



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

**BEDENSEL
ZARARLARDAN
DOLAYI HUKUKİ
SORUMLULUK**

Uluslararası Kongre

Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 384

*Bedensel Zararlardan
Dolayı Hukuki Sorumluluk
Uluslararası Kongre*

ISBN: 978-605-7848-14-7

© Türkiye Barolar Birliği
Yayıncı Sertifika No: 15566
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 ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Uluslararası Kongre

EDİTÖRLER

AV. PROF. DR. NECDET BASA

AV. SEMA UÇAKHAN GÜLEÇ

2019 - KIBRIS

İÇİNDEKİLER

AÇIŞ KONUŞMALARI

<i>Av. Prof. Dr. Necdet BASA</i> <i>TBB Başkan Başkanışmanı</i>	13
Ali Murat BAŞÇELİK <i>Türkiye Cumhuriyeti Lefkoşa Büyükelçisi</i>	17
Hasan TAÇOY <i>Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Ekonomi ve Enerji Bakanı</i>	19
<i>Av. Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU</i> <i>Türkiye Barolar Birliği Başkanı</i>	23
Hasan ESENDAĞLI <i>Kıbrıs Türk Barolar Birliği Başkanı</i>	29
Prof. Dr. Halil NADİRİ <i>Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Rektörü</i>	33
Prof. Dr. Çağlar ÖZEL <i>Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı</i>	37

I. OTURUM

“ADAM ÇALIŞTIRANIN VE İŞVERENİN SORUMLULUĞU”

İŞ KAZALARI VE MESLEK HASTALIKLARINDAN İŞVERENİN SORUMLULUĞU <i>Prof. Dr. Fikret EREN, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi</i>	41
MADDİ VE MANEVİ ZARARLARIN ERKEN TAZMİNİ SORUNU (GEÇİCİ ÖDEMELER) <i>Prof.Dr.Şebnem AKİPEK ÖCAL</i>	59
YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA İŞVERENİN BEDENSEL ZARALARDAN DOĞAN SORUMLULUĞU <i>Dr. Mustafa KILIÇOĞLU, Yargıtay 9.HD Onursal Daire Başkanı Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi</i>	77

DIE HAFTUNG FÜR DEN VERRICHTUNGSGEHILFEN <i>Professor Dr. Georg CASPERS, Erlangen-Nürnberg</i>	95
ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLUĞU <i>Profesör Dr. Georg CASPERS, Erlangen-Nürnberg</i>	109
İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞINDA İŞVERENİN SORUMLULUĞU VE CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNA GÖRE UZLAŞMA <i>Mesut BALCI, Yargıtay 21. H.D. Başkanı</i>	123
KKTC HUKUKU'NDA İDARENİN HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU <i>Doç. Dr. Şölen KÜLAHÇI</i>	159

II. OTURUM

“ARAÇ İŞLETENİNİN SORUMLULUĞU”

DIE KFZ-HALTERHAFTUNG IM DEUTSCHEN RECHT ZUGLEICH EINE EINFÜHRUNG IN DAS DEUTSCHE DELIKTSRECHT UND DIE ROLLE DES VERSCHULDENS <i>Prof. Dr. Franz HOFMANN, LL.M. (Cambridge)</i>	181
ALMAN KANUNLARINDA ARAÇ İŞLETENİN SORUMLULUKLARI AYNI ANDA ALMAN SUÇ KANUNUNA VE BORÇLARA GİRİŞ <i>Prof. Dr. Franz HOFMANN, LL.M. (Cambridge)</i>	197
MONTREAL KONVANSİYONU'NA GÖRE HAVA YOLU İLE TAŞIMA SÖZLEŞMELERİNDE TAŞIYANIN CİSMANİ ZARARLARDAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞU <i>Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK</i>	211
İŞVERENİN İŞLETEN SIFATIYLA SORUMLULUĞU VE SORUMLULUKTAN KURTULUŞ KOŞULLARI <i>Ahmet YENER Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Üyesi</i>	233

III . OTURUM
“TAŞIMA SÖZLEŞMESİNDEN
KAYNAKLANAN BEDENSEL ZARARLAR”

- DENİZ TAŞIMALARINDA TAŞIYANIN YOLCUNUN
BEDENSEL ZARARLARINDAN SORUMLULUĞU**
Prof. Dr. Hakan KARAN ve Doç. Dr. İsmail DEMİR..... 265
- YOLCUNUN UĞRADIĞI BEDENSEL
ZARARLARDAN DOLAYI P&I KULÜBUNE
DOĞRUDAN BAŞVURU HAKKI**
Doç. Dr. Ecehan YEŞİLOVA ARAS 283
- DEMİRYOLU İLE YURTIÇİNDE YOLCU TAŞIMALARI
SIRASINDA MEYDANA GELEN BEDENİ ZARARLARIN
TAZMİNİ DAVALARIYLA İLGİLİ YENİ YASAL
DÜZENLEMELER SONUCU ORTAYA ÇIKAN BAZI
GÜNCEL SORUNLAR**
Ahmet ÖZGAN, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı..... 305
- KUZAY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ HUKUKUNDA
GEMİ ADAMLARININ FİİLİNDEN DOĞAN BEDENSEL
ZARARLARDAN GEMİ İŞLETENİNİN SÖZLEŞME DIŞI
SORUMLULUĞU**
*Ar.Gör. Eda DURAN, Av. Deniz KIZILOKGİL
Stj.Av. Hediye GEZİCİ EREN* 317

IV. OTURUM
“SİGORTA HUKUKU - SİGORTA SORUMLULUĞU”

- ZORUNLU TRAFİK SİGORTASI'INDA ESAS ALINACAK
SAĞLIK KURULU RAPORU HAKKINDA DEĞERLENDİRME**
Prof. Dr. Vural SEVEN 349
- SİGORTA HUKUKU SORUMLULUĞU**
Refik EĞRİ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Üyesi 371
- BEDENSEL ZARARLARDA BAKICI GİDERLERİ
TEDAVİ GİDERİ MİDİR SORUNU**
Av. Sema UÇAKHAN GÜLEÇ 389

V.OTURUM

“BEDENSEL ZARARLARDA ARABULUCULUK TAHKİM - MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK”

BEDENSEL ZARARLARDA TAHKİM

Prof. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ 405

DIE AUSSERVERTRAGLICHE HAFTUNG FÜR PERSONENSCHÄDEN IM DEUTSCHEN INTERNATIONALEN PRIVATRECHT (IPR)

*Prof. Dr. Mathias ROHE, M.A. Direktor des Erlanger Zentrums
für Islam und Recht in Europa Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung*..... 433

ALMAN MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA SÖZLEŞME DIŞI KUSURSUZ SORUMLULUK

*Prof. Dr. Mathias ROHE, M.A. Medeni Hukuk, Milletlerarası özel
Hukuk ve Karşılaştırmalı Hukuk Ana bilim Dalı Avrupa'daki Erlangen
İslam ve Hukuk Merkezi Direktörü* 445

BEDENSEL ZARARLARDA ARABULUCULUK

*Yakup ERİKEL Avukat - Arabulucu
Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Kurul Üyesi* 457

DİJİTAL OYUNLARDAN DOĞAN BEDENSEL ZARARLARDAN SORUMLULUĞA UYGULANACAK HUKUK (APPLICABLE LAW TO THE RESPONSIBILITY ARISING FROM PHYSICAL DAMAGES CAUSED BY DIGITAL GAMES)

Dr. Fatma ESENYEL HANAZ 463

SİGORTA TAHKİM KOMİSYONU'NDA GÖRÜLEN UYUŞMAZLIKLARDA TANIK VE KEŞİF DELİLLERİNİN TOPLANMASI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Av. Şafak GÜLEÇ 487

ULUSLARARASI HUKUK DÜZENLEMELERİ ÇERÇEVESİNDE HASTA HAKLARI VE BEDENSEL ZARARLAR

Kutluhan BOZKURT..... 517

VI. OTURUM

“DEVLETİN BEDENSEL ZARARLARDAN SORUMLULUĞU”

SAĞLIK HİZMETLERİNİN SUNUMUNDA İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞUNA GEÇİŞ

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ, Doç. Dr. Bayram KESKİN..... 533

SAĞLIK HİZMETLERİNDEN KAYNAKLANAN İDARENİN SORUMLULUĞU, BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ VE TÜRK VE FRANSIZ DANIŞTAYLARININ İÇTİHAHLARI ÜZERİNE NOTLAR

*Prof. Dr. Ender Ethem ATAY Ankara HBV Üniversitesi
Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD Öğretim Üyesi..... 597*

İDARENİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNDA İDARİ YARGIYA ÖZGÜ KRİTERLERİN GELİŞTİRİLMESİ (DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARI TAZMİN İLKELERİ)

Suna TÜRKÖĞLU - Erkan YILMAZ 657

“İDARİ YARGIDA BEDENSEL ZARARLAR NEDENİYLE TAZMİNAT DAVASI AÇILMASI, İDARENİN SORUMLULUK TÜRLERİ VE USUL HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI”

*Bülent KÜFÜDÜR, Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1. İdari Dava
Dairesi Başkanı Türkiye Adalet Akademisi Danışma Kurulu Üyesi.... 685*

VII. OTURUM

“CEZAİ SORUMLULUK VE BEDENSEL
ZARARLARDAKİ ETKİSİ”

KIBRIS'TA MALPRAKTİS

Kemal BOLAYIR..... 733

BEDENSEL ZARARLARDA CEZA SORUMLULUĞU 737

Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK..... 737

TÜZEL KİŞİ HASTANE YÖNETİMLERİNİN TIBBİ MÜDAHALELERDE CEZA SORUMLULUĞU (LEGAL PERSON HOSPITAL MANAGEMENT CRIMINAL RESPONSIBILITY IN MEDICAL INTERVENTIONS)

Dr. Öğ. Üy. Hakan KIZILARSLAN..... 773

BEDENSEL ZARARLAR BAĞLAMINDA CEZA MAHKEMESİ KARARLARININ HUKUK MAHKEMESİNE ETKİSİ

İbrahim İLHAN Yargıtay 1. Ceza Dairesi 797

VIII. OTURUM

“TEKNOLOJİK GELİŞMELERİN BEDENSEL ZARARLARA ETKİSİ
BEDENSEL ZARARLARA FÜTÜRİSTİK YAKLAŞIMLAR”

VERSCHULDENSUNABHÄNGIGE HAFTUNG AUFGRUND ERHEBLICHER GEFAHRENANALGEN DER UNTERNEHMENSTÄTIGKEIT	
<i>Prof. Dr. Ali YARAYAN</i>	807
ÖNEMLİ ÖLÇÜDE TEHLİKE ARZEDEN İŞLETMENİN FAALİYETİNDEN DOĞAN KUSURSUZ SORUMLULUK	
<i>Prof. Dr. Ali YARAYAN</i> <i>Friedrich-Alexander Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>	819
MORFOLOJİK ÖZGÜRLÜK VE HUKUKUN GELECEĞİ	
<i>Dr. Özgür KÜÇÜKTAŞDEMİR</i>	831
TEKNOLOJİNİN BEDENSEL ZARARLARA ETKİSİ THE EFFECT of TECHNOLOGY TO BODILY INJURIES	
<i>Doç. Dr. Armağan Ebru BOZKURT YÜKSEL</i>	851
TEKNOLOJİK GELİŞMELERİN VE DEĞİŞEN YAŞAM KOŞULLARININ BEDENSEL ZARARLARA ETKİSİ	
<i>Çelik Ahmet ÇELİK</i>	867
İŞLETME FAALİYETİNDE ROBOT KULLANIMINDAN KAYNAKLANAN ZARARLAR BAKIMINDAN AYRI BİR SORUMLULUK NORMUNA İHTİYAÇ VAR MIDIR?	
<i>Dr. Dila OKYAR KARAOSMANOĞLU</i>	889

*BEDENSEL ZARARLARDAN
DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK*

Açış Konuşmaları

Av. Prof. Dr. Necdet BASA

TBB Başkan Başkanışmanı

Gelecek bilimciler, hakim özellikleri transformasyon (Değişim) ve globalleşme (Küreselleşme) olarak bilinen sanayi ötesi bilgi toplumundan Sanayi 4.0'a geçişin gözleendiği, hatta Sanayi 5.0'ın da hazırlıklarının sürdürüldüğü günümüz dünyasında, yepyeni bir dünya düzeninin altını çiziyorlar.

Değişim, adeta ülkelerin değişmez kaderi haline geliyor.

Yeni düzende, sadece değişimin yaratabileceği sinerjiden kaynaklanan dinamiği yakalayarak ülke kalkınmasında itici güç olarak ateşleyebilen; yani çağdaş tekno strüktürlere ve global ekonomik yapılaraya ayak uydurabilen toplumların yarınlarında etken roller üstlenebilecekleri, diğerlerinin ise edilgen olmaktan kurtulamayacakları anlaşılıyor.

Yepyeni toplumsal biçimlerin ve şekillerin ortaya çıktığı ve daha da çıkacağı bu yeni çağda; klasik yönetim anlayışlarıyla birçok yerleşik kuralın dokunulmaz addedilen tabularla birlikte birer birer yok oluşlarına tanıklık ediyoruz. Başta düşünme alışkanlıkları olmak üzere, insanla birlikte yaşamın tüm safhaları derinden etkileniyor; üstün teknoloji ürünü mal ve hizmet selleri ulusal sınırları alt-üst ediyor; bu çerçevede milli sanayiler de yerle-bir oluyor; en yüksek büyüme hızına sahip üretim kapasitesiyle eş anlamlı olan "bilgi temelli endüstri" ağırlıklı dünya sanayisine geçiliyor. Geçildi bile!..

Kısacası, "kutsal ineklerin" dahi adeta kurban edildikleri bu yeni düzende, bio teknoloji derken, dijital teknoloji derken, gen teknolojisi ya da nano teknoloji derken "bilgi ekonomisi" kaynaklı Sanayi 4.0 dahi şimdiden eskimeye başlıyor...

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Bir çok ülke için vahim sonuçlar doğurabilecek bu geçişin yeterli eğitime sahip olmayan insanlarla başırlamayacağı açıktır.

Çok zorlu geçeceği anlaşılan bu sürecin hakimi, "değişimin dinamiğini sinerjiye dönüştürerek ülke kalkınmasında güç çarpanı etkisiyle devreye sokabilen insanlar" olacaktır.

O halde Sanayi 5.0'a doğru hızla ilerleyen yeni dünyayı doğru algılayabilecek, sahiplenecek ve gerektiğinde daha da geliştirebilecek, iyi eğitilmiş, belirleyici unsur olarak "yaratıcı yeni bir insan" tipi ve bunları yetiştirecek kurumlara ihtiyaç olacaktır; hatta bu ihtiyaç şimdilerde bile belirginleşmiştir.

Hukukun Üstünlüğü, özgürlük ve demokrasi gibi önemli kavramlar ise sürecin olmazsa olmazları olarak varlıklarını, anlamlarını sürdüreceklerdir diye düşünüyorum. Yani kısacası sadece kaptanı Nuh olan tufandan korkmasın. Özetlemeye çalıştığım ve toplumsal yaşamı tümüyle adeta esir alan bu gelişmelerin, bugün ve yarın ele alacağımız bedensel zararlardan dolayı hukuki sorumlulukları da etkilememesi düşünülemez. Sanayi 4.0, gelişmeleri bekle-gör mantığı ile yaklaşımların, kesinlikle tehlikeli sonuçlar doğurabilecek şekilde değerlendirmeyi mecburi kılmaktadır. Çünkü ana hatları belirginleşmiş olan bu çağda artık vasat insana yer yok değerli arkadaşlar; özellikle de değerli öğrenciler. Bu da yüksek öğretim de dahil olmak üzere tüm eğitim sistemini bütünüyle yeniden yapılandırma çalışmalarını kaçınılmaz kılıyor anlamına geliyor. Çünkü artık bağımsızlık kavramı da değişmiştir. Avrupa örneğini düşününüz lütfen. Artık sadece bayrakla belirlenmiş, sınırlarda ifade edilen bir kavram olmaktan çıkmıştır bağımsızlık. Teknolojik bağımsızlık ise bağımlılığın önündeki en önemli engeldir. Önümüze yeni başlıklar koymak mecburiyetindeyiz onun için bunlara ilişkin söylüyorum. Araştırmalar ve gelişmeler değerli konuklar, bize bugün ilkokula giden çocukların üçte ikisinden fazlasının iş yaşamında, iş yaşamına başladıklarında halen mevcut olmayan ya da yeterince bilinmeyen mesleklerde çalışacaklarını söylüyor. Makinelerin 2025 yılından itibaren

giderek insanlardan daha çok görev üstlenecekleri ifade ediliyor. Yapılan bilimsel çalışmalar sonucu olarak 1955'li yıllardan itibaren kullanılmaya başlayan başlanmış olan yapay zekâ teknolojilerinin 2050'li yıllara doğru insan zekası düzeyine gelebileceği, hatta aşabileceği ifade ediliyor. Halen İsviçre'de kendi fikri olan bir robot üzerinde sürdürülen çalışmaların başarılı bir şekilde sürdürüldüğünü biliyoruz. Kısacası değerli dinleyiciler, beyaz yaka, mavi yaka ayrılımı sona eriyor. Artık yeni yaka renklerinden söz etmek lazım.

Elon Musk'ın son çalışmasını biliyorsunuzdur. İnsan beynine yapay zeka çipi takmaya çalışıyor ve hatta bunu farelerde ve maymunlarda başarılı bir şekilde gerçekleştirdiğini de bizzat kendisi açıkladı. Tüm bunların hak ve hukukla, sorumlulukların yeniden tespitiyle yakından ilişkisi olduğu çok açıktır. Bakın size 1981 yılına gidip oradan bir misal vereyim:

1981 yılında bir Japon robotu, ustasını elinden işini alıyor düşüncesi ile bitişindeki makineye sıkıştırarak öldürmüştür. Bu gerçek öyle zannediyorum ki yeterince öğreticidir

Son olarak birkaç noktaya sadece değinmek istiyorum. Avrupa Parlamentosunda halen tartışılan konuyu özellikle dikkatlerinize sunmak istiyorum. Efenim, robotların hukuki kişiliği, tüzel kişiliği ve temel muhtemel sorumlulukları. Umarım yeterince dikkat çekici robotların tüzel kişiliği, muhtemel sorumlulukları, hukuk dünyasında ... özellikle borçları altüst edebilecek bir değişiklikten söz ediyoruz bugün burada. İşte bu süreçte üniversiteler önümüzdeki zor dönemde bilgiye dayalı sürdürülebilir ekonomik gelişme için yeniliğin kaynağı olmak, yenilikçiliği merkezci olmak zorundadırlar. Robot avukatlar dönemi başlıyor. Yani avukat olmadığı halde avukatın işini yapan teknolojik ürünler var. Alibaba ya da Amazon gibi örnekler var biliyorsunuz. Çevrimiçi topluluklar var. Yani birbirinden uzakta yaşayan insanların, birlikte çalışmıyor olmaları ve bu da yeni ve farklı bir üretim biçimi anlamına geliyor. Dolayısıyla bu yeni biçimin sorunları, sorumlulukları ve çözümleri de haliyle çok daha farklı olacaktır.

Bu çerçevede hemen hukuktan bir misal: Bana göre hukuk eğitiminde artık yeterince mühendislik de katmak gerekecektir bu gidişle. Örneğin, kısaca İngilizce deyimiyse *data dizayn digital*, yani 3D uygulamaları bir araya gelmiştir. Bu sosyal alandan küresel ticarete kadar her şeyin çehresini, yapısını değiştiriyor. Halen dünyada 25 trilyon dolara yaklaşan perakende satış hacmi var. Bunun yüzde 10'unu e-ticaret sektörü oluşturuyor ve bu sektör, perakende satış sektöründe her gün yüzde 1 civarında pay alıyor. Düşününüz lütfen. Bunun 2021 yılında 4,5 trilyon dolara yükseleceği hesaplanıyor.

Son olarak tespitim şu: Kısacası üreticinin “bugüne kadar üretilen ürün, mal ve hizmet işte buyurun, satın alın, fiyatı şu” dediği bir noktadan tüketicinin “istediğim mal ya da hizmet işte bu ya da böyle; şu fiyat aralığında istiyorum, üretin lütfen” dediği noktaya gelinmiştir. Bedensel zararlar da dahil sorumluluk kavramının da muazzam bir değişim sürecinden etkilenerek tüm unsurları ile yeniden tanımlanacağı kesindir. Bu konferansta biraz da bunları konuşacağız ve çok daha fazlasını tabii.

İyi ki geldiniz, pişman olmayacaksınız. Çok şey öğreneceksiniz. Tekrar huzurlarınızda bu güzel toplantıyı onurlandırdığınız, sefalar getirdiniz. Hoş geldiniz. Saygı ile arz ettim.

Ali Murat BAŞÇELİK

Türkiye Cumhuriyeti Lefkoşa Büyükelçisi

Sayın Bakanım, Sayın Baro Başkanlarım, çok değerli katılımcılar; esasında böylesine seçkin bir hukuk camiasının, hukukçuların önünde konuşma yapmayı ne kadar güç bulduğumu Sayın Basa'ya uzun uzun anlatsam da ikna edebilmem mümkün olmadı. Benim de birkaç kelime, kelam etmemi istedi. Bu nedenle öncelikle gördüğüm tablo açısından duyduğum memnuniyeti dile getirmek istiyorum. Hem Türkiye Barolar Birliği, hem Kıbrıs Türk Barolar Birliği, Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi ve Fredrich-Alexander Erlangen Üniversitesinin bir araya gelerek, dördünün bir araya gelerek bu seçkin toplantıyı tertip ediyor olması son derece sevindirici. İki açıdan Türkiye Barolar Birliği ile Kıbrıs Türk Barolar Birliğinin arasındaki iş birliğinin gün geçtikçe gelişiyor olmasından duyduğum memnuniyeti dile getirmek istiyorum. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti ile Türkiye Cumhuriyeti arasındaki derin ve geniş ilişkiler ağının güzel bir örneğini hukuk alanında veriyorlar. Bugün öğleden sonra da stajyer ve genç avukat değişimi için bir protokol imzalayacaklar. İlişkiler gelişiyor. Her ne kadar ülkelerimiz arasındaki hukuk sistemi birbirinden farklı da olsa, baroların bu gelişen ilişkisinin bu farklılıkların ortaya çıkardığı kimi sıkıntıları azaltacağını düşünmekteyim. Bu nedenle her iki baro başkanımıza da gösterdikleri liderlik için teşekkür ediyorum.

Uluslararası Kıbrıs Üniversitesinin bu faaliyeti esasında Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde bilimin üretilmesi adına yapmış olduğumuz ve yapılmasını istediğimiz faaliyetlerin bir göstergesi olduğu için çok önemli. Kuzey Kıbrıs Türk

Cumhuriyeti'nde üniversite sayıları arttı. Üniversite sayısı belli bir noktaya ulaştı. Ancak Yüksek Öğrenim Kurumunun da geçtiğimiz haftalarda aldığı bir kararla ortaya koyduğu gibi artık vakıf üniversitelerinin araştırma ve geliştirmeye bütçesinin önemli bir miktarın, bütçesinin bir miktarını ayırması gerekiyor. Az evvel Sayın Basa bahsetti: Bundan önceki konferansların, kongrelerin çıktıkları çok kaliteli, ben de gördüm. Hani okuduğumda anlamaya çalıştım ama nerede bende o hukuk bilgisi? Ama buradan da mutlaka yine bilime, hukuk bilimine katkı verecek çok önemli eserler çıkacak.

Tabii Kuzey Bavyera'dan, Erlangen'den, Alexander Üniversitesinin de burada olması ayrı bir önem. Kendilerinin de bu kongreye katkıda buldukları için çok teşekkür ediyorum. 1743 değerlendirdiler. Hukuk eğitiminin verilmeye başladığı tarihin başladığı tarih 1743'ten beri hukuk eğitime katkı yapan bir üniversitenin böylesi bir kongreye katkıda bulunması, bu kongrenin de bilimsel kalitesini artırıyor. Onlara da çok teşekkür ediyorum. Yani kongre kapsamında gerçekleştirilecek oturumlardaki konuların çeşitliliğini gördüğümde sabah Başbakan Yardımcısı ve Dışişleri Bakanı -ki kendisi de çok iyi bir hukukçudur. O da "keşke ben de bütün o kongreyi takip edebilsem. Çok nitelikli, kapsamlı hukuki sunumlar olacağını anlıyorum" dedi. Ben de aynı kanaatteyim. Akademik sunumların zenginliği, sadece akademik sunumların zenginliği değil. Biraz evvel Sayın Basa'nın söylediği gibi güncel gelişmeler ve güncel teknolojik gelişmelerle birlikte sonuna gelişmelerin takip edildiğini gösteren bir anlayışla hazırlanan sunumlar. Hepsi gelecekte karşılaşılacak ihtilaflara değinilmesi çok önemli. Bunun için bu kongreyi düzenleyenlere ben de çok teşekkür ediyorum. Bundan sonra da benzer nitelikteki kongrelerin devam etmesini temenni ediyorum. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetindeki üniversitelerin bilim üreten üniversiteler olması konusunu çok önemişiyorum.

Hasan TAÇOY

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Ekonomi ve Enerji Bakanı

Sayın Büyükelçim, Türkiye Cumhuriyeti Barolar Birliği Başkanı, Kuzey Kıbrıs Cumhuriyeti Barolar Birliği Başkanı, tümYargıtay Başkanlığı ve özellikle öğrenciler; Sayın Basa'nın konuşmasını dikkatle dinlemeye çalıştım. Bize bir şeref veriyordu Sayın Basa ki, önümüzdeki dönem çok daha farklı bir deneyim olacak. Gelecek olan Beşinci Sanayi Devrimi, getireceği teknolojik yapılaşmayla birlikte, hukuksal düzeni beklediğimizden çok daha fazla değiştirecek. Tabii hangisi haklı, hangisi haksız? Teknoloji mi haklı çıkaracak, yoksa insanoğlu mu haklı çıkacak? Onun kararını artık siz geleceğin temsilcileri, hukukçular öğretecek. Belki biz görürüz veya görmeyiz. Hiç önemli değil ama ışık belli, gidilecek yol belli.

Tabii bunları söylerken insanoğlu kendi içinde kazandığı hakkın ne denli savunulduğunu görmek ve tasvir etmek de ... Bunu geçmişten gelen ve uluslararası anlamdaki hukuksal düzenden, özellikle uluslararası düzenden, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin aldığı payın da hesaplanması ayrı bir önem taşımaktadır. Biz 1974 yılında, 1959 ve 1960'dan kaynaklanan uluslararası haklarımızın ve Anavatan Türkiye'nin garantörlük hakkının devamı için, elde etmiş olduğumuz uluslararası hukuksal seviyenin devamı konusunda bir karar üreterek 74 yılında Güney Kıbrıs Rum Yönetiminin yapmış olduğu darbe ve sonucunda Kıbrıslı Türklerin hayatını tehdit eden noktaya getirmesiyle birlikte bir hareket tarzı içerisine girmiş ve bu harekate da -adı Barış Hareketi olarak nitelenmiş- ve Kıbrıslı Türklerin hakları savunulmaya çalışmış.

Dünya nezdinde bu değişik şekillerde yorumlanmış. Tabii o zaman daha belki de Üçüncü Sanayi Devrimiydi ama dünya nezdinde bu değişik şekillerde yorumlanmış ve Anavatan Türkiye'mizin haklı olan o garantörlük hakkını kullanması bir suç olarak da dünyada bazı ülkelerinde dillendirilmiş; bir hakkın suça dönüşmesi konusu tartışılmış ve bugüne kadar gelinmiş. 50 yıldır da hukuksal anlamda, siyasi anlamda, çözüm yönünde çalışmalar devam etmektedir.

Üzerinden geçen bunca yıldan sonra, 45 yıllık süreden sonra, bir başka uluslararası anlamdaki hakla Anavatan Türkiye'miz yüz yüze geliyor, karşı karşıya kalıyor. Yine insan hayatını tehdit eden bir unsurun ve kendi ülkesini tehdit eden bir unsur, daha ileriye taşınabilmesi için ve aktivitelerin kendi vatandaşına zarar vermemesi için başka bir uluslararası hukuksal hakkını kullanma yolunda harekete geçmiştir. Adı da Barış Pınarı Harekâtı konuyor. Bu Barış Pınarı Harekâtıyla, Barış Harekâtı arasında hayatı tehdit eden unsurların ... olduğu ve genel uluslararası kavramdaki hakkın, bir ülke için kendi vatandaşını koruma hakkının ve hukuksal anlamdaki hakkın ileriye taşınması gerektiği konuların tartışılması gerektiği inancı içerisindeyim. Bu hakkın yine uluslararası anlamda, dünya büyükleri ve dünyayı idare eden o süper güçlerin imzalamış olduğu anlaşmalarla yapılması, iki hareket arasındaki 1974 ve 2019 arasında bir benzerlik olacağını da ... sadece bir farktır. Bir tanesinde uluslararası arena yapılan hareketi desteklemiş. 2019 Birincisinde ise desteklemiş gibi görünmüş. Ancak hiçbir şekilde yanımızda durmamış. Ardından birçok tepki, üyelik kararlarını yürüterek bir ülkeyi ekonomik anlamda zora koymanın, hem de birçok işin yapıldığını gözlemledik. Şuna gelmek istiyorum:

Uluslararası hukuk ve gidilecek olan hukukta, teknolojinin gelişmesiyle birlikte insanoğlunun her şekilde eşit kanunla ... noktasına varacak kadar ileriye gitmesi lazım. Bir makine, bir araç, bir motorlu taşıt her nasılsa bir isim alabiliyorsa, bir *registiration* yapabiliyorsa ve bir kayıt gerçekleştirebiliyorsa, bundan sonraki ömürde de aynı şekilde bu işler devam edecek. Ama hiç kimse, insanoğlu, ... elinden almasına hiç kim-

se o gücü vermeyecek. Onun için biz de bugün Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde olsun, Anavatan Türkiye'mizde olsun -ki bizi tanıyan tek ülke ve bizimle birlikte yola çıkan ülke. Bu bölge içerisinde gerek kişisel insan haklarımızı, gerekse ülke olarak toprak bütünlüğü olarak haklarımızı; gerekse bundan kaynaklı olan denizlerdeki haklarımızı, havadaki haklarımızı, hepsini yasalar çerçevesinde koruma liyakatini gösterecek çapta olduğumuzu ve bunu siz hukukçularla birlikte bütünleştirmemiz gerektiğini; Dünyanın "işte bu kadar hukukçu yetiştiriyorsunuz, ihtiyaçtan fazladır" söyleminin ben hiçbir şekilde doğru olmadığına inananlardan oldum. Sebebi ise şudur: Yıllarca Avrupa Parlamentosunda lobi görevini yaptım, lobcilik yaptım Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Meclisi adına ve orada, bizim lobi yaptığımız yerde, karşıt diye nitelendirdiğimiz, muhalifimiz diye nitelendirdiğimiz Güney Kıbrıs Rum Yönetiminden olsun, Yunanistan'dan olsun, Helen asıllı insanların hukukçularının etrafımızda nasıl örgütlendiğini çok iyi yaşadım. Sadece mahkeme salonlarında değil, diplomatik anlamda da hukuka, hukukçuya ne kadar fazla ihtiyacımız olduğunu ben yaşayarak öğrenmiş oldum. Burada yapılan bu görevin ve sağlanan bu imkanların ve yetiştirilen bu kadar insanın, bir şekilde geleceğe imza atan hukukçu, avukat, savcı, yargıç olabileceğini, aynı zamanda çok iyi bir diplomat; uluslararası alanda temsilci olabileceğini de bilen kişilerdenim. Onun için bugün yapılan bu güzel ve gerçek anlamda geleceğe yönelik toplantının ve konferansın tabii ki hayırlara vesile olacağından; uluslararası anlamda bizlerle birlikte burada olan Friedrich Alexander Üniversitesinin ortaya koyacağı kendi alanlarındaki dünya görüşlerinin bizimle hiçbir farkı olmayacağını yaşayarak görmenin ve içerisinde yaşadığımız ortamın gerçek anlamda dünya dilini konuşan ülkeler arasında olduğumuzu ispat eden noktada olduğunu belirterek saygılarımı sunarım.

Av. Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sayın Nadiri; UKÜ Üniversitesi Rektörü, çok değerli dostum. Frederich Alexander Üniversitesinin değerli temsilcisi, çok değerli akademisyenler, öğrenciler, gençler, meslektaşlarım, hocalarım; ellerinden öptüğüm hocalarım. Yüksek yargının temsilcileri Türkiye’den ve buradan;

Hepinizi saygıyla selamlıyorum. Önemli bir konferans yapıyoruz. İçeriği tabii ki çok dolu. Ancak Kıbrıs Türkünün -kabul ederseniz müttefiki de demek istemiyorum- bir parçası olan, Kıbrıs Türkünün haklı davasına ömrünü adamaya hazır bir kardeşiniz olarak bu konferansta en önem verdiğim, konferansın adındaki uluslararası kelimesi. Sebep?

Bir ada düşünün; bundan yaklaşık 50 sene önce bu adanın nüfusunun Türk olanlarına yönelik acımasız bir soykırım kampanyası başlamış. Bir ada düşünün, çoluk-çocuk ne yapacaklarını şaşırmış. Bir ada düşünün, geceleri yer döşekleri yapmış, Türkler “her an kapıdan girip babamızı alır mı?” diye korkuyla evlerinin “bu akşam da taranmadı, çok şükür” diye sabahı bekleyerek geçirmiş. Bir ada düşünün, o adanın her insanının güvenliğini taahhüt altına almış İngiltere sırtını dönmüş. Yunanistan, tam aksine yapılanları desteklemiş. Ve Türkiye en sonunda uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan garantörlük hakkını kullanarak Kıbrıs Türkünün feryadına daha fazla dayanmadan koşmuştur. Ama önce tıpkı bugünkü Barış Pınarında olduğu gibi yıllarca diplomasi ile çözmeye gayret etmiş ama diplomasi acımasızca katliamlara seyirci kalmış.

Yine bir toplum düşünün, canını, namusunu, hırsını, şerefini, malını, mülkünü, geleceğini koruduğu için. Rum'un şımarıklığı ile ve şımarıkları aralarına. Sorumsuzca alan Avrupa Birliğinin verdiği güçle dünyadan izole edilmiş.

Değerli yabancı konuklarımız; siz bir sempozyumun adında "uluslararası" kelimesinin yazmasının ne demek olduğunu ancak burada Kıbrıs Türkü ile konuştuğunuzda anlayabilirsiniz. Gerçekten yabancılar geliyor mu? Gerçekten yabancı akademisyenler geliyor mu? "Gerçekten burada olacaklar mı? Korkmayacaklar mı? Kaygılanmayacaklar mı?" Bu adanın her bir ferdinin insan hakkı, arkasına Avrupa Birliğini almış şımarık Rumların davranışları sebebiyle her gün ihlal edilmektedir. Kıbrıs Türkünün her gün insan hakkı ihlaline uğradığını iyi niyetli olan herkes görür, amavelakin Avrupa görmez. İçimizdeki Fransızlar da görmez. Bu değişecek, bu böyle gitmeyecek. Bu böyle gidemez.

Ben bu toplantıyı düzenledikleri için işkence tabii Profesör Basa'ya en yakınimdaki insana teşekkür ediyorum. Çok da güzel bir konuşmayla girdi. O işin hukuki, bilimsel kısmına koydu. Bana da müsaade edin duygusal kısmını koyayım, çünkü gördüğümde haksızlığı içinde duramıyorum, içim içime sığmıyor; yüreğim buradan patlayacak gibi hissediyorum. Sevgili Hasan Başkanuma teşekkür ediyorum. Kıbrıs Türk Barolar Birliği ile o kadar iyi ilişki içindeyiz ki, yalnız bir not edeyim: Bilir misiniz? Kıbrıs Türk Barolar Birliğiyle Türkiye Barolar Birliğinin kurduğu ilk resmi ilişki sadece 6 yıl öncedir. Ama yanlışın neresinden dönülse, eksiğin neresinden dönülse kârdır. Sayın Büyükelçi Beye çok teşekkür ediyorum. Onun şahsında Türkiye Dışişleri Bakanlığına teşekkür ediyorum, büyük destek verdiniz bu toplantı için. OKÜ Üniversitesi etkinliği duruşuyla her zaman Kıbrıs Türkü'nün ve Türkiye'nin haklı Kıbrıs davasında yerini hiçbir pozisyon kollamadan almaktadır. Sayın Taçoy keza bu davanın temel direklerindedir. En önemli işlerinizi bıraktığınız mesaimizi bize harcıyorsunuz ama o milli bir davanın içindediniz. Bu milli davanın atmosferini soluyorsunuz değerli başkanım, çok değerli hocam. Ömrünüzü ver-

diğiniz milli davanın içindediniz yine ve yine yol göstermeye devam ediyorsunuz. Teşekkür ederiz hocam, sağ olun.

Bugün Türkiye'nin PKK terör ve enerji koridoruna karşı yürüttüğü Barış Pınarı Harekatının, Türkiye'nin ve Kıbrıs Türkünün Doğu Akdeniz'deki operasyonları ve haklı duruşu ile doğrudan bağlantısı vardır, bunu unutmayın. Bugün Türkiye'nin emperyal güçler tarafından hava savunma sisteminden mahrum edilmek için tıpkı Birinci Dünya Savaşı sonrasında, sırası öncesinde parası her kuruşu Türk köylüsünün bağışlarıyla ödenmiş zırhlıları vermeyen İngiltere gibi, F-35 uçaklarımızın verilmemesiyle ilgisi vardır. Patriot'ların 1,5 yıl cevapsız bırakılmasıyla ve en sonunda Rusya ile S400 füze anlaşması yapmak durumunda kalışımızla doğrudan ilgisi vardır. Meseleleri birbirinden bağımsız alıp anlayamayız, meseleler bir bütündür. Türkiye'nin hava savunmasız bırakılması, Kıbrıs Türkünün Türkiyesiz bırakılması ve ta Churchill'in Sevr Anlaşması'nda ortaya koyduğu Türkiye'nin güneydoğusunda ve bugünkü Suriye'nin kuzeyi ile Irak'ın kuzeyinde "bize bağlı bir devlet kuracağız" idealiyle doğrudan ilgisi vardır. İnanmayanlara geçen haftaki The Economist dergisini okumayı öneririm. Ben söylediğim zaman diyorlar ki "milliyetçi tabii ki söyler." Gurur duyduğum bir sıfattır. (Alkışlar)

"Önce Türkiye Cumhuriyeti, Önce bu vatan, önce Türk Milleti" demekten doğduğum, konuşmaya başladığım günden beri hiç vazgeçmedim ki bugün vazgeçeyim. Ama bana inanmayın, ben ekonomist değilim. Mustafa Kemal'in başlattığı isyanda Kürtlere bağımsız devlet vadeden Sevr Anlaşması uygulamaya geçirilememişti. "Barış Pınarı Harekatiyle bir kez daha kesintiye uğradı diyen ben değilim" The Economist. Şimdi buyurun Barış Pınarına karşı çıkan çıksın. Sevr'in yanında mısınız, yoksa Türkiye'nin 1919'da başlattığı milli mücadele çizgisinde misiniz? Buyurun ekseniniz nedir? Ekseniniz nedir? Ekseniniz milli eksen midir, milli mücadele eksenidir? Yoksa ekseniniz kaymış mıdır? Ekseninin nereye kaymıştır? Türkiye Barolar Birliği Başkanının eksenini her zaman buradadır. Eksenini kayanlara da buradan cevap olsun. (Alkışlar)

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Kıbrıs'ta Türkiye'nin stratejisi değişmek zorundadır. KKTC'de Türkiye ile ilişki başka bir boyuta geçmek zorundadır. Biz 3 senedir bu işin peşindeyiz. Önce "Kıbrıs'ta Son Söz Söyleniyor" diye bir önemli toplantı yaptık, orada masaya yattık. Sonra Kıbrıs'ta "son sözü kim söyleyecek?" dedik. Ardından da dünyada bugüne kadar yapılmış en büyük Kıbrıs toplantısını geçtiğimiz ay Sayın Taçoy'unda bizzat katıldığı bir toplantıda ortaya koyduk ve Kıbrıs'ta son sözün ne olması gerektiğini raporladık. Bu toplantı önemliydi. Bu toplantı bizzat Türkiye Cumhurbaşkanı Sayın Erdoğan'ın yakından takip ettiği bir toplantıydı ve toplantının hemen akabinde kendilerine 2 saatlik toplantı sonuçlarına ilişkin kendilerinin talebiyle verdiğimiz brifing Türkiye Cumhuriyeti'nin, Türkiye Barolar Birliği çatısı altında başlayan yeni strateji planlama hamlesinin devlet katında, devlet tarafından doğrudan izlendiğini ve benimsendiğini göstermektedir.

Toplantının açılışı Cumhurbaşkanı Yardımcısı Sayın Fuat Oktay tarafından yapıldı ki bu Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin bu toplantının sonuçlarını da yakından izleyeceğini ve tetkik edeceğini göstermektedir. Sayın Ersin Tatar Başbakanımız da geldi. Sayın Taçoy geldiler. Fevkalade önemli bir toplantıydı. Sonuç bildirisi şuydu:

Artık Türkiye ve KKTC; Rum şımarıklığı ile, AB vurdumduymazlığı geldiğimiz noktada birleşme müzakerelerinden vazgeçmelidir. Tanınmamanın zaten arkasındaki en önemli sebeplerden biri, birleştiğimiz taktirde zaten tanınmanın da geçersiz kalacağı haklı tespittir. Hangi devlet "ben zaten varlığımızı sona erdireğim eğer birleşirsem" diyen bir devleti tanımak için uğraşır?

Değerli dostlarım; bir fanteziden uyanmak lazımdır. Bir adada iki toplumlu, 2 egemen eyaletli, federe devletli yapı ancak 2 federe devlet birbirini eş ve eşit görür ise gerçekleşebilir. Rum'un niyeti Kıbrıs Türklerini kabul etmek değil, yok etmektir. Rum'un niyeti Kıbrıs Türkü'nü, Kıbrıs'ın asli unsuru olarak değil, Helen nüfusunun azınlığı olarak kabul etmektir. Bütün proje budur. Annan Planını yüzde 66 oyla reddeden

Rum'un bu açık duruşundan sonra "ben birleşmek istemiyorum" diye haykırmasından sonra, hala birleşme müzakeresine devam etmenin sonucu adada umutsuzluktur. Kıbrıs Türk'ü umut istemektedir. Kıbrıs Türk'ü gelecek istemektedir. Kıbrıs Türk'ü iş istemektedir, istihdam istemektedir. Para istemiyor, iş istiyor. Nakit para peşinde değildir Kıbrıs. Kıbrıs Türk'ü çalışacak iş istiyor. Kıbrıs Türk'ü Mesarya Ovasının coşmasını istiyor. Kıbrıs Türk'ü Kıbrıs Adasına uygun ileri teknoloji fabrikalar istiyor. Kıbrıs Türk'ü Hellim peynirinin, sütünün, süt ürünlerinin, tarım ürünlerinin Türkiye'de kapış kapış gitmesini istiyor. Kıbrıs Türk'ü Mersin Gümrüğünde çile çekmeksizin doğrudan doğruya Türkiye'ye malını pazarlamak istiyor. Kıbrıs Türk'ü İngiltere'den, Almanya'dan kalkan uçakların doğrudan Lefkoşa'ya inmesini istiyor ya da Geçitkale'ye. Kıbrıs Türk'ü artık uluslararası müsabakalara katılmak istiyor. Bunu "ben zaten birleşmek için ara bir dönemdeyim" diyen bir devlet yapısıyla yapamayacağımız, herhalde 40 sene içerisinde artık ortaya çıkmış durumdadır. Tavrımızı net koyarsak, doğru strateji ile, doğru bir siyasi iradeyle ve tek vücut yürürsek, her türlü ekonomik sorunun çözüleceğine size garanti. Bizim bir an önce Türkiye ve KKTC ortak ekonomik planını hayata geçirmemiz ve bu planı en etkili koordinasyonla bir an önce, adım adım planlayarak, gün vererek Kıbrıs Türk'üne sahada tatbik etmemiz gereklidir. Ben bu günlerin yaklaştığını tahmin etmiyorum, görüyorum. Görmüyorum, biliyorum ve umutla, mutlulukla, yakın geleceği heyecanla beklediğimi, çok uzak olmayan, oldukça yakın gelecekte Kıbrıs Türk'ünün hak ettiği seviyeye ve umuda kavuşturacağını inşallah size müjdelemek istiyorum. Allah'a emanet olun sağ olun. (Alkışlar)

Hasan ESENDAĞLI
Kıbrıs Türk Barolar Birliği Başkanı

Sayın Konutlarımız; Kıbrıs Türk Barolar Birliğinin, Türkiye Barolar Birliğinin, Alman Fredrich Alexander Üniversitesinin ve şu anda bünyesinde bulunduğumuz Uluslararası Kıbrıs Üniversitesinin birlikte düzenlemiş olduğu Bedensel Hasarlardan Dolayı Hukuki Sorumluluk Uluslararası Kongresine hoş geldiniz diyorum. (Alkışlar)

Hepinizin mensubu bulunduğum Kıbrıs Türk Barolar Birliği adına, Kıbrıslı Türk avukatları adına sevgiyle, saygıyla kucaklıyorum. Açılış konuşmasını yapmak üzere kürsüde yerimi aldım ama “plan içinde açılış konuşmaları acaba kongrede daha mı uzun sürecek?” diye bir endişeye de kapılmadım değil. O yüzden ben mümkün olduğunca kısa tutmak isterim konuşmamı. Çünkü bugün aramızda çok kıymetli akademisyenler var, hocalarımız var. Almanya’dan, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nin kendine münhasır özel durumuna rağmen bize engin bilgilerini aktarmak üzere aramızda bulunan kıymetli akademisyenler var. Türkiye’den yine muazzam hocalarımız aramızda. Ben oraları heyecanla bekliyorum. Bu bir bilimsel kongre ve bu derin bilgilerin hem meslektaşlarımızla hem de çok sevgili hukuk öğrencileriyle buluşması için sabırsızlanıyorum.

Evet, burası Kıbrıs ve maalesef Kıbrıs adı “sorun” kelimesi ile bir isim tamlaması haline gelmiş bir ÷lke. Biz bu ÷lkede doğduk, bu ÷lkede yaşıyoruz ve ÷lkemizi telaffuz ederken bir sorunla birlikte telaffuz etmek durumunda kalıyoruz. Ben 1979 da doğdum, yani 1974 sonrası doğmuş bir kişiyim. 40 yaşındayım ve doğduğum günden beri savaş sonrası travması ve

hala daha da devam eden ve nereye varacağı da çok fazla belli olmayan bir hukuki uluslararası bir sorunun içerisindeyiz. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti ve Türkiye Cumhuriyeti'nin Kıbrıs sorununun çözümüyle ilgili 1974 öncesinden başlayan ve günümüze kadar devam eden, aynı paralelde, birlikte ve hem Türkiye Cumhuriyeti'nin hem de Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin menfaatlerini gözetenek sorunlara çözüm bulma noktasındaki ekseninde sanırım bir değişiklik yoktur. Kıbrıslı Türklerin de bu anlamda farklı bir düşüncesi yoktur.

Çok sevgili Metin Hocam, Türkiye Barolar Birliği Başkanı-
mız; Türkiye Cumhuriyeti açısından, Türkiye Barolar Birliği
açısından konuya yaklaşımını ifade etti. Bu kendilerinin de ifa-
de ettiği gibi Türkiye Cumhuriyeti'nde yapılan kongrede de
ele alıp sonuçlandırılmış olan bir husus. Yine kendisinin ifade
ettiği gibi Türk milliyetçisi bakış açısını çok güzel bir şekilde
tarafımıza yansıttı. Elbette dediğim gibi Türkiye Cumhuriyeti
ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin bu sorunla ilgili paralel
pozisyonları aynen devam etmekte ve Kıbrıs Türklerinin hiç-
bir kesiminde farklı bir düşünce olmamaktadır. Yalnızca şunu
not etmek isterim. Yine uluslararası hukuka ilişkin bir termi-
nolojiye dönecek olursak, self determinasyon, kendi kaderini
tayin hakkı dediğimiz bir ilke vardır. Kuzey Kıbrıs Türk Cum-
huriyeti Halkı 1983'te bu ilkeye sarılarak Kuzey Kıbrıs Türk
Cumhuriyeti'ni ilan etmiştir. (Alkışlar)

Bu İlanın yasal kaynağı olan Kuzey Kıbrıs Türk Cum-
huriyeti Bağımsızlık Bildirgesinde ise Kuzey Kıbrıs Türk
Cumhuriyeti'nin kuruluşunun, iki toplumlu, halkların eşitli-
ğine dayanan bir federasyonun kurulmasına engel değil, onu
kolaylaştırıcı bir faktör olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu
iki bilgiyi yan yana koyduğumuzda Kıbrıslı Türklerin bu ko-
nudaki politikasını veya çözüm noktasındaki yaklaşımını de-
ğiştirebilmenin tek yolunun Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti,
halkının referandum neticesiyle yaratacağı sonuç olduğunu
düşünmekteyim. Bunu bizzat söyleyen, bizzat KKTC Anaya-
sası, Bağımsızlık Bildirgesi ve uluslararası hukuk ilkeleridir.
(Alkışlar)

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Bu anlamda Kıbrıs'ta son söz nasıl söylenecek, ne noktaya gelinecek? Onu şu an kestirebilmek mümkün değil. Zaten şunu tespit etmek gerekir: Müzakerelerin iyi gitmediği, çok da fazla bir ışık görmediğimiz de not edilmeli. Ama son söz söylenecekse de Kıbrıslı Türkler bu son sözü kendileri söylemek ister. (Alkışlar).

Bu anlamda Kıbrıs Türk Barolar Birliğinin mümkün olduğunca hukuk çerçevesinde kalarak Kıbrıs konusuyla ilgili görüşlerinin olduğunu ifade etmeye çalıştım. Konumuza dönecek olursak, çok kıymetli, hukukun çok teknik bir alanında müthiş bir kongre bizi bekliyor. Tüm meslektaşlarımıza, hukuk öğrencilerine faydalı olmasını dilerim. Bu organizasyonda katkısı olan başta Türkiye Barolar Birliği Başkanım Metin Hocama, Necdet Hocama, Çağlar Hocama, üniversite mensuplarımıza canı gönülden teşekkür ederim. Emekleri büyüktür ve ödenmez. Bizi de bu organizasyonun içerisine katmış olduklarından dolayı da müteşekkir olduğumu ifade etmek isterim. Saygılar sunarım. (Alkışlar)

Prof. Dr. Halil NADİRİ

Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Rektörü

Sayın Bakanım, Sayın Büyükelçim, Türkiye Barolar Birliğinin Sayın Başkanı Sayın Feyzioğlu çok değerli dostum, Sayın Esendağlı Kıbrıs Türk Barolar Birliğinin çok değerli başkanı, değerli hocalarım, çok değerli rektörümüz, çok değerli meslektaşlarım ve sevgili öğrenciler; öncelikle güzel, çok önemli bir etkinliğe ev sahipliği yapmaktan dolayı duyduğumuz memnuniyeti şahsım ve üniversitem adına belirterek başlamak istiyorum. Hepinize tekrardan hoş geldiniz diyorum.

Evet, Sayın Feyzioğlu uluslararası olmanın çok önemli olduğunu vurguladı. Aslında adının içerisinde uluslararası yer alan Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde yıllardır yaşanan uluslararası ambargolara rağmen, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Halkının, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin üniversiteler alanı ile ne kadar önemli bir başarının altına imza attığının en önemli göstergelerinden biridir. Adamız Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde, nüfusun neredeyse dörtte biri kadar yüksek öğretim öğrencisi adada eğitim almakta. Dünyaya baktığınızda nüfusunun dörtte birine denk düşen öğrenciye ev sahipliği yapan bir başka ülke, bir başka örnek yoktur. Bu bağlamda üniversitelerin yüksek öğretim alanının Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti için dünyaya açılan, dünyaya mesaj veren eğitim hakkının engellenemeyeceğini vurguladığı ve bugün dünyanın 100'den fazla ülkesinden öğrenciye yaklaşık, 100 bininin 50 bininin uluslararası öğrencilerden oluştuğu önemli bir başarının, önemli bir üniversitesinin ev sahipliğinde böyle bir etkinliği yapmak çok

değerli. Alanın uzmanlarını buraya toplamak bizim için önemli ama bir o kadar da bizlerin alışık olduğu bir ortam. Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi eylül ayından bugüne kadar geçen sürenin içerisinde 5 tane uluslararası etkinlik yaptı, farklı alanlarda yaptı. Bundan sonra da yapmaya devam edecek. Şuradan şunun mesajını vermek istiyorum:

Yüksek öğretim alanı Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin vitrinidir, dünyaya açılan penceresidir. Yüksek öğretim alanına hepimizin sahip çıkması, değer vermesi ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yüksek öğretim alanının devamının hem Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'ne hem de Türkiye Cumhuriyeti'nin haklı pozisyonunu vurgulayabilmek. Buradan mezun olup kendi ülkelerine dönecek ve bu ülkenin, bu ülkenin üniversitelerinin elçisi olarak görev yapacak olan gençlerin devamı açısından çok çok önemli olduğunu vurgulayarak, bugünkü konuşmamın bilimsel tarafını devam ettirmek istiyorum.

Bedensel Zararlardan Dolayı Hukuki Sorumluluk Uluslararası Kongresi gerçekten çok önemli. Geçen yıl ikincisine de biz Sayın dostum Feyzioğlu'nun ve Necdet Basa Hocamın katkılarıyla beraber destek verdik. Üçüncüsünü de burada, adamızda yapmak gerçekten bizler için önemli bir gurur kaynağı. Öncelikle böyle bir etkinliği organize ettikleri için ve katkı verdikleri için Frederich Alexander Üniversitesine, Türkiye Barolar Birliğine, Kıbrıs Türk Barolar Birliğine teşekkürlerimi tekrardan sunmak istiyorum. Bu yılki kongrede daha önceki yıllarda olduğu gibi alanın önde gelen akademisyen ve uzmanları katılım gösterdi. İki gün boyunca konunun değişik açılardan incelenerek değerlendirilecek olması ve bu konuda elde edilecek sonuçların alanda çalışan hukuk uzmanlarına önemli katkılar sağlayacağına olan inancımı belirtmek istiyorum.

Bu yıl düzenlenen uluslararası kongrenin teması, zarar kavramı. Hukukçular açısından bir kişinin mal varlığında veya şahıs varlığında, iradesi dışında meydana gelen eksilme olarak tanımlanır. Zarar veren olay, zarar görenin bedensel bütünlüğünü ihlal etmiş olması durumunda ise bedensel zararlarla da karşılaşılır. Bugün başlayan ve yarın da devam edecek bu

kongrede ortaya çıkan bedensel zararlar, her birliğin, alanının önde gelen akademisyen ve uygulamacıları tarafından bu zararların, doğumu ve hukuksal etkileri anlamında enine-bo-yuna tartışılacak ve çeşitli saptamalar yapılacaktır. Kongreye Türkiye’den ve Almanya’dan akademisyenler, Yargıtay ve Danıştay üyeleri, Adalet Bakanlığı’nın üst düzey bürokratlarının katılımı yanında, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti hukukçularının da, devletimizin çeşitli kademelerinde görev yapan hukukçularımızın da bu oturumlarda yer alacak olması, KKTC hukukunun bu kongrede ele alınmasına da katkıda bulunacak olmasından dolayı özel bir önem taşıdığını da vurgulamak istiyorum.

Bir kimsenin bedensel bütünlüğünün ihlali yoluyla, ona zarar verilmesi hususu her ne kadar da hukuksal bir olay olarak çeşitli sonuçlara yol açıyor olsa da, birey olarak toplumda yaşayan herkesi yakından ilgilendiren bir olgudur. Bedensel zararların ihlali herkesin karşı karşıya kalma ihtimalinin olduğu bir gerçek. Dolayısı ile toplumun refahı ve huzurunu bozan bu davranış, herkesi yakından ilgilendiren bir vaka olmaktadır. Bu çerçevede böylesi bir bilimsel toplantının düzenlenmesi yoluyla, her zaman olduğu gibi Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi olarak yapılan bilimsel çalışmaların aynı zamanda toplumsal düzeyde de etki doğurması ve bireylere doğrudan toplumsal katkıda bulunması amaçlarına hizmet etmekten dolayı duyduğumuz memnuniyeti de belirtmek istiyorum.

Saygıdeğer konuklar; Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nin en köklü yüksek öğretim kurumlarından biridir. 1997 yılından bu yana, her yıl daha da gelişerek büyümüştür. Bugün geldiğimiz noktada, 110 farklı ülkeden 19 bine yaklaşan öğrenci sayısı ile sahip olduğumuz uluslararası kimliğimiz ve uluslararası standartlardaki eğitim modelimiz ile yalnızca kendi ülkemizin kalkınmasını değil, mezun ettiğimiz uluslararası öğrencilerimiz de birçok farklı ülkenin kalkınmasına ve gelişmesine de katkı koymaktayız. Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi, 12 fakülte ve 8 yüksek okulda, toplam 242 ön lisans, lisans, yüksek lisans ve doktora progra-

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

mında eğitim vermektedir. Çok kültürlü öğrenci yapımız yanında, 38 farklı ülkeden 700'ü aşkın öğretim üyemiz de uluslararası standartlarda kaliteli eğitim hizmeti vermeye devam etmekteyiz. Sürdürülebilir başarının, kaliteye yatırım yapılması ile mümkün olabileceği vizyonu doğrultusunda çalışmalarımızı yoğun bir şekilde yürütmekteyiz.

Saygıdeğer konuklar sözlerime son verirken bu önemli etkinliğin düzenlenmesine katkı koyan Türkiye Cumhuriyeti Lefkoşa Büyükelçimiz Sayın Ali Murat Başçelik'e, Türkiye Barolar Birliği Başkanı çok değerli dostum Sayın Metin Feyzioğlu'na, Üniversitemiz Öğretim Üyesi ve Türkiye Barolar Birliği Başkan Baş Danışmanı Necdet Basa Hocama, Kıbrıs Türk Barolar Birliği Başkanı Sayın Hasan, Esendağlı'ya, Frederich Alexandr Üniversitesi'ne ve tüm organizasyon komitesine özverili ve başarılı çalışmalarından dolayı teşekkürlerimi sunuyorum.

Kongre çalışmalarına katkı koyan tüm gönül insanlarına ve çalışmalarını burada sunacak olan tüm katılımcıları tekrardan selamlıyor, hoş geldiniz diyorum. Etkinliğin verimli geçeceğine ve hukuk alanında önemli katkılar yapacağına olan inancımı belirtir, hepinize en derin saygılarımı sunarım.

Prof. Dr. Çağlar ÖZEL

Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Çok teşekkür ediyorum. Sayın Bakan, Sayın Büyükelçimiz, Sayın Direktörüm, Barolar Birliğinin Sayın Başkanı ve Kıbrıs Türk Barolar Birliğinin Sayın Başkanı, Sayın Rektörler, Sayın Yargıtay üyeleri, sayın hocalarım, sayın basın üyeleri, sevgili çevirmen arkadaşlar -çok büyük görev için gerçekleştirecekler bugün- ve çok sevgili arkadaşlarım; hepiniz hoş geldiniz kongremize. İnşallah protokolde herhangi bir hata yapmamışım. Protokollerin içindeyiz epey bir zamandır ama protokole bir türlü alışamadım. Protokol hatası yaptıysam özür dilerim bu anlamda.

Gördüğünüz gibi ve aynı zamanda konuşmam metnim de yok Sayın Hasan Esendağlı gibi. Hasan Esendağlı'dan farklı olarak ben unuttum kongre metnimi ama iyi ki de unutmumuşum. Zaten benim derdim bir an önce şu program başlasa diye çok fazla konuşmayacağım. Bir tek şey aslında belirtmek istiyorum, özellikle de öğrencilerimiz için. Borçlar Kanununun 49 ve devamı maddelerinde haksız fiilden kaynaklanan zararın tazmini ve bundan kaynaklanan sorumluluk düzenleniyor. 53 ve devamı maddelerinde de özellikle genel olarak insani zararlar dediğimiz zararlar, bedensel zarar ve ölümle ilgili düzenlemeler. İşte bu ölüm ve bedensel zararlara ilişkin zararlar; 53,54,55'inci maddelerde bugün konuşulacak ve yarın konuşulacak konuların temelleri var. İşte bunlar düzenliyor zaten konuları. Bu kongremiz -sabahtan beri konuşulan açıklamalar yapıldı- çok geniş kapsamlı bir kongre gerçekten. Bedensel zararların eni, boyu, her tarafı tartışılacak, çok değişik konular da var.

Özellikle bir konuya dikkat çekmek istiyorum: Bedensel zararların zararlara fütüristik yaklaşımlar günümüze uygun olarak bu çerçevede ortaya çıkacak. Bir de başka bir şeyden bahsetmek istiyorum, bizim için çok özel bir önemi olan. Bizim yeni mezunlarımız artık bu tür kongrelere katılabilecek durumdadır. Çok önemli bir gelişme. Bizim iki öğrencimiz, bu dönem mezun olan iki öğrencimiz, asistan sıfatıyla ve avukat stajyeri sıfatıyla kongrede tebliğ verecekler Kıbrıs Hukukuna yönelik olarak. Bundan dolayı da memnuniyetimi bildirmek istiyorum. Tekrar hoş geldiniz. Hepinizi saygıyla selamlıyorum.

**BEDENSEL ZARARLARDAN
DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK**

*“ADAM ÇALIŞTIRANIN VE
İŞVERENİN SORUMLULUĞU”*

1. Gün

1. Oturum

İŞ KAZALARI VE MESLEKHASTALIKLARINDAN İŞVERENİN SORUMLULUĞU

Prof. Dr. Fikret EREN

*Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi*

I- GENEL BİLGİ:

Bu sempozyumda tebliğ konumuz, işverenin iş kazaları ve meslek hastalıklarından doğan zarardan sorumluluğudur. İşveren, işçilerini işyerinde veya yürüttükleri işle ilgili olarak işyeri dışında iş kazası ve meslek hastalığından korunmak için iş sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin her türlü önlemi almak, gerekli eğitimi vermek, denetlemek, bu konudaki araç ve gereçleri noksansız bulundurmakla yükümlüdür. Bu yükümlülük işverenin, işçilerin iş sağlığı ve iş güvenliğini sağlama, başka bir deyişle işçilerin yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğünü koruma ya da kısaca işçiyi gözetme borcunu oluşturur¹. İşverenin bu borcu, iş sözleşmesinden doğan ve en az ücret ödeme borcu kadar önemli ve asli bir yükümlülük ve borçtur. İşveren bu önlemleri almaz, araç ve gereçleri bulundurmaz, yani işçiyi koruma, gözetme borcuna aykırı davranırsa, sorumlu olur,

¹ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası Ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu (İşverenin sorumluluğu), Ankara 1974, sh.37 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canpolat, İş Hukuku Dersleri, 32. Baskı, İstanbul 2019, sh.373 vd.; Süzek, Sarper, İş Hukuku, 18. Baskı, Ankara 2019, sh.386 vd.; Senyen-Kaplan, E. Tuncay, Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2019, sh. 188 vd.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

işçilerinin uğramış oldukları iş kazası ve meslek hastalığının neden olduğu maddi ve manevi zararları gidermek zorunda kalır. Nitekim, bu konuda ilk planda uygulanması gereken İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 4'e göre,

“İşveren çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup, bu çerçevede;

- a) Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dahil her türlü tedbirin alınması, organizasyon yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar.
- b) İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar.
- c) Risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır.
- d) Yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayatı ve özel tehlikesi bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır.”

Bu Kanununun 5. maddesi de işçilerin risklerden korunma ilkelerini düzenlemiş bulunmaktadır².

II-İŞVERENİN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI:

İşverenin işçiyi koruma ve gözetme borcuna aykırı davranması sonunda işçinin uğradığı iş kazası ve meslek hastalığından doğan zarardan sorumlu olması, aşağıdaki şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu şartlar, işverenin işçiyi gözetme borcuna aykırı davranması, bundan işçinin bir zarara uğraması, borca aykırı davranış ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması ve nihayet bir sorumluluk şartı olup olmadığı doktrinde tartışmalı olan işverenin kusur şartıdır.

² Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 417/II'ye göre de, “İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.”

A- İŞVERENİN İŞÇİYİ GÖZETME BORCUNA AYKIRI DAVRANMASI:

İşverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu, hukuki niteliği itibariyle bir özen borcudur. İşçiyi gözetme borcu, işverenin alacağı iş sağlığı ve güvenliği önlemleri, bulunduracağı araç ve gereçler sayesinde işçinin işyeri içinde veya dışında işini yaparken ya da işle ilgili olarak uğrayabileceği yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü risklerinin önlenmesini amaçlamaktadır. Gerçekten de işçi, işverenin alacağı bu önlemler sayesinde iş kazası ve meslek hastalığına uğrama riskinden korunmuş olacaktır. Buna karşılık, işveren bu önlemleri almadığı takdirde işçi, maddi veya manevi zarara neden olabilecek iş kazası veya meslek hastalığına uğrayabilir.

1) Zarar nedeni olarak iş kazası:

İşçinin işverenin otoritesi (hâkimiyeti) altında bulunduğu bir sırada onun için ifa ettiği işte veya iş dolayısıyla dış bir sebeple ve aniden meydana gelen bir olay sonucu uğramış olduğu kazaya, iş kazası denir³. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK) m. 3/g'ye göre de. " İş kazası, işyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenen engelli hale getiren olayı ifade eder." Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (SSGSK) m. 13'e göre ise iş kazası; "Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada veya işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle, sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle ya da bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda veya bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadının sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda ve nihayet sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında meydana gelen ve

³ Eren, İşverenin Sorumluluğu, sh. 5; Senyen-Kaplan, sh. 212.

sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren olaydır.”

Yukarıdaki açıklamalara göre iş kazasının başlıca iki unsuru vardır. Birinci unsur, kaza unsuru, ikinci unsur ise, kazanın görülen işle ilgili olmasıdır.

a) Bir kaza meydana gelmelidir:

Ani bir şekilde istenmeyen bir zararın doğmasına yol açan sebepler bütününe, kaza denir⁴. Bu anlamda insan vücudunun zarar görmesi, örneğin çalışan bir işçinin aniden ve istenmeden ölmesi veya vücut bütünlüğünün zedelenmesi bir kazadır. Dolayısıyla, bir olayın kaza olarak nitelendirilebilmesi için her şeyden önce, bir işçinin ölmesi veya vücut bütünlüğünün zedelenmesi gerekir.

Vücut bütünlüğü, beden bütünlüğü ve ruh bütünlüğü olarak ikiye ayrılır. Vücut bütünlüğü, bir bacağın, kolun kopması sonunda bedensel bütünlüğün zedelenmesi şeklinde olabileceği gibi, uğranılan bir korku ya da şok sonunda ruhsal bütünlüğün bozulması, örneğin devamlı olarak hıçkırık veya tik şeklinde de olabilir.

aa) Kaza, işçinin bünyesindeki bir iç olaydan değil, dış bir olaydan meydana gelmelidir:

Kaza, zarar gören işçinin bünyesinde mevcut bir iç olay sonucu değil, onun dışında gerçekleşen bir olaydan meydana gelmelidir. Kalp hastası bir işçinin geçirmiş olduğu bir kalp krizi sonrası ölmesi, bir kaza değildir. Aynı sonuç, şeker koması sonunda ölen bir işçi için de söylenebilir. Buna karşılık kaza, işyerinde düşme, vurma, çarpma, atma, kayma, itme gibi olaylar sonunda meydana gelmişse, bunlar, zarar gören işçinin bünyesi dışında gerçekleşen olaylar oldukları için dış olay niteliğindedirler. Örneğin binanın dış cephesine sıva veya boya

⁴ Oftinger, Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, I. Band, 2. Auflage, Zürich 1958, sh. 72; Dupeyroux, Jean-Jacques, Sécurité sociale, Dalloz 1965, sh.286; Eren, İşverenin sorumluluğu, sh.6.

yapan bir inşaat işçisinin üzerinde tutunduğu inşaat iskelesinin kırılması veya kopması sonucu düşüp ölmesi durumunda kazaya neden olan olay, dış bir olaydır. Zehirleyici, bulaşıcı maddeler de, örneğin işyerindeki virus ve bakteriler, yemeğe karışmış veya yemekte oluşmuş zehirleyici maddeler de dış olaydır. Aynı şekilde, işyerindeki anormal sıcaklık veya soğukluk da bir kazaya neden olmuşsa, bu da dış olay niteliğindedir.

bb)Kaza, ani bir olay sonucu meydana gelmelidir.

Zararlı sonucu doğuran dış olay, birden, aniden gerçekleşen bir olay olmalıdır. Olayın oluşması vurma, düşme, çarpma, kaymada olduğu gibi saniyelik olabileceği gibi, zehirlenme veya güneş çarpması ya da soğuktan donarak ölmeye olduğu gibi bir kaç saat de sürebilir.

cc)Kaza, işçinin iradesi dışında meydana gelen, istenmeyen bir olay olmalıdır:

Dış olay ve sonuçları, işçi tarafından istenilmemiş, arzu edilmemiş bir olay olmalıdır, Örneğin intihar eden bir işçi, zararlı sonucu istediği için kazadan, dolayısıyla da, istenilmeyen bir olaydan söz edilemez⁵.

b) Kaza ile görülen iş arasında mesleki (işlevsel) bir ilişki olmalıdır:

İşçinin uğradığı her kaza, iş kazası sayılmaz. Bir kazanın iş kazası sayılabilmesi için kaza ile görülen iş arasında bir bağ (otorite bağı) bulunmalıdır. İşçi, işverenin hâkimiyeti, yani otoritesi altında bulunduğu sırada kazaya uğramışsa, iş kazası gerçekleşmiştir. İşçinin, işverenin emir ve talimatı altında bu-

⁵ Saymen/Ekonom, Sosyal Sigortalar Tatbikatı, İstanbul 1966, sh. 85; Tuncay/Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 11.Baskı, İstanbul 2005, sh. 271; Eren, İşverenin sorumluluğu, sh.10; Bazı yazarlar olayın kaza olarak nitelendirilmesinde işçinin isteyip istememesini bir unsur olarak görmemektedirler. Bu yazarlara göre örneğin, intihar eden işçinin ölüm sebebi de iş kazasıdır. Bu yazarlar bu görüşlerini ilke olarak SSGSSK m. 22'ye dayandırmaktadırlar. Bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 15.Baskı, İstanbul 2011, sh.421; Senyen-Kaplan, sh. 212;

lunması demek, kendisine hizmet sözleşmesiyle yüklenen işi yapması veya yapmaya hazır olarak beklemesi demektir. İşlevsel ilişki, yani işverenin işçi üzerindeki hâkimiyet (otorite) ilişkisi, kaza esnasında mevcut olmalıdır. Bir kazanın iş kazası sayılabilmesi için bunun işçinin işverenin otoritesi altında bulunduğu bir sırada meydana gelmesi gerekir. Otorite ilişkisi, işçinin işverene hukuki bağımlılığından doğan bir ilişkidir.

2) Zarar nedeni olarak meslek hastalığı:

İşçinin, işverenin emir ve talimatı (otoritesi) altında çalışmakta iken işin niteliğine veya yürütme şartlarına göre tekrarlanan dış bir sebebin etkisiyle uğramış olduğu bedensel ve ruhsal arızaya meslek hastalığı denir⁶. İSGK m. 3/1'e göre de, "Meslek hastalığı, mesleki risklere maruziyet sonucu ortaya çıkan hastalıktır". SSGSK m. 14/1'deki tanıma göre ise, "Meslek hastalığı, sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik halleridir."

Bir hastalığın meslek hastalığı olarak kabul edilebilmesi için burada da iki unsur gerekmektedir. Birinci unsur, bir hastalığın mevcut olması, ikinci unsur ise hastalıkla görülen iş arasında iş ilişkisi (mesleki ilişki) bulunmalıdır.

a) Bir hastalık olmalıdır:

İşçinin vücut bütünlüğünü zedeleyen olaya hastalık (arıza) denir. Bir arızanın hastalık olarak nitelendirilebilmesi için aşağıdaki unsurları taşıması gerekir

aa) Hastalık işçinin bünyesindeki bir olaydan değil, dış bir olaydan kaynaklanmalıdır:

Dış olay, işçinin vücuduna yabancı dışardan gelen bir ajan veya faktör olmalıdır. Dolayısıyla, bu hastalık işçinin bedensel

⁶ Eren, İşverenin sorumluluğu, sh.23; Senyen-Kaplan, sh. 213

veya ruhsal yapısında mevcut bir iç, yani bünyesel sebeplerden ileri gelmemelidir⁷. Zaten öyle bir durum olursa, hastalık meslek hastalığı olarak adlandırılmaz.

bb) Meslek hastalığını doğuran sebep sürekli olarak tekrarlanmalıdır:

Meslek hastalığını doğuran sebep sürekli olarak tekrarlanmalıdır. Tekrardan amaç, aynı olayın birden fazla, yani bir çok defa meydana gelmesi, cereyan etmesidir. Esasen meslek hastalığını iş kazasından ayıran en büyük özellik, iş kazasında kazayı meydana getiren dış olayın bir defada gerçekleşirken, meslek hastalığında bu sebebin sürekli olarak tekrarlanmasıdır. Nitekim, bu husus SSGSK m. 14/1'deki tanımında, "**Meslek hastalığı, sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik halleridir.**" denilmek suretiyle açıkça belirtilmiştir.

cc) Meslek hastalığını doğuran sebep, vücuda yavaş yavaş (tedrici olarak) etkide bulunmalıdır:

Meslek hastalığını meydana getiren dış sebep, vücuda yavaş yavaş etkide bulunmalıdır. Bu özelliği dolayısıyla meslek hastalığı iş kazasından ayrılır. Gerçekten de, iş kazasında kazaya sebep olan olay anidir, beklenmedik bir çabuklukla gerçekleşir, oysa meslek hastalığında bu, yavaş yavaş meydana gelir⁸.

dd) Ölüm veya vücut bütünlüğünün zedelenmesi:

Yavaş yavaş sürekli olarak tekrarlanan dış sebep, aynen iş kazasında olduğu gibi ya işçinin vücut bütünlüğünü zedelemekte ya da ölümüne neden olmaktadır.

⁷ Al-Abid, Adnan, La responsabilité de l'employeur en droit Irakien et la réparation des accidents de travail en droit Français, Neuchatel 1965, sh.114; Eren, İşverenin sorumluluğu, sh.24;

⁸ Saymen/Ekonom, s. 89; Al-Abid, sh. 99, 114; Eren, İşverenin sorumluluğu, sh.26

b) Hastalık ile görülen iş arasında mesleki bir bağ, bir iş ilişkisi bulunmalıdır:

Bir hastalığın, meslek hastalığı sayılabilmesi için hastalık ile görülen iş arasında mesleki bir bağ (bir otorite bağı) bulunmalıdır. İşçi, iş sözleşmesine göre işverenin hakimiyeti, yani otoritesi altında çalıştığı sırada gördüğü iş nedeniyle bu hastalığa uğramışsa, meslek hastalığı gerçekleşmiştir⁹. Başka bir deyişle, hasta olduğunu bildiren işçi, işverenin, işyerinde onun emir ve talimatı (otoritesi) altında çalışıyor ve çalıştığı işyerindeki işin türü ve konusu da belirli bir meslek hastalığını doğurmaya elverişli bulunuyorsa, hastalık meslek hastalığıdır. Kaldı ki, hangi hastalıkların meslek hastalığı sayılacağı bir liste halinde ilgili kanun veya kanunların yollama yaptığı tüzük veya yönetmeliklerde normatif olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Hukukumuzda hangi hastalıkların meslek hastalığı sayılacağı, SSGSSK m. 14'ün son fıkrası uyarınca Çalışma Gücü Ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği Ekinde yer alan meslek hastalıkları listesinde gösterilmiştir¹⁰.

Meslek hastalığı ile görülen iş arasındaki bağın gerçekleşmesi, ilke olarak işçinin zararlı ajana maruz kalma süresine bağlıdır. Meslek hastalıklarını gösteren listede bu süre yer almaktadır. Örneğin pnömokonyozun meslek hastalığı sayılabilmesi için sigortalı işçinin, havasında pnömokonyoz yapacak yoğunluk ve nitelikte silis tozu bulunan yeraltı veya yerüstü işyerlerinde toplam olarak en az 3 yıl çalışmış olması gerekmektedir.

**B- İŞVERENİN İŞÇİYİ GÖZETME BORCUNA
AYKIRI DAVRANMA-SINDAN, ÖZELLİKLE İŞ
KAZASINDAN VEYA MESLEK HASTALIĞINDAN
İŞÇİ BİR ZARAR GÖRMELİDİR:**

İşverenin, iş sağlığı ve iş güvenliği önlemlerini tam ve gereği gibi almaması, başka bir deyişle işverenin işçiyi gözetme

⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 20.3.1972 T, 11828-13828 K.; Eren, İşverenin sorumluluğu, sh.28.

¹⁰ Senyen-Kaplan, sh.215.

borcuna aykırı davranması sonunda gerçekleşen iş kazası ve meslek hastalığı, işçinin zarar görmesine neden olmalıdır. Zarar, maddi zarar olabileceği gibi manevi zarar da olabilir. Zarar niteliği itibariyle haksız fiilden doğan bir zarar değil, iş sözleşmesine aykırılıktan doğan zarardır.

**C- İŞVERENİN GÖZETME BORCUNA AYKIRI
DAVRANIŞI İLE MEYDANA GELEN
ZARAR ARASINDA UYGUN İLLİYET BAĞI
BULUNMALIDIR:**

İşverenin sorumluluğunun üçüncü önemli unsuru da, işverenin gözetme borcuna aykırı davranışı ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. Bugün Türk sorumluluk hukukunda hem sözleşme sorumluluğu hem de sözleşme dışı sorumlulukta geçerli olan nedensellik bağı görüşü, uygun nedensellik bağı görüşüdür. Somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu olayların olağan akışına ve genel hayat deneyimlerine göre meydana getirmeye, niteliği itibariyle elverişli olan, bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan sebep ile sonuç arasındaki bağa, uygun nedensellik bağı denir¹¹. İşverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak için alması gereken önlemleri hiç veya yeterli ölçüde almayan, dolayısıyla gözetme borcuna aykırı davranan işverenin bu davranışı ile gerçekleşen zarar arasındaki uygun nedensellik bağı ispat yükü zarar gören işçiye düşer.

Uygun nedensellik bağının kesilmesi mümkündür. Uygun nedensellik bağı kesen sebepler, mücbir sebep, zarar görenin kusuru ile üçüncü kişinin kusurudur. Bu sebeplerden biriyle uygun nedensellik bağının kesilmiş olduğunu ispat yükü de işverene düşer. Mücbir sebep halinde işveren işçiye bir ödemede bulunmaz. Ancak, işçinin veya üçüncü kişinin kusurlu davranışının uygun illiyet bağı kesmesi halinde, işçi zararının bir kısmını sigortadan alabilmektedir. Bu hususta SSGSSK m. 21

¹¹ Eren, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, sh.51 vd; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019, N. 1683;

ve 22' de zarar gören sigortalı işçiye ödenecek miktar düzenlenmiş bulunmaktadır.

D-İŞVERENİN KUSURUNUN SORUMLULUĞUN BİR ŞARTI OLUP OLMADIĞI:

İşverenin iş kazası ve meslek hastalığından sorumluluğunun kusur şartına bağlı olup olmadığı doktrinde ve Yargıtay kararlarında tartışmalıdır. Bu konuda başlıca iki görüş bulunmaktadır. Bunlar, sorumluluğun gerçekleşmesi için işverenin kusurunu şart gören kusur sorumluluğu görüşü ile kusuru şart görmeyen kusursuz sorumluluk görüşüdür.

Bu görüşler aşağıda kısaca incelenecektir.

A-KUSUR SORUMLULUĞU GÖRÜŞÜ:

Bu görüşü savunan yazarlara göre işverenin iş kazası ve meslek hastalığından doğan sorumluluğu, İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanununda düzenlenmemiştir. Bu durumda, işverenin iş kazası ve meslek hastalığından doğan sorumluluğuna genel hüküm niteliğindeki Türk Borçlar Kanununun sözleşme sorumluluğunu düzenleyen 112 vd. hükümlerinin uygulanması gerekir. TBK m. 112'ye göre, " Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiç bir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür." Söz konusu hüküm, kusuru, genel olarak sorumluluğun bir şartı olarak gördüğüne, işverenin sorumluluğuna uygulanacak hüküm de bu olduğuna göre işverenin sorumluluğu, niteliği itibariyle kusur sorumluluğudur¹². TBK m. 417/III'e göre, "İşverenin yukarıdaki hükümler dahil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan so-

¹² Oğuzman, Kemal, İşkazaşı ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu, İÜHF 1969, XXXIV, Sayı 1-4, sh.337 ; Tekinay, Selahattin Sulhi, İş Kazalarından ve Meslek Hastalıklarından Dolayı İşverenin Sorumluluğunun Sınırlanması Meselesi, MHAD 1968, Sayı 3, sh.91; Süzek, sh. 402; Çelik/Caniklioğlu/Canpolat, sh.399; Senyen-Kaplan, sh.207.

rumluluk hükümlerine tâbidir.” Bu maddede belirtilen hüküm de daha önce açıklandığı gibi sorumluluğu düzenleyen genel hüküm niteliğindeki TBK m. 112 hükmüdür.

Yargıtay da 2000’li yıllardan sonra verdiği kararlarda kusursuz sorumluluk görüşünü terkederek kusur sorumluluğu görüşünü savunmaya başlamıştır. Nitekim, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 12.06.2006 tarihinde verdiği bir kararda işverenin iş kazasından doğan sorumluluğunu, kusur sorumluluğu olarak nitelendirmiştir. Gerçekten de, bu karara göre işverenin iş kazasından doğan sorumluluğu, “..... yasa ve içtihatlarla belirlenmiş olan ayırık haller dışında ilke olarak iş akdinden doğan işçiyi gözetme (koruma) borcuna aykırılıktan kaynaklanan kusura dayalı... ” sorumluluktur¹³. Daha sonra 03.02.2010 tarihinde vermiş olduğu bir kararla Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da kusur sorumluluğu görüşünü benimsemiştir. Bu kararda da Yargıtay, “Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında bir iş kazasından işverenin sorumlu olması için, işverenin iş güvenliği önlemlerini alma ve özen gösterme yükümlülüğüne aykırı davranışı veya ihmal göstermesi sonucu kaza meydana gelmiş olmalıdır. Diğer bir deyişle, Özel Daire bozma ilamında da değinildiği üzere oluşan kazadan sorumlu olabilmesi için işverenin kusurunun kanıtlanmış olması gerekir.”¹⁴

B- KUSURSUZ SORUMLULUK GÖRÜŞÜ:

Hukuk mevzuatında işçilerin, hatta tüm çalışanların yaşam, sağlık ve vücut bütünlüklerinin korunması ve gözetimi, İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanununda (İSGK’da) düzenlenmiştir. Nite-

¹³ Y21HD, T. 12.06.2006, E. 2006/4895, K.2006/6303.

¹⁴ YHGK, 3.2.2010 tarih ve 2010/21-36 E. , 2010/67 sayılı kararı. Yargıtay 12.02.2014 tarih ve E: 2013/21-586, K: 2014/95 sayılı bir kararında da yine kusur sorumluluğunu savunmuş, ancak bunun yasal dayanağının İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu değil, Türk Borçlar Kanunu olduğunu ileri sürmüştür: “İş sağlığı ve güvenliğinde kusur, işverenin kendisi için getirilen yükümlülüklerle aykırı davranmasını ifade eder. Ancak, bu kusurlu davranışın yaratacağı hukuksal sonuçlar, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında değil, genel hüküm niteliği taşıyan Borçlar Kanunu’nda düzenlenmektedir. Dolayısıyla, sorumluluğun hukuksal temeli ve niteliği, anılan Kanun’daki kural, yani kusura dayalı sorumluluktur.”

kim, "Amaç" başlığını taşıyan İSGK m. 1'e göre, "Bu Kanunun amacı; işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, **sorumluluk**, hak ve yükümlülüklerini düzenlemektir.". Aynı şekilde, İSGK m. 2'ye göre de, çok az bir istisna dışında, **"(1)Bu Kanun, kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dahil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır."** Bunun gibi, söz konusu Kanun m.3.b'ye göre de, "Çalışan:Kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın kamu veya özel işyerlerinde istihdam edilen gerçek kişiyi", m. 3.g'ye göre, "İş kazası: İşyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenen engelli hale getiren olayı", m. 3.ğ'ye göre, "İşveren: Çalışan istihdam eden gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları", m.3.l'e göre de, "Meslek hastalığı: Mesleki risklere maruziyet sonucu ortaya çıkan hastalığı" ifade eder.

İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanununun yukarıdaki hükümlerine ilâve olarak yine bu Kanunun 4. maddesiyle başlayan İkinci Bölümünde işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlamada genel yükümlülüğü düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 417/II'ye göre de ayrıca, "İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür."

Yukarıda da belirtildiği gibi, İSGK m.2/2'ye göre TBK m. 417 kapsamına girecek çok istisnalar dışında, m. 2'ye göre **"(1) Bu Kanun, kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dahil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır."** Aynı şekilde, söz konusu Kanun m.3.b'ye göre de, ".... Kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın kamu veya özel işyerlerinde istih-

dam edilen gerçek kişiy"e, çalışan denir. Görüldüğü gibi, "çalışan" sözcüğü "işçi"yi de kapsayan geniş bir kavram olup, iş kazası ve meslek hastalığına karşı işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğü yönünden 2/2. madde dışında kalan işçi de dahil her türlü çalışana uygulanacak Kanun, yalnız ve yalnız İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunudur.

Ne var ki, kanun koyucu, İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanununda işçinin yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğüne ilişkin tüm önlemlerin alınmasını işverene bir borç olarak yüklemiş olmasına rağmen, bu önlemleri almayan, dolayısıyla işçiyi koruma ve gözetme borcuna aykırı davranan ve bu suretle zarar veren işverene uygulanacak sorumluluk (yaptırım) hükmünü bu kanunda düzenlemediği gibi, uygulanacak bir başka kanun hükmüne de, örneğin TBK. 417 veya 122. madde hükümleri gibi bir hükme de yine bu kanunda yollamada (atıfta) bulunmamış, böylece bilerek bir kanun boşluğuna neden olmuştur. Bu durumda sorun, öyle bir solukta TBK m. 417/III'e dayanarak TBK m. 112 hükmünün genel sorumluluk hükmü olduğunu bildirip, hüküm bulunmayan hallerde bu hükmün uygulanacağını ileri sürmek suretiyle çözülemez. Gerçekten de, TBK m. 417/III'ün öngördüğü, "İşverenin yukarıdaki hükümler dahil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlâline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tâbidir." hükmüne dayanarak, TBK m. 112'ye göre "işverenin sorumluluğu kusur sorumluluğudur" deyip, kusursuzluğunu ispat eden işverenin sorumluluktan kurtulacağı ileri sürülemez. Çünkü, TBK 417/III ve 112 hükümleri ve burada düzenlenmiş olan sözleşme, kanun ve kusur kavramları, Türk Borçlar Kanununa, Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiş sözleşmelere ve Türk Borçlar Kanununa göre borçlu veya sorumlu olan kişilere hitap eden hüküm ve kavramlardır. Tekrar belirtelim ki, TBK m. 393 ve devamında düzenlenen hizmet sözleşmesi, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu anlamında çalışan kişinin işverene yaptığı iş sözleşmesi değildir. Dolayısıyla, TBK m. 417 aracılığıyla TBK m. 112 hükmü sadece İSGK m. 2/2'ye göre sayıları çok az olan çalışanlara

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

uygulanır, bunların dışında kalıp büyük çoğunluğu oluşturan işçilere veya çalışanlara TBK değil, İSGK hükümleri uygulanır. İSGK'da bir hüküm boşluğu varsa bu boşluk da, hâkimin, TMK m. 1/II'ye göre yaratacağı hukukla, yani sorumluluk hükmüyle çözülür.

İşverenin tâbi olduğu kusur sorumluluğu görüşüne şu iki nedenle katılmak mümkün değildir. Evvelâ, herhangi bir kanundaki herhangi bir boşluğun, özellikle bir yaptırım (örneğin sorumluluk) boşluğunun, yine o kanunda düzenlenen özel veya genel bir hükümle diğer bir kanunda yer alan bir hükmün doğrudan doğruya ve kıyas yoluyla uygulanmak suretiyle doldurulacağı öngörülmüş olmadıkça, diğer kanundaki hüküm uygulanamaz. Kanunların olaylara uygulanmasına ilişkin bu ilkeyi, kanun koyucu bir çok kanunda, bu kanunun bir maddesine hüküm koymak suretiyle uygulamaktadır¹⁵. Dolayısıyla, bir işçiye ya da çalışana karşı işverenin alması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemleri, özellikle de işverenin işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğü, İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanununda düzenlenmiş olmakla birlikte, bu yükümlülüğe aykırı davranan işverenin sorumluluğu ve bu sorumluluğun türü hakkında bu kanunda bir düzenlenme bulunmadığı gibi, yine bu kanunda uygulanacak bir kanuna, örneğin Türk Borçlar Kanununa da bir uygulama atfı (yollaması) yapılmış olmadığı için bu sorumluluğa, Türk Borçlar Kanununda yer alan sözleşmelere uygulanacak kusur sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 112 hükmü uygulanamaz. Demek ki, bir kanunda herhangi bir kanuna veya sözleşmeye aykırı bir davranış için doğrudan veya uygulama atfı ile Türk Borçlar Kanunun veya bu Kanundaki bir hükmün uygulanacağı öngörülmemişse, o davranışa

¹⁵ Nitekim, örneğin Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 80'nin başlığı "Diğer kanunların uygulanması" adını taşımakta ve içeriğinde,

"(1) Kuruluşlar hakkında bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 4721 sayılı Kanun ile 4/11/2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanununun bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır."

"(2) Toplu iş sözleşmeleri hakkında bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 4721 sayılı Kanun ve 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile iş sözleşmesini düzenleyen diğer Kanunların bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır." denilmektedir.

Türk Borçlar Kanununu veya bu Kanunda yer alan herhangi bir hüküm uygulanamaz.

İkinci neden de, kanunların amaçlarıyla ilgilidir. İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanununun izlediği amaç, niteliği itibariyle daha çok işçiyi koruyucu, dolayısıyla özü itibariyle koruyucu ve sosyal nitelikte bir amaçtır. Burada işverene oranla ekonomik yönden daha zayıf durumda olan işçiyi (çalışanı) koruma amacı ön plana çıkmaktadır. Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu taraflar arasında ilke olarak eşitçi bir amaç gütmektedir. Bu yönden de, yani işverenin işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğü esas alınarak da İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanununun ruhuna uygun bir sorumluluk normunun uygulanması gerekir.

İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanununun, "Amaç" başlıklı 1. maddesinde, "Bu Kanunun amacı; işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, **SORUMLULUK**, hak ve yükümlülüklerini düzenlemektir." denmesine rağmen, maalesef **işverenin hukuki sorumluluğu düzenlenmemiştir**. Bu durumda burada bir kanun boşluğu söz konusu olmaktadır. İşverenin sorumluluğunu kusursuz sorumluluk olarak nitelendiren yazarlar görüşlerini ya bir kanun boşluğuna ya da hakkaniyet fikrine dayandırmaktadır¹⁶. Türk borçlar hukukunda kusur sorumluluğunun kural, kusursuz sorumluluğun istisna olduğu fikri şeklen doğrudur. Fakat bu kural, kusursuz sorumluluğun yalnız özel bir kanunda özel bir fiil veya olay hakkında öngörülmüş olması halinde o fiil veya olaya uygulanabileceği anlamına gelmez. Kanun boşluğunun bulunduğu yerde kanun koyucu gibi davranma yetkisine sahip olan hâkim, Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 1'e da-

¹⁶ Bu görüşteki yazarlar için bkz. Eren, İşverenin sorumluluğu, sh. 86 vd.; 92-93; Tunçomağ, Kenan, İş Hukuku, C.1, 4.Baskı, İstanbul 1986, sh. 267-270; Çenberci, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, 6. Baskı, Ankara 1986, sh.972-974; Ulusarı, İlhan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Hukuki Sorunları, İstanbul 1990, sh.123-125; Centel, Tankut, Türk Borçlar Kanununda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, Sicil,24 Aralık 2011, !3-18, sh.6; Kılıçoğlu, Mustafa, Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri, 3. Baskı, Ankara 2012, sh.28 vd.

yanarak yeni bir sorumluluk normu (hükmü) yaratmaya veya mevcut bir sorumluluk türünü başka bir sorumluluk türüne çevirmeye yetkilidir. Yeter ki, TMK m. 1 anlamında ortada bir kanun boşluğu bulunsun.

Kusursuz sorumluluk genellikle bir kanun hükmüyle belirlenir. Ancak, bu zorunlu değildir. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi İsviçre Borçlar Kanunu veya Medeni Kanununda düzenlenmiş bulunan adam çalıştıranın, hayvan bulunduranın, ev başkanının sorumluluğunu başlangıçta kusur sorumluluğu olarak nitelendirirken¹⁷, daha sonraki kararlarında bu hallerde kusursuz sorumluluğun söz konusu olduğuna karar vermiştir¹⁸.

Kanımızca, İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanununun, bir yandan işçiyi (çalışanı) koruyucu nitelikte sosyal içerik ve amaçlı bir kanun olması, diğer yandan da işverene işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğü yönünden her türlü önlemi eksiksiz almasını öngören hükümler yüklemesine karşılık, sorumluluk hükmü içermediği gibi, iş kazası ve meslek hastalığından doğan zararların giderilmesinde de, Türk Borçlar Kanununun genel sorumluluk hükmü (TBK m. 112 vd.) ile hizmet sözleşmesine ilişkin sorumluluk hükmünün (TBK m. 417'nin) uygulanmasını öngören bir hüküm de içermemesi karşısında, sorunun TMK m. 1 kapsamında mahkemece yapılacak yorum sonunda belirlenmesi gerekir. Burada da kabul edilecek sorumluluk türü, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun ruh ve amacına uygun olarak işçiyi (çalışanı) daha çok koruyacak nitelikteki kusursuz sorumluluk halidir. Bu görüş, "Türk Borçlar Kanununda kusur sorumluluğu kuraldır, o halde işverenin sorumluluğu da kusur sorumluluğu olmalıdır" diyen görüşle oranla en azından daha geçerli bir gerekçeye dayanmaktadır.

Ayrıca, iş kazası veya meslek hastalığı önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden doğmuşsa, bu suretle meydana gelen zarardan işletme sahibi, TBK m. 71'e göre ku-

¹⁷ BGE 29 II 489; 24 II 835; 26 II 106, 307; 38 II 427.

¹⁸ Bkz. Oftinger, sh.22.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

sursuz sorumluluğun en ağır türü olan tehlike sorumluluğuna göre sorumlu olur . Aynı şekilde, işveren bir borcunun ifasını, TBK m. 116'ya göre yardımcı kişilerinden birine bırakmış ve bu kişi de işi yürüttüğü sırada işverenin diğer işçilerinden birinin iş kazasına uğramasına sebep olmuşsa, kendisi veya yardımcısı kusursuz olsa bile meydana gelen zarardan TBK m. 66'ya göre sorumludur. Burada da işverenin sorumluluğu kusursuz sorumluluk türlerinden özen veya olağan sebep sorumluluğudur. İşçinin (çalışanın) uğradığı zarar, işverenin işletmeci olarak sorumlu olduğu bir trafik iş kazasından doğan bir zarar ise, burada da sorumluluk, Karayolları Trafik Kanunu m. 85'e göre tehlike sorumluluğudur.

Burada son olarak belirtelim ki, işverenin kusursuz sorumluluğu, bazı Yargıtay kararları ile doktrinde bazı yazarlara göre tehlike veya risk sorumluluğu olarak nitelendirilmişse de, bu sorumluluk yukarıda saydığımız istisnalar dışında ilke olarak tehlike sorumluluğu değil, olağan sebep sorumluluğudur¹⁹. Dolayısıyla, işveren kurtuluş kanıtı getirmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilir. Ayrıca işveren, mücbir sebep, zarar görenin ya da üçüncü kişinin kusurunun uygun illiyet bağına kestiğini kanıtlarsa, yine sorumluluktan kurtulur²⁰.

Yargıtay 1960'lı yıllardan itibaren işverenin iş kazası ve meslek hastalığından doğan sorumluluğunu kusursuz sorumluluk olarak nitelendirmiştir. Nitekim, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 1967 yılında vermiş olduğu bir kararda kusursuz sorumluluk görüşünü savunmuştur²¹. Yargıtay, bir Hukuk Genel Kurulu kararında da bu görüşü savunmuştur. Gerçekten de, söz konusu karar aynen şu ifadeleri içermektedir: "... Ancak,

¹⁹ Bununla birlikte, işverenin işletmesi TBK m.71'e göre önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme ise, tehlike sorumluluğu söz konusu olur.

²⁰ Nitekim, 12.02.2014 tarih ve E: 2013/21-586, K: 2014/95 sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına göre de, " İş kazasının meydana gelmesindeki illiyet bağının mücbir sebep, kazaya maruz olanın veya üçüncü kişinin ağır kusuruyla kesilmesi halinde işverenin tazminat ödeme sorumluluğundan söz edilemez."

²¹ Y9HD, T. 12.10.1967, E.7295, K.9545 sayılı bu karar için bkz. Çenberci, sh.766-767, N.64.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

3.6.1968 günlü bilirkişi raporunda bu kazadan dolayı tarafları tamamıyla kusursuz oldukları mütalaa olunmuştur. Kazaya uğrayan işçinin veya hak sahiplerinin açacakları tazminat davalarının hukuki nedeni, risk nazariyesine yani kusursuz sorumluluk esasına dayandığından olayda 27.3.1957 gün ve 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanması gerekir.”²²
Temennimiz, Yüksek Mahkemenin yeniden bu görüşe dönmesidir.

²² YHGK, T. 02.07.1969, E.452, K.655 sayılı bu karar için bkz. Çenberci, sh.767, N.65.

MADDİ VE MANEVİ ZARARLARIN ERKEN TAZMİNİ SORUNU (GEÇİCİ ÖDEMELER)

Prof.Dr.Şebnem AKİPEK ÖCAL (1)

I. GİRİŞ

Kanun koyucu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda, mülga Kanun döneminde olmayan bir düzenleme getirmiştir. TBK m.76 ile "Geçici Ödemeler" olarak kaleme alınan bu düzenleme, Kanun maddesinin yasalaşması sürecinde oldukça farklı açılardan eleştirilere maruz kalmıştır. Kanun koyucu, bir anlamda sosyal devlet anlayışından uzaklaşarak, davacının talep etmesi halinde hâkimin, davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebileceğine hükmetmiştir.

Kanunun "geçici ödeme" olarak nitelendirdiği bu düzenleme aslında özellikle kişilik haklarına yönelik saldırılar neticesinde meydana gelen bedensel zararlar sebebiyle mağdur olan tarafa, yargılamanın uzun sürmesi durumunda tazminat alacaklarına mahsuben kısmi bir ödeme yapılmasını amaçlamaktadır².

Hem hâkime geniş bir yetki tanınması hem de yapılan geçici ödemenin hukuki niteliği bakımından çeşitli yönlerden eleştirilen bu madde ile asıl ulaşılmak istenen hedef, hiçbir sosyal

¹ Prof.Dr.Şebnem Akipek Öcal, TED Üniversitesi Öğretim Üyesi.

² Kılıçoğlu Yılmaz, Kumru; Geçici Ödemeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Sayı: 110, Ankara 2014, s.110.

güvencesi bulunmayan ve acilen parasal bir desteğe ihtiyaç duyan tarafın, uğradığı zararı hâkime sunduğu inandırıcı kanıtlarla ortaya koymak suretiyle korunmasıdır.

Kanun koyucu bu düzenlemeyi yaparken, İsviçre Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birleştirilmesi Öntasarısı (HPG Art.) 53. maddesi ile İsviçre Borçlar Kanunu'na dahil edilmek istenen 56h. maddesinden esinlenmiştir. TBK m.76'nın ilk fıkrası, HPG Art. 56h maddesinin tekrarı gibidir. Ancak ikinci fıkrası, kaynak İsviçre mevzuatında da bulunmamaktadır³. İsviçre Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birleştirilmesi Öntasarısı'nda tartışılan bu husus, İsviçre'de öntasarının geri çekilmesiyle yasalasamadan raflardaki yerini almıştır⁴. Buna karşılık ülkemizde yasalasmış ve uygulamaya başlanmıştır.

II. GEÇİCİ ÖDEMELERİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖN ÖDEME KURUMU

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almayan yeni bir husus 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri" bölümünde 76. maddede "Geçici Ödemeler" başlığı altında düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu maddede;

"Zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir.

Davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir; tazminata hükmedilmezse hâkim, davacının aldığı geçici ödemelerin, yasal faiziyle birlikte geri vermesine karar verebilir." şeklinde düzenleme getirmiştir.

Bu maddeden yola çıkarak; geçici ödemeye ilişkin tanımları şu şekilde sıralamak mümkündür. Kılıçoğlu⁵; "haksız fiil sebe-

³ Antalya, Gökhan; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde: 76 Düzenlemesi: Geçici Ödeme, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı- 2013, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C. I, İzmir 2013, s. 187.

⁴ Kılıçoğlu, Ahmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Bası 17, Ankara 2013, s. 430.

⁵ Kılıçoğlu, Ahmet; Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk ve Geçici Öde-

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

biyle doğan zararın tazmini davasında, davalı tarafından davacıya yargılama devam ederken hükmedilecek tazminata mahsuben yapılan ödeme”, şeklinde tanımlarken, Antalya⁶; “haksız fiil nedeniyle ortaya çıkan zararın önceden giderilmesi amacıyla tazminat davası görülmekte iken, zarar görenin (davacının) talebi üzerine, zarar görenin haklılığı gösteren delillerin bulunması ve ekonomik durumunun da bu ödemeyi gerektirmesi durumunda hâkimin hükmettiği bir ön ödeme” olarak tanımlamaktadır.

Antalya'nın tanımında yer aldığı üzere TBK m.76 hükmü aslında, ön ödeme (verläufige Zahlungen) kurumunu düzenlemektedir⁷. Öğretide Yavuz'un da savunduğu gibi; “Geçici ödeme, haksız fiil sebebiyle meydana gelen zararın karşılanması için açılan tazminat davalarında hükmedilen ve yargılama sonucunda hükmedilecek zarara mahsuben yapılan bir ön ödemedir”⁸. Ön ödemenin geçici bir karar olması aynı zamanda geçici ödemenin miktarının yargılama neticesinde varılan hükümde yer alan miktardan daha fazla olması durumunda bunun davalıya iade edilmesi gerektiği, ayrıca zarar görenin ekonomik durumunun buna imkân vermesinin gerektiği göz önünde tutulmalıdır⁹.

Borçlar Kanunu'nun sistematığı içinde her ne kadar “geçici ödemeler”, haksız fiillerden doğan borç ilişkileri altında yer almışsa da TBK m.114/II gereğince haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin, kıyas yolu ile sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu durumda, sözleşmeye aykırılık hallerinden doğan zararların tazmin edilmesinde de geçici ödeme talebinde bulunulması ve hâkimin buna hükmetmesinin yolu açılmıştır¹⁰.

meler, Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Akara 2006, s. 173.

⁶ Antalya, s.187.

⁷ Antalya, s.185.

⁸ Yavuz, Nihat; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Ankara 2013, s. 593.

⁹ Antalya, s.190; Yavuz, s. 593.

¹⁰ Kılıçoğlu Yılmaz, s.112.

Kanunun kaleme alınan hali ile geçici ödemeleri; haksız fiil veya sözleşmeden doğan bir borca aykırılık durumunda, zarar gören tarafa, yargılama aşamasında davasında haklılığına ilişkin kanıtların mevcudiyeti ile ekonomik durumunu kanıtlayabildiği takdirde geçici olarak ödenen bir tazminat olup, yargılama neticesinde kısmen veya tamamen haksız çıkması halinde, kendisine yapılan ödemeyi yasal faiziyle birlikte ödeme tarihinden itibaren iade etmekle yükümlü olduğu, kısmi bir ifa olarak tanımlamak mümkündür¹¹. Geçici ödeme, hâkimin nihai bir karar vermesine kadar, davacıya içinde bulunduğu zor şartlar altında geçici bir koruma sağlamaktadır¹².

TBK m.76 yakından incelendiğinde; hâkimin geçici ödemeye karar vermesinden önce bu talebi ileri süren zarar görenin;

Mahkemeye iddiasında haklılığını kanıtlayan inandırıcı belgeler veya kanıtlar sunması gerekmektedir.

Diğer taraftan, zarar görenin ekonomik durumu geçici ödemeyi gerektirecek düzeyde kötü olmalıdır.

Ancak bu şartların varlığı halinde, hâkim takdir hakkını kullanarak geçici ödemeye hükmedebilmektedir.

Kimi somut olaylarda her ne kadar zarar görenin içinde bulunduğu durumu kanıtlar nitelikte inandırıcı belgeler sunması neticesinde yargılama sürecinde kendisine geçici ödeme yapılmasına karar verilmiş olsa da yargılama sonunda davanın haksızlığı veya geçici ödemeyi hak edemeyecek miktarda sonuçlanması da söz konusu olabilmektedir. Bu durumda kanun koyucu, tazminata hükmedilmeyen davalarda, davacının almış olduğu geçici ödemelerin yasal faiziyle birlikte geri ödenmesine ilişkin düzenleme de getirmiştir. TBK m.76 / II bu doğrultuda kaleme alınmıştır.

¹¹ Kılıçoğlu Yılmaz, s.112.

¹² Topuz, Murat; Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerine Dair Yargılamalarda Geçici Ödemeler, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, s. 269.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Kanunun madde gerekçesinde;

“818 sayılı Borçlar Kanunu’nda yer verilmeyen, “III. Geçici Ödemeler” kenar başlıklı yeni bir maddedir.

Tasarının iki fıkradan oluşan 75 inci maddesinde, geçici ödemeler düzenlenmektedir. Bu yeni düzenlemeyle, meselâ, hiçbir sosyal güvenceden yararlanamayacak durumda bulunmakla birlikte, somut olayda uğradığı zararın giderilmesi için acilen parasal bir desteğe ihtiyaç duyan ve tazminat yükümlüsünün, uğradığı zarardan sorumluluğunu hâkime sunduğu inandırıcı kanıtlarla ortaya koyan zarar görenlerin korunması amaçlanmıştır.

Maddenin birinci fıkrasında, zarar görenin iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunması ve ekonomik durumunun da gerektirmesi koşullarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, hâkime, istem üzerine tazminat yükümlüsünün zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verme yetkisi tanınmıştır. Ancak, fıkroda yapılan düzenlemeyle, geçici ödeme kararıyla kesin hüküm sonucunun, eda amaçlı bir ihtiyati tedbir aracılığıyla elde edilmesi amaçlanmamaktadır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, aynı maddenin birinci fıkrası uyarınca zarar görene yapılan geçici ödemelerin nihaî kararda hükmedilmiş olan tazminata mahsup edileceği; zarar görenin açtığı davanın reddine karar verilmesi durumunda ise hâkim tarafından, aynı davada, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine hükmedileceği öngörülmektedir.” ifadesi yer almaktadır.

Bu madde Türk Borçlar Kanunu tasarısının TBMM Adalet Komisyonunda görüşülmesi esnasında çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. Her ne kadar Kanunda geçici ödeme olarak ifade edilse de aslında bir “ön ödeme kurumu” niteliğinde olan bu husus özellikle, hâkime takdir hakkını zorlayacak seviyede keyfilik bıraktığı, ön ödeme kararı veren hâkimi ihsas-ı reye zorladığı, böylesine atipik bir düzenlemenin mukayeseli hukukta karşılığının olmadığı noktalarında eleştirilmiştir¹³. Adalet komisyonunda ayrıca öğretilde sıklıkla dile getirilen sosyal devlet

¹³ Antalya, s. 186.

anlayışı bağlamında geçici ödemelerin adli yardıma ek olarak Devlet tarafından karşılanması gerektiği ileri sürülmüştür. Ön ödemenin davalı tarafından değil bizzat Devlet tarafından yapılması, dava sonunda tazminata hükmedilmesi durumunda yapılan geçici ödemelerin Devlet tarafından mahsup edilmesine, hükmedilmemesi durumunda ise Devletin taksite bağlayarak ödemiş olduğu geçici ödemenin zarar görenden tahsiline imkân tanımaktadır¹⁴. Bu doğrultuda yapılan eleştiriler arasında, Devletin üstlenmesi gereken sosyal güvenlik görevini bireye yüklemesi ve davalının sorumluluğunun kesinleşmediği bir aşamada tazminat ödemeye mahkûm edilmesi yer almaktadır. Dahası muhtemel bir borcun, borç kaynağı haline getirilerek yeni bir borç kaynağının yaratılması da eleştirilerin odağı olmuştur. Diğer bir görüşe göre ise davacının geçici ödemeleri iade etmemesi ihtimali bakımından, Devletin sorumluluğu ihdas edilmeli ve Devletin davalıya, haksız olarak ödediği geçici ödemeleri faizi ile iade etmesi ifade edilmiştir¹⁵.

Komisyonunda gündeme getirilen bu eleştiriler karşısında kabul edilen madde lehine olarak; *“Maddenin bir reform niteliğinde olduğu, aile hukukundaki tedbir nafakası gibi hukukumuzda bazen geçici ödemeye dair hükümlere yer verildiği, madde hükmünde geçici ödemenin yapılabilmesinin inandırıcı deliller sunulması ve zarar görenin ekonomik durumunun bu ödemeyi gerekli kılması gibi koşullara bağlandığı ve bu kapsamda yapılacak ödemelerin de cüz’i miktarlar olacağı”* ifade edilmiştir¹⁶.

Adalet Komisyonunda ileri sürülen eleştirilerden biri olan hâkimin ihsas-ı rey durumu kanımızca gerçeği yansıtmamaktadır. Çünkü, geçici ödemenin talep edilmesi ve iddiasını ka-

¹⁴ Hatemi, Hüseyin: Borçlar Hukuku’nun Genel İlkeleri Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Borç İlişkileri (Borç Kaynakları) Bölümünün Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2006, s. 229.

¹⁵ Koçhisarlıoğlu, Cengiz/Erişgin, Özlem: “Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Haksız Fiiller”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul 2011, s. 1243.

¹⁶ Şener, Battal; Türk Borçlar Hukukunda Geçici Ödemeler, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 1627.

nıtlayan inandırıcı belgelerin sunulması, dava sonunda kesin olarak tazminata hükmedileceği anlamına gelmemektedir. Diğer bir ifade ile geçici ödemenin şartlarından biri yargılama neticesinde tazminatın kesin olarak doğması değildir. Yapılan yargılama sonrasında elde edilen bilgiler ışığı altında tazminata hükmedilmesi kimi durumda mümkün olmamaktadır. Bu durumda geçici ödeme talep edenin almış olduğu ödemeyi faizi ile iade etmesi gerekmektedir.

Madde gerekçesinde belirtildiği üzere; geçici ödeme kararıyla kesin hüküm sonucunun, eda amaçlı bir ihtiyati tedbir aracılığıyla elde edilmesi amaçlanmamaktadır. Bu gerekçeye bağlı olarak geçici ödemenin ihtiyati tedbir olmadığı ileri sürülmüşse de aksine bunun eda maksatlı ihtiyati tedbir kararı olduğunu savunanlar da vardır. Öğretide eda tedbiri olmadan bir miktar paranın hangi hukuki temele dayandırılarak davacıya verildiği eleştirilmektedir¹⁷.

Nitekim ihtiyati tedbir ve şartları incelendiğinde, geçici ödemenin ihtiyati tedbir olarak nitelendirilmesi zordur. TBK m. 76, her ne kadar geçici ödemeye ilişkin bir tedbir hükmü taşısa da tedbir niteliği taşıyan ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kavramlarından, amacı ve koşulları bakımından tamamen farklıdır. Gerek madde gerekçesindeki açık ifade gerek geçici ödeme ile ihtiyati tedbir arasındaki farklar göz önüne alındığında, geçici ödemenin bir ihtiyati tedbir türü olmadığı sonucuna varılmaktadır. Bununla birlikte, geçici ödemeyi ihtiyati tedbir olarak nitelendirmememize rağmen, bu kavramın geçici koruma tedbiri başlığı altında değerlendirilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Böylece geçici ödeme, Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan bir ön ödeme olup geçici hukuki koruma tedbiri olarak karşımıza çıkmaktadır. Ön ödeme görüşü, geçici hukuki koruma görüşü ile bir arada değerlendirilip sonuca varılmalıdır.

Netice itibariyle bu hüküm sayesinde, mağdur olan taraf kesin bir hüküm tesis edilene kadar geçici bir korumaya sa-

¹⁷ Erişir, Evrim: Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul, 2013, s. 424.

hip olmakta, bu konuda taleple bağılı olan hâkim, geçici ödemeye karar vererek haksız fiile maruz kalan mağdurun içinde bulunduğu mağduriyetin bir nebze önüne geçebilmektedir. Kuşkusuz yargılama neticesinde hesaplanan esas tazminat miktarından, mağdura ödenen geçici ödeme mahsup edilmektedir. Bu surette zarar görenin zararının giderilmesi için uzun süre beklemesine gerek kalmayabilmektedir. Özellikle dava süresince zarar görenin herhangi bir sosyal yardım veya özel yardım almaması durumunda hayatını idame ettirmesinin çok zor olacağı ifade edilmektedir. Diğer taraftan, davalı yönünden bakılınca, geçici ödeme aslında zararın kapsamının artmasını önlemesi bakımından davalı lehine bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır. TBK m.52’de yer alan birlikte kusur durumunda zarar görenin zararı arttırmama yükümlüğü kapsamında, kendisini tedavi ettiremeyen kişilerin ekonomik yoksunluk nedeniyle zararının artmasına yol açılması da engellenmiş olmaktadır.

Görüldüğü üzere geçici ödemeler, TBK’da düzenlenen yeni bir kurum olması sebebiyle diğer geçici hukuki korumalardan biri olarak aslında ara karar niteliğindedir. Yargılama sürecinde mahkemenin bu ara kararından yargılama sonuçlanmadan önce her zaman dönmesi mümkündür. Mahkemenin vermiş olduğu bu ara karar, kural olarak taraflardan biri lehine usuli kazanılmış hak niteliğinde değildir¹⁸.

Bu noktada özellikle geçici ödeme talebinin başlı başına bir dava konusu olamayacağı hususu vurgulanmalıdır. Davacı yalnızca geçici ödeme yapılması talebiyle bir dava açamamakta, bu talebin öncesinde mutlaka açılmış bir tazminat davasına yan tedbir şeklinde geçici ödeme düzenlenmektedir.

Öğretide geçici ödemenin hukuki niteliğine ilişkin temelde üç farklı görüş bulunmaktadır.

İhtiyati tedbirin özel bir türü olarak kabul edilmektedir.

¹⁸ Şener, s.1646.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Bu görüşe göre geçici ödemeler, HMK m.389 vd. düzenlenen ihtiyati tedbirin özel bir türü olarak nitelendirilmektedir. Konuya bu açıdan bakıldığında geçici ödemelerin maddi hukukun bir düzenlemesi değil, usul hukukuna dair bir kurum olduğu ifade edilmektedir. Yargılamanın devamında davacının haklılığını kanıtlayan belge ve delillerin ortadan kalkması halinde, hâkimin hüküm tesis etmiş olduğu geçici ödemenin kaldırılması ve yasal faizi ile geri verilmesi söz konusu olabilmektedir¹⁹.

Ancak yaygın görüşe göre; HMK m.389 gereğince, ihtiyati tedbir kararının yalnızca dava konusu uyuşmazlıklar bakımından verilebilecek bir geçici hukuki koruma olduğu ifade edilmektedir. Hal böyle olunca dava konusunun para alacağı olması durumunda, tedbir kararının verilmesi mümkün değildir²⁰.

Geçici ödemeler, bir ön (geçici) tazminat olarak nitelendirilmektedir.

Bu görüş TBK m.76/II'da düzenlenen davanın kabulü durumunda davalı tarafça ödenen geçici ödemelerin dava sonunda hükmedilen tazminata mahsup edileceği, davanın reddi durumunda ise yapılan geçici ödemelerin yasal faiz ile davalıya geri ödenmesi esasına dayanmaktadır. Yaşanan bu süreçte geçici ödemelerin bir tür ön (geçici) tazminat olduğu ileri sürülmektedir. Hukukumuzda zararın belirlenmesi ile tazminatın tespit edilmesi aşamaları birbirinden farklı süreçlerdir. Uygulamada zararın öncelikle belirlenmesi ve sonrasında tazminata hüküm tesis edilmesi söz konusudur. Tazminat ile meydana gelen zararın birbirine eşit olması gerekmediği gibi zarar sadece tazminatın üst sınırını oluşturmaktadır. Aksine geçici ödeme ile düzenlenen husus zararın tam olarak belirlenmesine gerek duymadığı gibi yargılamanın sonunda iade edilmesini de düzenlemektedir. Tazminata ilişkin bir diğer husus da davalının

¹⁹ Erişir, s. 361.

²⁰ Şener, s.1638.

zarara sebep olan fiilden sorumlu olup olmadığının tespiti gerekirken, geçici ödeme kararının verilmesinde bu yönde bir tespitin gerekliliğine ihtiyaç duyulmamaktadır²¹.

Geçici ödemeler bir ön ödeme niteliğindedir.

Yukarıda da açıkça belirtildiği üzere bizim de katıldığımız görüş geçici ödemelerin bir ön ödeme niteliğinde olduğudur. Taraflar arasında haksız fiil veya sözleşmeye aykırılık sebebiyle meydana gelen zararın giderilmesi amacıyla açılan tazminat davası esnasında ara karar verilen ve davanın kabulü ile yargılama sonrasında hükmedilecek tazminata mahsuben yapılan bir ön ödemedir. Mahkemenin geçici ödemeye karar verebilmesi için, davacının ekonomik durumuna ilişkin kanıtları ileri sürerek mahkemeyi ödemenin yapılmasının gerekli olduğuna ikna etmesi beklenmektedir²².

III. ZARAR VE TAZMİNAT KAVRAMLARI İLE MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT DAVALARI KAPSAMINDA GEÇİCİ ÖDEMELER

Zarar kavramı sorumluluğun, dolayısıyla tazminat borcunun en önemli unsurudur. Sorumluluk hukukunda tazminat borcunun doğabilmesi, haksız fiiller bakımından hukuka aykırı bir davranışın sonucunda belirli bir zararın gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Diğer bir ifade ile zararın olmadığı yerde hukuki sorumluluk da bulunmamaktadır.

Borçlar Kanunu'nda zararın tanımı yapılmamış, bir anlamda bu tanımın yapılması öğreti ve yargıya bırakmıştır²³. Öğreti ve yargı da zararı; "geniş anlamda zarar" ve "dar anlamda zarar" şeklinde ikiye ayırmıştır.

Dar anlamda zarar, maddi zararı ifade etmektedir. Maddi zarara mal varlığı zararı adı da verilmektedir. Geniş anlamda

²¹ Şener, s.1641.

²² Yavuz, s.593.

²³ Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15.Bası, Ankara 2013, s.520.

zarar ise kişinin malvarlığında uğradığı zararlar birlikte manevi varlığında uğradığı zararı da kapsamaktadır. Maddi zarar; bir kimsenin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen eksilme olarak nitelendirilmektedir.

Hukukumuzda tazminat kavramı, genellikle bir kişinin şahıs veya mal varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmelerin, diğer bir ifade ile meydana gelen zararın telafisi amacıyla bundan sorumlu olan kimsenin yerine getirmesi gereken edim manasında kullanılmaktadır. Bu şekilde kesin olarak çerçevesi çizilmeyen tazminat ve zarar kavramlarının hukuki anlamda şahıs ve mal varlık alanının içerik ve özelliklerini tespit etmekte büyük rol oynadığını ifade etmek mümkündür.

Öğretide dar anlamda zarar, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen, ekonomik bir değeri olan ve para ile ölçülebilen maddi bir eksilmeye karşılık gelmektedir. Geniş anlamda zarar ise yukarıda da belirtildiği gibi, maddi zararlar birlikte manevi zararı da bünyesine katmaktadır. Dolayısıyla zararı hem mal hem şahıs malvarlığına yapılan bir tecavüzün olduğu andan önceki ve sonraki durumları arasındaki fark olarak tanımlamak mümkündür. Burada önemli olan kişinin iradesi dışında bu farkın ortaya çıkmasıdır. Maddi zararda, zararın takdirini ve tespitini bir değer olarak belirlemek mümkün iken; manevi zarar, sübjektif görüşe göre, duyulan fiziki ve moral bakımından bir acı, elem, ızdırap, yaşama zevkinden bir eksilme vb. şekillerde kendini gösterir²⁴. Bizim de katıldığımız objektif görüşe göre ise, manevi zarar haksız fiil sonucunda kişilik değerleri ihlal edilen zarar görenin, kişi varlığında meydana gelen objektif eksilme veya kayıptır²⁵.

Manevi zarar olarak meydana gelen kişi varlığındaki objektif eksilme veya kayıp gibi hususlar, mutlaka maddi olmayan

²⁴ Saymen, Ferit Hakkı; Manevi Zararı ve Tazmini Sureti, İstanbul 1940, s. 92; Helvacı, Serap; Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001, s. 177.

²⁵ Eren, s. 520 vd.; Erlüle, Fulya; Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, 2. Basi, Ankara 2015, s. 54 vd.

bir Şeye karşı y6neltiŐmiŐ haksız bir tecav6z6in olmasını gerektirmez. Bunun yanında, bir Şahıs varlığını temsil eden maddi varlıkların da zarara uğratılmasında da ileri s6r6lebilir. Diğer bir ifade ile bir kişinin namus, Şeref, Ő6hret, haysiyet, sır, ailevi bağları gibi sırf manevi varlıkları olduğu kadar bunları temsil eden maddi Őeylere, v6cut b6t6nl6đ6, yaşam, sağlık gibi hususlara da y6netilmiŐ tecav6zler s6z konusu olduğunda manevi zarardan bahsetmek m6mk6nd6r.

Hukukumuzda haksız fiilden s6z edebilmek i6in mutlaka bir zararın meydana gelmiş olması gerekmektedir. Failin tazminat sorumluluğu ancak bir zarar ortaya 6ıkmıŐ ise s6z konusu olacaktır. Doktrinde 6ok tartışılan zarar kavramını, yukarıda belirtildiği Şekilde dar ve geniş anlamda zarar, maddi ve manevi zarar, cismani zarar, eşya zararı, fiili zarar, yoksun kalınan k6r, doğrudan-dolaylı zarar, yansımaya zararı, normatif zarar, sosyal ve ekonomik zarar Şeklinde b6l6mlere ayırmak s6z konusudur.

Meydana gelen zararın maddi mi yoksa manevi mi olduğunu ayırt edebilmek i6in bakılacak en doğru y6ntem, ihlal edilen menfaatten ziyade, zararın niteliği olmalıdır. Şayet zarar para ile 6l6lembilen bir nitelik taşıyorsa bu durumda maddi zarar, taŐımıyorsa manevi zarar Şeklinde ayırt edilecektir. Diğer bir ifade ile maddi zarar, mal varlığında para ile 6l6lembilen değerlerin eksilmesi anlamındadır. Bu noktada zarara sebebiyet veren olay, mal varlığında fiili bir Şekilde aktiflerde azalmaya ya da pasiflerde 6oğalmaya yol a6abileceği gibi k6rdan yoksun kalma Şeklinde de karşımıza 6ıkmaktadır.

Maddi ve manevi zarar arasındaki en 6nemli ortak nokta her ikisinin de hukuken korunan varlıklara y6nelmesi ve bunlara y6nelik bir tecav6z sonucu meydana gelen bir eksilme olmasıdır. Diğer taraftan bu sonuca hukuku bir sorumluluğun bağlanması aranmaktadır.

Manevi zarara maruz kalan bir kişinin malvarlığında maddi bir kıymet eksilmesi s6z konusu değildir. Mağdur burada, s6bjektif g6r6Çe g6re, sosyal ve ruh sağlığı a6ısından Őahsiye-

tinden manevi değerler kaybederek fiziki ve moral sarsıntıya maruz kalmıştır. Burada altının çizilmesi gereken en önemli nokta, söz konusu fiziki ve moral sarsıntılarının gerek nitelik ve gerekse süre yönünden önemli ve sürekli olmasının gerekmesidir. Oysa objektif teoriye göre, manevi zarar kişiden bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Ancak hangi teori kabul edilirse edilsin manevi zararın somut delillerle ispatı mümkün değildir.

Maddi tazminat davalarında asıl hedeflenen husus, kişinin malvarlığında meydana gelen zararın giderilmesidir. Maddi zarar her halükârda somut olarak hesaplanabilmekte ve bu durum kanıtlanabilmektedir. Dava sürecinde bu zararın bilirkşi marifetiyle hesaplanması söz konusu olabilmektedir. Maddi tazminat davalarının sonucunda belgelendirilmek kaydıyla madde madde ispat edilebilecek zarar miktarı ortaya çıkabilmektedir.

TBK m.76'da açıkça belirtildiği üzere, zarar görenin inandırıcı delillerle kanıtlanması durumunda, taleple bağlı kalmak üzere hâkim yargılama sonucunu beklemeden, sürecin herhangi bir yerinde geçici ödemenin yapılmasına hüküm verebilmektedir. Benzer şekilde maddi tazminat davalarında da davacının iddiasını inandırıcı delillere dayandırması durumunda, hâkim taleple bağlı olarak geçici ödemenin yapılmasına hükmedebilmektedir. Böylece hâkim, davacının mağduriyetini bir ölçüde giderme yolunda hüküm tesis etmiş olacaktır.

Gelişen ve değişen hayat anlayışı içinde **şahıs varlığına ilişkin olarak manevi zararların giderilmesi, zarar görenin** manevi yönden tatmininin sağlanması maksadıyla, manevi tazminat kurumu benimsenip yaygın bir şekilde uygulama alanı bulmaya başlamıştır. Maddi zarara uğrayan kişinin tazmin edilmesi gibi manevi zarara uğrayan kişinin tazmin edilmesi görüşü de hem uygulamada hem doktrinde kabul görmüştür. Manevi tazminat şahıs varlığına ilişkin olmasından dolayı, kişinin haksız bir eylem karşısında uğramış olduğu manevi zararın giderilmesi amacını taşır. Başka bir ifadeyle, manevi tazminat, kişinin şahıs varlığında meydana gelen zararların tazmin

edilmesi maksadıyla gündeme gelen yapıdır. Kişinin varlık değerleri, bedensel bütünlüğü, sağlığı, şeref ve haysiyeti, özel yaşamı vb. maddi nitelikte olmayan hususlardır.

Bu açıdan TBK m.56 çok açık bir düzenleme getirmiştir. Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebileceği gibi

ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilmektedir.

Maddi tazminatta kişinin malvarlığında meydana gelen azalmanın eski duruma aynen getirilmesi çoğu zaman mümkün olabilmekteyken, manevi zararda ortaya çıkan zararın tamamen giderilmesi ve eski duruma aynen dönülmesi mümkün değildir. Manevi zarar kişinin şahıs varlığında yarattığı azalma sebebiyle yerine konulması söz konusu olmayan üzüntü, ruhsal çöküntü, depresyon vb. manevi olaylara karşılık gelmektedir. Burada bozulan dengenin bir nebze yeniden sağlanması, ruhsal acının dindirilmesi noktasında bir miktar paranın tazminat olarak ödenmesi söz konusudur.

Manevi tazminatın ivedi olarak tazmin edilmesi niteliği itibarıyla mümkün değildir. TBK m.76 ile düzenlenmek istenen esas husus daha çok meydana gelen zarardan etkilenen tarafın maddi sıkıntılarını gidermek amacını taşımaktadır. Kanun koyucu, manevi tazminatlar için geçici ödemenin yapılamayacağına ilişkin bir düzenleme hayata geçirmediyse de maddenin gerekçesinden anlaşıldığı üzere özellikle maddi zorluk içinde olan zarar görenin tazmin edilmesi konusu ağır basmaktadır.

TBK m.76'da açıkça "ekonomik durum bunu gerektirdiği takdirde" demek suretiyle, hâkimin geçici ödemeye karar vermesinde, ekonomik duruma ilişkin kanutların ileri sürülmesi beklenmektedir. Kişinin ekonomik durumunun maddi tazminat taleplerine yönelik olabileceği, manevi tazminat talepleri

bakımından geçerli olmayacağı kanımızca açıktır. Çünkü manevi zarar kapsamında kişinin ekonomik durumunun bozulması gibi bir sonuç ortaya çıkmamaktadır.

Bütün bu değerlendirmeler ışığı altında, manevi tazminata ilişkin geçici ödemelerin, kişinin ekonomik durumu ile ilgili olmamasından dolayı talep edilse bile hâkim **açısından yeterli kanıt ile ispat edilmediği sürece hüküm tesis edilmesi mümkün görülmemektedir**. Bu taleplerin geçici ödemeye konu olmayacağı değerlendirilmektedir. Ancak somut olayın durumuna göre inandırıcı kanıtlar ile desteklenen bir talep gelmesi halinde ve eğer şartlar oluşmuş ise geçici ödemeye hükmedecek, ödemenin miktar ve şeklini yine hâkim takdir edecektir.

IV. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

TBK m. 76 hukukumuzda yeni TBK'nun yürürlüğe girmesi ile giren ve oldukça yeni bir kavramdır, henüz üzerinde tartışılacak yargı kararları bulunmadığından daha ziyade doktrinde yapılan tartışmalar ile konu değerlendirilmektedir. Geçici ödemeye karar verilebilmesi mutlaka bir tazminat davasının açılmasına ve davacının talep etmesine bağlıdır. Talep olmadan hâkimin resen karar verebilmesi mümkün değildir. Bu talepte davacının zarara ilişkin inandırıcı kanıtlar sunması, ihtiyacının olması, başka bir ifadeyle ekonomik durumunun geçici ödemeyi gerektirecek düzeyde kötü olması gibi hususların kanıtlanması gerekir.

Kanımızca geçici ödeme bir ön ödeme niteliği taşımaktadır. Yasada açıkça yasaklanmamakla beraber manevi tazminat talepleri bakımından geçici ödeme, kurumun niteliği ile bağdaşmadığı için mümkün olmamalıdır. Buna karşılık maddi tazminat bakımından geçici ödeme maddi zararın sebebi haksız fiil de olsa sözleşmeye aykırılık da olsa değerlendirilebilecektir.

TBK m.76 kapsamında geçici ödemeler bakımından hâkim, davadaki tazminat talebinden daha fazla bir geçici ödemeye kararı vermesi söz konusu olamamaktadır. Her ne kadar da-

vacının geçici ödemeye ilişkin talebiyle bağlı olsa da bu miktarın toplam tazminat talebinden fazla olması mümkün değildir. Hâkimin, talep sınırları içinde kalması ve dava sonucunda ortaya çıkabilecek toplam zararı aşmayacak ölçüde bir geçici ödeme hükmü tesis etmesi gerekmektedir.

Her ne kadar TBK m.76'da geçici ödeme miktarının, dava sonunda hükmedilen tazminat miktarından fazla olması durumunda ne olacağına ilişkin bir düzenleme yer almadıysa da davacının esas tazminata nispeten fazla olan geçici ödeme miktarının davalıya iade edilmesi gerekir. Konunun II nci fıkraya eklenecek *"daha düşük bir tazminata hükmedilirse"* şeklinde bir ifade ile çözüme kavuşabileceği değerlendirilmektedir.

Geçici ödemenin şartlarından yola çıkarak, hâkim tazminatın şekli ve miktarını takdir etmek durumundadır. Hâkimin bu kararı vermesinde en önemli dayanağı davacının getirmiş olduğu ekonomik durumunu kanıtlayan belgelerdir. Bu belgelere bağlı olarak hâkim gerek maktu gerekse irat şeklinde bir geçici ödeme şekli belirleyebilmektedir.

Kanunun getirmiş olduğu bu düzenleme doğrultusunda yapılan geçici ödeme miktarlarının hakkaniyete uygun olması beklenmektedir. Davacı yeterli derecede tatmin edici ve acilen giderilmesi gerektiğine dair kanıt sunamaması durumunda davalının mağdur edilmemesi de hâkim tarafından gözetilmek durumundadır. Aynı zamanda geçici ödeme, davalıyı zor durumda bırakacak seviyede olmamalı, taraf dengelerini gözetilecek miktarda belirlenmelidir.

Hâkimin davanın süresi esnasında hükmettiği geçici ödemenin, tazminat miktarı içinde kaldığı oranda dava sonunda tespit edilen toplam zarardan mahsup edilmesi gündeme gelecektir. Diğer taraftan herhangi bir tazminata hükmedilmemesi durumunda ise geçici ödemenin faiziyle birlikte iade edilmesi gerekmektedir. Kanun koyucu bu maddede, borçlar hukukunun sebepsiz zenginleşme ile ilgili genel hükümlerinden başka özel bir sebepsiz zenginleşme hükmü kabul ederek, davacıya

ödenmiş olan geçici ödemelerin kanuni faiziyle birlikte geri verileceğini düzenlemiştir.

Sonuç olarak, hukukumuzda yeni bir kurum olarak giren geçici ödemeler, tazminatın kısmi olarak ödenmesi niteliğindedir. Yargılama sürecinin ülkemizde çok uzun zaman alması, gerçek zararın bilirkişiler marifetiyle tespit edilmesinde yaşanan güçlükler, delillerin toplanmasındaki zorluklar hâkimin nihai karar vermesini güçleştiren etkenler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bekleyiş ve uzun süre yargılama neticesinde zaten mağdur olan tarafın daha da zor durumda kalması söz konusu olabilmektedir. Haksız fiil sebebiyle zarar gören tarafın bir anlamda yoksulluğa, başkalarının yardımına muhtaç olmasına sebebiyet vermektedir. Davacının haklı olduğu davada, zararının tazmin edilmesi için yargılamanın sonuna kadar süren bir mağduriyete mahkûm etmek adalet ve hakkaniyet duygularını zedelemektedir. Hâkimin takdir edeceği ölçüde bir geçici ödeme ile hayata tutunabilecek mağdurun asgari düzeyde yaşamını idame ettirmesi sağlanabilecektir.

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA İŞVERENİN BEDENSEL ZARALARDAN DOĞAN SORUMLULUĞU

Dr. Mustafa KILIÇOĞLU

Yargıtay 9.HD Onursal Daire Başkanı

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

ÖZET

İşverenin, işçinin bedensel zararlardan doğan sorumluluğu geniş bir sorumluluk yelpazesi üzerinde tartışılmaktadır.

İşçinin dava açacağı kişi, kurum ya da kuruluşun doğru belirlenmesi gerekmektedir.

İşyeri kavramındaki uluslararası hukukta ki uygulamalar işverenin sorumluluğunu genişletmektedir.

İşverenin bedensel zararlardaki hukuki sorumluluğu gerek öğretide gerek Yargıtay uygulamalarında süreç içerisinde değişikliğe uğramıştır.

İncelemizde ağırlıklı olarak Yargıtay kararlarında ki sorumluluk ilkelerinde oluşan değişim ve dönüşümlere yer verilmiştir. Kusur sorumluluğu temelli düşüncesinin mevcut çalışma yaşamında isabetli olmadığı sonucuna varılmıştır.

***Anahtar Kelimeler:** Kusursuz sorumluluk, kusur sorumluluğu.*

ABSTRACT

**THE EMPLOYER'S LIABILITY FROM PHYSICAL
DAMAGES IN THE LIGHT OF THE COURT'S
DECISIONS**

The responsibility of the employer arising from bodily damages of the worker is discussed on a wide range of responsibilities.

The person, institution or organization to be sued by the worker must be determined correctly.

The practice of international law in the concept of workplace increases the employer's responsibility.

The legal responsibility of the employer for bodily damages has changed in the process both in the doctrine and in the Supreme Court.

In our review, the changes and transformations in the principles of responsibility in the decisions of the Supreme Court of Appeals are predominantly included. It was concluded that defect liability based thinking was not accurate in the current working life.

Key Words: *Flawless responsibility, defect liability.*

Giriş

İşverenin bedensel zararlardan doğan sorumluluğuna ilişkin çalışmamızda Yargıtay kararlarını temel almayı tercih edeceğiz.

“İşveren” ve “işyeri” kavramları sorumluluğun oluşabilmesi için önemli birer öge olduğundan öncelikle yer vereceğiz. Esnek çalışma şekillerini bu kapsamda ele alacağız.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun işverene getirdiği yükümlülüğe yer vereceğiz. Anılan Kanunun referansı olan 89/391/EEC sayılı, Konsey Direktifini inceleyeceğiz.

Sorumluluk türleri Yargıtay bazında ele alarak değerlendireceğiz.

Tüm bu incelemeleri yaptıktan sonra sorumluluk tipi hakkında karara varacağız.

İşverenin Sorumluluğunun Genel Sınıflandırılması

İşverenin bir süje olarak öncelikle yasalar karşısında işçiye karşı sorumlulukları vardır. Bunlardan ilki 4857 sayılı İş Kanunudur. Bireysel iş yasaları olarak basın çalışanları ve denizde çalışanlar için özel kanunlar bulunmaktadır. Öte yandan 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununu tek başına işverenin yükümlülüklerini ayrıntılı düzenlemiştir.

Toplu iş hukuku açısından, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu işverene/ işveren sendikasına sorumluluklar yüklemiştir.

Normatif örgü içerisinde Türk Borçlar Kanunu, İş Kanununda boşluk olması durumunda en fazla uygulaması olan genel bir kanundur. Özellikle haksız fiillere ilişkin olanlar sıkça uygulamada yer almaktadır.

İş hukukunun ortaya çıkış amacı işçiyi korumaktır. Bu genel felsefe içinde hükümler konmuştur. Bu konuda temel yükümlülük işverenindir. Devletin yasalarla getirdiği bu koruma da

güçlü işveren karşısında işçiyi korumak amaçlanmıştır. Bu tehlike işçinin kişilik değerleri olabilir. Çalışma şartları, çalışma ortamı ve sağlığı olabilir.

“İşveren”nin Doğru Tespiti

Genel Olarak

İşveren kavramı 4857 sayılı İş Kanunda (İŞK); “... işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye, yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar” olarak tanımlanmıştır (m2/f.1).

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda (İSGK) “ çalışan istihdam eden gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar” olarak belirtilmiştir (m3/f.1,ğ).

İşveren kavramı, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda, 4857 sayılı Kanuna atıfta bulunulmuştur (m2/3). 854 sayılı Deniz İş Kanunu (m2/A). 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tazmini Hakkında Kanunda da İş Kanununa dolaylı atıfta bulunulmuştur.

İşverenin sorumluluğuna gidilebilmesi için işverenin doğru tespiti gerekir. Özellikle işçinin bedensel bütünlüğüne verilen zararlarda, zararın bir an evvel giderilmesi gerekir. İşverenin kendi iradesiyle zararı gidermesi halinde sorun yoktur. Ancak uyuşmazlık *dava yoluyla* çözülmek istendiğinde davanın *yanlış hasma* yöneltilmesi zaman kaybına neden olur.

Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisinde

Asıl işveren- alt işveren ilişkisinde, alt işveren işçisinin bedensel zarara uğraması halinde husumetin asıl işveren ve alt işverenin *birlikte* sorumluluğu vardır (İŞK. m2/f.6).

Alt işverenin- asıl işverenle birlikte sorumluluğu 1475 sayılı İş Kanunu zamanında da uygulanmaktaydı.

Yargıtay bir çok kararında, asıl işveren-alt işveren ilişkisini norma uygun olarak açıklamakta. Öğelerine yer vermekte. Somut olay ölçüğünde de ilişkisinin varlığını saptaması duru-

munda birlikte sorumluluğa hükmetmektedir (Bkz. Y.21HD, 3.10.2016 T, 2015/1916E,2017/2762K, Balcı,Mesut, İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları Uygulaması, B.3, Ankara 2018, s.354-357).

Asıl işveren- alt işveren konusunda en büyük sorun, kazaya uğrayan işçinin çalıştığı işverenin eser sözleşmesi niteliğinde bir çalışmaya konu olup olmamasıdır. Örneğin bir çatı imalatında çalışırken kazaya uğrayan işçinin asıl işveren-alt işveren ilişkisinin konusu olup olmayacağıdır. Yargıtay isabetli olarak bir çok kararında yasayı irdeleyerek sonuca varmaktadır(Bkz. Y.21HD, 4.4.2017T,2016/18206E,2017/2762K; Balcı, s.356).

Zarar görenin ya da ölüm halinde hak sahiplerinin *asıl işvereni* ya da *alt işvereni* husumette tek başına göstermesinde de bir engel yoktur.

İşyerinin Devrinde

4857 sayılı İş Kanununun 6.maddesi işyerinin veya bir bölümünün devrini ele almıştır. Türk Borçlar Kanunu (TBK) m428de de benzer bir düzenlemenin varlığı görülür.

İşyerinin devri 1475 sayılı İş Kanunu düzeninde yer almaktadır. İş Hukukunda bu konu önceki 818 sayılı Borçlar Kanunu m 179 vd. hükümlerine göre çözülmekteydi.

İş Kanununda yer alan düzenlemede ilk sorun devirden ne anlaşılacağıdır (Bkz. *Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal, İş Kanunu Şerhi*, B.3, Ankara 2013, s.92-112).

Devrin norma uygun olarak yapıldığının kabulü durumunda, sorumluluk için yasa hükümlerinin tatbiki gerekir. İşyerinin devrinde iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları devre konu olur(m6/f.1). devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren *birlikte* sorumludur. Devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıldır(m6/f.3).

Bedensel zarara uğrayan işçinin ya da ölümün gerçekleşmesi durumunda hak sahiplerinin dava hakkı yukarıda belirtilen pa-

rametreler dahilinde söz konusu olabileceklerdir. Bu durumun ayrıık hali iradeyi sakatlayan hallerin varlığıdır(TBK. m19 vd.). Elbette ki Türk Medeni Kanunu (TMK) m 2 de yer alan dürüstlük kuralı ve bir hakkın açıkça kötüye kullanması yasağı, diğer hukuki işlemlerde geçerli olduğu gibi burada da geçerlidir.

İş Kanunu m6 işyerinin tamamen veya kısmen devrini ele almıştır. Sorumluluk açısından bir farklılık bulunmamaktadır. Sadece devrin öğeleri farklılık taşımaktadır.

Çağrı Üzerine ve Uzaktan Çalışmada

İşverenin doğru tespitinde esnek çalışma türleri konuyu başka boyutlara taşımıştır.

Çağrı üzerine çalışmada (İş K m14/f.1), işçi yapmayı üstlendiği iş gütmeye edimi işverenin işyerinde ya da belirlediği bir yerde yerine getireceği için işveren bedensel zararlardan sorumludur.

Uzaktan çalışma da (İş Km 14/f.4), işçinin, işveren tarafından biçimlenen işyeri organizasyonu kapsamında bir çalışma söz konusudur. İş görme edimi evde veya iletişim araçları ile gerçekleştirilmektedir. Uzaktan çalışma da işveren, uzaktan çalışma ilişkisiyle iş verdiği işçisine, işin niteliğini dikkate alarak onu bilgilendirme, gerekli eğitimi vermek, sağladığı ekipmanla iş güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü bulunmaktadır(İş K. m 14/f.6) .

Geçici İş İlişkisinde

Geçici iş ilişkisinde iki farklı durum söz konusudur. *Meslek amaçlı geçici iş ilişkisinde işveren özel istihdam bürolarıdır*(Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., *Süzek, Sarper, İş Hukuku*, B.18, İstanbul 2019, s.282 vd ; *Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri*, B.31, İstanbul 2018, s.224-248).

Yasa da açıkça geçici işçi çalıştıran işverene 6331 sayılı Kanun referans gösterilerek iş sağlığı ve güvenliği açısından sorumluluk yüklenmiştir(İş K. m7/f.9,f).

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Anılan fıkraya göre; geçici işçi çalıştıran *işveren*, 6331 sayılı İSGK. M17/f.6 da öngörülen eğitimleri *geçici işçisine* vermek zorundadır. Ayrıca geçici işçinin çalıştığı *işyerinde* iş sağlığı ve güvenliği açısından gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

İşçinin geçici işverene ait *işyerinde* uğradığı bedensel zararlardan *geçici işveren ve istihdam bürosu birlikte sorumludur*.

Meslek amaçlı olmayan geçici iş ilişkisinde, işçiyi gözetme borcundan geçici iş ilişkisi kurulan işveren ile devreden işveren birlikte sorumludur(İş K. m7/f. 15).

Geçici iş ilişkisi kurulan işverene ait iş yerinde, iş edimini yerine getirirken bedensel zarara uğrayan işçinin tazminat talebi her iki işverene de yöneltilebilir.

Birlikte İstihdam- Organik Bağ- Örtünün Kaldırılması Teorisi

İşverenin tespitinin en güç konularından biri, işçinin ayrı yerde ve işte çalışmasına rağmen gerçek işveren/işverenlerin doğru olarak belirlenmesidir. Çünkü işçi işverenin kimliğine değil aldığı ücrete bakar. Bu konuda öğretinin yanında mahkemelerinde büyük bir çaba içerisine girdiği gerçektir.

Burada iki türlü sorun çıkmaktadır. Bunlardan ilki gerçek işvereni bulmada kullanılacak ölçütü belirlemek, ikincisi hukuki nitelendirme.

Bedensel zarara uğrayan işçinin, zarar uğradıktan sonra davayı kime ya da kimlere yöneltmesi önemlidir. Çünkü hatalı belirlemeler zaman kaybına neden olmaktadır.

Yargıtay, birlikte istihdamı grup şirketlerinde, başka bir anlatımla yönetim organizasyonu kapsamında bir işçinin birden fazla işverene aynı zaman diliminde hizmet vermesi olarak ele almaktadır. İşçi ile işverenler arasında tek bir iş ilişkisi vardır. Hizmet verdiği işverenlerin tamamının taraf sıfatı vardır. Her biri işveren sorumluluğunu tanır(Bkz. Y.22HD, 8.122015T, 2014/21637E, 2015/33929K, Çil, Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, B.7, Ankara 2016, s.1420).

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Konu bedensel zararlara indirgendiğinde, işçinin iş ediminde bulunduğu tüm işverenler *birlikte* sorumludurlar. Örneğin, birden fazla şirketin bulunduğu bir binada güvenlik görevlisi olarak çalışan bir işçi iş kazasına uğrarsa o binada iş ediminde bulunulan tüm işverenler işçiye karşı sorumludur.

Yargıtay organik bağ kavramını değerlendirirken, birlikte istihdam kavramıyla da farklılığını ortaya koymaktadır.

Yargıtay'a göre organik bağ ilişkisinde işveren sıfatı olan tüzelkişi- şirket- işçinin iş sözleşmesini ya da yasadan doğan haklarının kullanılmasının engellenmesi için temsilde farklı tüzelkişilere yer verilmektedir. Böyle durumlarda *tüzelkişilik perdesinin aralanması* yoluyla gerçek işveren ya da organik bağ içinde tüm işverenler sorumlu tutulmaktadır. Burada birlikte istihdamdan farklı olarak *Yargıtay*, işverenlerin kanuna karşı hilesi ve dürüstlük kuralına aykırılığı vurgulamaktadır(Y.9HD,12.11.2015T, 2014/19957E, 2015/32175K; Çil, s.1420-1421).

İşyeri Kavramı Yönüyle Sorumluluk

4857 sayılı kanunda *işyeri kavramı* "işverenin işyerinde ürettiği mal ve araçlar", " nitelik yönünden bağlılık", " eklenti ve araçlar", " iş organizasyonu kapsamında bir bütündür" sözcükleri ile ifade edilmiştir(m2/f.2).

Organizasyon kavramı kanaatimizce sorunları çözme açısından anahtar rolü oynar. Aksi halde işyeri kavramı dar bir alana hapsolür. Sonu gelmez tartışmaları beraberinde getirir.

6331 sayılı Kanunda yapılan işyeri tanımı (m3/f.1, h), 4857 sayılı Kanundaki tanımla genel olarak aynı öğeleri taşımaktadır.

Bedensel zararlarda, özellikle iş kazalarının nerede ve ne nedenle oluştuğu önemlidir. Bu aynı zamanda sorumluluğun koşullarından biri olan *nedensellik bağının* oluşmasında da önem arz etmektedir.

Yargıtay kararlarında iş kazasının nerede ve ne sebeple olduğu konusu duraksamaksızın tekrarlanmakta-

dır(Bkz. Y.21HD, 9.4.2018T, 2016/13257E, 2018/3462K; Y.21HD,22.5.2017T,2016/15416E, 2017/4273K; *Kılıçoğlu, Mustafa, Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri, B.5, Ankara 2019,s.297 vd.*).

İş hukukundaki gelişim süreci işyeri kavramına yeni boyutlar getirmiştir. ILO Çalışma yaşamında işle ilintili sosyal etkinlikleri de işyeri kapsamı dahilinde değerlendirmişti; şirket sponsorluğunda işyeri dışında etkileşimde bulunduğu herhangi bir yerde meydana gelecek şiddet veya tacizini düşmanca bir çalışma ortamı yaratabileceğini belirtmiştir (ILO GB.328/INS/17/5 Fifth Supplementary Report: Outcome of Meeting of Experts on Violence against of Work, 2016a,s.6), (<https://www.courtlistener.com/opinion/1462770/lapka-v-chertoff/>) (Erişim tarihi: 29.3.2019).

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 155 ve 161 sayılı ILO sözleşmeleri ile, 89/391/AET sayılı Çerçeve Yönergesini referans alan bir yasadır. İç hukuktaki, 1475 sayılı Kanunda yer alan73 ve devamı hükümleri ve daha sonra yerini alan, yürürlükteki 4857 sayılı İş Kanunu m77 ve takip eden hükümlerinin gelişmiş düzenlemesidir. Oldukça kapsamlıdır.

İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamı Hakkında 155 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesinin (RG. 13.1.2004, NO.25345) amacı; “işle bağlantılı olan veya işin yürütümü sırasında ortaya çıkan kaza veya yaralanmaları, çalışma ortamında bulunan tehlike nedenlerini mümkün olduğu ölçüde asgariye indirerek önlemek...”tir (m4/2)(*Centel, Tankut, Türkiye'nin Onayladığı ILO Sözleşmeleri, İstanbul 2004, s.556*).

İş Sağlığı ve Hizmetleri Hakkında 161 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesinin (RG 16.3.2004,NO.25404) amacı; “ İşle ilgili en uygun fiziksel ve zihinsel sağlık koşullarını sağlayacak koşulda çalışma ortamı oluşturmak ve bunu sürdürmek ...”(m1/a) olarak belirtilmiştir (*Centel, s.592*).

89/391/AET Sayılı Çerçeve Yönergesi

89/391 sayılı Yönergede, iş sağlığı ve güvenliği konusunda bazı kavramlar öne çıkmıştır. İşveren yükümlülüklerinin önleme odaklı olması, *özerklik, organizasyon oluşturma, tehlike ve risk kavramlarına* yer verilerek; 6331 sayılı kanunun alt yapısı oluşturulmuştur (Bkz. *Kabakçı, Mahmut, Avrupa Birliği İş Hukukunda İş Verenin İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatının Uyumu, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul 2009, s.13-99*).

Yönergede iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında işveren *baş sorumlu* olarak kabul edilmiştir (*Kabakçı, s.15*). *Önleme odaklı* ve kapsamlı bir koruma amaçlanmıştır (*Kabakçı, s.17*).

Organizasyon oluşturma bir araç olarak kabul edilmekle birlikte bağımsız bir yükümlülük olarak ele alınmıştır (*Kabakçı, s.27*).

6331 sayılı Kanunun Yapısı ve İşlevi

6331 sayılı Kanunun da ağırlıklı olarak işverenin yükümlülüklerine yer verilmiştir. Bazı hükümler genel yükümlülüğü (m4) düzenlerken, bazılarında ise ayrıntılar yer almaktadır (m5,6,10,14,15,16,17,18,19,20). Bazı hükümlerde ise işin durdurulması (m25), idari para cezalarına (m26) yer verilmiştir (Ayrıntılı bilgi için bkz. *Süzek, Sarper, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Açısından İşverenlerin Yükümlülükleri", Legal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.14, S.55, İstanbul 2017, s.1295-1319; Eyrenci, Öner/ Taşkent, Savaş / Ulucan, Devrim, Bireysel İş Hukuku, B.9, İstanbul 2019, s.380-415; Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin, İş Hukuku, B.5, Ankara 2012, s.1202-1208; Alpagut, Gülsevil, "İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi", İş Sağlığı ve Güvenliğinin Kanun Tasarısı Semineri, TİSK, Ankara 2012, s.200-251; Akın, Levent, "İş Sağlığı ve Güvenliği Alanında Sorunlar ve Gelişmeler", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul 2014, s.513-530; Kaya, Pir Ali, "Türk İş Hukukunda İşverenin İşçiyi Koruma Borcu*

(İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü) ve Bu Borçtan Doğan Hukuki ve Ceza Sorumluluğu”, Çalışma ve Toplum, 2014/4, s.33-50).

Genel olarak bu hükümler işveren sözcüğüyle başlar.

İşveren sayılan tüm yükümlülüklerden yasa gereği sorumludur. İşyeri hekimleri ve iş güvenliği uzmanlarının hatasından doğan, işçinin bedensel bütünlüğünün zarar görmesinden de işveren sorumludur. İşverenin daha sonra sorumlulara rücu hakkı işçiyi bulunmaktadır(m8). Başka bir anlatımla işçi işyeri hekimini ve işyeri uzmanını davada taraf göstermesi koşul değildir.

İşverenin İşçiyi Gözetme Borcundan Doğan Sorumluluk İşçinin Kimliğini Koruma Borcu

Taciz- Cinsel Taciz

Taciz ve cinsel taciz işçinin *manevi bütünlüğüne* zarar verir. İşçinin kişiliğinin korunması, işveren için bir borçtur(Bkz. *Süzek*, s.386 vd; *Çelik/ Caniklioğlu/ Canbulat*, s.339-352).

2006/54 CE sayılı Çatı Direktifi, taciz kavramını, kişinin cinsiyeti ile ilgili onur kırma amaçlı ya da böyle bir etkiye sahip *aşağılayıcı, küçültücü, hasımane ve tehditkar* ortam yaratan arzu edilmeyen davranış olarak tanımlamıştır.

Taciz, aynı zamanda *ayrımcılık* biçimlerinden biridir(*Gülmez, Mesut*, “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, Çalışma ve Toplum, 2010/2, s.227).

Aynı Direktifte *cinsel taciz*, cinsel nitelikli, sözlü, sözsüz ya da *fiziki* olarak kişinin onurunu rencide edici veya bu sonucu hazırlayıcı, *aşağılayıcı, küçültücü, düşmanca* ortam hazırlayan, istenmeyen davranış olarak belirtilmiştir (*Kılıçoğlu, Mustafa*, İş Hukuku Esasları Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Uygulanması, İş Hukuku Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, B.2, Ankara 2019, s.313-314).

Cinsel taciz kavramı, 4857sayılı İş K. m 24/II,d; m 25/II,c;TBK. m417/f.1 de yer verilmiştir.

Psikolojik Taciz (Mobbing)

Türk Borçlar Kanunu m417, “İşçinin kişiliğinin korunması” kenar başlığıyla düzenlenmiştir. Anılan hüküm önceki Kanunda oldukça dar kapsamında alınmıştı (m332). Yeni yasada “psikolojik taciz” kavramı getirilerek işçinin kişiliğinin korunmasına yeni bir boyut kazandırılmıştır(Bkz. *Sevimli*, K.Ahmet, “ Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Çalışma ve Toplum, 2013/1, s.107-143).

Alman Federal Mahkemesinin bir kararında ifade edildiği gibi mobbing; işçilerin karşılıklı süreklilik arzeden düşmanlık beslemesi, kasıtlı olarak işçiye güçlük çıkarılması, eziyet edilmesi olarak tanımlanabilir(BAG,15.1.1997, NZA 1997, s.781=RdA,1997,s.314; *Kılıçoğlu/Şenocak*, B.3, s.432).

Mobbingden söz edilebilmesi için davranışın sık sık tekrarlanarak-sistemik olarak ortaya çıkması- *haftada en az bir kere*- ve belirli zaman boyunca- *en az 6 ay*- devam etmesi gerekir(Gr *ß.C.T.*, *Analyse sozialer Konflikte und Mobbing am Arbeitsplatz- eine Tagebuchstudie (ASKA Projekt)*, ungedr. Diss. Frankfurt am Main 2004, s.7; *Kılıçoğlu/Şenocak*, B.3, s.433).

Mobbingin kabulü için davranışın sistemik olarak tekrarlanarak bir süreci gerektirmesi, ayırıcı bir özelliktir. Aksi halde mahkemeler bu iddialarla dolup taşar.

Yargıtay bir kararında; işverenin eyleminin mobbing boyutuna ulaşmasa bile aşağılama, işten uzaklaştırma, iş vermeme şekli ile, işçinin kişilik hakkının ihlal edildiği kabul edilmiş ve uygun düzeyde manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir(Y.9HD, 9.4.2015T, 2014/2140E,2005/13742; *Kılıçoğlu*, *Esaslar*, s.763).

Karar içeriğinde işçinin psikiyatr uzmanı tarafından verilmiş iki kez rapor alındığı, rapor içeriğinde iş ortamında yaşadığı zorluklar nedeniyle ruhsal durumunun belirgin şekilde etkilendiğinin anlaşıldığı ifade edilmiştir.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Kanaatimizce Yargıtay'ın değer verdiği bu delillerle psikolojik tacizin varlığına karar vermesi daha uygun olurdu. Çünkü burada TBK. m417/f.1'in açıkça ihlali bulunmaktadır.

Yargıtay, psikolojik taciz eylemlerini itiyatla yaklaşmaktadır. Bu anlaşılır bir şey.

İş Verenin İş Sağlığını ve Güvenliğini Sağlama Borcundan Doğan Sorumluluk

Sorumluluğun Niteliği

Bedensel zararlarda işverenin sorumluluğunun hukuki niteliği gerek öğretide gerek *Yargıtay* kararlarında uzun süre tartışılmıştır(Bkz.*Kılıçoğlu*, Mustafa, Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri “Cismani Zarar-Ölüm Hallerinde İşverenin Hukuki Sorumluluğu ve Tazminat Hesaplanması Açısından” (Yayınlanmış Doktora Tezi, Ankara 1977, s.43-53) (Tez).

Öğretide kısaca; kusura dayanan sorumluluk görüşünü *Oğuzman*, *Tekinalp*, *Üçışık*, *Süzek*, *E.T. Kaplan*; kusura dayanmayan sorumluluk görüşünü *Çenberci*, *Tunçomağ*, *Gürsoy*, *Eren*, *Ullusan*; hakkaniyet sorumluluğu görüşünü *Hatemi*, *C.Tuncay*; münhasıran “kaçınılmaz olaya” bağlı kusursuz sorumluluk görüşünü *Erol* tarafından savunulmuştur(Tüm bu görüşler ve ayrıntılı bilgi için, bkz. *Kılıçoğlu*, *Tez*, s.44-52).

Yargıtay cismani zararlarda işverenin sorumluluğunu ilk olarak haksız fiile dayandırmıştır. Süreç içerisinde akdi sorumluluk, daha sonra da kusursuz sorumluluğun ağır şekli tehlike sorumluluğu kabul edilmiştir(YHGK.18.3.1987T, E9-722/K203, *Yargıtay Kararları Dergisi*, C.XIV. S.5, Mayıs 1988,s.599).

Yargıtay'ın kusur sorumluluğundan kusursuz sorumluluğa geçişin hukuki alt yapısı, 27.3.1957 gün 1/3 İçtihatı Birleştirme Kararı ile 818 sayılı Borçlar Kanunu m55 de yer alan adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında verilmiştir(*Kılıçoğlu*, *Tez*, s.44). Bu konuda *Yargıtay* muhteşem kararlar vermiştir.

Yargıtay bir kararında davacıların miras bırakanın Samsun'dan Ankara'ya görevli olarak THY'ya ait bir uçakla gi-

derken düşmesi sonucu ölümü nedeniyle hak sahiplerinin açtığı destekten yoksun kalma davasını kabul etmiştir. Bu kabulde gerekçe olarak; “İş kazalarında işverenin sorumluluğu akdi sorumluluk olup,... risk nazariyesine dayalı *kusursuz sorumluluğu da içerir*. Zira işveren iş akdiyle işçisini iş ve işyeri tehlikelerine karşı korumayı taahhüt ettiği gibi, çağın gelişmiş teknolojisinin yarattığı fakat önlenmesi mümkün olmayan tehlikelerden doğacak zararları da taahhüt etmiş sayılır. Üçüncü kişinin davranışı sonucu meydana gelen tehlikeleri de bu tehlike kavramı içinde düşünmek icap eder. Hizmet sözleşmesinin bu kapsamı ve niteliği işverenin sorumluluğu açısından uygun sebep sonuç bağlantısının kabulü için yeterlidir” (Y.9HD,19,12.1981T, 1081/11 284E,198/1590K; *Kılıçoğlu, Mustafa, “İşverenin Cismani zararlardan Doğan Sorumluluğu”, İş Sağlığı ve Güvenliği, Sempozyum, 5-6Ekim 2007, Ankara, s.23) NOT: Kaynaklarda s.15-39).*

Yargıtay bu ve benzeri sorumluluk türü üzerinden düşüncesini belirtirken, önemli bir kararda tam bir dönüş yapmıştır.

Yargıtay’ın, öğretide de şiddetle eleştirilen kararında;(Eleştiri için bkz. Güzel, Ali/Çatalkaya, Ugan, Deniz, “İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları” -Karar İncelemesi- çalışma ve toplum, 2012/3, s.157-186;Saraç, C “İşyeri Dışında Meydana Gelen İş Kazası Nedeniyle Sorumluluk-İşverenin Önlem Alma Yükümlülüğü, Uygun İlliyet Bağı, Sicil İHD, Haziran 2010, s.202-213). İş kazası sonucu ölüm nedeniyle açılan destekten yoksun kalma tazminatı davası, işverenin kusurlu olmayışı nedeniyle red edilmiştir(YHKGK, 3.2.2010T, 2010/21-36E, 2010/67K).

Anılan kararın Hukuk Genel Kurulunda yapılan oturumuna tarafımızca katılmış olup, az yukarıda öğretideki ele alınan eleştiride incelenen karşı oy yazısı kaleme alınmıştır.

Söz konusu karardaki somut olayda: Davalı şirket nezdinde, su dağıtım elemanı olarak çalışan işçi, daha önce teslim ettiği su dağıtım bedelini almak alışveriş merkezi içerisinde bulunan (Ş) derneğine gitmiş, bozuk olduğu için katta bulunmayan asansör kabininin açılması sonucu aşağıya düşüp ölmüştür.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Yerel mahkeme, hak sahiplerinin açtığı maddi manevi tazminatını kısmen kabul etmiş. İşvereni kusuru oranında sorumlu tutmuştur.

Özel Daire, işverenin hukuki sorumluluğunun *kusura* dayandığını, işverenin kusurlu olmadığını, kusurun üçüncü kişiler ve kazalının müşterek kusurundan doğduğu nedenselliğin üçüncü kişinin kusuru nedeniyle kesildiğinden söz ederek işçinin işvereni hakkında açılan davanın *reddi* gerekeceği sonucuna varmıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, işverenin alacağı bir tedbir olmadığını gerekçesiyle Özel Daire Kararına katılmıştır.

Söz konusu Karar da, yerel mahkeme bilirkişi raporunda belirtilen; işçiye el feneri verilmemesi olgusunun İstanbul gerçeği ile uyuşmaması gibi düşüncelere de yer verilmiştir ki buna katılmak mümkün değildir. *Yargıtay* bu Kararlarla kusur sorumluluğuna dönmüştür.

6331 sayılı Kanun yürürlüğe girişi ile *Yargıtay* kararlarında işverenin sorumluluğunu genişletici bir tavır almışsa da kusur sorumluluğunda kırsarını sürdürmüştür.

Örneğin, bir Kararında (Y.21HD, 19.2.20018T/2006/13300E, 2018/1342K; *Kılıçoğlu*, Tazminat esasları, s.318-327) 6331 sayılı Kanun hükümleri (m4,5.10) tek tek irdelenmiştir. Özellikle 4 ve 5 maddesini iş sağlığı ve güvenliği yönetmelikleri işverenin sorumluluğunda işverenin sorumluluğunu *objektifleştirilen kriterler* olarak kabul etmiştir. Ancak objektifleştirilen kusur, kusur sorumluluğunu kusursuz sorumluluğa yaklaştırırsa da *kusursuz sorumluluğa* dönüştürmeyeceği *kusurun şart* olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Türk Borçlar Kanunu m 4177/f.3'ü referans göstererek, işçinin bedensel zararlarında, işvereni sözleşmeden doğan sorumluluk esaslarına tabi tutmuştur.

Sorumluluk Türünün Seçim Gerekçesi

İşverenin işçiye verilen bedensel zararlardan doğan sorumluluğunun hukuki niteliği, *kanaatimizce* kusursuz sorumluluktur.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Öğretide ağırlıklı olarak sorumluluğun fonksiyonlarından ilkinin mağdurun uğradığı zararı *-sorumluluk koşullarının gerçekleşmesi koşuluyla-* üçüncü kişinin omuzuna yıkararak denkleştirme olduğu gösterilmiştir(Denkleştirme fonksiyonu, Lars Deutsch, Haftungrecht, Nr 17; Lorenz, Schuldrecht, I, § 27I, s.424; Münch Komm Mertanz var BGB 823-853 N41; Oftinger/ Stark I, § I, § 1N11vd; Nak *Rey* s.4; *Kılıçoğlu*, Mustafa, Sorumluluk Hukuku, C.1, Sözleşme Dışı Sorumluluk Ankara 2002, s.3).

İkinci fonksiyonu zararı önleme amacı olarak belirtilmiştir (*Rey* s.5; *Kılıçoğlu*, Sorumluluk s.3).

Zararı önleme amacı dikkate alındığında kusursuz sorumluluk esasının daha önleyici sonucun doğurduğu tartışılmaz. Başka bir anlatımla işveren daha özenli davranmak zorundadır. Çünkü kusursuz olsa dahi zararlı sonucun tahmin yükümlülüğü bulunacaktır.

Kusur prensibi günümüzde objektifleştirilmiştir(*Rey*, s.8;*Kılıçoğlu*, Sorumluluk, s.7).

Ancak bu kusur prensibinin temel esasını değiştirmez. Kusursuz sorumlulukla eş anlamlı yapmaz.

Tarihsel süreç içerisinde kusur prensibi yetersiz görülmüştür. Çünkü sorumluluk kişisel kusurla sınırlanmaktadır(*Koçhisarlıoğlu*, Cengiz, “Objektif Sorumluluğun Genel teorisi”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Diyarbakır 1984, s.195) (Objektif Sorumluluk). Halbuki zarara kusursuz neden olmuş kişiler arasında zararı iktisadi açıdan en çok kolay karşılayana yüklenebilmesi hakkaniyet gereğidir(*Koçhisarlıoğlu*, Objektif Sorumluluk, s.202-204).

Kusursuz sorumluluğun hukuki niteliği *sonuç ödevinin ihlalidir*. Kusur sorumluluğun kurucu üyesi değildir. Buradaki sonuç bir eylem bir olay veya durumdur.(*Koçhisarlıoğlu*, Objektif Sorumluluk, s.16).

İşverenin hukuki sorumluluğunun esası da budur. Örneğin iş kazası bir olaydır. Yaralanma bir durumdur. Yani sonuçtur.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

O halde *nedensellik bağının kurulması yeterlidir.*(Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.23, Ankara 2019,s.534) (Borçlar Genel).

Sözleşmesel sorumluluk nispi -özel- bir yükümlülüğe -borca- aykırı davranış sonucu borçlunun alacaklıya vermiş olduğu zararı giderim yükümlülüğüdür (Eren, Borçlar Genel, s.532).

Sözleşmesel sorumluluk, kusursuz sorumluluğu red etmez. Sorumluluğa niteliği veren borç ilişkisindeki unsurlardır.

Genel hükümler iş hukukunun işçiyi koruyucu karakteri ile örtüştüğü sürece uygulanır. Örtüşmediği takdirde genel hükmün değişim ve dönüşüme uğratarak uyarlanma ihtiyacı doğar(*Süzek*, İş Hukuku, s.39-40). O halde işte bu noktada sorumluluğun niteliği değişebilir.

6098 sayılı Türk Borçlar kanunu 71.maddesi “Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme” başlığı altında düzenlenmiştir.

Hükmün ilk fıkrasında önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğmasını, ikinci fıkrada tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli işletme faaliyetinden söz edilmiştir.

Hükmün gerekçesinde tehlike sorumluluğunun genel ilkesinin verildiği ifade edilmiştir. İsviçre de çok sayıda tehlike sorumluluğunu öngören özel kanun bulunduğu halde Hukukumuzda yeterli düzenleme olmayışı da sebep olarak belirtilmiştir.

Yargıtay uygulamasında, yargıçların TBK. m71’i işleterek -özel kanun olmama koşuluyla- tehlike sorumluluğuna karar verildiğine ilişkin bir karara rastlanılmamıştır. O halde bu maddenin gerekliliği tartışmaya açıktır.

Sonuç

İşverenin bedensel zararlardan doğan sorumluluğunun hukuki niteliği *kusursuz sorumluluk olmalıdır.*

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Sorumluluğun işlevlerinden birinin zararı önlemek olduğundan daha önce söz edilmişti. O halde sorumluluğun niteliğini ağırlaştırma, nispeten az da olsa - cismani zararlara temelde uygulamadaki ve kontroldeki eksikliklerin sebep olması nedeniyle - işvereni iş sağlığı ve güvenliği tedbiri almada özenli davranışa iter.

İş sağlığı ve güvenliği konusunda uluslararası standartları takipte sürekli gecikiyoruz. Örneğin; 89/391/ EEC sayılı Konsey Direktifi 1989'da çıktı. Anılan Direktifi esas alan 6331 sayılı Kanun 20.6.2012'de çıktı.

167 NO'lu İnşaat İşlerinde Güvenlik ve Sağlık Sözleşmesi ILO tarafından 20.6.1988 de kabul edildi; Türkiye'de yürürlüğe girdiği tarih 16.1.2014.

176 NO'lu *Madenlerde Güvenlik ve Sağlık Sözleşmesi* ILO kabul tarihi 22.4.1995 Türkiye'de yürürlüğe girdiği tarih 23.3 2015.

Görüleceği üzere sürekli bir gecikme var söz konusu ILO sözleşmeleri iç hukukta kabul edilmeden sorumluluk getirmesi -*tartışılmakla birlikte*- hüküm ifade etmemektedir. *Kişisel kanaatimiz* uluslararası sözleşmelerin normatif hiyerarşide en üstte olduğudur.

Avrupa Yönergeleri prensip olarak bizi bağlamamaktadır. Ancak AB giriş için uygulanmaması tehdit oluşturmaktadır.

Sonuç olarak Yargıtay'ın kabul ettiği *kusur kavramının* uluslararası normların kabul ettiği *tedbirleri* an be an öngörerek sonuca varmasının mümkün olmadığı açıktır. Başka bir anlamıyla uluslararası normları kabulde ve iç hukukta uygulamada gecikiyoruz. O halde *kusursuz sorumluluk* daha telafi edici bir sorumluluk tipi olduğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay Kararlarındaki ilkelerde ifade edilen kusursuz sorumluluğa yaklaşıldığı ancak kusurun koşul olduğu düşüncesi kanaatimizce uygunluğu tartışmalıdır. Çünkü kusur sorumluluğunda kusur koşuldur. Kusursuz sorumlulukta kusur koşul değildir. Kurucu unsurlarda esaslı bir farklılık bulunmaktadır.

DIE HAFTUNG FÜR DEN VERRICHTUNGSGEHILFEN

*Professor Dr. Georg CASPERS,
Erlangen-Nürnberg*

Einleitung

Das Bürgerliche Gesetzbuch regelt in den §§ 823-853 das Recht der unerlaubten Handlung und damit einen zentralen Bereich außervertraglicher Haftung. Mit § 831 BGB existiert eine besondere Vorschrift, welche eine Haftung des Geschäftsherrn für seinen Verrichtungsgehilfen vorsieht. Wie sogleich noch erläutert wird, ist diese Haftung nicht verschuldensunabhängig ausgestaltet. Vielmehr sieht § 831 BGB eine Haftung für ein eigenes Verschulden des Geschäftsherrn – namentlich bei der Auswahl und Überwachung des Gehilfen – vor, das durch das Gesetz widerlegbar vermutet wird.¹ Dadurch unterscheidet sich § 831 BGB von der Bestimmung des § 278 BGB, welche dem Schuldner im Rahmen schon bestehender Schuldverhältnisse, insbesondere vertraglicher Beziehungen, das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und seiner Erfüllungsgehilfen zurechnet. Anders als § 831 BGB führt § 278 BGB zu einer Haftung für fremdes Verschulden. Indessen kann § 278 BGB zur Begründung der deliktischen Haftung des Geschäftsherrn nicht herangezogen werden² und soll deshalb in diesem Vortrag im Wesentlichen ausgeklammert bleiben.

Neben und unabhängig von einer Haftung für den Verrichtungsgehilfen nach § 831 BGB kann es – mittelbar – zur Haftung

¹ Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 12. Aufl. 2017, Rn. 1320.

² BGH 25.10.1951 – III ZR 95/50, BGHZ 4, 1 (4); Staudinger/Caspers, BGB, Neubearbeitung 2014, § 278 Rn. 8; Palandt/Grüneberg, BGB, 77. Aufl. 2018, § 278 Rn. 2; MüKoBGB/Grundmann, 7. Aufl. 2016, § 278 Rn. 15.

des Geschäftsherrn auch dadurch kommen, dass sein Arbeitnehmer für eine von ihm gegenüber einem Dritten fahrlässig begangene unerlaubte Handlung, etwa eine Körperverletzung, nach den Grundsätzen der beschränkten Arbeitnehmerhaftung Rückgriff nimmt. So kann der Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber ganz oder zumindest teilweise die Freistellung von der Haftung gegenüber dem geschädigten Dritten verlangen.

Sowohl dem besonderen Haftungstatbestand des § 831 BGB als auch diesem Freistellungsanspruch möchte ich mich im Folgenden widmen, bevor ich zum Schluss noch kurz etwas zum Gesamtschuldnerausgleich sage, wenn der Geschäftsherr aus § 831 BGB und der Verrichtungsgehilfe – etwa aus § 823 Abs. 1 BGB – beide dem geschädigten Dritten gegenüber deliktisch und gesamtschuldnerisch haften.

Außervertragliche (Außen-)Haftung aus § 831 BGB

Haftungsvoraussetzungen

Nach dem Wortlaut des § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB ist der Geschäftsherr zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet, den der andere – also der Verrichtungsgehilfe – in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Der Begriff des Verrichtungsgehilfen ist relativ eng gefasst: Verrichtungsgehilfe ist nur, wer von den Weisungen des Geschäftsherrn abhängig ist. Ihm muss von einem anderen, in dessen Einflussbereich er allgemein oder im konkreten Fall ist und zu dem er in einer gewissen Abhängigkeit steht, eine Tätigkeit übertragen worden sein.³ Entscheidend ist, dass die Tätigkeit in einer organisatorisch abhängigen Stellung vorgenommen wird, wobei es genügt, dass der Geschäftsherr dem Gehilfen die Arbeit entziehen oder diese beschränken sowie Zeit und Umfang seiner Tätigkeit bestimmen kann.⁴ Dies trifft vor allem

³ BGH 6.11.2012 – VI ZR 174/11, NJW 2013, 1002 Rn. 15; BGH 10.12.2013 – VI ZR 534/12, NJW-RR 2014, 614 Rn. 12; Palandt/Sprau, BGB, 77. Aufl. 2018, § 831 Rn. 5.

⁴ BGH 30.6.1966 – VII ZR 23/65, BGHZ 45, 311 (313) = NJW 1966, 1807 (1808); BGH 10.3.2009 – VI ZR 39/08, NJW 2009, 1740 Rn. 11; Soergel/

auf die Arbeitnehmer des Geschäftsherrn zu. Indessen können auch freie Mitarbeiter, also Selbständige, in der konkreten Situation, die zu dem schadensstiftenden Ereignis geführt hat, derart in einen fremden Organisationsbereich eingebunden sein, dass sie als Verrichtungsgehilfen einzustufen sind.⁵ So hat der Bundesgerichtshof bei Ärzten, die mit der Verwaltung der Praxis eines anderen Arztes während dessen vorübergehender urlaubsbedingter Abwesenheit beauftragt waren, eine Stellung als Verrichtungsgehilfe des abwesenden Arztes bejaht⁶ oder zumindest für möglich gehalten.⁷ Eine Haftung nach § 831 BGB setzt aber auch hier entsprechende Einwirkungsmöglichkeiten des Geschäftsherrn voraus. Deshalb ist das selbständige Unternehmen in der Regel nicht Verrichtungsgehilfe seines Auftraggebers.⁸

Mit dem Merkmal der widerrechtlichen Zufügung eines Schadens nimmt § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB auf die deliktischen Tatbestände im Recht der unerlaubten Handlung Bezug. Meist wird es dabei um die Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts wie z.B. das Leben, den Körper, die Gesundheit oder das Eigentum im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB gehen. Als Anknüpfungspunkt kommen aber auch nahezu alle anderen deliktsrechtlichen Haftungstatbestände der §§ 823 ff. BGB in Betracht.⁹ Dabei genügt es, wenn der Verrichtungsgehilfe den

Krause, BGB, 13. Aufl. 2005, § 831 Rn. 19.

⁵ BGH 12.6.1997 – I ZR 36/95, NJW-RR 1998, 250 (251 f.): Testesser für einen Restaurantführer; siehe auch BGH 5.10.1979 – I ZR 140/77, NJW 1980, 941: Handelsvertreter, der einen Verkaufsstand des Geschäftsherrn auf einer Messe betreut; BGH 10.3.2009 – VI ZR 39/08, NJW 2009, 1740 Rn. 11.

⁶ BGH 16.10.1956 – VI ZR 308/55, NJW 1956, 1834 (1835).

⁷ BGH 10.3.2009 – VI ZR 39/08, NJW 2009, 1740 Rn. 12 ff.

⁸ BGH 6.11.2012 – VI ZR 174/11, NJW 2013, 1002 Rn. 16; *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 12. Aufl. 2017, Rn. 1322; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, 17. Aufl. 2014, Rn. 1345; *Palandt/Sprau*, BGB, 77. Aufl. 2018, § 831 Rn. 5.

⁹ Vgl. etwa BGH 12.6.1997 – I ZR 36/95, NJW-RR 1998, 250 (252) zu § 824 BGB; näher dazu *Staudinger/Bernau*, BGB, Neubearbeitung 2018, § 831 Rn. 2 ff.; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II 2, 13. Aufl. 1994, § 79 III 1 c (S. 476 f.); *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 12. Aufl. 2017, Rn. 1320, 1323.

objektiven Tatbestand der jeweiligen Haftungsnorm rechtswidrig verwirklicht hat, ein eigenes Verschulden des Verrichtungsgehilfen wird nicht gefordert. Anders liegt es nur dann, wenn subjektive Elemente – wie z.B. Vorsatz – bereits zum Unrechtstatbestand der entsprechenden Haftungsnorm zählen.¹⁰ Auch verneint der Bundesgerichtshof eine Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 Abs. 1 BGB, wenn sich der Verrichtungsgehilfe völlig sachgemäß, also so verhalten hat, wie jede mit Sorgfalt ausgewählte und überwachte Person sich sachgerecht verhalten hätte.¹¹ Der Schutzzweck der Norm ist dann nicht verwirklicht. Praktisch relevant geworden ist dies in der Rechtsprechung insbesondere bei der Beteiligung des Verrichtungsgehilfen an Verkehrsunfällen im Straßen- und Eisenbahnverkehr¹², wobei zwischen Rechtsprechung und Literatur eine Meinungsverschiedenheit zu der Frage besteht, ob die Beweislast insoweit beim Geschäftsherrn¹³ oder beim Geschädigten liegt.¹⁴

Die widerrechtliche Schadenszufügung muss schließlich in Ausführung der Verrichtung geschehen sein, zu der der Verrichtungsgehilfe vom Geschäftsherrn bestellt worden ist. Bei diesem Merkmal geht es darum, diejenigen Fälle aus dem Anwendungsbereich des § 831 BGB auszuschließen, bei denen der Verrichtungsgehilfe nur „bei Gelegenheit“ der Verrichtung ein Delikt begeht. Die Rechtsprechung und die herrschende Lehre verlangen, dass die Schädigung noch in einem „unmittelba-

¹⁰ *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II 2, 13. Aufl. 1994, § 79 III 2 c (S. 479); *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 12. Aufl. 2017, Rn. 1324; *Palandt/Sprau*, BGB, 77. Aufl. 2018, § 831 Rn. 8.

¹¹ BGH (Großer Senat) 4.3.1957 – GSZ 1/56, BGHZ 24, 21 (24 ff., 29) = NJW 1957, 785 (786); BGH 12.7.1996 – V ZR 280/94, NJW 1996, 3205 (3207); *Palandt/Sprau*, BGB, 77. Aufl. 2018, § 831 Rn. 8.

¹² BGH (Großer Senat) – 4.3.1957 – GSZ 1/56, BGHZ 24, 21 = NJW 1957, 785; Unfall beim Einstieg in die Straßenbahn; OLG Hamm 27.5.1998 – 13 U 29/98, NJW-RR 1998, 1402; Sturzverletzung eines Fahrgastes wegen Abbremsens des Linienbusses.

¹³ So BGH (Großer Senat) – 4.3.1957 – GSZ 1/56, BGHZ 24, 21 (29 f.) = NJW 1957, 785 (786 f.); BGH 7.1.1992 – VI ZR 116/91, NJW-RR 1992, 533.

¹⁴ So *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II 2, 13. Aufl. 1994, § 79 III 2 c (S. 479 f.) mit weiteren Nachweisen.

ren inneren Zusammenhang“ mit der dem Verrichtungsgehilfen übertragenen Aufgabe steht¹⁵, was nicht mehr der Fall ist, wenn der Verrichtungsgehilfe im Rahmen seiner Tätigkeit rein zufällig mit den Rechtsgütern des Geschädigten in einer Weise in Berührung gekommen ist, die ihm die Gelegenheit bot, eine von der ihm übertragenen Aufgabe völlig losgelöste unerlaubte Handlung zu begehen.¹⁶ Die Abgrenzung ist schwierig und nicht abschließend geklärt. Umstritten ist insbesondere die Einordnung von Fällen, in denen der Verrichtungsgehilfe eine vorsätzliche Straftat (z.B. einen Diebstahl) anlässlich des Kontakts mit den Kunden seines Geschäftsherrn begeht.

Während nach herkömmlicher Auffassung diese Konstellation von § 831 BGB nicht erfasst wird¹⁷, sollen nach einer weitergehenden Auffassung – etwa von *Larenz/Canaris* – nur diejenigen Fälle ausgeschlossen sein, die ausschließlich dem privaten Bereich des Verrichtungsgehilfen zuzuordnen sind.¹⁸ Danach genügt es, dass die deliktische Handlung dem Gehilfen durch die Übertragung der Aufgabe wesentlich erleichtert worden ist.¹⁹ So müsse der Geschäftsherr auch im Falle einer vorsätzlichen Straftat seines Verrichtungsgehilfen nach § 831 BGB für den Schaden eines Dritten haften, weil der Geschäftsherr auch insoweit die Möglichkeit habe, den Schaden durch sorgfältige Auswahl und Überwachung des Gehilfen zu verhindern.²⁰ Dies ist als zu weitgehend abzulehnen. Um der durch das Tatbestandsmerkmal „in Ausführung der Verrichtung“ bezweck-

¹⁵ BGH 14.2.1989 – VI ZR 121/88, NJW-RR 1989, 723 (725); BGH 12.6.1997 – I ZR 36/95, NJW-RR 1998, 250 (252); Staudinger/*Bernau*, BGB, Neubearbeitung 2018, § 831 Rn. 124; Palandt/*Sprau*, BGB, 77. Aufl. 2018, § 831 Rn. 9.

¹⁶ BGH 14.2.1989 – VI ZR 121/88, NJW-RR 1989, 723 (725) mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung („Flugzeugabsturz durch Verschulden des nicht beauftragten Piloten“); ähnlich *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 12. Aufl. 2017, Rn. 1326.

¹⁷ Vgl. etwa BGH 4.11.1953 – VI ZR 64/52, BGHZ 11, 151 (153).

¹⁸ *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II 2, 13. Aufl. 1994, § 79 III 2 d (S. 480 f.).

¹⁹ *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 12. Aufl. 2017, Rn. 1327; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, 17. Aufl. 2014, Rn. 1347.

²⁰ *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 12. Aufl. 2017, Rn. 1327; *MüKoBGB/Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 831 Rn. 26, 28.

ten Eingrenzung der Haftung des Geschäftsherrn gerecht zu werden, muss die Haftung auf diejenigen Fälle beschränkt werden, in denen die Hilfsperson durch die vorsätzliche unerlaubte Handlung gerade der besonderen Verpflichtung und den Aufgaben zuwiderhandelt, deren Wahrnehmung den Inhalt ihres Auftrags bildet – wenn sie also ein fremdes Gut verletzt, dessen Schutz ihr anvertraut ist.²¹ Das ist z.B. der Fall, wenn der im Rahmen eines Bewachungsauftrags eingesetzte Verrichtungsgehilfe im bewachten Objekt einen Diebstahl begeht.

Entlastungsbeweis

Wie in der Einleitung bereits erwähnt, begründet § 831 Abs. 1 BGB eine Haftung für ein eigenes Verschulden des Geschäftsherrn. Dieses wird vom Gesetz widerlegbar vermutet. So formuliert § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB, dass die Ersatzpflicht nicht eintritt, „wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.“ Der Sache nach wird also vermutet, dass die Schadenszufügung auf einem Verschulden des Geschäftsherrn bei der Auswahl, Unterrichtung oder Überwachung des Verrichtungsgehilfen oder bei der Bereitstellung der erforderlichen Gerätschaften beruht. Hierauf gründet die Haftung des Geschäftsherrn für einen aus einer unerlaubten Handlung des Verrichtungsgehilfen resultierenden Schaden.²² Genau genommen geht es – nach heutigem dogmatischem Verständnis – um eine vermutete Verkehrspflichtverletzung.²³ Neben sorgfältiger Auswahl ist eine

²¹ BGH 30.10.1967 – VII ZR 82/65, BGHZ 49, 19 (23) = NJW 1968, 391 (392); Staudinger/Bernau, BGB, Neubearbeitung 2018, § 831 Rn. 123 ff., 128; vgl. zum parallel gelagerten Problem bei § 278 BGB Staudinger/Caspers, BGB, Neubearbeitung 2014, § 278 Rn. 52 ff.

²² BGH 12.7.1996 – V ZR 280/94, NJW 1996, 3205 (3207).

²³ Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II 2, 13. Aufl. 1994, § 79

fortgesetzte Prüfung geboten, ob der Gehilfe im Hinblick auf seine berufliche Qualifikation, seine persönliche Eignung und Zuverlässigkeit zu den Verrichtungen befähigt ist. Schließlich wird auch die Leitung und Kontrolle der Verrichtung gefordert.²⁴ Besonders strenge Maßstäbe sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in dieser Hinsicht anzulegen, wenn die Tätigkeit, die dem Gehilfen übertragen wird, mit Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder mit gravierenden Risiken für Leben, Gesundheit oder Eigentum Dritter verbunden ist.²⁵ Gelingt es dem Geschäftsherrn, den Entlastungsbeweis dahingehend zu führen, dass er diesen Anforderungen genügt hat, haftet er aus § 831 BGB nicht. Gleiches gilt, wenn der Geschäftsherr beweisen kann, dass das vermutete Auswahl- oder Überwachungsverschulden für den Schadenseintritt nicht ursächlich war.²⁶

Haftungsausschluss für Personenschäden im Betrieb durch das Unfallversicherungsrecht

Verursacht der Verrichtungsgehilfe einen Personenschaden im Rahmen seiner betrieblichen Tätigkeit, sind die gesetzlichen Haftungsausschlüsse des Unfallversicherungsrechts (§§ 104 ff. SGB VII) zu beachten. So ist nach § 104 SGB VII der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer und seinen Hinterbliebenen nach zivilrechtlichen Vorschriften zum Ersatz des durch einen Arbeitsunfall verursachten Personenschadens grundsätzlich nicht verpflichtet. Für derartige Personenschäden hat die von den Arbeitgebern finanzierte gesetzliche Unfallversicherung aufzukommen. Verletzt z.B. ein Arbeitnehmer als Verrichtungs-

III 1 a (S. 475 f.); *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, 17. Aufl. 2014, Rn. 1348 ff.; *MüKoBGB/Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 831 Rn. 11.

²⁴ BGH 8.10.2002 - VI ZR 182/01, NJW 2003, 288 (289 f.); Palandt/*Sprau*, BGB, 77. Aufl. 2018, § 831 Rn. 13 ff.

²⁵ BGH 8.10.2002 - VI ZR 182/01, NJW 2003, 288 (289 f.) für die Ausführung von Schaltvorgängen an Hochspannungsleitungen; Staudinger/*Bernau*, BGB, Neubearbeitung 2018, § 831 Rn. 138.

²⁶ Vgl. BGH (Großer Senat) - 4.3.1957 - GSZ 1/56, BGHZ 24, 21 (29) = NJW 1957, 785 (786); Staudinger/*Bernau*, BGB, Neubearbeitung 2018, § 831 Rn. 165 ff.; Palandt/*Sprau*, BGB, 77. Aufl. 2018, § 831 Rn. 16.

gehilfe im Rahmen seiner betrieblichen Tätigkeit rechtswidrig einen anderen Arbeitnehmer des Geschäftsherrn (Arbeitskollegen) an Körper und Gesundheit, haftet der Arbeitgeber auf den Ersatz von Heilungskosten, Erwerbsschäden und Schmerzensgeld nicht, auch wenn er sich für das nach § 831 Abs. 1 BGB vermutete Auswahl- und Überwachungsverschulden nicht entlasten kann.²⁷ Auch der Verrichtungsgehilfe als Schädiger ist in diesem Fall gem. § 105 SGB VII von der Haftung für Personenschäden befreit. Für Sachschäden muss der Verrichtungsgehilfe unter den gesetzlichen Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB und der Geschäftsherr unter denjenigen des § 831 Abs. 1 BGB indessen eintreten.

Die Haftungsprivilegierungen des Unfallversicherungsrechts greifen allerdings nicht, wenn es sich bei dem Arbeitsunfall um einen Wegeunfall im Sinne des § 8 Abs. 2 SGB VII handelt oder der Versicherungsfall vorsätzlich herbeigeführt worden ist (vgl. §§ 104 Abs. 1 Satz 1, 105 Abs. 1 Satz 1 SGB VII), wobei sich der Vorsatz nach der nicht unumstrittenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts nicht nur auf das haftungsbegründende Verhalten, sondern auch auf die Verletzungsfolgen (den Schaden) erstrecken muss.²⁸ Richtigerweise muss der Vorsatz in der Person des Unternehmers selbst vorliegen, um ihm das Haftungsprivileg des § 104 SGB VII zu nehmen, wie das Bundesarbeitsgericht in einem Urteil aus dem Jahr 2002 zur Haftung aus § 831 BGB richtig festgestellt hat.²⁹ Mit einem Urteil aus dem Jahr 2011 wird dies allerdings in Zweifel gezogen. Im entschiedenen Fall stand im Raum, dass ein Vorgesetzter andere Arbeitnehmer des Arbeitgebers vorsätzlich mit Arbeitsaufgaben betraut hatte, bei denen diese mit gesundheitsgefährdenden Materialien

²⁷ *Giesen*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 8. Aufl. 2018, SGB VII § 104 Rn. 6, § 105 Rn. 1; MüKoBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 831 Rn. 7.

²⁸ BGH 11.2.2003 – VI ZR 34/02, NJW 2003, 1605 f.; BGH 8.3.2012 – III ZR 191/11, NZS 2012, 546 = VersR 2012, 724 Rn. 14; BAG 10.10.2002 – 8 AZR 103/02, NZA 2003, 436 (437 f.); BAG 28.4.2011 – 8 AZR 769/09, NZA-RR 2012, 290 Rn. 50.

²⁹ BAG 10.10.2002 – 8 AZR 103/02, NZA 2003, 436 (438).

(Asbest) ohne die erforderlichen Schutzvorkehrungen in Berührung kamen. Hier hat das Bundesarbeitsgericht den Voratz des Erfüllungsgehilfen dem Arbeitgeber nach § 278 BGB zugerechnet und ihm dadurch die Haftungsprivilegierung des Unfallversicherungsrechts für den vom Kläger erlittenen Personenschaden entzogen.³⁰ Dem ist nicht zu folgen: Das sog. „Finanzierungsargument“, wonach die Finanzierung der gesetzlichen Unfallversicherung durch die Arbeitgeber deren Enthaltung für Personenschäden rechtfertigt³¹, trägt auch hier. Systematische Ableitungen aus den §§ 110, 111 SGB VII treten als weiteres Argument gegen eine Zurechnung des Vorsatzes hinzu.³²

In die Haftungsprivilegierung einbezogen sind nicht nur die Arbeitnehmer des Geschäftsherrn selbst. Vielmehr meint § 105 SGB VII alle Personen, die für den Betrieb tätig sind, so z.B. auch Leiharbeiter und Montagearbeiter eines Drittbetriebs.³³ Auf der anderen Seite zählen gem. § 2 Abs. 2 SGB VII auch diese zu den kraft Gesetzes versicherten Personen und werden so in den gesetzlichen Unfallversicherungsschutz einbezogen.³⁴ § 106 Abs. 3 Var. 3 SGB VII erstreckt diese Konzeption schließlich auf den Fall, dass Arbeitnehmer mehrerer verschiedener Unternehmen auf einer gemeinsamen Betriebsstätte Tätigkeiten verrichten, etwa auf einer Baustelle gemeinsam eingesetzt werden. Dazu müssen die betrieblichen Aktivitäten der beteiligten Unternehmen aber bewusst und gewollt ineinandergreifen. Eine gemeinsame Betriebsstätte liegt nur bei einem bewussten Miteinander im Betriebsablauf vor,

³⁰ BAG 28.4.2011 – 8 AZR 769/09, NZA-RR 2012, 290 Rn. 41 ff. (zu § 636 RVO [Vorgängerbestimmung des § 104 SGB VII]); siehe im Nachgang auch BAG 20.6.2013 – 8 AZR 471/12, NZA-RR 2014, 63.

³¹ Zum Finanzierungsargument *Giesen*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 8. Aufl. 2018, SGB VII Vorbem. zu §§ 104 ff. Rn. 3.

³² Näher dazu *Rolfs*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2017, SGB VII § 104 Rn. 12.

³³ *Klumpp*, in: Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2017, Rn. 536.

³⁴ *Klumpp*, in: Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2017, Rn. 532 ff., 536.

das sich zumindest tatsächlich als ein betriebliches Zusammenwirken mehrere Unternehmen darstellt. Dies muss sich auf konkrete Arbeitsvorgänge beziehen; es muss also eine gewisse Verbindung zwischen den Tätigkeiten als solchen und der jeweiligen Unfallsituation gegeben sein.³⁵ Dass Versicherte zweier verschiedener Unternehmen auf derselben Betriebsstätte lediglich aufeinander treffen, genügt dagegen nicht.³⁶

Mittelbare Haftung über den Freistellungsanspruch des Arbeitnehmers nach den Grundsätzen der beschränkten Arbeitnehmerhaftung

Die Außenhaftung des Arbeitnehmers

Verletzt der Verrichtungsgehilfe einen Dritten an Leben, Körper, Gesundheit oder Eigentum oder in einem sonstigen absolut geschützten Recht, haftet er dem Dritten nach § 823 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz, sofern die Rechtsgutsverletzung rechtswidrig war und den Verrichtungsgehilfen hieran ein Verschulden trifft. Dies gilt unabhängig davon, ob auch der Geschäftsherr nach den eben geschilderten Merkmalen des § 831 Abs. 1 BGB für die unerlaubte Handlung seines Verrichtungsgehilfen einzustehen hat. Sofern beide nebeneinander verantwortlich sind, haften sie gem. § 840 Abs. 1 BGB als Gesamtschuldner. Bei Personenschäden, die auf einen Arbeitsunfall zurückzuführen sind, sind die soeben angesprochenen Haftungsausschlüsse der §§ 104 ff. SGB VII zu beachten.

Der Rückgriff beim Arbeitgeber

Ist der Verrichtungsgehilfe Arbeitnehmer des Geschäftsherrn, dieser also sein Arbeitgeber, sind die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze der beschränkten Arbeitnehmerhaftung zu beachten. Hier kann es zu einer mittelbaren Haftung kommen, da ein Arbeitnehmer bei seinem Arbeitgeber

³⁵ BGH 10.5.2011 – VI ZR 152/10, NJW 2011, 3298 Rn. 12, 15 f.

³⁶ Siehe im Einzelnen BGH 22.1.2013 – VI ZR 175/11, NZS 2013, 431 = VersR 2013, 460 Rn. 10 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

ganz oder teilweise Rückgriff nehmen kann, wenn er einen Dritten bei einer betrieblich veranlassten Tätigkeit, die aufgrund des Arbeitsverhältnisses erbracht wird, fahrlässig in einem geschützten Rechtsgut verletzt, so dass er diesem – insbesondere aus § 823 Abs. 1 BGB – auf den Ersatz des daraus resultierenden Schadens haftet. Insoweit kann der Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber – ganz oder jedenfalls zu einem Teilbetrag – analog § 670 i.V.m. § 257 Satz 1 BGB oder jedenfalls aufgrund der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht Freistellung von der Verbindlichkeit verlangen.³⁷ Hat der Arbeitnehmer dem Dritten den Schaden bereits ersetzt, wandelt sich der Freistellungsanspruch in einen Zahlungsanspruch gegen den Arbeitgeber um. Die hinter dieser Lösung stehende Überlegung ist folgende:

Schädigt ein Arbeitnehmer bei einer betrieblich veranlassten Tätigkeit, die er aufgrund des Arbeitsverhältnisses erbringt, seinen eigenen Arbeitgeber und fällt ihm dabei lediglich Fahrlässigkeit zur Last, ist der Anspruch des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer auf Schadensersatz in analoger Anwendung des § 254 Abs. 1 BGB – das ist die Vorschrift über das Mitverschulden – auf einen Teilbetrag oder gar auf null zu reduzieren (sog. innerbetrieblicher Schadensausgleich). Dies wird neben sozialen Schutzerwägungen zu Gunsten des Arbeitnehmers – nämlich dem Schutz vor finanzieller Überforderung – insbesondere damit gerechtfertigt, dass den Arbeitgeber die Verantwortung für die Organisation des Betriebs und die Gestaltung der Arbeitsbedingungen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht trifft. Die vom Arbeitgeber gesetzte Organisation des Betriebs prägt das Haftungsrisiko des Arbeitnehmers, indem der Arbeitgeber kraft seiner Organisationsbefugnis Bedingungen für Schadensrisiken schaffen, beibehalten oder verändern kann. Das rechtfertigt es, den Arbeitnehmer für Schäden, die der Arbeitgeber

³⁷ Die Anspruchsgrundlage ist bis heute nicht abschließend geklärt, richtigerweise sind die §§ 670, 257 Satz 1 BGB entsprechend heranzuziehen. Siehe dazu *Krause*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 8. Aufl. 2018, BGB § 619a Rn. 62; *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2017, BGB § 619a Rn. 26; zur Lösung über die arbeitsvertragliche Fürsorgepflicht BAG 23.6.1988 – 8 AZR 300/85, NJW 1989, 854.

erleidet, nur begrenzt haften zu lassen.³⁸ Hier geht es zwar nicht um ein echtes Mitverschulden des Arbeitgebers. Letztlich steht dahinter aber der Gedanke des Betriebsrisikos, das dem Arbeitgeber analog § 254 Abs. 1 BGB zugerechnet wird.³⁹

In welchem Umfang der Arbeitnehmer haftet, hängt vom Grad seines Verschuldens ab. Während er bei leichtester Fahrlässigkeit überhaupt nicht in Anspruch genommen werden kann, wird bei mittlerer Fahrlässigkeit eine Schadensteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vorgenommen, wobei die jeweils zu tragenden Quote unter Abwägung der Gesamtumstände zu berechnen ist. Zu diesen zählen wiederum der Verschuldensgrad, die Schadenshöhe, die Gefahrgeneigntheit der vom Arbeitnehmer ausgeführten Tätigkeit, die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb, die Höhe des Arbeitsentgelts und schließlich auch die Versicherbarkeit von Risiken.⁴⁰ Gefahrgeneigntheit und Versicherbarkeit spielen insbesondere bei Unfällen mit Kraftfahrzeugen eine Rolle. Bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit haftet der Arbeitnehmer grundsätzlich voll, wobei nach der Rechtsprechung auch bei grober Fahrlässigkeit die Haftung dann zu reduzieren ist, wenn der Verdienst des Arbeitnehmers in einem deutlichen Missverhältnis zum Schadensrisiko der Tätigkeit steht. Ist der eingetretene Schaden so hoch, dass der Arbeitnehmer nach der Lebenserfahrung nicht in der Lage sein wird, den verursachten Schaden zu ersetzen, soll nach der Rechtsprechung die soziale Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers in Verbindung mit dem Betriebsrisiko des Arbeitgebers eine Haftungsbegrenzung auf eine noch tragbare Summe erfordern.⁴¹

³⁸ Näher dazu BAG 27.9.1994 – GS 1/89 (A), NZA 1994, 1083 (1085); BAG 18.4.2002 – 8 AZR 348/01, NZA 2003, 37 (39); Klumpp, in: Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2017, Rn. 546; Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2017, BGB § 619a Rn. 10.

³⁹ Staudinger/Richardi/Fischinger, BGB, Neubearbeitung 2016, § 619a Rn. 56 ff.

⁴⁰ BAG 25.9.1957 – GS 4/56, NJW 1958, 235 (237); BAG 15.9.2016 – 8 AZR 187/15, VersR 2017, 874 Rn. 54; Palandt/Weidenkaff, BGB, 77. Aufl. 2018, § 611 Rn. 157.

⁴¹ Im Einzelnen BAG 23.1.1997 – 8 AZR 893/95, NZA 1998, 140 (141); BAG

Verletzt der Arbeitnehmer nun im Rahmen betrieblich veranlasster Tätigkeit fahrlässig einen Dritten, so dass er diesem gegenüber selbst haftet, wird den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs über den oben genannten Freistellungsanspruch Geltung verschafft. Der Freistellungsanspruch erfasst jenen Betrag, in dessen Höhe der Arbeitnehmer in Anwendung dieser Grundsätze gegenüber dem Arbeitgeber nicht haften würde.⁴² Für diesen muss der Arbeitgeber im Ergebnis wirtschaftlich und ohne eigenes Verschulden eintreten, selbst wenn er von dem geschädigten Dritten nicht unmittelbar aus einer eigenständigen Rechtsgrundlage in Anspruch genommen werden kann.

Gesamtschuldnerausgleich

Können sowohl der Verrichtungsgehilfe als auch der Geschäftsherr vom Geschädigten auf Ersatz des erlittenen Schadens in Anspruch genommen werden, liegt gem. § 840 Abs. 1 BGB eine Gesamtschuld vor. Für den Innenausgleich zwischen dem nach § 831 Abs. 1 BGB haftenden Geschäftsherrn und dem Verrichtungsgehilfen sieht § 840 Abs. 2 BGB vor, dass der Verrichtungsgehilfe allein verpflichtet ist. Wurde der Geschäftsherr vom Geschädigten aus § 831 Abs. 1 BGB in Anspruch genommen, kann er also bei seinem Verrichtungsgehilfen in vollem Umfang Rückgriff nehmen.⁴³ Handelt es sich bei dem Verrichtungsgehilfen um einen Arbeitnehmer des Geschäftsherrn, passt dieses Ergebnis jedoch nicht zum Grundsatz der beschränkten Arbeitnehmerhaftung. Dies führt zu einer Korrektur des § 840 Abs. 2 BGB. Der nach § 831 Abs. 1 BGB in Anspruch genommene Arbeitgeber hat auch im Innenverhältnis den Schaden in demjenigen Umfang zu tragen, in dem der Arbeitnehmer ihm gegenüber, wäre der Arbeitgeber der Geschä-

28.10.2010 – 8 AZR 418/09, NZA 2011, 345 Rn. 24 ff.; *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2017, BGB § 619a Rn. 18.

⁴² BAG 25.9.1957 – GS 4/56, AP RVO §§ 898, 899 Nr. 4 = NJW 1958, 235 (237); BAG 25.6.2009 – 8 AZR 236/08, AP BAT § 70 Nr. 40.

⁴³ BGH 11.11.2003 – VI ZR 13/03, BGHZ 157, 9 (15) = NJW 2004, 951 (952f.); Palandt/Sprau, BGB, 77. Aufl. 2018, § 840 Rn. 11.

digte, nicht haften würde.⁴⁴ Ebenso bleibt dem Arbeitnehmer der Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber erhalten, wenn er vom Drittgeschädigten direkt in Anspruch genommen wird.⁴⁵

Schluss

In der Lehre wird § 831 BGB wegen des dort vorgesehenen Entlastungsbeweises als gesetzgeberisch misslungen eingeschätzt.⁴⁶ Forderungen nach einer Reform haben sich aber bis heute nicht durchsetzen können. Zudem darf nicht übersehen werden, dass die Rechtsprechung durch die zunehmende Bejahung eigenständiger Organisationspflichten im Zuge einer Haftung unmittelbar aus § 823 Abs. 1 BGB sowie schärfere Anforderungen an den Entlastungsbeweis des § 831 Abs. 1 BGB die Haftung des Geschäftsherrn tendenziell ausgeweitet hat.⁴⁷ Auch hat der Blick auf das Arbeitsrecht gezeigt, dass es – unabhängig von einer Haftung des Geschäftsherrn nach § 831 Abs. 1 BGB – zu dessen mittelbarer Inanspruchnahme für Schäden aus unerlaubten Handlungen seiner Arbeitnehmer gegen Dritte nach den Regeln über die beschränkte Arbeitnehmerhaftung kommen kann.

⁴⁴ Soergel/Krause, BGB, 13. Aufl. 2005, § 840 Rn. 15; Erman/Wilhelmi, BGB, 15. Aufl. 2017, § 840 Rn. 12.

⁴⁵ Klumpp, in: Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2017, Rn. 557.

⁴⁶ Soergel/Krause, BGB, 13. Aufl. 2005, § 831 Rn. 15.

⁴⁷ Spindler, in: Bamberger/Roth, BGB, Band 2, 3. Aufl. 2012, § 831 Rn. 55; ausführlich MüKoBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 831 Rn. 2 ff.

ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLUĞU

Profesör Dr. Georg CASPERS

Erlangen-Nürnberg

I. Giriş

Alman Medeni Kanunu'nun 823 - 853 maddelerinden haksız fiil hakkını ve bundan dolayı önemli bir alanda sözleşme dışı sorumluluğu düzenlemektedir. Alman Medeni Kanunu'nun 831. maddesi ile adam çalıştırmanın, çalışanın sorumluluk yükümlülüğünü düzenleyen özel bir hüküm bulunmaktadır. Aşağıda daha ayrıntılı açıklanacağı gibi, bu sorumluluk kusurdan bağımsız düzenlenmektedir. Alman Medeni Kanunu'nun 831. maddesi daha ziyade adam çalıştırmanın yasa tarafından muhtemelen kabul edilebilir kendi kusuru için - buradaki anılan kusur, adam çalıştırmanın çalışanın seçiminde ve izlenmesinde kendisine yüklenen sorumluluğundan doğan kusurdur - sorumluluk öngörmektedir.¹ Dolayısıyla, Alman Medeni Kanunu'nun 831. maddesi, kusurlunun mevcut kusurluluk ilişkisinde, özellikle sözleşme ilişkilerinde, yasal temsilcisinin ve onun icra görevlisini sorumlu tuttuğu Alman Medeni Kanunu'nun 278. maddesi hükmünden farklıdır. Alman Medeni Kanunu'nun 278. maddesi, Alman Medeni Kanunu'nun 831. maddesinden farklı olarak, başka birinin kusurundan, başka birini sorumlu tutmaktadır. Ancak, Alman Medeni Kanunu'nun 278. maddesi adam çalıştırmanın kusurluluk sorumluluğunu haklı göstermek için kullanılamaz² ve bu nedenle bu tebliğimde bu maddeye büyük ölçüde değinilmeyecektir.

¹ *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil (Borçlar Hukuku Özel Bölüm), 12. baskı 2017 kenar no. 1320.

² Alman Yargıtayı'nın 25.10.1951 tarihli kararı - III ZR 95/50, BGHZ 4, 1 (4); *Staudinger/Caspers*, BGB, Neubearbeitung (Alman Medeni Kanunu, güncellenmiş) 2014, md. 278 kenar no. 8; *Palandt/Grüneberg*, BGB, 77. baskı 2018, md. 278 kenar no. 2; *MüKoBGB/Grundmann*, 7. baskı 2016, md. 278 kenar no. 15.

Alman Medeni Kanunu'nun 831. maddesi kapsamında çalışanın sorumluluğunun yanı sıra ve bu sorumluluğundan bağımsız olarak yine de bir çalışanın, yaralama gibi üçüncü tarafa karşı işlediği haksız fiilden dolayı sorumlu olduğu durumlarda, çalışanın işçi olarak sınırlı yükümlülük ilkesine göre - dolaylı olarak - adam çalıştırandan rücu etmesi söz konusu olabilir. Bu nedenle, çalışan, işvereninden tamamen ya da en azından kısmen zarara uğramış üçüncü tarafa karşı sorumluluklarından muaf tutulmasını talep edebilir.

Bundan sonra Alman Medeni Kanunu'nun 831. maddesi kapsamındaki özel sorumluluk durumunu ve aynı şekilde muaf tutulma talebinden bahsedeceğim. Son bölümde, adam çalıştıranın Alman Medeni Kanunu'nun 831. maddesinden dolayı ve çalışanın - örneğin Alman Medeni Kanunu'nun 823. maddesinin 1. fıkrasından dolayı - zarar görmüş üçüncü kişiye karşı haksız fiilden ve müteselsil sorumluluk yükümlülüklerinden dolayı kısaca haksız fiilden dolayı müteselsil sorumluluklarından bahsedeceğim.

II. Alman Medeni Kanunu'nun 831. maddesi uyarınca sözleşme dışı (harici) sorumluluk

1. Sorumluluk şartları

Alman Medeni Kanunu'nun 831. maddesinin 1. fıkrasının 1. Cümlesinin lafzına göre diğer tarafın - yani çalışanın - işi gerçekleştirdiği sırada hukuka aykırı bir şekilde üçüncü bir tarafı zarara uğrattığı takdirde, adam çalıştıran, bu zararı telafi etmekle yükümlüdür. Çalışanın tanımı nispeten dar tutulmuştur: Çalışan, sadece adam çalıştıranın talimatlarına bağlı olan kişidir. Genel anlamda veya somut olayda, çalışana, belirli bir bağlılık ilişkisinde olduğu başka bir kişi tarafından bir görev verilmiş olmalıdır.³ Buradaki belirleyici faktör olarak, bu görevin örgütsel olarak bağımlı bir konumda gerçekleştirilmesidir, bu

³ Alman Yargıtayı'nın 6.11.2012 tarihli kararı - VI ZR 174/11, NJW 2013, 1002 kenar no. 15; Alman Yargıtayı'nın 10.12.2013 tarihli kararı - VI ZR 534/12, NJW-RR 2014, 614 kenar no. 12; Palandt/*Sprau*, BGB, 77. baskı 2018, md. 831 kenar no. 5.

bağlamda adam çalıştırmanın çalışanı bu görevden mahrum bırakabilmesi veya kısıtlayabilmesi ve görevin zamanını ve kapsamını belirlemesi yeterli olmaktadır.⁴ Bu husus özellikle adam çalıştırmanın çalışanları için geçerlidir. Ancak, serbest çalışanlar da, yani serbest meslek sahipleri de, zarara neden olan somut olayda, çalışan olarak sınıflandırılabilirler.⁵ Bu bağlamda Alman Yargıtayı, bir hekimin geçici izinli olarak yokluğu sırasında, muayenehanesini işletmekle görevlendirmiş olan başka bir hekimi, izinli hekimin çalışanı olduğunu onaylanmıştır⁶ ya da en azından mümkün olduğunu varsaymıştır.⁷ Bununla birlikte, Alman Medeni Kanunu'nun 831. maddesi uyarınca sorumluluk, adam çalıştırmanın görevlendirmede etkili olmasını öngörmektedir. Bu nedenle bağımsız bir işletme, genellikle işverenin çalışanı değildir.⁸

Hukuka aykırı bir zarara uğramasının özelliği ile birlikte Alman Medeni Kanunu'nun 831. maddesi, yasadaki haksız fiilin unsurlarına dayanır. Çoğu durumda, Alman Medeni Kanunu'nun 823. maddesi doğrultusunda yaşamı, bedeni, sağlığı veya mülkiyeti gibi mutlak nitelikli korunan bir yasal varlığın ihlali ile ilgili olmaktadır. Ancak, Alman Medeni

⁴ Alman Yargıtayı'nın 30.6.1966 tarihli kararı - VII ZR 23/65, BGHZ 45, 311 (313) = NJW 1966, 1807 (1808); Alman Yargıtayı'nın 10.3.2009 tarihli kararı - VI ZR 39/08, NJW 2009, 1740 kenar no. 11; Palandt/*Sprau*, BGB, 13. baskı 2005, md. 831 kenar no. 19.

⁵ Alman Yargıtayı'nın 12.6.1997 tarihli kararı - VI ZR 36/95, NJW-RR 1998, 250 kenar no. Testesser für einen Restaurantführer (Restoran için yemek denetçileri); bakınız ayrıca Alman Yargıtayı'nın 5.10.1979 tarihli kararı - I ZR 140/77, NJW 1980, 941: Handelsvertreter, der einen Verkaufsstand des Geschäftsherrn auf einer Messe betreut (Bir adam çalıştırmanın için fuarda satış standına bakan ticari temsilci); Alman Yargıtayı'nın 10.3.2009 tarihli kararı - VI ZR 39/08, NJW 2009, 1740 kenar no. 11.

⁶ Alman Yargıtayı'nın 16.10.1956 tarihli kararı - VI ZR 308/55, NJW 1956, 1834 kenar no.

⁷ Alman Yargıtayı'nın 10.3.2009 tarihli kararı - VI ZR 39/08, NJW 2009, 1740 kenar no. 12 vd.

⁸ Alman Yargıtayı'nın 6.11.2012 tarihli - VI ZR 174/11, NJW 2013, 1002 kenar no. 16; *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil (Borçlar Hukuku Özel Bölüm), 12. baskı 2017 kenar no. 1322; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht (Borçlar Hukuku) II, 17. baskı 2014 kenar no. 1345; Palandt/*Sprau*, BGB, 77. baskı 2018, md. 831 kenar no. 5.

Kanunu'nun 823. maddesi uyarınca hemen hemen tüm diğer haksız fiillerden doğan sorumluluk unsurları da bu bağlamda dikkate alınmaktadır.⁹ Bu durumda çalışan, ilgili sorumluluk normunun objektif fiili hukuka aykırı olarak yapması yeterlidir, çalışanın bir kusurunun bulunmasına gerek yoktur. Sadece subjektif unsurlar - bunlar örneğin kasıt gibi unsurlar - zaten ilgili sorumluluk normunun haksız fiil unsurunun bir parçası ise durum farklıdır.¹⁰ Eğer çalışan tamamen uygun bir şekilde davranmışsa, yani dikkatle seçilmiş ve denetlenen her kişi gibi uygun şekilde davranmışsa, Alman Yargıtayı Alman Medeni Kanunu'nun 831. maddesi uyarınca adam çalıştırmanın sorumluluğunu reddeder.¹¹ Normun koruma amacı gerçekleştirmemiştir. Bu durum özellikle çalışanın iştiraki ile meydana gelen trafik ve tren yolu kazalarının içtihat hukukunda önem kazanmıştır¹², diğer taraftan ise içtihat ile doktrin arasında, ispat yükümlülüğü adam çalıştırmada veya zarara uğrayanda olup olmadığı hususunda¹³ fikir ayrılığı mevcuttur.¹⁴

Hukuka aykırı zarara uğratma fiili, adam çalıştıran tarafından çalışanın görevlendirildiği işin gerçekleştirilmesi sırasında

⁹ Bkz Alman Yargıtayı'nın 12.6.1997 tarihli kararı - I ZR 36/95, NJW-RR 1998, 250 (252) Alman Medeni Kanunu md. 824 ile ilgili; daha detaylı Staudinger/Bernau, BGB, güncelleme 2018, md. 831 kenar no. 2 vd.; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts (Borçlar Hukuku Ders Kitabı), Cilt II 2, 13. baskı 1994, md. 79 III 1 c (s. 476 vd.); Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, (Borçlar Hukuku Özel), 12. baskı 2017 kenar no. 1320, 1323.

¹⁰ Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts (Borçlar Hukuku Ders Kitabı), Cilt II 2, 13. baskı 1994, md. 79 III 2 c (S. 479); Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, (Borçlar Hukuku Özel), 12. baskı 2017 kenar no. 1324; Palandt/Sprau, BGB, 77. baskı 2018, md. 831 kenar no. 8.

¹¹ Alman Yargıtayı'nın (Genel Kurul) 4.3.1957 tarihli kararı - GSZ 1/56, BGHZ 24, 21 (24 vd., 29) = NJW 1957, 785 (786); Alman Yargıtayı'nın 12.7.1996 tarihli kararı - V ZR 280/94, NJW 1996, 3205 (3207); Palandt/Sprau, BGB, 77. baskı 2018, md. 831 kenar no. 8.

¹² Alman Yargıtayı'nın (Genel Kurul) 4.3.1957 tarihli kararı- GSZ 1/56, BGHZ 24, 21 = NJW 1957, 785; Tramvaya binerken kaza; Yüksek Eyalet Mahkemesi Hamm'ın 27.5.1998 tarihli kararı - 13 U 29/98, NJW-RR 1998, 1402; Toplu taşıma sırasında otobüsün ani freni nedeniyle ağır yaralanma.

¹³ Alman Yargıtayı'nın (Genel Kurul) 4.3.1957 tarihli kararı - GSZ 1/56, BGHZ 24, 21 (29 f.) = NJW 1957, 785 (786 vd.); BGH 7.1.1992 - VI ZR 116/91, NJW-RR 1992, 533.

¹⁴ Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts (Borçlar Hukuku Ders Kitabı), Cilt II 2, 13. baskı. 1994, md. 79 III 2 c (S. 479 f.) ek kanıtlarla birlikte.

meydana gelmiş olmalıdır. Bu özellik, çalışanın yalnızca işi gerçekleştirme “vesilesiyle” işlediği suçları Alman Medeni Kanunu’nun 831. maddesinin uygulama kapsamı dışında tutmakla ilgilidir. İçtihat hukuku ve hakim doktrin, zararın, çalışanın görevlendirildiği iş ile “doğrudan iç bağlantı” olmasını gerektirmektedir der¹⁵, eğer ama çalışan, işi kapsamında sadece tesadüfen zarar görenin hukuki değerleri ile teması sırasında, kendisine verilen görevden tamamen kopuk bir şekilde hareket ederek bir fiili gerçekleştirme imkanına sahip olacak şekilde haksız fiili yapmışsa, bu durum geçerli değildir.¹⁶ Bu hususta bir sınırlama çok zor olup, kesin olarak açıklığa kavuşturulmamıştır. Çalışanın adam çalıştırmanın müşterisiyle teması sırasında kasıtlı bir suç (örneğin hırsızlık) işlediği durumların özellikle sınıflandırılması zor durumlardır.

Geleneksel görüşe göre bu fiil Alman Medeni Kanunu’nun 831. Maddesi kapsamına girmemektedir¹⁷, ama örneğin daha geniş bir görüşe göre – örneğin *Larenz/Canaris*’de olduğu gibi – sadece çalışanın özel alnına atfedilen fiiller kapsam dışı tutulmalıdır.¹⁸ *Larenz/Canaris*’e göre, görevli için görevlendirmesiyle birlikte haksız fiilin daha kolay hale gelmiş olması yeterlidir.¹⁹ Bu nedenle, adam çalıştırmanın Alman Medeni Kanunu’nun 831. maddesi uyarınca çalışanın kasıtlı bir suçu durumunda dahi üçüncü bir şahsın zarar görmesinden sorumlu olmalıdır,

¹⁵ Alman Yargıtayı’nın 14.2.1989 tarihli kararı – VI ZR 121/88, NJW-RR 1989, 723 (725); Alman Yargıtayı’nın 12.6.1997 tarihli kararı – I ZR 36/95, NJW-RR 1998, 250 (252); Staudinger/*Bernau*, BGB, Güncelleme 2018, md. 831 kenar no. 124; Palandt/*Sprau*, BGB, 77. baskı 2018, md. 831 kenar no. 9.

¹⁶ Alman Yargıtayı’nın 14.2.1989 tarihli kararı – VI ZR 121/88, NJW-RR 1989, 723 (725) İçtihat Hukukunda diğer kanıtlar („Görevlendirilmemiş pilot nedeniyle uçağın düşmesi“); benzer şekilde *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, (Borçlar Hukuku Özel), 12. baskı 2017 kenar no. 1326.

¹⁷ Bkz örneğin Alman Yargıtayı’nın BGH 4.11.1953 tarihli kararı – VI ZR 64/52, BGHZ 11, 151 (153).

¹⁸ *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts (Borçlar Hukuku Ders Kitabı), Cilt II 2, 13. baskı 1994, md. 79 III 2 d (S. 480 f.).

¹⁹ *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil (Borçlar Hukuku Özel Bölüm), 12. baskı 2017 kenar no. 1327; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht (Borçlar Hukuku) II, 17. baskı 2014 kenar no. 1347.

çünkü adam çalıştırmanın çalışanı özenle seçerek ve izleyerek zararı önleme şansı vardır.²⁰ Zira bu görüş çok geniş kapsamlı olduğundan dolayı reddedilmelidir. Adam çalıştırmanın “görevin ifası” şartı ile öngörülen sorumluluğun sınırlandırılması için, sorumluluğun, çalışanın özel yükümlülüğü ve görevlerini kasıtlı olarak haksız fiil ile ihlal ettiği durumlarla sınırlı olması gerekiyor, bunların örneğinin yapması gereken görevinin içeriğini teşkil ediyorsa - yani korunması için kendisine emanet edilen yabancı bir iyiliği ihlal eden durumlarla sınırlı olması gerekiyor.²¹ Örneğin, bir güvenlik görevi bağlamında görevlendirilmiş bir çalışan, korunan binada hırsızlık yaptığında böyle bir bu durum söz konusudur.

2. Kurtuluş kanıtları

Girişte daha önce bahsedildiği gibi, Alman Medeni Kanunu'nun 831. maddesi, adam çalıştırmanın kendi hatası için sorumluluğu gerekçelendirir. Bu yasa tarafından aksinin ispatı mümkün kalarak karine olarak kabul edilir. Alman Medeni Kanunu'nun 831. maddesinin 1. fıkrasının 2. satırına göre, “eğer adam çalıştırmanın görevlendirdiği kişiyi seçerken ve sayet tertibatlar ve araçlar temin edilecekse veya işin yapımı yönetecekse, teminde veya yönetimi sırasında uygulamada gerekli olan ilgiyi ve titizliği gözlemlerse veya bu ilgi ve titizlik uygulanmasıyla bile zarar meydana gelebilecekse, tazminat yükümlülüğü bulunmamaktadır”. Olayın özü aslında şudur, zarar, çalışanın seçiminde, bilgilendirilmesinde veya denetlenmesinde veya gerekli teçhizatın sağlanmasında, adam çalıştırmanın kusurundan kaynaklandığı varsayılmaktadır. Çalışanın haksız fiilinden dolayı ortaya çıkan zarar nedeniyle adam çalıştırmanın sorumlu tutulması, bu gerekçeye dayanmaktadır.²² As-

²⁰ *Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil (Borçlar Hukuku Özel)*, 12. baskı 2017 kenar no. 1327; *MüKoBGB/Wagner*, 7. baskı 2017, md. 831 kenar no. 26, 28.

²¹ Alman Yargıtayı'nın 30.10.1967 tarihli kararı - VII ZR 82/65, BGHZ 49, 19 (23) = NJW 1968, 391 (392); *Staudinger/Bernau*, BGB, güncelleme 2018, md. 831 kenar no. 123 vd., 128; bkz Alman Medeni Kanunu md. 278'deki paralel sorun için *Staudinger/Caspers*, BGB, Güncelleme 2014, md. 278 kenar no. 52 ve devamı).

²² Alman Yargıtayı'nın 12.7.1996 tarihli kararı - V ZR 280/94, NJW 1996,

lında, bugünün dogmatik anlayışına göre – tahmini bir dikkat yükümlülüğü ihlali söz konusudur.²³ Dikkatli seçime ek olarak, çalışanın, mesleki nitelikleri, kişisel yetenekleri ve güvenilirliği açısından görevi yapıp yapamayacağı konusunda sürekli bir sınav gereklidir. Nihayetinde, yapılan görevin ifasının yönetimi ve denetimi de istenmektedir.²⁴ Alman Yargıtayı'nın içtihadına göre, çalışana verilen görev, üçüncü şahısların yaşamı, sağlığı veya mülkiyeti için kamu güvenliğine veya ciddi risklere yönelik riskler içeriyorsa, bu bağlamda özellikle ağır standartlar uygulanmalıdır.²⁵ Eğer adam çalıştıran bu şartları yerine getirdiğini gösteren kanıtları göstermeyi başarır, Alman Medeni Kanunu'nun 831. maddesi kapsamında sorumlu değildir. Bu husus, karine olarak varsayılan seçim veya denetleme kusurunun meydana gelen zarar ile illiyet bağının olmadığına ispatlanmasında da aynı şekilde geçerlidir.²⁶

3. Kaza sigortası hukuku tarafından işletmede bedensel zararlar için sorumluluğun bulunmaması

Eğer çalışan işinin ifası sırasında bedensel zarara neden olmuşsa, kaza sigortası hukukunun yasal sorumluluk feragatleri (VII. Sosyal Kanun Kitabı'nın 104 de devam maddeleri) dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla, VII. Sosyal Kanun Kitabı'nın 104. maddesine göre, işverenin, medeni kanuna uyarınca, bir iş kazasının yol açtığı bedensel yaralanmaları telafi etmek için işçisine ve yakınlarına karşı hiçbir yükümlülüğü bulunmaz. İşverenler tarafından finanse edilen yasal kaza sigortası bu tür

3205 (3207).

²³ *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts (Borçlar Hukuku Ders Kitabı), Cilt II 2, 13. baskı 1994, md. 79 III 1 a (S. 475 f.); *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht (Borçlar Hukuku) II, 17. baskı 2014 kenar no. 1348 vd.; *MüKoBGB/Wagner*, 7. baskı 2017, md. 831 kenar no. 11.

²⁴ Alman Yargıtayı'nın 8.10.2002 tarihli kararı – VI ZR 182/01, NJW 2003, 288 (289 f.); *Palandt/Sprau*, BGB, 77. baskı 2018, md. 831 kenar no. 13 vd.).

²⁵ Alman Yargıtayı'nın 8.10.2002 tarihli kararı – VI ZR 182/01, NJW 2003, 288 (289 f.) yüksek gerilim hatları için şalter işlerinin yapılması; *Staudinger/Bernau*, BGB, güncelleme 2018, md. 831 kenar no. 138.

²⁶ Bkz Alman Yargıtayı'nın (Genel kurul) 4.3.1957 tarihli kararı – GSZ 1/56, BGHZ 24, 21 (29) = NJW 1957, 785 (786); *Staudinger/Bernau*, BGB, Güncelleme 2018, md. 831 kenar no. 165 vd.; *Palandt/Sprau*, BGB, 77. baskı 2018, md. 831 kenar no. 16.

bedensel zararlar için ödeme yapmak zorundadır. Örneğin, bir işçi çalışan olarak, adam çalıştırmanın başka bir çalışanın (meslektaşının) vücut ve sağlığına, hukuka aykırı şekilde zarar verdiği takdirde, işveren, Alman Medeni Kanunu'nun 831. maddesinin 1. fıkrasına göre karine olarak seçim ve denetim hususunda kusurlu görülse bile, tıbbi masrafların ödenmesinden, uğranmış gelir kaybından ve tazminattan sorumlu değildir.²⁷ Ayrıca, zarar veren olarak çalışan da bu durumda VII. Sosyal Kanun Kitabı'nın 104. maddesi uyarınca bedensel yaralanmalardan sorumlu değildir. Diğer taraftan, Alman Medeni Kanunu'nun 823. maddesinin 1. fıkraya gereklilikleri uyarınca çalışan ve Alman Medeni Kanunu'nun 831. maddesinin 1. fıkraya gereklilikleri uyarınca adam çalıştırmanın, zarar için sorumludurlar.

İş kazası, VII. Sosyal Kanun Kitabı'nın 8. maddesinin 2. fıkrasının düzenlemeleri dâhilinde bir iş kazasıya veya kasıtlı olarak meydana gelmişse, kaza sigortası kanununun sorumluluk imtiyazları geçerli değildir (kşl. VII. Sosyal Kanun Kitabı'nın 104. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesi 1, 105. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesi) bununla birlikte Alman Yargıtayı ve Federal İş Mahkemesi'nin tartışmalı içtihatlarına göre kastın olması, sadece yükümlülük doğurucu davranışlara değil, aynı zamanda ihlalin sonuçlarına (zarar) da dayanması gerektiğine karar verilmiştir.²⁸ Daha doğrusu, VII. Sosyal Kanun Kitabı'nın 104. maddesinin doğrultusunda yükümlülük ayrıcalığını uygulamak için kastın adam çalıştırmanın kendisinde olması gerektiğini, Alman Medeni Kanunu'nun 831. maddesi gereğince 2002 tarihli Federal İş Mahkemesi'nin kararıyla ilgili

²⁷ Giesen, Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar (İş Hukuku Şerhi), 8. baskı 2018, SGB VII md. 104 kenar no. 6, md. 105 kenar no. 1; MüKoBGB/Wagner, 7. baskı 2017, md. 831 kenar no. 7.

²⁸ Alman Yargıtayı'nın 11.2.2003 tarihli kararı - VI ZR 34/02, NJW 2003, 1605 vd.; Alman Yargıtayı'nın 8.3.2012 tarihli kararı - III ZR 191/11, NZS 2012, 546 = VersR 2012, 724 kenar no. 14; Federal İş Mahkemesi'nin 10.10.2002 tarihli kararı - 8 AZR 103/02, NZA 2003, 436 (437 f.); Federal İş Mahkemesi'nin 28.4.2011 tarihli kararı - 8 AZR 769/09, NZA-RR 2012, 290 kenar no. 50.

olarak doğru tespit edilmiştir.²⁹ Ancak, bu husus 2011 yılında alınan bir kararla sorgulanmaktadır. Karara konu bu durumda, bir amir, diğer işçileri, kapalı bir alanda, gerekli önlemler olmaksızın, sağlık açısından tehlike yaratan malzemelere (asbest) maruz bırakan iş görevlerini kasıtlı olarak yaptırmıştır. Burada, Federal İş Mahkemesi, temsili görevlisinin kastını Alman Medeni Kanunu'nun 278. maddesi uyarınca işverene yüklemiştir ve böylece davacının maruz kaldığı bedensel yaralanmalar için, işveren, kaza sigortasının kanuni sorumluluk imtiyazlarından mahrum bırakılmıştır.³⁰ Bu husus mantıklı değildir; işverenlerin yasal kaza sigortasının finanse edilmesinin, kişisel yaralanmalar için sorumluluktan muaf tutulmasını haklı kılan ve "finansman argümanı" olarak adlandırılan husus³¹, ayrıca burada sorumluluk taşımaktadır. VII. Sosyal Kanun Kitabı'nın 110. ve 111. maddelerinin sistematik çıkarımları da, bir kasıt atfedilmesine karşı bir başka argüman olarak göz önünde bulundurulmalıdır.³²

Sorumluluk imtiyazına sadece adam çalıştırmanın kendi çalışanları dâhil değildir. VII. Sosyal Kanun Kitabı'nın 110. ve 111. maddeleri daha çok işletme için çalışan tüm çalışanları kast etmektedir, bunlar örneğin üçüncü bir şirketin (taşeron şirketin) taşeron işçileri ve montaj işçileridir.³³ Diğer taraftan bu kişiler de VII. Sosyal Kanun Kitabı'nın 2. maddesinin 2. fıkrasının kanuni sigorta kapsamında bulunan kişilerdir ve bu nedenle yasal kaza sigortası kapsamına dâhil kişilerdir.³⁴ Son olarak ta,

²⁹ Federal İş Mahkemesi'nin 10.10.2002 tarihli kararı - 8 AZR 103/02, NZA 2003, 436 (438).

³⁰ Federal İş Mahkemesi'nin 28.4.2011 tarihli kararı - 8 AZR 769/09, NZA-RR 2012, 290 kenar no. 41 vd. (RVO (Devlet Sigorta Kanunu) md. 636 [SGB VII md. 104'ten önce yürürlükte olan hükümler]); sonraki karar için bkz Federal İş Mahkemesi'nin 20.6.2013 tarihli kararı - 8 AZR 471/12, NZA-RR 2014, 63.

³¹ Finansman sağlama argümanı *Giesen*, Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar (İş Hukuku Şerhi), 8. baskı 2018, SGB VII md. 104 vd. kenar no. 3'ün ön açıklamaları.

³² Daha ayrıntılı olarak bkz *Rolfs*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (Erfurt İş Hukuku Şerhi), 18. baskı 2017, SGB VII md. 104 kenar no. 12.

³³ *Klumpp*, Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht (İş Hukuku), 11. baskı 2017 kenar no. 536.

³⁴ *Klumpp*, Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht (İş Hukuku), 11. baskı

VII. Sosyal Kanun Kitabı'nın 106. maddesinin 3. fıkrasının 3. alternatifi, bu düzenlemeyi, birkaç farklı şirketin çalışanlarının, örneğin bir inşaat sahası gibi bir işyerinde, ortaklaşa faaliyet gösterilen duruma genişletmektedir. Bununla birlikte, bu amaçla, söz konusu katılımcı şirketlerin işletme faaliyetleri bilinçli ve istekli olarak birbirine bağlantılı iç içe geçmiş olmalıdır. Ortak bir işyeri, yalnızca bilinçli bir işbirliği durumunda, en azından fiilen bir işbirliği olarak birkaç işletmenin ortaklaşa faaliyeti var olmasında söz konusu olur. Bu durum somut iş süreçleri ile ilgili olmalıdır; yani, bu gibi faaliyetlerle ve belirli kaza durumları arasında bir bağlantı olmalıdır.³⁵ Öte yandan, iki farklı şirkettin sigortalı kişileri aynı işyerinde sadece birlikte bulunması, bu durum için yeterli değildir.³⁶

III. Çalışanın sınırlı sorumluluk ilkesi kapsamında, çalışanın muafiyet hakkı üzerinde dolaylı sorumluluğu

1. Çalışanın dış sorumluluğu

Eğer çalışan üçüncü şahsın hayatına, bedenine, sağlığına veya mülküne ya da başka herhangi bir şekilde mutlak korunan hakkına zarar verirse, Alman Medeni Kanunu'nun 823. maddesinin 1. fıkra gereğince, hak ihlalinin hukuka aykırı olması ve çalışanın kusurlu bulunması halinde, üçüncü tarafa karşı sorumluluk taşır. Bu husus, adam çalıştıranın, yukarıda açıklaman Alman Medeni Kanunu'nun 823. maddesinin koşullarına göre çalışanın yasadışı fiilinden sorumlu olup olmadığına bakmaksızın geçerlidir. Her ikisi de birbiriyle ortaklaşa yükümlülük taşıyorlarsa Alman Medeni Kanunu'nun 840. maddesinin 1. fıkrasına göre müteselsil kusurlu olarak sorumludurlar. İş kazası sonucu oluşan kişisel yaralanmalarda, yukarıda bahsi geçen VII. Sosyal Kanun Kitabı'nın 104. ve devamı

2017 kenar no. 532 vd., 536.

³⁵ Alman Yargıtayı'nın BGH 10.5.2011 tarihli kararı - VI ZR 152/10, NJW 2011, 3298 kenar no. 12, 15 vd.

³⁶ Ayrıntılı olarak bkz Alman Yargıtayı'nın 22.1.2013 tarihli kararı - VI ZR 175/11, NZS 2013, 431 = VersR 2013, 460 kenar no. 10 birçok kanıtlar ile birlikte.

maddelerinin sorumluluk feragatleri dikkate alınmalıdır.

2. İşverene rücu

Eğer çalışan, adam çalıştırmanın işçisi ise, yani adam çalıştırmanın, çalışanın işvereni konumundaysa, yargı tarafından geliştirilen içtihat hukukuna göre işçilerin sınırlı sorumlulukları ilkelerine uyulmalıdır. Eğer çalışan görev ilişkisinden dolayı işletme işleyişinde işinin ifası sırsında, üçüncü kişinin kanunen korunan yasal varlığını kasıtlı ihlal ederse ve üçüncü kişiye karşı – özellikle de Alman Medeni Kanunu'nun 823. maddesinin 1. fıkrasından – kaynaklanan zararın tazmininden sorumlu ise, bu durumda çalışanın, işvereninden tam veya kısmen rücu hakkı bulunduğundan dolayı adam çalıştırın için sorumluluk ortaya çıkabilir. Bu bağlamda, çalışan, Alman Medeni Kanunu'nun 670. maddesi ile 257. maddesinin 1. cümlesine kıyasen ya da en azından iş hukuku bakımından dikkat yükümlülüğünden doğan muaf tutma yükümlülüğü nedeniyle, işvereninden – tam ya da en azından kısmi bir meblağı – rücusunu talep edebilir.³⁷ Eğer çalışan, üçüncü kişinin zararını tazmin etmişse, muafiyet tazminatı işverene karşı bir ödeme talebine dönüşür. Bu çözümün arkasındaki mantık şudur:

Bir çalışan, iş ilişkisinden dolayı gerçekleştirdiği işle ilgili bir faaliyet durumunda kendi işverenine zarar verirse ve sadece ihmalkârlığından dolayı suçluysa, işverenin çalışana karşı tazminat hakkı Alman Medeni Kanunu'nun 254. Maddesinin kıyasen uygulamasında – bu hüküm müşterek kusur hükmüdür – kısmi bir miktara, hatta sıfıra indirilir (işletme içi tazminatı dengelemesi diye anılır). Bu durum, çalışanın lehine olan sosyal korunma hususlarına ek olarak – yani mali açıdan aşırıya

³⁷ Bu hakkın hukuki dayanağı günümüze kadar nihai olarak açıklığa kavuşturulmamış, burada doğru olarak Alman Medeni Kanunu'nun 670. maddesi ve 257. maddesinin 1. cümlesinin düzenleme için kullanılması uygun görülmüştür. Bunun için bkz *Krause*, Henssler/Willemsen/Kalb, *Arbeitsrecht Kommentar* (İş Hukuku Şerhi), 8. baskı 2018, Alman Medeni Kanunu md. 619a kenar no. 62; *Preis*, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (Erfurt İş Hukuku Şerhi), 18. baskı 2017, Alman Medeni Kanunu md. 619a kenar no. 26; iş hukuku bakımından işverenin dikkat yükümlülüğü ile ilgili bkz Federal İş Mahkemesi'nin 23.6.1988 tarihli kararı – 8 AZR 300/85, NJW 1989, 854.

karşı korunmanın yanı sıra – özellikle de işverenin, işletmenin organizasyonunun ve çalışma koşullarının organizasyonunun fiili ve hukuki açıdan sorumluluğunu üstlenmesi gerçeğiyle de gerekçelendirilir. İşverenin iş organizasyonu, çalışanın sorumluluk riskini karakterize eder, çünkü işveren, organizasyon otoritesi sayesinde, zarar riskleri için koşullar oluşturabilir, bu koşulların devamını sağlayabilir veya değiştirebilir. Tam da bu husus, işverenin uğradığı zararlar için işçinin sınırlı sorumluluğunu haklı çıkarmaktadır.³⁸ Burada önemli nokta, işverenin gerçek müşterek kusuru değildir. Nihayetinde tam da burada, işverene, Alman Medeni Kanunu'nun 254. maddesine kıyasen atfedilen, işletme riski fikri yatmaktadır.³⁹

İşçinin ne derecede sorumlu olduğu, kendi kusurunun derecesine bağlıdır. Küçük derecede ihmallerden dolayı işçi hiçbir şekilde sorumlu tutulmaz, işveren ile işçi arasındaki zararın bölünmesi, orta derecede ihmaller ile gerçekleştirilir, bu bağlamda yüklenecek sorumluluk oranı genel durumlar bir bütün olarak dikkate alınarak hesaplanır. Genel durumlara, kusurluluk derecesi, zararın miktarı, çalışanın yaptığı işin tehlike riski, çalışanın işyerindeki pozisyonu, maaşının miktarı ve son olarak da risklerin sigorta edilebilirliği sayılmaktadır.⁴⁰ Tehlike riski ve sigorta edilebilirlik özellikle motorlu taşıtlar ile yapılan kazalarda rol oynamaktadır. Kasıt ve ağır ihmal durumunda, çalışan genel olarak tam sorumludur, yine de bu durumda bile, içtihatla göre, işçinin kazancı, işindeki zarar riski ile orantısız bir şekilde karşı karşıya geliyorsa, ağır ihmal durumunda bile sorumluluk azaltılmalıdır. Ortaya çıkan zarar, hayatın olağan

³⁸ Daha ayrıntılı Federal İş Mahkemesi'nin 27.9.1994 tarihli kararı – GS 1/89 (A), NZA 1994, 1083 (1085); Federal İş Mahkemesi'nin 18.4.2002 tarihli kararı – 8 AZR 348/01, NZA 2003, 37 (39); Klumpp, Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht (İş Hukuku), 11. baskı 2017 kenar no. 546; Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (İş Hukuku Şerhi), 18. baskı 2017, Alman Medeni Kanunu md. 619a kenar no. 10.

³⁹ Staudinger/Richardi/Fischinger, BGB (Alman Medeni Kanunu), Güncelleme 2016, md. 619a kenar no. 56 vd.

⁴⁰ Federal İş Mahkemesi'nin 25.9.1957 tarihli kararı – GS 4/56, NJW 1958, 235 (237); Federal İş Mahkemesi'nin 15.9.2016 tarihli kararı – 8 AZR 187/15, VersR 2017, 874 kenar no. 54; Palandt/Weidenkaff, BGB (Alman Medeni Kanunu), 77. baskı 2018, md. 611 kenar no. 157.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

akışına göre çalışan tarafından telafi edemeyecek kadar yüksek olması halinde, içtihatla göre, işverenin iş riski ile bağlantılı olarak çalışanın sosyal savunmasızlığı bulunduğundan, sorumluluğunu kabul edilebilir bir meblağ ile sınırlandırılmasını gerektirecektir.⁴¹

Çalışan, işletmenin faaliyet çerçevesinde verilen bir görevin ifası sırada ihmali bir şekilde üçüncü bir tarafı, kendi sorumluluk dâhilinde yaralamışsa, iç hasar tazminatı ilkeleri doğrultusunda, yukarıda bahsedilen muafiyet talep hakkı yürürlüğe girer. Muafiyet talep hakkı, çalışanın, bu ilkelerin uygulanmasında, işverene karşı sorumlu olmayacağı miktarı kapsar.⁴² Muafiyet talep hakkı doğrultusunda, işveren, ekonomik olarak ve kendi kusuru olmaksızın sorumluluk taşır, zarar gören üçüncü şahsın bağımsız bir yasal temele dayanarak doğrudan işvereni sorumlu tutmasa bile, işveren yine de sorumluluk taşımaktadır.

IV. Müteselsil sorumluluk dengelemesi

Eğer zarar gören kişi, hem çalışandan hem de işverenden uğradığı zarar için tazminat talep edecek durumdaysa, Alman Medeni Kanunu'nun 840. maddesinin 1. fıkrası uyarınca müteselsil sorumluluk bulunmaktadır. Alman Medeni Kanunu'nun 831. maddesinin 1. fıkrası çalışan ile işveren arasında iç dengeleme öngörmekte, buna karşılık Alman Medeni Kanunu'nun 840. maddesinin 2. fıkrası uyarınca çalışanı tek başına sorumlu tutmaktadır. Eğer, zarar gören taraf adam çalıştırانından Alman Medeni Kanunu'nun 831. maddesinin 1. fıkrası uyarınca tazminat talep etmişse, adam çalıştırانının bu tazminatın tamamını çalışandan rücu edebilir.⁴³ Eğer bu çalışan adam çalıştır-

⁴¹ Detaylı olarak bkz Federal İş Mahkemesi'nin 23.1.1997 tarihli kararı - 8 AZR 893/95, NZA 1998, 140 (141); Federal İş Mahkemesi'nin 28.10.2010 tarihli kararı - 8 AZR 418/09, NZA 2011, 345 kenar no. 24 vd.; *Preis, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (Erfurt İş Hukuku Şerhi), 18. baskı 2017, Alman Medeni Kanunu md. 619a kenar no. 18.

⁴² Federal İş Mahkemesi'nin 25.9.1957 tarihli kararı - GS 4/56, AP RVO (Devlet Sigorta Kanunu) md. 898, 899 no. 4 = NJW 1958, 235 (237); Federal İş Mahkemesi'nin 25.6.2009 tarihli kararı - 8 AZR 236/08, AP BAT md. 70 no. 40.

⁴³ Federal İş Mahkemesi'nin 11.11.2003 tarihli kararı - VI ZR 13/03, BGHZ 157, 9 (15) = NJW 2004, 951 (952 vd.); Palandt/*Sprau*, BGB (Alman Medeni

nın bir işçisiyse, bu sonuç işçilerin sınırlı sorumluluğu ilkesine uymamaktadır. Bu husus Alman Medeni Kanunu'nun 840. maddesinin 2. fıkrası düzeltmesini gerektirir. Alman Medeni Kanunu'nun 831. maddesinin 1. fıkrası uyarınca tazminat talep edilen işveren, işverenin zarar gören taraf olması halinde, çalışanın kendisine karşı sorumlu olmayacağı ölçüde iç hasarını da taşımaktadır.⁴⁴ Aynı şekilde, çalışandan, üçüncü kişi tarafından doğrudan tazminat talep edildiğinde, işverene karşı muafiyet hakkına sahiptir.⁴⁵

V. Sonuç

Doktrinde, Alman Medeni Kanunu'nun 831. maddesinde öngörülen kurtuluş kanıtından dolayı bu hüküm yasama tarafından yapılan başarısız bir düzenleme olarak değerlendirilmektedir.⁴⁶ Bununla birlikte, bu hususta günümüze kadar istenen reform talebi henüz başarılı olmamıştır. Buna ek olarak, içtihat hukukunun, Medeni Kanununun 823. maddesinin 1. fıkrası uyarınca doğrudan artan bağımsız organizasyon görev yükümlülüklerinin sorumluluğu altında ve Alman Medeni Kanunu'nun 831. maddesinin 1. fıkrası uyarınca sorumlu lehine delil konusunda getirilen daha ağır şartlar, adam çalıştırmanın sorumluluğunu artırma eğiliminde olduğu hususu göz ardı edilmemelidir.⁴⁷ İş hukukuna bakıldığında da - adam çalıştırmanın Alman Medeni Kanunu'nun 831. maddesinin 1. fıkrası kapsamındaki herhangi bir sorumluluğu dikkate alınmaksızın - işçilerinin üçüncü şahıslara karşı haksız fiillerinden kaynaklanan zararlardan sorumlu oldukları dolaylı sorumluluğu, işçinin sınırlı sorumluluğu kurallarına tabi olabilir.

Kanunu), 77. baskı 2018, md. 840 kenar no. 11.

⁴⁴ Soergel/Krause, BGB (Alman Medeni Kanunu), 13. baskı 2005, md. 840 kenar no. 15; Erman/Wilhelmi, BGB (Alman Medeni Kanunu), 15. baskı 2017, md. 840 kenar no. 12.

⁴⁵ Klumpp, Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht (İş Hukuku), 11. baskı 2017 kenar no. 557.

⁴⁶ Soergel/Krause, BGB (Alman Medeni Kanunu), 13. baskı 2005, md. 831 kenar no. 15.

⁴⁷ Spindler, Bamberger/Roth, BGB (Alman Medeni Kanunu), Cilt 2, 3. baskı 2012, md. 831 kenar no. 55; daha ayrıntılı MüKoBGB/Wagner, 7. baskı 2017, md. 831 kenar no. 2 vd.

İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞINDA İŞVERENİN SORUMLULUĞU VE CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNA GÖRE UZLAŞMA

Mesut BALCI
Yargıtay 21. H.D. Başkanı

I- İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞI KAVRAMI- İŞVERENİN SORUMLULUĞU

5510 sayılı Kanunun 13. maddesine göre;

Madde 13 - İş kazası;

- a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,
- b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle,
- c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,
- d) Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,
- e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özüre uğratan olaydır.

01.01.2013 tarihinde yürürlüğe giren 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 3/1 - g maddesine göre;

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Madde 3 - (1) Bu Kanunun uygulanmasında;

g) İş kazası: İşyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenen özre uğratan olayı,

1) Meslek hastalığı: Mesleki risklere maruziyet sonucu ortaya çıkan hastalığı ifade eder.

03.05.2013 tarih ve 28636 S.R.G. de yayımlanan 25.04.2013 tarih ve 6462 sayılı kanunun 1. maddesi ile birinci fıkranın (g) bendinde yer alan “özre uğratan” ibaresi “engelli hâle getiren” şeklinde değiştirilmiştir.

5510 SK m. 13/1 -c hükmünde “Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda” gerçekleşen kazalar da iş kazası olarak sayılmaktadır. bu hal 6331 sayılı Kanunda yapılan tanımın içinde de yer almaktadır. “İşin yürütümü nedeniyle” ifadesi, “görevli olarak başka bir yere gönderilmesi” tanımı içinde kalmaktadır.

Aksi görüşler de vardır. Bu halde bile 5510 sayılı Kanuna göre iş kazası sayıldığından, 6331 sayılı Kanunun uygulanması söz konusu olmasa da Türk Borçlar Kanununun 417. maddesi dikkate alınacaktır. Bu maddenin yargı kararlarındaki yorumu da 6331 sayılı Kanun ile örtüşmektedir. Bu maddeye göre de; “İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.

İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir.”

İşverenin kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getirmemesi durumunda bir iş kazası meydana gelirse bu, aynı

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

zamanda iş hukuku anlamında da bir iş kazası sayılacak ve işverenin işçiye karşı iş sözleşmesinden ve (haksız fiilden) sorumluluğu doğacaktır.

İşçi sözleşmeden hareketle maddi ve manevi zararının giderilmesini isteyebileceği gibi salt haksız fiile dayanarak Da zararının giderilmesini isteyebilir. Tazminat davasında açıkça haksız fiil hükümlerinin uygulanması istenmedikçe sözleşmeye dayalı sorumluluğa dayandığı kabul edilir. Türk Borçlar Kanununun 417. maddesi de bu konuda “zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir.” hükmü de bu yorumu gerektirmektedir. Sözleşmeye dayalı sorumluluk, 6331 sayılı Kanun ile Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanmasını gerektirecektir.

6331 sayılı Kanunun uygulanmasından önce iş güvenliğine ilişkin hükümler İş Kanununun 77. maddesi içinde yer almakta idi. İş kanunu kapsamına girmeyenler yönünden Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre sorumluluk hükümleri uygulanmaktaydı. 4857 sayılı İş Kanununun 77. maddesi, ‘30.06.2012 tarih ve 28339 sayılı .R.G. de yayımlanan 20.06.2012 tarih ve 6331 sayılı kanunun 37. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği anlamında iş kazası hükümleri, bazı istisnalar dışında kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır. Bu durumda, 4857 sayılı İş Kanunu tabi hizmet akdiyle çalışanlar gerekse de 4857 sayılı İş Kanununa tabi olmayan, genel hükümlere göre hizmet akdiyle çalışanların uğradığı kazaları da kapsamaktadır.

Yargı kararlarından sözetmek gerekirse; Aşağıdaki Yargı kararı işverenin sorumluluğu ilkesini aşağıdaki şekilde ortaya bozmuştur.

“Objektifleştirilen kusur, kusur sorumluluğunu kusursuz sorumluluğa yaklaştırırsa da, onu kusursuz sorumluluk hali-

ne dönüştüremez. Çünkü, bazı istisnalar dışında işverenin sorumluluğu için kusurun varlığı şarttır. Ancak Türk Borçlar Kanununun 417/2. maddesi, Anayasa ve 6331 sayılı Kanun hükümleri objektifleştirilmiş kusur sorumluluğu ilkesi gereğince işverenin sorumluluğunu oldukça genişletmiştir.

Öte yandan işvereni, zararlandırıcı olay nedeniyle sorumluluktan kurtaracak olan durum, eylem ile meydana gelen zarar arasındaki uygun illiyet rabitasının kesilmesidir. Kusura sorumsuzlukta olduğu gibi kusur sorumluluğunda da illiyet bağı; mücbir sebep, zarar görenin ve üçüncü kişinin ağır kusuru nedenleriyle kesilebilir. Uygun illiyet bağının kesildiğinin ispatı halinde, işverenin sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir. (HGK, 20/03/2013 tarih, 2012/21-1121 Esas, 2013/386 Karar)" (Aynı yönde Yargıtay 21. HD. 03.10.2017 gün ve 2017/4601-7189K.)

II- 6331 SAYILI KANUN HÜKÜMLERİ UYARINCA İŞYERİ KAVRAMI

6331 sayılı Kanunun 3/1 - h maddesinde de işyerinin tanımı yapılmıştır.

Bu maddeye göre; (1) Bu Kanunun uygulanmasında;

h) İşyeri: Mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile çalışanın birlikte örgütlendiği, işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen işyerine bağlı yerler ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim yerleri ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçları da içeren organizasyonu, ifade eder".

4857 sayılı İş Kanununun 77. ve devamı maddelerini yürürlükten kaldıran 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu 4. ve 5. maddelerde işverenin yükümlülüklerini, 19. maddede de çalışanların yükümlülüklerinin çağdaş anlayışla daha ayrıntılı ve somut olarak ortaya koymuş ve kusur sorumluluğunun sınırlarını kusursuz sorumluluğun sınırlarına yaklaştırmıştır.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

6331 sayılı Kanunun 4. ve 5. maddeleri ile buna uygun olarak çıkarılan iş sağlığı ve güvenliği yönetmelikleri hükümleri işverenin sorumluluğunu objektifleştiren kriterler olarak değerlendirilmelidir. Bu sebeple mevzuatta yer alan teknik iş kurallarına uyulmaması işverenin kusurlu davranışı olarak kabul edilmelidir. Ancak işveren sadece anılan yazılı kurallara değil, yazılı olmayan ve teknolojinin gerekli kıldığı önlemlere aykırı davranışında da kusurlu görülerek oluşan zararı karşılamalıdır.

Öte yandan objektifleştirilen kusur, kusur sorumluluğunu kusursuz sorumluluğa yaklaştırsa da, onu kusursuz sorumluluk haline dönüştüremez. Çünkü, bazı istisnalar dışında işverenin sorumluluğu için kusurun varlığı şarttır. Ancak Türk Borçlar Kanununun 417/2. maddesi, Anayasa ve 6331 sayılı Kanun hükümleri objektifleştirilmiş kusur sorumluluğu ilkesi gereğince işverenin sorumluluğunu oldukça genişletmiştir.

III- 6331 SAYILI KANUNA GÖRE İŞVERENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

MADDE 4 - (1) İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede;

a) Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar. (çalışanların gerçekten eğitilmesi, araç ve gereçler de buna göre sağlanmalıdır. Mevcut koşullar uygun değilse araç ve gereçler yenilenmelidir.)

b) İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar. (İşverenin izleme, denetleme uygunsuzlukları giderme görevini yapıp yapmadığı kusurunun belirlenmesinde dikkate alınır.)

c) Risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır. (Risk değerlendirilmesi yapılması sorumluluktan kurtarmaz, değerlendirme sonucuna göre önlemlerin alınması gerekir)

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

ç) Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alır. (Çalışanın sağlık raporu alınmalıdır. Ağır ve tehlikeli işlerde kimlerin çalışabileceği önem taşır)

d) Yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır. (İşyerinde uyarı levhaları bulunmalıdır. Bulunsa dahi işçilerin uygun davranışı sağlanmalıdır)

(2) İşyeri dışındaki uzman kişi ve kuruluşlardan hizmet alınması, işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz.

(3) Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği alanındaki yükümlülükleri, işverenin sorumluluklarını etkilemez. (çalışanın yükümlülüklerine uymasını sağlamak da işverenin sorumluluğundadır.)

(4) İşveren, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin maliyetini çalışanlara yansıtamaz.

Sonuçta tüm bu önlemlerin alınması halinde iş kazasının gerçekleşmesinin önlenebileceği ortaya çıkmaktadır.

IV-İŞVEREN KARŞI AÇILACAK MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT DAVASININ DAYANAĞI;

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 54.55. ve 56. maddeleri, iş kazasından veya meslek hastalığından dolayı zarar gören işçiye maddi ve manevi tazminat davası açma hakkını vermektedir.

İşçi ölmüşse, desteğinden yoksun kalanlar da, Türk Borçlar Kanununun 53. 55 ve 56. maddelerine dayanarak maddi ve manevi zararlarının tazminini isteyebilirler.

İşveren dışındaki üçüncü kişilerin tazminat sorumluluğu Borçlar Kanununda yer alan haksız fiil hükümlerinden kaynaklanır. İşveren veya işveren vekili dışındaki kişiler yönünden 6331 sayılı Kanuna göre değerlendirme yapılmaz.

V- ANA BABA DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI

Maddi tazminat davasının bir yönüyle yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Kanununun 24. maddesinde ana ve babaya gelir bağlanması şartları gösterilmiş olup 4958 sayılı Kanununun 35. maddesi ile getirilen değişiklikten önce geçimi sigortalı tarafından sağlandığı belgelenen ana, babaya gelir bağlanacağı belirtilmesine rağmen 4958 sayılı Kanununun 35. maddesi ile getirilen değişiklikle sigortalı tarafından hak sahiplerinin geçiminin sağlanması şartının kaldırıldığı, yerine “Sosyal Güvenlik kuruluşlarına tâbi çalışmayan veya 2022 sayılı Kanuna göre bağlanan aylık hariç olmak üzere buralardan her ne ad altında olursa olsun gelir veya aylık almayan ana ve babasına gelir bağlanması” koşulu getirilmiştir.

5510 sayılı Kanununun 34/d maddesine göre de; “ **(Değişik: 17/4/2008-5754/21 md.)** Hak sahibi eş ve çocuklardan artan hisse bulunması halinde her türlü kazanç ve irattan elde etmiş olduğu gelirinin asgari ücretin net tutarından daha az olması ve diğer çocuklarından hak kazanılan gelir ve aylıklar hariç olmak üzere gelir ve/veya aylık bağlanmamış olması şartıyla ana ve babaya toplam % 25’i oranında; ana ve babanın 65 yaşın üstünde olması halinde ise artan hisseye bakılmaksızın yukarıdaki şartlarla toplam % 25’i,oranında aylık bağlanır.”

Bu davalar nitelikçe Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından karşılanmayan maddi zararın giderilmesi istemine ilişkin olduğundan haksız zenginleşmeyi ve mükerrer ödemeyi önlemek için Kurum tarafından hak sahiplerine bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin belirlenen tazminattan düşülmesi gerektiği Yargıtay’ın yerleşmiş görüşlerindedir. Bu bakımdan davanın niteliği gözetilerek öncelikle hak sahiplerine SSK tarafından iş kazası nedeniyle gelir bağlanıp bağlanmadığının araştırılması gelir bağlanmış ise bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin tazminattan düşülmesi gelir bağlanmamış ise bu yön hak sahibinin tazminat hakkını doğrudan etkileyeceğinden hak sahibine gelir bağlanması için SSK Başkanlığına karşı dava açması için önel verilmesinde yasal zorunluluk bulunmaktadır.

Yargıtay 21. HD. uygulamasında

Bir kimseye yardım etmek zorunda bulunan kişi değil, eylemli ve düzenli olarak onun geçimini kısmen veya tamamen sağlayacak biçimde yardım eden ve olayların normal akışına göre, eğer ölüm gerçekleşmeseydi az veya çok yakın bir gelecekte de bu yardımı sağlayacak olan kimse destek sayılmalıdır.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin bir kararına göre; “ Yasa gereğince bir kimseye yardım etmek zorunda bulunan kişi değil, eylemli ve düzenli olarak onun geçimini kısmen veya tamamen sağlayacak biçimde yardım eden ve olayların normal akışına göre, eğer ölüm gerçekleşmeseydi az veya çok yakın bir gelecekte de bu yardımı sağlayacak olan kimse destek sayılmalıdır. (21.HD.04.05.2006, 3983-5301)”

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararına göre; “Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 06.03.1978 tarih ve 1/3 sayılı kararının gerekçesinde; “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı eylemin karşılığı olan bir ceza olmayıp, ölüm sonucu ölenin yardımından yoksun kalan kimsenin muhtaç duruma düşmesini önlemek ve yaşamının, desteğin ölümünden önceki düzeyde tutulması amacına yönelik sosyal karakterde kendine özgü bir tazminat olduğu” vurgulanmıştır.

İş kazası nedeniyle işçinin ölümü halinde ana ve baba yararına maddi tazminata karar verilebilmesi için ana ve babaya Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından kısa vadeli sigorta kolundan ölüm geliri bağlanması gerekmektedir. Kendilerine gelir bağlanan ana ve babanın destekten yararlandığı varsayılmaktadır. Bu nedenle mükerrer ödemeyi önlemek için tespit edilen tazminat miktarından bağlanan gelirlerin peşin sermaye değeri düşülmelidir. (HGK. 27.03.2013 gün 2012/21-1047-2013/395) aynı yönde (21.HD. 02.05.2013 gün 2012/21653-2013/8862)”

Ana ve babaya gelir bağlanmaması durumunda maddi tazminat için çocuklarının destek sayılıp sayılmayacakları konusunda Yargıtay 21. Hukuk Dairesi ile 4. ve 17. Hukuk Daireleri arasında içtihat farklılığı bulunduğundan içtihadı birleştirme yoluna gidilmiştir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 22.06.2018 gün ve 2016/5 Esas ve 2018/6 Karar sayılı kararına göre; “Anne babanın, çocuğun haksız fiil ve/veya akde aykırılık sonucu ölmesi nedeniyle açtığı destekten yoksun kalma tazminatı davalarında, desteklik ilişkisinin varlığının ispatı için Sosyal Güvenlik Kurumundan gelir bağlanması şartının aranmayacağı, destekten yoksun kalma tazminatı davalarında çocukların anne-babaya destek olduklarının karine olarak kabulü gerektiği” kabul edilmiştir.

İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARINA KARŞI OY GEREKÇESİ

Anne ve babanın, haksız fiil sonucu (yetişkin) müşterek çocuklarının ölümü nedeniyle, destekten yoksun kalma tazminatı (maddi tazminat) talep edebilme şartları konusunda, Yargıtay 21.Hukuk Dairesi ile diğer Yargıtay Dairelerinin kararları arasında aykırılık bulunduğunu ileri sürerek, bu aykırılığın içtihatların birleştirilmesi yoluyla giderilmesi istenmiştir.

Yargıtay Dairelerinden 4. 11. 13. 17. Hukuk Dairesinin kararları, dava açan ana-babaya Sosyal Güvenlik Kurumunca gelir bağlanma şartı aranmayacağı, ana-babanın varlıklı olmasının destek tazminatı istemelerine engel teşkil etmeyeceği gerekçesine dayanmaktadır.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi iş kazaları veya meslek hastalıkları sonucu ölüm nedeniyle hak sahiplerinin açtığı tazminat davalarına bakmakla görevli olduğundan Türk Borçlar Kanununun 55. maddesi uyarınca Sosyal Güvenlik Kurumunun bağlayacağı peşin sermaye değerini düşmek zorundadır. Sosyal güvenlik mevzuatına göre de asgari ücretin üzerinde geliri bulunan ana babaya gelir bağlanmamaktadır. (5510 sayılı Kanununun madde 34/1-d (Değişik: 17/4/2008-5754/21 md.) Dosya içerisine giren bilgi ve belgelerden ana ve babanın gelirleri bulunduğu anlaşılmakta ve destek ihtiyacının bulunmadığı karine olarak kabul edilmektedir. Karinenin aksi davacı ana ve baba tarafından ispat edilmelidir.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi dışındaki dairelerin, görevine giren konular itibarıyla ölüm sonucu gelir bağlanması söz konusu değildir. Bu nedenle taraflarca ileri sürülmedikçe ana babanın gelirlerinin bulunması, dolayısıyla bakım ihtiyaçlarının bulunmadığı davalı tarafça kanıtlanmalıdır.

İş kazaları ve meslek hastalığı nedeniyle ölen sigortalı işçinin desteğinden yoksun kalan anne ve babanın açtığı destekten yoksun kalma tazminatı uyuşmazlıklarına bakan Yargıtay 21.Hukuk Dairesinin, destekten yoksun kalan anne ve baba sigortalı bir işte çalışıyorsa ya da sigorta emeklisi iseler, SGK onlara gelir bağlamadığı için, destekten yoksun kalma tazminatı (maddi tazminat) isteyemeyecekleri yönünde kararlar verdiği; böylece, Borçlar Yasası'nın tanıdığı bir hakkı ortadan kaldırdığı Borçlar Yasası'nda düzenlenen zararlar ile Sosyal Güvenlik Yasalarının ilişkilendirilmesinin yanlış olduğu, böyle bir uygulamanın Borçlar Kanunu'ndaki haksız eylem sorumlularından tazminat isteme hakkına, Anayasa'nın eşitlik ilkesine ve insan haklarına aykırı olduğu ileri sürülmüşse de Dairelerin kararları arasındaki uyuşmazlık sadece Türk Borçlar Kanununun uygulanmasından doğmamaktadır. Davada ispat yükü ile ilgili uyuşmazlık bulunmaktadır.

İçtihatların birleştirilmesine karar verilmesi ispat yükünün davaların niteliği itibarıyla yer değiştirmesi nedeniyle öncelikle bu nedenle hatalı olmuştur.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 53 maddesi hükmüne göre; ölüm halinde uğranılan zararlar içinde ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar yer alır.

Türk Borçlar Kanununun 55. maddesine göre de "Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuki 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 azaltılmaz.” Borçlar Kanunu tazminatın hesaplanacağından ve hakkaniyet düşüncesiyle arttırılmayacağı gibi azaltılmayacağını düzenlemektedir.

Ana baba zararını ölen çocuklarını bakım gücüne sahip olduğunu, kendilerinin de destek ihtiyacı olduğunu veya ileride destek ihtiyaçları olabileceğini ıspat etmelidirler. **Bakım gücünden anlaşılması gereken, bir kimsenin kendi ihtiyaçlarını karşıladıktan ve hayatın olağan akışı uyarınca geliri ile orantılı olarak bir miktar tasarruf yaptıktan sonra yardımda bulunacağı kimselere de pay ayırabilecek, bu kimselerin ihtiyaçlarını tamamen ya da kısmen karşılayabilecek maddi olanağa sahip bulunmasıdır.**¹

Yargıtay 21. hukuk Dairesi konusu itibarıyla işçinin ölü mü nedeniyle tazminat davalarına bakmaktadır. Farazi destek kavramı ölen işçinin fiili ekonomik durumu itibarıyla sözkonusu değildir. Fiili desteğin bulunması gereken durumlarda farazi destek kavramından hareket edilemez.

Kanunun gerekçesine göre de; Hâkimin, bu hâllerde 818 sayılı Borçlar Kanununun 43 (Tasarı m.51) ve Türk Medenî Kanununun 4 üncü maddeleri kapsamında takdir hakkı vardır. Düzenleme ile amaçlanan husus, yöntemince belirlenen tazminatın miktarı esas alınarak, azlığı yahut çokluğuna dayalı bir takdir hakkının bulunmadığı hususudur.

İçtihatların farazi destek kavramının ana ve baba yönünden kârîne olarak kabulü hakimin takdir hakkını da ortadan kaldıracak bir kabuldür

Karşı görüş sahipleri Türk Medeni Kanununun 322 maddesini de doğal destek konusunda dayanak yapmışlardır. Madde hükmüne göre”Ana, baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlüdürler.” Buradan anlaşılan yükümlülük çocuğun mane-

¹ Süzek, İş Hukuku, 368

vi yardımını tam kapsamakla beraber, maddi yardım görevinin yerine getirilebilmesi için bakım gücünün bulunması gerektiği gerçeğini ortadan kaldırmaz. Asgari ücretle çalışan evli ve 3 çocuklu bir işçinin, kendi gelirleri bulunan ana ve babaya yardım etmekle görevli olduğunu kabul etmek olanaklı değildir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi önceki kararlarında farklı uygulama yapmakta iken İçtihadı Birleştirme Kararı olmaksızın mevzuata uygun olmayan şekilde görüş değiştirmiştir. Örneğin; “Ana ve babanın mali durumlarının çok iyi olduğu, çocuklarına yardım ettikleri, şoför olarak kullandıkları arabayı ona sattıkları anlaşılmaktadır. Davacıların desteğe ihtiyacı bulunmamaktadır.” 4. HD, 8377/9577 E.K., 08.11.1976 T.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin kararı da kayını yöndedir. “Anne ve babanın ölenin maddi desteğinden yoksun kaldıklarını ispat etmeleri gerekir. Gösterdikleri şahitler babanın öğretmen emeklisi olduğu ve bir evinin bulunduğu söylemişlerdir. Sosyal durumları itibarıyla bir evi bulunan ve emekli maaşı olan kimsenin işçi olan çocuklu evladının desteğine ihtiyacı bulunup bulunmadığı, aldığı emekli maaşının neden ibaret olduğu da araştırılıp tespit edilmek suretiyle bir değerlendirmeye gidilmesi gerekir.” 9. HD, 829/6469 E.K., 22.06.1992 T.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 29.11.2007 tarih, 2007/13191 E.-2007/15103 K. sayılı kararında “Dava, trafik kazasından kaynaklanan desteğin ölümü nedeniyle tazminat istemine ilişkindir. Davacı, ölenin babası olarak, desteği oğlunun ölümünden dolayı destekten yoksun kalma tazminatı istemiştir.... Ölen, olay tarihinde 17 yaşındadır. (Genel yaşam deneyimleri ve hayatın olağan akışı yetişkin bir insanın anne ve babasına her halükarda ve belirli bir düzeyde destek olacağını gösterir. Bu desteğin miktarı tarafların yaşam düzeyi, sağlık, sosyal ve ekonomik durumları ile orantılı olarak değişebilir de çocuğun hiç destek olmayacağı kabul edilemez. Zira destek mutlaka para veya maddi katkı şeklinde olmayabilir. Bunun dışında çeşitli hizmet ve yardımlarla da destek olunabilir. Anne ve babanın varlıklı olmaları çocukların desteğine ihtiyaç duymadıkları veya ileride duymayacakları sonucunu da doğurmaz.) Tüm bu

nedenlerle **davacı baba çalışıp gelir elde ediyor olsa bile destek tazminatı verilmesi gerekir...**"

(4.Hukuk Dairesinin, 18.04.2002 tarih, 2002/757 E.-2002/5015 K.) "Dava, haksız eylem nedeniyle tazminat istemi-ne ilişkindir.

... Destek sayılabilmek için, yardımın eylemli olması ve ölümden sonra da düzenli bir biçimde devam edeceğinin anlaşılması yeterlidir. Desteğin yardımının yalnızca parasal nitelikte bulunması zorunlu değildir. Eylemli ve düzenli olarak yapılan hizmet edimleri de bir kimsenin destek sayılması için yeterlidir.

... kız evladı olan desteğin anne, baba olan davacılara muhtemel yaşamları boyunca para veya hizmet şeklinde destek olacağı kabulü ile hesaplamasının yapılması gerekir."

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi ölen sigortalı işçinin yakınlarının destekten yoksun kalma tazminatı ile ilgili davalara bakmakta ve ölen işçinin aylık geliri üzerinden eş ve çocuklara ve geliri bulunmayan ana ve babaya pay ayırarak sonuca gitmektedir. Fiili destek kavramının mevcut gelir durumuna göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Ölen sigortalının, asgari ücretle çalışan, ev kirası ödeyen ve eşi ve iki çocuğunun masraflarını karşılayan bir kişi olduğu durumda, fiilen ana ve babanın maddi durumlarının daha iyi olduğu düşünüldüğünde ne destek gücünden ne de destek ihtiyacından söz edilebilir. Olmayan bir desteğin varlığı kabul edilerek ana babaya bu gelirden pay ayrılması asıl zarar gören eş ve çocukların gerçek zararlarının karşılanmadığı bir durumu ortaya koyacaktır. Ölen sigortalının ana babasını bayramda ziyaret etmesi, gidip kömürünü taşıması, hastalığında yardıma koşması kazancından hesaplanabilir bir harcamayı gerektirmediğinden manevi zarar kavramı içinde değerlendirilebilir. Bu hususlara maddi bir değer ifade edilemez. Hesap nasıl yapılacaktır. Borçlar Kanunu hesap yapılmasını öngörmektedir. Ölen sigortalının kazancı dışında ayrı bir hesaplama yapılması sözkonusu olamaz.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin **06.04.2004 Tarih, 2003/10947 E.-2004/3517 K.**) “Davaya konu olayda davacı babanın işveren olup, Bağ-kur’lu olduğundan SSK’ca gelir bağlanmamıştır. Mahkemece yapılan sosyal durum araştırmalarında Silivri’de iki katlı 180 m2 yazlık evinin olduğu babanın emekli aylığı aldığı, Üsküdar’da anne üzerine bir daire olup orada oturdukları, ayrıca G sokakta 4 daire 3 dükkandan oluşan bina sahibi oldukları, babanın üzerine kayıtlı 50 Milyon TL kira gelirinین olduğu tespit edilmiştir.

Hal böyle olunca, **hak sahibi anne ve babanın zengin mal varlığı sahibi olduğu, ayrıca babanın iş sahibi olup, Bağ-kur emeklisi olduğu anlaşıldığından zararlandırıcı sigorta olayı sonucu yasanın aradığı şartlarda bekar ölen çocuğun bakımına muhtaç olmadıkları, sadece 2 ay çalışarak ölen çocuklarının sağlığında anne babasına sürekli ve düzenli olarak bakmadığı, esasen bakım gücünün de olmadığı anlaşıldığından, hak sahiplerinin destekten yoksun kalma tazminatı isteme hakkına sahip olmadıkları açık-seçik anlaşılmaktadır.”**

Karar son derece isabetli gerekçelere dayanmaktadır. Eylemleri duruma uygun olarak bakım gücünün olmadığı da açıklanmıştır.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi ispat yükü bakımından değerlendirme yaparak son dönem kararlarında “*davacı anne ve baba ölenin desteğinde olduklarını ispat edememişler ise davacı anne ve babanın maddi tazminat isteminin reddine karar vermek, başvuru üzerine Kurumca davacı anne ve babaya gelir bağlanmış veya açılan tespit davası kabul edilmiş ve kesinleşmiş ise davacı anne ve babanın maddi zararlarını hesaplatarak Kurumca davacı anne ve babaya bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerlerinin rücu edilebilecek kısımlarının maddi tazminat miktarlarından tenzil ederek çıkacak sonuca göre kazanılmış hakların da gözetilmesi gerektiğini”* vurgulamıştır.

TBK.’nun 50.maddesinde; zararın ve kusurun ispatı hususu düzenlenmiştir. Zarar veren zararı ispatlamakla yükümlüdür.

Birinci fıkrasına göre zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.

İçtihadı Birleştirme Kararı ile Türk Borçlar Kanununun 50. maddesi ortadan kaldırılamaz. Borçlar Kanununun açık hükmü karşısında içtihadı birleştirme kararı bir anlam taşımayacaktır. Kanunun açıkça düzenlediği hususlarda aksine hüküm getiren içtihadı birleştirme kararı yok hükmünde olacaktır. Zarar gören zararını ispat etmek zorundadır. Ana ve baba kendi gelirleri varsa düzenli ve sürekli desteği ispat etmek zorundadır.

Zarar, kural olarak haksız fiilin işlendiği andaki durum göz önünde tutularak belirlenir. Bu bakımdan eylemli desteğin bulunması gereken durumlarda farazi destek kabul edilemez.

Bakım ihtiyacı ile çocuğun bakım gücüne sahip olması, anne babanın sosyoekonomik durumu, mesleği, yaşı ve sağlık durumları, çocukların sayısı, vasıfları, karakteri, çalışma isteği, yaşı ve sağlığı, yetenekleri, alacağı eğitim, gelir elde etme olasılığı, yerel adetler gibi çok sayıda ve kesin olmayan etkene bağlı olacaktır.² Bu konuda varsayımlara dayanılmasının gerekmesi, örneğin özellikle ölen çocuk çok küçükse, İsviçre Federal Mahkemesini destekten yoksun kalma tazminatı konusunda çekinceli davranmaya ve bu sebeple, destekten yoksun kalma tazminatı talebini reddetmeye, bunun yerine manevi tazminat miktarını daha yüksek olarak takdir etmeye sevk etmiştir.³ Hatta İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, hayat tecrübelerinin genel olarak çocuğun ana babaya yapacağı yardımın ne devamlı ne de pek genel bir hadise olduğunu gösterdiğinden bahisle, tazminat talebini reddetmiş, fakat önemli bir manevi tazminata karar verilmiştir⁴.

Bakım ihtiyacının sonradan ortaya çıkabileceği görüşüne göre; **Ana-babanın varlıklı olması, destekten yoksun kalma**

² Zen-Ruffinen, s. 36.

³ Tandoğan, s. 303;

⁴ Tekinay, *Destekten Yoksun Kalma*, sf.31

tazminatı istemine engel teşkil etmez; çünkü bu durumun ileride de sürüp sürmeyeceği belli değildir. Ancak; Ana veya babanın ileride destek ihtiyacının bulunması ihtimali tazminata hak vermez. Ana- babanın ileride çocuklarından destek görebileceğine dair beklentileri de somutlaştırılmadıkça destek ihtiyacını kanıtlıyor sayılmaz..

Nitekim *Tekinay'a* göre, bir kimsenin ileride ihtiyaç halinde yardım göreceğini umması, yani "ümit kaybı" tazminata hak vermez. Yazara göre, küçük yaşta ölen bir çocuk, "yardım nafakası vermekle yükümlü olduğu ana ve babasına öldüğü sırada fiilen yardım etmemekte ise, ana ve babanın destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilmesi için, ileride TMK m. 364 anlamında "yoksulluk" durumuna düşecek olmalarını ispat etmeleri aranmalıdır. Çünkü yazara göre, TBK m. 53, f. 1, b. 3'te öngörülen destek yoksun kalma zararı, esas olarak fiili (gerçek) desteklik ilişkisi temeline dayanmaktadır. Tekinay'ın görüşüne göre, fiilen yardımın yapılmadığı bir halde, davacı ana ve babadan ileride yoksulluğa düşecek olmalarını ispatlamaları istenmeyip, sadece genel bir "ihtiyaç" kriteri ile yetinilecek olursa, bu anne ve babanın "çocuğundan istemek hakkına sahip olmadığı bir yardımı haksız fiil sorumlusunun sırtından sağlamasına imkan verilmiş olacaktır.⁵

Eylemli desteğin bulunmaması halinde, ana ve babaya ayrılan pay eş ve çocukların bulunması halinde gerçekten destekten eylemli olarak yararlanan eş ve çocukların paylarında azalmaya yol açacaktır.

Destekten yoksun kaldığını iddia eden, hakkının doğumu için gereken şartları ispat etmelidir. Bu sebeple, destekten yoksun kalma tazminatının talep edildiği bir davada destek ilişkisinin mevcudiyeti ve zararın varlığı, yani destekten yoksun kaldığı ispatlanmalıdır. Çünkü zararın ispatı, zarar görene düşer (TBK m. 50, f. 1).⁶ Ayrıca davacılar, bakım ihtiyacı-

⁵ Tekinay, *Destekten Yoksun Kalma*, s51-52; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, *Tekinay Borçlar*, s.631

⁶ Tekinay, *Destekten Yoksun Kalma*, s.30; Gökyayla, s.232; Zen-

ını da ispat etmelidir.⁷ Nitekim, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 18.2.1967 tarih ve 11870/1389 sayılı kararına göre: “Yoksun kalma tazminatına hükmedebilmek için,ölüm nedeniyle ileride yoksun kalınacağıının ve ölenin de bakım gücüne sahip olacağıının ispatı gerekir.”⁸

Yine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 29.9.1942 tarih ve 1933/2339 sayılı kararma göre: “müteveffanın yardımına muhtaç olup olmadığı hususunda davacı vekilinden beyyine talep olunmak ve müteveffanın yardımına muhtaç olduğunun sübutu halinde maddi zarar miktarı tespit ettirilmek” gerekir.⁹

Öncelikle destek ilişkisi ispat edilmelidir; çünkü destek ilişkisi yoksa, destekten yoksun kalma zararı da söz konusu olmaz.¹⁰ Davacılar, ölenin ölümü anına kadar kendilerine fiilen yardımda bulunduğunu yahut olayların olağan akışında böyle bir yardımı gelecekte yapacağıının beklenebileceğini ispat etmelidirler.¹¹ Nitekim, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 16.09.2003 tarih ve E. 2003/7075 K. 2003/6974 kararına göre: “Mevcut deliller uyarınca davacılar ölen çocuklarının kendilerine destek olduklarını kanıtlayamadıkları için destekten yoksunluk tazminatı alamazlar, maddi tazminat yönünden davanın reddi gerekir.” **Yine aynı dairenin 07.11.2017 tarihli, 2016/8180**

e.-2017/8970 K. sayılı kararında; davacı anne ve babanın ölenin desteğinde olduklarını ispat etmeleri gerektiği vurgulanmıştır.

Sonuç olarak; İçtihadı Birleştirme Kararı; açıkça Türk Borçlar Kanununun 50 maddesini ortadan kaldırmaktadır. Ana ve babanın destekten yoksun kalma nedeniyle bundan önce açtıkları ve devam eden ve bundan sonra açacakları maddi tazminat davalarının tamamının kabul edilmesi gerektiği yö-

Ruffinen, s.147

7 Gökyayla, s.240

8 Gürsoy, s.182

9 Tekinay, Destekten Yoksun Kalma, s.49

10 Gökyayla, s.232

11 Tekinay Borçlar, s.628

nünde bir sonuç doğuracaktır. Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin son dönem kararlarında Ana babaya Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından gelir bağlanmaması koşul olarak değerlendirilmektedir. Ana ve babanın karine olarak destek göreceklerrinin kabulü ise kendi gelirleri bulunduğundan bu delil karşısında ortadan kalkacaktır. Ana ve babanın bu durumda ıspat yükü altında olacakları da ortadadır. Zaten, desteğın olmadığı gibi olumsuz bir durumun davalı tarafından başka delillerle kanıtlanmasının beklenmesi hakkaniyete uygun değildir.

Gerçekte ortada içtihat farklılığı bulunduğundan değil içtihat zenginliğinden söz edilmek gerekirdi.

Yasal mevzuatta açıkça düzenlenen konuya ilişkin olduğundan, bu İçtihadı Birleştirme Kararı yok hükmünde olduğu gibi uygulamada bir değişikliği gerektirmeyecektir. Öte yandan görülmekte olan veya ileride açılacak tüm davaları kesin olarak belli bir şekilde sonuçlandırmayı amaçladığından açıkça hukuksuzdur.

Yukarıda açıklanan nedenlerle Sayın çoğunluk görüşüne katılamıyorum.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ İLAMI

Dosyadaki yazılara, kanuni gerektirici sebepler ile temyiz kapsamına ve nedenlerine göre, davalı T. E. vekilinin tüm, davacılar vekilinin ise aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine,

Dava, sigortalının iş kazası sonucunda vefatı nedeniyle hak sahibi anne ve babanın maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece davalı M. Sig. A.Ş. aleyhine açılan davanın, kusuru bulunmadığından reddine; diğer davalılar Y. İnşaat AŞ, T.E. ve A.A. yönünden davanın kısmen kabulüne ve davacı anne için 9.206,63TL maddi, 10.000,00 TL manevi, baba için ise maddi tazminat talebinin reddine ve 10.000,00 TL manevi tazminatın davalı Y. İnşaat AŞ, T. E. ve A. A.'tan müştereken

ve müteselsilen tahsiline, davacı babaya SGK tarafından gelir bağlanmamış olması nedeniyle maddi tazminat talebinin reddine karar verilmiştir.

Dosya kapsamına göre, 02/11/2006 tarihli olayın SGK Başkanlığı tarafından iş kazası olarak kabul edildiği, hak sahiplerinden davacı anne lehine iş kazası ölüm gelirinin bağlandığı, yargılama aşamasında alınan ve hükme esas sayılan kusur raporuna göre davalı Yamanlar AŞ'nin %17, davalı T. E. %2, davalı A. A.'ın %1, dava dışı şoför M. A.'in %50, davacılar murisinin ise %30 oranında kusurlu buldukları anlaşılmaktadır.

1 - Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun bozma kararından sonra kabul ettiği 22/06/2018 tarih 2016/5 E - 2018/6 sayılı kararında da belirtildiği üzere, ana ve/veya babanın çocuğunun haksız fiil ve veya akde aykırılık sonucu ölmesi nedeniyle açtığı destekten yoksun kalma tazminatı davalarında, destek ilişkisinin varlığının ispatı için SGK'dan gelir bağlanması şartının aranmayacağı, destekten yoksun kalma tazminatı davalarında çocukların ana ve/veya babaya destek olduklarının karine olarak kabulünün gerektiği açıktır.

Destekten yoksun kalma tazminatı; karar tarihinde yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 53. maddesinin 3. bendinde ve kaza tarihinde yürürlükte olan mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 45. maddesinin 2. bendinde düzenlenmiş olup, "Ölüm halinde ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıpların tazmini gerekmektedir". Bu maddeye göre, haksız fiilin doğrudan doğruya muhatabı olmayan, ancak bu haksız fiil nedeniyle ortaya çıkan ölüm olayından zarar gören ya da ileride zarar görmesi güçlü olasılık içinde bulunan kimselere tazminat hakkı tanınmıştır.

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 ölmeydi 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”.

Türk Borçlar Kanununun ilgili hükümlerinden anlaşıldığı üzere; destekten yoksun kalma tazminatının konusu, desteğin yitirilmesi nedeniyle yoksun kalınan yardımdır. Bu tazminatın amacı, ölüm olayı olmasaydı ölenin yardımda bulunduğu kimselere yardımda bulunmaya devam edeceğinin düşünülmesi ve ölüm olayının bu süreci kesmesi sonucu destekten yararlanan kimselerin uğradıkları zararın peşin ve toptan şekilde tazmin edilmesi, bu kimselerin ölüm olayından önceki durumlarına kavuşturulmasıdır. Eş deyişle amaç; destekten yoksun kalanların, desteğin ölümünden önceki yaşamlarındaki sosyal ve ekonomik durumlarının korunmasıdır.

Burada önemle üzerinde durulması gereken husus, sigortalının destek gücünün, ana ve babanın destek ihtiyacı ile beklenen destek şeklinin ve miktarının yaşam deneylerine uygun olması gereğidir.

Öte yandan; sigortalının iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle ölümü hâlinde ana ve/veya babaya ölüm geliri bağlanabilmesi için 5510 sayılı Kanunun 34/d maddesindeki koşulların gerçekleşmiş olması gerekir. Bu maddeye göre; “Hak sahibi eş ve çocuklardan artan hisse bulunması halinde her türlü kazanç ve irattan elde etmiş olduğu gelirinin asgari ücretin net tutarından daha az olması ve diğer çocuklarından hak kazanılan gelir ve aylıklar hariç olmak üzere gelir ve/veya aylık bağlanmamış olması şartıyla ana ve babaya toplam % 25’i oranında; ana ve babanın 65 yaşın üstünde olması halinde ise artan hisseye bakılmaksızın yukarıdaki şartlarla toplam % 25’i, oranında aylık bağlanır”.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından iş kazası veya meslek hastalığı sonucu sigortalının ölümü nedeniyle gelir bağlanması halinde; yapılan ödemeler ve bağlanan gelirin Türk Borçlar Kanununun 55. maddesine göre Kurum tarafından rücu edilebilen kısmı belirlenen destekten yoksun kalma zararından indirilecektir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 50. maddesi hükmüne göre; “Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler”.

Türk Borçlar Kanununun 51. maddesine göre ise; “Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler”.

Ana ve babaya ölüm geliri bağlanıp bağlanmaması, destek ilişkisinin varlığı yönünden olmasa da tazminatın belirlenmesi noktasında dikkate alınmalıdır. Zira asgari ücretin altında geliri bulunan ve Sosyal Güvenlik Kurumunca gelir bağlanan ana ve/veya babanın destek ihtiyacının bulunduğu ve ölen sigortalının maddi destekte bulunduğu karine olarak kabulü gerektiği Dairemizin yerleşmiş görüşlerindedir.

Kurumca gelir bağlanmayan davacı ana ve babaya sigortalının fiili desteği kanıtlanmadan, sigortalının gelirinden bir bölümünün pay olarak ayrılacağı kabulü, ölenin desteğinden fiilen yararlanan eş ve çocukların destek zararlarının karşılanmaması sonucunu doğurur.

Bakım gücü-bakım ihtiyacı; bu konuda önemli olan, kimlerin yardımcı, kimlerin yardım gören olabilmeye elverişli oldukları değildir; somut olaylar ve belirli kişiler bakımından geleceğe uzanacak ve gelecekte dahi mümkün olabilecek biçimde kimlerin gerçekten yardımcı, kimlerin yardım gören olduklarıdır. Yardımcı (=destek) kavramı, bakım gücünü; yardım gören kavramı ise bakım ihtiyacını gerektirdiğinden, şayet bakım gücü

yoksa destekten; bakım ihtiyacı mevcut değilse, yardım görenden söz edilemez. Bundan başka aradaki sıkı ilişki dolayısıyla birinin yokluğu durumunda diğerinin varlığı da düşünülemez. Bu yönden, destekten yoksun kalma davasında davalı taraf, bakım gücü ve bakım ihtiyacının olayda var olmadığını savunabilir. Tazmin alacaklısı sıfatıyla dava açmış olan davacı, yaşam deneyimleri ve olayların olağan yürüyüşü nedeniyle ispat yükünün yer değiştirmesi durumu söz konusu bulunmadıkça bakım gücünü ve bakım ihtiyacını ispat zorundadır (Mustafa Çenberci, İş Kanunu Şerhi-1978 Ankara, shf 846 ve devamı).

Bu durumda; destekten yoksun kalınan zararın belirlenmesinde, ölen sigortalının elde ettiği gelirin miktarına göre destek gücünün kapsamının ne olduğu, sürekli ve düzenli destek olup olmadığı ve davacıların destek ihtiyacının bulunup bulunmadığı varsa bu ihtiyacın ne şekilde karşılandığının dikkate alınması gerekir.

İçtihadı Birleştirme Kararında söz edildiği gibi, bakma kavramı; "Para ve para ile ölçülebilecek bir değer olabileceği gibi bir hizmet ifası ve yahut benzeri yardımlar şeklinde olabilir. Bu nedenle, desteğin yardımının yalnızca parasal nitelikte olması bakım gücünün varlığı için koşul değildir". Ancak aksi kanıtlanmadıkça, sigortalının ileride yapacağı farazi desteklerden olan; ana ve babasının bakım ihtiyacı ileride gerçekleşirse bakım ihtiyacını gidermek, bazen ziyaret etmek, evlerinde yardım etmek, kendilerine alışveriş yapmak, yemek yapmak vs. gibi destekler hesaplanabilir nitelikte değildir.

Somut olaya gelince; SGK'nun 29.03.2013 tarihli cevabi yazısından davacı baba E. A.'e iş kazası ölüm gelirinun bağlanmadığının bildirildiği anlaşılmaktadır. Türk Borçlar Kanununun 50. maddesi hükmüne göre; ölen sigortalının gelirinden sürekli destekte bulunduğu ileri sürülüp, Türk Borçlar Kanununun 55. maddesine göre maddi delillerle hesaplanabilir sürekli ve düzenli fiili bir desteğin varlığı da kanıtlanmamıştır.

Bu durumda; Mahkemece, farazi desteğin karine olduğu kabul edilerek, Türk Borçlar Kanununun 50. ve 51. Maddeleri

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

uyarınca, somut olayın özelliğine göre davacı anne ve babanın birbirlerine desteği ile varsa diğer çocuklarından alabilecekleri destek de dikkate alınarak davacı baba için hakkaniyete uygun makul bir maddi tazminata hükmedilmesi gerekirken Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararına aykırı olacak şekilde yazılı şekilde maddi tazminat isteminin reddine karar verilmesi isabetsiz olmuştur.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözardı edilerek yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

2-Temyizin kapsamı ve nedenleri dikkate alındığında, manevi tazminat miktarının takdirine ilişkin karar isabetlidir. Ancak dava dilekçesinde talep bulunmasına rağmen hükümde manevi tazminata yönelik faiz kararı kurulmaması hatalıdır.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözardı edilerek yazılı şekilde karar verilmesi usule ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözardı edilerek yazılı şekilde karar verilmesi usule ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacılar vekilinin bu yönlerle ilişkin temyiz itirazları kabul edilmelidir ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükümün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde davacılar iadesine, aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz edenlerden davalı T. E.'a yükletilmesine, (21.HD. 15/04/2019 gün ve 2018/2423-2019/2962)

VI-İŞ KAZALARI VE MESLEK HASTALIKLARINDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNDA UZLAŞTIRMA HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI

İş kazası ve meslek hastalığından doğan maddi ve manevi tazminat davalarında arabuluculuk yoluna başvurulamaz. Bu-

nun Yerine Ceza usul hukukunda yer alan uzlaşma müessesesi uygulama alanı bulur.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununa göre;

MADDE 3- (1) Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

(3) İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.

6325 sayılı Arabuluculuk Kanununa göre;

Dava şartı olarak arabuluculuk

MADDE 18/A- (Ek:6/12/2018-7155/23 md.)

(1) İlgili kanunlarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiş ise arabuluculuk sürecine aşağıdaki hükümler uygulanır.

(18) Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz.

A- Genel Olarak Ceza Yargılamasında Uzlaşma

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda, bazı suç tipleri için mağdur ile suç failinin (Şüphelinin) uzlaşması ile mağdurun zararlarının giderilmesi karşılığında suç faili lehine hükümler getirilmiştir. Uzlaşma ile ilgili bu hükümlerin, suç konusu olan iş kazaları ile ilgili maddi ve manevi tazminat davalarında nasıl etki edeceği, ne gibi sorunların ortaya çıkabileceği konusunu ayrıca incelemek gerekmektedir.

İş kazası, olayda şahsi kusuru bulunan gerçek kişi işveren veya 3. kişiler bakımından suç sayılabilir. Taksirle yaralama

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

suçu, Türk Ceza Kanununun 89. maddesinde düzenlenmiştir. Taksirle yaralamaya neden olma suçu, şikayete bağlı olsun veya olmasın uzlaşma hükümlerine tabidir. Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan uzlaşma hükümleri, iş kazasının aynı zamanda taksirle yaralama suçu oluşturması durumunda tazminat hukuku bakımından sonuçlar doğuracak niteliktedir.

Uzlaşma, Ceza Muhakemesi Usulü Kanununun 253,254 ve 255. maddelerinde düzenlenmiştir. Uzlaşma, ceza soruşturması ve kovuşturması veya bazı hallerde ceza yargılaması aşamasında yapılabilecektir.

Ceza soruşturması sırasında soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması ve kamu davası açılması için yeterli şüphenin bulunması hâlinde, dosya **uzlaştırma bürosuna** gönderilir. Büro tarafından görevlendirilen uzlaştırmacı, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Uzlaştırmacı, uzlaşma teklifini açıklamalı tebligat veya istina-be yoluyla da yapabilir.

Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren üç gün içinde kararını bildirmediği takdirde, teklifi reddetmiş sayılır.

Uzlaşma teklifinde bulunulması halinde, kişiye uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukukî sonuçları anlatılır.

Resmî mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma ya da başka bir nedenle mağdura, suçtan zarar görene, şüpheliye veya bunların kanunî temsilcisine ulaşılabilmesi halinde, uzlaştırma yoluna gidilmeksizin soruşturma sonuçlandırılır.

Birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir.

Örnek olarak trafik iş kazasında birden fazla işçi yaralanmışsa tüm işçiler kabul etmeden uzlaşma gerçekleşemez.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmesi, soruşturma konusu suçla ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel değildir.

Uzlaştırmacı, dosya içindeki belgelerin birer örneği kendisine verildikten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırır. Uzlaştırma bürosu bu süreyi **her defasında yirmi günü geçmemek üzere en fazla iki kez** daha uzatabilir.

Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma müzakerelerine şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanunî temsilci, müdafî ve vekil katılabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin kendisi veya kanunî temsilcisi ya da vekilinin müzakerelere katılmaktan imtina etmesi halinde, uzlaşmayı kabul etmemiş sayılır.

Uzlaştırmacı, müzakereler sırasında izlenmesi gereken yöntemle ilgili olarak Cumhuriyet savcısıyla görüşebilir;

Cumhuriyet savcısı, uzlaştırmacıya talimat verebilir. Uzlaşma müzakereleri sonunda uzlaştırmacı, bir rapor hazırlayarak kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte uzlaştırma bürosuna verir. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, tarafların imzalarını da içeren raporda, ne suretle uzlaşıldığı ayrıntılı olarak açıklanır.

Uzlaştırma bürosu soruşturma dosyasını, raporu ve varsa yazılı anlaşmayı Cumhuriyet savcısına gönderir.

Uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler.

Cumhuriyet savcısı, uzlaşmanın, tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirlerse raporu veya belgeyi mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında muhafaza eder.

Uzlaştırmamanın sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemez.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini defaten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzemesi halinde, 171. maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171. maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır.

Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır.

Burada Türk Borçlar Kanununun ibra hükümleri ile çelişki ortaya çıkmaktadır.

Şüphelinin, edimini yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu veya belgesi, 09.06.1932 tarihli ve **2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38. maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılır.**

Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz.

Uzlaştırmacıya Adalet Bakanlığı tarafından belirlenen tarife göre ücret ödenir. Uzlaştırmacı ücreti ve diğer uzlaştırma giderleri, yargılama giderlerinden sayılır. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde bu giderler Devlet Hazinesi tarafından karşılanır. Uzlaşma sonucunda verilecek kararlarla ilgili olarak, bu Kanunda öngörülen kanun yollarına başvurulabilir.

Her Cumhuriyet başsavcılığı bünyesinde uzlaştırma bürosu kurulur ve yeteri kadar Cumhuriyet savcısı ile personel görevlendirilir. Uzlaştırmacılar, avukatların veya hukuk öğrenimi görmüş kişilerin yer aldığı, Adalet Bakanlığı tarafından belir-

lenen uzlaştırmacı listelerinden görevlendirilir. Uzlaştırmacı, hazırladığı raporu, tutanakları ve varsa yazılı anlaşmayı büroya gönderir. Uzlaştırma süreci sonunda soruşturma dosyaları, uzlaştırma bürosunda görevli Cumhuriyet savcıları tarafından sonuçlandırılır.

Uzlaştırmacıların nitelikleri, eğitimi, sınavı, görev ve sorumlulukları, denetimi, eğitim verecek kişi, kurum ve kuruluşların nitelikleri ve denetimleri ile uzlaştırmacı sicili, uzlaştırmacılar ve eğitim kurumlarının listelerinin düzenlenmesi, Cumhuriyet başsavcılığı bünyesinde kurulan uzlaştırma bürolarının çalışma usul ve esasları, uzlaştırma teklifi ile müzakere usulü, uzlaştırma anlaşması ve raporda yer alacak konular ile uygulamaya dair diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar, Adalet Bakanlığınca çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.

C. Savcılığı aşamasında uzlaşma sağlanmışsa, CMK'nun 253. maddesine göre; "Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini defaten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksidde bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde, 171 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince ceza zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171. maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır."

Kamu davası açıldıktan sonra suçun uzlaşma kapsamında olduğu anlaşılırsa, mahkeme de yine aynı usule göre uzlaşma hükümlerini uygulayacaktır. Ancak, kovuşturma aşamasında C. Savcısı tarafından uzlaşma teklifi yapılmış ve taraflardan biri reddetmiş veya uzlaşma girişimi olumsuz sonuçlanmışsa, artık dava aşamasında ikinci defa uzlaşma teklifi mümkün değildir. Kamu davası açılıncaya kadar şüpheli ve mağdur kendi aralarında uzlaşmaya giderek C.Savcısına uzlaşma belgesi ibraz ettiklerinde de uzlaşma gerçekleşmiş olacaktır. Cumhuriyet savcısı, uzlaşmanın, tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirlerse, raporu veya

belgeyi mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında saklayacaktır.

Uzlaşmanın sağlanması halinde, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine **göre, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz. Açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır.** Şüphelinin, edimini yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu veya belgesi, 09.06.1932 tarihli 1194 ve 2004 sayılı İcra ve İflas Yasasının 38. maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılır.

Mahkeme önünde uzlaşma halinde ise, CMK: 254/2. maddesine göre “Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini defaten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksitli bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde; sanık hakkında, 231. maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Geri bırakma süresince ceza zamanaşımı işlemez. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231. maddenin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır”

Uzlaşma hükümleri, ceza yargılaması sırasında hukuki uyumsuzluğun da çözümünü amaçlamaktadır. Ceza tehdidi altındaki şüphelinin, suçtan zarar gören mağdur karşısında avantajlı bir konumu vardır. Başka bir bakış açısı ile, mağdur zaten hukuk davası ile tazmin ettirebileceği zararını neden uzlaşma ile alsın, suçlu cezasını çeksin denilebilir. Burada, mağdurun hukuk davası açmadan, bir an önce zararının giderilmesini sağlamak gibi bir avantajı vardır. Kaldı ki, bazen şüphelinin maddi durumu elverse bile tazmin sorumluluğunu yerine getirmemek için malvarlığını kaçırmaya söz konusu olabilir. Uzlaşmadan yararlanarak cezadan kurtulmak isteyen şüpheli, tazmin konusunda ekonomik olanaklarını zorlayacaktır. Bu yönü ile bakıldığında uzlaşma, mağdurun yararlanmak zorunda olmadığı ve ancak yararlanmak isterse ekonomik yönden hukuk davasına gerek kalmadan daha çabuk çözüme

giderek yararlanabileceği bir seçenek olarak ortaya çıkmaktadır. **Uzlaşmaya sadece şüpheli olan gerçek kişiler taraftır. Tarafların daveti üzerine diğer müteselsil sorumluların, örneğin tüzel kişi işverenlerin, sigorta şirketlerinin uzlaşmaya katılmalarının sağlaması durumunda zarar gören işçi uzlaşma ile haklarına kavuşma imkanı elde edebileceği gibi, diğer sorumlular da bir ibra sonucunu elde edebilecek ve uyuşmazlıklar hukuk yargılamasına konu olmayacaktır.** Alternatif çözüm yollarının genişletilmeye çalışıldığı bu dönemde yasal değişikliğin yapılması yerinde olacaktır. Öteyandan uygulamada uzlaştırma görevi yapanlar sadece ceza hukuku bakımından eğitilmişlerdir. Uzlaştırmacıların hukuk eğitimi almaması uzlaştırmaya bağlı hukuki sorunların ortaya çıkmasına neden olacaktır. Uzlaştırmacıların hukuki sonuçlar bakımından da eğitilmesi gerekmektedir.

B- İşgöremezlik nedeniyle maddi zararın giderilmesi için uzlaşma

İş kazasında, işveren gerçek kişi ise, iş kazasının meydana gelmesinde doğrudan sadece işverenin veya 3. kişinin şahsi kusurunun bulunması halinde, olay aynı zamanda taksirle yaralama suçunu oluşturacaktır. İşveren, ceza hukuku bakımından kusurunun varlığı halinde sorumludur. Hukuki olarak tazmin sorumluluğu, kendi kusuruna dayanan sorumluluk ilkesine dayanır. Çoğunlukla, soruşturma aşamasında iş kazası sonucu oluşacak sürekli işgöremezlik derecesinin derhal belirlenmesi de mümkün olmayacaktır. Uzlaşma olanağı ortaya çıktığında, taraflar zararı tam olarak tesbit edemez durumda olabilirler. Bu durumda, mağdur (sigortalı) ile işverenin maddi ve manevi tazminat miktarı konusunda uzlaşması sonucunda; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmayacağı ve açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılacağı hükmüne göre, mağdur sigortalı yeniden hukuk davası açamayacaktır. Ancak, uzlaşma belgesi içeriğinden salt maddi tazminat konusunda uzlaşmaya varılmışsa manevi tazminat davası açılabilir. Aksi durumda da, salt manevi tazminat için bir uzlaşma yapılmış

ise mağdurun maddi tazminat davası açma hakkının bulunduğu kabulü gerekir. Uzlaşma belgesinde zarar miktarı gösterilmekle birlikte maddi veya manevi zarardan söz edilmemiş ise ne olacaktır. Burada, aynen ibra sözleşmesinde olduğu gibi durumu taraflara açıklattırmak gerektiği düşünülebilir. Ancak, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 253/19 maddesinde uzlaşma sonrası, uzlaşmaya konu suç ile ilgili olarak tazminat davası açılmayacağına dair hükmünü, hem maddi hem de manevi tazminat olarak anlamak gerekir. Zira, Kanun koyucu burada tazminattan söz etmiş, maddi ve manevi tazminat ayırımına gitmemiştir.

Tazmin borcunun uzlaşma ile belirlenmesi ve belirlenen para borcunun ödenmesi, uzlaşmaya taraf olan sanık yönünden doğrudan kendi eyleminin sonucu olan borcun ifası anlamına gelecektir. Mağdur taraf uzlaşmada maddi ve manevi tazmin borcunun miktarını belirlemiş ve şüpheli de bu miktara razı olarak belirlenen borcu ödemişse ifa nedeniyle borç sona erer.

Sulh sözleşmesi ile uzlaşma karşılaştırılır ise, bilindiği gibi Sulh sözleşmesinin mevzuatta bir tanımı yer almamaktadır. Uygulamada, dava, sırasında dava taraflarının iradeleri ile anlaşarak uyuşmazlığa son vermeleri hali olarak kabul edilir. Uyuşmazlık, bu sözleşme ile son bulmaktadır. Sulh sözleşmesi, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasasının hükümlerine göre ceza davasında katılma ile tazminat talebi mümkün bulunmadığı göz önünde tutulduğunda, sadece hukuk mahkemelerinde açılan davalarda söz konusu olabilir. Uzlaşma ise, ceza soruşturması ve muhakemesi sırasında ceza mahkemesince uygulanabilecek bir müessesesidir. Uzlaşma, ceza hukukunun getirdiği bir kavramdır. Uzlaşma, ancak mağdur ile şüpheli arasında olabileceğinden ve aynı olaydan dolayı değişik hukuki nedenlerle sorumlu olanların bu uzlaşmaya katılmaları olanaklı olmadığından, Sulh sözleşmesine göre uygulama alanı daha dar olacaktır. Sulh sözleşmesi, hukuk davasında taraf olan tüm taraflar arasında söz konusu olabilir. Sulh sözleşmesi hukuki uyuşmazlığı tamamen sona erdirir.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, uzlaşmanın gerçekleşmesi durumunda tazminat davasının açılmayacağını ve açılmış hukuk davalarından feragat edilmesi sunucunun doğacağı hükmünü getirilmişse de, bu sonuç sadece şüpheli açısından mağduru bağlayıcıdır. Suça iştirak eden diğer şüpheliler veya dolaylı olarak kusursuz sorumluluğu bulunanlar bakımından doğrudan sonuç doğurması genel hukuk prensiplerine aykırıdır.

Aynı iş kazasında birden fazla işçi yaralanırsa, Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre uzlaşmanın ancak tüm mağdurların katılması ile gerçekleşmesi mümkündür. Yasanın mağdurların tek başına uzlaşma hakkını kullanmasını engellediği görülmektedir. Ancak, bu suç tipinde birden fazla kişinin taksirli suçla yaralanması tek suçu oluşturduğundan başka çıkış yolu da yoktur.

C- Uzlaşmanın diğer faillere ve müteselsil sorumlulara etkisi.

İş kazasında, bazen işverenin, bazen de işverenin diğer işçilerinin veya başka üçüncü kişilerin kusurlarından dolayı sorumlulukları veya bazılarının sadece hukuki sorumluluklarının bulunduğu durumlar olabilir. Bu gibi durumlarda, suç faillerinden olan işverenin, veya 3. kişilerin uzlaşmalarının, birbirlerini veya kusursuz sorumluluğu bulunan diğer kişileri veya müteselsil sorumluluğu olanları nasıl etkileyeceği ayrı ayrı incelenmelidir.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 255. maddesine göre; "Aralarında iştirak ilişkisi olsun veya olmasın birden çok kişi tarafından işlenen suçlarda, ancak uzlaşan kişi uzlaşmadan yararlanır". Bu durumda, birden fazla kişinin katıldığı taksirli bir yaralama olayında, (örneğin çok sanıklı Trafik İş kazasında) uzlaşmadan yararlanan kişi bakımından maddi tazminat davası açılmayacaktır. Ancak, Uzlaşmadan yararlanamayan diğer fail veya failer hakkında tazminat davasının açılmasına bir engel olmadığı ortadadır.

Uzlaşmadan yararlanan kişi mağdurun tüm zararını karşılamışsa, Borçlar Kanunu hükümlerine göre uzlaşmadan yararlanmayan diğer faile kusuru oranında rücu edebilecektir. Uzlaşma, sadece uzlaşma hükümlerinden yararlanan faili borçtan kurtardığından, burada rücu olanağının söz konusu olamayacağı düşünülebilir. Ancak, uzlaşma bir nevi kısmi ifayı da içeren ibraname niteliğinde veya tamamen ifa niteliğinde olabilir. Uzlaşma, gerektiğinde uzlaştırmacının katılımı ile yapılıyor ise de, taraflar uzlaştırmacının teklifi dışında bir miktar üzerinden de uzlaşmış olabilirler. Mağdur, taksirli eylemin faillerinden birisini maddi zararın tamamını karşılamaya zorlayarak uzlaşmaya razı olabilir. Alacaklı, (mağdur) uzlaşmada zararının tümünü istemek zorunda değildir. Alacaklı, failin sorumlu olduğu maddi tazminat miktarını isteyebilir. Uzlaşmada, uzlaşmaya konu borcun hemen ödenmesi mümkün olduğu gibi, ödeme zamanı bir takvime de bağlanabilir. Uzlaşmada, borcun ödenmesi bir takvime bağlanmışsa, ödemenin aksatılması durumunda, uzlaşma ceza hukuku bakımından gerçekleşmez. Tazminat hukuku bakımından uzlaşma tutanağındaki borç miktarı, uzlaşmada yer alan tarafları bağlar. Ancak, uzlaşan şüpheli, müteselsil sorumlu olması durumunda kendisi diğer borçluların durumunu ağırlaştırmayacağından diğer borçlular miktar bakımından bağlı değildir. Uzlaşma, ceza hukuku bakımından takvime bağlı ödemenin zamanında yapılmaması nedeniyle gerçekleşmemiş olsa da mağdur ve şüpheli bakımından bağlayıcıdır. Bu durumda, CMK 253/19. maddesinin mağdur tarafından tazminat davası açılmayacağı ve açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılacağına dair hükmü de geçerli olacaktır.

Müteselsil sorumlular yönünden, uzlaşma belgesinin içeriği önem taşıyacaktır. Uzlaşma belgesi, mağdur ile uzlaşan şüpheli açısından bir sulh sözleşmesi niteliindedir. Mağdur, uzlaşma sözleşmesi içeriğine göre tüm zararının tazmini yönünde hareket etmişse, diğer müteselsil sorumlular da borçtan kurtulurlar. Uzlaşma ile maddi zararın tümünden karşılandığı anlaşılıyorsa, uzlaşan ve uzlaşma bedelini ödeyen fail bu belgeye bağlı olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 168.

maddesine göre halef olarak rücu hakkını kullanabilir. Doğal olarak, uzlaşmada belirlenen maddi tazminat miktarı mağdurun zararından fazla ise, diğer fail veya failler ile bunlardan dolayı sorumlu olanlar yargılama ile belirlenecek gerçek zarar miktarı üzerinden kusurları oranında sorumlu tutulabilirler. Uzlaşma ile tüm zarar miktarından fazla bir tazminat ödenmesi halinde, uzlaşan fail yaptığı fazla ödemeye tek başına katlanmak zorundadır. Uzlaşma belgesi içeriğinden mağdurun tüm zararının karşılandığından söz edilmekle birlikte, maddi zararın bir kısmı karşılanıyorsa, uzlaşma ile ödemede bulunan fail diğer faille ancak kendi kusuruna isabet eden miktar dışında kalan fazla ödediği miktar üzerinden kusurları oranında rücu edebilecektir. Uzlaşma, kısmi ifa niteliğinde ise fail dışındaki müteselsil sorumlular da kısmen borçtan kurtulurlar. Bu nitelikteki bir uzlaşma, diğer failleri ve (Müteselsil borçluları) da 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 166/1. maddesi hükmüne göre borçtan kurtarır.

D- İbra uzlaşma çelişkisi

Türk borçlar Kanununun 420. maddesinde ibra düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre; “Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir.

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 noksansız 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 muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu hâlde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması zorunludur.

İkinci ve üçüncü fıkra hükümleri, destekten yoksun kalanlar ile işçinin diğer yakınlarının isteyebilecekleri dâhil, hizmet sözleşmesinden doğan bütün tazminat alacaklarına da uygulanır.”

Yukarıda anlatılan uzlaşma hükümleri ile Türk Borçlar Kanunundaki ibra hükümleri çelişmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu uzlaşma yolu ile bir ibra müessesesi oluşturmuştur. Böylece ibra hükümleri kısmen uygulama alanını yitirmektedir. İş kazaları bakımından bu çelişkiyi giderecek bir düzenlemenin yapılması gerekmektedir.

KKTC HUKUKU'NDA İDARENİN HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

*Doç. Dr. Şölen KÜLAHÇI**

Özet

İdarenin sorumluluğu hizmet kusuru, temelde bir kamu hukuku problemi olmasına rağmen KKTC'de, İngiliz Hukuku'nun da etkisiyle, konu haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu nedenle, idareye karşı açılan bu tür davalar adli dava niteliğinde olup Kaza Hukuk Mahkemelerinde görülmektedir. Nitekim, KKTC Anayasası da Yüksek İdare Mahkemesi'nin yetki alanına giren davalar arasında hizmet kusuru nedeniyle açılan davalara yer vermemiştir.

İdarenin hizmet kusuru nedeniyle açılan davalar, zararın meydana geldiği kamu kurum veya kuruluşunun bağlı olduğu Bakanlığa karşı, Haksız Filler Yasası m.13/1'de yer alan "işvereninin müstahdemin fiilerinden sorumluluğu" çerçevesinde açılmaktadır. Söz konusu hüküm, "bir işveren, müstahdeminin herhangi bir fiilinden, bu fiil yapılmasına yetki vermiş olacağı veya yapılmasını onaylayacağı bir fiil ise veya bu fiil müstahdeminin istihdam edilmekte olduğu sırada yapılmışsa sorumlu olur" şeklinde düzenlenmiştir.

Çalışmanın amacı, KKTC Hukuku'nda farklı bir şekilde düzenlenmiş olan konunun, tüm özellikleriyle anlatılması ve benzer uygulamaların yapıldığı İngiliz Hukuku ile Kıbrıs Rum Kesimindeki yasal düzenlemeler ve mahkeme kararlarıyla karşılaştırılmasıdır.

Anahtar kelimeler: İstihdam eden, müstahdem, KKTC, haksız fiil, tazminat

* Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

ABSTRACT

In spite of the way that the administration defect is for the most part an open law issue, it is surveyed in the TRNC, affected by British law, subject to the tort risk issue. For this reason, such cases against the administration are in the nature of judicial proceedings and appear in the Civil Court of Accidents. As a matter of fact, the Constitution of the TRNC also did not include a lawsuit filed due to a service fault among the cases that fall within the jurisdiction of the Supreme Administrative Court.

The lawsuits filed due to service malpractice are opened against the Ministry, where the public institution or organization to which the damage is caused depends, under the "Responsibility of the employer for the damages of the employees" in Article 13/1 of the Unfair Labor Law. The said provision is that "an employer is responsible for any act of the employee, if it is an act which will authorize the execution of this act or to approve the act, or if the act is made while the employee is employed".

The aim of the study is to compare the different aspects of the TRNC law with those of the British law and the legal regulations and court decisions in Cyprus.

Key words: *Employer, compensation, TRNC, tort, compensation*

KKTC HUKUKU'NDA İDARENİN HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

*Doç. Dr. Şölen KÜLAHÇI**

Giriş

İdarenin vermiş olduğu hizmet nedeniyle sorumluluğu, temelde bir kamu hukuku problemi olmasına rağmen, KKTC'de özel hukuk açısından değerlendirilmektedir. Bu açıdan, hizmetin görülmesi nedeniyle ortaya çıkan zararın meydana gelmesinde, hizmeti görenin kişisel kusurunun olup olmamasına bakılmaksızın böyle bir dava Fasıll 148 Haksız Fiiller Yasası'ndaki "işverenin müstahdemin fiilerinden sorumluluğu" hükümlerine göre görülmektedir. Bunun en büyük nedeni, KKTC Anayasası'nın Yüksek İdare Mahkemesi'nin yetki alanına giren davalar arasında, hizmet kusuru nedeniyle açılan davalara yer vermemiş olmasıdır.

Yüksek İdare Mahkemesi, hem tek derece mahkemesi hem de temyiz mercii olarak görev yapmaktadır¹. KKTC Anayasası Yüksek İdare Mahkemesi'nin görevlerini şu şekilde hükme bağlamıştır: "Mahkeme, yürütsel veya yönetsel bir yetki kullanan herhangi bir organ, makam veya kişinin bir kararının, işleminin veya ihmalinin, bu Anayasanın veya herhangi bir yasanın veya bunlara uygun olarak çıkarılan mevzuatın kurallarına aykırı olduğu veya bunların söz konusu organ veya makam veya kişiye verilen yetkiyi aşmak veya kötüye kullanmak suretiyle yapıldığı şikayeti ile kendisine yapılan başvuru hakkında, kesin karar vermek münhasır yargı yetkisine sahip-

* Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Yüksek Mahkeme, sekiz yargıçtan oluşmaktadır. Mahkeme, Yüce Divan, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Yüksek İdare Mahkemesi olarak görev yapmaktadır. Bu konuda bkz. Turhan, Turgut, Tarihsel Bakış Açısıyla Kıbrıs Türk Hukuk Sistemi, AÜHFD, Y. 2008, C. 57, S. 2, s. 280 vd.; Necatigil, Zaim, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Anyasa ve Yönetim Hukuku'nun Esasları, Lefkoşa, 2015, s. 7.

tir (m. 152 / 2)". Buna göre, Mahkeme'nin görevi idari işlemlerden doğan uyuşmazlıkları çözümlenektir. Nitekim, Yüksek İdare Mahkemesi de verdiği bir kararda görevlerini şöyle özetlemiştir: "Anayasa, yürütsel veya yönetsel bir yetki kullanan bir organ, makam veya kişinin bir kararı, işlemi veya ihmaldinden yakınma olunması halinde bu tür yakınmaların yargı mercii münhasıran Yüksek İdare Mahkemesi olarak belirlemiştir. Anayasamız bu gibi işlemlerden doğan yakınmalar için Yüksek İdare Mahkemesi dışında başka herhangi bir mahkeme tanımamıştır. Sözü edilen karar veya işlem veya ihmal sonucu bir tazminat hakkı doğmuşsa Anayasanın 118. maddesinin (4). fıkrası uyarınca kati bir netice alındıktan sonra aynı maddenin (6). fıkrası uyarınca "tam ve muhik bir tazminat" için Kaza Mahkemesine başvurulabilir"². Burada, Anayasanın 118. maddesi anlamındaki "ihmalin" yürütsel veya yönetsel yetki kullanan bir makamın veya organın veya kişinin kanunen yapması gerekli işlemleri bu konuda herhangi bir karar almaya gerek duymadan yapmama anlamına gelmektedir³.

Öte yandan, idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan davalara Kaza Hukuk Mahkemeleri tarafından bakılmaktadır. Kaza Hukuk Mahkemeleri, hukuk davalarında bir davaya ilk derece mahkemesi olarak bakmak ve davayı karara bağlamak yetkisine haizdir (09-1976 Mahkemeler Yasası m. 25). Bu durum, 657 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce Türk Hukuku'ndaki durumu anımsatmaktadır. Nitekim, Türk Hukuku'nda 657 sayılı Devlet Memurları Hakkındaki Kanun'un yürürlüğe girmesine kadar idarenin, müstahdemin fiilinden dolayı özel hukuk kurallarına göre sorumluluğunun tespit edilip edilemeyeceğine ilişkin olarak doktrinde fikir ayrılıkları ortaya çıkmıştır⁴. Bazı yazarlar, kamu personeli kamu gücünün taşıyıcısı olarak hareket etsin ya da etmesin bunların görevleri sırasında verdikleri zararlardan dolayı, Devletin iş-

² 28-80 sayılı Yüksek Mahkeme kararı için bkz. www.mahkemeler.net

³ 12/1985 sayılı Yüksek Mahkeme kararı için bkz. www.mahkemeler.net

⁴ Bu konuda bkz. Bu konuda bkz. Tandoğan, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1981, s. 115.

veren sıfatıyla sorumlu tutlabileceğini savunmuşlardı⁵. Bu görüşe karşı çıkanlar ise, hizmet kusuru sebebiyle idare aleyhine işverenin sorumluluğu nedeniyle dava açılmayacağını savunmaktaydı⁶. 657 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra ise hizmet kusuru nedeniyle idare aleyhine, istihadam edenin sorumluluğuna göre dava açılmayacağı kabul edilmiştir. Öte yandan, İngiliz Hukuku'nda da idarenin, haksız fiil sorumluluğundan dolayı hukuk mahkemelerinde dava edilebilmesini kabul edilmektedir⁷. İngiliz mahkemeleri böyle bir durumda, mağdurun haksız fiil iddiasının dinlenmesinin adil ve makul olduğunu çeşitli kararlarında vurgulamıştır⁸.

Haksız fiil sorumluluğu, Fası 148 Haksız Fiiller Yasası'nda düzenlenmiştir. Yasanın kapsamı madde 3/1'de belirlenmiştir. İlgili hüküm şöyledir: "bu Yasada bundan sonra ele alınan konular haksız fiil sayılır ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti toprakları içinde veya deniz sularının çekilmiş haldeyken, bıraktığı en alçak su izinden ölçülmek üzere, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti sahillerinden üç millik bir mesafeye kadar uzanan deniz sahası içinde yapılan bir haksız fiil nedeniyle zarara uğrayan herhangi bir kişi, bu Yasa kurallarına bağlı olarak, haksız fiil işleyen veya haksız fiilden sorumlu olan kişiden, Mahkemenin bahşetmeye yetkili olduğu mağduriyetini giderici çareler elde etme hakkına sahiptir". Bu çerçevede, zarar ister özel hukuk isterse kamu hukuk tüzel kişisi tarafından verilsin haksız fiil olarak değerlendirilmektedir.

KKTC'de yerleşik içtihatlarla göre, idarenin müstahdemin verdiği zarardan sorumluluğu, Haksız Fiiller Yasası'nda "işverenin müstahdeminin fiillerinden sorumluluğu" başlığı altında düzenlenen m. 13/1 hükmüne göre belirlenmektedir:

⁵ Tandoğan, s. 115.

⁶ Tandoğan, s. 115.

⁷ Leyland, Peter / Anthony, Gordon, Administrative Law, UK, 2012, s. 470.

⁸ Bu konuda bkz. Cassidy v. Ministry of Health davası için bkz. Stauch, Marc / Wheat, Kay / Tingle, John, Medical, Law, New York, 2007, s. 280; Hughes v. Lord Advocate davası için bkz. Leyland/Gordon, s. 470; Kent v. Griffiths davası için bkz. Stauch, Marc / Wheat, Kay, Text, Cases and Materials on Medical Law and Ethics, New York, 2005, s. 248.

“Bir işveren, müstahdeminin herhangi bir fiilinden, bu fiil yapılmasına yetki vermiş olacağı veya yapılmasını onaylayacağı bir fiil ise veya bu fiil müstahdemin istihdam edilmekte olduğu sırada yapılmışsa sorumlu olur” (m. 13/1). Söz konusu hüküm, kural olarak, özel hukuk ilişkileri nedeniyle ortaya çıkan zararların tazminini sağlamaktadır. Ancak, uygulamada kamu hizmetinin görülmesinden kaynaklanan zararların tazmini amacıyla bu hükmün kullanıldığı tespit edilmiştir. Özellikle, kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında verilen sağlık hizmetinden dolayı ortaya çıkan zararların tazmininde Mahkemelerin Haksız Fiiller Yasası m.13/1 çerçevesinde konuyu değerlendirdikleri görülmektedir⁹. Burada İngiliz Hukuku’ndan gelen bir alışkanlıkla sağlık hizmetlerinin bir sağlık kurum ve kuruluşundan alınması halinde bu kurumun özel ya da kamu kurumu olmasına bakılmaksızın ortaya çıkan zararın Haksız Filler Yasası m.13/’e göre değerlendirilmektedir¹⁰.

Tüm bu anlatılanlar ışığında, İdarenin müstahdemin fiilinden kaynaklanan zararlardan dolayı sorumluluğu temelinde aleyhine açılan davalar bakımından konunun sadece KKTC Hukuku açısından ele alınacaktır. Bu çerçevede, KKTC Mahkemelerinin verdiği kararlar, benzer hukuk sisteminin uygulandığı Kıbrıs Rum Kesimi ve İngiliz Hukuk Sistemleri de dikkate alınarak ele alınacaktır.

İdarenin Sorumluluğunun Şartları

İdarenin işveren sıfatıyla sorumluluğu, işverenin özen yükümlülüğüne aykırı davranması sonucuna bağlanan bir kusursuz sorumluluk halidir. İşveren, müstahdemin hizmetin görülmesiyle ilgili olarak verdiği zarardan kusuru olmasa dahi sorumludur¹¹. Burada sorumluluğun doğması için işve-

⁹ Bu konuda bkz. Külahçı, Şölen, KKTC Sağlık Hukuku, İstanbul, 2016, s. 58 vd.; Gürler, Emir Ali, KKTC Hukuku’nda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, İstanbul, 2017, s. 48 vd.

¹⁰ Külahçı, s. 58.

¹¹ Dichter,Mark; Turnbull, Kenneth; Howse, Matthew; Zelek, Mark, Labour & Employment, UK, 2011, s.65; Horsey, Kirsty/Rackley, Erika, Tort Law, UK, 2009, s. 325.

renin kusuru aranmamaktadır¹². Yasada belirlenen koşulların gerçekleşmesi yeterlidir. İngiliz Hukuku'ndaki hakim görüşüne göre işverene objektif sorumluluk yüklenmesinin sebebi, işçinin yapmış olduğu işten en çok menfaat temin edenin işveren olması ve işçinin işin görülmesi sırasında üçüncü kişilere vermiş olduğu zararın tazmininin işçiden beklenmesinin, işçinin ekonomik durumunun işverene kıyasla kötü olması nedeniyle faydasız olması sebebine dayanmaktadır¹³. Bu çerçevede, işverenin müstahdemden fiilinden sorumluluğu şu esaslara dayanmaktadır:

İdare ile Müstahdem Arasında Bir Organik Bir Bağın Bulunması

Yasaya göre işveren, "başka bir kişi ile ilgili olarak, kendisi için bu başka kişinin yaptığı işin yapılış tarzını tam kontrolü altında bulunduran kişiyi" anlatır (m. 2/2). Yani, işveren emir ve talimatı altında insan çalıştıran kişiyi ifade eder. Tanımdan çıkarılan sonuca göre, işverenin müstahdemden fiilinden sorumlu olabilmesinin ilk şartı, işveren ile müstahdem arasında bir hizmet ilişkisi olmasa da aralarında hiyerarşik bir ilişkinin, organik bir bağın bulunmasıdır¹⁴. Buna göre, müstahdem işverenin emir ve talimatı altında çalışması gerekmektedir¹⁵. İngiliz Hukuku'nda, müstahdem işverenin emir ve talimatı altında çalışıp çalışmadığının tespiti açısından "*control and integration test*"¹⁶ olarak isimlendirilen bir kural kullanılmaktadır. Buna göre işveren, müstahdem işi yapmaya ehil olup olmadığını ve işi nasıl yaptığını kontrol ediyorsa ve yapılan iş, işverenin işinin önemli bir kısmını oluşturuyorsa işveren ile işçi arasında hiyerarşik bir bağ olduğu kabul edilmektedir¹⁷. Öte yandan,

¹² Horsey / Rackley, s. 325.

¹³ Horsey / Rackley, s. 326; Elliott, Catherine / Quinn, Frances, Tort Law, UK, 2007, s. 361-362.

¹⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 74; Horsey / Rackley, s.329; Elliott / Quinn, s. 350.

¹⁵ Nomer, Haluk, Borçlar Hukuku, İstanbul, 2012, s. 129; Kocayusufpaşaoğlu, s. 74; Horsey / Rackley, s. 329.

¹⁶ Bu konuda bkz. Stephenson Jordan & Harrison Ltd. v. McDonall Evans (1952) davası için Horsey / Rackley, s. 329.

¹⁷ Horsey / Rackley, s.329; Elliott/Quinn, s. 352.

bir kurumda dışarıdan hizmet alımlarının yapıldığı durumlarda “*control and integration test*”e ek olarak işçinin ücretinin kim tarafından ödendiğinin de tespiti gerekmektedir¹⁸. Zira, *control and integration test* tek başına sorumluluğun tespitinde yeterli olmayabilir. Bu durumda, kendisinden hizmet alımı yapılan işverenin işçilerinin sebep olduğu bir zarar bu işveren tarafından tazmin edilecektir¹⁹.

Müstahdemle işveren arasındaki bu ilişki, çoğu zaman bir hizmet sözleşmesine dayanmaktadır²⁰. Ancak, hizmet sözleşmesinin varlığı şart değildir²¹. Bu nedenle, işverenin sorumluluğu bakımından hizmet sözleşmesinin geçerli olup olmaması ya da müstahdemin hizmeti karşısında bir ücret alması da önemli değildir²². Önemli olan, müstahdemin yapmış olduğu fiilin işverenle arasındaki tabiiyet ilişkisi nedeniyle yapılmış olmasıdır.

Burada dikkat edilmesi gereken bir başka husus ise, borcun ifasının taraflar arasında mevcut bir sözleşme nedeniyle ifa yardımcısına bırakıldığı durumlarda bir zararın meydana gelmesi halinde ortaya çıkan sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumluluk ile işverenin sorumluluğunun karıştırılmamasıdır²³. Taraflar arasında bir sözleşmenin bulunduğu ve bu sözleşmeden doğan bir borcun ifası veya bir hakkın kullanılmasının ifa yardımcısına bırakıldığı hallerde ortaya çıkan zararlardan sorumluluk sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre belirlenir²⁴. Yani burada, işverenin sorumluluğu hükümlerine dayanılmaz. Esas itibarıyla, sözleşmeye aykırılık ile işverenin sorumluluğu arasındaki en büyük fark işverenin sorumluluğunda ortaya çı-

¹⁸ Horsey / Rackley, s.330.

¹⁹ Elliott/Quinn, s. 352.

²⁰ Nomer, 129; Horsey / Rackley, s.329.

²¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 74.

²² Nomer, 129.

²³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 74, Şenocak, Zarife, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara, 1995, s. 135.

²⁴ Kocayusufpaşaoğlu, 75.

kan zararın sözleşme dışı bir mutlak hak ihlali oluşturmasıdır²⁵. Öte yandan, ifa yardımcısının verdiği zarar hem sözleşmeye aykırılık hem de mutlak hak ihali oluşturuyorsa bu durumda iki sorumluluk türünün yarışması söz konusu olur. Yani mağdur, sözleşmeye aykırılık ya da işverenin sorumluluğu esaslarından birine başvurabilir. Dolayısıyla, zarar gören kişi her iki sorumluluktan birine başvurabilecektir. Türk Hukuku'na göre birden fazla sorumluluk halinin yarıştığı durumlarda hakimin, zarar gören farklı bir talepte bulunmadıkça ya da kanunda başka türlü hüküm verilmedikçe zarar görenin en fazla tazminat alabileceği esasın uygulanması gerekmektedir²⁶. KKTC Hukuku'nda konu ile ilgili bir düzenleme ve mahkeme kararı bulunmamaktadır.

İdarenin, işveren sıfatıyla sorumluluğuna ilişkin en sık görülen olaylar kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında verilen sağlık hizmetleri sonucunda ortaya çıkan zararlarla ilgilidir. KKTC Hukuku'nda bir kamu sağlık kurumuna bağlı olarak çalışan hekim ile diğer sağlık personelinin sağlık hizmetlerinin görülmesinden dolayı sebep oldukları zararlara karşı açılan davalarda Haksız Fiiller Yasası m. 13 uygulanmaktadır. Söz konusu davalar, Sağlık Bakanlığına karşı zararın meydana geldiği Kaza Hukuk Mahkemesi'nde açılmaktadır. Nitekim Yüksek Mahkeme de, "yasal olarak teşhis, tedavi ve rehabilitasyon konusunda gerekli düzenlemeleri yapmak, tedbir almak, hastalara şifa dağıtmakla yükümlü bir hastahanenin ve sağlığı yöneten İdarenin yasal yükümlülüğü olduğuna göre, hastaların sağlığı ile ilgili öngörülebilir bir risk karşısında ne yapılacağına açıklıkla belirlenmemesinin, tedbir alınmamasının veya hastalara karşı dikkatli olma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin sonucuna katlanmak, ihmâl hukukunun kaçınılmaz sonucudur. Meselenin bu çerçevede incelenmesi gerekmektedir²⁷" şeklindeki kararıyla gerekli önlemlerin alın-

²⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 76.

²⁶ Öz, Turgut, Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler, İstanbul, 2012, s. 11.

²⁷ Yüksek Mahkemenin 21/2015 sayılı kararı için bkz. www.mahkemeler.net.

mamasından dolayı idareni işverenin sorumluluğuna göre sorumlu tutulduğu ortaya çıkmaktadır.

Zararın Hizmetin İfası Sırasında Hizmetle İlgili Olarak Meydana Gelmesi

İstihdam edenin sorumluluğuna dayanılarak açılan davalarda ikinci koşul, zararın hizmetin ifası sırasında hizmetle ilgili olarak meydana gelmesidir. Yani, zararın hizmetin görülmesi sırasında meydana gelmiş olması ve zararın meydana gelmesinde failin hizmet kusurundan ayrılabilen kişisel kast ve kusurunun bulunmaması gerekmektedir²⁸. Aksi takdirde, failin kişisel sorumluluğu doğacağından artık dava idare aleyhine değil fail aleyhine açılacaktır.

Yasa bu durumu şöyle düzenlemiştir: “Bir işveren, müstahdeminin herhangi bir fiilinden aşağıdaki hallerde sorumlu olur: Bu fiil yapılmasına yetki vermiş olacağı veya yapılmasını onaylayacağı bir fiil ise veya bu fiil müstahdeminin istihdam edilmekte olduğu sırada yapılmışsa...işveren bu fiilden sorumlu olur (m. 13 / 1)”. Burada, müstahdeminin zarara yol açan fiilinin vermiş olduğu hizmetle ilgili olup olmadığının tespiti için “*Salmond Test*” adı verilen bir yöntem kullanılmaktadır²⁹. Buna göre, müstahdeminin fiilinin işveren tarafından işle ilgili görülüp izin verilen bir fiil olup olmadığı ile ilk bakışta bu fiilin işle ilgili olarak gözükmemesine rağmen işverenin onaylayacağı bir fiil olup olmadığı araştırılmaktadır.

İşverenin, sorumluluğunun doğabilmesi için fiilin bizzat müstahdem tarafından yapılması da gerekmektedir. Nitekim hükümde yer alan “Ancak, müstahdeminin, işveren tarafından açıkça veya zımnen yetkilendirilmediği halde, kendi görevini işverenin bir başka müstahdemi olmayan herhangi bir kişiye devretmesi halinde, işveren müstahdemi olmayan böyle bir kişinin herhangi bir fiilinden sorumlu olmaz” ifadesi bu durumu açık-

²⁸ Kamu hizmetinin görülmesi sırasında, idare ajanının hizmet kusurundan ayrılabilen kişisel kast ve kusurunun bulunması halinde dava, idare ajanına karşı adli yargıda açılır. Bu konuda bkz. Nomer, s. 134.

²⁹ Horsey / Rackley, s.334.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

ça ifade etmektedir. Dolayısıyla, müstahdemin işi bir başkasına gördürmesi halinde artık işverenin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Böyle bir durumda, zarar verenin kişisel kusuru çerçevesinde haksız fiil sorumluluğu ortaya çıkmaktadır.

22/1987 sayılı Yargıtay/Hukuk kararında, kol kırığı nedeniyle devlet hastanesine başvuran hastaya, hastanede uzman hekim olmaması nedeniyle bir başka hekim tarafından müdahale edilmesi ancak bu hekimin hastaya tıbbi müdahale ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek komplikasyonlar hakkında bilgi vermemesi ve hasta takibini yapmamasından dolayı Sağlık Bakanlığı, işverenin sorumluluğu hükümlerine göre tazminat ödemekle yükümlü kılınmıştır³⁰. Karar şu şekildedir: “Olayın meydana geldiği hastanede görevli, Ortopedi ve Travmatoloji Servisi Klinik Şefinin kendi servisine intikal eden vakalar ve özellikle alçı müdahalesinin yapılması gerektiği vakalarda Ortopedi uzmanının hazır olması gerektiği ve haberi olmadan alçı müdahalesinin hiçbir kimse tarafından yapılmaması için talimat verdiği görülmektedir. Klinik Şefinin bu yazısına göre bu tür vakalar için ilgilileri defalarca ikaz ettiği ancak başarı sağlanamadığı anlaşılmaktadır. Yine sunulan şahadetten öyle anlaşılmaktadır ki 27.1.1980 tarihinde ilgili uzman doktor evinde ve “hasta” bulunmakta idi. Klinik Şefinin 28.1.1980 tarihli yazısından alçıya alma işlemlerinin ehil ellerde yapılmasının şart olduğu anlaşılmaktadır. İlgili uzmanın ilgili tarihte “hasta” olduğu varsayımından ve bu dalda başka bir uzman bulunmadığı gereğinden hareketle küçüğün kolunun alçıya alınması bu şartlar altında doğru olabilirdi. Ne var ki küçüğün ertesi gün bu sefer esas uzman doktor tarafından niye görülüp alçının tetkik edilmediğini anlayamadık. Diğer bir ifade şekliyle kaza günü mevcut uzman doktor şu veya bu nedenle hazır olmayabilir ve acil müdahale bir başka doktor veya teknisyen tarafından yapılabilir ve bu durumda herhangi bir mahzur olmayabilir. Ancak uzman doktorun yokluğunu intaç eden sebepler ortadan kalktıktan sorna yani doktora ertesi gün

³⁰ Yüksek Mahkemenin 22/1987 sayılı kararı için bkz. <http://www.mahkemeler.net>.

erişilebildiği halde, mecburiyet tahtında yapılan alçı işleminin doğru olup olmadığının artık o uzman tarafından tetkik edilmesi gerekirdi. Bu yapılmamakla tedavi yönteminde hastanenin bu hususta gerekli tedbiri almakta kusur ettiği açıktır.” Kararda, işverenin sorumluluğu yanında hastanenin aynı zamanda Sağlık Bakanlığı’nın tıbbi organizasyon kusuru olduğu da ortaya çıkmaktadır. Nitekim olayda, hastanede konu ile ilgili olarak tek bir uzman hekimin bulunması, bu hekimin hastanede bulunmadığı zamanlarda yerine hizmet verebilecek aynı konuda başka bir hekimin bulunmaması tıbbi organizasyon kusuru olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, mahkeme burada hem işverenin müstahdemden fiilinden dolayı olan sorumluluğu hem de işverenin işyerinde gereken donanımı sağlamamasından kaynaklanan sorumluluğunu birlikte değerlendirmiştir.

Zarar ile Müstahdemden Fiili Arasında İlliyet Bağı Olması

İlliyet bağı, zararlarla sonuçlanan olayın başlamasına etken olan bir eylem ya da ihmaldir³¹. Olayın meydana gelmesinde etkili olmayan ya da olayla ilgili olmayan başka sonuçlar doğuran eylem ve ihmaller illiyet bağının kurulmasını sağlamaz³². İstihdam edenin sorumluluğunun doğabilmesi için şart, zarar ile müstahdemden fiili arasında illiyet bağının bulunmasıdır.

İstihdam edenin sorumluluğu bakımından illiyet bağı, fiil ile zarar arasında uygun bir bağ kurulabilmesini anlatır. Burada, ortaya çıkan zararın fiil ile ilişkilendirilmesi gerekmektedir. Yani, failin fiilinin zararın ortaya çıkmasına uygun olması gerekmektedir. Bu nedenle, hayat tecrübelerine göre bir fiilin olayların normal akışında meydana getirebileceği zararlarla olan bağın olup olmadığı araştırılmalıdır³³. Dolayısıyla, fiilin zararın ortaya çıkmasına uygun olup olmadığı tespit edilme-

³¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 50.

³² Kocayusufpaşaoğlu, s. 51.

³³ Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), İstanbul, 2009, s. 519.

lidir³⁴. Yani, müstahdemin fiilinin hayatın normal akışına göre zararı ortaya çıkarıp çıkaramayacağı belirlenmelidir. Örneğin, hastanın penislin alerjisi olup olmadığı tespit edilmeden yapılan bir tedavinin hastanın ölümüyle sonuçlanması halinde hekimin bu tedaviyi yapması ile hastanın ölümü arasında uygun illiyet bağının olduğu açıktır. Ancak, hastanın uygulanan penicilin tedavisinden sonra kalp krizi sebebiyle ölümü halinde ise uygun illiyet bağının olup olmadığı araştırılmalıdır. İlk örnekte, hastanın bünyesinden kaynaklanan sebeplerin hastanın zarar görmesine sebep olduğu hallerde failin sorumlu olmasına rağmen tazminatta katkısız sorumluluk çerçevesinde indirim yapılmasıdır³⁵.

Kurtuluş Kanıtı Savunmasında Bulunup Bulunulamayacağı Sorunu

İşverenin, müstahdemin seçiminde, müstahdeme talimat vermede ve nezaret etmede gerekli özen ve dikkati gösterdiğini veya gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı bile zararın ortaya çıkmasına engel olamayacağını ispatlamakla sorumluluktan kurtulmasını sağlayan savunmaya kurtuluş kanıtı adı verilmektedir³⁶. Böylece kurtuluş kanıtı, işverenin kendisine yasa tarafından yükletilmiş olan objektif sorumluluktan kurtulmasını sağlamaktadır.

İşverenin, müstahdemin seçiminde özen gösterdiğini, müstahdemi işe alırken veya sonradan kendisine yeni bir iş verilirken, onun yapacağı iş için gerekli kişiliğe, bilgiye, ehliyete, tecrübeye sahip olduğu hususunda yeterli araştırma yaptığı konusunda hakimi ikna edecek delilleri sunması gerekiyor³⁷. Haksız Fiiller Yasası'nda, işverenin müstahdemin fiilinden sorumlu tutulmaması için herhangi bir kurtuluş kanıtı³⁸ getirip

³⁴ Oğuzman / Öz, s. 519.

³⁵ Oğuzman/Öz, s.520.

³⁶ Oğuzman/Öz, s. 38.

³⁷ Oğuzman, s. 520.

³⁸ Türk Borçlar Kanunu'nda da işverenin kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma olanağı kaldırılmıştır. Eski Borçlar Kanunu m. 55'de

getiremeyeceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Yüksek Mahkeme de verdiği kararlarda, işverene kurtuluş kanıtı getirme imkanı tanımamıştır. Bunun en büyük sebebi, Yasanın mehazı olan İngiliz *Tort Act.*'da böyle bir düzenlemenin yapılmamış olmasıdır. Zira, İngiliz Hukuku'nda konu *vicariously liability* yani vekaleten sorumluluk altında düzenlenmiş olmasıdır. *Vicariously liability*'de müstahdemin işle ilgili olarak yapmış olduğu eylem ve davranışları gerçekleştirirken işverene vekalet ettiği kabul edilmektedir³⁹. Vekalet aktinde ise vekil vekalet kapsamında müvekkilin fiillerinden sorumlu olduğundan burada herhangi bir kurtuluş kanıtı getirme imkanı bulunmamaktadır⁴⁰.

III. Davanın Niteliği ve Tarafları

İşverenin, müstahdemin fiilinden sorumluluğu nedeniyle açılan tüm davalar, adli dava niteliğindedir. Diğer bir ifadeyle, zarar ister özel sektöre isterse kamuda ortaya çıkmış olsun dava, kaza hukuk mahkemelerinde görülmektedir. Yetkili mahkeme ise davalının ikametgahı esasına göre belirlenir. 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasa'sına göre "Kaza Mahkemesi... davalının veya davalılardan herhangi birinin, davanın ikame edildiği zamanda, Kaza Mahkemesi yetki alanı içinde ikamet etmesi veya iş yapmış olması... halinde bu Yasanın 25'inci maddesi kurallarına uygun olarak davaya bakıp karara bağlamaya yetkilidir (m. 24 /1-b).

Yüksek Mahkemeye göre işverenin sorumluluğu nedeniyle açılan davalarda, zarara sebep olan kişinin de davaya taraf gösterilmesine gerek yoktur. Diğer bir anlatımla, dava sadece

ise işveren, iki şeyden birini ispat etmekle sorumluluktan kurtulabilmekteydi. İlk olarak, müstahdemin zarar vermemesi için halin gerektirdiği tüm önlemleri aldığını yani müstahdem seçmede; talimat vermede ve gözetimde kendisine düşen objektif özen yükümünü yerine getirdiğini ispatlamakla sorumluluktan kurtulabilir. İkinci olarak işveren, kendisine düşen tüm yükümlülükleri yerine getirmiş olsaydı dahi zararın ortaya çıkmasına engel olamayacağını kanıtlamakla da sorumluluktan kurtulabilir. Bu konuda bkz. Nomer, s. 135; Tandoğan, s. 65.

³⁹ Horsey / Rackley, s. 325 vd.

⁴⁰ Horsey / Rackley, s. 325 vd.

işverene karşı açılabilir. 8/2013 sayılı Yüksek Mahkeme Kararına⁴¹ göre, davalının kontrolünde, davalının müstahdemleri veya işçileri veya ajanları tarafından yapılan bir ihmal nedeniyle bir zarar oluştuğuna göre oluşan zarar nedeniyle, fiilen zarara sebebiyet veren kişi veya kişilerin davaya dahil edilmemesi veya taraf yapılmaması bir eksiklik olmadığı gibi, bu kişiler davaya dahil edilmeden de davalı aleyhine dava ikame edilebilir ve hüküm alınabilir. Mevzuatımız gereği, bu konuda hukuken bir engel yoktur". Bu durum, 27/2013 sayılı İyi İdare Yasası'nda da düzenlenmiştir. Yasaya göre idare, kendi işlem, ihmal ve eylemlerinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. İdare, zarar görenin zararını giderdikten sonra, kusurlu işlem ya da eylemiyle zararın doğmasına sebebiyet veren kamu personeline, mahkeme tarafından tespit edilen kusur oranında rücu eder (m.22).

Söz konusu karar çerçevesinde, davanın tarafları zararın ortaya çıktığı kurum ve kuruluş ile fail esas alınarak tespit edilmelidir. Buna göre, davalı ilgili kamu kurumudur. Örneğin, 6/2009 sayılı Kamu Sağlık Çalışanları Yasası m. 12/2'de bu durumu doğrudan doğruya düzenlemiştir. Buna göre, "hizmetin işleyişinden zarar gören üçüncü kişiler, bu zararlardan ötürü bu görevleri yerine getiren görevli aleyhine değil Bakanlık aleyhine dava açarlar. Bakanlığın, genel kurallara göre sorumlu olan kamu sağlık çalışanlarına rücu hakkı saklıdır. Mahkemece kusurlu bulunmayan kamu sağlık çalışanına hiç bir şekilde rücu edilemez ve hakkında bu Yasa gereğince işlem yapılamaz".

Söz konusu davada davacı, hizmetinin görülmesi nedeniyle zarara uğrayan kişi yani mağdurdur. Yasaya göre, "Bu Yasada bundan sonra ele alınan konular haksız fiil sayılır ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti toprakları içinde veya deniz sularının çekilmiş haldeyken, bıraktığı en alçak su izinden ölçülmek üzere, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti sahillerinden üç milik bir mesafeye kadar uzanan deniz sahası içinde yapılan bir

⁴¹ Yüksek Mahkemenin 8/2013 sayılı kararı için bkz. www.mahkemeler.net.

haksız fiil nedeniyle zarara uğrayan herhangi bir kişi, bu Yasa kurallarına bağlı olarak, haksız fiil işleyen veya haksız fiilden sorumlu olan kişiden, Mahkemenin bahşetmeye yetkili olduğu mağduriyetini giderici çareler elde etme hakkına sahiptir” (m. 3/1). Mağdurun, küçük ya da kısıtlı olması halinde dava yasal temsilcisi tarafından açılır. Hukuk Usulü Tüzüğü altında 9 numaralı Emirin madde 11’e göre, “dava açabilecek yetkili bir vasisi olmayan bir küçük ve akıl hastası veya suçlu akıl hastası olsun veya olmasın, akli dengesi bozuk herhangi bir kişi, celpnamede adı gösterilecek ve en yakın dost veya akrabası olarak tanımlanacak olan bir kişi aracılığı ile davacı olarak dava açabilir. Bu gibi bir küçük veya akli dengesi bozuk kişi aleyhine dava açıldığında, savunması mahkeme veya yargıç tarafından dava amaçları için atanacak bir vasi tarafından yapılır ve böyle bir vasi davanın devam ettiği süre içinde yaptığı gerekli masraflardan şahsen sorumlu olmaz”.

Haksız fiil nedeniyle ölüm olayı meydana gelmişse, Haksız Fiiller Yasası 58 uygulanmaktadır: “Herhangi bir kişinin bir haksız fiil sonucu hayatını kaybetmesi ve böyle bir kişinin, haksız fiil ölümle sonuçlanmamış olsaydı, haksız fiilden gördüğü bedensel zarar için bu Yasa kuralları uyarınca ölüm tarihinde tazminat istirdat etme hakkına sahip olacak bir kişi olacağı hallerde, söz konusu ölen kişinin kocası, karısı, ebeveyni ve çocuğu söz konusu haksız fiilden sorumlu olan kişiden aşağıda belirtilen kurallar uyarınca tazminat istirdat edebilir: (a) Dava, ölen kişinin vasiyetnamesinin tenfiz memuru, terekesinin idare memuru veya varisleri tarafından kendi adlarıyla ölenin kocası, karısı, ebeveyni ve çocuğu yararına veya bunlardan hayatta olanlar yararına açılır: Ancak, bu gibi vasiyetname tenfiz memuru, tereke idare memuru veya varisler tarafından ölüm tarihinden başlayarak altı ay içinde dava açılmadığı takdirde, vasiyetname tenfiz memuru, tereke idare memuru veya varislerin yararlarına dava açabilecekleri tüm kişiler adına bu gibi kişilerin tümü veya herhangi biri tarafından kendi ad veya adlarıyla dava açılabilir”. Yasada, dava açma hakkını doğrudan doğruya mirasçılara vermemiştir. Davanın mirasçı-

lar adına tereke tenfiz memuru tarafından açılabileceğini düzenlemiştir. Tereke tenfiz memurunun bu davayı mağdurun ölümünden itibaren altı ay içinde açması gerekmektedir. Altı ay içinde tereke tenfiz memurunun bu davayı açmaması halinde dava açma hakkı mirasçılara geçer.

Mirasçılardan haksız fiil nedeniyle tazminat talep edebilmesi için yansıma zararlarının varlığı gerekmektedir. Yasaya göre, "böyle bir davada, davanın kimler adına açıldığı hususunda ve bu kişilerin her birinin ölen kişinin ölümü nedeniyle uğradığı parasal zarar hususunda tafsilat verilmesi gerekir (m. 58/1/c)". Dolayısıyla bu davayı mağdurun hükümde sayılan mirasçılardan bakmakla yükümlü olduğu kişiler açabilecektir.

IV. Tazminatın Belirlenmesi

Haksız fiile dayanarak açılan davalar sonucunda mahkeme kusur oranında tazminata hükmetmektedir. Yasada, tazminat miktarının belirlenmesine ilişkin olarak genel esaslar belirlenmemiştir. Yüksek Mahkeme verdiği bir kararda tazminat miktarının belirlenmesine ilişkin olarak şu esasları belirlemiştir: "Zarara uğrayan bir şahsa verilecek tazminatın tam ve yeterli olması gerekir. Ancak kişinin dıkar olduğu zarar hesap yolu ile ölçülmediğinde kendisine verilecek tazminatın makul ve adil olması gerekmektedir. Mahkemeler bu gibi davalarda verilecek zarar ziyanı takdir ederken geçmiş yıllarda benzeri meselelerde takdir edilen miktarları göz önünde bulundurmaktadır. Tabiidir ki bu gibi bir kıyas yapılırken paranın, hüküm tarihindeki, alım gücündeki azalmanın da dikkate alınması gerekmektedir... bir davada verilecek tazminat miktarını takdir ederken benzeri davalarda takdir edilen miktarları göz önünde bulundurur. Ancak paranın alım gücündeki düşme neticesi birkaç yıl önce benzeri bir meselede takdir edilen tazminat miktarı çoğu kez yetersiz kalmaktadır⁴²."

⁴² 51/87 sayılı Yüksek Mahkeme kararı için bkz. www.mahkemeler.net.

KKTC Hukuku'nda tazminat özel ve genel tazminat olarak ikiye ayrılmaktadır. Özel tazminat, kişinin günlük kazanç kaybını karşılamaktadır. Genel tazminat ise haksız fiil nedeniyle zarara uğrayan kişinin haksız fiil sebebiyle uğradığı diğer maddi zararlar ile manevi zararın giderilmesine yöneliktir. Yani genel tazminat miktarının hesaplanmasında, mağdurun hastane ve tedavi masrafları, iş gücü kaybı ve manevi zararı dikkate alınmaktadır.

Ölüm halinde tazminatın hesaplanmasında uygulanacak esaslar ise m. 58 /1(b)de hükme bağlanmıştır: "Herhangi bir hayat sigortası (assurance) veya herhangi bir sigorta sözleşmesi uyarınca müteveffanın ölümü üzerine ödenen veya ödenecek olan herhangi bir para miktarı ve müteveffanın cenaze masrafları veya onun adına matem tutulması için ödenen veya ödenmesi gereken herhangi bir para miktarı dikkate alınmaz". Buna göre, haksız nedeniyle elde edilen başka bir gelir varsa bu durumda tazminat talep edilemeyecektir. Öte yandan, Türk Hukuku'ndan farklı olarak tazminatın hesaplanmasında, cenaze ve defin masrafları dikkate alınmamaktadır.

Sonuç

İdarenin müstahdemin fiilinden dolayı sorumluluğu açısından KKTC Mahkemelerinin konuyu "işverenin müstahdemin fiilinden dolayı sorumluluğu" kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Hem Anayasa'daki düzenlemeler hem de İngiliz Hukuku'nun etkisiyle konu, Haksız Fiil Yasası çerçevesinde değerlendirilmektedir.

KKTC Anayasası'na göre, idari davalara bakmakla yükümlü olan Yüksek İdare Mahkemesi sadece idari işlemlerden doğan davalara baktığından, idarenin müstahdemin fiilinden dolayı sorumluluğuyla ilgili davalar, Kaza Hukuk Mahkemelerinde açılmaktadır. Bu çerçevede mahkemeler, İdareyi işveren olarak nitelendirmektedir. İdare, müstahdemin işle ilgili olarak vermiş olduğu zararlardan sorumludur. Sorumluluğun gerçekleşebilmesi için müstahdemin herhangi bir kusuru olmasına gerek yoktur. Burada, İdare ile müstahdem arasında

bir bağın olması yeterlidir. Bağdan kasıt, müstahdemin işini İdarenin emir ve talimatı altında yapmakta olmasıdır. Hiyerarşik bağın tespitinde, *control and integration test* çerçevesinde, işverenin müstahdemin işi yapmaya ehil olup olmadığını ve işi nasıl yaptığını kontrol etmesi ile yapılan işin, işverenin işinin önemli bir kısmını oluşturması unusrularının varlığı aranmaktadır. Ancak burada, özellikle temizlik gibi alanlarda yapılan hizmet alımlarının işverenin sorumluluğundan ayırt etmek için ücretin de kim tarafından ödendiğine bakılmaktadır. Bu üç unsurun da işverende birleşmesi halinde işverenin müstahdemin fiilinden dolayı kusursuz sorumlu olduğu kabul edilmektedir.

KKTC Hukuku'nda, Türk Hukuku'ndan farklı olarak işverene kurtuluş karinesi getirme imkanı tanımlanmamıştır. Yani işveren, müstahdemin seçiminde, müstahdeme talimat vermede ve nezaret etmede gerekli özen ve dikkati gösterdiğini veya gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı bile zararın ortaya çıkmasına engel olamayacağını ispatlamakla sorumluluktan kurtulamaz. Buradayı, idareyi sorumluluktan kurtarabilecek tek husus müstahdemin vermiş olduğu zararın işle ilgili olmayan bir fiilden dolayı ortaya çıkmış olmasıdır.

Dava sonucunda mahkeme, idarenin sorumluluğuna karar vermesi halinde mağdura zararı oranında tazminat ödenmesine hükmeder. KKTC Hukuku'nda tazminat özel ve genel tazminat olarak ikiye ayrılmaktadır. Özel tazminat, kişinin günlük kazanç kaybını karşılamaktadır. Genel tazminat ise haksız fiil nedeniyle zarara uğrayan kişinin haksız fiil sebebiyle uğradığı diğer maddi zararlar ile manevi zararın giderilmesine yöneliktir.

Kaynakça

Dichter, Mark / Turnbull, Kenneth / Howse, Matthew / Zelek, Mark, Labour & Employment, UK, 2011.

Elliott, Catherine / Quinn, Frances, Tort Law, UK, 2007, s. 361-362.

Gürler, Emir Ali, KKTC Hukuku'nda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, İstanbul, 2017.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

- Horsey, Kirsty/Rackley, Erika, Tort Law, UK, 2009, s. 325.
- Külahaçlı, Şölen, KKTC Sağlık Hukuku, İstanbul, 2016.
- Leyland, Peter / Anthony, Gordon, Administrative Law, UK, 2012.
- Necatigil, Zaim, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Anyasa ve Yönetim Hukuku'nun Esasları, Lefkoşa, 2015.
- Nomer, Haluk, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), İstanbul, 212.No-
mer, Haluk, Borçlar Hukuku, İstanbul, 2012.
- Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler),
İstanbul, 2009
- Öz, Turgut, Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler, İstanbul,
2012.
- Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), İstanbul, 2011.
- Stauch, Marc / Wheat, Kay / Tingle, John, Medical, Law, New York,
2007.
- Stauch, Marc / Wheat, Kay, Text, Cases and Materials on Medical
Law and Ethics, New York, 2005.
- Şenocak, Zarife, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumlulu-
ğu, Ankara, 1995.
- Tandoğan, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk
Hukuku, Ankara, 1981.
- Turhan, Turgut, Tarihsel Bakış Açısıyla Kıbrıs Türk Hukuk Sistemi,
AÜHFD, Y. 2008, C. 57, S. 2, s. 253-286.

**BEDENSEL ZARARLARDAN
DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK**

“ARAÇ İŞLETENİNİN SORUMLULUĞU”

1. Gün

2. Oturum

Die KfZ-Halterhaftung im deutschen Recht Zugleich eine Einführung in das deutsche Deliktsrecht und die Rolle des Verschuldens

*Prof. Dr. Franz HOFMANN
LL.M. (Cambridge)*

I. Einleitung

Verkehrsunfälle stehen sowohl auf der Tagesordnung türkischer als auch deutscher Straßen. So wurden allein in Deutschland im Jahr 2017 2.643.098 Verkehrsunfälle polizeilich erfasst.¹ Es gab 3.177 Verkehrstote zu beklagen.² Während die Zahl der Verkehrsoffer seit Jahren nicht zuletzt wegen verbesserter Sicherheitsstandards rückläufig ist, verspricht das autonome Fahren weitere Sicherheitsverbesserungen. Die „Maschine“ wird in Zukunft weitaus weniger fehleranfällig sein als der Mensch. Perfekt ist freilich auch das algorithmengesteuerte Fahrzeug nicht. Es dürfte klar sein: Es wird keine einhundertprozentige Sicherheit geben; eine Null-Fehlerquote ist wenig realistisch. Die Frage nach der Haftung bleibt damit aktuell. *Wer hat für einen Schaden unter welchen Voraussetzungen (Zurechnung etc.) einzustehen?* Dieser Beitrag will zum einen die einzelnen Haftungsregime des deutschen Privatrechts aufzeigen und auf ihre Zukunftstauglichkeit testen. Zum anderen wird analysiert, welche Rolle dem Verschulden – allgemeiner: einer Sorgfaltspflichtverletzung – zukommt. Als Referenzgebiet dient das deutsche Straßenverkehrsrecht, kurzum: das Verkehrsunfallrecht.

¹ Statistisches Bundesamt, <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Wirtschaftsbereiche/TransportVerkehr/Verkehrsunfaelle/Verkehrsunfaelle.html>.

² Statistisches Bundesamt, https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2018/02/PD18_063_46241.html.

II. Haftungsregime im deutschen Deliktsrecht

1. Grundgedanken

Ist ein Schaden eingetreten, stellt sich die Frage, wer für diesen Schaden verantwortlich gemacht werden kann.³ Nicht jeder Schaden ist dabei ersatzfähig. In diesem Sinne schrieb *Oliver Wendell Holmes* zum Common Law: „Sound policy lets losses lie where they fall except where a special reason can be shown for interference.“⁴ Dieser Gedanke findet sich auch im deutschen Haftungsrecht: So wird beispielsweise ein Mitbewerber durch einen innovativeren Konkurrenten fraglos geschädigt, wenn dieser ihm durch überzeugendere Produkte Kunden abspenstig macht. Es liegt auf der Hand, dass der Wettbewerber seinem Konkurrenten diesen Schaden nicht ausgleichen muss.⁵ Im Gegenteil: Diese Art von Innovationswettbewerb ist gesellschaftlich erwünscht. Stürzt ein Ast auf einen Waldspaziergänger, ist der Waldeigentümer für Verletzungsfolgen ebenfalls nicht verantwortlich. „Waldtypische Gefahren“ muss der Eigentümer nicht begrenzen; er hat keine entsprechende Verkehrspflicht. Der Waldbesucher ist für seine Sicherheit also primär selbst verantwortlich.⁶ Ein allgemeines Verbot, andere nicht zu gefährden, wäre nicht nur „utopisch“,⁷ sondern es würden auch Freiheitssphären ungebührlich beeinträchtigt.⁸ Mit Blick auf die Verantwortlichkeit von WLAN-Betreibern für Urheberrechtsverletzungen beispielsweise ist daher bei der Auferlegung von Kontrollmaßnahmen zu beachten, dass Geschäftsmodelle, die nicht in besonderer Weise die Gefahr von Urheberrechtsverletzungen schaffen oder fördern, nicht

³ Der Eintritt des Schadens kann zudem ggf. über einen Unterlassungsanspruch verhindert werden, indem bestimmte rechtsgutsgefährdende Handlungen untersagt werden, vgl. § 1004 BGB (analog).

⁴ *Holmes*, *The Common Law*, 1881, S. 50.

⁵ Vgl. *Ohly/Sosnitza*, *UWG*, 7. Aufl. 2016, § 4.4 Rn. 4/1.

⁶ BGH, Urt. v. 2.10.2012 – VI ZR 311/11 = NJW 2013, 48.

⁷ BGH, Urt. v. 2.10.2012 – VI ZR 311/11 = NJW 2013, 48 Rn. 7.

⁸ BGH, Urt. v. 26.7.2018 – I ZR 64/17 = GRUR 2018, 1044 Rn. 15 – *Dead Island*; *Looschelders*, *Schuldrecht Besonderer Teil*, 12. Aufl. 2017, § 56 Rn. 1168.

wirtschaftlich gefährdet oder unverhältnismäßig erschwert werden dürfen.⁹ Negative Kommentare auf Bewertungsportalen mögen zwar ebenfalls zu Umsatzeinbußen beispielsweise eines Restaurants oder Hotels führen, sie können aber von der Meinungsfreiheit gedeckt sein.¹⁰ In jedem Fall bedarf es einer überzeugenden Begründung, *warum* jemand für den einem Dritten entstandenen Schaden verantwortlich gemacht werden soll.¹¹ Während sorgfaltspflichtwidriges Verhalten *dogmatisch* zwar für eine Haftung spricht (Verschuldenshaftung),¹² muss aber gleichwohl vorab *wertungsmäßig* geklärt werden, welche Verhaltensweisen trotz ihres Schädigungspotenzials gesellschaftlich erwünscht sind und damit nicht als pflichtwidrig gelten. Rechtsgüterschutz und Freiheitsschutz bedürfen des Ausgleichs. Ein Entfaltungsbedürfnisse von Kindern berücksichtigendes Haftungsrecht, darf Eltern nur moderate Überwachungspflichten auferlegen.¹³ Ist eine weite Verbreitung von Internetanschlüssen gewünscht, darf der Betrieb eines allgemein zugänglichen WLAN-Netzwerkes nicht ohne Weiteres eine Haftung auslösen.¹⁴ Dem Geschädigten kann ein Anspruch wegen Mitverschuldens verwehrt oder gekürzt werden, wenn man eine Helmpflicht für Radfahrer nicht als Freiheitsbeschränkung wertet.¹⁵ Es muss also genau abgewogen werden, ob die vom Deliktsrecht ausgehenden verhaltenssteuernden Effekte im Verhältnis zu den zu vermeidenden Schäden gerechtfertigt sind. Dessen ungeachtet kann auch ohne eine Pflichtverletzung eine Haftung angezeigt sein, um

⁹ BGH, Urt. v. 26.7.2018 - I ZR 64/17 = GRUR 2018, 1044 Rn. 15 - Dead Island.

¹⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.6.2016 - 1 BvR 3487/14 = NJW 2016, 3362; BGH, Urt. v. 23.9.2014 - VI ZR 358/13 = NJW 2015, 489; BGH, Urt. v. 23. 6. 2009 - VI ZR 196/0 = NJW 2009, 2888.

¹¹ Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 13. Aufl. 2016, A. II. Rn. 5 ff.

¹² Kötz/Wagner (Fn. 11), A. II. Rn. 7.

¹³ Looschelders (Fn. 8), § 65 Rn. 1334.

¹⁴ Vgl. Hofmann, GPR 2017, 176, 178 ff.; ders., jurisPR-WettbR 9/2018 Anm. 1.

¹⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 17.6.2014 - VI ZR 281/13 = NJW 2014, 2493: Der BGH verneinte ein Mitverschulden eines geschädigten Radfahrers, obwohl dieser keinen Helm getragen hat mit dem Argument, dass der Gesetzgeber entscheiden müsse, ob es eine Helmpflicht für Radfahrer gebe oder nicht.

etwa das Aktivitätsniveau potenziell gefährlicher Tätigkeiten zu regulieren (Gefährdungshaftung).¹⁶ Die unterschiedlichen „Zurechnungsregime“ werden nun kurz vorgestellt.

2. Verschuldenshaftung, Gefährdungshaftung und Aufopferungshaftung

Im deutschen Deliktsrecht existieren mehrere unterschiedliche Haftungsregime.¹⁷ *Erstens* findet sich in § 823 I BGB¹⁸ die klassische Verschuldenshaftung. Einen auf einer Rechtsverletzung beruhenden Schaden kann der Gläubiger vom Verletzer ersetzt verlangen, wenn dieser die Rechtsverletzung widerrechtlich und schuldhaft begangen hat. Die geschützten Rechte sind in § 823 I BGB abschließend aufgezählt, auch wenn über den Schutz „sonstiger Rechte“, genauer: sonstiger absoluter Rechte, eine gewisse Öffnungsmöglichkeit besteht.¹⁹ Für mittelbare Verletzungen²⁰ besteht ebenfalls eine Einstandspflicht, dann allerdings unter expliziter Herausarbeitung einer Verkehrspflichtverletzung.²¹ Teils wird diese mit Verschulden gleichgesetzt. Verkehrspflichtverletzung soll lediglich ein anderer Name für Fahrlässigkeit sein.²² Reine Vermögensschäden können ausnahmsweise über § 823 II

¹⁶ *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, Vor § 823 Rn. 20.

¹⁷ Vgl. *Looschelders* (Fn. 8), § 56 Rn. 1166; *Staake*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2014, § 7 Rn. 15 ff.

¹⁸ § 823 I BGB: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.“

¹⁹ Beispielsweise zum kommerziellen Persönlichkeitsrecht BGH Urt. v. 8.5.1956 - I ZR 62/54 = NJW 1956, 1554; Übersicht: *Seifert*, NJW 1999, 1889; zum Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb *Looschelders* (Fn. 8), § 60 Rn. 1247 ff.

²⁰ Zur mittelbaren Verantwortlichkeit als Haftungsprinzip *Hofmann*, JZ 2018, 746.

²¹ *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, § 76 III, insbesondere S. 404; *Looschelders* (Fn. 8), § 56 Rn. 1176, der zudem darauf verweist, dass eine Verkehrspflichtverletzung *stets* Haftungsvoraussetzung ist. Mitunter tritt diese aber (wie bei unmittelbaren Verletzungen) so klar zu Tage, dass es einer näheren Begründung nicht bedarf.

²² *Kötz/Wagner* (Fn. 11), E.I. Rn. 128; *Wagner* (Fn. 16), § 823 Rn. 392 f.

BGB, § 824 BGB oder § 826 BGB geltend gemacht werden. Im Regelfall werden Schäden aber – wie schon gesagt – nur ersetzt, wenn sie auf einer Verletzung der in § 823 I BGB aufgezählten absoluten Rechte beruhen.²³ In sämtlichen Fällen muss dem Schädiger sorgfaltspflichtwidriges Verhalten vorgeworfen werden. Hat er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen (§ 276 II BGB)? Individuelles Fehlverhalten ist der Haftungsgrund.²⁴ Die entscheidende Frage in allen Konstellationen lautet damit: Wann handelt der Schädiger schuldhaft? Oder besser: Wann kann dem potenziellen Haftungsschuldner der Vorwurf sorgfaltspflichtwidrigen Verhaltens, kurzum: der Vorwurf einer (Verkehrs-)Pflichtverletzung, gemacht werden.²⁵ Dabei kommt es auf eine umfassende Interessenabwägung an,²⁶ bei der nicht nur gesetzliche Wertungen, allen voran grundrechtliche Vorgaben, sondern auch ökonomische Einsichten berücksichtigt werden können.²⁷ In ständiger Rechtsprechung heißt es formelhaft, dass der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt genügt ist, wenn im Ergebnis derjenige Sicherheitsgrad erreicht ist, den die in dem entsprechenden Bereich herrschende Verkehrsauffassung für erforderlich hält. Daher reicht es anerkanntermaßen aus, diejenigen Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, die ein verständiger, umsichtiger, vorsichtiger und gewissenhafter Angehöriger der betroffenen Verkehrskreise für ausreichend halten darf, um andere Personen vor Schäden zu bewahren, und die den Umständen nach zuzumuten sind.²⁸ Im Recht des Geistigen Eigentums sagt der BGH mit Blick auf die Verantwortlichkeit mittelbarer Schädiger, so genannter Störer: „Als Störer kann bei der Verletzung

²³ *Looschelders* (Fn. 8), § 56 Rn. 1170.

²⁴ *Kötz/Wagner* (Fn. 11), A. II. Rn. 7.

²⁵ *Kötz/Wagner* (Fn. 11), E.I. Rn. 128.

²⁶ *Looschelders* (Fn. 8), § 57 Rn. 1182; zu den Grenzen genuin juristischer Argumentation *Hofmann*, JZ 2018, 746, 753 f.

²⁷ *Wagner*, Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, A 20 f.; *ders.* (Fn. 16), § 823 Rn. 397 ff.; *Kötz/Wagner* (Fn. 11), E.II. Rn. 183 ff., 185; *Hofmann*, JuS 2017, 713, 714; mit Blick auf die Intermediärhaftung *Ohly/Sosnitza* (Fn. 5), § 8 Rn. 127 f.

²⁸ BGH, Urt. v. 2.10.2012 – VI ZR 311/11 = NJW 2013, 48 Rn. 7; vgl. *Hofmann*, JZ 2018, 746, 750.

absoluter Rechte auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer – ohne Täter oder Teilnehmer zu sein – in irgendeiner Weise willentlich und adäquat-kausal zur Verletzung des geschützten Rechtsguts beiträgt. Da die Störerhaftung nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt werden kann, die die rechtswidrige Beeinträchtigung nicht selbst vorgenommen haben, setzt die Haftung des Störers nach der Rechtsprechung des Senats die Verletzung von Verhaltenspflichten voraus. Deren Umfang bestimmt sich danach, ob und inwieweit dem als Störer in Anspruch Genommenen nach den Umständen eine Prüfung zuzumuten ist.²⁹ Über die Sorgfaltspflicht kommt es zu einer Steuerung des Verhaltens.³⁰

Zweitens kann die Haftung auf einem vermuteten Verschulden basieren. Wer beispielsweise kraft Gesetzes zur Führung der Aufsicht über eine Person verpflichtet ist, die wegen Minderjährigkeit oder wegen ihres geistigen oder körperlichen Zustands der Beaufsichtigung bedarf, ist gemäß § 832 I S. 1 BGB zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den diese Person einem Dritten widerrechtlich zufügt. Dies gilt allerdings ausweislich von § 832 I S. 2 BGB nicht, wenn der Aufsichtspflichtige seiner Aufsichtspflicht genügt oder wenn der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde. Es besteht also eine Exkulpationsmöglichkeit.³¹ Der Haftungsschuldner kann sich von seiner Haftung nur dadurch befreien, indem er nachweist, keine Sorgfaltspflichtverletzung begangen zu haben. Im Kern geht es also auch hier um Verkehrspflichtverletzungen.³² Anders formuliert: Eine Haftung kommt nicht in Betracht, wenn es am Verschulden fehlt. Weitere Tatbestände finden sich zum Beispiel in § 831 BGB, §§ 836–838 BGB oder auch § 18 StVG zulasten des Fahrers eines Kraftfahrzeugs.

²⁹ BGH, Urt. v. 26.7.2018 – I ZR 64/17 = GRUR 2018, 1044 Rn. 15 – Dead Island.

³⁰ Looschelders (Fn. 8), § 56 Rn. 11667.

³¹ Zu § 831 BGB Staudinger, in: Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl. 2017, § 831 Rn. 1.

³² Sprau, in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 823 Rn. 45; Larenz/Canaris (Fn. 21), § 79 III 1, S. 475.

Drittens gibt es die Gefährdungshaftung. Ihr Kennzeichen ist, dass eine Haftung von einem Verschulden unabhängig ist. Selbst wenn der Haftungsschuldner die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, kann er für einen eingetretenen Schaden in Anspruch genommen werden. Das ist der Preis, dass ihm die Ausübung einer als gefährlich eingestuften Tätigkeit erlaubt ist.³³ Es erscheint als ein Gebot der Gerechtigkeit, dass der Betreiber einer Gefahrenquelle, der daraus die Vorteile ziehen kann, wenn die Tätigkeit als solche schon nicht verboten ist, doch zumindest jenseits von Sorgfaltspflichtverletzungen für auftretende Schäden einzutreten hat,³⁴ zumal die Möglichkeit der Absicherung über Versicherungen besteht.³⁵ Wichtig ist: Auch wenn die gefährliche Tätigkeit als solche nicht verboten ist, bleibt die Rechtsverletzung eines Dritten rechtswidrig dergestalt,³⁶ dass jener den Eingriff nicht hinzunehmen braucht.³⁷ Beispielsweise wurde bereits 1838 eine verschuldensunabhängige Schadensersatzpflicht für die Betreiber von Eisenbahnen eingeführt.³⁸ Auf welche Gefahrenquellen dies zutrifft ist vom Gesetzgeber abschließend geregelt (Enumerationsprinzip).³⁹ Neue Gefährdungshaftungstatbestände muss also der Gesetzgeber einführen, nicht der Richter. Manche als Gefährdungshaftung bezeichnete Regelungen, verlangen im Ergebnis dann aber freilich doch ein „sorgfaltspflichtwidriges“ Handeln des Schuldners. So ist die Produkthaftung nach § 1 ProdHaftG zwar als verschuldensunabhängige Einstandspflicht ausgestaltet (§ 1 I S. 1 ProdHaftG: Wird durch den Fehler eines Produkts jemand getötet, sein Körper oder seine Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Hersteller des Produkts verpflichtet, dem Geschädigten den da-

³³ *Wagner* (Fn. 16), § 823 Rn. 19 m.w.N.

³⁴ *Wagner*, JZ 1991, 175, 176.

³⁵ *Looschelders* (Fn. 8), § 71 Rn. 1440.

³⁶ Zur Frage der Rechtswidrigkeit *Wagner* (Fn. 16), Vor § 823 Rn. 21 ff.

³⁷ *Looschelders* (Fn. 8), § 71 Rn. 1441.

³⁸ Vgl. *Wagner*, JZ 1991, 175; zur heutigen Rechtslage vgl. § 1 HaftPflG.

³⁹ *Wagner* (Fn. 16), Vor § 823 Rn. 25 f.

raus entstehenden Schaden zu ersetzen.“). Allerdings ist der Hersteller beispielsweise von Entwicklungsrisiken freigestellt (vgl. § 1 II Nr. 5 ProdHaftG).⁴⁰ Auch ist ein Produktfehler Haftungsvoraussetzung. Auch im Fehlerbegriff (§ 3 ProdHaftG)⁴¹ verstecken sich in der Sache Sorgfaltselemente.⁴² Somit finden sich auch hier Verkehrspflichten.⁴³

Eine echte verschuldensunabhängige Haftung trifft beispielsweise den Halter eines Luxustieres (§ 833 I S. 1 BGB). Auch die Haftung nach dem sogleich noch näher zu besprechenden Straßenverkehrsgesetz (StVG) oder die Haftung für den Betrieb einer Eisenbahn ist als Gefährdungshaftung ausgestaltet. So heißt es nach § 1 I HaftPflG: „Wird bei dem Betrieb einer Schienenbahn oder einer Schwebebahn ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Betriebsunternehmer dem Geschädigten zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.“ Während bereits darauf hingewiesen wurde, dass der Gefährdungshaftung die Idee zugrunde liegt, dass für die Risiken bestimmter gefährlicher Tätigkeiten der Nutznießer einstehen soll – es besteht *de facto* eine Art Versicherung –,⁴⁴ führt auch die Gefährdungshaftung zu einer Verhaltenssteuerung. Der Gefährdungshaftungsschuldner wird, um Zahlungen soweit wie möglich zu vermeiden, zum einen Sorgfaltsmaßnahmen treffen.⁴⁵ Schon aus Eigeninteresse wird er versuchen, Rechtsverletzungen Dritter und darauf beruhende Schäden möglichst zu vermeiden. Zum anderen reguliert

⁴⁰ Zur Gefährdungshaftung mit Blick auf neue Technologien *Zech JZ*, 2013, 21.

⁴¹ § 3 I ProdHaftG: „Ein Produkt hat einen Fehler, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere a) seiner Darbietung, b) des Gebrauchs, mit dem billigerweise gerechnet werden kann, c) des Zeitpunkts, in dem es in den Verkehr gebracht wurde, berechtigterweise erwartet werden kann.“; § 3 II ProdHaftG: „Ein Produkt hat nicht allein deshalb einen Fehler, weil später ein verbessertes Produkt in den Verkehr gebracht wurde.“

⁴² *Wagner*, AcP 217 (2017), 707, 711 f.

⁴³ Zum Ganzen *Kötz/Wagner* (Fn. 11), J.I. Rn. 611 ff.

⁴⁴ *Wagner* (Fn. 16), Vor § 823 Rn. 19.

⁴⁵ *Wagner* (Fn. 27), A 21.

die drohende Haftung das Aktivitätsniveau. Nur wenn die Vorteile die drohenden Schadensersatzzahlungen überwiegen, wird eine bestimmte gefährliche Tätigkeit durchgeführt.⁴⁶

Viertens besagt die Aufopferungshaftung, dass Eingriffe in die Rechte eines Dritten, auszugleichen sind, wenn jener den Eingriff (mangels Rechtswidrigkeit) schon nicht abwenden kann. Ein Beispiel findet sich in § 904 BGB. Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist. § 904 S. 2 BGB ordnet als Ausgleich eine Schadensersatzpflicht an. Hinzuweisen ist schließlich *fünftens* auf die Billigkeitshaftung (vgl. § 829 BGB).

III. Die Haftung nach dem StVG

Der wichtigste Anwendungsfall der Gefährdungshaftung findet sich in § 7 I StVG. Dort heißt es: „Wird bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs oder eines Anhängers, der dazu bestimmt ist, von einem Kraftfahrzeug mitgeführt zu werden, ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Halter verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.“ Der Halter eines Kraftfahrzeugs hat also verschuldensunabhängig für Schäden einzustehen, die auf durch den Betrieb des Kraftfahrzeugs hervorgerufenen Körperverletzungen und Sachschäden beruhen. Nach dem Bundesgerichtshof ist die Haftung aus § 7 I StVG „sozusagen der Preis dafür, dass durch die Verwendung eines Kfz - erlaubterweise - eine Gefahrenquelle eröffnet wird.“⁴⁷ Die Norm soll daher alle durch den Kfz-Verkehr beeinflusste Schadensabläufe erfassen. Ein Schaden ist demgemäß bereits dann „bei dem Betrieb“ eines

⁴⁶ *Wagner* (Fn. 16), Vor § 823 Rn. 20, 55.

⁴⁷ BGH Urt. v. 26.4.2005 - VI ZR 168/04 = NJW 2018, 2081, 2082.

Kfz entstanden, wenn sich von einem Kfz ausgehende Gefahren ausgewirkt haben.⁴⁸ Dogmatisch kommt es also für die Haftung darauf an, dass sich die „Betriebsgefahr“ realisiert hat. Es muss sich eine Gefahr realisieren, die mit dem Fahrzeug als Verkehrsmittel verbunden ist (verkehrstechnische Auffassung).⁴⁹ Nicht entscheidend ist, ob die Gefahr von der Motorkraft ausgeht (maschinentechnische Auffassung).⁵⁰ Ausreichend ist, wenn sich eine Gefahr realisiert, die vom Fahrzeug als solchem ausgeht, z. B. auch im Falle eines Beladevorgangs⁵¹ oder wenn ein Schaden durch den Defekt einer Betriebseinrichtung ausgelöst wurde.⁵² Für die Zurechnung der Betriebsgefahr kommt es damit maßgeblich darauf an, dass der Unfall in einem nahen örtlichen und zeitlichen Zusammenhang mit einem bestimmten Betriebsvorgang oder einer bestimmten Betriebseinrichtung des Kraftfahrzeugs steht.⁵³ Zudem muss ein besonderer Zurechnungszusammenhang gegeben sein. Eine Haftung tritt nur dann ein, wenn das Schadensereignis dem Betrieb eines Kraftfahrzeuges nach dem Schutzzweck der Gefährdungshaftung auch zugerechnet werden kann. An diesem Zusammenhang fehlt es, wenn die Schädigung nicht mehr eine spezifische Auswirkung derjenigen Gefahren ist, für die die Haftungsvorschrift den Verkehr schadlos halten will. Das ist bei Schäden der Fall, in denen sich ein gegenüber der Betriebsgefahr eigenständiger Gefahrenkreis verwirklicht hat.⁵⁴

Ein Verschulden ist demgegenüber nicht notwendig. Praktisch ist dies vor allem aus Gründen der Beweiserleichterung vorteilhaft. Auch wenn in vielen Verkehrsunfällen ein Verschulden (leicht) feststellbar ist (z. B. wenn der Halter zugleich als Fahrer zu schnell fährt oder sich durch die Nutzung sei-

⁴⁸ BGH Urt. v. 26.4.2005 - VI ZR 168/04 = NJW 2018, 2081, 2082.

⁴⁹ *Burnmann*, in: *Burnmann/Heß/Hühnermann/Jahnke*, *Straßenverkehrsrecht*, 25. Aufl. 2018, § 7 Rn. 7.

⁵⁰ *Burnmann* (Fn. 49), § 7 Rn. 8.

⁵¹ *Looschelders* (Fn. 8), § 72 Rn. 1451.

⁵² BGH Urt. v. 21.1.2014 - VI ZR 253/13 = NJW 2014, 1182 Rn.6.

⁵³ BGH Urt. v. 21.1.2014 - VI ZR 253/13 = NJW 2014, 1182 Rn. 5.

⁵⁴ Vgl. BGH Urt. v. 2.7.1991 - VI ZR 6/91 = NJW 1991, 2568.

nes Handys ablenken lässt) und eine Haftung damit zugleich aus § 823 I BGB in Betracht kommt (vgl. § 16 StVG), wird der Schadensersatzanspruch des Geschädigten typischerweise auf § 7 I StVG gestützt. Wenn der Schaden aber ohne Verschulden des Halters eingetreten ist (z. B. Platzen eines Reifens, der eigentlich ordentlich gewartet war), wirkt sich die Verschuldensunabhängigkeit der Haftung in jedem Fall aus. § 823 I BGB wäre in diesem Fall nicht erfüllt. Halter ist im Übrigen, wer das Fahrzeug auf eigene Rechnung in Gebrauch hat und die Verfügungsgewalt über das Kraftfahrzeug besitzt.⁵⁵ Daher kann auch der Leasingnehmer Halter sein, da es auf die Eigentümerstellung nicht ankommt.⁵⁶

Ausgeschlossen ist die Haftung in Fällen höherer Gewalt (§ 7 II StVG). Allerdings wird dieser Begriff eng ausgelegt. Maßgeblich ist, ob das Ereignis von außen kommt, außergewöhnlich und unvorhersehbar ist und durch äußerste Sorgfalt nicht verhütet werden kann.⁵⁷ Beispielsweise ist die bei einem Erdbeben der Fall oder sich ein Selbstmörder von einer Brücke stürzt.⁵⁸ Das Fehlverhalten von Kindern ist demgegenüber nicht außergewöhnlich.⁵⁹ Ein Verschuldenselement findet sich bei der Gefährdungshaftung folglich allenfalls rudimentär. Auch im Falle, dass jemand das Fahrzeug ohne Wissen und Willen des Fahrzeughalters benutzt, ist die Haftung des Halters eingeschränkt. Er hat lediglich dann einzustehen, wenn die Benutzung des Fahrzeugs durch sein Verschulden ermöglicht worden ist (§ 7 III S. 1 StVG). Hier findet sich also wiederum ein Verschuldenselement. Allerdings findet diese Regelung keine Anwendung, wenn dem Dritten das Fahrzeug vom Halter überlassen worden ist oder, wenn der Benutzer vom Fahrzeughalter für den Betrieb des Kraftfahrzeugs angestellt ist (§ 7 III S. 2 StVG).

⁵⁵ Burnmann (Fn. 49), § 7 Rn. 5.

⁵⁶ BGH Urt. v. 10.7.2007 - VI ZR 199/06 = NJW 2007, 3120, 3121.

⁵⁷ Looschelders (Fn. 8), § 72 Rn. 1455.

⁵⁸ Burnmann (Fn. 49), § 7 Rn. 19.

⁵⁹ Burnmann (Fn. 49), § 7 Rn. 19.

Sind an einem Verkehrsunfall mehrere Fahrzeuge beteiligt, bedarf es einer Regelung der Haftungsquoten. Geht es um Schäden Dritter, hängt gemäß § 17 I StVG die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes im Verhältnis der Fahrzeughalter zueinander (Innenverhältnis) von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.⁶⁰ Hier ist also wiederum Raum für Verschulden, auch wenn die Betriebsgefahr als solche ein Faktor bleibt.⁶¹ Die gleichen Regeln gelten gemäß § 17 II StVG für die Haftung der Fahrzeughalter untereinander, wenn der Schaden einem der beteiligten Fahrzeughalter entstanden ist. § 17 III StVG schließt die Anwendung von § 17 I und II StVG im Falle unabwendbarer Ereignisse aus. Hier spielt Verschulden also wiederum eine Rolle. Im Übrigen ist das Mitverschulden über § 9 StVG und § 254 BGB zu berücksichtigen. § 18 StVG begründet schließlich eine Haftung des Fahrzeugführers. Diese ist wiederum als eine Haftung für Verschulden ausgestaltet, wobei dieses vermutet wird. Der Fahrzeugführer muss sich also exkulpieren, um einer Inanspruchnahme zu entgehen. Die Haftung nach dem StVG ist auf bestimmte Höchstbeträge gedeckelt (§§ 12, 12a StVG).

IV. Gedanken zum autonomen Fahren

Abschließend soll noch kurz überlegt werden, inwieweit autonomes Fahren zu Veränderungen im Haftungssystem führt oder führen sollte. Während weiterhin jeweils Sorgfaltspflichtverstöße eine Haftung sowohl des Fahrers als auch des Halters begründen können (beispielsweise durch nicht gebotene Übersteuerung des Systems, Verzögern notwendiger Sicherheitsupdates etc.) stellt sich die Frage nach der Haftung, wenn ein Verschulden fehlt. Derzeit darf sich ausweislich von § 1b StVG der Fahrzeugführer während der Fahrzeugführung

⁶⁰ Zur Abwägung *Heß*, in: *Burnmann/Heß/Hühnermann/Jahnke*, *Straßenverkehrsrecht*, 25. Aufl. 2018, § 17 Rn. 10 ff.

⁶¹ *Looschelders* (Fn. 8), § 72 Rn. 1469.

mittels hoch- oder vollautomatisierter Fahrfunktionen gemäß § 1a StVG vom Verkehrsgeschehen und der Fahrzeugsteuerung abwenden. Eine Haftung nach § 18 StVG (i.V.m. § 1a IV StVG, wonach der Fahrer auch in der Situation des hoch- oder vollautomatisierten Fahrens Fahrer im Sinne von § 18 StVG bleibt), kommt dann nicht in Betracht. Der Fahrer muss allerdings wahrnehmungsbereit bleiben.⁶² Er hat die Fahrzeugsteuerung nämlich unverzüglich wieder zu übernehmen, wenn das hoch- oder vollautomatisierte System ihn dazu auffordert oder erkennt oder auf Grund offensichtlicher Umstände erkennen muss, dass die Voraussetzungen für eine bestimmungsgemäße Verwendung der hoch- oder vollautomatisierten Fahrfunktionen nicht mehr vorliegen (§ 1b StVG). Die verschuldensunabhängige Halterhaftung bleibt namentlich bei Unfällen durch Systemfehler davon unberührt.⁶³ Höhere Gewalt liegt auch in solchen Fällen nicht vor (s. a. § 17 III S. 2 StVG).⁶⁴ Erst wenn es zu „echtem“ autonomen Fahren kommt, wird jedenfalls die Fahrerhaftung obsolet.⁶⁵

In dieser Situation wird allerdings neben der verschuldensunabhängig bestehenden Halterhaftung (o. III.) ein weiteres Haftungsinstrument einen Bedeutungszuwachs erfahren: Die Produkthaftung des Herstellers.⁶⁶ Der Hersteller hat nicht nur über die in §§ 1 ff. ProdHaftG geregelte Produkthaftung einzustehen, sondern auch über die deliktische Produzentenhaftung aus § 823 I BGB.⁶⁷ Hersteller und Halter haften als Gesamtschuldner. Praktisch wird es zwar für den Geschädigten weiterhin am einfachsten sein, den Halter über § 7 I StVG in Anspruch zu nehmen; dieser könnte allerdings beim Herstel-

⁶² Zur Neuregelung Greger, NZV 2018, 1.

⁶³ Jahnke, in: Burnmann/Hefß/Hühnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, 25. Aufl. 2018, § 1b Rn. 6.

⁶⁴ Armbrüster, ZRP 2017, 83, 84; vgl. Wagner, AcP 217 (2017), 707, 758.

⁶⁵ Armbrüster, ZRP 2017, 83, 85; vgl. Wagner, AcP 217 (2017), 707, 709.

⁶⁶ So beispielsweise Lutz, NJW 2015, 119 f.; Gomille, JZ 2016, 76, 81; Wagner, AcP 217 (2017), 707, 709, 758 ff., 759.

⁶⁷ Zur Produzentenhaftung Looschelders (Fn. 8), § 61 Rn. 1255 ff.

ler Regress nehmen (§ 426 I BGB),⁶⁸ was dann erfolgsversprechend ist, wenn der Schaden des Dritten maßgeblich auf den Hersteller zurückzuführen ist.⁶⁹ Auch wenn in allen Fällen der Halter die Kosten zu tragen hat – die dem Hersteller entstehenden Kosten kann dieser über den Kaufpreis auf den Halter umlegen –,⁷⁰ ist damit ein Instrument vorhanden, dem Hersteller Anreize zur Weiterentwicklung aufzuerlegen.⁷¹ Selbst wenn eine Haftung beispielsweise wegen der Realisierung eines Entwicklungsrisikos ausscheidet (§ 1 II Nr. 5 ProdHaftG), würden im Rahmen des § 823 I BGB anerkannte Produktbeobachtungspflichten für die Zukunft dafür sorgen, dass dem Fehler abgeholfen wird.⁷² Dies kann bis hin zu kostenlosen Updateverpflichtungen durch den Hersteller führen. Mit Blick auf „künstliche Intelligenz“ kann die Haftung für automatische Suchvervollständigung bei Google als Vorbild dienen. Auch wenn das Suchsystem unvorhergesehene (rechtsverletzende) Suchvorschläge macht, kommt eine Haftung des Betreibers in Betracht – nach einem entsprechenden Hinweis.⁷³ Da durch autonomes Fahren entstandene Schäden im Ergebnis nicht von den Geschädigten zu tragen sind, kann das Haftungssystem auch sicherstellen, dass die neue Technologie akzeptiert wird.

V. Fazit

Verschulden ist im deutschen Deliktsrecht ein wichtiger Zurechnungsgrund im Haftungsrecht. Dies gilt umso mehr, wenn Verschulden als Sorgfaltspflichtverletzung, kurzum: Verkehrspflichtverletzung, verstanden wird. Auch im Produkthaftungsrecht oder bei mittelbaren Verletzungen ist eine derartige Pflichtverletzung Haftungsgrund. Das Haftungsrecht kann damit eine entsprechende Verhaltenssteuerung be-

⁶⁸ Armbrüster, ZRP 2017, 83, 85; Wagner, AcP 217 (2017), 707, 760.

⁶⁹ Gomille, JZ 2016, 76, 82; Greger, NZV 2018, 1, 4 f.

⁷⁰ Armbrüster, ZRP 2017, 83, 85.

⁷¹ Armbrüster, ZRP 2017, 83, 85; Wagner, AcP 217 (2017), 707, 762.

⁷² Gomille, JZ 2016, 76, 79 ff.; Wagner, AcP 217 (2017), 707, 750 ff.

⁷³ BGH Urt. v. 14.5.2013 – VI ZR 269/12; dazu vgl. Müller-Hengstenberg/Kirn, CR 2018, 682, 687 ff.

wirken. Gerade bei der Entwicklung neuer Technologien wird es entscheidend darauf ankommen, die Anreize zur Verbesserung von Produkten richtig zu setzen. Eine verschuldensunabhängige, genauer: von Sorgfaltsverstößen abgekoppelte Gefährdungshaftung kann hierzu freilich ebenfalls beitragen. Dadurch wird zugleich besorgt, dass Zufallsschäden nicht von der Allgemeinheit, sondern vom Nutznießer zu tragen sind. Gerade für die Akzeptanz neuer Technologien ist dies wichtig. Während die KfZ-Halterhaftung im Zusammenspiel mit der Produkthaftung für autonomes Fahren weitgehend gerüstet erscheint,⁷⁴ stellt sich die Frage, ob auch für sonstige automatisierte Systeme eine Gefährdungshaftung einzuführen wäre.⁷⁵

⁷⁴ Zum Problem der Steuerung des Aktivitätsniveaus *Wagner*, AcP 217 (2017), 707, 763 f.

⁷⁵ Vgl. *Zech*, in: Gless/Seelmann (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, S. 163, 195 f., 196 ff.

ALMAN KANUNLARINDA ARAÇ İŞLETENİN SORUMLULUKLARI AYNI ANDA ALMAN SUÇ KANUNUNA VE BORÇLARA GİRİŞ

Prof. Dr. Franz HOFMANN

LL.M. (Cambridge)

I. Giriş

Trafik kazaları hem Türkiye’de hem de Almanya’da günlük yaşamın bir parçası. Sadece Almanya’da 2017 yılında polis tarafından kaydedilen kaza sayısı 2.643.098.¹ Bu kazalarda 3.177 kişi hayatını kaybetti.² Trafik kazalarında ölenlerin sayısı, yıllardır güvenlik standartlarının iyileştirmesi ile düşüşte olsa da, bağımsız sürüş tarzı güvenliğin daha da iyileştirilmesi imkanını sunuyor. Araç gelecekte insandan daha az hata yapabilir durumda olacak. Tabii ki algoritmalarla yönetilen araç da mükemmel değil. Herkes tarafından bilinmelidir ki, yüzde yüz bir güvenlik olmayacak; sıfır hata oranı realist değil. bu nedenle sorumluluk olgusu her zaman güncel kalacak. Bir hasar durumunda kim ve *hangi* şartlarda (cezai ehliyet vb.) sorumlu olur? Bu makale hem Alman kanunlarının sorumluluk rejimini açıklayacak hem de bu rejimin geleceğe uyumlu olup olmadığını test edecek. Diğer yanda ise, suçluluğun - daha genel bir ifadeyle: tedbirli olma yükümlülüğünün ihlalinin rolü analiz edilecek. Referans bölgesi olarak Alman trafik kanunları, yani trafik kazaları kanunları alınacak.

¹ Federal İstatistik Dairesi, <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Wirtschaftsbereiche/TransportVerkehr/Verkehrsunfaelle/Verkehrsunfaelle.html>.

² Federal İstatistik Dairesi, https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2018/02/PD18_063_46241.html.

II. Alman suç kanununda sorumluluk rejimi

1. Temel düşünceler

Bir hasar meydana geldiğinde, bu hasardan kimin sorumlu tutulacağı sorusu ortaya çıkar.³ Her kaza için tazminat istenemez. *Oliver Wendell Holmes* bu bağlamda Common Law'a yazdığı yazıda: „Sound policy lets losses lie where they fall except where a special reason can be shown for interference.“ demiştir⁴. Bu düşünce Alman sorumluluk kanunlarında da bulunmaktadır: Örneğin, ticaretle bir rakip firma daha yenilikçi ürünler sunarak, diğer firmanın müşterilerini çalar ve ona bu şekilde zarar verir. Rakip firmanın bu durumda diğer firmaya bir tazminat ödeme zorunluluğu olmadığı açıktır.⁵ Aksine: Bu tür bir yenilikçilik rekabeti toplum tarafından arzu edilmektedir. Ormanda yürüyüş yapan birinin kafasına bir dal düşerse, orman sahibi yine bundan sorumlu tutulamaz. „Ormana özgü tehlikeler“ orman sahibi tarafından sınırlanma mecburiyetinde değildir, böyle bir zorunluluğu yoktur. Yani ormanda yürüyüş yapan, kendi emniyetinden sorumludur.⁶ Diğer insanları tehlikeye atma yasağı yalnız ütopyik değildir,⁷ aynı zamanda insanların özel alanlarına da müdahale anlamına gelir⁸. Örneğin, WIFI işletimcilerinin telif haklarının ihlali açısından yükümlülüğü de, kontrol önlemlerinin belirlenmesi sırasında, telif hakkı ihlallerini doğuracak veya teşvik edecek şekilde olmamasını sağlayacak şekilde olurken, aynı zamanda işletmeyi orantısız zarara uğratmayacak şekilde olması

³ Bir hasarın oluşması ayrıca mümkünse kanuni mallara zarar verecek hareketlerin yasaklanması ile önlenir. bkz. madde 1004 Medeni Kanun (analog).

⁴ *Holmes*, *The Common Law*, 1881, S. 50.

⁵ Bkz. *Ohly/Sosnitza*, *UWG*, 7. baskı 2016, § 4.4 Rn. 4/1.

⁶ Federal Yüksek Mahkeme 2.10.2012 tarihli karar - VI ZR 311/11 = NJW 2013, 48.

⁷ Federal Yüksek Mahkeme 2.10.2012 tarihli karar - VI ZR 311/11 = NJW 2013, 48 Rn. 7.

⁸ Federal Yüksek Mahkeme, Karar tarihi 26.7.2018 - I ZR 64/17 = GRUR 2018, 1044 Rn. 15 - *Dead Island*; *Looschelders*, *Borçlar Kanunu Besondere Teil*, 12. Baskı 2017, § 56 Rn. 1168.

gerekir.⁹ Değerlendirme portallarındaki olumsuz yorumlar, örneğin bir restoranın veya otelin satış kayıplarına yol açabilir, ancak bunlar ifade özgürlüğü kapsamında olabilir.¹⁰ Her halükarda, bir kişinin üçüncü birinin zararından *hangi sebeple* sorumlu tutulacağı için tatmin edici bir gerekçelendirme gereklidir.¹¹ Özen gösterme yükümlülüğüne aykırı hareketler *dogmatik* olarak bir sorumluluk anlamına gelirken (neden olma sorumluluğu)¹² aynı zamanda hangi hareketlerin, hasar verme potansiyellerine rağmen toplum tarafından arzu edildiğinin ve bu nedenle yükümlülüğe aykırı olarak *değerlendirilemeyeceğinin* önceden belirlenmesi gerekmektedir. Kanuni malvarlıklarının korunması ve özgürlüğün korunması dengeli olmalıdır. Çocukların gelişim ihtiyaçlarını dikkate alan bir sorumluluk kanunu, ebeveynlere yalnız makul seviyede denetim yükümlülükleri yüklemelidir.¹³ İnternet bağlantılarının yaygın bir şekilde kullanılması arzu ediliyorsa, genel olarak erişilebilir bir WIFI ağının işletimi, doğrudan bir sorumluluğa sebep olmamalıdır.¹⁴ Zarar görenin ortak sebebiyet verme talebi, bisiklet kullananların kask takma zorunluluğu bir özgürlük kısıtlaması olarak değerlendirilmezse reddedilebilir veya kısıtlanabilir.¹⁵ Bu nedenle, suç kanununa bağlı olarak hareketleri yöneten etkilerin, önlenecek hasarla orantılı olup olmadığı iyi tartışılmalıdır. Bundan bağımsız olarak, bir yükümlülük ihlali olmaksızın da, potansiyel tehlikeli hareketlerin eylem seviyesini düzenlemek için bir sorumluluk belirlenebilir (tehlikeye

⁹ Federal Yüksek Mahkeme, Karar tarihi 26.7.2018 - I ZR 64/17 = GRUR 2018, 1044 Rn. 15 - Dead Island.

¹⁰ bkz. BVerfG, Karar tarihi 29.6.2016 - 1 BvR 3487/14 = NJW 2016, 3362; Federal Yüksek Mahkeme, Karar tarihi 23.9.2014 - VI ZR 358/13 = NJW 2015, 489; Federal Yüksek Mahkeme, Karar tarihi 23. 6. 2009 - VI ZR 196/0 = NJW 2009, 2888.

¹¹ Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 13. Baskı 2016, A. II. Rn. 5 ff.

¹² Kötz/Wagner (Fn. 11), A. II. Rn. 7.

¹³ Looschelders (Fn. 8), § 65 Rn. 1334.

¹⁴ bkz. Hofmann, GPR 2017, 176, 178 ff.; ders., jurisPR-WettbR 9/2018 Anm. 1.

¹⁵ bkz. Federal Yüksek Mahkeme, Karar tarihi 17.6.2014 - VI ZR 281/13 = NJW 2014, 2493: Der Federal Yüksek Mahkeme verneinte ein Mitverschulden eines geschädigten Radfahrers, obwohl dieser keinen Helm getragen hat mit dem Argument, dass der Gesetzgeber entscheiden müsse, ob es eine Helmpflicht für Radfahrer gebe oder nicht.

atma sorumluluğu).¹⁶ Aşağıda farklı „ilişkilendirme rejimleri“ kısaca tanıtılacaktır.

2. Sebebiyet verme sorumluluğu, tehlikeye atma sorumluluğu, fedakarlık sorumluluğu

Alman suç kanununda bir çok farklı sorumluluk rejimleri bulunmaktadır.¹⁷ *Öncelikle*, Medeni Kanun madde 823 I’de klasik sebebiyet verme sorumluluğu bulunmaktadır. Kanuni malvarlığına gelene bir zararın karşılanması, zarar verenin bu zararı kanunlara aykırı ve suçlu olarak meydana getirmiş olması halinde talep edilebilir. Korunan haklar, Medeni Kanun madde 823 I’de belirtilmiştir, ancak burada ‘diğer haklar’, veya daha doğru bir ifadeyle diğer mutlak haklar tanımı ile belirli bir genişletme imkanı bulunmaktadır.¹⁸ Doğrudan olan ihlaller¹⁹ için de bir üstlenme yükümlülüğü vardır, ancak bu durumda yükümlülük ihlalinin açıkça belirlenmesi gerekmektedir.²⁰ Bu, kısmen suçlama ile aynı anlama gelmektedir. Trafik yükümlülüğünün ihlali, ihmalkarlık için kullanılabilen farklı bir terimdir.²¹ Malvarlığına gelen hasarlar Medeni Kanun madde 823 II, Medeni Kanun madde 824 veya Medeni Kanun madde 826 ile talep edilebilir. Normal durumlarda ise hasarlar -daha önce belirttiğimiz gibi- yalnız, Medeni Kanun madde 823 I’de belirtilen mutlak hakların ihlali hallerinde tazmin edilmekte-

¹⁶ Wagner, in: Münchener Kommentar zum Medeni Kanun, 7. Baskı 2017, Vor § 823 Rn. 20.

¹⁷ bkz. Looschelders (Fn. 8), § 56 Rn. 1166; Staake, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2014, § 7 Rn. 15 ff.

¹⁸ Beispielsweise zum kommerziellen Persönlichkeitsrecht Federal Yüksek Mahkeme Karar tarihi 8.5.1956 – I ZR 62/54 = NJW 1956, 1554; Übersicht: Seifert, NJW 1999, 1889; zum Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb Looschelders (Fn. 8), § 60 Rn. 1247 ff.

¹⁹ Zur mittelbaren Verantwortlichkeit als Haftungsprinzip Hofmann, JZ 2018, 746.

²⁰ Larenz/Canaris, Lehrbuch des Borçlar Kanunus, Band II, Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Baskı 1994, § 76 III, insbesondere S. 404; Looschelders (Fn. 8), § 56 Rn. 1176, der zudem darauf verweist, dass eine Verkehrs-pflichtverletzung stets Haftungsvoraussetzung ist. Mitunter tritt diese aber (wie bei unmittelbaren Verletzungen) so klar zu Tage, dass es einer näheren Begründung nicht bedarf.

²¹ Kötz/Wagner (Fn. 11), E.I. Rn. 128; Wagner (Fn. 16), § 823 Rn. 392 f.

dir.²² Tüm hallerde, zarar veren kişinin dikkat etme yükümlülüğünü ihlal etmekle suçlanması gerekmektedir. Trafikte gerekli olan dikkati göstermedi mi (Medeni Kanun madde 276 II)? Şahsi hatalı hareket, sorumluluk sebebidir.²³ Böylece tüm durumlarda belirleyici soru: Zarar veren ne zaman suçlu hareket etmiş olur? Veya başka bir deyişle: Potansiyel bir sorumluluk suçlusu ne zaman dikkat yükümlülüğü ihlali yapmakla suçlanabilir, veya kısaca: bir (trafik) yükümlülüğü ihlali yapmakla suçlanabilir?²⁴ Bu da çıkarların kapsamlı tartılmasına bağlıdır,²⁵ burada sadece yasal değerlemeler ve özellikle tüm temel yasal gereklilikler değil, aynı zamanda ekonomik anlayışlar da göz önünde bulundurulabilir.²⁶ Kanunlarda, trafikte gereken dikkatin, ilgili bölgedeki trafik durumunda gerekli olan dikkat mevcutsa, sağlandığı belirtilmektedir. Bu nedenle, trafiğin akıllı, öngörülü, dikkatli ve vicdanlı bir üyesinin diğer kişileri hasardan korumak için yeterli göreceği, ve trafik durumuna göre kendisinden beklenebileceği seviyede güvenlik önlemlerini almanın yeterli olduğu kabul edilmektedir.²⁷ Fikri mülkiyet hukukunda, Federal Yüksek Mahkeme, dolaylı zarar gören tarafların, sözde rahatsızlıkların sorumluluğuyla ilgili olarak şunları söylemiştir: „Bir fail veya katılımcı olmaksızın, herhangi bir şekilde korunan yasal hakların ihlal edilmesine isteyerek ve yeterli derecede nedensel olarak katkıda bulunan herkes, mutlak hakların ihlalinden rahatsız eden olarak sorumlu tutulabilir. Rahatsız edenin sorumluluğu, yasadışı müdahaleyi bizzat yapmayan üçüncü kişilere genişletilemeyeceğinden, bu durumun sorumluluğu Senatonun içtihadına göre, davranış yükümlülüklerinin ihlaline dayanmaktadır. Bunun

²² Looschelders (Fn. 8), § 56 Rn. 1170.

²³ Kötz/Wagner (Fn. 11), A. II. Rn. 7.

²⁴ Kötz/Wagner (Fn. 11), E.I. Rn. 128.

²⁵ Looschelders (Fn. 8), § 57 Rn. 1182; zu den Grenzen genuin juristischer Argumentation Hofmann, JZ 2018, 746, 753 f.

²⁶ Wagner, Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, A 20 f.; ders. (Fn. 16), § 823 Rn. 397 ff.; Kötz/Wagner (Fn. 11), E.II. Rn. 183 ff., 185; Hofmann, JuS 2017, 713, 714; mit Blick auf die Intermediärhaftung Ohly/Sosnitzka (Fn. 5), § 8 Rn. 127 f.

²⁷ Federal Yüksek Mahkeme, Karar tarihi 2.10.2012 - VI ZR 311/11 = NJW 2013, 48 Rn. 7; vgl. Hofmann, JZ 2018, 746, 750.

kapsamı, rahatsızlık yaratan kişinin duruma göre ne ölçüde değerlendirilebileceği ile belirlenir.”²⁸ Dikkat yükümlülüğü, davranışların kontrolüne yol açar.²⁹

İkincisi, sorumluluk bir sebebiyet verme şüphesine dayanabilir. Örneğin, yasa gereği, azınlıklarından dolayı ya da zihinsel ya da bedensel durumlarından dolayı denetime ihtiyaç duyan bir kişiyi denetlemekle yükümlü olan kişiler, yasalara aykırı olarak, üçüncü bir tarafa Medeni Kanun madde 832 I p gereğince verdikleri zararı tazmin etmekle yükümlüdürler. Ancak bu, denetleyici kişi denetleme görevini yerine getirdiğinde veya denetim uygun bir şekilde yapıldığında bile hasarın meydana geleceği durumlarda geçerli değildir; Medeni Kanun madde 832 I 2 (Alman Medeni Kanunu). Yani bir istisna olasılığı bulunmaktadır.³⁰ Sorumluluk suçlusu, kendisini ancak, dikkat yükümlülüğü ihlali yapmadığını kanıtlayarak bu sorumluluktan muaf tutabilir. Yani bu da özünde trafik sorumluluk ihlalleri ile ilgilidir.³¹ Başka bir deyişle: Sebebiyet verme yoksa, sorumluluk söz konusu değildir. Aracın sürücüsü aleyhine diğer suç unsurları örneğin Medeni Kanun madde 831, Medeni Kanun madde 836–838 veya Trafik Kanunu madde 18’de bulunmaktadır.

Üçüncü olarak, tehlikeye atma sorumluluğu vardır. Bunun belirtisi, sorumluluğun bir sebebiyet vermeden bağımsız olmasıdır. Sorumluluk suçlusu, trafikte gerekli dikkati göstermiş olsa bile, meydana gelen herhangi bir hasar için sorumlu olabilir. Bu da onun, tehlikeli olarak sınıflandırılan bir hareketi yaptığı için ödediği bedeldir.³² Tehlike kaynağında olan ve bundan bir yarar sağlayacak kişinin yaptığı hareket yasak olmamasına rağmen en azından dikkat yükümlülüğü ihlallerinin ötesinde, gerçek-

²⁸ Federal Yüksek Mahkeme, Karar tarihi 26.7.2018 – I ZR 64/17 = GRUR 2018, 1044 Rn. 15 – Dead Island.

²⁹ Looschelders (Fn. 8), § 56 Rn. 11667.

³⁰ Zu § 831 Medeni Kanun Staudinger, in: Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Baskı 2017, § 831 Rn. 1.

³¹ Sprau, in: Palandt, Medeni Kanun, 77. Baskı 2018, § 823 Rn. 45; Larenz/Canaris (Fn. 21), § 79 III 1, S. 475.

³² Wagner (Fn. 16), § 823 Rn. 19 m.w.N.

leşen hasardan sorumlu olması hakkaniyetlidir,³³ bu, özellikle de, sigorta güvencesinin mümkün olduğu durumlarda geçerlidir.³⁴ Önemli olan: Tehlikeli hareketin kendisi yasak olmasa da, üçüncü bir kişinin hakkının ihlali hukuka aykırıdır, çünkü,³⁵ bu üçüncü kişi bu hareketi kabul etmek zorunda değildir.³⁶ Örneğin, 1838 gibi erken bir tarihte demiryolu işletmecileri için tazminat yükümlülüğü getirildi.³⁷ Bunun hangi tehlike kaynakları için geçerli olduğu, yasalar tarafından düzenlenir (numaralandırma prensibi).³⁸ Yani yeni tehlikeye atma sorumluluğu suçları, yargıç değil, yasalar tarafından belirlenerek yürürlüğe alınmalıdır. Ancak bazı tahlikeye atma sorumluluğu olarak adlandırılan düzenlemeler, sonuç olarak suçlunun, 'dikkat yükümlülüğünün ihlal eden' bir hareketini gerektirir. Örneğin Ürün Sorumluluğu Kanunu madde 1 uyarınca ürün sorumluluğu, sebebiyet vermeden bağımsız olarak bir üstlenme yükümlülüğüne bağlıdır (Ürün Sorumluluğu Kanunu madde 1 I S. 1: Bir ürünün kusuru birisini öldürürse, vücuduna ya da sağlığına zarar verirse ya da bir mala zarar verirse, ürünün üreticisi zarar gören tarafın zararını tazmin etmekle yükümlüdür."). Bununla birlikte, üretici örneğin geliştirme risklerinden muaftır (bkz. Ürün Sorumluluğu Kanunu madde 1 II No. 5).³⁹ Ayrıca bir ürün hatası da bir sorumluluk koşuludur. Hata teriminde de (Ürün Sorumluluğu Kanunu madde 3)⁴⁰ dikkat öğeleri bulunmaktadır.⁴¹ Böylece burada da trafik yükümlülükleri mevcuttur.⁴²

³³ Wagner, JZ 1991, 175, 176.

³⁴ Looschelders (Fn. 8), § 71 Rn. 1440.

³⁵ Zur Frage der Rechtswidrigkeit Wagner (Fn. 16), Vor § 823 Rn. 21 ff.

³⁶ Looschelders (Fn. 8), § 71 Rn. 1441.

³⁷ bkz. Wagner, JZ 1991, 175; zur heutigen Rechtslage vgl. § 1 HaftPflG.

³⁸ Wagner (Fn. 16), Vor § 823 Rn. 25 f.

³⁹ Yeni teknolojilerle ilgili risk yükümlülüğü hakkında Zech JZ, 2013, 21.

⁴⁰ Ürün Sorumluluğu Kanunu madde 3 I: „Bir ürünün güvenliği sağlamazsa, tüm şartları dikkate alarak bir kusuru vardır, özellikle: a) performansı, b) makul olarak beklenebilecek kullanım, c) piyasaya sürüldüğü süre, makul bir şekilde beklenebilir.“; Ürün Sorumluluğu Kanunu madde 3 II: „Bir ürünün iyileştirilmişinin pazara sokulması, bu ürünün hatasız olduğu anlamına gelmez.“

⁴¹ Wagner, AcP 217 (2017), 707, 711 f.

⁴² Zum Ganzen Kötz/Wagner (Fn. 11), J.I. Rn. 611 ff.

Örneğin, sebebiyet vermeden bağımsız sorumluluk, lüks bir hayvanın sahibi için geçerlidir (Medeni Kanun madde 833 I S. 1). Daha sonra daha ayrıntılı olarak tartışılacak olan Karayolu Trafik Yasası (StVG) kapsamındaki sorumluluk veya bir demiryolu işletmesinin sorumluluğu da tehlikeye atma sorumluluğu olarak kabul edilir. Örneğin Sorumluluk Kanunu madde 1 I: „Bir demiryolunun ya da bir teleferiğin işletilmesinde bir kişi ölürse, ya da bir kişinin yaralanması ya da bir eşyasının zarar görmesi durumunda, işletmeci, zarar gören tarafın zararını tazmin etmekle yükümlüdür.“ Tehlikeye atmanın temelinde, tehlikeli hareketlerde fayda sağlayanın riskleri üstlenmesi fikri yatarken -fiili bir sigorta türü mevcut-,⁴³ tehlikeye atma sorumluluğu bir hareket kontrolünü sağlar. Ödemeleri mümkün olduğunca önlemek için, sorumlu taraf gerekli özeni gösterecektir.⁴⁴ Kendi çıkarları için, üçüncü tarafların ihlallerini ve bunlardan doğacak zararları mümkün olduğunca engellemeye çalışacaktır. Öte yandan, sorumluluk tehdidi faaliyet seviyesini düzenler. Ancak, tazminat tehdidinden daha fazla fayda sağlandığında, belirli bir tehlikeli faaliyet gerçekleşir.⁴⁵

Dördüncüsü, fedakarlık sorumluluğu, üçüncü bir tarafın haklarına yapılan müdahalelerin, müdahaleyi engelleyememesi halinde (yasadışı eksikliği nedeniyle) tazmin edileceğini belirtmektedir. Bunun bir örneği Medeni Kanun madde 904'de bulunmaktadır. Bir malın sahibi, mevcut bir tehlikenin önlenmesi için bir müdahale gerektiğinde ve tehlikenin gerçekleşmesi halinde doğacak zarar, mal sahibine müdahale sonucu doğabilecek zarara göre orantısız daha fazla ise, mal sahibinin müdahaleyi engelleme hakkı olmaz. Medeni Kanun madde 904 S. 2 bunu dengelemek için bir maddi tazminat yükümlülüğünü zorunlu kılmaktadır. *Beşincisi* ise, izin verme sorumluluğudur (bkz. Medeni Kanun 829).

⁴³ Wagner (Fn. 16), Vor § 823 Rn. 19.

⁴⁴ Wagner (Fn. 27), A 21.

⁴⁵ Wagner (Fn. 16), Vor § 823 Rn. 20, 55.

III. Trafik Kanununa göre sorumluluk

Tehlikeye atma sorumluluğunun en önemli uygulaması Trafik Kanunu madde 7 I'dedir. Burada şu belirtilmektedir: „Bir motorlu taşıtın veya bir motorlu taşıtın çektiği bir römorkun işletimi sırasında, bir kişi ölürse, bir kişinin bedeni veya sağlığı zarar görürse ya da bir mal zarar görürse, araç işleten kişi, yaralanan kişinin zararını tazmin etmekle yükümlüdür.“ Yani, araç işleten, sebebiyet vermesinden bağımsız olarak, aracın işletilmesinden doğan yaralanmalardan veya mala gelecek zararlardan sorumludur. Federal Yüksek Mahkemeye göre, Trafik Kanunu madde 7 I kapsamında sorumluluk, „motorlu araç kullanımıyla bir tehlike kaynağı yaratmak“ için yasal olarak söz konusu olan bedeldir.⁴⁶ Bu nedenle standart, motorlu taşıt trafiğinin etkilediği tüm hasar süreçlerini kapsamaktadır. Buna göre hasar, aracın „işletilmesi“ ile oluşmuştur.⁴⁷ Dogmatik olarak, bu nedenle, „işletimsel tehlikenin“ gerçekleşmiş olması sorumluluk için önemlidir. Trafik aracı olan araç ile bağlantılı bir tehlikenin gerçekleşmiş olması gereklidir (trafik yorumlaması).⁴⁸ Tehlikenin motor gücünden kaynaklanıp kaynaklanmadığı belirleyici değildir (makine yorumlaması).⁴⁹ Araçtan kaynaklanan bir tehlikenin gerçekleşmiş olması yeterlidir, bu örneğin bir yükleme işlemi⁵⁰ veya hasarın işletme donanımında bir arıza nedeniyle oluşmuş olması durumlarında da geçerlidir.⁵¹ İşletimsel tehlikenin sorumluluğu için, kazanın belirli bir işletim sürecine veya işletme aracına yakın yerde ve zamanda gerçekleşmesi önemlidir.⁵² Ayrıca özel bir sorumlu-

⁴⁶ Federal Yüksek Mahkeme Karar tarihi 26.4.2005 - VI ZR 168/04 = NJW 2018, 2081, 2082.

⁴⁷ Federal Yüksek Mahkeme Karar tarihi 26.4.2005 - VI ZR 168/04 = NJW 2018, 2081, 2082.

⁴⁸ Burnmann, in: Burnmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, 25. Baskı 2018, § 7 Rn. 7.

⁴⁹ Burnmann (Fn. 49), § 7 Rn. 8.

⁵⁰ Looschelders (Fn. 8), § 72 Rn. 1451.

⁵¹ Federal Yüksek Mahkeme Karar tarihi 21.1.2014 - VI ZR 253/13 = NJW 2014, 1182 Rn.6.

⁵² Federal Yüksek Mahkeme Karar tarihi 21.1.2014 - VI ZR 253/13 = NJW 2014, 1182 Rn. 5.

luk bağlantısı mevcut olmalıdır. Sorumluluk yalnız, hasarın sorumluluğunun, tehlikeye atma sorumluluğundan koruma amacı mevcut olmaması bağlamında yüklenebileceği durumlarda geçerlidir. Bu bağlamda eksik olan, hasarın, sorumluluk hükmüne ilişkin olarak trafiğe zarar verilmemesi için yapılacak hareketlerden doğmaması durumlarıdır. Bu, çalışma tehlikesinden bağımsız bir tehlike bölgesinin meydana geldiği hasar durumlarıdır.⁵³

Burada bir sebebiyet verme gerekli değildir. Bu ise, durumun ispatlanmasını kolaylaştırması bakımından avantajlıdır. Trafik kazalarının çoğunda bir sebebiyet verme (hafif) tespit edilebilse (örneğin sürücünün hız yapması veya cep telefonu kullandığından dikkatinin dağılması) ve de böylece Medeni Kanun madde 823 I uyarınca bir sorumluluk sözkonusu olsa da (bkz. Trafik Kanunu madde 16), hasar görenin tazminat hakkı genel olarak Trafik Kanunu madde 7 I'ye dayandırılır. Hasarın araç işletenin suçu olmaksızın meydana gelmesi halinde (örn. bakımı düzgün yapılan bir lastiğin patlaması), sebebiyet verme bağımsızlığı her zaman geçerli olur. Bu durumda Medeni Kanun madde 823 I yerine gelmemiş olur. Araç işleten, aracı masraflarını da üstlenerek kullanan ve araç kullanımında söz sahibi olan kişidir.⁵⁴ Bu nedenle kendi hesabı üzerine tasarruf hakkı olan kişi mal sahibi olmadan da örneğin kiralayan kişi de araç işleten olabilir.⁵⁵

Mücbir sebep hallerinde sorumluluk buna dahil değildir (Trafik Kanunu madde 7 II). Ancak bu terim dar olarak yorumlanmaktadır. Önemli olan, olayın dışarıdan gelmesi, olağanüstü ve öngörülemeyen ve azami özenle de önlenemez olup olmadığıdır.⁵⁶ Örnek olarak heyelan veya intihar eden birinin

⁵³ bkz. Federal Yüksek Mahkeme Karar tarihi 2.7.1991 - VI ZR 6/91 = NJW 1991, 2568.

⁵⁴ Burnmann (Fn. 49), § 7 Rn. 5.

⁵⁵ Federal Yüksek Mahkeme Urt. 10.7.2007 - VI ZR 199/06 = NJW 2007, 3120, 3121.

⁵⁶ *Looschelders* (Fn. 8), § 72 Rn. 1455.

kendisini köprüden atması gösterilebilir.⁵⁷ Çocukların hatalı davranışları ise sıradışı değildir⁵⁸ Bu nedenle, bir sebebiyet verme unsuru, tehlike sorumluluğu için basittir. Bir kişinin araç işletenin bilgisi ve rızası dışında aracı kullanması halinde de, araç işletenin sorumluluğu kısıtlı olur. Sorumluluk yalnız aracın kullanımı onun hatası ile mümkün olduğunda geçerli olur. (Trafik Kanunu madde 7 III S. 1). Burada da bir sebebiyet verme unsuru bulunmaktadır. Bununla birlikte, bu kural, araç işleten tarafından üçüncü tarafa bırakılmışsa veya kullanıcı, motorlu taşıtın çalışması için araç işleten tarafından çalıştırılıyorsa geçerli değildir (Trafik Kanunu madde 7 III S. 2).

Bir trafik kazasında birden fazla araç karıştıysa, sorumluluk oranlarının düzenlenmesi gerekmektedir. Söz konusu olan üçüncü kişilerin gördüğü hasarlarsa, Trafik Kanunu madde 17 I StVG uyarınca tazminat zorunluluğu ile araç sahiplerinin sorumluluk oranları geçerli olur (iç oran) ve bu oranlar özellikle, hasarın büyük oranda hangi tarafın suçu ile gerçekleştiğine bağlıdır.⁵⁹ Dolayısıyla, işletimsel risk bir faktör olarak kalsa bile, yine sebebiyet vermeye yer vardır.⁶⁰ Aynı kurallar, kazaya dahil olan araç sahiplerinden birinin hasar görmesi halinde, araç sahiplerinin kendi aralarındaki sorumlulukları için de Trafik Kanunu madde 17 II uyarınca geçerlidir. Trafik Kanunu madde 17 III, önlenemez olaylar halinde, Trafik Kanunu madde 17 I ve II'nin uygulanmasını engeller. Burada yine sebebiyet verme önemlidir. Bunun haricinde Trafik Kanunu madde 9 ve Medeni Kanun madde 254 uyarınca ortak suçluluk dikkate alınmalıdır. Trafik Kanunu madde 18 aracı kullananın sorumluluğunu gerektirir. Bu maddede yine sebebiyet verme sorumluluğu bulunmaktadır. Bu nedenle sürücü, bir talebi önlemek için itiraz etmelidir. Trafik Kanunu uyarınca sorumluluk, belirli azami tutarlarla düzenlenmiştir (Trafik Kanunu madde 12, 12a).

⁵⁷ Burnmann (Fn. 49), § 7 Rn. 19.

⁵⁸ Burnmann (Fn. 49), § 7 Rn. 19.

⁵⁹ Zur Abwägung Heß, in: Burnmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, 25. Baskı 2018, § 17 Rn. 10 ff.

⁶⁰ Looschelders (Fn. 8), § 72 Rn. 1469.

IV. Otonom araç kullanımı üzerine düşünceler

Son olarak, otonom araç kullanımının ne ölçüde gerçekleştiğine veya ne ölçüde sorumluluk sisteminde değişikliklere neden olması gerektiğine kısaca değinilecektir. Dikkat yükümlülüğü ihlalleri araç sürücüsünün ve işletenin sorumluluğunu gerekçelendirebilirken (örneğin, sisteme gereksiz aşırı yüklenme yapmak, gerekli güvenlik güncellemelerini geciktirmek vb.) bir sebebiyet verme mevcut değilken sorumluluk sorusu sorulur. Güncel olarak, aracı kullanan, Trafik Kanunu madde 1b uyarınca aracı kullandığı sırada yüksek oranlı veya tam otomatik sürüş fonksiyonları sayesinde trafikten veya araç kullanımından uzaklaşabilir. Bu durumda Trafik Kanunu madde 18 (veya Trafik Kanunu madde 1a IV, buna göre sürücü, yüksek oranlı veya tam otomatik sürüş fonksiyonları ile de Trafik Kanunu madde 18 uyarınca halen araç sürücüsü olarak tanımlanır) uyarınca bir sorumluluk sözkonusu değildir. Ancak sürücünün algıları bu durumda açık kalmalıdır.⁶¹ Sürücü, yüksek veya tam otomatik sürüş fonksiyonlarının kullanım amacının artık mevcut olmadığına açık bir şekilde ortaya çıkması veya fark etmesi durumunda, aracın kontrolünü derhal tekrar ele almak zorundadır. (Trafik Kanunu madde 1b). Özellikle sistem hatalarından dolayı meydana gelen kazalarda, sebebiyet vermektен bağımsız araç işleten sorumluluğu bu maddeden etkilenmez.⁶² Bu durumlarda mücbir sebepler de geçersiz olur(bkz. Trafik Kanunu madde 17 III c. 2).⁶³ Sadece „gerçek“ otonom sürüş söz konusu olduğunda, sürücü sorumluluğu geçersiz olur.⁶⁴

Ancak bu durumda, sebebiyet vermektен bağımsız araç işletenin sorumluluğunun yanında (bkz. III.) başka bir sorumluluk aracı önem kazanacaktır: Üreticinin ürün sorumluluğu.⁶⁵

⁶¹ Zur Neuregelung Greger, NZV 2018, 1.

⁶² Jahnke, in: Burnmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, 25. Baskı 2018, § 1b Rn. 6.

⁶³ Armbrüster, ZRP 2017, 83, 84; vgl. Wagner, AcP 217 (2017), 707, 758.

⁶⁴ Armbrüster, ZRP 2017, 83, 85; vgl. Wagner, AcP 217 (2017), 707, 709.

⁶⁵ So beispielsweise Lutz, NJW 2015, 119 f.; Gomille, JZ 2016, 76, 81; Wag-

Üretici, hem Ürün Sorumluluk Kanunu madde 1 ff. ile düzenlenen ürün sorumluluğunu hem de Medeni Kanun madde 823 I uyarınca kusurlu üretim sorumluluğunu üstlenmek zorundadır.⁶⁶ Üretici ve araç işleten ortak suçlu olarak sorumludur. Uygulamada, hasar gören tarafın mal sahibini Trafik Kanunu madde 7/1 gereğince sorumlu görmesi en basit işlem olacaktır; ancak araç işleten de bu durumda üreticiden tazminat talep edebilir (Medeni Kanun madde 426 I),⁶⁷ bu da, üçüncü kişilere gelen hasar, önemli ölçüde üreticinin sorumluluğundan meydana geldiği hallerde yüksek başarı şansına sahiptir.⁶⁸ Her halükarda, araç işletenin maliyetleri karşılması gerekse de - üreticiye anıyan masraflar, üretici tarafından araç fiyatları ile alıcılarına yansıtılabilir -,⁶⁹ bu aynı zamanda üreticinin aracı daha fazla geliştirmesi bir teşvik aracıdır.⁷⁰ Örneğin, bir geliştirme riskinin (Ürün Sorumluluk Kanunu madde 1 II No. 5) gerçekleşmesi nedeniyle, sorumluluk kabul edilmese bile, Medeni Kanun madde 823 I çerçevesinde, gelecek için kabul görmüş ürün izleme yükümlülükleri, hatanın giderilmesini sağlayacaktır.⁷¹ Bu, üreticinin ücretsiz güncelleme yükümlülüklerine kadar yol açabilir.⁷² „Yapay zeka“ bakımından google'deki aranan kelimeleri otomatik tamamlama sorumluluğu örnek olabilir. Arama sistemi öngörülme (hak ihlali olan) arama önerilerinde bulunursa ilgili bilgi kendisine verildikten sonra işletenin sorumluluğu söz konusudur.⁷³ Otonom araç kullanımı dolayısıyla meydana gelen zararlar zarar görenlerin aleyhine olamayacağından dolayı sorumluluk sistemi bu yeni teknolojinin kabulünü sağlayacaktır.

ner, AcP 217 (2017), 707, 709, 758 ff., 759.

⁶⁶ Zur Produzentenhaftung Looschelders (Fn. 8), § 61 Rn. 1255 ff.

⁶⁷ Armbrüster, ZRP 2017, 83, 85; Wagner, AcP 217 (2017), 707, 760.

⁶⁸ Gomille, JZ 2016, 76, 82; Greger, NZV 2018, 1, 4 f.

⁶⁹ Armbrüster, ZRP 2017, 83, 85.

⁷⁰ Armbrüster, ZRP 2017, 83, 85; Wagner, AcP 217 (2017), 707, 762.

⁷¹ Gomille, JZ 2016, 76, 79 ff.; Wagner, AcP 217 (2017), 707, 750 ff.

⁷² Wagner, AcP 217 (2017), 707, 755 ff.; vgl. Gomille, JZ 2016, 76, 81.

⁷³ Federal Yüksek Mahkeme Karar tarihi 14.5.2013 - VI ZR 269/12; bkz. bu konuda Müller-Hengstenberg/Kirn, CR 2018, 682, 687 ff.

V. Özet

Alman suçlar kanunundaki sebebiyet verme sorumluluk kanunu için önemli bir gerekçedir. Bu, sebebiyet verme, dikkat gösterme yükümlülüğünün ihlali, yani: trafik yükümlülüğünün ihlali olarak yorumlandığında daha da önem kazanır. Ayrıca Ürün Sorumluluğu Kanununda veya dolaylı yaralanmalarda bu tür bir dikkat ihlali bir sorumluluk sebebidir. Sorumluluk kanunu böylece ilgili davranış kontrolünü etkileyebilir. Özellikle yeni teknolojilerin geliştirilmesinde, ürünlerin uygun şekilde geliştirilmesi için teşviklerin belirlenmesi çok önemli olacaktır. Sebebiyet vermeden bağımsız, yani dikkat ihlallerinden bağımsız bir tehlikeye sokma sorumluluğu da buna katkıda bulunabilir. Aynı zamanda, bu, rastgele hasarların kamu tarafından değil, faydalanıcı tarafından karşılanmasını sağlar. Bu özellikle yeni teknolojilerin kabul görmesinde önemlidir. Araç sahiplerinin sorumluluğu ürün sorumluluğu ile birlikte otonom sürüş için yeterli donanıma sahip gibi görünse de,⁷⁴ diğer otomatize sistemler için de bir tehlikeye atma sorumluluğunun geçerli kılınması gerekip gerekmediği sorusu karşımıza çıkıyor.⁷⁵

⁷⁴ Zum Problem der Steuerung des Aktivitätsniveaus Wagner, AcP 217 (2017), 707, 763 f.

⁷⁵ bkz. Zech, in: Gless/Seelmann (Hrsg.), Intelligente Agenten und das Recht, 2016, S. 163, 195 f., 196 ff.

MONTREAL KONVANSİYONU'NA GÖRE HAVA YOLU İLE TAŞIMA SÖZLEŞMELERİNDE TAŞIYANIN CİSMANİ ZARARLARDAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞU

*Prof.Dr. Kemal ŞENOCAK**

A- GİRİŞ

1929 tarihli Varşova Sözleşmesinin yerine geçmek üzere hazırlanan “Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme” (Montreal Konvansiyonu) 28 Mayıs 1999 tarihinde Montreal’de imzalanmıştır. Konvansiyonun yürürlüğünü düzenleyen 53/6 hükmü uyarınca, 30’ncü devletin onay tarihinden 60 gün sonra, yani 4 Kasım 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 2 Nisan 2009 tarihinde, “Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme’nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” TBMM’de kabul edilmiş ve 14 Nisan 2009 tarihinde¹ yürürlüğe girmiştir. Türkiye’nin Konvansiyona taraf olma isteğine ilişkin belgeler ise 25 Ocak 2011 tarihinde Uluslararası Sivil Havacılık Örgütüne (ICAO) verilmiştir. Böylece taraf olma koşullarının tamamlandığı 26 Mart 2011 tarihi itibarıyla, Türkiye Montreal Konvansiyonu’na taraf olmuştur.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi

¹ 14 Nisan 2009 tarih ve 27200 sayılı Resmi Gazete

Montreal Konvansiyonunun 17'nci maddesini 'nci fıkrasına göre: "Taşıyıcı, bir yolcunun ölümü ya da bedensel yaralanması durumunda uğramış olduğu hasara karşı sadece ölüm ya da yaralanmaya sebebiyet veren kazanın hava aracının içinde ya da herhangi bir yükleme veya boşaltma faaliyeti sırasında meydana gelmiş olması halinde sorumludur".

Konvansiyonun 17'nci maddesi uyarınca havayolu taşıyıcısının yolcunun ölümü ya da bedensel bütünlüğün ihlalinin dolaylı sorumluluğunun doğabilmesi için gerçekleşmesi gereken şartlar aşağıda ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

B- SORUMLULUK ŞARTLARI

I. Cismani Zarar

Montreal Konvansiyonunun 17'nci maddesi uyarınca taşıyanın sorumluluğu için cismani zararın gerçekleşmiş olması gerekir. Konvansiyon Cismani Zararın iki türünden söz etmektedir: Ölüm ve vücut bütünlüğünün ihlali. Montreal Konvansiyonu tazminatın hangi kapsamda ifa edileceğine ilişkin bir hüküm içermemektedir. Tazminat miktarının belirlenmesi bu nedenle uyuşmazlığa uygulanacak ulusal hukuk kurallarına göre belirlenecektir. Uyuşmazlığa Türk hukukunun uygulanması halinde, tazminatın kapsamı ve tazminat talebinde bulunacak kişiler hakkında Türk Borçlar Kanunu'nun 53 vd. maddeleri uygulanacaktır".² Bu bağlamda belirtmek gerekirse, Konvansiyon, somut olayda hangi zararın tazmin edileceği, yani maddi manevi zararın mı tazmin edileceği sorununa da dokunmamıştır. Bu soruna ilişkin düzenlemeyi de milli hukuka bırakmıştır.³ Dolayısıyla, Türk Hukukunda Konvansiyon'un 29'ncü maddesinden hareketle, manevi tazminatın talep edilemeye-

² Bozkurt Bozabab, B.: Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Cismani Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2013, sh. 109.

³ Giemulla, E./Schmidt, R.: Montrealer Übereinkommen, Internationales Lufttransportrecht, Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht, Köln 2009, Art. 29 MÜ Rdnr. 5.

ceği yönündeki görüşe⁴ katılmamaktayım. Konvansiyonun 29'uncu maddesi, cezai tazminat (punitive damage, exemplary damage) gibi zararı telafi etme, denkleştirme amacı gütmeyen ödemeleri kapsamaktadır. Manevi tazminat ise, bu hüküm kapsamında değerlendirilemez.⁵ Nitekim Alman Frankfurt İstinaf Mahkemesi, uçuş personeline alerjik durum bildirilmesine rağmen uçakta buharda ısıtılmış havlu dağıtımı nedeniyle alerjik reaksiyon gören ve nefes almakta zorluk çeken yolcuya karşı taşıyanı manevi tazminat ödemeye mahkum etmiştir.⁶

II. Zarara Neden Olan Kaza

Konvansiyon'un 17'nci maddesine göre cismani zarara bir "kaza"nın sebebiyet vermesi gerekir. Aksi takdirde, talebin Konvansiyonun 17'nci maddesine dayandırılması mümkün değildir.⁷ Montreal Konvansiyonu, Varşova Konvansiyonunun terminolojisini aynen almıştır. Bununla birlikte, Montreal Konvansiyonunda Varşova Konvansiyonunda olduğu gibi "kaza" kavramından ne anlaşılması gerektiğinden söz edilmemektedir. Konvansiyonun 17'nci maddesinde geçen "kaza" (accident) kavramıyla 18'nci maddede geçen "olay" (event; fait) kavramlarının karşılaştırılmasından, Montreal Konvansiyonunun hazırlayıcılarının cismani zarar halinde sorumluluk açısından herhangi bir zarar olayından kaynaklanmayı yeterli görmediği sonucu çıkmaktadır.⁸ Bu konuda "A:aza" kavramını "geniş" ve "dar" anlayan iki farklı görüş mevcuttur.

⁴ Bozkurt Bozabalı, B., sh. 128-129; Sözer, BHavayolu İle Yapılan Taşımalarda Yolcunun maruz kaldığı Zararlardan Doğan Manevi Tazminat Talepleri, Hava Taşıma Hukuku Sempozyumu, Fatih Üniversitesi, İstanbul 2012,sh.

⁵ Ortaç, N.O.: Hayayolu İle Taşınan Yolcuların Ölümünden veya Bedensel Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Akdi Sorumluluk, Ankara 2014, sh.46 vd.

⁶ OLG Frankfurt, 16.04.2014 - 16 U 170/13, NJW-RR 2014, sh. 824-825.

⁷ US District Court (SONY), 16 Avi. 17, 944 Lautore v. United Airlines; Giemulla, EJSchmidt, R.: Montrealer Übereinkommen, Art. 17 MÜ Rdnr. 6.

⁸ Giemulla, EJSchmidt, R.: Montrealer Übereinkommen, Art. 17 MÜ Rdnr. 12; Fabian, R.: Montrealer Übereinkommen, Kommentar 2. Aull., Berlin/Boston 2011, Art. 17 MÜ Rdnr. 12. 1929 tarihli Varşova Konvansiyonu için bkz. Schneider, P.: Die Haftung des Luftfrachtführers bei Flugzeugführungen und sonstigen kriminellen Angriffen auf Luftverkehr, ZLW 1989, sh. 223.

a) Geniş Anlamda Kaza

Kaza kavramının geniş amnada anlayan görüş, hakim görüşüdür. Aynı kavramı kullanan Varşova Konvansiyonu'nun 17'nci maddesi açısından değerlendirme yapan Amerikan Temyiz Mahkemesi, Air France v Saks kararında, mutad olmayan, beklenmedik ve yolcudan kaynaklanmayan bir olayın veya olgunun yolcuya etki etmesi sonucu yolcunun ölümü veya yaralanması halinde Konvansiyonun 17'nci maddesi anlamında "kazanın" mevcut olduğunu kabul etmiştir.⁹ Bu görüş, Povey v. Quantas Airways Ltd. kararında da paylaşılmıştır.¹⁰ Ölüm ya da yaralanmanın sebebi, yolcunun dışındaki bir sebepten kaynaklanmalıdır.¹¹ Buna göre, hava aracının olağan, normal ve beklenen şekilde işletilmesine bağlı olarak gerçekleşen yaralanmalarda Konvansiyon anlamında kaza yoktur.¹² Kazadan bahsedilebilmesi için hava aracının hasara uğraması şart değildir.¹³ Fransız Temyiz Mahkemesi de benzer görüşü savunarak, kişinin dışında meydana gelen ondan kaynaklanmayan her olayın „un quelconque événement extérieur à sa personne" kaza olduğunu kabul etmiştir.¹⁴ Alman mahkemeleri de "kaza" kavramından, "yolcunun ölümü veya yaralanmasına yol açan yolcudan kaynaklanmayan harici bir etkiye dayanan ani, yer ve zaman yönünden belirli bir olay" şeklinde anlamaktadır.¹⁵ Tanımda yer alan "anilik" unsuru, olayla ilgili olup, zararın gerçekleşmesinin "ani" olması şart değildir.¹⁶ Kazanın üçüncü kişinin kastı veya kusuru sonucu ya da kusursuz olarak gerçekleşip gerçekleşmediğinin bir önemi yoktur.¹⁷

⁹ US SC, 4.3.1985 -Air France v Saks- 18 Avi 18.538, 540.

¹⁰ Povey v. Quantas Airways Ltd. - 2005 HCA 33, Rdnr. 149, 166

¹¹ US SC, 24. 2. 2004 - Olympic Airways v Husain - 540 US 644, Nr. 19; U S CA 2nd Cir., 16. 9. 1997 - Tseng v EL Al Israel Airlines - 122 F.3 d 99, Nr. 29.

¹² Margo, R.D/Æobe, S./v. Ruckteschell, N.: Kölner Kompendium des Luftrechts, Bd. III, Köln 2010, sh. 116.

¹³ Kilian, M.: Die Haftung des Luftfrachtführers für schadensverursachende Passagiere, TransportR 2003, Heft 5, sh. 179.

¹⁴ F Cass, Urt v 29. 11. 1989 - Sanchez c Air France - RFDA 1989 sh. 539, 540.

¹⁵ BGH, NJW 1982 sh. 1046; OLG Oldenburg, NJW-RR 1990, sh. 992; AG Köln, ZLW1981 sh. 315.

¹⁶ Fabian, R.: Art. 17 MÜ Rdnr. 13.

¹⁷ Fabian, R.: Art. 17 MÜ Rdnr. 13.

b) Dar Anlamda Kaza Kavramı

Doktrinde, yukarıda zikredilen görüşe geniş anlamda kaza kavramının ucu bucağı olayan bir kavram olduğunu, davacını kendi dışında bulunan her mutad olmayan olaya dayanarak uğradığı cismani zararlar için tazminat talep edebileceğinden bahisle eleştiri getirilmiştir. Kaza kavramını dar anlamda anlayan görüşe göre, havayolu taşıyıcısının karşı âkidi, taşımanın genel standartlara uygun bir şekilde gerçekleştirilmesini bekler. Hava yolu taşıyıcısı sözleşme ile bunu üstlenir ve garanti eder. Taşıyan, zararın önlenmesi için tedbir almamış veya alamamış olması halinde sorumluluktan kurtulamaz. Bu durumun tersine yolcu da, hava yolu ile taşımada tipik olayları (türbülans, kötü hava, uçağı gövdesine yıldırım çarpması, basınç değişimi, uçağın kabininde kuru hava, hava boşluğu, uçağın az ya da çok sert inişi) uçağın normal işletmesinden kaynaklanan olaylar olduğunu bilmekte ve hesap etmekte ve bu ihtimalleri dışlamamaktadır; dolayısıyla bu olaylara katlanmalıdır. Hakim öğretinin kabul ettiği gibi bu olayların yolcudan kaynaklanmamış olması ve sürpriz olması, umulmadık olması şart değildir.¹⁸

Bu görüş, Montreal Konvansiyonununun 17'nci maddesinde geçen kaza kavramını, 28'nci maddede geçen "uçak kazası" kavramına indirgediğinden bahisle eleştirilmektedir. Ayrıca, uçak belirli bir yüksekliğe ulaştıktan sonra emniyet kemerinin çözülmesine izin veren havayolu taşımacısının hava boşluğuna düşme nedeniyle uğranılan cismani zarardan dolayı sorumlu tutulmamasına yol açan bu görüş haklı olarak anlaşılır bulunmamaktadır.¹⁹ Ayrıca bu görüş, yolcuya, havayolu ile taşıma esnasında cismani zarara yol açan olayın atipik olduğunu iddia ve somutlaştırma yükü yüklemek suretiyle getirilen tehlike sorumluluğunda yolcu aleyhine bir sapmaya yol açmaktadır.²⁰

¹⁸ Giemulla, E./Schmidt, R.: Montrealer Übereinkommen, Art. 17 MÜ Rdnr. 13.

¹⁹ Fabian, R.: Art. 17 MÜ Rdnr. 14.

²⁰ Fabian, R.: Art. 17 MÜ Rdnr. 14.

c) Kaza Kavramı ile ilgili Olarak Yargı içtihatlarından Somut Örnekler

Montreal Konvansiyonun 17'nci maddesi uyarınca şu olaylar kaza olarak nitelendirilebilir: Teknik arıza nedeniyle kabinde hava basıncının aniden düşmesi,²¹ uyuma koltuğundaki arıza nedeniyle siyatik ağrıların tetiklenmesi,²² kötü hava şartları nedeniyle aniden meydana gelen türbülans,²³ sıcak içecek veya yemeğin yolcunun üzerine dökülmesi,²⁴ ikram edilen bozulmuş yemeğin yolcu tarafından yenmesi,²⁵ baş üstü dolabından ağır nesnelerin düşmesi,²⁶ starttan hemen sonra tekerleğin patlaması;²⁷ uçak inişe geçerken servis aracının sabitlendiği yerden kurtulup yuvarlanarak bir yolcuyu yaralaması.²⁸

Yolcuların, birlikte yolculuk yaptığı diğer kişiler tarafından yaralanması durumunda Montreal Konvansiyonunun 17'nci maddesi anlamında "kaza"dan bahsedilebilir bahsedilemeyeceği sorunu tartışmalıdır. Uçak içinde yolcular arası kavgada fiziksel güç kullanılması halinde bir yolcunun yaralanması, Amerikan mahkemelerince kaza olarak değerlendirilmemiştir.²⁹ Aynı şekilde, *Cush v BWIA* uyuşmazlığında, göçmen dairesi yetkililerince, ülkeyi terketme izni olmadığından bahisle uçağı terketmesi istenen yolcunun, bu isteğe uymaması yüzünden doğrudan doğruya zor kullanılarak uçak dışına çıkarılırken yaralanması hadisesinde bir kazanın varlığı kabul edilmemiştir.³⁰ Belirtelim ki, "passenger-to-passenger interactions"lara

²¹ US DC, Urt 29. 6. 1978 - *Morris v Boeing Co*- 15 Avi 17.241.

²² AU VSC, 20. 9. 2005 - *Malaysian Airline Systems Berhad v Krum* - 2005 VSCA 232.

²³ US CA 2nd Cir., 12. 8. 2003 - *Magan v Lufthansa German Airlines* - 339 F.3 d 158, Nr. 24.

²⁴ Fabian, R.: Art. 17 MÜ Rdnr. 15.

²⁵ US CA 2nd Cir., 2. 8. 1985 - *Alleged Food Poisoning Incident March al Zamil v British Airways* - 770 F.2 d 3, 5.

²⁶ Fabian, R.: Art. 17 MÜ Rdnr. 15.

²⁷ US DC 26. 12. 1985 - *Arkin v Trans International Airlines* - 19 Avi 18.311.

²⁸ OLG Köln, Urt v 25. 3. 1997 - 15 U 96/94 - VersR 1998, sh. 1120vd.

²⁹ US District Court (SDNY), 23 Avi 18, 465- *Price v British Airways*.

³⁰ US District Court (E.D.N.Y), (2001 WL 1613978 (2001)).

yol açan durumlar çoğu durumlarda uçakla yolculuğa özgü faktörlerdir. Örneğin, Lahey v. Singapoere Airlines olayında, economiy classta yolculuk yapan yolcu, önde oturan yolcunun koltuğunu geriye yaslaması yüzünden koltuğunu dik duruma getirmesini istemişti. Ön koltukta seyahat eden yolcunun bu isteği geri çevirmesi üzerine çıkan kavgada bu yolcu yaralanmıştı. Amerikan mahkemesi, söz konusu uyuşmazlıkta, haklı olarak,³¹ economiy classta koltuklar arasının daha dar olmasının yolcuların agresif olmasına yol açması keyfiyetinin uçakla seyahatin tipik rizikosu olduğundan bahisle konvansiyon anlamında kazanın varlığını kabul etmiştir.³² Keza, Wallace v Korean Airlines uyuşmazlığında da yolcunun başka bir yolcu tarafından cinsel tacize uğraması, özellikle, gece yolculuğundan kabin ışıklarının karartılması nedeniyle bu eylemin gerçekleştirmiş olması uçakla yolculuğun tipik rizikosunu teşkil edeceğinden bahisle kaza kavramı altında değerlendirilmiştir.³³

Uçak kaçırma (Hijacking) olayları ve terör saldırıları, kaza kavramının sadece teknik ve mekanik olaylara indirgenemeyeceği; üçüncü kişilerin öngörülemez saldırı ve müdahalelerinin de kaza kavramının altında değerlendirileceği düşünülecek olursa, Montreal Konvansiyonun 17'nci maddesi kapsamında kabul edilmesi gerekir. Hava yolu taşımacısı, uçağa binişte, bununla ilgili önleyici güvenlik tedbirlerini almak zorundadır. Gerek Amerikan ve gerekse Fransız mahkemeleri, bu tür hadiseleri Konvansiyon anlamında hava yolu taşımacısının sorumluluğuna yol açan kaza kavramı altında değerlendirmiştir.³⁴ Montreal Konvansiyonu'nun 21'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendi de uçak kaçırma ve terör saldırılarının Konvansiyonun 17'nci maddesi anlamında kaza sayılacağına bir deli-

³¹ Kilian, M., TransportR 2003, Heft 5, sh. 181.

³² US DC, 5. 10. 2000 - Lahey v Singapore Airlines - 115 F.2 d 464, 466.

³³ US CA 2nd Cir. - 6. 6. 2000- Wallace v Korean Airlines - 214 F.3 d 293, 297.

³⁴ USCA3rd Cir., 4. 2. 1977 - Evangelinos v TWA - 1977 USAvR 526, 530; US DC, 10, 9. 1975 - Krystal v British Overseas Airways Corp - 403 F. Supp 1332; F Cass, 16. 2. 1982 - Epoux Haddad c Cie Air France - RFDA 1982, sh. 342; F TGI, 28. 4. 1978 - Époux Haddad c Cie Air France - RFDA 1979, sh. 330,

lidir. Söz konusu hükme göre, ölüm ya da yaralanma şeklinde tezahür eden zararın 113 100 SDR'ı aşması halinde, taşıyıcı, söz konusu zararın sadece üçüncü kişinin kusuru, ihmali ya da diğer bir haksız bir eylemi neticesinde meydana geldiğini ispatlarsa, sadece 113.100 SDR ile sınırlı olacaktır. Görüldüğü üzere, anılan hüküm, Montreal Konvansiyonu hazırlayanlar, Amerikan Mahkemelerinde olduğu gibi geniş bir kaza kavramından hareket etmişlerdir.³⁵

Yarg. 11. HD.nin 26/02/2015 tarih ve E. : 2014/4871 K. : 2015/2613 sayılı kararında³⁶ her ne kadar uçak kaçırmanın Konvansiyon anlamında kaza olup olmadığını tartışmamışsa da, kararda yer alan ifadelerden dolayı olarak kaza kavramı içerisinde gördüğü söylenebilir:

“Dava, taşıma sözleşmesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Dava konusu olayda, merkezi Türkiye’de bulunan davalı taşıyıcının KKTC vatandaşı olan davalıları Lefkoşe’den İstanbul’a ardında tekrar Lefkoşa’ya hava yolu ile taşımayı taahhüt ettiği, uçak Lefkoşe’den havalandıktan sonra iki hava korsanı tarafından kaçırıldığı, pilotlar tarafından yakıtın yetmeyeceği söylenerek, Antalya havaalanına uçak indirildiği, pilotlar inişin sonra kabin camlarını açarak uçağı terk ettikleri, uçakta kabin memurları ve yolcuların kaldığı, yerden emniyet güçlerinin müdahale çalışmaları sırasında uçağın havasız ve oksijensiz kaldığı, bir kısım yolcuların panikle acil çıkış kapısını açarak yere atladıkları, davacıardan Mehmet Zaim Necatigil’in bu şekilde yaralandığı anlaşılmıştır. Taşıyıcı hem TTK hükümleri hemde Varşova Konvansiyonu kuralları uyarınca, yolcuları gidecekleri yere sağ ve sağlam olarak ulaştırmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilebilmesi için taşıyıcının tedbirli bir taşıyıcıdan beklenen tüm özeni göstererek uçağın uçuşa elverişliliğini sağlaması ve bunu devamlı kontrol altında tutması, ayrıca yolcuların uçuş sırasında herhangi bir zarara maruz kalmaması için gereken tüm güvenlik önlemlerini alması gerekir. Sağ ve sağlam götür-

³⁵ Fabian, R.: Art. 17 MÜ Rdnr. 16.

³⁶ Karar yayınlanmamıştır. Karar için sayın hakim Döndü Deniz Bilir hanımefendiye teşekkür ederim.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

me borcunun biniş ve iniş süreçleri de dahil olmak üzere yolcunun uçakta bulunduğu süre içinde mevcut bulunduğu kabul edilmektedir. Yolcunun hava limanındaki binadan uçağa binmek üzere ayrılması anında biniş süreci başlar; taşıma sözleşmesinin tam ve gereği gibi ifa edildiğinin kabulüne elverişli bir şekilde, yolcunun tamamen kendi serbest iradesi ile hareket edebileceği bir noktaya ulaşması ile iniş işlemleri tamamlanır. Bu süre içinde taşıyıcı sorumluluk altında olduğu gibi yolcu da aynı süreçte taşıyıcının talimatlarına uymakla yükümlüdür. Taşıyıcı mücbir sebep olarak kabul edilen olaylar hariç olmak üzere her türlü olaydan ve zarardan sorumludur. Bu itibarla mahkemece, içerisinde pilot bilirkişisinin de bulunduğu hava taşıma konusunda uzman bilirkişi heyetine dosyanın tevdi ile öncelikle pilotların olay nedeniyle uçağı terk edip, uçağın elektriklerini kesmelerinin mümkün olup olmadığı, pilotların uçağı terk etmesi mümkün ise uçağı ne şekilde bırakmaları gerektiği ve yolcuların uçağın arka kapısından atladıkları göz önüne alınarak uçağın tahliye kizaklarının hangi hallerde açılacağıın sorularak, denetime elverişli rapor alınıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın davacılar yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir”.

Buna karşılık, yapılan ihbar üzerine uçağın acil iniş yapması sonucu yolcunun polis tarafından terörist zannedilerek göz altına alınması, aranması ve sorguya çekilmesi hadisesi Konvansiyon anlamında kaza olarak değerlendirilmemiştir.³⁷

Hava yolu ile taşımının tipik rizikosu olan durumlardan değil de, kabin personelinin koruma ve gözetim yükümlülüğüne aykırı davranışlarından kaynaklanan zarar olayları da kaza kavramı içerisinde kabul edilmektedir.³⁸ Kazanın önceden öngörülebilir olduğu veya öngörülmek zorunda olduğu durumlarda kabin personelinin zararın gerçekleşmesinin engellemeye yönelik ihmalkar davranışları nedeniyle taşıyan sorumlu tutulacaktır. Bundan dolayı, bir yolcu, uçağa binerken kabinde başka bir yolcu tarafından yere bırakılan bagaja takılıp düşmesi ha-

³⁷ USCA7thCir., 23.5. 1989-Schroederv Lufthansa- 875 F.2 d 613, Nr. 15, 18.

³⁸ Fabian, R.: Art. 17 MÜ Rdnr. 17.

linde, Konvansiyonun 17'nci maddesinin kapsamına giren bir kaza kabul edilmiştir.³⁹ Bir yolcunun kalp krizi geçirmesi halinde acil iniş yapmayan taşıyan Konvansiyon'un 17'nci maddesi kapsamında yolcunun ölümünden sorumludur.⁴⁰ Bunun gibi, yolcunun aşırı alkollü olması gibi tuhaf durumunu fark etmesine rağmen kabin personeli söz konusu yolcuya alkol ikram etmesinden kaynaklanan cismani zararlar da anılan hüküm kapsamında bir yükümlülük ihlali olarak görülmüştür.⁴¹

Aşağıdaki durumlarda Konvansiyonun 17'nci maddesi anlamında bir kazanın varlığı kabul edilmemektedir: kabin personelinin ikram ettiği fındığın yolcunun boğazına kaçması sonucu gerçekleşen ölümden anılan madde anlamında kaza olarak görülmemiştir.⁴² Dar koltuk arasına girerken yolcunun dizinde meydana gelen yaralanma da kaza olarak görülmemiştir.⁴³ Yolcunun kendi ihtiyarıyla aşırı alkol aldıktan sonra kabinde yere düşmesi de kaza olarak nitelendirilmemiştir.⁴⁴ Bunun gibi idari makamların talimatı doğrultusunda uçakta sıkılan dezenfeksiyon maddesine karşı yolcunun alerjik reaksiyonu,⁴⁵ uçağın inişinden sonra idari makamların düzenlemeleri uyarınca sıkılan haşere yok edici ilacınma karşı yolcunun vücudunun gösterdiği reaksiyon⁴⁶ da, hava taşımacılığının normal, beklenen alışıldık işlemlerinden kaynaklanan iç reaksiyon olarak görülerek kaza kavramı altında mütalâa edilmemiştir. Alman mahkemelerine göre, uzun süreli yolculuklarda hareketsizlik nedeniyle trombozun (damarda kan pıhtılaşması) akciğer embolisine yol açması

³⁹ Fabian, R.: Art. 17 MÜ Rdnr. 17.

⁴⁰ USÇA 11th Cir., 25. 8. 1997 - Krys v Lufthansa - 119 F. 3 d 1515, 1522.

⁴¹ US CA 1st, Urt v 6. 1.2000 - Gregory Langadinos v American Airlines Inc - 199 F.3 d 68, Nr 12.

⁴² Giemulla, E./Schmidi, R.: Montrealer Übereinkommen, Art. 17 MÜ Rdnr. 36.

⁴³ US CA 5th Cir., 6. 11. 1996 - Potter v Delta Air Lines - 98 F.3 d 881, Nr. 10 vd.

⁴⁴ US DC, 29. 6. 1993 - Schwartz v Lufthansa German Airlines - 24 Avi 17.841.

⁴⁵ US DC, 4. 6. 1990 - Kleiner v Qantas - 22 Avi 18.179.

⁴⁶ F Cass, 29. 11. 1989-Sanchez c Air France-RFDA 1989 sh. 539.

da kaza olarak görülmemiştir.⁴⁷ Bu kararlara göre, yolcuların uçuş esnasında veya uçuştan sonra tromboz tehlikesi hakkında uyarılmamış olması hava taşımasını gerçekleştiren taşıyana sorumluluk sebebi olarak atfedilemez; Konvansiyon'un 17'nci maddesi anlamında kaza olarak da nitelendirilemez.

III. Kazanın Belirli Bir Zaman Diliminde ve Belirli Bir Yerde Meydana Gelmesi

Taşıyanın sorumluluğuna yol açan bir kazadan söz edilebilmesi için, kazanın, yolcunun hava aracında bulunduğu yahut hava aracına biniş veya iniş işlemlerini gerçekleştirdiği süre içerisinde gerçekleştirmiş olması gerekir. Konvansiyonun 17'nci maddesinin İngilizce metninde kullanılan "operations of embarking or disembarking"fransızca metninde kullanılan "totes opérations d'embarquement ou de débarquement" ifadelerinde anlaşılacağı üzere, zarara sebebiyet veren kazanın "yolcunun uçağa biniş veya iniş işlemlerini gerçekleştirdiği esnada meydana gelmiş olması yeterlidir."⁴⁸

Yarg. 11. HD.nin 26/02/2015 tarih ve E.2014/4871 K.2015/2613 sayılı kararına göre:

*"Yolcunun hava limanındaki binadan uçağa binmek üzere ayrılması anında biniş süreci başlar; taşıma sözleşmesinin tam ve gereği gibi ifa edildiğinin kabulüne elverişli bir şekilde, yolcunun tamamen kendi serbest iradesi ile hareket edebileceği bir noktaya ulaşması ile iniş işlemleri tamamlanır. Bu süre içinde taşıyıcı sorumluluk altında olduğu gibi yolcu da aynı süreçte taşıyıcının talimatlarına uymakla yükümlüdür"*⁴⁹

Hangi eylemlerin biniş veya iniş işlemleri sayılacağı hususu netlik kazanmış değildir. Herşeyden önce belirtmek gerekirse,

⁴⁷ OLG Frankfurt a. M., 6. 11. 2002 - 23 U 243/01 - ZLW 2003, sh. 268, sh. 270; LG Frankfurt a M 29 10 2001-2-21054/01 - VersR 2001 sh. 1575

⁴⁸ Akkurt, S.S.: Türk Sivil Havacılık Mevzuatı ve Uluslararası Konvansiyonlar Kapsamında Sivil Havayolu İle Yolcu Taşımacılığından Kaynaklanan Hukuki Sorunlar, Ankara 2014, sh.220.

⁴⁹ Karar yayınlanmamıştır. Karar için sayın hakim Döndü Deniz Bilir hanımefendiye teşekkür ederim.

hava yolu taşıyıcısının yolcuyu hava aracı dışında başka bir taşıtla hava limanına getirmesi gibi bağlantı sends hizmetleri, onun sorumluluk zaman diliminde yer almaz.⁵⁰ Zira, Montreal Konvansiyonu'nun 1'inci maddesinin 1'inci fıkrası ve 38'nci maddesinin 1'nci fıkrası hükmü dolayısıyla hava aracı dışındaki diğer taşıma araçlarıyla (örneğin, otobüs, tren) yapılan taşımalara Konvansiyon hükümleri uygulanmayacaktır.

Day v TJVA olayında⁵¹ Amerikan İstinaf Mahkemesi, biniş ve iniş işlemlerinin başlangıcı ile ilgili olarak "uç faktörlü test" sistemini uygulamıştır. Karara konu teşkil eden olayda, Atina hava limanında New York uçağına binmek üzere valizlerin aranmasını bekleyen yolculara karşı gerçekleşen terörist saldırı sonucunda bazı yolcular ölmüş bazıları ise yaralanmıştı. Karara göre, somut olayda, (1) kazanın meydana geldiği yer (2) kaza esnasında yolcuların faaliyetleri (3) kaza esnasında hava yolu taşıyıcısının yolcular üzerindeki kontrolünün derecesi faktörleri birlikte değerlendirme yapılarak "uçtağına biniş işlemleri"nin başlayıp başlamadığı tespit edilmelidir. Karara göre, terör saldırısının gerçekleştiği anda, davacı yolcu, biniş kartını almış, pasaport kontrolünü geçmiş ve kalkış öncesi milletlerarası uçuşu bekleyen yolculara tahsis edilen sahaya geçmiştir. Davacı yolcu, uçtağına biniş kapısının önünde yer almaktaydı ve uçtağına binmek için hazır bekliyordu. TWA (Trans World Airlines) yolcuları için gerçekleştirilen silah arama işlemi için sırada beklemekteydi. Şu halde, kazanın meydana geldiği anda hava aracına binmek için zorunlu olan aktiviteleri hava aracına tahsis edilmiş ve yolcunun hareket sahasının kısıtlı olduğu yerde taşıyıcının talimatları doğrultusunda gerçekleştiren yolcunun biniş işlemine başlamış olduğu kabul edilmelidir. Bir görüşe göre, uçtağına biniş anonsu yapılmış, yolcular bekleme salonuna girmiş ve biniş kartlarını kontrol için yer personeline teslim etmiş; uçuş personeli de biniş kartının yolcuya verilecek kısmını ayırıp yolcuya teslim etmişse biniş işleminin başladığından söz

⁵⁰ OLG Frankfurt, a. M., 23. 10. 19% - 9 U 16/96 - NJW-RR 1997, sh. 930 - 931; Fabian R • Art 17 MÜ Rdnr. 20.

⁵¹ USCA 2nd Cir., 22. 12. 1975 - Day v TWA - 528 F.2d31.

edilir. Bu andan itibaren yolcular, artık hava yolu taşıyıcısının muhafaza ve gözetimi altına girerler. Özellikle, binış kartının kontrolünden sonra taşıyıcının emir ve talimatına tâbi olduğu alana girerler. Bu alanlarda yolcunun hareket sahası kısıtlıdır; yolcu bu alanı sadece uçağa binmek üzere terkedebilir; herkesin rahatlıkla girip çıkabileceği bir alan değildir. Hava yolu taşıyıcıları, bu andan itibaren yolcuların zarara uğramasını önlemek için gerekli olan tedbirleri alma imkanına sahiptir⁵². Dolayısıyla, yolcunun uçağa binerken merdivenin çekilmesi nedeniyle yere düşmesi⁵³ veya kaygan merdivenlerden düşmesi nedeniyle uğradığı cismani zararlardan dolayı taşıyıcı sorumlu tutulur.⁵⁴ Buna karşılık yolcu binış kartını aldıktan ve pasaport kontrolünü geçtikten sonra kamuya açık bekleme salonunda bulunurken taşıyıcının muhafaza ve gözetim sorumluluğu başlamaz.⁵⁵ Çünkü, yolcu bu alanlarda uçağa binış (boarding) anonsu yapıncaya kadar hava alanı terminali işletmecisinin çeşitli hizmet edimlerinden (örneğin restoran, gümrüksüz satış mağazası, sinema, hediyelik eşya satış yerleri) yararlanabilir. Bu tür yerlerde gerçekleşen zararlardan dolayı, hava yolu taşıyıcısı değil; hava terminali işleticisi veya söz konusu işyerlerin sahipleri sorumlu tutulur.⁵⁶ Aynı sonuç, VIP veya CIP-Lounge da uğranılan cismani zararlar için de geçerlidir. Çünkü, yolcu bu alanları istediği zaman terkedebilir .

Taşıyıcının sorumluluğu, yolculuk “iniş” işlemlerini gerçekleştirdiği zamanı da kapsamaktadır. İniş işlemlerinin bitmesiyle de, taşıyıcının sorumluluk alanı sona erecektir. Bir görüşe göre, yolcunun terminal binasına girmesi ile binış işlemleri sona erecektir.⁵⁷ Dolayısıyla, terminale otobüsle giderken ger-

⁵² Gliemulla, EJSchmidt, R.: Montrealer Übereinkommen. Art. 17 MÜ Rdnr. 61; Fabian, R.: Art. 17 MÜ Rdnr. 21.

⁵³ US DC, Urt v 27. 6. 1955 ChuttervKI.M 132 I-'Supp 611.

⁵⁴ Fabian, R.: Art. 17 MÜ Rdnr. 21.

⁵⁵ US CA 2nd Cir., 27. 3. 1990 Iluonocore v TWA 900 F.2 d 8. Nr. 14, 15; Fabian, R.: Art. 17 MÜ Rdnr.21.

⁵⁶ Fabian, R.: Art. 17 MÜ Rdnr. 21; Gliemulla, EJSchmidt, R.: Montrealer Übereinkommen Art 17 Mil Rdnr. 58; Akkurt, S.S., sh. 221-222.

⁵⁷ Fabian, R.: Art. 17 MÜ Rdnr. 21; Aksi görüş için bkz. Gientulla, E./Schmidt, R.: Montrealer Übereinkommen, Art. 17 MÜ Rdnr. 62.

çekleşen cismani zararlar veya körük yolu üzerinde gerçekleşen cismani zararlardan dolayı taşıyıcı sorumlu olacaktır. Buna karşılık, bu görüşe göre, terminal binası içerisinde bagaj alımı alanına giderken veya gümrük alanında gerçekleşen zararlardan taşıyıcı sorumlu değildir⁵⁸. Bir Alman mahkemesi kararına göre⁵⁹, uçaktan indikten sonra pisteki buzlanmadan dolayı ayağı kayarak yaralanan yolcuya karşı hava terminali işletici sorumlu olup hava yolu taşıyıcısı sorumlu değildir. Zira, pistin buzlanması halinde buzlanmayı gidirme yükümü hava yolu ile taşıyıcısına değil; hava terminali işletmecisine ait bir yükümlülüktür. Doktrinde bu karar haklı olarak eleştirilmiştir.⁶⁰ Aynı eleştiriler Montreal Konvansiyonu açısından da geçerlidir. Zira, Montreal Konvansiyonu, uçağa binış ve iniş işlemlerini geniş anlamaktadır. Yolcunun terminal binasından uçağa veya uçaktan terminal binasına götürmek hava yolu taşıyıcısının taşıma sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğüdür. Dolayısıyla, bu işlemleri yer hizmetlerini sağlayan işletmenin gerçekleştirilmesi halinde söz konusu işletme, hava yolu taşıyıcısının yardımcı şahsı olarak hizmet etmektedir. Taşıyıcının taşıma işinin ifasında görev alan taşıyıcının maiyetinde bulunan ona hizmet aktiyle bağlı olarak emir ve talimatı altında çalışan kişiler dışındaki taşıyıcının bağımsız olarak hizmetinden yararlandığı kişiler de taşıyıcının yardımcı şahsı sayılır.⁶¹ Martinez Hernandez v Air France kararında, pasaport kontrolünden geçtikten sonra bagaj teslim alanında beklerken gerçekleşen terör saldırısından dolayı yolcunun cismani zarara uğramasından taşıyıcı sorumlu tutulmamıştır.⁶² Buna karşılık doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, iniş işlemleri taşıma sözleşmesine göre tespit edilmesi gerekir. Şu halde, bagaj taşınması, yolcu

⁵⁸ Giemulla, E./Schmidt, R.: Montrealer Übereinkommen, Art. 17 MÜ Rdnr. 64.

⁵⁹ OLG Köln, 9. 1. 1997 - 7 U 106/96- TranspR 1997, sh. 234.

⁶⁰ Schmid, R.: Anmerkung zum Urteil des OLG Köln, vom 9.1.1997, Az.: 7 U 106/96.

⁶¹ Neue Ze tschrift für Verkehrsrecht 1998, (Heft4), sh.. 158 Akkurt, S.S., sh. 259.

⁶² USÇA IstCir., 19. 11. 1976 - Martine?. Hernandez v Air France - 545 F.2 d 279, Nr 9 Aynı görüş Fahian R.: Art. 17 MÜ Rdnr. 22.

taşıma sözleşmesinden kaynaklanan bir yan edim yükümlülüğüdür. Yolcunun teslim ettiği bagajı teslim alması, hava yolu ile taşımacılığın yapısı itibariyle taşıyıcının egemenlik alanından gerçekleştirilen bir faaliyettir. Bu bakımdan bagaj teslim faaliyeti iniş işlemlerinin son safhasını teşkil eder. Kayıtlı bagajın tesliminden sonra da yolcu taşıyıcının egemenlik alanı dışına çıkar.⁶³ Başka bir görüş ise, bagajın teslim alanına giderken gerçekleşen zararlardan dolayı taşıyıcıyı sorumlu tutarken⁶⁴, bagaj teslim alanında beklerken gerçekleşen zararlardan dolayı sorumluluğu kabul etmemektedir.⁶⁵ Schmid'e göre ise, yolcu terminale binasına girdikten sonra taşıyıcının sorumluluğu sona erer; dolayısıyla bagajı teslim almaya giderken gerçekleşen zararlardan dolayı taşıyıcı sorumlu değildir. Bagaj teslim alanına girdikten sonra bagajı teslim aldığı süreye kadar bu alanda beklediği süre zarfından her ne kadar tekrar taşıyıcının muhafaza ve gözetimi altına girse ve iniş işlemlerine dâhil sayılabilirse de bu alanda yolcu hava yolu ile taşımacılığının tipik tehlikelerine maruz kalmadığından, bagaj teslim salonundaki bekleme taşıyıcının Montreal Sözleşmesi uyarınca sorumlu olduğu zaman dilimine girmeyecektir.⁶⁶

Uçuş, güvenlik, teknik veya işletmesel sebeplerden dolayı kesintiye uğrarsa, örneğin, yolcular uçağın yakıt alımı sebebiyle uçağı terketmek zorunda kalırsa (transit duraklama) transit lounge, yolcunun serbestçe dışarı çıkamayacağı, anons halinde sadece uçağa doğru terkedebileceği alanda anons yapıncaya kadar durmak zorundadır. İşte uçuşun bu şekilde kesintiye uğraması esnasında yolcu tamamen taşıyıcının muhafaza ve gözetimi altına girer.⁶⁷ Transit süresi, bu durumda taşımanın zorunlu bir parçasını teşkil eder ve Montreal Konvansiyonu'nun

⁶³ Akkurt, S.S., sh. 225; Bozkurt Bozuhali, B., sh. 156-157.

⁶⁴ US CA 2nd Cir., 17. 4. 1995 - Stagl v Delta Airlines - 24 Avi 18.475.

⁶⁵ US CA 1st Cir., 19. 11. 1976 - Martinez Hernandez v Air France - 545 F.2 d 279 Nr 9 Aynı görüş- Fahian R.: Art. 17 MÜ Rdnr. 22.

⁶⁶ Gjemulla, E./Schmidt, R.: Montrealer Übereinkommen, Art. 17 MÜ Rdnr. 65.

⁶⁷ Gjemulla, E./Schmidt, R.: Montrealer Übereinkommen, Art. 17 MÜ Rdnr. 65; Fabian, R.: Art. 17 MÜ Rdnr. 23.

17'nci maddesi kapsamında taşıyıcının sorumlu olduğu zaman dilimine dahil sayılır. Buna karşılık transfer duraklamada, yolcu, nihai hava limanına getirecek uçağın bulunduğu hava limanına başka bir uçak tarafından getirilmektedir. Bağlantı uçağına binmek üzere terminale girişi yapmaktadır. Montreal Konvansiyonu'nun 1'nci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca, uluslararası taşımalarda havayolu taşıyıcısının değiştirilmesi halinde dahi yeknesak bir taşıma kabul edilse bile, bağlantı uçağına binmek için geçirilen süre, hava taşıyıcısının sorumlu olduğu zaman dilimine dahil değildir. Terminale girişten bağlantı uçağına biniş işlemleri başlayıncaya kadar (boarding anonsu yapılıp biniş kartları kontrol edilinceye kadar) geçen süre gerçekleşen zararlar, ne ilk taşıyıcının ne de bağlantılı uçuşu gerçekleştirecek ikinci taşıyıcının sorumluluk alanına girmektedir. Çünkü, bu zaman diliminde yolcu tamamen hareket serbestisi kazanmaktadır.⁶⁸

IV. İlliyet Bağı

Somut olayda cismani zarar, Montreal Konvansiyonu'nun 17'nci maddesinin 1'inci fıkrası anlamında bir kazadan ileri gelmelidir. İlliyet bağı ile ilgili olarak hangi ilkelerin geçerli olacağı sorunu Konvansiyon'da çözüme bağlanmamıştır. Bu nedenle, sorununun taşıma sözleşmesine uygulanacak hukuk açısından çözüme kavuşturulması gerekir.⁶⁹ Türk hukukunun uygulanacağı durumlarda uygun illiyet bağı teorisi esas alınmalıdır.⁷⁰ Doktrinde hakim olan görüşe göre, kazanın havacılığa özgü risklerden kaynaklanması gerekir. Başka bir anlatımla, hava yolu taşıyıcısı havacılığa özgü tehlikelerden sorumlu olabilmesi için zararın sebebi ile hava aracının işletilmesi arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Buna karşılık, benzer bir şekilde hayatın diğer alanlarında meydana gelebilecek rizikolardan

⁶⁸ Giemulla, E./Schmidt, R.: Montrealer Übereinkommen, Art. 17 MÜ Rdnr. 65; Fabian, R.: Art. 17 MÜ Rdnr. 23.

⁶⁹ Fabian, R.: Art. 17 MÜ Rdnr. 28a.

⁷⁰ İsviçre hukuku açısından bkz. Schneider, L.: Haftung und Haftungsbeschränkung bei Personenschäden im internationalen Lufttransport, Diss Basel 1998, sh. 126.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

sorumlu değildir. Hava yolu taşıyıcısı genel bir riziko taşıyıcısı konumuna getirilmemelidir.⁷¹ Dolayısıyla bu görüş uyarınca, hostesin dikkatsizliği sonucu yolcunun üzerine sıcak kahve dökülmesi halinde, havacılığa özgü tehlike olmadığından Montreal Konvansiyonu'nun 17'nci maddesi uyarınca taşıyanı sorumlu kılmayacaktır.⁷²

Yarg. II.HD., 29/05/2014 tarih ve E.: 2014/1887 K. : 2014/10058 sayılı kararında, ilk derece mahkemesinin kararını onarken benzer düşünceden hareket ettiği her ne kadar “davalılar ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağının bulunmadığı” şeklinde yanlış ifade kullanmış olsa da söylenebilir⁷³:

“Mahkemece, iddia, savunma ve tüm kanıtlara göre, 01/03/2002 tarihinde davalılardan Pegasus Hava Taşımacılığı A.Ş'.ne ait PGT-752 sefer sayılı uçağın 01/03/2002 tarihinde İzmir Adnan Menderes Havaalanı'na iniş yaptığı esnada yolculardan birinin bavulunu davacının başına düşürmesi nedeni ile davacının yaralandığı anlaşılmış ise de, davalılar ile meydana gelen zarar arasında bir illiyet bağının bulunmadığı, Varşova Konvansiyonu ve işbu Konvansiyon hükümlerinde değişiklik öngören 4 nolu Montreal Protokolü'nün 21. maddesine göre davalıların zarardan sorumlu tutulamayacağı gibi kendilerine husumet de yöneltilemeyeceği, Konvansiyonun ayrıcalıklı bir kanun hükmünde olması nedeni ile genel-özel hüküm olarak öncelikle uygulama alanına sahip olduğu, Konvansiyon hükümleri arasında manevi tazminata dair bir düzenlemeye yer verilmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

⁷¹ Schneider, L., sh. 126.

⁷² LG Düsseldorf, Urt v 31. 1. 2003 - 22S 266/03 - RRa 2003, sh. 172, 173; Aksi görüş- LG Frankfurt 16 12 2005-2-01 S 182/01-NJW-RR 2006, sh.704.

⁷³ Karar yayınlanmamıştır. Karar için saym hakim Döndü Deniz Bilir hanımefendiye teşekkür ederim.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA....

Belirtelim ki, doktrinde baş üstü dolapların durumu ve yerin dar olması nedeniyle başüstü dolaplardan bagaj gibi nesnelere düşmesinin havacılığa özgü bir risk olduğu, dolayısıyla illiyet bağının kabul edilmesi gerektiği; bagajın düşmesine başka bir yolcunun sebebiyet vermesi halinde havayolu taşıyıcısının söz konusu yolcuya rücu hakkının bulunduğu savunulmaktadır.⁷⁴

Hakim görüşün kabul edilmesi halinde, Montreal Konvansiyonun getirdiği sorumluluk normları, özellikle taşıyanın somut olayda havacılığa özgü bir riskin değil de salt organizasyona yönelik hükmedilebilen bir riziko olduğunu ispatlaması halinde etkin olmayan konuma düşmesine neden olur. Başka taşıma araçlarında rastlanılmayan sırf havacılığa özgü olaylar neredeyse hemen hemen hiç yok gibidir. Yürüme yolunda veya piste otobüse binerken buzlanma nedeniyle düşen yolcuya karşı, bu risklerin havacılığa özgü bir risk olmadığı; diğer taşıma araçlarında da benzer şekilde olayların gerçekleşebileceğinden bahisle taşımacının sorumlu tutulmaması mümkün olacaktır.⁷⁵ Havacılığa özgü illiyet bağı arayan görüşün savunduğu, havayolu taşıyıcısının müşterisini genel hayat rizikosundan kurtararak bu rizikoları taşıyıcıya yıkmamanın Montreal Konvansiyonunun sorumluluk hükümlerinin anlamıyla bağdaşmayacağı yönündeki görüş haklıdır. Ancak, bu hedefe ulaşmak için havacılığa özgü illiyet aramak yerine Montreal Konvansiyonu'nun 17'nci maddesini normunu koruma amacı öğretisi kapsamında sınırlandırmaya çalışmak daha uygun olur.⁷⁶ Bu bağlamda değerlendirme yapılırken, somut olaydaki vakianın taşıyanın sorumluluğunu ortadan kaldıran

⁷⁴ Mühlbauer, T.: Geigel, Haftpflichtprozess, 26 Aufl., München 2011, Kap. 29 Rdnr. 55.

⁷⁵ Schönwerth, E.: Noch einmal: Zur luftfahrttypischen Kausalität, Zugleich Anmerkung zu OLG Düsseldorf, TranspR 1997, 150, TranspR 1997, sh. 415.

⁷⁶ Fabian, R.: Art. 17 MÜ Rdnr. 27.

havayolu ile yolculuk dışında başka bir vesile ile gerçekleşebilecek olup olmadığını sormamak gerekir.⁷⁷ Hükümün koruma amacından hareketle, taşıyanın sorumluluğunu, yalnızca, havacılıkla tamamen bağlantısı olmayan olayların gerçekleşmesi halinde reddetmek gerekir. İnceleme somut olayın özelliklerine bağlı olarak yapılmalıdır. Buna göre, yolcunun midesinin bulanması üzerine hostesin buz torbasını yolcunun yanağına koyması üzerine yolcunun üçüncü derecede donma nedeniyle uğradığı zarar, hostesin yanlış bir tedavi uygulamasıdır. Mide bulantısı üzerine yanağa buz torbasının konulması suretiyle tedaviyi kabul edip etmemek ve bu torbayı zamanında yanağından uzaklaştırmak tamamen yolcunun sorumluluğuna giren bir hadisedir. Dolayısıyla Montreal Konvansiyonu'nun 17'nci maddesi uyarınca taşıyanın sorumluluğuna gitmek mümkün değildir.⁷⁸ İdari makamların talimatları gereği uçağa haşare spreyinin sıkılması sonucu yolcunun alerjik reaksiyon göstermesi hadisesinde, yolcunun alerjik reaksiyonu olağan dışı istisnai bir durum ve bu yüzden önceden öngörülebilir değilse, taşıyanın sorumluluğu aynı şekilde reddedilmelidir.⁷⁹ Buna karşılık, yolcunun uçaktaki yer halısının yukarıya kıvrılması sonucu takılarak düşmesi halinde, bu olay öngörülemez değildir ve taşıyanın muhafaza ve gözetim yükümü kapsamında yolcunun zarara uğramamasını sağlamak zorunda olacağından sorumlu tutulacaktır.⁸⁰ Uçağa geçiş kapısının önündeki ıslaklık nedeniyle düşme tehlikesi, tamamen genel hayat tehlikesi olup Montreal Konvansiyonu'nun 17'nci maddesinin koruma amacına girmez.⁸¹ Keza, ayağa kalkan yolcunun yerde bulunan

⁷⁷ Fabian, R.: Art. 17 MÜ Rdnr. 27.

⁷⁸ Fabian, R.: Art. 17 MÜ Rdnr. 27; LG Düsseldorf, 4. 4. 1990 - 23 S 429/89 - TranspR 1992, sh. 29, sh. 30.

⁷⁹ Fabian, R.: Art. 17 MÜ Rdnr. 27; OLG Frankfurt a. M., 13. 2. 1997 - 16 U 99/96 - TranspR 1998 362 - 364= RRa 1997 139; US DC, 4. 6. 1990 - Kleiner v Qantas - 22Avi 18.179.

⁸⁰ Fabian, R.: Art. 17 MÜ Rdnr. 27. Hava trafiği ile bir bağlantısı olmadığından sorumluluğu reddeden aksi görüş için bkz. AG Frankfurt a. M., 4. 12. 1990 - 31 C 189/90-78 - TranspR 1992, sh. 30.

⁸¹ Fabian, R.: Art. 17 MÜ Rdnr. 27; OLG München, 4. 4. 2000 - 18 U 4736/99 - RRa 2003 sh. 269, sh. 270.

folyeye basarak kayması nedeniyle uğradığı zarardan da, söz konusu kaza Montreal Konvansiyonunun 17'nci maddesinin koruma amacına girmediğinden taşıyan sorumlu değildir.⁸²

C- AKDİ SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI ve ÖN ÖDEME

Montreal Konvansiyonunda taşıyıcının sorumluluğu, zarar miktarı dikkate alınarak iki kademeli sorumluluk rejimi halinde düzenlenmiştir. Konvansiyon'un 21 'inci maddesine göre, taşıyıcı, her bir yolcunun ölümü veya bedensel bütünlüğünün ihlali halinde zarar miktarı 113.100 SDR'yi aşmayan zararlar karşısında kusurdan bağımsız olarak sorumlu kılınmıştır. Taşıyanın sorumluluğu kusurdan bağımsız bir sorumluluktur. Zararın 113.100 SDR'ye kadar olan kısmı için sadece zarar görenin kendi kusuru, taşıyıcının sorumluluğunu tamamen veya kısmen kaldıracaktır (MK m. 20). Maddede öngörülen 113.100 SDR her bir yolcuya toptan ödenecek miktarı ifade etmez; sadece sorumluluğun azami miktarını gösterir. MK m. 20/3'den açıkça anlaşılacağı üzere, talepte bulunan her somut olayda zararının miktarını ispat etmek zorundadır.⁸³

Konvansiyon'un 21'nci maddesinin 2'nci fıkrası, cismani zarar miktarının 113.000 SDR'yi aşması halinde kusur karinesine dayanan bir sorumluluk öngörmektedir.⁸⁴ Belirtelim ki, meydana gelen zararlar ilgili kendisinin bir kusurunun bulunmadığını ispat eden taşıyan sorumluluktan tamamen kurutulmamakta; sorumluluğunu 1'nci fıkrada öngörülen azami miktarla sınırlama imkanını kazanmaktadır. Söz konusu hükme göre, ölüm ya da yaralanma şeklinde tezahür eden zararın 113.100 SDR'yi aşması halinde taşıyıcı, söz konusu zararın a) kendisinin veya adamlarının ihmali veya yanlış fiili neticesi meydana gelmedi-

⁸² Fabian, R.: Art. 17 MÜ Rdnr. 27; KG, 4. 7. 2008 - 3 U 17/07 - RRa 2009 sh.93, sh. 94.

⁸³ Bkz. Fabian, R.: Art. 21 MÜ Rdnr. 5 ve 6.

⁸⁴ Rulıwedel, E.; Das Montrealer Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr vom 28. 5. 1999, TranspR 2001, sh. 194.

ğini ispatlarsa veya **b)** sadece üçüncü kişinin kusuru, ihmanlı veya yanlış fiili ile meydana geldiğini ispatlarsa sorumluluğunun azami miktarını 1'inci fıkrada öngörülen miktarla sınırlandırma imkanına sahip olur; yoksa sorumluluğu tamamen ortadan kalkmamaktadır. Hükümde öngörülen alternatif sorumluluktan kurtulma hallerinin varlığını ispat edemezse, zararın tamamını karşılamak zorunda kalacaktır.

Montreal Konvansiyonu'nun 26'ncı maddesi getirilen emredici düzenleme uyarınca, havayolu taşıyıcısının sorumluluğunu tamamen ortadan kaldıran veya Konvansiyon'da öngörülen azami sorumluluk miktarını aşağıya çeken her anlaşma geçersizdir. Belirtelim ki geçersizlik taşıma sözleşmesinin tamamına ilişkin değildir; sadece Montreal Konvansiyonu'nun 6'ncı maddesine aykırı olan hükümler geçersiz sayılır. Bu durumda, geçersiz anlaşma yerine Montreal Konvansiyonu düzenlemeleri geçerli olur.⁸⁵ Montreal Konvansiyonu'nun 28'inci maddesi yolcunun uçak kazası sonucu ölmesi veya bedensel bütünlüğünün ihlali halinde ön ödeme yükümlülüğünü maddi hukuk olarak düzenlememekte; sadece âkit devletlere milli hukuklarında ön ödeme yükümlülüğünü getirme yetkisi tanımaktadır. Dolayısıyla milli hukukta ön ödeme yükümlülüğü getirilmemişse,

Konvansiyonu'nun 28'inci maddesinin bir etkisi olmayacaktır. Ön ödeme için öngörülen "uçak kazası" tabiri, Konvansiyon'un 17'nci maddesinde öngörülen "kaza" tabirinden daha dar bir kavramdır. Örneğin, baş üstü dolaptan bagaj düşmesi sonucu yolcunun yaralanması veya ölmesi 17'nci madde anlamında kaza olarak nitelendirilebilecekken, 28'inci madde anlamında uçak kazası değildir.⁸⁶ 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 76'ncı maddesinde ön ödeme (geçici ödeme) yükümlülüğü düzenlemiştir. Geçici ödemeler, her ne kadar haksız fiillere ilişkin hükümler arasında yer alsada yalnızca haksız

⁸⁵ Fabian, R.: Art. 26 MÜ Rdnr. 11; Ortaç, N.O., sh. 104.

⁸⁶ Fabian, R.: Art. 28 MÜ Rdnr. 5; aksi görüş için bkz. Giemulla, EJSchmidt, R.: Montrealer Übereinkommen, Art. 28 MÜ Rdnr. 7.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

fiilden doğan zararların tazmininde gündeme gelmez. TBK. m. 114/11 hükmü gereğince TBK. m. 76 kıyasen hukuki işlemlere, sözleşmelere de uygulanacak ve geçici ödeme talebi mümkün olacaktır.⁸⁷

⁸⁷ Antalya, G.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 76 Düzenlemesi : "Geçici Ödeme", Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi. C. 8, Özel Sayı - 2013, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan. C. I, İzmir 2013, sh. 192; Kihçoğlu, Ahmet M., "Haksız Fiilde Müteselsil Sorumluluk ve Geçici Ödemeler", Symposium anlässlich des 80 Jahrestages des Inkrafttretens des Türkischen Zivilgesetzbuch. Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum. Ankara 2006, sh. 176-177; sh. 181.

İŞVERENİN İŞLETEN SIFATIYLA SORUMLULUĞU VE SORUMLULUKTAN KURTULUŞ KOŞULLARI¹

Ahmet YENER

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Üyesi

1. Sorumluluk

Sorumluluğu, bir kişinin başka bir kişiye verdiği zararları giderme yükümlülüğü olarak tanımlayabiliriz. Hukuki anlamda sorumluluk ise, taraflar arasındaki borç ilişkisinin zedelenmesi sonucu doğan zararların giderilmesi şeklinde tanımlanabilir (HGK, 2013/21-102 E., 2013/1456 K. ile 21. HD, 2016/19122 E., 2018/6874 K.)

İşveren, iş kazası sonucu hukuki sorumluluğun gereği sigortalının veya yakınlarının uğradığı zararları gidermek zorundadır. İşçi ve işveren arasındaki hizmet sözleşmesinden kaynaklanan iş ilişkisi, işçi yönünden sadakat borcunu doğururken işveren yönünden ise işçiyi korumak ve gözetmek borcunu doğurur. İşçiyi gözetme borcunu düzenleyen Mülga 818 Sayılı BK m. 332, 6098 Sayılı TBK m. 417, 4857 Sayılı İşK Mülga m. 77 ve 6331 Sayılı Yasa m. 4, 5, 10'daki temel kurallara göre işverenler, işyerlerinde çalıştırdıkları işçilerin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak ve araç-gereçleri noksansız bulundurmaya yükümlüdür (21. HD, 2018/6892 E., 2019/4557 K.). Bu yükümlülüğe işverenin aykırı davranması sonucu işçi, iş kazasına uğrarsa işveren, zarara uğrayan sigortalı işçinin veya ölümü halinde hak sahiplerinin

¹ Ahmet YENER- Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Üyesi

SGK tarafından karşılanmayan zararlarını gidermek zorundadır (21. HD, 2017/906 E., 2018/6211 K.).

İş kazası sonucu işverenin sorumluluğunun hukuki niteliği konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüş ise de Yargıtay 21. HD'nin uygulamasına göre aksi bir düzenleme olmadıkça işverenin sorumluluğu kusura dayanır (HGK, 2012/21-1121 E., 2013/386 K.; HGK, 2013/21-586 E., 2014/95 K.; 21. HD, 2012/4196-5289). Bu sorumluluk, kusursuz sorumluluğa yaklaşan bir kusur sorumluluğudur. Bu ilkenin mutlak uygulanması teknolojik gelişmeler, iş kazalarındaki artışlar göz önüne alındığında toplumsal yaşamın ihtiyaçlarına cevap vermediği görülmüştür. Meydana gelen zarardan sorumlu olan kişinin, kusurunun varlığı gerekmeyen bir sorumluluk türü olarak kusursuz sorumluluk ve kusursuz sorumluluğunun bir türü olan tehlike sorumluluğu kavramı ortaya çıkmıştır. Tehlike sorumluluğu, niteliği itibariyle en ağır kusursuz sorumluluk türüdür. İşveren, her türlü özen borcunu yerine getirmiş olsa dahi meydana gelen kazadan kaynaklanan sorumluluktan kurtulma olanağı yoktur. Ancak tehlike sorumluluğu bir sonuç sorumluluğu da değildir. Zarar, işletmeye özgü bir tehlikeden doğmamış; araya giren bir başka nedenden dolayı zarar meydana gelmiş ise işveren bu zarardan sorumlu tutulamaz. İşyerinin işletilmesi veya bundan doğan tehlikeler ile zarar arasında uygun bir illiyet bağı bulunmuyorsa işverenin sorumluluğundan söz edilemez (21 HD., 2018/32 E., 2019/1495 K.).

TBK m. 71'de tehlike sorumluluğuna ilişkin esaslar düzenlenmiştir. 2918 Sayılı KTK'da ise işletenin sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Trafik kazası, karayolu üzerinde hareket halinde olan bir veya birden fazla aracın karıştığı, zararlar sonuçlanan bir olaydır. İş kazası ise öğretideki tanımı ile sigortalının (işçinin), işverenin otoritesi altında bulunduğu sırada gördüğü iş veya işin gereği dolayısıyla aniden oluşan, onu bedence ya da ruhça zarara uğratan bir olaydır. İş kazası, işveren tarafından verilen bir işin, KTK kapsamındaki bir taşıtın kullanılması, taşıt kullanımına yardım edilmesi, iş gereği yolculuk yapılması ya da işin yapılacağı yere işveren tarafın-

dan sağlanan araçla bireysel ya da toplu götürülüp getirilme esnasında meydana gelmişse karşımıza trafik iş kazası ve işverenin işleten sıfatıyla sorumluluğu kavramı ortaya çıkar (21 HD., 2015/8825-20395).

2. İşverenin İşleten Sıfatıyla Sorumluluğu

KTK m. 85/Y'de *"bir motorlu aracın işletilmesi, bir kimsenin ölümüne ya da yaralanmasına ... sebep olursa motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı ve ya 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"* hükmünü getirmiş olup son fıkrada ise *"işleten ve araç işleticisi, teşebbüsün sahibi, aracın sürüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur"* hükmü getirilmiştir. Bu düzenleme ile işleten işveren ve teşebbüs sahibi hakkında getirilen sorumluluk, kusur sorumluluğu olmayıp kusursuz sorumluluğun ağırlaştırılmış bir türü olan tehlike sorumluluğudur (HGK 2017/17-1089 E., 2019/294 K.; 21 HD., 2014/19887-23230).

Bu düzenleme uyarınca trafik iş kazasından söz edilebilmesi için işleteni veya teşebbüs sahibi işveren olan motorlu bir aracın karayolunda karıştığı bir trafik kazasında işverenin sigortalı işçisinin ruhsal veya bedensel bir zarara uğramış olması ya da ölmesi gerekir.

Trafik iş kazası, işverenin sigortalısını kullandığı araç ile meydana gelmiş ise işleten veya teşebbüs sahibi işveren, gerek KTK m. 85 gerek TBK m. 66 uyarınca adam çalıştıran sıfatıyla çalıştırdığı kişinin zararlı eyleminden kusursuz sorumluluğu vardır. Olayda işverenin de kusuru var ise buna ek kusur denir. Ancak her iki halde de KTK ile kabul edilmiş olan tehlike sorumluluğu öncelikli olarak uygulanır. Davacı, talebinde böyle bir durumda tehlike sorumluluğu yerine diğer sorumluluk türlerine dayanmış olsa bile HMK m. 33 uyarınca tehlike sorumluluğu esas alınır. Zira KTK'daki öngörülen sorumluluk, zarar göreni korumaya yöneliktir. İşveren, ancak KTK m. 86'da düzenlenen hallerin mevcudiyetinde sorumluluktan kurtulabilir.

KTK'da düzenlenen işverenin işleten sıfatıyla sorumluluk halleri şu şekilde ifade edebiliriz:

1. KTK m. 85/I'de karayolunda motorlu aracın işletilmesi sonucu oluşan zararlardan sorumluluk düzenlenmiştir.
2. KTK m. 85/III'de işletilme halinde olmayan bir aracın sebep olduğu zarardan işletenin sorumluluğu düzenlenmiştir.
3. KTK m. 85/IV'de ise bir trafik kazasından sonra yardım edenlerin uğradıkları zarardan işletenin sorumluluğuna ilişkin düzenleme mevcuttur (11. HD, 2007/13563 E., 2009/8493 K.).

Bu sunumda, KTK m. 85/I ve bu madde uyarınca oluşan sorumluluktan kurtulmaya ilişkin KTK m. 86'ya değinilecektir.

3. KTK Uyarınca İşleten Sıfatıyla İşverenin Sorumluluğunun Koşulları

Bir trafik iş kazasında işverenin sorumluluğunun belirlenebilmesi için olayın iki aşamada çözümlenmesi gerekir. Önce meydana gelen kazada iş ve sosyal güvenlik hukuku açısından işverenin sorumluluk koşullarının oluşup oluşmadığını belirlememiz ve sonrasında ise KTK'daki koşulların oluşup oluşmadığına bakmamız gerekir.

A. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Değerlendirme

Meydana gelen zarar verici olayda işverenin işleten sıfatıyla sorumluluğunun incelenebilmesi için işletenin, işveren sıfatını haiz, zarar görenin ise işçi-sigortalı sıfatını haiz olması gerekir. Diğer bir deyişle, iş kazasının tarafları arasında bir hizmet ilişkisinin bulunması gerekir (HGK, 2012/21-1121 E., 2013/386 K. ile HGK, 2015/21-139 E., 2018/316 K.).

İşK. m. 2'ye göre bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi işçidir. 5510 Sayılı Yasa m. 4'e göre de bir hizmet sözleşmesi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar sigortalıdır. 6331 Sayılı Yasa m. 3'e göre ise işçi, işyerlerinde istihdam edilen gerçek kişidir.

İşK. m. 2/I'e göre işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren denileceği belirtilmiş; 5510 Sayılı Yasa m. 12'de ise sigortalı sayılan kişileri çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar işveren olarak nitelendirilmiştir. 6331 Sayılı Yasa m. 3'e göre çalışan, istihdam eden gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar işveren olarak nitelendirilmiştir. Bu nedenle işverenin, işleten sıfatıyla sorumluluğuna gidilebilmesi için zarara uğrayanın sigortalı, sorumlu tutulan kişinin ise işveren olması gerekir. Dolayısıyla tarafların iş kazasının gerçekleştiği tarihteki hukuki niteliklerinin belirlenmesi gerekir.

Yargıtay 21. HD, 2006/7850 E., 2007/7309 K. sayılı ilamında da değinildiği gibi farklı çalışma ilişkilerinin varlığı, ticari taksi, kamyon vb. araçlarda ortaklık iddiasının bulunması, kendi adına bağımsız çalışma iddiasının ileri sürülmesi ya da kazaya uğrayan işçinin sigortasız çalışma olgusu karşısında taraflar arasındaki ilişkinin hizmet akdi niteliğinde olup olmadığı ve kaza anındaki gerçek işverenin kim olduğu kesinleştirilmelidir ve açılmış bir hizmet tespiti davası varsa bu davanın sonucu beklenmelidir (21 HD., 2014/17048-21069; 21 HD, 2016/5390 E., 2017/6819 K.; 21 HD., 2014/14256-25695; 21. HD, 2015/10717 E., 2016/9602 E.; 10. HD, 2018/2013-3299).

Bu ön sorun aşıldıktan yani taraflar arasında hizmet akdinin bulunduğu belirlendikten sonra ikinci aşamaya geçebiliriz.

B. Zarara Yol Açan Olay, İş Kazası Niteliğinde Olmalıdır

Mülga 818 Sayılı Yasa m. 332, Mülga İşK m. 77, 6098 Sayılı Yasa m. 417, 6331 Sayılı Yasa m. 4, 5 ve 10 hükümleri göz önüne alındığında; bireysel iş hukuku kapsamındaki iş kazası, sigortalının işverenin otoritesi altında bulunduğu bir sırada oluşan ve onu bedensel ya da ruhsal bir zarara uğratan olaydır. Bir olayın bireysel iş hukuku anlamında işleten sıfatına sahip işverenin sorumluluğunu doğurabilmesi için:

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

1. Kazaya uğrayan kişi sigortalı olacak
2. Kazaya uğrayacak
3. Sigortalı, uğradığı kaza sonucu bir zarar görecek
4. Zarar ile kaza ve yapılan iş ile kaza arasında uygun illiyet bağı bulunacaktır.

1. Kazaya Uğrayan Kişi Sigortalı Olacak

2. Sigortalı Kazaya Uğrayacak

Bireysel iş hukuku anlamında işleyen, işverenin sorumluluğu için kazaya neden olan olayın sigortalı tarafından istenilmemiş olması gerekir. Mülga 506 Sayılı Yasa m. 11 ve 5510 Sayılı Yasa m. 13'deki iş kazası sayılan haller, aynı zamanda bireysel iş hukuku açısından da iş kazasıdır. Ancak, bu tür kazalarda işçinin ya da 3.kişinin belirli yoğunluğa ulaşan kusurlu davranışları işverenin sorumluluğunu daraltabilmekte ya da illiyeti kesmek suretiyle ortadan kaldırmaktadır.

3. Bedensel ya da Ruhsal Zarara Uğrama

Meydana gelen kaza sonucu işçi, bedenen ya da ruhsal açıdan zarara uğramalıdır.

4. Kaza ile Olay Arasında İlliyet Bağı Olmalı

İlliyet bağı, tüm sorumluluk hallerinde geçerli olup işverenin sorumluluğu için iki illiyetin bir arada bulunması gerekmektedir.

a. Kaza ile Zarar arasındaki İlliyet Bağı

İşçinin gördüğü zarar, uğradığı kazanın sonucu olmalıdır (HGK, 2014/21-949 E., 2016/287 E.)

b. Kaza ile İşverence Yürütülen İş Arasında İlliyet Bağı

İşverenin sorumluluğu için işverence yürütülen iş ile kaza arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Diğer bir deyişle işleyen işverenin sorumluluğu için işçi, araçta işverenin emir ve ta-

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

limatı altında olmalıdır. Yani kaza, işin yürütülmesi sonucunda meydana gelmelidir. İş süresi içerisinde veya iş süresinden sayılan durumlarda gerçekleşen olaylar da bu kapsamdadır. İşK m. 63-70 hükümleri de iş sürelerinin tespitinde göz önüne alınmalıdır. İlliyyet bağı da kesilmemelidir (HGK, 2009/21-400-E., 2009/432 K.).

HGK 2014/21-949 E., 2016/287 K.; 21. HD 2016/20062 E., 2018/3152 K. sayılı ilamlarında da belirtildiği gibi işverenin, işleten sıfatıyla sorumluluğu için işçinin, işyerinde bulunduğu sırada uğradığı kaza iş kazasıdır. İşK m. 2/II, 5510 Sayılı Yasa m. 13/II, 6331 Sayılı Yasa m. 3/h'ye göre araçlar, işyeri kapsamında bulunduğundan diğer koşulların mevcudiyeti halinde işverenin, işleten sıfatıyla sorumluluğu söz konusu olacaktır. Yine işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle görev gereği motorlu aracın kullanılması veya kullanılmasına yardım edilmesi sırasında, işverence sağlanan taşıtla işin yapıldığı yere götürülüp getirilme sırasında, görev gereği yolculuk yapıldığı sırada, kısaca işçinin, işverenin otoritesi altında bulunduğu sırada gördüğü iş veya iş sebebiyle birdenbire ve dıştan gelen etken ile onu bedensel ya da ruhsal zarara uğratan olay, iş kazasıdır. 21. HD 2015/14827 E., 2015/19327 K. sayılı ilamında işverenin temin ettiği araç ile izinli olduğu sırada pikniğe gitmeyi ve burada kazaya uğramayı, işverenin hakimiyeti altında bulunma hâli olmadığından iş kazası olarak nitelendirilmemiştir. 21. HD 2011/4575 E., 2012/15783 K. ilamında işçilerin işyerine ait araçla şantiyede kalan işçilerin ve kendilerinin ihtiyacını karşılamak için gittikleri sırada uğramış oldukları kazayı 5510 Sayılı Yasa m. 13 uyarınca iş kazası olarak nitelendirilmiştir. 21. HD 2009/10584 E., 2010/615 K. ilamında ise meydana gelen olayı işverenin otoritesi altında ve bilgisi dışında binilen araçta yine işverene ait araç söz konusu olsa bile iş kazası olarak nitelendirilmemiştir. 21. HD 2016/11001 E., 2017/4796 K. ilamında ise işçilerin, işverenin talimatıyla işverenin malzemelerini almaya gidip döndükleri sırada yaşanan olay iş kazası olarak kabul edilmiştir. 21. HD 2015/17587 E., 2016/133 K. sayılı ilamında da belirtildiği gibi iş kazasının kolluk kuvvetlerine 13.madde uyarınca derhal bil-

dirim, kuruma ise en geç kazadan sonraki 3 iş günü içerisinde bildirilmesi gerekir. Kaza, işverenin kontrolü dışında bir yerde meydana geldi ise süre, iş kazasının öğrenildiği tarihte başlar. Açılan tazminat davasında böyle bir bildirim ve tespit mevcut değilse olayın iş kazası olduğunun tespiti gerekir.

Tazminat davası açılmış ise olayın iş kazası olduğunun tespit ettirilmesi için davacıya süre verilmesi gerekir (21. HD, 2013/22338 E., 2014/1833 K.). 7036 Sayılı Yasa m. 4 uyarınca dava açılmadan önce SGK'ya müracaat şartı vardır, dava koşulludur. Dava açılabilmesi için talebin reddedilmesi ya da reddedilmiş sayılması (60 gün içerisinde cevap verilmemesi) gerekir. İş kazasının tespiti davasında zamanaşımı söz konusu değildir (21. HD, 2016/20062 E., 2018/3152 K.). Böyle bir dava açılmış ise ya da işveren tarafından olayın iş kazası olmadığına ilişkin açılan bir dava söz konusu ise, bu davalar sonuçlanmadan işverenin işleten sıfatıyla sorumluluğunun incelemesine geçilemez (21. HD, 2016/19961 E., 2018/5961 K; 21. HD, 2010/4042 E., 2011/6322 K.; 21. HD, 2013/22338 E., 2014/1833 K.).

Diğer bir ifade ile önce kaza ile zarar arasında illiyet bağı bulunacak, yani işçinin gördüğü zarar, uğradığı kazanın sonucu olacaktır. Ayrıca kaza ile yürütülen iş arasında illiyet bağı bulunacaktır (21. HD, 2018/641-7389; 21. HD, 2010/14098 E., 2011/6281 K.; 21. HD, 2010/3241-4056).

C. KTK Açısından İşverenin İşleten Sıfatıyla Sorumluluğu

İşverenin, işleten sıfatıyla sorumluluğuna dair iş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin sorunlar aşıldıktan sonra KTK'daki sorumluluğa ilişkin hususların incelenmesi gerekir. 2918 Sayılı Yasa m. 85/I uyarınca işverenin, işleten sıfatıyla sorumluluğu için:

1. Kaza, trafik iş kazası şeklinde gerçekleşmeli
2. Kaza zarara yol açmalı
3. Zarara motorlu araç neden olmalı

4. Motorlu araç, zarara karayolunda ya da karayolu sayılan yerde sebep olmalı
5. Zararla kaza (trafik iş) arasında uygun illiyet bağı olmalı

1) Zarar

Meydana gelen kaza sonucu sigortalı ruhen veya bedenen zarar görmelidir. Ölüm hali de bedenen zarar kavramı içerisindedir.

2) Zarara Motorlu Araç Neden Olmalıdır

KTK'daki sorumluluğun temel unsuru motorlu araç olup, motorlu araçların sebep olduğu zararlara uygulanır (21. HD, 2011/12147 E., 2012/10812 K.). Motorlu araç, Yasa'da tanımlanmamış ise de KTK m. 3'ten hareketle bir aracın motorlu araç olarak kabul edilebilmesi için hareket kabiliyeti bulunmalı ve makine gücüyle hareket edebilmelidir (Hareket halinde olup da trafik işleyişi içerisinde kurallar gereği durma halindeyken meydana gelen kazada da aracın hareket halinde olduğu kabul edilmelidir). Bu sebeple bir başka araçla çekilen ya da hareket ettirilen araç, motorlu araç değildir, bisiklet gibi. Ancak motosiklet, triportör motorlu araçtır. Motorlu aracın toprak üzerinde hareket etmesi gerektiği için biçerdöver, iş makineleri karayolunda hareket edebilmeleri kaydıyla motorlu araçtır. Bir araç, hem karada hem de suda gidebiliyorsa motorlu araçtır.

KTK'da bir motorlu aracın neden olduğu kazada herkes, yasanın öngördüğü sorumluluktan yararlanır ise de işverenin, işleten sıfatıyla sorumluluğunda zarar görenin sigortalı olması zorunluluğunu unutmamak gerekir.

3) Motorlu araç, zarara karayolunda ya da karayolu sayılan yerde sebep olmalıdır

KTK m. 2'de "*bu kanun, karayolunda uygulanır*" denilerek yasanın kapsama alanı belirtilmiştir. Yasadaki tanımdan hareketle karayolu trafiğe tahsis edilmeli, kamunun yararlanmasına açık olmalıdır ve karayolunun toprak, asfalt, tali ya da anayol olması önemli değildir.

KTK m. 3’de karayolu, trafik için kamunun yararlanmasına açık olan arazi şeridi, köprüler ve alanlar olarak tanımlanmıştır. Ancak Yasa m. 2’de de bu kanunun karayolunda uygulanacağı hükme bağlandıktan sonra aksine hüküm bulunmadığı hallerde karayolu dışındaki alanlardan kamuya açık olanlar ile park, bahçe, park yeri, garaj, yolcu ve eşya terminali, servis ve akaryakıt istasyonlarında karayolu, taşıt trafiği için faydalanılan yerlerin, erişime kontrollü karayolunda ve para ödenerek yararlanılan karayollarının kamuya açık kesimlerinde ve belirli bir karayolunun bağlantısını sağlayan deniz, göl ve akarsular üzerinde kamu hizmeti gören araçların karayolu araçlarına ayrılan kısımlarında da bu kanunun uygulanacağı belirtilmiştir (21. HD 2016/9670 E., 2017/10464 K.).

Olayın meydana geldiği yerin karayolu veya karayolu ile bağlantılı, karayolu sayılan yerlerden olup olmadığı belirlenirken her somut olayın özelliği, kazanın meydana geldiği yer, kazaya ilişkin tutanaklar değerlendirilmelidir. Gerekirse de mahkemece mahallinde keşif yapılarak sonuca ulaşılması gerekir (17. HD, 2014/3794 E., 2015/9197 K.). 17. HD 2013/14118 E., 2015/3525 K. sayılı ilama konu olayda kazanın taşocağı şantiye sahası içerisinde firmanın açtığı yolda meydana geldiği KTK m. 2/a hükmüne atfı yapılarak kaza her ne kadar karayolu üzerinde gerçekleşmemiş ise de taşocağı şantiye sahası içerisinde taş taşımak için firmanın açtığı yolda ve motorlu aracın işletilmesi esnasında gerçekleşmiş olup kazanın meydana geldiği mahali, kamuya açık bir alan olarak kabul etmiştir. Yine 17. HD 2015/17649 E., 2016/11239 K. ilamında KTK’nun uygulanması için kazanın mutlaka karayolunda gerçekleşmesinin gerekmediği, karayolu ile bağlantısı olan yerde gelmesi halinde de karayolunda meydana gelmiş gibi kabul edileceği köy yolu ile bağlantılı tarlada gerçekleşen kazayı KTK kapsamında kabul etmiştir (17. HD, 2014/2977 E., 2015/8600 K. ilamı da aynı niteliktedir.).

4.HD 2013/13263 E., 2014/13066 K. ilamına konu olayda otel bahçesini karayolu olarak kabul etmemiştir.

Ayrıca, KTK m. 110 uyarınca hemzemin geçitlerde meydana gelen kaza da trafik kazasıdır.

21. HD 2009/15087 E., 2010/5957 K. ilamına konu olayda kazanın, işverene ait inşaat alanında meydana geldiği ve kazanın meydana geldiği alanın 2918 Sayılı Yasa m. 1, 2 kapsamında karayolu ya da karayolu sayılan yerlerden olmadığı ve işverenin KTK m 85 kapsamında sorumluluğunun söz konusu olmadığı belirtilmiştir. Yine 21. HD 2015/15908 E., 2016/1534 K. ilamda da karara konu olayda sürücünün, işverene ait garajda kamyondaki malzemeleri düzeltirken elektrik akımına kapılarak ölümüyle sonuçlanan olayda, kazanın meydana geldiği yerin KTK kapsamında karayolu ya da karayolu sayılan yerlerden bulunması ve aracın işletme halinde olmasının zorunlu olduğu, kazanın meydana geldiği garajın karayolu ile irtibatının kesik olduğu, kamuya açık bir alanın söz konusu olmadığı ve bu nedenle motorlu aracın işletenin KTK m. 85 kapsamında sorumlu olmayacağı belirtilmiştir. Yine aracın garajda park halinde olduğu ve işletilme olgusunun söz konusu olmadığı belirtilmiştir. Ancak 17. HD 2009/9857 E., 2010/3122 K. sayılı ilamına konu olayda özel mülk durumundaki depo karayolu olarak yerel mahkemce kabul edilmemiş, dairece dosyadaki kroki, plan ve fotoğraflardan yasal düzenlemelerden de bahsedilerek deponun karayolu ile bağlantılı olup karayolu sayılan yerlerden olduğu belirtilmiştir. Bu ilamda da belirtildiği gibi şüpheli durumlarda mahkemece olayın meydana geldiği yerde keşif yapılarak kazanın meydana geldiği yerin KTK m. 2 ve 3 kapsamında olup olmadığı netleştirilmelidir.

İşleten Kavramı

KTK m. 85/I'de aracın işletilmesi sırasında kazanın meydana gelmesinden bahsedildiği için ve sorumlulukta işleten kavramı anahtar kelime olduğu için bu kavramın da açıklığa kavuşturulması gerekir. HGK 2018/17-78 E., 2018/1957 K. ilamında kimlerin işleten sayılacağı Yasa'nın 3.maddesine atıfta bulunarak belirtilmiştir. KTK m. 85 ve 104 birlikte değerlendirildiğinde işleteni gerçek işleten ve farazi işleten olarak ikiye ayırabiliriz. Gerçek işleteni de şekli anlamda ve maddi anlamda işleten olarak ikiye ayırabiliriz (HGK, 2011/4-824 E., 2012/134 K.)

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Şekli anlamda işleten, tescil belgesinde ya da sigorta poliçesinde yazılan kişidir. Yani, araç sahibi, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı gözükün, aracı uzun süreli kiralayan olarak sayabiliriz.

Maddi işleten ise araç üzerinde fiili tasarrufu olan, kendi hesabına ve tehlikesi kendi adına ait olmak üzere aracı işleten ve araç üzerinde fiili tasarrufta bulunan kişi gerçek işletendir.

Farazi işleteni ise devlete ya da kamu kurumlarına ait araçları işletenler örnek olarak gösterilebilir. Ancak işleteni belirlemek için kaza anına göre tespit yapmak ve taraflar arasında yapılan sözleşmelerde de maddi gerçekliğe özen göstermek gerekir. Uygulamada sorun burada ekseriyetle uzun süreli kiralama, fiili hakimiyet ve işletenlik ile ilgili yapılan sözleşmelerde karşımıza çıkar. 21. HD 2017/6494 E., 2019/4232 K. ilamında da belirtildiği gibi bir aracın sahibi tarafında herhangi bir sebeple bir başka kimseye devredilmesi halinde (çok kısa bir süre olmaması kaydıyla) artık üzerindeki fiili hakimiyetin kalmaması ve bu sebeple ekonomik yararlanma olanağının kalktığı durumlarda o aracı, kaza sırasında fiili hakimiyeti altında bulunduran ve ondan iktisaden yararlanan kimsenin işleten sıfatıyla meydana gelen zarardan sorumlu tutulması gerektiği; bunun sonucu olarak da araç malikinin sorumlu tutulamayacağı, işleten sıfatının belirlenmesinde araç üzerinde fiili hakimiyet ve ekonomik yararlanma unsurlarının birlikte bulunması ve fiili hakimiyetin uzun süreli olması gerektiği belirtilmiştir.

Bu konuda getirilecek delillerin 3.kişileri bağlayabilecek nitelikte ve güçte olması, özellikle zarara uğrayanların haklarını halele uğratacak bir sonuç yaratmaması şarttır. 21. HD 2007/22696 E. 2008/3847 K. ilamında da finansal kiralama şirketinin kazaya karışan aracını kazadan önce ve uzun süreli olarak sui generis bir kullanımın devri niteliğinde olan Finansal Kiralama Kanunu hükümlerin uygun şekilde kiralamasında, finansal kiralayan şirketin sorumluluğunun söz konusu olmadığı belirtilmiştir.

Uygulamada işleten olarak sorumluluktan kurtulmak için aracın maliki olarak gözükeler, kira sözleşmesi yaptıklarını belirtmektedirler. Buna ilişkin de sözleşmeler sunulmaktadır. Bu durumda kira süresinin uzun süreli olup olmadığını belirlemek gerekir. Yargıtay uygulamasında hangi sürenin uzun süreli olduğu her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmiş olup 17. HD 2015/12534 E., 2018/1584 K. ve 4. HD, 2012/13962 E., 2013/12203 K. sayılı ilamlarında 12 ay süreli kiralama uzun süreli kiralama olarak kabul etmiştir. Kira sözleşmesinin niteliği ve taraflar arasında düzenlenen belgenin niteliği 17. HD 2014/13690 E., 2016/10856 K. sayılı ilamında da belirtildiği gibi düzenlenen belgenin kira sözleşmesi olup olmadığı, uzun süreli ve 3.kişileri bağlayacak nitelikte olup olmadığı, aracın fiilen teslim edilip edilmediği, ekonomik yararlanmanın kime ait olduğunun değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. 4. HD 2011/9092 E., 2012/11026 K. sayılı ilamında da belirtildiği gibi araç malikinin aracını uzun süreli kiraya verdiği ve işleten sıfatının bulunmadığı yönünde verilen adi yazılı sözleşmenin her zaman düzenlenmesi mümkün olduğundan davalı şirketin işleten olmadığı yönündeki savunmaya değer vermemiştir. 17. HD, 2016/11451 E., 2017/5303 K. sayılı ilamında belirtildiği gibi kiracı, işleten sıfatının belirlenmesinde sözleşmenin uzun süreli olması, araç üzerinden fiili hakimiyet ve ekonomik yararlanma unsurları birlikte bulunmalı ve getirilen belgeler 3.kişileri bağlayacak nitelikte olmalıdır.

Sorumluluktan Kurtuluş

HGK, 2017/17-1089 E., 2019/294 K. sayılı ilamında da belirtildiği gibi motorlu araçların işletilme tehlikesine karşı zarar göreni korumak amacıyla KTK m. 85'de getirilen düzenleme, tehlike sorumluluğu olup sorumluluğun temeli, motorlu aracın yarattığı tehlikeli olaydır. İşleten işverenin adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğu veya kendi kusuru nedeniyle (ek kusuru) olsa bile özel düzenleme nedeniyle KTK hükümleri uygulanır.

KTK m. 86'da işleten işverenin, sorumluluktan kurtulma halleri düzenlenmiştir. Uygulamada, meydana gelen trafik iş kazasında kusur belirlemesi yapılırken KTK m. 46-81 ve KTK

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Yönetmeliği m. 94-124 değerlendirilerek kusur incelmesi yapılarak sonuca gidilmekte ve olayın iş ve sosyal güvenlik hukuku boyutu çoğu zaman göz ardı edilmektedir. Olayın ceza hukuku boyutu da yeteri kadar dikkate alınmayıp ceza soruşturmasına ilişkin bilgi ve belgeler getirilmeden sonuca gidildiği görülmektedir. Maddi gerçekliğe ulaşmak ve hak kayıplarının önüne geçebilmek için KTK ve ilgili yönetmelikteki yasal düzenlemeler ile birlikte olayın oluş tarihine göre İşK mülga m. 77 ve ilgili yönetmeliklerin İşK m. 63-74, 6331 Sayılı Yasa m. 4, 5, 6, 10, 15, 16, 17, ve 19 ile AY m. 90 uyarınca milletarası sözleşmeler (ILO) birlikte değerlendirilerek kusur incelemesinin yapılması gerekir. Trafik iş kazası, cezai soruşturmaya da konu olmasından dolayı ceza soruşturmasındaki delillerin de değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca kusur incelmesi yaptırılırken meydana gelen olayın niteliğine uygun bir bilirkişi heyeti oluşturularak sonuca gidilmesi yargılamanın daha sağlıklı sonuçlanabilmesi açısından gereklidir (21. HD, 2014/17922-20806; 10. HD, 2012/23751 E., 2013/15680 K.; 21. HD, 2018/576 E., 2019/807 K.).

İşleten (işveren), KTK m. 86 uyarınca meydana gelen zarar sebebiyle sorumluluktan kurtulabilmesi için genel ve özel kurtuluş nedenlerini ispat etmesi gerekir.

Genel kurtuluş sebepleri, tüm sorumluluk hallerinde geçerli olan mücbir sebep, 3.kişinin ağır kusuru ve zarar görenin ağır kusurudur. Ancak bunların kanıtlanması tek başına yeterli olmayıp ayrıca işverenin özel kurtuluş kanıtlarını ispatlaması gerekir. KTK m. 86 uyarınca işveren özel kurtuluş kanıtı olarak kendisinin kusurunun bulunmadığını ispatlamak zorundadır. İşveren, eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurunun bulunmadığını kanıtlamalıdır. Bunlara ek olarak araçtaki bir bozukluğun kazada etkili olmadığını kanıtlamalıdır. Bu nedenle de kusur incelemesinin yukarıda belirttiğimiz şekilde tüm yasal düzenlemelerin incelenerek yapılması gerekir (21. HD, E. 2014/4586-12204).

Bu özel kurtuluş kanıtları ispat edildikten sonra diğer genel kurtuluş kanıtlarının ispatı gerekir. Özel kurtuluş kanıtlarının

tamamının, genellerin ise herhangi birinin ispatı yeterlidir. Buradaki ispat yükümlülüğü işleten işverene aittir.

a. Zararın Doğumunda Kusurunun Bulunmadığını (Yardımcı Kişiler) ve Araçtaki Bozukluğun Etkili Olmadığı

İşveren ve diğer sorumlu olduğu kişilerin sorumluluk durumlarının yukarıda belirttiğimiz gibi tüm yasal düzenlemeler incelenerek sonuca gidilmelidir. Meydana gelen olayda işverenin kendi kusuru ya da eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurunun var olduğu bir durum söz konusu ise sorumluluktan kurtulmaları söz konusu değildir (adam çalıştıran kişi sıfatıyla sorumluluğu).

Genelde mahkemelerce meydana gelen olaylarda araç maliki işletenin kusuru bulunmadığından bahisle meydana gelen olayda aracı kullanan sürücünün kusurunun ya da bir başka kişinin kusurunun bulunduğundan bahisle işleten hakkında davanın reddi yönünde hüküm kurulsa da KTK m. 86 ve TBK m. 66 göz önüne alındığında araç maliki ve işletenin adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğu da söz konusu olup işletenin olayda kusuru bulunan sürücüsünün veya işçisi yardımcı kişinin veya işçisi konumundaki 3.kişinin kusurundan sorumlu olacağı hususu gözden kaçırılmaktadır (21. HD, 2009/10431-15193; 21. HD, 2016/18397 E., 2018/8691 K.).

Araçtaki bozukluk; KTK m. 86 uyarınca işverenin araçtaki bir bozukluğun kazayı etkilemediğini ispat etmesi gerekir. KTK m. 86'da aracın bozuk olduğu karine olarak kabul edildiğinden işverenin, karinenin aksini ispatlaması gerekir. Ancak, her somut olaya göre aracın tümünün bozuk olup olmadığının değil, kazaya yol açan kısımların düzgün çalıştığını ve arızanın olmadığını ispat etmesi yeterlidir. 21. HD 2004/1727-2935 sayılı ilamına konu olayda tehlikeli viraj levhasını dikkate alınarak yağışlı havada araç hızının düşürülmemesi sonucu oluşan kazada, araçta herhangi bir arıza saptanamaması halinde aracın 1969 model ve otuz yaşında olması nedeniyle işverenin sorumlu tutulamayacağı belirtilerek aracın eskimiş olması, tek

başına araçtaki teknik arıza olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Aks kırılması, fren patlaması gibi teknik arıza, işlemin sorumluluğunu etkilemez. Aynı şekilde kaçınılmazlık halinde de işveren, kurtuluş nedeninden faydalanmaz. Ancak lastik patlaması, fren tertibatının bozuk olduğu her olayı, araçtaki eksiklik olarak nitelendirmek doğru olmayabilir. İstihap haddinden fazla yük yüklenmesi, aracın bakım ve muayenesinin yaptırılmaması, yol ve hava şartlarına uygun olmayan lastik seçimi işverenin kusuru olarak da değerlendirilebilir (HGK, 2012/4-107 E., 2012/326 K.; 17. HD, 2014/13263, 2017/1019 K.; 17 HD, 2014/8766 E., 2016/3958 K.).

b. Kaçınılmazlık

Yargıtay içtihatlarıyla kabul edilen kaçınılmazlık, hukuki ve teknik anlamda fennen önlenmesi olanaksız, başka bir anlatımla işverence mevzuatın öngördüğü önlemlerin alınmış olduğu koşullarda dahi önlenmesi olanaksız durum ve sonuçları ifade eder (21. HD, 2016/13176 E., 2018/5695K.).

Bir olayın tamamen kaçınılmazlık sonucu olduğu kusur bilirkişi raporu ile saptanırsa hâkim, işverenin sorumluluğunu 818 Sayılı BK m. 43 (TBK m. 51) de göz önünde tutularak hakkaniyet ölçüsünde saptamalıdır. İşçinin, işverene karşı daha güçsüz oluşu, işçiyi koruma ve sosyal devlet ilkesi gibi nedenler karşısında işverene daha fazla sorumluluk verilmesi hakkaniyet gereğidir.

Yasanın kaçınılmazlık indirimini yasakladığı durumlarda, zarardan bu nedenle indirim yoluna gidilemez. KTK m. 86 gözetildiğinde, kaçınılmazlığın sorumluluğu daraltma işlevinin olmadığı açıkça görülmektedir (21. HD 2016/115 E., 2017/2948 K. sayılı ilamında seyir esnasından sol ön lastiğin patlaması kaçınılmazlık olarak kabul edilmiş, TBK m. 55 uyarınca belirlenen tazminattan indirilmesinin mümkün olamayacağı belirtilmiştir. Yine 21. HD 2017/1921 E., 2018/7879 K. sayılı ilamında da seyir halinde iken 00:30 sularında aracın önüne aniden hayvan çıkması üzerine çıkan hayvana çarpıp direksiyon hakimiyetinin kaybedilmesi şeklinde olan iş kazasında, işverenin ku-

sursuz sorumluluğu gereği kaçınılmazlıktan sorumlu olduğu belirtilmiştir.)

c. Genel Kurtuluş Sebepleri-Mücbir Sebep

Eğer meydana gelen iş kazasında mücbir sebep söz konusu ise işveren, sorumluluktan kurtulur. Ancak mücbir sebep sayılan olayın mutlaka işletenin işletmesi (aracı) dışında oluşan olay olması gerekir. 6331 Sayılı Yasa m. 4’de mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dahil her türlü tedbiri alması, risk değerlendirilmesini yapması, 5.maddede risklerden kaçınmak, 10.maddede de risk değerlendirme yükümlülüğü, 11.maddedeki acil durum planlarına ilişkin düzenlemeler ve teknolojik gelişmeleri takip yükümlülüğü dikkate alındığında, meydana gelen olayın mücbir sebep olup olmadığının her somut olaya göre değerlendirilmesi gerekir. İlgili yasal düzenlemeler göz önüne alındığında mücbir sebebi çağrışırsa bile bazı doğal olaylar mücbir sebep olarak kabul edilmeyebilir. Çığ tehlikesi uyarısına rağmen yola devam edilmesi, sel felaketi olan ve aşırı yağışın devam edeceği bilgisi bulunan yerlerde meydana gelen bir iş kazasını da mücbir sebep kavramına dahil etmenin mümkün olmadığı kanaatindeyim.

Mücbir sebebe en büyük örnek deprem olup 21. HD 2016/16707 E., 2017/3822 K. sayılı ilamında da belirttiği gibi Aybastı’dan İstanbul’a seyir halindeyken üst geçidin deprem nedeniyle yıkılıp seyir halindeki otobüse düşmesi şeklinde oluşan olayda zarara uğrayanların açmış oldukları davada da yasal mevzuat değerlendirilmesi yapılmış ve somut olayda işverenin özen yükümlülüğü kapsamında alabileceği bir tedbirin ve sorumluluğu gerektirecek kusurun bulunmadığı belirtilecek nedensellik bağının kesildiği belirtilmiştir.

d. 3. Kişinin Ağır Kusuru

İş kazası 3.kişinin ağır kusuru sonucu meydana gelmişse işverenin sorumluluğu söz konusu olmaz. İşverene ait veya onun sorumluluğundaki araç ile 3.kişiye ait araç birlikte bir kazaya karışmışsa ve bu olayda işverenle arasında hizmet ilişkisi bulunmayan 3.kişinin kusuru söz konusu ise bu durumda iş-

veren, sorumluluktan kurtulur. Burada yukarıda değindiğimiz gibi hem iş sağlığı ve güvenliği açısından ilgili mevzuatların değerlendirilmesi hem de 2918 Sayılı Yasa ve ilgili mevzuatların değerlendirilerek sonuca gidilmesi gerekir.

21. HD 2011/13775 E., 2012/19143 K. ilamına konu olayda Malatya-Bingöl hattında akaryakıt taşıma işi sırasında aracın durdurulup bomba yerleştirilmesi ve aracın bilahare şoför ile birlikte hareket ettirilmesi ve bombanın patlatılması sonucu araçta bulunan şoförün vefat ettiği olayda terör eylemlerinin yoğun olduğu bölgede yörenin seyahat koşulları, güvenli seyahat için uygulamanın ne olduğu, aracın akaryakıt taşıdığı göz önüne alınarak güvenlik güçleri ile koordineli bir biçimde ulaşım yapılmasının mümkün bulunup bulunmadığı araştırılmak suretiyle işverenin alması gereken önlemlerin neler olduğu, hangi önlemleri alıp almadığı, alınan önlemlere uyulup uyulmadığı ilgili yasal düzenlemeler de göz önüne alınarak terör ve iş sağlığı ve iş güvenliği dalında uzman bilirkişilerden rapor alınması gerektiğinden bahisle mahkemece 3.kişinin ağır kusurunun illiyeti kestiği şeklindeki kararı bozulmuştur.

21. HD, 2013/10119-18256 K.; 21. HD, 2008/9177-10204; 17. HD, 2010/90-1449.

Yukarıda da belirtildiği gibi 3.kişinin ağır kusurunu işveren kanıtlamak zorunda olup 3.kişinin ağır kusurunun bulunup bulunmadığı her somut olaya göre ve o konunun uzmanlarından oluşacak bilirkişi heyetince yasal düzenlemeler de irdeleterek sonuca gidilmelidir. Ancak işverenin sigortalı işçilerinin 3.kişi konumunda olmadığı unutulmamalıdır.

e. Zarar görenin Ağır Kusuru

Zarar görenin ağır kusuru eğer zarara yol açan eylem zarar gören sigortalının ağır kusuru sonucu meydana gelmişse, bu durumda işverenin kusursuz sorumluluğundan bahsetmek söz konusu değildir. Ancak uygulamada en çok bu halde sorunlarla karşılaşmaktadır. Mahkemelerin ve bilirkişilerin olayın iş kazası yönünü ve bununla bağlantılı yasal düzenlemeleri göz ardı ederek KTK'daki düzenlemeleri göz önüne alarak tek ta-

raflı trafik kazalarında olay anında düzenlenen kaza tespit tutanağındaki bilgiler de göz önüne alarak kazaya uğrayanın sorumlu olduğunu belirtilerek sonuca gidilmeye çalışılmaktadır.

Özellikle tek taraflı trafik kazalarında ilgili yasal düzenlemeler göz önüne alınarak; araçların yüklenilmesinde mevzuattaki usul ve esaslara uyulup uyulmadığı, taşıma sınırı üzerinde yolcu alınıp alınmadığı, tehlikeli ve zararlı maddeler için izin alınıp alınmadığı, sürücünün görüşüne engel olacak ya da yoldaki bir şeye takılacak şekilde yükleme yapıp yapılmadığı, işverenlerce görevlendirilen işçilerin görevlendirildikleri işe uygun olup olmadığı, kullanılacak araca uygun sürücü belgesine sahip olup olmadığı, iş makinesi ya da cankurtaran gibi özel amaçlı araçları kullananların ustalık belgesi ve eğitimleri alıp almadığı, sağlık şartları ile muayenelerine dair mevzuat hükümlerinin dikkate alınıp alınmadığı, mevzuata göre sürücülerin işitme-göz-diyabet-kalp damar vb. hastalıklarının bulunup bulunmadığının denetlenip denetlenmediği, araç kullanma sürelerine uyulup uyulmadığı vb. düzenlemelerin her somut olayda dikkate alınarak konunun uzmanlarından oluşturulacak bir heyetçe değerlendirilmesinin yapılması gerekir.

Özellikle tek taraflı trafik kazalarında dikkatsizlik, tedbirsizlik, uyku, aşırı hız gibi nedenlerden dolayı sürücüye kusur verilmekteyse de burada KTK m. 49 ve Yönetmelik m. 98, çalışma saatleriyle ilgili İşK'daki düzenleme ve ILO 153 Nolu Karayolları Taşımacılığında Çalışma Saatleri ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Sözleşme'deki hükümlerin ve 6331 Sayılı Yasa'daki düzenlemelerin değerlendirilmesi gerekmektedir. Uzun yol şoförlerinde çift şoför verilip verilmediği dikkate alınmalıdır. 21. HD 2016/18255 E., 2018/2423 K. sayılı ilamına konu olayda otobanda seyir halinde bulunan aracın yoldan çıkarak devrilmesi olayında, sürücünün %100 kusurlu olduğu belirtilmiş ise de, ilgili yasal düzenlemeler irdelenerek karayolu taşımacılığında çalışma saatleri ve dinlenme sürelerine ilişkin 153 Sayılı ILO Sözleşmesi m. 5 ve 6'da hiçbir sürücünün mola vermeksizin ve devamlı olarak dört saatten fazla araç kullanmasına izin verilemeyeceği, ülkelerin ulusal koşulları dikkate alınarak dört

saatlik süreyi bir saatten fazla olmamak üzere arttırabileceği, fazla mesai dahil azami toplam araç kullanma süresinin günde 9 ve haftada 48 saati aşamayacağı düzenlenmiştir. Bu sebeple aracın kaza öncesi yol ve kullanım sürelerine ve güzergahına ilişkin tüm hususlar ile günlük çalışma sürelerinin üzerinde ve dikkat bozukluğu doğuracak düzeyde aşırı çalışmanın olup olmadığı değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

21. HD 2016/19961 E., 2018/5961 K. sayılı ilamında da kamyon şoförü olarak çalışırken kalp krizi neticesinde vefat olayına ilişkin olayda sigortalının işe girişten önce ve girişi sırasında yaptırılan muayenelere ilişkin kayıt ve belgelerin getirilmesi, işverenin periyodik sağlık muayenesinin yaptırmayıp-yaptırmadığı, bu muayenelerde kalp krizi riskine yol açacak rahatsızlıklara ilişkin bir bulguya rastlanıp rastlanmadığı, kaza tarihinde sigortalının bünyesini zorlayacak bir çalışma yaptıırılıp yapılmadığı, ILO sözleşmesi de dikkate alınarak çalışma saatlerine uyulup uyulmadığına ilişkin araştırma yapılması, olay günü sigortalıya iş yerinde rutin dışında bir gerginlik ve stres içine sokacak bir olayın cereyan edip etmediği belirlenerek bu belirlemelerden sonra işyeri hekimliği, iş gücü sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman olan bir kardiyoloğun da yer aldığı heyetten rapor alınması gerektiği belirtilmiş yine 21. HD 2016/7224 E., 2017/8104 K. sayılı ilamında şoförün tam kusurlu olduğu bir olayda sefer öncesi fazla çalışma iddiaları nedeniyle ILO sözleşmesi de göz önüne alınarak davacıların murisi ile aynı işi yapan tanığın, davalı iş yerindeki çalışma sürelerindeki beyanlarını dikkate almayan bilirkişi raporunu yeterli bulmamıştır. Yine davacının tam kusurlu olduğu yönündeki verilen karar, 21. HD 2016/19960 E., 2018/5722 K. ilamında kaza sonrası lastiklerin patlamış vaziyette olması karşısında yasal düzenleme ve ILO sözleşmesine atıfta bulunarak çalışma koşullarına ilişkin olarak kazalının kullandığı aracın, kaza öncesi yol ve kullanım süreleri, yol güzergahlarının belirlenerek dikkat bozukluğu doğuracak şekilde aşırı çalıştırmanın söz konusu olup-olmadığının trafik ve iş güvenliği konusunda uzman heyetten rapor alınması gerektiği yine 21. HD 2018/300 E., 2019/787 K. Sayılı ilamında kısa zaman aralıklarında ve sü-

ratli araç kullanmasına yol açacak bir iş ve teslimat programı yapılması gibi durumların söz konusu olup olmadığının araştırılması yine 21. HD 2016/3563 E., 2017/1494 K. Sayılı ilanda yasal mevzuat belirtilerek ehliyet durumu, kazanın gerçekleştiği gün kaç saat çalıştığı, bu saatler içerisinde birden fazla yere sefer yapıp yapmadığı, bu çalışma saatleri içerisinde yardımcı şoför verilip verilmediği, ne kadar süre istirahat yapması gerektiği, kazanın gerçekleştiği anda yorgun olup olmadığı, aracın teknik bakım ve kontrollerinde eksiklik olup olmadığının incelenmesinin gerektiği belirlenmiştir. 21. HD 2015/8481 E., 2015/16181 K. Sayılı ilamında da sigortalının kırmızı ışıkta beklerken kendi şeridinde bulunan araçların arasından aniden çıkarak karşı şeride geçerek kazaya sebebiyet vermesinde kazaya uğrayanın ağır kusuru nedeniyle yasal düzenlemeler belirtilerek illiyetin kesildiği belirtilmiştir.

21. HD 2014/8960 E., 2014/17208 K. sayılı ilamına konu olayda davacı, sevk ve iradesindeki araçla seyir halindeyken sıcaktan bunalıp kola içmek için kola kutusunun kapağını açtığı anda cama sıçrayan sıvı nedeniyle direksiyon hakimiyetini yitirip beton bloğa çarpması şeklinde meydana gelen kazada, 21. Hukuk Dairesi tarafından olay tarihinde yürürlükte olan İşK m. 77 ve 6331 Sayılı Yasa m. 4 ve 5 kapsamında değerlendirme yapıp, işverenin çalışanlar ile ilgili sağlık ve güvenliği sağlama yükümlülüğünün genel çerçevesi 6331 Sayılı Yasa m. 4'te çizildiği belirtilmiş, bu çerçevede işverenin çalışanlarının işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olduğu belirtildikten sonra 5.maddede işverenin söz konusu yükümlülüklerle gerçekleştireceği koruma sırasında uyacağı ilkelerin belirtildiği 10.madedede ise işverenin risk değerlendirme çalışmasında dikkate alacağı hususlar belirtildiğinden bahsedilmiş olup işverenin zararlandırıcı olay nedeniyle sorumluluk halinden kurtaracak olan durum, iş sağlığı ve güvenliği alanındaki ihmalleri nedeniyle oluşan zarar arasındaki illiyet bağının kesildiğini ispat etmekten ibaret olduğunu ve anılan olayda davacı sigortalının tam kusurlu olduğu ve davalı işveren-işleten yönünden sorumluluğun kesildiği belirtilmiştir.

21. HD 2016/18044 E., 2018/5905 K. İlamında da iş kazalarından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davalarında zararlandırıcı olaya neden oldukları sürülen kişilerin kusur oranlarının kesin olarak tespiti hem maddi hem de manevi tazminat miktarını doğrudan etkilenmektedir. Maddi tazminatlarda sigortalının kusuru oranında tespit olunan zarardan indirim yapılacağı, manevi tazminat miktarı takdirinde kusur durumunun dikkate alınacağı belirtilerek, trafik iş kazasında taraflarca ibraz edilen kaza tarihi ve öncesindeki döneme ait GPRS kayıtlarının orijinallerinin bizzat mahkeme ve bilirkişilerce incelenmesi, varsa takograf kayıtlarının incelenmesini ve bunların trafik iş güvenliği uzmanlarına incelettirilmesi ve bu incelemeyle fazla çalışma ve yorgunluk iddialarının açığa kavuşturulması gerektiği belirtilmiştir.

21. HD2014/23294 E., 2014/26449 K.sayılı ilamındaki olayda seyir halindeyken çift şeritli yolun aniden tek şeride düştüğü ve davacının bunu fark edememesinden dolayı kazanın meydana geldiği, ehliyetinin elverişli olduğu, tecrübeli bir çalışan olduğundan bahisle davalılara kusur izafe edilmeyen mahkeme kararı tarafların kusur durumu belirlenirken, taraflarca ortaya konulan iddia ve savunmalar ile tüm delillerin titizlikle değerlendirilerek kusurun tespiti gerektiği, aşırı ve yorgun çalışma iddiası varsa kaza anında kullanılan aracın takograf kayıtları, sevk irsaliyeleri, sefer sayılarını belli edecek belgeler ile özellikle kaza günü öncesinde son kez ne zaman nereye sefere gönderildiği ve ne zaman döndüğü, dönüş sonrası yeniden ne zaman sefere gönderildiğinin araştırılıp incelenmesiyle sonuca gidilmesi gerektiği belirtilmiştir. HGK, 2010/21-468 E., 2010/489 K. sayılı ilamına konu olayda araç kullanıcısı davacının, aracı hava ve yol şartlarını dikkate almadan sevk etmesi nedeniyle tam kusurlu olduğu şeklindeki belirlemede, davacının daha önce iki kere kaza yapması nedeniyle sürücü olarak görevlendirilmediği, olay günü ise taşıma işinde görevlendirildiği hususlarının dikkate alınmayarak sonuca gidilmesinin hatalı olduğu belirtilmiştir.

Ceza Davasındaki Nitelendirme

TBK m. 74 gereğince hukuk hâkimi, kusur ve derecesinin belirlenmesi bakımından ceza mahkemesinin kesinleşmiş ka-

rarı ile ilke olarak bağlı değilse de ceza mahkemesinden verilen sanığın isnat edilen eylemi işlemediğinin kesin olarak tespit olgusuna dayalı beraat kararı ile ve o eylemin hukuka aykırılığının ve failini belirleyen mahkûmiyet kararına bu yönleriyle bağlıdır (21. HD, 2014/8979-17308).

Zamanaşımı

KTK m. 109/I'e göre motorlu araç kazalarından doğan maddi zararların tazminine ilişkin talepler, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve her hâlükârda kaza gününden başlayarak on yıl içerisinde zamanaşımına uğrar. KTK m. 109/II'ye göre cezayı gerektiren bir fiilden doğarsa ceza zamanaşımı, tazminat davalarında da geçerlidir denmiş olup eylemin, ceza kanununa göre suç sayılması yeterlidir. Konu, HGK, 2017/17-1103 E., 2019/423 K. ve HGK, 2017/17-1086 E., 2019/420 K. sayılı ilamlarında ayrıntılı bir şekilde izah edilmiştir.

İşverenin Sorumlu Olduğu Zararlar

1. Maddi Zarar

Sorumluluk hukukunun amacı, kişinin mal varlığında iradesi dışında meydana gelen zararları gidermektedir. Zarar verenin ödeyeceği tazminat tutarının hesaplanabilmesi için zararın, TBK sorumluluk hukuku kurallarına göre belirlenmesi gerekir. TBK m. 54'de, bedensel bütünlüğü zedelenen kişinin 1. Tedavi giderlerini 2. Kazanç kaybını 3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıpları 4. Ekonomik geleceğinin sarsılmasından kaynaklanan kayıpların istenebileceği belirtilmiştir (21. HD, 2016/19681 E., 2018/5723).

Tedavi giderleri yönünden 5510 Sayılı Yasa m. 63-76 göz önüne alındığından işverenin tedavi giderlerinden sorumluluğu söz konusu değildir. Ancak 21. HD 2006/3604 E., 2006/6274 K. Sayılı ilamında belirtildiği gibi kurumca karşılanmayan estetik amaçlı giderler işverenden istenebilir. KTK m. 98'deki değişiklik ile trafik kazası sonucu yaralanan kişinin tedavi giderleri, SGK'nın sorumluluk alanına girmiştir.

HAK SAHİPLERİNİN TAZMİNATI

Trafik iş kazası sonucu sigortalının ölümü halinde, hak sahipleri de işveren sıfatı ile işverenden destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilir. 21. HD, anne babanın destek olarak nitelendirilebilmesi için kurumca gelir bağlanmasını aramış ise de 22.06.2018 T., 2016/5 E., 2018/6 sayılı YİBK uyarınca çocukların anne babaya destek oldukları karine olarak kabul edildiği için kurumca gelir bağlanıp bağlanmadığına bakılmaksızın anne babanın destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilecekleri belirtilmiştir.

Gerek zarar görenin gerekse hak sahiplerinin açtığı tazminat davalarında işverenin sorumluluğunun kapsamını belirleyebilmek için meydana gelen zarar veya ölüm olayı ile trafik iş kazası arasında illiyet bağının kurulması gerekir (17. HD, 2016/19104 E., 2017/11651 K.; 21. HD, 2015/2269 E., 2016/198 K.; 21. HD, 2013/20703 E., 2014/7282 K.). ayrıca dairemizin 2018/5018 E., 2019/2931 K. sayılı ilamı, illiyetin belirlenmesi açısından önemli bir karar olduğu düşüncesiyle burada paylaşmak istiyorum. Davaya konu olayda tır şoförü olan davalıların murisi 26.1.2009 tarihinde davalı işveren tarafından Ukrayna'ya sefere gönderilmiş, 11.12.2009 tarihinde Türkiye'ye giriş yaptığı, Adli Tıp Kurumu Raporu'nda H1N1(domuz gri-bi) virüsünün kuluçka süresinin 1-4 gün arasında değiştiği, murisin 13.12.2009 tarihinde hastaneye başvurulduğu, belirttiği şikayetlerin söz konusu hastalığın başlangıç belirtileri olduğu, hastalığın başvurudan 1-4 gün öncesinde gerçekleşmiş olacağının belirtilmesi üzerine dairemizce yurda giriş tarihi ve kuluçka süresi göz önüne alınarak hastalığın yapılan iş sırasında bulaştığı ve iş kazası olduğu kabul edilmiştir.

Zararın kapsamının belirlenmesinde problemliler unsurlardan biri de ücret belirlemesidir. Genelde sigortasız çalışma veya sigortalı çalışmaya rağmen bildirilen ücretin gerçek ücreti yansıtması nedeniyle tazminat miktarının belirlenmesinde ücretin tespiti büyük sorunlara yol açmaktadır. Ayrıca aynı olayda birden fazla sigortalının zarar görmesi gerçeği, görev ve yetkiye ilişkin düzenlemeler göz önüne alındığında aynı nitelikteki

işçiler için farklı ücret tespitlerinin yapıldığı yadsınamaz bir gerçektir. Ücretin düşük tespiti hak sahiplerinin, olduğundan fazlasının tespiti ise işverenin mağduriyetine yol açmaktadır. Birçok Yargıtay içtihatlarında ücretin nasıl belirleneceğine ilişkin ilkeler ayrıntılı olarak belirtilmiştir (21. HD, 2018/3379 E., 2019/2344 K.). Ancak ücret tespitindeki farklı nitelendirmeler ücret sorununun yargının kanayan bir yarası olması gerçeği ve hukuki güvenliğin sağlanabilmesi için (hatta aynı olaya ilişkin hak sahiplerinin farklı tarihlerde dava açıp farklı ücret tespit ettikleri gerçeği de göz önüne alınarak) teknolojik gelişmeler, iletişim ağındaki ilerleme göz önüne alındığında bu problemin kesin olarak çözülmesi ve Çalışma Bakanlığı'nda oluşturulacak bir kurul tarafından ya da TÜİK tarafından her il ve her meslek bazında, yaş ve hizmet süreleri göz önüne alınarak işçinin alabileceği ücretlerin alt ve üst sınırlarının belirlenerek (asgari ücret ve TİS hükümleri saklı kalmak kaydıyla) ücret sorununun tam olarak olmasa da büyük ölçüde çözümlenebileceği kanaatindeyim.

İşverenin sorumluluğu kapsamında tazminat miktarı belirlenirken baz alınan yaşam tablosu da sorunlara yol açmaktadır. Karayolları Genel Şartnamesi'nde tazminat hesabının TRH 2010'a göre yapılacağı düzenlenmiş olup iş kazalarından kaynaklanan rücu davalarında ilgili 10. HD tarafından TRH 2010 esas alınmaktadır. Ancak 21. HD, iş kazalarında (işverenin işlemlen sıfatıyla sorumluluğunda) PMF 1931 yaşam tablosunu baz almaktadır (21. HD, 2017/2976 E., 2018/6732 K.). Bu ise aynı olaya ilişkin farklı durumlarda farklı yaşam tablolarının dikkate alınması nedeniyle hukuka olan güvenin sarsılmasına yol açmaktadır. Esasında olması gereken, 21. HD'nin 2015/19428 E., 2017/323 K. sayılı ilamında belirtildiği gibi aktif ve pasif dönem hesabında kişinin sigortalı olduğu dönemde yürürlükte olan 506 Sayılı Yasa m. 60, 5510 Sayılı Yasa m. 28'deki düzenlemeler göz önüne alınarak aktif ve pasif dönemin bireyselleştirilerek hesaplanması gerekir. Zira TBK m. 51, tazminatın kapsamını "*hâkim, durumun gereğine göre belirler*" dediğine göre bu durumun gereğinde zarara uğrayanın ilgili yasal düzenlemeler uyarınca yaşlılık aylığını alabileceği tarihin belirlenmesi ve

bilahare her meslek grubuna göre ayrı ayrı pasif dönemin belirlenerek sonuca gidilmesi gerekir. Bölgesel koşullar, çalışılan işler ve çalışma süreleri göz önüne alınarak her meslek grubu için ayrı bir yaşam tablosunun belirlenmesi, sorunun daha sağlıklı bir şekilde çözümlenmesini sağlayacağı kanaatindeyim.

MANEVİ TAZMİNAT

Zarar gören işçinin, kendisi veya ölümü halinde hak sahipleri, manevi tazminat talebinde bulunabilirler. Ayrıca TBK m. 56 uyarınca zarar görenin ağır bedensel zarara uğraması halinde, zarar görenin yakınlarının da manevi tazminat talebi hakkının olduğu belirtilmiş olup, 21. HD ağır bedensel zararı her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirmektedir. Ancak ağır bedensel zararın belirlenmesinde maluliyet oranı öncelikli etkenlerden birisidir. Zarar gören, ölmeden önce manevi tazminat talebini belirtmiş ise yakınları manevi tazminat talep edebilir. Manevi tazminat talebi belirsiz alacağa konu olamaz ve bölünemez. Ancak HMK m. 150/VII göz önüne alınır.

KTK m. 90 yollaması ile manevi zararların KTK kapsamı dışında tutulup TBK m. 56'nın uygulanacağı belirtilmiş ise de işverenin kusursuz sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda da manevi tazminatlarda işverenin işleten sıfatıyla sorumluluğu söz konusudur.

4. HD 2012/3261 E., 2012/4864 K. ve 4. HD 2012/15996 E., 2013/14674 K. sayılı ilamlarında kazaya neden olan aracın işleteni olan davalının zarar gören davacının maddi ve manevi olmak üzere tüm zararlardan sorumlu olduğu belirtilmiştir. 21. HD 2015/17528 E., 2016/12750 K. sayılı kararında da davalı işverenin zarar görenin içinde bulunduğu aracın maliki ve işleteni olması nedeniyle kusursuz sorumlu olarak manevi tazminattan sorumlu tutulması gerektiği belirtilmiştir.

21. HD, 2016/19187 E., 2018/5566 K. sayılı ilamında da belirtildiği gibi işverenin sorumlu olduğu tazminat miktarının belirlenebilmesi için, zarar görenin iş göremezlik oranının kurumca bağlanan geçici iş göremezlik ödeneğinin ilk peşin

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

sermaye değerinin de tespiti gerekir. 21. HD, 2017/561 E., 2018/6686 K. sayılı ilamında da belirtildiği gibi tazminat hesabında, hesap tarihindeki veriler kullanılarak hesaplama yapılması gerektiğini kabul etmektedir. (21. HD, 2019/295-5654)

İşverenin sorumluluğunun belirlenmesinde ödünç iş ilişkisi ve işyeri devri kavramları da karşımıza çıkmaktadır. İşK m. 7 uyarınca işçisini ödünç veren işveren, işçiyi gözetme borcundan dolayı ödünç alan işverenle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğundan bir trafik iş kazası sonucu zarar gören işçi veya yakınları ödünç veren ya da alan işverenlerin birisi hakkında veya her ikisine karşı beraber dava açabilir. Ödünç alan işveren, işleten konumunda ise ödünç veren de yasal düzenleme gereğince sorumludur (21. HD, 2010/7930 E., 2010/10884 K.).

Asıl işveren alt işveren ilişkisi var ise, asıl işveren ile alt işverenin birlikte sorumluluğu müteselsil sorumluluktur. Doğrudan bir hizmet sözleşmesi bulunmamakla birlikte İşK m. 2/VI gereğince asıl işveren, alt işverenle birlikte müteselsilen ve müştereken sorumludur (21. HD, 2018/6566 E., 2019/4468 K.).

Müteselsil Sorumluluk

KTK m. 88/I'de *"bir motorlu aracın katıldığı bir kazada, bir 3.kişinin uğradığı zarardan dolayı, birden fazla kişi tazminatla yükümlü bulunuyorsa bunlar, müteselsil olarak sorumlu tutulur"* hükmü mevcut olup zarar gören, isterse zarara sebebiyet verenlerden birine, isterse tamamı hakkında talepte bulunabilir. Yargıtay 21. HD uygulamasına göre davacı, birden fazla sorumlu kişi hakkında dava açmış ise ve açıkça tarafların kusuruna göre zararının giderimini istememiş ise, davanın müteselsil sorumluluk esasına göre açıldığı kabul edilmektedir (TBK m. 163; 21. HD, 2017/789-8276).

Müteselsil sorumluluk esasına göre açılan davada, davacının hak ettiği tazminatın sorumlu bulunan davalılardan müşterek ve müteselsilen tahsili yönünde karar verilir. Davacı, müteselsil sorumlu olanlardan birisi hakkındaki davasından

feragat ederse, diğer davalı feragat edenin kusurunu kapsayacak şekilde tazminattan sorumlu tutulamaz (TBK m. 168/II). Müteselsil borçlulardan birisi tarafından borç tamamen veya kısmen ödenirse, diğer borçlular sona eren borç oranında borçtan kurtulur (TBK m. 166/I). Davacı, müteselsil borçlulardan birisi hakkındaki davasını müracaata bırakırsa tazminatın tümünün diğer davalılardan talep edebilir (TBK m. 163). Davacı, müteselsil borçlulardan birisi hakkında dava açıp, ilam kesinleştikten sonra diğer müteselsil borçlular hakkında dava açarsa, tahsilde tekerrüre esas olmamak üzere hüküm tesis edilir. TBK m. 165'e göre müteselsil borçlulardan biri, ortak def'i ve itirazları ileri sürmezse, diğerlerine karşı sorumlu olur. TBK'da tam teselsül düzenlenmiş olduğu için zamanaşımı, bu sorumlulardan birisi hakkında kesilince diğerlerine karşı da TBK m. 155 gereği kesilir.

Manevi tazminat davasında müteselsil sorumlulardan birisi hakkındaki davadan feragat edilmesi durumunda manevi tazminatın bölünmezliği ilkesi gereğince diğer müteselsil sorumlular da manevi tazminat borcundan kurtulur (HGK, 2015/21-837 E., 2019/253; 21. HD, 2017/6628 E., 2019/903 K.; 21. HD, 2015/18583 E., 2017/588 K.; 21. HD, 2016/19172 E., 2018/5939 K.; 21. HD, 2014/8565-16593; 21. HD, 2015/3573-19326; 21. HD, 2015/15583-588).

Devlet ve Diğer Kamu Tüzel Kişileri (Farazi İşleten)

KTk m. 106 uyarınca *“genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelere, il özel idarelerine ve belediyelere, kamu iktisadi teşebbüslerine ve kamu kuruluşlarına ait motorlu araçların sebep oldukları zararlardan dolayı, bu kanunun işletenin hukuki sorumluluğuna ilişkin hükümleri uygulanır. Bu kuruluşlar, 85.maddenin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere 101.maddedeki şartları haiz milli sigorta şirketlerine mali sorumluluk sigortası yaptırmakla yükümlüdürler.”*

Motorlu aracın malikinin devlet veya bir kamu tüzel kişisi olması durumunda devlet ve ilgili kamu tüzel kişisi farazi işleten olarak sorumludurlar. Devlet veya diğer kamu kurumları

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

açısından kanun koyucu herhangi bir fark gözetmemiştir. Bu kurumlar da özel şahıslar gibi KTK uyarınca sorumluluk hükümlerine tabi olurlar (17. HD, 2015/7400 E., 2018/826 K.; 4. HD, 2009/5937 E., 2010/4370 K.).

Adi Ortaklık

Ortak işleten kavramı, araç üzerinde işleten sıfatına sahip birden fazla kişinin olması durumunda ortaya çıkar. Bir araca birden fazla kişinin malik olması veya bir aracı birden fazla kişinin kiralaması durumunda ortak işletenlik kavramı vardır. Bu birden fazla işleten zarar görene karşı zararın tamamından müteselsilen sorumlu olurlar. Adi ortaklığın, tüzel kişiliği yoktur. Davanın tüm ortaklara yöneltilmesi gerekir (21. HD, 2014/13968 E., 2014/21691 K.).

21. HD, 2015/18777 E., 2016/15519 K. sayılı ilamında da belirtildiği gibi çalışma hayatında işçinin, asıl işveren dışında başka işverenlere de hizmet verdiği, işçinin bilgisi dışında olmakla beraber birbirleriyle bağlantılı olan işverenlerin işlerini gördükleri de bir gerçektir. Eğer şirketler arasında organik bağ söz konusu ise bu durumda sigortalıyı çalıştıran şirketlerin her ikisinin de sorumluluğu söz konusudur.

İşletenin Bağlı Olduğu Teşebbüs Sahibi Kavramı

KTK m. 85/I uyarınca *“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.”*(21. HD, 2015/12179 E., 2016/5814 K.; 4. HD, 2012/16546 E., 2013/4868 K.)

Uygulamada özellikle işverenlerce personel taşıma işinin, 3. şahıslara verildiği ve işçilerin bu taşıma esnasında uğradıkları iş kazasındaki sorumluluk konusunda işverenin sorumlu olup olmayacağı hususu karşımıza çıkmaktadır. 21. HD uygulamasına göre işçi taşıma görevinin işveren nam ve hesabına yapılması durumunda işçiye karşı sorumluluğunun doğrudan işveren ait olduğu; servis işini yüklenen ile servisten yararla-

nan işçiler arasında doğrudan hukuksal ilişki bulunmadığı, işverenin taşıma sırasında doğrudan sorumlu olacağı, kusuru bulunmasa dahi zarardan sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmektedir. (21. HD, 2018/4779 E., 2019/3685 K.; 21. HD, 2015/13669-22577; 21. HD, 2013/17191 E., 2014/5235 K.; 17. HD, 2014/25016 E., 2017/5136 K.).

İşverenin Sorumluluğunu Azaltan Haller

Zarar Görenin Hafif Kusuru

KTK m. 86/II'de tazminat miktarının tespitinde rol alan unsurlardan sadece zarar görenin kusuruna yer verilmiştir. KTK m. 90 atfıyla TBK'nın haksız fiillerde tazminata ilişkin 51 ve 52.maddeleri uygulanır. Bu düzenleme, hukukun temel prensiplerinden olan kimse kendi kusurlu davranışına dayanarak hak iddia edemez prensibine dayanır. Hâkim, zarar gören ile işverenin kusurunu ve aracın işletilme tehlikesini gözeterek tazminat oranını belirler. Hâkim, hâl ve şartlara göre tazminattan indirimde de gitmeyebilir (21. HD, 2014/4586-12204; 17. HD, 2009/9970 E., 2010/2559 K.).

Son Söz: Trafik iş kazasında zarar görenin ve zarara sebebiyet verenlerin niteliklerinin farklı olması veya aynı nitelikte bulunsalar bile 7036 Sayılı Yasa ve 2918 Sayılı Yasa'daki düzenlemeler göz önüne alındığında, aynı olayın farklı görevli ve yetkili mahkemelerde görülebilmesi nedeniyle aynı olayda tüm veriler aynı olsa bile farklı kusur raporu alınması, ücret belirlemesi ve bu belirlemeler arasındaki çelişkinin giderilmesinin; yargılamanın uzaması ve daha fazla yargılama giderine sebep olması, aynı olaya ilişkin farklı tazminat hesaplarının yapılması, hukuk güvenliğini sarsması nedeniyle sorumluluk hukukuna ilişkin davaların tek bir mahkemede toplanması ve temyiz incelmesinin de tek bir dairece yapılmasının gerektiği kanaatindeyim.

**BEDENSEL ZARARLARDAN
DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK**

**"TAŞIMA SÖZLEŞMESİNDEN
KAYNAKLANAN BEDENSEL ZARARLAR"**

1. Gün

3. Oturum

DENİZ TAŞIMALARINDA TAŞIYANIN YOLCUNUN BEDENSEL ZARARLARINDAN SORUMLULUĞU

Prof. Dr. Hakan KARAN ve Doç. Dr. İsmail DEMİR***

GİRİŞ

Sorumluluk hukukunda zarara mağdurun katlanması esastır. Zararın mağdurun uhdesinden alınarak bir başka kişiye yüklenmesi için toplumun adil bulduğu bir sebebin ortaya çıkmasına ihtiyaç vardır. Deniz taşımalarında yolcunun bedensel zararlarından sorumluluğu da bu anlayışla özel bir rejime tabi kılınmıştır. Bu rejimi haklı kılan esas gerekçe aslında, taşıyanı sorumlu kılmaktan ziyade, onu önceden tüm kapsamıyla tahmin edebileceği yeknesak bir sorumluluk altına sokmak ve ardından da tazmin olunacak tutarın tazminat talebinde bulunan kişiye ödenmesini güvence altına almaktır. Bu çalışmada genel hatlarıyla denizde yolcu taşımada taşıyanın yolcunun bedensel zararlarından sorumluluğu işlenecek olup, bu başlık altında sorumluluğa uygulanacak hukuk, sorumluluğun dayanağı, şartları, sınırları ve sigortası ele alınacaktır.

I. SORUMLULUĞA UYGULANACAK HUKUK

A) GENEL OLARAK

Hâlihazırda Türk hukukunda deniz taşımalarında yolcunun bedensel zararlarından sorumluluğuna uygulanabilecek düzenlemeler, 13 Ocak 2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun “Deniz Ticareti” başlıklı Beşinci Kitabının Dör-

* Ankara Üniversitesi Deniz Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi (DEHUKAM) Müdürü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

** Ankara Üniversitesi Deniz Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi (DEHUKAM) Müdür Yardımcısı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

düncü Kısmı Beşinci Bölümünde “Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesi” başlığı altında 1247 ilâ 1271 maddelerde yer almaktadır¹. Bu hükümlerin dayanağı, “2002 tarihli Yolcuların ve Bagajlarının Deniz Yolu ile Taşınmasına İlişkin Atina Konvansiyonu” (2002 tarihli Atina Konvansiyonu)² hükümleridir. Bu Konvansiyon, “1974 Yolcuların ve Bagajlarının Deniz Yolu İle Taşınmasına İlişkin Atina Konvansiyonu”nun (1974 tarihli Atina Konvansiyonu) yerine geçmek üzere kabul edilmiştir³. Türkiye, Konvansiyonu 9 Mart 2017 tarihli ve 6990 sayılı Kanun ile kabul etmiştir. 18 Eylül 2019 tarihli ve 1580 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile Konvansiyonun Türkçe ve İngilizce metinleri yayımlanmıştır⁴. Tevdi belgesinin Uluslararası Denizcilik Örgütü’ne sunulmasını müteakip kısa bir süre sonra Konvansiyon yürürlüğe girecektir. Bu sebeple konunun işlenmesinde, Konvansiyon da dikkate alınmıştır. Konvansiyonun Türk Ticaret Kanunu yanında gözetilmesi, herhangi bir gemideki Türk yolcunun ya da Türk gemisinde herhangi bir yolcunun ölümü ya da yaralanmasına bağlı tazminat talebinin bu Konvansiyonu uygulayan bir ülkede yöneltmesi halinde ayrıca önemlidir.

2002 tarihli Atina Konvansiyonu, usulüne uygun yürürlüğe sokulmuş olması kaydıyla bir yandan Anayasanın 90. maddesi anlamında öncelikle uygulanması gereken bir kanun vasfında olması, diğer yandan da Türk Ticaret Kanunundan sonra kabul edilen özel karakterde bir düzenleme içermesi dolayısıyla Türk Ticaret Kanununa göre uygulama önceliğine sahiptir. Bu öncelik çerçevesinde 2002 tarihli Atina Konvansiyonunun uygulama sahasına giren uluslararası taşımalara bu Konvansi-

¹ 14/02/2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmî Gazete.

² Athens Convention relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea, 2002. Atina Konvansiyonu, Uluslararası Denizcilik Örgütü’nün Londra’daki merkezinde 21/10/2002 ilâ 01/11/2002 tarihleri arasında gerçekleştirilen diplomatik konferansta kabul edilmiştir. Konvansiyon, 23.04.2014 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. <<http://www.imo.org/en/About/Conventions/StatusOfConventions/Documents/Status%20-202018.pdf>> (e.t: 16/10/ 2019). Konvansiyonun Türkçe ve İngilizce metinler için bkz. 19/09/2019 tarihli ve 30893 Mükerrer Sayılı Resmî Gazete.

³ 1974 Atina Konvansiyonu hükümleri de aynı yöndedir.

⁴ Konvansiyonun Türkçe ve İngilizce metinler için bkz. 19.09.2019 tarihli ve 30893 Mükerrer Sayılı Resmî Gazete.

yon hükümleri uygulanır. Konvansiyonun kapsamı dışındaki bütün taşımalar ise, Türk Ticaret Kanununun “Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesi”ne ilişkin hükümlerine tabidir. Bu hükümler, sadece uluslararası taşımalara değil, fakat kabotaj taşımalarına da uygulanır. Nitekim 2002 tarihli Atina Konvansiyonunun 2. maddesiyle; Âkid Devletler Konvansiyon;

- a) geminin bu Konvansiyona taraf devletin bayrağını taşıyor veya siciline kayıtlı,
- b) taşıma sözleşmesi, bu Konvansiyona taraf Devlet ülkesinde yapılmış veya
- c) taşıma sözleşmesine göre çıkış veya varış yeri bu Konvansiyona taraf Devlet ülkesinde

olması şartıyla, tüm uluslararası taşımalara öncelikle uygulama taahhüdü altına sokulmuşlardır. Uluslararası taşımadan anlaşılması gereken ise Konvansiyonun 1(9) maddesinde açıklanmıştır. Buna göre; “uluslararası taşıma”, taşıma sözleşmesine göre, çıkış yeri ve varış yerinin iki farklı devlet ülkesinde yer aldığı ya da bunların tek bir devlet ülkesinde yer alması halinde taşıma sözleşmesine ya da planlı seyahat planına göre, bir değer devlet ülkesinin uğrak limanı olarak belirlendiği herhangi bir taşımayı ifade eder.

Her ne kadar Türk Ticaret Kanunu, ancak 2002 tarihli Atina Konvansiyonuna tabi olmayan yolcu taşımalarına uygulanacak ise de, hazırlanışı esnasında bu Konvansiyonun maddi hükümlerinin neredeyse tamamının aynen içine entegre edilmesiyle oluşturulduğu unutulmamalıdır. Bu açıdan içerdiği bazı farklılıklar hariç, Türk Ticaret Kanununun yolcunun ölümü veya yaralanması halinde, Konvansiyonla aynı hukuki korumayı sağladığı ve uluslararası yeknesak uygulamaya hizmet ettiği görülmektedir. Bu yeknesaklık, taşıma işiyle iştigal eden taşıyanların hukuki risklerini önceden hesaplayabilmelerine, hesapladıkları risklerini sigortacılara makul bir prim karşılığında devredebilmelerine, ödemiş oldukları makul primleri ise taşıma ücretlerine yansıtılabilmelerine hizmet etmektedir.

B) HÜKÜMLERİN EMREDİCİLİĞİ

Taşıyanın yolcunun ölümü veya yaralanmasından doğan sorumluluğunu düzenleme altına alan 2002 tarihli Atina Konvansiyonu ile Türk Ticaret Kanununda getirilen yeknesaklığın taşıma sözleşmesi taraflarının iradesi ile bozulmasını engellemek ve çoğunlukla tüketici konumundaki yolcuların ve diğer ilgililerin tacir konumundaki taşıyana yöneltecekleri tazminat taleplerini teminat altına almak için, gerek Konvansiyon, gerekse Türk Ticaret Kanunu hükümleri emredici olarak kaleme alınmıştır. Nitekim Konvansiyonun 18. maddesi ve Türk Ticaret Kanununun 1271. maddesine göre; yolcunun ölümü veya yaralanması sonucunu doğuran olaydan önce yapılmış sözleşmelerde yer alıp taşıyanın ya da fiili taşıyanın bu Konvansiyon ya da Kanundaki sorumluluğunu kaldıran veya daha fazla sınırlandıran ya da taşıyana veya fiili taşıyana düşen ispat yükünün yerini değiştiren her şart hükümsüzdür. Yolcu taşımalarına dair Türk Ticaret Kanununun 1256 ilâ 1270 maddeleri emredici olduğu gibi, bu hükümlere ilişkin terimlerin tanımlandığı kuralar da emredicidir⁵. Tazminat istemi doğmadan önce yapılan yetki ve tahkim sözleşmeleri de geçersiz kılınmıştır. Şartın hükümsüzlüğü, taşıma sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurmamaktadır.

II. SORUMLULUĞUN DAYANAĞI VE ŞARTLARI

A) SORUMLULUĞUN DAYANAĞI

Taşıyanın yolcunun ölümü veya yaralanması dolayısıyla meydana gelen bedensel zararlardan sorumluluğunun dayanağı denizde yolcu taşıma sözleşmesidir⁶. Taşıyan, denizde yolcu

⁵ Örneğin; yolcu taşımada veya bilette yer alan ve Ro-Ro gemisinde taşınan kamyonun sürücüsünün yolcu sayılmadığına ilişkin bir kayıt, 2002 tarihli Atina Konvansiyonu m. 1(4)(b) ve TTK m. 1249(1)'de yer alan tanıma aykırı olduğundan geçersizdir. Bkz. Atamer, K.: "2002 tarihli Atina Sözleşmesi'nde ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Denizyolu İle Yolcu Taşıma Sözleşmesi", Batider, C. XXIV, S. 3, s. 126, dp. 111.

⁶ Tetley, W.: International Maritime and Admiralty Law: Québec 2002, s. 520, Norris, M.: The Law of Maritime Personal Injuries, New York 1989, s. 56

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

taşıma sözleşmesiyle yolcuya karşı üstlendiği taşıma borcunun gereği olarak sağ ve tam olarak gemiye çıkan yolcunun ölümü ya da yaralanmasından sorumlu addedilmiştir. Bu doğrultuda gerek 2002 tarihli Atina Konvansiyonunda, gerekse Türk Ticaret Kanununda öngörülen sorumluluk, akdi sorumluluktur.

Türk Borçlar Kanununun 60. maddesinde de kabul edildiği üzere, tazminat talebinin birden fazla hukuki dayanağı olabilir ve zarar gören talebini bunlardan dilediğine bağlayabilir. Bu tercih hakkı, 2002 tarihli Atina Konvansiyonu ile Türk Ticaret Kanununda getirilen sorumluluk rejiminin hükme bağlanış gayesiyle, yani yeknesaklığın teminiyle bağdaşmamaktadır. Bu yüzden, diğer taşıma sözleşmelerinde olduğu gibi Konvansiyonun 14. maddesi ile Türk Ticaret Kanununun 1268. maddesinde, yolcunun ölümünden, yaralanmasından dolayı, taşıyana karşı başka bir hukuki dayanak altında tazminat talebi yöneltmesi yasaklanmıştır.

B) SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

Sorumluluk şartları, uygulanacak sorumluluk normundan kendi lehine sonuç çıkararak tazminat talebinde bulunan kişi tarafından ispatlanmalıdır.

1- Denizde Yolcu Taşıma Sözleşmesi

Taşıyanın sorumluluğunu, öncelikle ihlal olunan denizde yolcu taşıma sözleşmesinin varlığına bağlıdır. 2002 tarihli Atina Konvansiyonunun 1(2) maddesi ile Türk Ticaret Kanununun 1247 (1) maddesinde denizde yolcu taşıma sözleşmesi, yolcunun veya yolcu ve bagajının deniz yolu ile taşınması için, taşıyan tarafından veya onun adına ve hesabına yapılan sözleşme olarak tanımlanmıştır. Bu tanım, esasen Konvansiyon ile Türk Ticaret Kanununun düzenleme gayesiyle uyumlu ise de, Türk Borçlar Kanununun sözleşmelerin tanımında tarafların asli edimine yer veren tarzından uzaktır. Tanımda ücrete yer verilmemesi, yolcu taşıma sözleşmesinde ücretin kararlaştırılmasının zorunlu olup olmadığı hakkında tartışmayı doğur-

maktadır⁷. Ne var ki tacir konumundaki taşıyanın Türk Ticaret Kanunu gereği ücret talep hakkı olduğu unutulmamalıdır. Buna mukabil, gerek Konvansiyonda, gerekse Türk Ticaret Kanununda yolcu taşıma sözleşmesinin tanımında ücrete yer verilmemesi hatır taşımalarının da gerek Konvansiyonun, gerek Türk Ticaret Kanununun uygulama sahasına girdiği intibamı uyandırmaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 200. maddesi gereği, taşıma ücreti maddede ifade bulan tutarı geçmesi şartıyla, senetle, yani yolcu bileti ile ispatlanır. Yolcu biletinin tedarik edilememesi halinde taşıyanın elinde bulunan yolcu listesine itibar olunur. Ne var ki, yolcu gemisinde varlığı sabit olan gemi adamı haricindeki kişilerin esasen gemide taşınmak üzere bulduklarının kabulü, olayların normal akışı gereğidir. Zaten sırf bu sebeple 2002 tarihli Atina Konvansiyonu ile Türk Ticaret Kanununda taşıma sözleşmesinin ispatına yönelik herhangi bir hükme yer verilmemiştir.

Başta kaçak yolcular olmak üzere taşıyanın kabulü olmaksızın gemide seyahat eden kimseler, 2002 tarihli Konvansiyon ile Türk Ticaret Kanununun kapsamı dışında kalırlar⁸. Denizde eşya taşıma sözleşmesine istinaden taşınan eşyaya taşıyanın onayı ile nezaret eden kişilerin taşınması ise yine yolcu taşıma sözleşmesine dayanır; bu durumda denizde eşya taşıma sözleşmesi aslında yolcu taşıma sözleşmesi unsurlarını taşıyan karma bir taşıma sözleşmesi mahiyetindedir.

⁷ Ücretin asli unsur olmadığı hakkında bkz. tamer, s. 148 - 150; Taşkın, M.: Deniz Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesinde Taşıyanın Gemi Kazasından Sorumluluğu, İstanbul 2016, s. 36, 50; Lorenzon, F. / Coles, R.: The Law of Yachts and Yachting, London 2012, s. 290; Soyer, B. / Leloudas, G.: "Carriage of Passengers by Sea: A Critical Analysis of the International Regime", Michigan State International Law Review, Vol. 26/3, s. 496; Önder, S.: "Denizde Yolcu Taşıma Sözleşmesinde Taşıyanın Sorumluluğunun Sınırı", Ankara Barosu Dergisi, Y. 2011/4, s. 1548. Ücretin asli unsur olduğu hakkında bkz. Cicim, İ. U.: "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Deniz Yolu İle Yolcu Taşıma Sözleşmesi", Hukuk Araştırmaları Dergisi 2012, s. 527.

⁸ Taşkın, s. 29; Çetingil, E.: "Türk Hukukunda Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesi ve Sigorta", Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından İkinci Taşımacılık Sempozyumu, Ankara 1985, s. 34, Kender, R. / Çetingil, E.: Deniz Ticareti Hukuku, Temel Bilgiler, İstanbul 2010, s. 166.

2002 tarihli Atina Konvansiyonu ile Türk Ticaret Kanununun uygulanması bakımından denizdeki taşımanın hangi vasıtayla yapıldığının önemi yoktur. Bu düzenlemeler ne var ki, hava yastıklı araçlar ile yapılan yolcu taşımalarına uygulanmaktadır.

2- Taşıyan ve Yolcu ile Destekten Yoksun Kalanlar

a) (Âkid) Taşıyan

Yolcunun ölümü veya yaralanmasından dolayı tazminat talebi, denizde yolcu taşıma sözleşmesi gereğince tazminat borçlusu olan taşıyana yöneltilmelidir. Denizde eşya taşıma sözleşmesi uyarınca yolcu taşımayı taahhüt eden taşıyan, bu borcun gereği gibi ifasından da sorumludur. Taşınması taahhüt olunan yolcunun ölümü veya yaralanması halinde, taşıma borcu tazminat borcuna dönüşür, ancak borçlu sıfatı aynı kalır:

Taşıyanın kim olduğu 2002 tarihli Atina Konvansiyonu'nun 1(1) maddesi ile Türk Ticaret Kanununun 1248(1) maddesinde gösterilmiştir. Buna göre; taşıyan, taşıma ister bizzat onun tarafından, isterse bir başkası, fiilî taşıyan, tarafından gerçekleştirilmiş olsun, taşıma sözleşmesini yapan veya taşıma sözleşmesi adına ve hesabına yapılan kişidir. Bu tanım temsile ilişkin gereksiz detaylar içermektedir. Taşıyan sıfatının kazanımı, yolcu taşıma taahhüdünün varlığına bağlıdır, yoksa taşıma aracına zilyetliğe ya da sahipliğe değil. Taşıyanın kim olduğu, bilet, yolcu listesi veya liman başkanlığı kayıtları ile ispatlanabilir.

b) Yolcu ile Destekten Yoksun Kalanlar (İlgili)

Taşıyana karşı tazminat talebi, taşıma sözleşmesi gereğince gemide taşınan yolcu, onun ölümü halinde ise desteğinden yoksun kalanlar tarafından yöneltilmelidir. 2002 tarihli Atina Konvansiyonununun 4. maddesi ile Türk Ticaret Kanununun 1249(1). maddesinde yolcu kavramı açıklanırken gereksiz ikili bir ayırımı gidildiği görülmektedir. Buna göre; denizde yolcu taşıma sözleşmesi uyarınca gemide taşınanlar yanında, denizde eşya taşıma sözleşmesine bağlı olarak taşınan bir araca ya da canlı hayvana taşıyanın onayıyla refakat eden kişiler de yol-

cu kategorisine sokulmuştur. Esasen refakatçilerin eşya taşıma sözleşmesine konu edilmesi, bu sözleşmenin hukuki niteliğini değiştirerek içinde yolcu taşıma sözleşmesi özelliği ve yolcu taşıma taahhüdüne ilişkin unsurlar bulunduran bir karma sözleşmeye dönüşmesine sebebiyet verir. Bu açıdan refakatçilerin sanki yolcu taşıma sözleşmesi çerçevesinde taşınmadığı izlenimi veren bu ayırım yersizdir. Bu gerekçeyle gemi adamı olarak nitelendirilmediği halde taşıyanın onayıyla fiilen gemide taşınan her kişi yolcudur. Taşıyanın yolcu taşımaya dair onayı, denizde yolcu taşıma sözleşmesinin varlığına delalet eder. Bu onay, yolcunun taşınmak üzere gemiye alınması suretiyle zımnen de verilebilir.

2002 tarihli Atina Konvansiyonu ile Türk Ticaret Kanununda yolcunun ölümü halinde tazminat talep edebilecek kişiler hakkında açık bir hükme rastlanmamaktadır. Ölen yolcunun desteğinden yoksun kalanların ve dolayısıyla tazminat talep edebileceklerin kimler olacağı, ulusal hukukun diğer hükümlerine göre tespit olunur.

3- Taşıma Esnasında Gerçekleşen Gemi Kazasından ya da Kusurlu Fiilden Kaynaklanan Ölüm veya Yaralanma

2002 tarihli Atina Konvansiyonunun 3(1), (2) ve (7). maddesi ile Türk Ticaret Kanununun 1256 (1), (2) ve (7). maddesinde taşıyanın yolcunun taşıma esnasında gerçekleşen gemi kazasından ya da diğer hallerde kusurlu fiilden kaynaklanan ölümü veya yaralanmasından sorumluluğu hükme bağlanmıştır. Taşıyan, yolcu taşıma sözleşmesi gereğince yolcuyu gemiye bindiği gibi sağ ve vücut bütünlüğü tam bir şekilde karaya çıkartmakla yükümlüdür. Gemiye alınan yolcunun yolculuk esnasında ölmesi ya da bedensel bütünlüğünün halele uğraması, bu yükümlülüğün ihlali anlamına gelir.

2002 tarihli Atina Konvansiyonunun 1. maddesi ile Türk Ticaret Kanununun 1258. maddesinde taşıma süresi; yolcunun bir yolcu salonunda, rıhtımda, iskelede veya diğer herhangi bir liman tesisinde bulunduğu süre hariç, yolcunun gemide

bulunduğu veya gemiye alındığı veya gemiden çıkartıldığı süre olarak tanımlanmıştır. Buna göre; Konvansiyon ya da Türk Ticaret Kanunu anlamında taşıma süresi, yolcunun gemiye alındığı anda başlayıp, karaya çıktığı ana kadar devam etmektedir. Zaten taşıyanın sorumluluğu da, yolcunun geminin hakimiyet sahasında bulunması sebebine dayanmaktadır. Bu süre zarfında yolcunun ölmemesi ya da bedensel bütünlüğünü kaybetmemesine yönelik tüm tedbirleri yolcu beraberinde alabilecek asıl kişi taşıyandır. Bu yüzden, gemiye alınmadan önce veya karaya çıktıktan sonra yolcunun ölmesi yahut yaralanması hakkında 2002 tarihli Atina Konvansiyonu ile Türk Ticaret Kanunu hükümleri yerine Türk Borçlar Kanununun genel hükümleri uygulanır.

Görüldüğü üzere; 2002 tarihli Atina Konvansiyonu ile Türk Ticaret Kanunu, taşıyanın sorumluluğunu iki farklı sebebe dayandırmıştır. Bunlardan ilki, kınanabilir bir davranış olan kusurlu fiil, ikincisi ise gemi kazasıdır.

2002 tarihli Atina Konvansiyonunun 3(1). maddesi ile Türk Ticaret Kanununun 1256(1). maddesinde taşıyanın sorumluluğu için ölüm veya yaralanmanın gemi kazasından kaynaklanması, kusurlu bir fiille sebebiyet verilmemiş olsa dahi, yeterli görülmüştür. Aynı maddelerin (5). paragrafında tanımlandığı şekliyle “gemi kazası”, geminin enkaz hâline gelmesi, alabora olması, karaya oturması, çatması, infilâkı, yanması ya da arızası olarak tanımlanmıştır. Aynı hükme göre, “gemideki arıza” ise, yolcuların gemiyi terkinde, tahliyesinde, gemiye binmeleri ve inmelerinde; geminin yürütülmesinde, dümen tutulmasında, güvenli seyrüseferinde, yavaşmasında, demirlemesinde, rıhtıma ve demirleme yerine varmasında veya buradan ayrılmasında; gemiye su yürümesi hâlinde, zararın kontrolünde; can kurtarma araçlarının suya indirilmesinde kullanılan gemi kısımlarının veya teçizatının hiç veya gereği gibi çalışmaması ya da denizde güvenlik kurallarına uygun olmamasıdır. Buna göre; geminin denize ve yola elverişsizliğine yol açan herhangi bir eksikliği gemiyi arızalı hale getirmekte ve gemi kazası olarak nitelendirilmektedir.

2002 tarihli Atina Konvansiyonunun 3(2). maddesi ile Türk Ticaret Kanununun 1256(2). maddesi, gemi kazasından kaynaklanmayan bir zarardan taşıyanın sorumluluğu için, ölüm veya yaralanmanın taşıyanın kusurundan meydana gelmesini şart koşmaktadır. Şu kadar ki aynı düzenlemelerin (5). fıkrasında, taşıyanın kusurunun taşıyanın adamlarının görevlerini yerine getirdikleri sırada işledikleri kusuru da kapsayacağı ifade edilmek suretiyle taşıyan, hakimiyet sahasındaki kişilerin kusurlu fiillerinden sorumlu tutulmuştur. Taşıyanın adamlarının içine, bir yandan taşıyanın çalıştırdığı kişiler, diğer yandan da ifa yardımcıları ile temsilcileri girmektedir. Bunların kusurundan sorumluluğun ön şartı, zarara görevleri esnasındaki kusurlu fiilleriyle sebebiyet vermeleridir.

Ölüm veya yaralanmanın deniz kazasının ya da taşıyanın kendisinin veya adamlarının görevleri esnasındaki kusurlu fiillerinin uygun sonucu olması sorumluluğun temel şartlarından biridir. Bu itibarla ölüm veya yaralanma ile sebep arasında uygun illiyet bağının bulunması icap eder.

4- Yolcunun Ölmesi veya Yaralanması Dolayısıyla (Bedensel) Zararı

Taşıyanın sorumluluğu için taşıma esnasındaki ölüm veya yaralanma dolayısıyla yolcunun ya da destekten yoksun kalanların bir zarara maruz kalmaları gerekir. Maruz kalınan zarar, ölüm ya da yaralanmanın uygun sonucu olmalıdır. Taşıyanın maruz kalınan hangi zarar kalemlerinden sorumlu olacağına dair 2002 tarihli Atina Konvansiyonu ile Türk Ticaret Kanununda bir düzenleme bulunmadığından zararın kapsamı hakkında Türk Borçlar Kanununun 53 ve 54. maddeleri uygulama alanı kazanır.

Zarar kalemleri arasında manevi zararın bulunup bulunmadığı doktrinde tartışmalıdır. Şu kadar ki, 2002 tarihli Atina Konvansiyonunun 1. maddesi ile Türk Ticaret Kanununun 1249. maddesinde zarar tanımı verilirken sadece cezalandırıcı veya caydırıcı nitelikteki tazminat kapsam dışı bırakıldığından

manevi zararın da tazmini mümkün zarar kalemlerinden biri olduğunun kabulü gerekir.

III. SORUMLULUKTAN KURTULUŞ İMKÂNI

Taşıyanın sorumluluğu için aranan şartların varlığı ortaya konulduktan sonra, taşıyanın varsa bu sorumluluktan kurtulabilmesi için dayandığı normun uygulanma şartlarının somut olayda gerçekleştiğini ispatlaması gerekir. Nitekim 2002 tarihli Atina Konvansiyonunun 3 ve 6. maddeleri ile Türk Ticaret Kanununun 1256 (3) ve 1261. maddelerinde taşıyanı sorumluluktan kurtaran hallere yer verilmiştir. “Birlikte kusur” başlıklı Konvansiyonun 3. maddesi ile Türk Ticaret Kanununun 1261. maddesine göre; taşıyan her ne sebepten sorumlu olursa olsun zarara yolcunun kusurunun sebebiyet verdiğini ispatlaması şartıyla kısmen veya tamamen sorumluluktan kurtulur. Buna karşılık, Konvansiyonun 3(1) maddesinin (a) ve (b) bentleri ile Türk Ticaret Kanununun 1256(2) maddesinde taşıyanın gemi kazasından kaynaklanan zararlar dolayısıyla sorumluluktan kurtulabilmesine imkân veren ilave sebeplere yer verilmiştir. Bunlar; savaş, terör, iç savaş, isyan veya istisnai nitelikte, kaçınılmaz ve engellenmesi mümkün olmayan nitelikteki bir doğa olayı ile tamamıyla bir üçüncü kişinin onu meydana getirmek kastıyla gerçekleştirdiği bir fiil veya kaçınmasıdır.

Aslında bu sebeplerin tamamı, yani zarar görenin kusuru, üçüncü kişinin kastı ve mücbir sebep sorumluluk hukukunda illiyet bağıni kesen ve sorumluya kusur atfedilmesini engelleyen hallerdir⁹. Ne var ki, 2002 tarihli Atina Konvansiyonu ile Türk Ticaret Kanunu illiyet bağıni kesen hallerin sorumluluktan kurtuluşa imkân sağlaması bakımından ikili bir ayırımı gitmiş, deniz kazası halinde illiyet bağıni kesen üç sebebin de taşıyanı sorumluluktan kurtaracağı kabul edilmişken, diğer hallerde taşıyanın bu maksatla sadece zarar görenin kusuruna dayanmasına müsaade edilmiştir.

⁹ Atamer, s. 172.

IV. SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI

Taşıyanın yolcunun ölüm veya yaralanmasından sorumluluğu, diğer sorumluluk türlerinde olduğu gibi sınırlanmıştır. Böyle bir sınırlama getirilmesinin sebebi, tacir konumundaki taşıyanların ticari risklerini öngörebilmelerine ve öngördükleri ölçüde sigortalayabilmelerine olanak sağlamaktır. Yeknesak bir sorumluluk limiti, aynı zamanda sigortacı tarafından taşıyandan talep olunacak ve daha sonra taşıma ücretine yansıtılacak sigorta priminin asgari seviyeye çekilmesine de yardımcı olacağından aslında tüm ilgililerinin menfaatindedir. Tabiidir ki, yeknesaklığın sigorta primini aşağıya çekerken yolcuya en üst seviyede koruma verecek bir sorumluluk sınırı üzerinden sağlanması amaç ise de, bu sınırın daha ziyade uluslararası bir platformda konferansa katılan devletlerin tercihine bağlı olarak tespit olunduğu görülmektedir.

2002 tarihli Atina Konvansiyonunun 7 ve 8. maddeleri ile Türk Ticaret Kanununun 1256. maddesinde taşıyanın sorumluluğu sınırlanırken, zararın gemi kazasından meydana gelip gelmediğine göre bir ayırma gidildiği görülmektedir. Taşıyan, ister kusurlu olsun, isterse olmasın gemi kazası halinde, taşıyanın sorumluluğu, zarar gören yolcu başına her bir gemi kazası için 250.000 Özel Çekme Hakkı ile sınırlanmıştır.

Ne var ki, 2002 tarihli Atina Konvansiyonunun 9. maddesi ile Türk Ticaret Kanununun 1262. maddesinde, bu tutarın hiçbir halde her olay için yolcu başına 400.000 Özel Çekme Hakkı'nı aşamayacağı ayrıca düzenlenmiştir. Dolayısıyla kusurlu fiille zarara sebebiyet verildiği takdirde, taşıyanın sorumluluğu 400.000 Özel Çekme Hakkıyla sınırlıdır. Gemi kazası halinde zararın 250.000 Özel Çekme Hakkını geçen kısmından 400.000 Özel Çekme Hakkına kadar taşıyan, kusur sorumluluğu esasına göre sorumludur.

Mevcut sınırlar yolcuların lehine oldukça yüksek belirlenmiştir¹⁰. 2002 tarihli Atina Konvansiyonunun 10. maddesi ile

¹⁰ Røsæg, E.: "Passenger Liabilities and Insurance: Terrorism and War Risk,

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Türk Ticaret Kanununun 1264. maddesi, taşıyan ve yolcunun anlaşarak, 400.000 Özel Çekme Hakkı'ndan daha yüksek sorumluluk sınırlarını aralarında açıkça ve yazılı olarak kararlaştırabilmelerine müsaade etmektedir. Tazminat, irat şeklinde belirlenirse, ödenecek tazminatın anapara değerinin toplamı bu miktarı aşamayacaktır. 400.000 Özel Çekme Hakkı ile sınırlı sorumluluk tutarına, faiz alacakları ve yargılama giderleri dâhil edilmemiştir. Ayrıca Konvansiyonun 7(2) maddesine göre taraf devletler, millî kanunlarında bu sınırlardan daha yüksek sorumluluk sınırlarını belirleyebilecekleri gibi, sınırsız sorumluluk esasını da kabul edebilirler. Türkiye'nin onay Kanunu dikkate alındığında Konvansiyona taraf olurken böyle bir tercihte bulunmayacağı anlaşılmaktadır.

B) SORUMLULUĞU SINIRLANDIRMA HAKKININ KAYBI

Taşıyana sorumluluğunu sınırlandırma imkânı verilirken, asıl gaye ona sorumluluk riskini sigortalayabileceği bir yeknesak tutarı bahşetmek ana amaç olduğundan, onun sorumluluğunu sigortalayamadığı kast veya buna denk hallerde ayrıca sınırlı sorumluluktan yararlanması arzu edilmemiştir. Bu doğrultuda 2002 tarihli Atina Konvansiyonunun 13. maddesi ile Türk Ticaret Kanununun 1267. maddesinde, zarara, böyle bir zarara sebep olmak kastıyla veya pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinci ile işlenmiş bir fiilin veya kaçınmasının sebebiyet verdiği ispat edilen taşıyanın Konvansiyonun 7, 8 ve 10. maddeleri ile Türk Ticaret Kanununun 1256 ve 1262. maddelerindeki sorumluluk sınırlarından yararlanamayacağı hükme bağlanmıştır¹¹.

Liability Regimes" in Thomas, D. R. (ed.): Contemporary Maritime Law, London 2007: s. 208.). Aksi fikir için bkz. Silva, F.: "The 1974 Athens Convention relating to the Carriage of Passengers and Their Luggage by Sea and the 2002 Protocol a Study concerning the Shipowner's Right to Limitation of Liability", Master Thesis, 31/08/2005, s. 9, <<https://www.duo.uio.no/handle/10852/20434>> (e.t: 05.10.2019), s. 16.

¹¹ Todd, P.: Carriage of Passengers by Sea: Athens Conventions and UK Implementation, s. 37; Stephen, M. / Melanie, P.: "The Athens and London Conventions", Travel L.J. 1995, s. 114. Yolcu talepleri için sınırlandırma hakkının kaybının belirsizliği hakkında bkz. Haddon, C.: "Limitation

V. FİİLİ TAŞIYANIN SORUMLULUĞU

Yolcu taşıma taahhüdü altına giren taşıyanın, üstlenmiş olduğu bu taşımayı mutlaka fiilen icra etmesi gerekmez. Taşıyan, taşıma taahhüdünün ifasını, taşere edebilir, yani bir başka taşıyana onunla yapmış olduğu taşıma sözleşmesi çerçevesinde bırakabilir. İşte, 2002 tarihli Atina Konvansiyonunun 1. maddesi ile Türk Ticaret Kanununun 1248. maddesinde de tanımlandığı üzere taşımanın tamamını veya bir kısmını fiilen gerçekleştiren bu kişilere fiili taşıyan denir. Fiili taşıyan da aslında Türk Borçlar Kanununun 116. maddesi anlamında taşıyanın yardımcı şahısdır¹². Fiili taşıyan, yolcu ile sözleşmesel bir ilişki içinde bulunmayan üçüncü kişi konumunda olduğundan yolcuya ya da destekten yoksun kalanlara karşı ancak akit dışı sorumluluk hükümleri dairesinde tazminat ödeme borcu altına sokulabilirler. Bu takdirde ise kendilerine karşı akdi sorumluluk hükümleri dairesinde sorumlu tutuldukları akit taşıyana karşı 2002 tarihli Atina Konvansiyonu ile Türk Ticaret Kanununun yolcunun ölümü veya yaralanmasına dair yeknesak hükümleri dairesinde sorumlu tutulurken, akdi ilişki içinde bulunmadıkları yolcuya veya destekten yoksun kalanlara karşı yeknesak sorumluluk rejiminden sapan haksız fiil hükümleri dairesinde sorumlu kılırlar. Bu farklılık taşıyanın sorumluluğu alanında ulaşılması hedeflenen yeknesak rejimin dolanılmasına hizmet edeceğinden arzu edilmez. Bu gerekçeyle taşıma hukukunda fiili taşıyanın, ne kendisiyle akdi ilişki içine girdiği akit taşıyana karşı olan sorumluluğundan daha ağır bir sorumluluk yüklenebilmesine, ne de yolcu ya da destekten yoksun kalan akit taşıyana yöneltebileceği tazminat talebinden fazlasını fiili taşıyana ileri sürebilmesine izin verilmemiş, akit taşıyanın fiili taşıyanın sorumluluğunu bahane ederek sorumluluktan kaçması da engellenmiştir.

Against Passenger Claims, Medieval Unbreakable and Unconscionable", 2002 CMI Yearbook, s. 234; Koning, I.: "Liability in Air Carriage, Carriage of Cargo Under the Warsaw and Montreal Conventions", Air & Space Law, Vol. XXXIII/4-5, August - September 2008, s. 329; Hare, J.: "Limitation of Liability - A Nigerian Perspective", <<http://web.uct.ac.za/depts/shiplaw/fulltext/harepapers/limliab-nigeria.pdf>>, s. 10 (e.t.: 10.10.2019).

¹² Atamer, s. 168; Yetiş - Şamlı, K.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Taşıyanın Zıya, Hasar ve Geç Teslimden Doğan Sorumluluğu, İstanbul 2013, s. 81.

Bu doğrultuda hazırlanan 2002 tarihli Atina Konvansiyonu- nun 4. maddesi ile Türk Ticaret Kanununun 1257. maddesine göre; taşımanın tamamının veya bir kısmının yapılması, bir fiilî taşıyana bırakılmış olsa bile, taşıyan taşımanın tamamından sorumlu kalmakta devam eder. Fiilî taşıyan da, taşımanın kendisi tarafından yapılan bölümü için, taşıyan ile birlikte müteselsil sorumludur. Taşıyanın, kanunen kendisine yükletilmeyen bir borç veya yükümlülüğü üstlenmesi veya ona tanınan bir haktan vazgeçmesi sonucunu doğuran özel anlaşmalar, açık ve yazılı bir kabul olmadıkça, fiilî taşıyan hakkında hüküm ifade etmez. Fiili taşıyanın sorumluluğunda vukua gelen bir ölüm veya yaralanma sebebiyle yolcuya veya destekten yoksun kalanlara tazminat ödeyen akit taşıyan, fiili taşıyana aralarındaki ilişkinin tabi olduğu hukuk çerçevesinde rücu edebilir.

2002 tarihli Atina Konvansiyonunun 12. maddesi ile Türk Ticaret Kanununun 1266. maddesinde, taşıyan yanında fiili taşıyanın da yeknesak sorumluluk sınırlarından yararlanabileceği düzenlenmiştir. Akdi taşıyan ve fiili taşıyan her ikisi de sorumluluğu doğuran aynı olay için aynı toplam sorumluluk sınırından istifade ederler.

VI. TAŞIYANIN ADAMLARININ SORUMLULUĞU

Kusurlu fiilleriyle yolcunun ölümüne veya yaralanmasına sebebiyet veren taşıyanın adamları, zararı dışı sorumluluk hükümleri dairesinde tazminat etmekle yükümlü nihai üçüncü kişilerdir. Şu kadar ki, kendilerini koruyacak bir rejim ihdas edilmediği sürece bu sorumlulukları sınırsız ve katıdır. Bu durum da, taşıyan ya da fiili taşıyandan zararlarının tamamını tazmin edemeyen zarar görenlerin ekonomik olarak yetersiz konumda bulunmalarına rağmen taşımada rol almaya teşvik edilmeleri gereken taşıyanın adamlarına başvurmalarına sebebiyet vermekte ve onların ekonomik olarak mahvına yol açmaktadır. Bu gerekçeyle taşıyan için getirilen yeknesak sorumluluk rejiminden adamlarının da yararlanmasına imkân sağlanmasının uygun olacağı düşünülmüştür.

2002 tarihli Atina Konvansiyonunun 11. maddesi ile Türk Ticaret Kanununun 1265. maddesinde; taşıyanın veya fiilî taşıyanın adamları aleyhine yolcunun ölümü veya yaralanması dolayısıyla dava açılmışsa, bu kişiler, zararın görevlerini yerine getirdikleri sırada meydana gelmiş olduğunu ispatlamak şartıyla, taşıyana ve fiilî taşıyana tanınan savunma imkânlarından ve sorumluluk sınırlarından yararlandırılmışlardır. Pek tabiidir ki, bu maddelerdeki düzenlemeler gereğince; zarara, böyle bir zarara sebep olmak kastıyla veya pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinci ile işlenmiş bir fiilin veya ihmalinin sebebiyet verdiği ispat edilen taşıyanın adamlarının sorumluluk sınırlarından yararlanmasına müsaade edilmemiştir.

VII. SORUMLULUK SÜRESİ

Taşıyana yöneltilecek tazminat talebi hakkının sınırsız süre ile kullanılacağı kabulü, hukuki güvenlik ve dürüstlük kurallarıyla uyumadığından, 2002 tarihli Atina Konvansiyonunun 16. maddesi ile Türk Ticaret Kanununun 1270. maddesinde zamanaşımı süresine tabi kılındığı görülmektedir. Ne var ki her iki düzenlemede sürelerin farklı uzunlukta tespit olunduğu ve farklı tarihlerden itibaren işletildiği anlaşılmaktadır.

2002 tarihli Atina Konvansiyonunun 16. maddesi uyarınca; yolcunun ölümü ya da yaralanmasından doğan zararlar dolayısıyla herhangi bir tazminat talebi, iki yıllık bir süreden sonra taşıyana yöneltilemez. Bu zamanaşımı süresi,

- a) Yaralanma halinde, yolcunun karaya çıktığı tarihten,
- b) Ölüm halinde ise, yolcunun karaya çıkması gereken tarihten itibaren hesaplanır.

Yolcunun yaralanmasını müteakip karaya çıktıktan sonra öldüğü durumlarda, iki yıllık zamanaşımı süresi yine ölüm tarihinden itibaren işletilecek olmasına rağmen, bu başlangıç süresinin tarihi yolcunun karaya çıkış tarihinden üç yılı geçemez.

Zamanaşımını durduran veya kesen sebepler davanın açıldığı mahkemenin hukukuna tabi kılınmıştır. Ancak aşağıdaki

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

sürelerden biri geçtikten sonra Konvansiyon hükümlerine göre herhangi bir tazminat talebi yöneltilmesi mümkün değildir:

a) Hangisi daha sonra meydana gelmiş ise, yolcunun, gemiden karaya çıktığı veya çıkması gereken tarihten itibaren beş yıl veya daha önce ise tahliye edildiği tarihte başlayan veya tahliyenin gerçekleşmiş olması gereken tarihten itibaren hangisi daha sonra gerçekleşiyse veya tahliye edilmesi gereken tarih daha erken ise beş yıllık bir dönem,

b) Tazminat talep hakkı sahibinin gemi kazasından kaynaklanan bedensel zararı bildiği veya bilmesi gereken tarihten itibaren üç yıl.

Zamanaşımı süresi, uyuşmazlığın tahkime götürülmesi hâlinde de uygulanır¹³.

Buna karşılık Türk Ticaret Kanununun 1270. maddesinde yolcunun ölümü ve yaralanması kaynaklı tazminat istemleri 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi kılınmıştır. Bu süre; alacağın muaccel oldukları tarihten itibaren işleyecektir. Tazminat alacaklarının haksız fiilin vukuu anında ve ancak zararın tamamlanmasıyla muaccel olacağı unutulmamalıdır. Türk Ticaret Kanunu zamanaşımı sürelerinin, tazminat istemi doğduktan sonra, taşıyanın yazılı beyanı veya tarafların yazılı anlaşmasıyla uzatılabilmesine izin vermektedir.

VIII. ZORUNLU SORUMLULUK SİGORTASI

Yolcunun ve desteğinden yoksun kalanların ekonomik menfaatlerinin korunmaya değer toplumsal bir amacı olduğu ve yönelttikleri tazminat talebinin de tüketici hakkı oluşturduğu, buna karşılık taşıma taahhüdünde bulunan ya da taşımayı fiilen gerçekleştiren taşıyanların ve bunların adamlarının ortaya çıkabilecek zararı karşılamak için yeterli mali imkânı sağlayamayabilecekleri gerçeği bilinciyle, taşıyan bakımından mali sorumluluk sigortası yapma zorunluluğu getirilmiştir.

¹³ Lorenzon / Coles, s. 292.

Bu zorunluluk, Atina Konvansiyonunun 4bis maddesi ile Türk Ticaret Kanununun 1259. maddesinde; onikiden fazla yolcu taşımak için ruhsat almış bir gemi ile yolcu taşımayı üstlenen ya da fiilen taşıyan tüm taşıyanlar içindir. Zorunlu sorumluluk sigortasında teminat altına alınan risk, yolcunun ölümü ya da yaralanmasından doğan zarardır. Zorunlu sigorta bedelinin tavanı ise her kaza için kişi başına 250.000 Özel Çekme Hakkıdır. Yolculuğu sorumluluk sigortası ile gereği gibi güvence altına alınmamış geminin yola çıkmasına izin verilmez.

SONUÇ

2002 tarihli Atina Konvansiyonu temelinde hazırlanan Türk Ticaret Kanununun deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesine ilişkin hükümleri, taşıyana göre ekonomik yönden daha zayıf ve çoğunlukla tüketici konumunda olan yolcular için önemli koruma hükümleri getirmektedir. Konvansiyonun henüz yürürlükte olmadığı bir zamanda maddi hükümlerinin başarılı bir şekilde Türk Ticaret Kanununa aktarılması, yolcu taşımaları bakımından önemli bir ilerlemedir.

2002 tarihli Atina Konvansiyonu, yolcu taleplerinin karşılanmasında yeknesak bir rejim ihdas etmek amacıyla kabul edilmiştir. Gemi kazası sebebiyle ölüm ve yaralanmalar için 250.000 Özel Çekme Hakkına kadar kusursuz sorumluluk ilkesinin benimsenmesi, taşıyanın kusurunun bulunması durumunda bu zararlar için azami 400.000 Özel Çekme Hakkı sınırının belirlenmesi yolcular için önemli güvenceler teşkil etmektedir. Ayrıca, her bir yolcu için asgari 250.000 Özel Çekme Hakkı miktarında sigorta yaptırılması zorunluluğu ile birlikte sigortacıya karşı doğrudan dava hakkının tanınması, bu güvenceyi sağlamlaştırmaktadır. Sorumluluk sınırları bir hayli yüksektir.

2002 tarihli Atina Konvansiyonunu onaylayan Türkiye, kısa bir süre sonra tevdi belgesinin Uluslararası Denizcilik Örgütü Sekreterliğine verilmesini müteakip Taraf Devlet sıfatını kazanacaktır. Böylece, Türkiye, yolcu talepleri bakımından uluslararası bir aktör olabilecektir.

YOLCUNUN UĞRADIĞI BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI P&I KULÜBUNE DOĞRUDAN BAŞVURU HAKKI

*Doç. Dr. Ecehan YEŞİLOVA ARAS**

GİRİŞ

Tebliğ konusunun, “deniz aracı işletenin sorumluluk sigortacısına, bedensel zarara uğramış yolcunun doğrudan başvuru hakkını kullanması” olarak seçilmesinin amacı, özellikle Türk Ticaret Kanunu’nun 1259. maddesinde bu sigortanın zorunlu olarak yapılmasının düzenlendiği dikkate alındığında, sorumluluk sigortacısının yabancı olması durumunda (P&I kulübü) zarar görenin Türk Mahkemelerinde doğrudan dava hakkını kullanıp kullanamayacağını, başka bir deyişle P&I kulübüne karşı açılan doğrudan davada, doğrudan dava esasına uygulanacak hukukun tespiti ve daha da önemlisi Türk Mahkemelerinin yabancı kulübü yargılama bakımından milletlerarası yetkisinin olup olmadığını tartışmaya açmaktır.

Zorunlu sorumluluk sigortalarının, zarar göreni “koruyucu” niteliği, korunmak istenen kişilerin haklarının “doğrudan dava” mekanizması ile temin edilmesinde kendisini gösterir¹. Sorumluluk sigortacısının yabancı olması durumunda (Sigortacılık Kanunu m.15/2-c), karşılaştırmalı olarak İngiliz ve Türk Sigorta Hukuku normları çerçevesinde düzenlenen “doğrudan dava hakkı” müessesesi içinde, ölen yolcunun desteğinden yoksun kalanların veya bedensel zarara uğrayan yolcunun doğrudan sigortacıya karşı ne ölçüde haklarını kullanabilecekleri tebliğ konumuzun özünü oluşturmaktadır.

* İzmir Demokrasi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim-dalı Öğretim Üyesi

¹ Omağ, s.16.

Zorunlu Sorumluluk Sigortası ile Zarar Göreni Korumayı Öngören Deniz Ticareti Konvansiyonları

P&I kulüplerinin sorumluluk sigortası ile teminat verdiği riskler arasında yer alan (i) deniz aracının yol açtığı deniz kirlenmesi, (ii) yolcuların bedensel zararından veya ölümünden doğan sorumluluk ve (iii) enkaz kaldırma masrafları, günümüzde aynı zamanda uluslararası sözleşmeler kapsamında da ele alınmış konulardır. Bu Konvansiyonlar şunlardır:

- 1969 CLC ve 1992 CLC (Civil Liability Convention)
- 2001 Bunkers Convention (International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage)
- 1996 HNS Convention (International Convention on Liability and Compensation for Damage in Connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea)
- 1974 PAL (Athens Convention relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea)
- 2007 Nairobi (International Convention on the Removal of Wrecks)

Bu konvansiyonların ortak özelliği, donatanın bu konvansiyonda öngörülen konulardaki (gerek akdî gerekse akit dışı) sorumluluğunu karşılayan bir zorunlu sorumluluk sigortasının (veya finansal garantör) düzenlenmesi ve zarar gören kişinin sigortacıya (veya gereken finansal güvenceyi sağlayan kişiye) doğrudan başvurma hakkının tanınmasıdır. Söz konusu Konvansiyonlarda, sigortacının doğrudan davada zarar görene karşı kullanabileceği savunmaların sınırının çizildiği de görülmektedir.

Geminin işletilmesi sebebiyle, akdî veya akit dışı ilişkide zarar görenlerin, zarar veren işletenden finansal aciz sebebiyle tazminat elde edememeleri ihtimali ile ikinci kez mağdur olmalarını için, yukarıda anılan konvansiyonlarda (bazı deniz alacakları için) üretilen zorunlu sorumluluk sigortası, bu ala-

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

caklıları, konvansiyon konusu olmamış diğer deniz alacaklılarından pozitif anlamda ayırmıştır. Halbuki, işletenin aczi, her tür deniz alacağı için bir ihtimaldir. Bu anlamda, zorunlu sorumluluk sigortasının tüm deniz alacakları için veya daha genel bir ifadeyle gemiyi işletenin, gemiyi işletmesinden dolayı doğacak tüm sorumlulukları için acaba düşünülebilir mi sorusu², Avrupa Birliği'nin 2009/20/EC direktifi ile olumlu yönde cevaplandırılmış ve bu doğrultuda değişen iç hukukumuzda da Deniz Alacaklarına İlişkin Gemilerin Sigortalandırılması ve Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik yürürlüğe³ girmiştir.

Deniz ticareti ilişkileri içerisinde donatanın veya gemiyi işletenin sorumlulukları ile ilgili zorunlu sorumluluk sigortası getiren Konvansiyonların, ki bu kapsamda, deniz yolu ile yolcu taşımacılığına ilişkin 2002 protokolü ile değişmiş 1974 Atina Konvansiyonu'nda, zarar görenlerin lehine varlığı istenilen finansal güvenceyi, karşılıklı sigorta tekniği altında sağlayan, koruma ve tazmin sigortası anlayışıyla üyelerine sigortacılık hizmeti veren yabancı P&I kulüplerinin, olmazsa olmazı olarak bilinen "*pay to be paid*" kuralını rafa kaldıran hükümlerin yer aldığı görülmektedir.

Zorunlu Sorumluluk Sigortasının P&I Kulübü Tarafından Yapılması

Yukarıda anılan Konvansiyon'larda öngörülen zorunu sorumluluk sigortasını P&I kulübü sağlıyorsa bu durum, kulübün, kulüp kuralları çerçevesinde üyelerine (sigortalı donatanlara) karşı sahip oldukları bir takım savunmalardan ve özellikle de "*Payment First by the Owner*" (*pay to be paid*) klotundan vazgeçmeleri anlamına gelmektedir⁴. Zira, bu Konvansiyon'larda özel olarak, sigortacının zarar gören kişiye karşı ileri sürebileceği savunmalar çok sınırlı biçimde belirlenmiştir. Lakin, 2002 Atina Konvansiyonu Türkiye Cumhuriyeti hak-

² Zhu, s. 76.

³ RG. 14.11.2010-Sayı 27759.

⁴ Hazelwood, Steven/Semark, David P&I Clubs and Practice, London 2010, s.393.

kinda yürürlüğe girinceye kadar, yani o hükümler doğrudan ve aynen uyuşmazlıklara uygulanıncaya kadar, yargılamada uyuşmazlığın esasına ilişkin tespit edilecek hukuk (*lex causae*) *Türk Hukuku* olursa, TTK m. 1478 ve 1484(1) hükümleri, sigortacının doğrudan dava içerisinde zarar görene karşı kullanabileceği savunmalarındaki sınır olarak dikkate alınacaktır. Zira, Türk Ticaret Kanunu'nun 1259. maddesine, mehzaz 2002 Atina Konvansyonu'nun 4bis hükmünün, sigortacının savunmalarının sınırına ilişkin 10. fıkrası eklenmemiştir. Oysa ki, sorumluluk sigortasının zorunlu hale getirilmesi tek başına yeterli değildir. Zarar görenlerin kolayca tazminata kavuşabilmeleri için, zorunlu sorumluluk sigortasının doğrudan dava hakkı ile desteklenmesi gerekmektedir ve de sigortacının bu davadaki savunmalarının sınırı çizilmelidir, ki yukarıda sözü edilen konvansiyonların hepsinde bu yönde çalışma yapılmıştır⁵.

İç hukukumuzun buna uyumlaştırılmaması yani çalışma konumuz özelinde söyleyecek olursak, 2002 Atina Konvansyonu'nu 4bis hükmünün 10. fıkrası (doğrudan dava hakkının varlığı ve sigortacının hangi savunmaları yapabileceği hakkındaki fıkra), TTK m.1259 hükmüne işlenmemiştir. Madde gerekçesinde özel bir neden bulunmadığından, kanun koyucunun bu iradesinin altında, zaten Türk Ticaret Kanunu'nun 6. kitabında doğrudan davanın genel hüküm olarak 1478. maddede tüm sorumluluk sigortaları için düzenlenmiş olması geçişi yatabilir. Lakin, kanun koyucunun 1259. maddede, mehzadaki gibi açık ve net ifadelerle sigortacının savunmalarının sınırını iki cümle ile çizmemesi kanımca eksikliklerdir.

Deniz ticareti alanında zorunlu sorumluluk sigortasının getirilmesinin önünde aslında sektörel bir takım zorluklar bulunmaktadır. Çünkü deniz rizikolarına karşı sorumluluk, kendine has kuralları bulunan P&I kulüpleri tarafından sigortalanmaktadır ve kanun (Konvansiyon) koyucunun amacına ulaşabilmesi için bir takım seçimlerde bulunması gerekmektedir. Sigortacının (P&I kulübü), zarar görene karşı ileri sürebile-

⁵ Hazelwood/Semark, s.398, 399.

çeği savunmalar, bu konuda belki de yapılması gereken en zor seçimdir. Çünkü, P&I kulübü için olmazsa olmaz kurallardan biri olan pay-to-be-paid ilkesinin, doğrudan dava hakkının tanınmasıyla, Konvansiyon ile murad edilen hedefin gerçekleşebilmesi için üçüncü kişiye karşı geçersiz addedilmesi gerekmektedir.

Sigortacı konumundaki P&I kulübü ile sigortalı donatan arasındaki ilişki içerisinde kalırsak, sigortacının donatana karşı ileri sürebileceği savunmalar arasında özellikle primin ödenmediği, geminin denize elverişli olmaması, muafiyetler, donatanın pervasızca hareketi (wilfull misconduct) bulunmaktadır. Eğer sigortacı bu savunmaları aynen zarar görene karşı da ileri sürebilecekse, sigortanın zorunlu yapılmasını öngörmenin bir anlamı kalmayacaktır. Bu düşünceyle, 2002 Atina Konvansiyonu m. 4bis (10) hükmü uyarınca, sigortacı ancak sigortalısının (donatanın/taşıyanın) sorumluluğu hakkında Konvansiyon sınırları içerisinde kullanabileceği savunmaları ve sigortalının söz konusu zararın oluşmasında pervasızca hareket tarzı içinde bulunmuş olduğu savunmasını yapabilir. Bunun haricinde, P&I kulübünün kendi kuralları (ve bu anlamda pay to be paid kuralı) zarar gören için bağlayıcı değildir.

Sigortalının pervasızca hareket içinde bulunduğu, P&I kulübü tarafından zarar görene karşı bir savunma olarak ileri sürülebilmesinin önünün açılması eleştirilmektedir⁶. Örneğin, geminin denize elverişsiz halde bulundurulmasında devam eden tutum, sigortalı bakımından pervasızca hareket tarzı olarak değerlendirilebilecektir. Bizatihi bu hareket tarzı zaten zarara yol açmış iken, zararın sebebi olan kusuru, zarar görene karşı bir savunma olarak kullanılmasına izin vermenin, zorunlu sigorta getirmenin altında yatan kamu yararı düşüncesiyle çeliştiği ve P&I sigortasının, tedbirli ve basiretli olması beklenen donatanlar tarafından oluşturulan bir karşılıklı sigorta olduğu düşünüldüğünde, içlerinden birinin pervasızca harekette

⁶ Rosaeg, Erik, Compulsory Maritime Insurance, (<http://www.jus.uio.no/nifs/2000>), s.10.

bulunması, bu kulübe üye olabilme standartlarının altında bir davranıştır. Bu üyenin disiplinsizliğine sorumluluktan kaçarak yanıt vermek yerine, kulübe üye olmaya da o noktadan sonra izin verilmemesi gerekir.

Sorumluluk Sigortacısının Zarar Görene Karşı Kullanabileceği “Kusur” Savunmaları

2002 Atina Konvansiyonu bu konuyu, 4bis maddesinin 10.fıkrasında düzenlemiştir. Hüküm uyarınca, sigortanın kapsamı dahilindeki tazminat (yolcunun ölüm ve bedensel zararından dolayı), *her halde*, hükmün 1. fıkrasındaki bedel (250.000 hesap birimi) ile sınırlı olarak sigortacıdan doğrudan talep edilebilecektir. Sigortacı, (i) sigortalı taşıyanın söz konusu zarardan sorumlu olmadığı yönünde Konvansiyon hükümleri uyarınca savunmada bulunabilecek ve ayrıca (ii) zararın, sigortalı taşıyanın pervasızca hareketi⁷ (*willfull misconduct*) sebebiyle oluştuğunu iddia edebilecektir. (Bu anlamda, kasdın varlığını da ileri sürebilmesinin önü açılmıştır, zira pervasızca hareket, kasdın altında bir kusur derecesidir). Bunun dışında, sigorta sözleşmesinin kendi içeriğinden doğan def’ileri, başka bir deyişle, sigortacıya talepte bulunan sigortalı olsaydı, ona karşı ileri sürebileceği def’ileri, sigortacı bu kez zarar görene karşı kullanamayacaktır.

Sigortacının zarar görene karşı kullanabileceği savunmaların bu şekilde mehzaz hükümdeki gibi -açık bir dille- sınırlandırılması yönünde, kanun koyucu TTK m. 1259 hükmünde özel bir irade sergilememiş, bilakis madde gerekçesinde, mehzaz Konvansiyonun 4bis maddesinin 1. ve 12. fıkralarından hareketle hükmün sevkedildiğinin yazılmış olmasından hareketle, bu iradenin mefhumu muhalifinden, kanun koyucunun 4bis maddesinin 10. fıkrasını bilinçli olarak hükmün içine dahil etmediği anlaşılmaktadır. O halde, doğrudan davada savunmaların sınırı meselesini

⁷ Türk Ticaret Kanunu, “willfull misconduct” şeklinde ifade edilen kusur derecesini, TTK m.1267’de (keza m.1187 ve m.886’da) “pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinci ile işlenmiş bir fiil” şeklinde ifade etmiştir (bkz. Atamer, Kaynaklar, s. 285, dn.19).

kanun koyucu, Türk Ticaret Kanunu'nun 6. Kitabı hükümlerine havale etmiştir. Hal böyle olunca da, zorunlu sorumluluk sigortasının can damarı olan doğrudan dava müessesesi bakımından mehzat Konvansiyon ile ahenk bozulmuştur.

Çünkü, dikkat edilirse, Konvansiyonun dili, savunmalar bakımından, "sigortacının edim yükümlülüğünü kaldıran savunmalar" veya "edim yükümlülüğü var olsa da tazminat ödeme borcunu kaldıran savunmalar" şeklinde bir ayırım gözetmemiştir. Nokta atışı şeklinde sadece 2 hususa savunma olarak izin verilmiş, bunun dışındaki her savunma yasaklanmıştır. Halbuki, Türk Ticaret Kanunu'nun sigorta hukuku kitabının dili bu şekilde değildir.

Konuyu Türk hukuku bakımından değerlendirdiğimizde, (zorunlu) sorumluluk sigortacısı sigortalıya karşı "ifa borcundan tamamen veya kısmen kurtulmuş"⁸ olsa da zarar görene karşı ifa borcu, TTK m.1484(1) hükmü uyarınca, zorunlu sigorta miktarına kadar devam eder. Bu anlamda, sigortalının kastı halinde, sigortacının zarar görene karşı ifa borcunun devam edeceği düşünülebilirse de, TTK m.1477 hükmünün "sorumlu olmaz" şeklindeki lafzı sebebiyle, rizikonun gerçekleşmesinde sigortalının kast şeklindeki kusurunun, aslında "subjektif riziko istisnası" olduğu, bu nedenle de TTK m. 1484(1) hükmü kapsamına girmediği, çünkü bu halde sigortacının edim yükümlülüğünün hiç doğmadığı, doğmayan borçtan da kurtulmanın söz konusu olamayacağı doktrinde⁹ aksi görüş olarak ileri sürülmüştür.

Genel hüküm niteliğindeki TTK m.1429 hükmünün lafzında ise, sigortalının kusurunun kast seviyesinde olması halinde bu sefer sigortacının "tazminat borcundan kurtulması" ifadesi

⁸ Sigortacının, ifa borcundan tamamen veya kısmen kurtulmuş olmasından, evleviyetle sigortacının edim yükümlülüğünün doğduğunu ve fakat yasal veya sözleşmesel bir nedenle ifadan kaçınabileceğini anlamak gerekir, yönündeki görüş için bkz. Şenocak, Kemal, Sorumluluk Konusu Olaya Kasden Neden Olma (TTK m.1477), Sigorta Hukuku Sempozyumları, İstanbul 2018, s.179.

⁹ Şenocak, s.179.

kanun koyucu tarafından tercih edilmiştir. Yani, gerek m.1429 gerekse m.1477 hükmünün lafzı takip edildiğinde, örneğin mal sigortası bakımından sigortalının kasdı varsa, sigortacının edim yükümlülüğü doğmuş ama ödeme yapmaktan kurtulmuş kabul edilecektir; sorumluluk sigortası var ve sigortalı kasden zarara neden olmuşsa, sigortacının edim yükümlülüğünün hiç doğmadığı düşünülecektir. Aynı tarihli genel hüküm ve özel hüküm arasındaki çatışmada, her ne kadar özel hüküm üstün olarak kabul edilse de, kanun koyucunun, mal ve sorumluluk sigortası bakımından böyle farklı sonuçlar doğurma eğiliminde olduğunu; özel hükmü (TTK m. 1477) bilinçli olarak genel hükümden (TTK m. 1429) farklı yarattığına dair bir gerekçe yazılmamış; bilakis m.1477 hükmünün gerekçesinde “*sigortacının sorumlu olmayacağı şeklindeki genel ilke sorumluluk sigortası için de aynen benimsenmiştir*” ifadesi kullanıldığından, TTK m.1429 hükmünün lafzında yer alan “tazminat borcundan kurtulur” ifadesini kanun koyucunun özensiz bir terminolojik seçimi olarak düşünüp, kanun koyucunun TTK m. 1477 hükmünün gerekçesinde sergilediği iradeye ağırlık vererek, gerek genel hükmü gerekse özel hükmü, sigortalının kastı halinde “sigortacının sorumlu olmayacağını” yani edim yükümlülüğünden kurtulacağını anlayarak okumak gerekir.

Ancak bu noktada, TTK m. 1484(1) hükmünde kullanılan lafzı da, kanun koyucunun 1429. maddede gösterdiği dil özensizliğini bildiğimiz için, bilinçli bir tercih olarak yorumlamamak, onu da gerekçesine ve orada anılan kaynak hükme (KTK m.95) uymun anlamlandırmak gerekecektir.

Şöyle ki, TTK m. 1484(1) hükmünün mehası Alman hukukudur. Sorumluluk sigortacısının zorunlu sorumluluk sigortası bakımından doğrudan davada zarar görene karşı kullanabileceği savunmaların sınırını düzenleyen 1484(1) hükmünde kullanılan “*sigortacı ifa borcundan tamamen veya kısmen kurtulmuş olsa da*” ifadesi mehası Alman hukukuna uygun yorumlanırsa, sigortalı taşıyanın *kasdının* varlığı halinde, sigortacının “edim sorumlusu olmadığı” savunmasının zarar görene karşı

ileri sürülmesine kapı açılmaktadır. Çünkü, mehzaz hükmün amacı, sigortacının esasen teminat verdiği (yani tazminat ödemeye sorumlu olduğu) bir konuda, sonradan akit süresi içerisinde sigortalının üzerine düşen külfetlerden birini yerine getirmemesi sebebiyle tazminat ödemekten kurtulması durumunun gerçekleşmesi ve bu durumun zarar görene karşı ileri sürülebilmesidir.

Oysa, madde gerekçesinde kanun koyucunun, körü körüne mehzaz hükmü takip etmeyi amaçlamadığını; aslında niyetinin Karayolları Trafik Kanunu'nda düzenlenen zorunlu trafik sigortası için öngörülen hükmü *tüm* zorunlu sorumluluk sigortalarını kapsayacak şekilde genelleştirmek olduğunu görmekteyiz. Bu gerekçe ile aslında referans alınan hüküm, Karayolları Trafik Kanunu'nun 95. maddesidir. Anılan son hükme, "tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması" sonucunu doğuran haller konu edilmiştir. Bu hükmün mehzaz da İsviçre'dir. Mehzaz hüküm¹⁰, sigortacının gerek sigorta sözleşmesinden doğan savunmaların gerekse sigortacının edimden (tazminat ödemedi) sorumlu olmadığı veya sigorta tazminatından indirim yapabileceği hallerle ilişkin savunmaların zarar görene karşı ileri sürülebilmesini düzenleyerek, zarar görene tam koruma bahşetmiştir. İsviçre Sigorta Hukukunda¹¹, rizikonun gerçekleşmesinde sigortalının kasdının varlığı, sigortacının "sorumlu olmadığı" bir durumdur yani teminat dışıdır. Kanun koyucu, Karayolları Trafik Kanunu'nu 95(1). maddesinde, "tazminat yükümlülüğünü kaldıran" ifadesiyle, aslında edim ile sorumlu olmadığı halleri kastetmiştir.

Bu yorum metodu takip edildiğinde; zorunlu sorumluluk sigortacısı bakımından, sigortalının kasdı, zarar görene ileri sürülebilmez bir savunmadır. TTK m. 1484(1) hükmü, zarar görene, gerek sigortacının edim yükümlülüğünü daraltan ge-

¹⁰ Strassenverkehrsgesetz (SVG) vom 19 Dezember 1958 madde 65/2 ve Bundesgesetz vom 2 April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG) madde 14.

¹¹ VVG m.14(1).

rekse kaldıran (teminat dışı halleri) savunmaların ileri sürülmesinin önünü kapatarak, tam koruma bahşetmiştir kanaatindeyim.

Atina Konvansiyonu ise m.4bis(10) hükmü ile sigortacıya, zarar görene karşı kast ve pervasızca hareket kusurunun ileri sürülmesine imkan verirken; TTK m.1259 hükmünün “doğrudan davada sigortacının savunmaları” bakımından gösterdiği bilinçli suskunluk neticesinde, esasa uygulanacak hukukun (*lex causae*) Türk hukuku olması halinde gündeme gelecek TTK m.1484(1) hükmü, sigortacıya bu imkanı vermeyecektir. Şüphesiz, kanun koyucunun TTK m.1259 hükmünde, sigortacının doğrudan davada savunmalarının sınırını bilinçli olarak tekrar kaleme almayarak, Konvansiyon’dan daha fazla zarar göreni koruma iradesini sergilemek istediği düşüncesinde de değilim. Ne var ki, ortaya çıkan bu sonuç, TTK m. 1484/1 hükmü, gerekçede gösterildiği gibi alt-mehaza yani İsviçre Karayolları Trafik Kanunu’na göre yorumlanırsa, hukukumuz ile Atina Konvansiyonu arasındaki ahenk, iç hukukumuzda pozitif yönde yani zarar gören yolcunun lehine bozulmuş kabul edilecektir.

TTK m. 1484/1 hükmü, zarar göreni koruma amaçlıdır. Doğrudan dava müessesesi ile zarar görenin bir an önce zararını tazmin edebilmesi, yaralarını kapatabilmesi için önüne bir imkan olarak çıkarılan sigortacının, sigortalı zarar verenin, zararı doğuran vakıadaki kusur derecesini (kastını veya pervasızca hareket şeklindeki ağır kusurunu) kullanarak, zarar görene karşı edim yükümlülüğünün “hiç doğmadığını” söylemek, zorunlu sorumluluk sigortasının var oluş amacına -kamu yararına- aykırıdır¹² ve böyle bir irade, sigortalı zarar verenin aynı hareketinin, zarar göreni iki kez zarara uğratmasına izin vermek anlamına gelir. O nedenle, hükmün alt-mehazına uygun yorum yapmak kanımca şarttır. Özetle, gerek “kast” gerekse “pervasızca hareket” şeklinde ifade edilen ve kasdın altında¹³

¹² Yeşilova Aras, Ecehan, Zarar Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı (TTK m.1478), Ankara, 2013, s.118.

¹³ Damar,Duygu/Yetiş Şanlı, Kübra, Milletlerarası Taşıma Hukukunda ve Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda “Pervasızca Hareket” (Wilful Miscon-

bir kusur derecesi olarak nitelendirilen taşıyanın kusuru, rizi-ko istisnası olarak kabul edilse bile, kanımca sigortacının ödeme itirazı olarak zarar görene karşı TTK m. 1484(1) hükmü karşısında ileri sürülemeyecektir.

Deniz Araçları Zorunlu Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın B7A hükmü de, gerek kasdı gerekse pervasızca davranışı, "sigortalıya rücu" kapsamında görmekle, sigortacının hiçbir kusur derecesini zarar görene ödeme yapmama konusunda bir savunma olarak kullanılamayacağını zımnen ifade ederek, kanunun lafzını değil¹⁴ zorunlu sorumluluk sigortasının kamu yararı işlevini ön planda tutmuştur.

Sorumluluk Sigortacısının "Pay to be Paid" Savunması ve Zarar Görene Etkisi

Bu savunmayı anlamlandırabilmek için, neden P&I Kulüplerinin karakteristik bir kuralı haline geldiğini hatırlamak gerekir. P&I Kulüpleri tarafından temin edilen sorumluluk sigortası, Kulüp Kuralları içerisinde sanki aktifin sigortasıymışçasına yapılandırılmıştır¹⁵. Yani, Kulübün üyesi olan donatan (member Owner) "sigortalı" sıfatı ile Kulübe sigorta tazminatı için başvuru yapabilmesi için, (teminat kapsamındaki risklerden ötürü) sorumluluğunun doğması yeterli görülmemiş, bilfiil bu sorumluluğunun gereğini yerine getirmesi yani öncelikle, sorumlu olduğu kişinin zararını karşılaması (böylelikle de aktifinin azalması) gerekmektedir ki bu esas kısaca "Paymnet First by the Owner" (Önce Donatan Ödeyecek) ilkesi ile gerçekleşmiştir. Genel kural bu olsa da, Kulüp yöneticileri, somut olayda, bazı istisnai uygulamalar sergileyebilmektedir. Örneğin, üyenin (sigortalı donatanın) gemisinin seferden men edilmesinin önüne geçebilmek için, zarar görene finansal açıdan

duct) Kusuru, Deniz Hukuku Derneği ve Sigorta Hukuku Türk Derneği yayını, İstanbul 2012, s. 8 vd.

¹⁴ TTK m. 1477 hükmünün aksinin, Genel Şartların B.7 maddesinde kararlaştırılmasını, konunun TTK m. 1484(1) hükmüyle bağlantısı kurulmaksızın, geçersiz olduğu yönündeki görüşü için bkz. Algantürk Light, s. 334.

¹⁵ Hazelwood/Semark, s.335

teminat verdiği (letter of undertaking veya letter of indemnity gibi) ve bu teminat veya garanti mektubunda, sigortalı donatanın sorumluluğunun tespit edilmesi halinde teklif edilen meblağın Kulüp tarafından ödeneceğinin ifade edilmesi gibi.

Kulübe sigorta tazminatı için başvuracak kişi, üyenin kendisi değil de doğrudan zarar gören olacaksa, o zaman doğrudan dava mekanizması ile Kulübün bu geleneksel ilkesinin çatışması gündeme gelmiştir.

Bu noktada, incelemeyi 2 ayrı koldan sürdürmek gerekir. (i) 2010 Third Parties Rights (Against Insurers) Act kapsamında bir doğrudan dava (ii) Konvansiyonlar (HNS, 1992 CLC/Fund, Bunker Oil, 2002 Atina..gibi) kapsamında bir doğrudan dava

2010 tarihli bu kanun, tüm sorumluluk sigortaları bakımından, sigortalı zarar verenin iflası halinde (ve Kanunda bu değer de kabul edilen diğer aciz hallerinde), sigorta tazminatına diğer alacaklıların el uzatamaması şeklinde zarar görene bir koruma bahşetmiştir. Yürürlükten kalkan 1930 tarihli aynı isimdeki Kanunda, zarar görene 2 aşamalı dava sürecinde bahsedilen bu koruma, 2010 tarihli yeni Kanunda, tek aşamalı doğrudan dava metodu benimsenerek, zarar görenin önce sigortalının sorumluluğunu yargı kararı ile tespit ettirme yükümlülüğünü ortadan kaldırmıştır. İflas ile birlikte, sigortalının sigorta tazminatı üzerindeki alacak hakkı, kanunen zarar görene temlik edilmiş kabul edilerek, zarar görenin sigortalıya halef olması yani sigortalıdan daha fazla alacağına sahip olmaması esasları üzerinde bir modelleme yapılmıştır. Bu model, zarar görenin, sigortalının ayakkabıları içinde onun yolunda yürümesi veya zarar görenin dikensiz güle sahip olamayacağı ya da sigortalıdan daha iyi şartlara sahip olamayacağı şeklinde tarif edilmiştir¹⁶.

Denizcilik rizikoları bakımından donatanın sahip olduğu sorumluluk sigortası açısından bakıldığında, zarar görenin (akdi veya akit dışı bir sebeple) doğrudan davasının 2010 TPA kapsamında olması çok uzak bir ihtimal değildir. Çünkü, one-

¹⁶ Clarke, 205

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

ship-company şeklinde donatan sıfatını haiz şirketin, zarara yol açan gemiden başka bir malvarlığının olmaması ve de oluşan zararın bu değerden fazla olması halinde, zarar görenin karşısında muhtemelen iflasını talep etmiş bir donatan bulunacaktır.

Donatanın akit dışı ve akdî sorumluluğunu düzenleyen Konvansiyonlarda yer alan doğrudan dava hükümlerinin ortak özelliği ise zorunlu sorumluluk sigortası öngörmeleri; zarar görenin doğrudan sigortacıya dava açabilmesi için donatanın sorumluluğunu tespit eden ön bir dava açmaya ihtiyaç bulunmaması; donatanın iflas etmiş olma şartını aramayışları ve nihayetinde doğrudan davada zarar görene karşı kullanılacak savunmaların sınırlandırılması ve bu bağlamda pay to be paid kuralının zarar görene karşı kullanılmasına izin verilmeyişidir.

Karşılıklı sigorta anlayışının geçerli olduğu P&I Kulüplerinde, her bir donatan bir diğerine karşı sigortacı konumunda iken, kendisinin 3. kişiye karşı sorumluluğu gündeme geldiğinde de diğerlerinin karşısında sigortalı sıfatını taşımaktadır. Kulübün her bir üyesinin aynı sektörde çalışan tacir olduğu da dikkate alındığında, birinin sorumluluğunun, o kişi henüz bu sorumluluğunun gereği olan tazminat borcunu ifa etmeden, diğerlerinin üzerine yansıtılması ilke olarak kabul görmemiş ve fakat sorumluluğunun gereği olan tazminatı ödemesi sebebiyle aktifi azalan üye donatana, bu zararını karşılaması için Kulübe başvuru imkanı getirilmiştir ki “önce (sorumlu olan) donatan ödeyecek” ilkesini benimseyen karşılıklı sigortadaki sigorta tazminatı esasen donatanın bu rücusudur.

2010 TPA kapsamındaki doğrudan başvuru hakkında, yani 3. kişiye karşı sorumlu olan donatanın iflas etmiş olması halinde, iflas ile birlikte zarar görenin, sigortalı donatanın kanuni halefi olduğu unutulmamalıdır. Böylece, sigortalı donatanın Kulübe karşı bir alacak hakkı doğmuş ise bu kanunen zarar görene temlik edilmiş kabul edilecektir. Bu noktada, donatanın iflası ile birlikte, zarar görene tazminat ödeyebilmesinin ve dolayısıyla da pay to be paid kuralının işleyebilmesinin imkansız

hale gelmesi fikri ortaya atılmış ve bu gerekçe ile Kulübün bu kuralı bir savunma olarak zarar görene ileri süremeyeceği düşünülmüştür. Buna karşın, *Fanti* ve *Padre Island* kararları ile bu düşünce yıkılmış ve donatanın kendisinin öncelikle tazminat ödemesi gerektiği kuralına lafzen birebir uyulması gerektiği, bu şartın sigortalı için Kulübe karşı sahip olacağı sigorta tazminatı alacağına koşulu olduğu; bu koşul donatanın iflası sebebiyle gerçekleşmemişse, zarar görene kanunen de temlik olunacak bir hakkın bulunmadığı düşüncesi ortaya konulmuştur.

Bu içtihat hukuku, 2010 TPA kapsamında m.9(6) hükmü ile denizcilik rizikolarına karşı yapılan sorumluluk sigortaları bakımından -ölüm ve bedensel zarar olmadığı müddetçe- zarar görene karşı etkili olacağı yönünde varlığını aynen sürdürmüştür.

Yabancı P&I Kulübüne Karşı Türk Mahkemeleri Önünde Doğrudan Dava

Yabancı unsurlu bir olayda (yani, P&I kulübünün sorumluluk sigortasını yapması halinde), bedensel zarara uğrayan yolcunun ve ölen yolcunun desteğinden mahrum kalanların, sigortacıya karşı “doğrudan dava hakkı”nın olup olmadığı meselesine, öncelikle bu olay bakımından Türk Mahkeme’lerinin yetkili olup olmadığı, şayet yetkili ise de olaya uygulanacak hukukun (*applicable law*) tespiti ile başlanmalıdır. Türk Mahkeme’lerinin milletlerarası yetkisi, MÖHUK m. 40 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu hükümlere dayanarak Türk Mahkeme’sinin yetkisi kabul edildiği anda, esasa uygulanacak hukuk, MÖHUK m.1/II hükmü saklı tutularak, *lex fori*’nin (*hakimin hukukunun*) kanunlar ihtilafı kuralları ile yani yine MÖHUK m. 9-39 hükümlerine göre belirlenecektir.

Bu noktada incelenen husus, MÖHUK ve HMK hükümlerimizin yabancı unsurlu bir olayda TTK m.1478 hükmünün işleyebilmesine olanak sağlayan bir sistem getirip getirmediğini tespit etmeye çalışmaktır. Öncelikle çözümü gereken husus şu şekildedir; Türk mahkemesinin milletlerarası yargılama yetkisi var mıdır? Başka bir deyişle, bir İngiliz P&I kulübüne zarar gören yolcu İstanbul’da doğrudan dava açabilir mi?

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Davanın yalnızca P&I kulübüne karşı açılacağını ve “gemi kazası” (TTK m.1256/V-a) sebebiyle bedensel zarara uğrayan yolcunun yanısıra aynı kaza neticesinde geminin karadaki üçüncü şahsa da bedensel zarar verdiğini örnek olarak düşünelim. Böylelikle, aynı kaza bakımından iki sorumluluk sigortası poliçesine dayanılarak (1-taşıma sözleşmesine aykırı davranan ve kusursuz sorumluluk altında bulunan taşıyanın TTK m. 1259 uyarınca akdettiği zorunlu sorumluluk sigortası; 2- Deniz Yoluyla Düzenli Seferlere Dair Yönetmelik m. 12 uyarınca akdedilmesi zorunlu üçüncü şahıs zorunlu mali sorumluluk sigortası), aynı yabancı P&I kulübüne karşı iki farklı zarar gören (1-yolcu; 2-karadaki şahıs) doğrudan dava hakkını İstanbul’da kullanmak istediklerinde, her iki dava bakımından Türk Mahkeme’lerinin milletlerarası yetkisinin varlığını öncelikle sorgulamak gerekecektir. Karadaki şahıs, haksız fiil mağdurudur. Yolcunun ise zarar veren ile arasında taşıma sözleşmesi ilişkisi bulunmaktadır.

MÖHUK m. 40, Türk Mahkeme’lerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları belirler, şeklinde düzenlemiş ve devamındaki maddelerde de bazı özel bulunduğu durumlar için de (kişi halleri, miras, iş sözleşmesi, tüketici sözleşmesi, sigorta sözleşmesi) bu kez kendisi özel olarak yetkili mahkemeyi tespit etmiştir. Öncelikle, bu özel hükümler arasında, zarar görenin, kendisine zarar veren kişinin sorumluluk sigortasına doğrudan (tazminat talepli) dava açması durumu ile ilgili bir düzenleme yer almamaktadır¹⁷. Unutulmamalıdır

¹⁷ Türk Mahkemesi’nin milletlerarası yetkisinin tayininde, MÖHUK m.46’da yer alan “*sigorta sözleşmesine ilişkin davalar*” başlığı ile özel olarak düzenlenen yetki hükmünün kullanılabilmesi kanaatinde değiliz. Bu hükmeye göre, “*sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda*, sigortacının esas işyeri veya sigorta sözleşmesini yapan şubesinin ya da acentesinin Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesi” yetkilidir. Zarar gören yalı sahibi, sigorta sözleşmesinin tarafı olmadığından, tazminat alacağına, sigorta sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zarar görenin, kanundan doğan bir hak ile (YTTK m.1478) tarafı olmadığı bir sözleşmeden doğan tazminat hakkını talep edebilmesi, tamamen bir maddi hukuk karakterli normdur ve davanın esasına ilişkin bir norm olduğundan, davaya bakacak mahkemenin yetkisinin belirlenmesi aşamasında kullanılabilir bir bağlantı noktası değildir. Olayımızdaki davacı ile davalıyı birbirine bağlayan hiçbir hayat olayı yoktur, kaldı ki söz konusu bağlantıyı kanunen kuran bir hüküm de

ki, zarar gören ile (ister yolcu isterse karadaki şahıs olsun) sorumluluk sigortacısı arasında hiçbir hukuki (akıt veya akıt dışı) ilişki bulunmamaktadır. Sigorta sözleşmelerinde yetkili mahkemeyi düzenleyen MÖHUK m.46 hükmü, sözleşmenin iki tarafı arasındaki uyumsuzlıklardaki yetkiyi düzenlemiştir. şu halde, rotamızı MÖHUK m. 40 atfı ile HMK'nın yetki hükümlerine çevirmek durumunda kalmaktayız.

MÖHUK'da zarar görenin sigortacıya açacağı doğrudan dava ile ilgili özel bir yetki hükmü yer almaması sebebiyle, HMK'nın yetki hükümlerine baktığımızda, HMK m. 6 ila 16. hükümler arasında, genel yetkili mahkemenin dışında, çeşitli hayat olaylarına göre düzenlenmiş başkaca özel yetkili yerlerin tespit edildiği görölmektedir. Buna göre,

1) Genel yetkili mahkeme, m. 6 uyarınca *davalının yerleşim yeri mahkemesi*, yani İngiliz mahkemeleridir; ki olayda davalıyı Türk mahkemesine çekmek isteyen zarar görenler, HMK'nın genel yetkili mahkeme hükmünü kullanmayı tercih etmeyecektir.

2) Özel yetkili mahkeme ? Maalesef, HMK'nın yetki hükümlerinde de zarar görenin sigortacıya açacağı doğrudan dava ile ilgili bir özel yetki tesis edilmiş değildir. 16. madde, haksız fiilden doğan davalarda yetkiyi düzenlemiştir (haksız fiilin işlendiği yahut zararın meydana geldiği ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi) lakin, dava konusu haksız fiili ika eden sigortacı değildir. Sigortacıya karşı açılacak davada, davacı sadece zarar verene (sigortalıya) karşı yöneltebileceği bir vakıayı (haksız fiili), milletlerarası yetki tesis etmeye çalışırken sigortacıya karşı kullanamayacaktır. Kaldı ki, zarar gören karadaki şahsın, sigortacıdan talep ettiği tazminat, haksız fiil tazminatı değildir. HMK m. 16, zarar gören karadaki şahsın, zarar veren taşıyanın İngiliz sigortacısına karşı İstanbul'da dava açabilmesine olanak sağlayacak bir lafza sahip değildir. Öte yandan, zarar gören yolcunun açacağı doğrudan dava bakımından, HMK

MÖHUK 46'da yer almamaktadır.

m. 10 sözleşmeden doğan davalarda yetki hükmünü, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi olarak belirlemişse de, yolcunun sözleşme ilişkisi içine girdiği kişi, zarar verendir (taşıma sözleşmesi). Oysa yolcu, davasını zarar verene değil; arasında akdî bir ilişki bulunmayan sigortacıya yöneltmek istemektedir. O nedenle, zarar görenin doğrudan davasında, HMK m.10 hükmünün de uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Bununla birlikte, HMK m.15 hükmü de, sigorta sözleşmelerinden doğan davalarda yetkiyi düzenlemiştir. Ancak hükmün 3. fıkrası, denizcilik rizikolarına karşı sigortanın hükmün kapsamında olmadığı ifade edilmiştir. Başka bir deyişle, kanun koyucu deniz sigortaları için özel yetki tesis etmeyi gerekli görmemiş; genel yetkiyi yeterli bulmuştur.

Özetle, sorumluluk sigortacısı ile zarar gören arasında hiçbir hukuki ilişki (ne akdî ne de haksız fiil) bulunmadığı için, TTK m. 1478 hükmünden doğan, doğrudan dava şeklinde kısaca anılan, kanuni (sigortacının edimini) talep hakkı için özel bir yetkinin varlığı, çözümü gerekli bir mesele olmaktadır.

Sigortacının Türk sorumluluk sigortacısı olması durumunda ise, sözleşmenin ana muhtevasını teşkil eden (Sigortacılık Kanunu m.11/I) genel şartlardaki yetkili mahkeme klozu, zarar görenin, zarara yol açan olayın meydana geldiği yerde de doğrudan davasını açabileceğini düzenlemiştir (Deniz Araçları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m.C.8). Oysa, davalı konumundaki sigortacının yabancı P&I kulübü olması durumunda, milletlerarası yetkiyi *lex fori* hukukunda (Türk yargısı önünde) tesis eden bir hüküm bulunmamaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan yolcunun veya karadaki şahsın zihninde olan, yabancı P&I kulübüne karşı, kendi hukuklarının (TTK m.1478) zarar görene tanıdığı doğrudan sigortacıya dava açabilme imkanını kullanmaktır, ancak bu müessese bir maddi hukuk normudur ve ancak *lex causae*'nin (*esasa uygulanacak hukukun*) Türk hukuku olması durumunda, TTK m. 1478 hükmü yani doğrudan dava işlerlik kazanacaktır. Ne var ki, Türk Mahkemesi'nin milletlerarası yetkisini tesis etmeden, Türk hakimi, *lex causae*'yı tespit etme faaliyetine giri-

şemez. Çünkü ancak yetkili mahkeme işin esasına girebilir. Bu aşamada, MÖHUK m.40 atfı ile uyguladığımız HMK içerisinde maalesef sigorta sözleşmelerine ilişkin yetki hükmü olan 15. maddede açıkça¹⁸ veya MÖHUK m.46 hükmünde, zarar görenin sorumluluk sigortacısına doğrudan dava açmak istemesi durumuyla ilgili bir yetkili yer (*zararın meydana geldiği yerde de zarar gören dava açabilir şeklinde*) belirlenmediği müddetçe, Türk hakimî MÖHUK uyarınca mahkemesini milletlerarası yetkili addedemeyecektir.

Sonuç olarak, bu gibi durumlarda, gerek MÖHUK'un gerekse HMK'nın yetki ile ilgili hükümlerinin, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini kurmaya elverişli bulunmadığı sonucuna kanımca varılmaktadır. Ancak bu eksikliğin sebebini ve nasıl doldurulabileceğini açıklamak mümkündür.

MÖHUK'un 34. maddesinin 4. fıkrasında önceki MÖHUK'da olmayan ve 1., 2., 3. fıkradaki kurallara **baskın** olan bir bağlama kuralı getirilmiştir. MÖHUK m. 34(4) hükmü, madde gerekçesinde de açıkça ifade edildiği gibi, Avrupa Birliği Regülasyonlarındaki güncel gelişmelere uyum sağlamak üzere getirilmiştir. Kaynağı, *Roma II Tüzüğü* olarak da bilinen "Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki 11 Temmuz 2007 tarihli ve 864/2007 sayılı AT Tüzüğü"dür. Bu tüzük, milletlerarası özel hukukun Avrupa Topluluğu düzeyinde uyumlaştırılması yönünde büyük bir gelişme olarak kabul edilmektedir. MÖ-

¹⁸ HMK m. 15 hükmünün gerekçesinde "...Sigorta mukavelesinden mütevellit tazminat davası' ifadesi yerine 'zarar sigortalarından doğan davalar' denilerek, yetki kuralının sigorta sözleşmesinden doğan sadece tazminat davası değil, diğer davaları da içine alması sağlanmıştır." ifadesine yer verilmiştir. Buradan hareketle, zarar görenin doğrudan davasını da gerekçede ifade edilen 'diğer davalar' çerçevesinin içine sokarak, rizikonun gerçekleştiği yerde (İstanbul) zarar görenin dava açabilmesinin önü açılabilir mi? Kanaatimizce bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Çünkü, HMK m. 15(1) hükmü her ne kadar zarar sigortalarına ilişkin olarak (mal sigortası + sorumluluk sigortası) genel bir hüküm kurmak istemişse de, madde metninde riziko konusu olarak sadece taşınır ve taşınmaz mal ayırımı yapmış olduğundan, sorumluluk sigortasını dikkate almadığı sonucuna varılabilir. Öte yandan HMK m.15(3) hükmü, 1. fıkranın deniz sigortalarına (denizcilik rizikolarına karşı) uygulanmayacağını söylediğinden, örnek olayımız bakımından HMK m. 15 Türk yargısını yetkili kılmaya elverişli bir hüküm değildir.

HUK m. 34(4) hükmüne karşılık gelen, Tüzüğün 18. maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Direct Action Against the Insurer of the Person Liable

The person having suffered damage may bring his or her claim directly against the insurer of the person liable to provide compensation if the law applicable to the non-contractual obligation or the law applicable to the insurance contract so provides.”

Roma II Tüzüğü'nün 18. maddesi, haksız fiilden zarar görenin, doğrudan haksız fiili ika edenin sigortacısına başvurabilmesine kapı açan bir kuraldır. Anılan hüküm, MÖHUK m. 34 yani haksız fiil halinde bağlama kuralını düzenleyen maddeye eklenmiştir ki, haksız fiil mağduru, şayet zarar verenin sorumluluk sigortacısına başvurmak isterse ve fakat 34. maddenin ilk 3 fıkrası uyarınca tespit edilen hukukta “zarar görenin doğrudan dava hakkı” diye bir müessese yoksa, o halde zarar göreni korumak adına bir yeni bağlama kuralı getirmiştir ve şayet sigorta sözleşmesine uygulanacak hukukta, doğrudan dava hakkı müessesesi varsa, bağlama kuralının haksız fiil üzerinden değil; sigorta sözleşmesi üzerinden tespitini düzenlemiştir. Yani aslında, MÖHUK m. 34(4) hükmü de¹⁹, doktrinde²⁰ belirtildiğinin aksine, bağlama kuralıdır. Yalnız, özelliği, zarar görene doğrudan dava hakkını kullandırmayı kendisine ilke edinmiş bir bağlama kuralı olmasıdır. Hükmün amacı, zarar görenin, talebini ödeme gücü olan bir borçluya karşı ileri sürebilmesini sağlamaktır. Bunu sağlayan hukuku da, esasa uygulanacak hukuk olarak kabul etmektedir.

¹⁹ MÖHUK m. 34(4) hükmünün gerekçesi:“...zarar görene, sorumlunun sigortacısına doğrudan başvurma imkanı tanınmıştır. Söz konusu başvuru imkânı, haksız fiile uygulanan hukuka göre tanınmışsa haksız fiil statüsü; sigorta sözleşmesine uygulanan hukuka göre tanınmışsa sigorta statüsü uygulanacaktır” şeklindedir.

²⁰ Atamer, Kerim, Yeni Türk Ticaret Hukuku Kapsamında P&I Sigortası ve Deniz Sigorta Hukuku, 29 Kasım 2013, Deniz Ticaret Odası Konferans Salonu, Toplantı Tutanakları, s. 16,17. Yazar, MÖHUK m. 34(4) hükmünün maddi hukuk normu olduğunu ve MÖHUK'un 34. maddesinin içinde bulunmasının talihsizlik olduğunu ifade etmektedir.

Başka bir deyişle, gerek Roma II Tüzüğü'nün 18. maddesi gerekse tıpkı tercümesi olan MÖHUK m.34(4) hükmü, ilk bakışta okunduğunun aksine sigortacıya doğrudan başvuru konusunda maddi hukuk normu getirmemekte; bilakis sigorta sözleşmesi ya da haksız fiil hukukundan birinde, zarar görenin doğrudan (herhangi bir hukuki ilişki paylaşmadığı) sigortacıya başvurabilme imkanı veren bir maddi hukuk normu varsa, o hukukun esasa uygulanacak hukuk olması gerektiği yönünde **bağlama kuralı** getirmektedir.

Haksız fiil mağdurunun, zarar verenin sorumluluk sigortacısına karşı yönelteceği doğrudan dava konusunda, MÖHUK'da esasa uygulanacak hukuk bakımından özel bir bağlama kuralı (m.34/4) bulabilmemize rağmen, zarar görenin zarar veren ile sözleşme ilişkisi içinde olması durumunda, yani yolcunun bedensel zararının tazmini için taşıyanın sorumluluk sigortacısı olan P&I klubüne doğrudan dava yoluyla başvurması halinde, uygulanacak hukuku tespit eden bir hüküm MÖHUK'da bulunmamaktadır.

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bakımından MÖHUK'da (ve atfen bizi yönlendirdiği HMK'da) 'sigortacıya doğrudan dava' konusuna ait bir yetki kuralı bulamayışımızın sebebi, MÖHUK'un reform çalışmalarında sadece ROMA II tüzüğüne uyumunun sağlanması ve fakat onun kardeş regülasyonu olan "44/2001 Regülasyonu" olarak anılan '*Regulation on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgement in Civil and Commercial Matters*' düzenlemesinin, (en azından bu konu için) göz önünde tutulmamış olmasıdır. Bu 2 kardeş düzenlemeden sadece akit dışı sorumlulukta bağlama kuralına ilişkin Roma II tüzüğü'nü dikkate alıp; doğrudan davada milletlerarası yetki konusunda özel hüküm içeren 44/2001 regülasyonuna uyum sağlanmayınca, yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1478. maddesinde prematüre biçimde doğrudan dava hakkı yaratmıştır.

Keza, yolcunun (zarar veren ile akdî ilişki içerisindeki zarar görenin) yabancı sigortacıya karşı yönelteceği doğrudan davası bakımından da, gerek milletlerarası yetkiyi gerekse esasa

uygulanacak hukuku tespit eden (bağlama kuralı) bir hüküm maalesef MÖHUK'da yer almamaktadır.

Olması gereken hukuk bakımından kanaatimizce, öncelikle, MÖHUK m.34/4 benzeri bir hükmün 24. maddeye de eklenmesi ve aynı zamanda, yetkiyi tesis edebilmek için de 44/2001 Regülasyonu'nun, 11(2) ve 11(3). maddelerinin, hukukumuza ve ihtiyacımıza uyarlanıp,

“zarar gören tarafından sigortacıya, zararın meydana geldiği yerde de, şayet doğrudan davaya izin veriliyorsa, dava açılabilir.”

şeklinde önerebileceğimiz bir hüküm, MÖHUK'un milletlerarası yetki hükümlerine eklenmelidir.

KAYNAKÇA

Algantürk Light, Didem, Deniz Araçları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının Değerlendirilmesi, Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı Aralık 2014

Atamer, Kerim, Yeni Deniz Ticaret Hukuku'nun Kaynakları, İstanbul 2013 (Anılış: Atamer, Kaynaklar)

Atamer, Kerim, 2002 Atina Sözleşmesinde ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Deniz Yolu İle Yolcu Taşıma Sözleşmesi, Batider C.24, S.3 (Anılış: Atamer, Atina Sözleşmesi)

Çetingil,Ergon/**Kender**, Rayegan/Ünan,Samim/**Yazıcıoğlu**, Emine, TTK Tasarısının “Deniz Ticareti” Başlıklı 5. Kitabında Yer Alan Hükümler Hakkında, Deniz Hukuku Dergisi Özel Sayı 2006

Damar,Duygu/**Yetiş Şamlı**, Kübra, Milletlerarası Taşıma Hukukunda ve Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda “Pervasızca Hareket” (Wilful Misconduct) Kusuru, Deniz Hukuku Derneği ve Sigorta Hukuku Türk Derneği Yayını, İstanbul 2012, s. 8 vd.

Eren, Fikren, Türk Borçlar Hukukunda Kişiyi İlişkin Zarar (Ölüm ve Bedensel Zarar), Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini, Cilt I, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2016,

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

- Hazelwood**, Steven/**Semark**, David P&I Clubs and Practice, London 2010
- Omağ**, Merih Kemal, Türk Hukukunda Mecburi Sigortalara ve Sorunlarına Genel Bir Bakış, Zorunlu Sigortalar Paneli, 19 Kasım 1993, İstanbul, Sigorta Hukuku Türk Derneği Yayını.
- Rosaeg**, Erik, Compulsory Maritime Insurance, (<http://www.jus.uio.no/nifs/2000>) (Son erişim tarihi: 19.11.2018)
- Şenocak, Kemal, Sorumluluk Konusu Olaya Kasden Neden Olma (TTK m.1477), Sigorta Hukuku Sempozyumları, İstanbul 2018
- Uluğ Cicim**, İlknur / **Alhan**, Yunus, Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesi Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, Legal Hukuk, Sayı 170 (2017)
- Ünan, Samim, Türk Ticaret Kanunu Şerhi 6. Kitap Sigorta Hukuku, Cilt II, İstanbul 2016
- Ünan, Samim, Yeni Zorunlu Sorumluluk Sigortaları Öngörülürken Dikkate Alınması Gerekli Olan Hukuk İlkeleri, Zorunlu Sigortalar Paneli, 19 Kasım 1993, Sigorta Hukuku Türk Derneği Yayını, İstanbul,1994
- Yeşilova Aras**, Ecehan, Zarar Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı (TTK m.1478), Ankara, 2013
- Zhu**, Ling, Probing Compulsory Insurance for Maritime Liability, 45 J. Mar. L.& Com. 63 (2014)

**DEMİRYOLU İLE YURTIÇİNDE YOLCU
TAŞIMALARI SIRASINDA MEYDANA
GELEN BEDENİ ZARARLARIN TAZMİNİ
DAVALARIYLA İLGİLİ YENİ YASAL
DÜZENLEMELER SONUCU ORTAYA ÇIKAN
BAZI GÜNCEL SORUNLAR**

Ahmet ÖZGAN

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı

Çağımızda ekonomik ve teknolojik gelişmelerin geldiği aşama ve yaşamın kazandığı sürat karşısında insan ve malların taşınması ve bunun yansımaları olarak taşıma hukukunun gelişmelere uyum sağlaması çok daha önemli hale gelmiştir.

Ülkemizde de demiryolu ulaşımı alanında yüksek hızlı tren taşımacılığının yaygınlaşması nedeniyle bu konuda hukuki altyapının oluşturulması ve geliştirilmesi için yeni düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Bunun ilk örneği olarak Türkiye Demiryolu Ulaştırılmasının Serbestleştirilmesi hakkında 6461 sayılı yasa yürürlüğe konulmuştur.

Kanaatimce öncelikle demiryolu ile taşıma sözleşmeleri, koşulları ve taşıma sözleşmesinin taraflarının hak ve yükümlülükleri konusunda düzenleme yapmak yerine, demiryolu işletmeciliğinin serbestleştirilmesi konusunda düzenleme yapılması yerinde olmamıştır. Bu çalışmada, yeni düzenlemenin demiryolu taşıması nedeniyle meydana gelen bedensel zararların tazmini davalarını da ilgilendiren ve uygulamada ortaya çıkan bazı sorunları tartışmak ya da tartışmaya açmak amaçlanmıştır.

Öncelikle taşıma ve demiryolu ile hukukunun pozitif kaynakları hakkında genel bilgi vermek isterim.

Bilindiği gibi taşıma ilişkisi bir sözleşme ilişkisi olup, 818 sayılı BK'nın ilk halinde nakliye mukaveleleri başlığı altında 431-448 maddeler arasında düzenlenmiş, 6762 sayılı TTK'nın 1956 yılında yürürlüğe girmesi ile bu maddeler yürürlükten kaldırılmış ve bu taşıma sözleşmeleri genel olarak 6762 sayılı yasanın 808 ve devamı maddelerinde yeniden düzenlenmiştir. Türlerine göre kara, deniz, hava ve demiryolu taşımaları olarak ulusal mevzuatta ve uluslararası anlaşmalarla özel düzenlemeler de yapılmıştır.

Uluslararası taşımalarla ilgili milletlerarası sözleşmeler, Uluslararası Demiryolu Taşımalarına İlişkin Sözleşme (Cotif), buna ek olarak Demiryolu ile Uluslararası Yolcu ve Bagaj Taşıma Sözleşmesiyle İlgili Bileşik Hükümler (CIV) ve Demiryolu ile Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi İle ilgili Bileşik Hükümler (CIM) olup, Türkiye bu sözleşmelere taraftır.

Konumuzla ilgili uluslararası demiryolu taşımalarında geçerli olan CIV 26. Ve 31. Maddeleri arasında yolcuların uğradıkları bedeni zararlara ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu konvansiyon 26. Maddesine göre taşıyıcı, kullanılan demiryolu alt yapısı ne olursa olsun yolcunun demiryolu aracına binerken, demiryolu aracından inerken veya demiryolu aracında bulunduğu sırada demiryolu işletmesi nedeniyle oluşan bir kazada ölmesinden veya yaralanmasından doğacak yada fiziki ve ruhsal bütünlüğüne gelebilecek her türlü zarardan sorumludur.⁽¹⁾

Demiryolu taşımalarına ilişkin iç hukukumuzda ilk düzenleme 6 Mayıs 1288 (18 Mayıs 1872) tarihli Rumeli Demiryolları-Limanları İdarei Umur-u Nakliyesi Hakkında Nizamname olup, tartışmalı olmakla birlikte 1402 sayılı Devlet Demiryolları ve Limanları İdarei Umumiyesinin Teşkilat ve Vezafine Dair

¹ (Taşıma Hukuku Doç. Dr. Burak Adı güzel Genişletilmiş ve güncellenmiş 2. Baskı Ankara 2019 şyf 159-161, 296)

Kanunun geçici 4. Maddesine göre halen yürürlükte olduğu kabul edilmektedir.

Yurtiçinde demiryolu ile yolcu taşımalarında demiryolu taşımacısının sorumluluğunu, koşullarını ve sınırlarını belirleyen TCDD'nin iç mevzuatı dışında bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle bu konuda genel hükümlere bakmamız gerekmektedir.

Her şeyden önce taşıma ilişkisi bir sözleşme ilişkisi olup TBK'nın 112. Maddesi uyarınca sözleşmenin, hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlu kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.

Yine aynı yasanın 114/2. Maddesi, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanacağını öngörmüştür.

Yurtiçi taşımalarla ilgili, 6102 sayılı TTK'nın dördüncü kitabında 850. Maddeden başlayarak taşıma işleri düzenlenmiş, yürürlükten kalkan 6762 sayılı TTK'nın 764 ve yeni TTK 852. Maddelerinde deniz, demir ve hava yoluyla taşıma ile posta idaresine ilişkin özel hükümler saklı tutulmuştur. İç hukukumuzda demiryolu ile yolcu taşınması ile ilgili başkaca özel bir düzenleme bulunmadığından TTK 852 maddesi gerekçesinde de belirtildiği gibi yurt içinde yolcu taşımaları ile ilgili halen yürürlükte olan 6102 sayılı yeni TTK'nın 914/1 maddesi uygulanmalıdır. Bu madde uyarınca taşıyıcı, yolcuları rahat bir yolculukla ve sağlıklı olarak gidecekleri yere ulaştırmakla yükümlüdür. TTK'nın 914/2 maddesi, taşıyıcının yolcuların kazaya uğramalarından doğan zararını tazmin edeceğini ve yolcunun ölümü halinde onun yardımından yoksun kalanların da uğradıkları zararları taşıyıcıdan isteyebileceklerini öngörmüştür. Aynı maddenin ikinci cümlesinde ise; taşıyıcının ancak kazanın kendisinin veya yardımcılarının en yüksek özeni göstermelerine rağmen kaçınamayacakları ve sonuçlarını önlemeyecekleri bir sebepten ileri geldiğini ispat etmesi halinde tazminat sorumluluğundan kurtulacağı belirtilmiştir.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Bu düzenleme karşısında taşıyıcının sorumluluğunun ispat yükü ters çevrilmiş bir sorumluluk mu yoksa yumuşatılmış kusursuz sorumluluk mu olduğu doktrinde tartışmalıdır.²

Az yukarıda belirtildiği gibi bu kural yurt içinde demiryolu ile yapılan yolcu taşımaları için de geçerlidir. Bu nedenle yurtiçinde demiryolu ile yapılan yolcu taşımaları sırasında, yolcunun kaza nedeniyle uğradığı bedeni zararlarından, demiryolu taşıyıcısı, yasal tabirlere yüksek özeni göstermesine rağmen kaçınmayacağını ve sonuçlarını önleyemeyeceği bir sebepten ileri geldiğini ispat edemediği” (TTK Md. 914/2) takdirde sorumludur. Yargısal uygulamalar bu ilkeler doğrultusunda şekillenmiştir.

Ülkemizde 6461 sayılı yasanın yürürlüğe girmesine kadar yolcu taşıma sırasında yolcuların uğradığı bedensel zarardan açıklanan kurallar doğrultusunda demiryolu taşıyıcısı olarak sadece TCDD işletmesi sorumlu idi.

Ancak 24.04.2013 tarihinde kabul edilip 01.05.2013 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 6461 sayılı Türkiye Demiryolu Ulaştırmasının Serbestleştirilmesi Hakkında

Kanun ile TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğünün altyapı işletmecisi olarak yapılandırılması, TCDD Taşımacılık Anonim Şirketi unvanıyla demiryolu tren işletmecisi olan bir şirket kurulmasının öngörülmesiyle tartışılmasını amaçladığım hukuki sorunlar ortaya çıkmıştır.

Kanunun amacı I. maddede: demiryolu yolcu ve yük taşımacılığında hizmet kalitesi açısından en uygun ve olabilecek en düşük fiyatın sunulması olarak belirtilmiştir. Yine aynı maddede, TCDD'nin demiryolu alt yapı işletmecisi olarak yapılandırılmasının ve demiryolu tren işletmecisi olarak TCDD Taşımacılık A.Ş. adıyla bir şirket kurulmasının ve bunların hukuki ve mali yapıları, faaliyetleri ve personeline ilişkin hükümlerin

² (Taşıma Hukuku Doç. Dr. Burak Adı güzel Genişletilmiş ve güncellenmiş 2. Baskı Ankara 2019 şyf 159-161, 296)

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

düzenlenmesinin, kamu tüzel kişileri ile ticaret siciline kayıtlı şirketlerin demiryolu altyapısı inşa etmesinin ve bu altyapının kullanılmasının, adı geçenlerin demiryolu altyapı işletmeciliği ve demiryolu tren işletmeciliği yapmalarının amaçlandığı, ifade edilmiştir.

Yasanın tanımlar başlıklı 2/e maddesinde, demiryolu altyapısını; demiryolunu oluşturan zemin balast, travers ve ray. elektrifikasyon sinyalizasyon ve haberleşme tesisleri ile bunların tamamlayıcısı her türlü sanat yapısı, tesis, gar ve istasyonları lojistik ve yük merkezleri ve bunların eklentileri ile ilgili iltisak hatlarının oluşturduğu belirtilmiş, aynı maddenin (ç) bendinde altyapı işletmecisi, tasarrufundaki demiryolu altyapısını güvenli şekilde işletmek ve demiryolu tren işletmecilerinin hizmetine sunmak konusunda Bakanlıkça yetkilendirilmiş kamu tüzel kişileri ve şirketleri olarak tanımlanmıştır.

Aynı yasanın 2/d maddesinde: demiryolu tren işletmecisi, ulusal demiryolu altyapı ağı üzerinde yük ve yolcu taşımacılığı yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş kamu tüzel kişiler ve şirketler olarak tarif edilmiştir.

Kanunun TCDD'nin demiryolu altyapı işletmecisi olarak belirlenmesi ve görevleri başlıklı 3/2-a maddesinde, TCDD'nin görevlerinin demiryolu altyapı işletmeciliği yanında, ulusal demiryolu altyapı ağı üzerindeki demiryolu trafiğini tekel olarak yönetmek, haberleşme tesisleri ve ağı kurmak, kurdurmak, geliştirmek, işletmek ve işlettirmek olduğu belirtilmiştir.

6461 sayılı yasa 4. maddesinde TCDD ve TCDD Taşımacılık A.Ş'nin 233 sayılı KHK hükümlerine tabi olduğu ifade edilmiş, geçici 1. maddesinde ise TCDD

Taşımacılık A.Ş'nin ticaret siciline kaydedilmekle tüzel kişilik kazanacağı öngörülmüştür. TCDD Taşımacılık A.Ş 17.06.2016 tarihinde ticaret siciline kaydedilmiş ve tüzel kişilik kazanmıştır.

Kanunun Geçici 1/2 maddesi, TCDD Taşımacılık A.Ş'nin tüzel kişilik kazanmasından itibaren bir yıl içinde; TCDD'nin

ilgili hizmet birimlerinden TCDD Taşımacılık AŞ'ye devredilecek personel ile cer, yük ve yolcu taşımalarıyla ilgili hizmetlerinde kullanılan çeken ve çekilen araçlar ve bunlarla ilgili her türlü diğer araç, gereç ve cihazların, hak, alacak, borç ve yükümlülükleriyle birlikte başka işleme gerek kalmaksızın TCDD Taşımacılık A.Ş'ye devredilmiş sayılacağını öngörmüştür.

Aynı maddenin b bendinde ise; yukarıda açıklanan a bendi kapsamında devredilen personel ile araç, gereç ve cihazlarla ilgili TCDD'ce taraf olunan işlem ve sözleşmelerde TCDD Taşımacılık A.Ş'nin taraf olacağı, bu hususlara ilişkin olarak TCDD'nin leh ve aleyhine açılmış olan davalar ve takiplerde TCDD taşımacılık

A.Ş'nin kendiliğinden taraf sıfatını kazanacağı, söz konusu hususlarla ilgili olarak bu maddenin yürürlüğe girmesinden önce TCDD tarafından yapılmış iş ve işlemler sebebiyle açılacak davaların TCDD Taşımacılık A.Ş'ye yöneltileceği ifade edilmiştir.

Yasada başkaca herhangi bir uygulama ve geçiş hükmü bulunmamaktadır.

Tartışmaya açılmasını düşündüğüm birinci konu, yasanın yürürlüğünden önce yapılan yolcu taşımaları sırasında uğranılan bedeni zararlarla ilgili olarak, yine yasanın yürürlüğünden önce açılan tazminat davalarında, daha sonra kurulan ve tüzel kişilik kazanan TCDD Taşımacılık AŞ'nin kendiliğinden taraf sıfatını kazanıp kazanmayacağı, buna bağlı olarak yine yasanın yürürlüğünden önce yapılan yolcu taşımaları sırasında yolcuların uğradığı bedeni zararlar nedeniyle açılan tazminat davalarının kime karşı açılacağı hususudur.

Bilindiği gibi maddi hukuka ilişkin yasa değişikliklerinin zaman itibarıyla yürürlüğünde kural, aksine bir düzenleme yoksa yürürlüğe giren yasanın geçmişe etkili olmamasıdır. Yani hukuki işlem ve olaylara meydana geldikleri zamanda yürürlükte olan yasanın uygulanması esastır. Nitekim TBK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli hakkında kanunun I.maddesi.

TBK'nın yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıkları ve sonuçlarına bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse kural olarak o kanun hükümlerinin uygulanacağı şeklindedir, aynı yasanın daha sonraki maddelerinde bu kuralın istisnaları belirtilmiştir.

TTK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli hakkındaki kanunun 2. maddesinde de aynı yolda düzenleme yapılmıştır. Konumuz, bakımından değerlendirme yapıldığında, kural olarak her olay ve işleme o olay ve işlemin gerçekleştiği zamanda yürürlükte olan yasanın uygulanması gerekir. Değerlendirilmesi gereken husus biraz önce açıklanan 6461 sayılı yasanın geçici 1/2 b. bendinde getirilen düzenlemenin bu kuralın istinasını teşkil edip etmediğidir.

Bir görüşe göre. 6461 sayılı yasanın geçici 1/2-b maddesindeki hükmün, taşıma sözleşmelerinden kaynaklanan bedeni zararların tazminine ilişkin uyuşmazlıklarla ilgili davalarda uygulanması mümkün bir geçiş hükmü olduğu, yani bu maddenin demiryolu ile yolcu taşıma sözleşmelerini de kapsadığı yolundadır. Dairemizin 22.05.2019 gün 2017/4942 F., 2019/4016 K. sayılı kararı bu doğrultudadır.³

³ Yargıtay II Hukuk Dairesi 22 05 2019 gün 2017/4942 Esas - 2019/4016 sayılı ile "Dava, demiryolu taşımacılığı sebebiyle uğranılan cismani zararın davalı İt DD Genci Müdürlüğünden tazminine ilişkin olup, davanın devamı esnasında 6461 sayılı Türkiye Demiryolu Ulaştırmasının Serbestleştirilmesi hakkındaki kanun 01.05.2013 tarihli Kısmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve yasada gösterilen 11 DD taşımacılık A Ş. 17 06.2016 tarih 9099 sayılı Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinde yayımlanarak tüzel kişilik kazanmıştır.

6461 sayılı Kanun'un "Devir Hükümleri" başlıklı geçici I. maddesi (a) bendinde, davalı şirkete devredilecek personel ile cer. yük ve yolcu taşıma hizmetlerinde kullanılan çeken ve çekilen araçlarla, bunlarla ilgili her türlü diğer araç, gereç ve cihazların belirlenmesi ve personelin kadro ve pozisyonlarıyla, "araç, gereç ve cihazların ise hak. alacak, borç ve yükümlülükleriyle birlikte" şirkete devredilmiş sayılacağı hüküm altına alınmıştır.

Geçici I. maddenin (b) bendinde de. (a) bendi kapsamında devredilen personel ile araç, gereç ve cihazlarla ilgili TCDD'ce taraf olunan işlem ve sözleşmelerde davalı şirketin taraf olacağı ve derdest dava ve takiplerde şirketin kendiliğinden taraf sıfatı kazanacağı, yine "bu hususlarla ilgili olarak" TCDD tarafından yapılan iş ve işlemler sebebiyle açılacak davanın şirkete yöneltileceği düzenlenmiştir.

Ancak yasanın geçici 1. maddesinin kenar başlığı devir hükümleri olup, metnine bakıldığında yasayla kurulması öngörülen TCDD Taşımacılık A.Ş'nin kanunen taraf olacağı işlem ve sözleşmelerin, bu şirkete devredilecek personel, cer, yük ve yolcu taşıma hizmetlerinde kullanılan çeken ve çekilen araçlar ve bunlarla ilgili her türlü diğer araç gereç ve cihazlarla ilgili TCDD'ce taraf olunan sözleşmeler olduğu, yine bu hususlarla ilgili yani bu iş ve işlemlere ilişkin olarak açılmış dava ve takiplerde TCDD Taşımacılık A.Ş'nin kendiliğinden taraf sıfatını kazanacağı açıkça ifade edilmiştir. Belirtilen sözleşmeler arasında TCDD'nin tarat olduğu yolcu ve yük taşımalarına ilişkin iş ve işlemlerden bahsedilmemektedir. Şirketin kendiliğinden taraf sıfatı kazanacağı, yine "bu hususlarla ilgili olarak" TCDD tarafından yapılan iş ve işlemler sebebiyle açılacak davanın şirkete yöneltileceği düzenlenmiştir.

Bu nedenlerle kanaatimce yasanın geçici maddesi demiryolu ile yolcu taşıma sözleşmeleri bakımından geçiş hükmü niteliğinde değildir. Nitekim yukarıda belirtilen Yargıtay 11.Hukuk Dairesi kararının karşı oy görüşünde bu doğrultudadır.⁴

Somut olayda, davalı TCDD Genel Müdürlüğü kendilerinin taraf ehliyetinin son bulduğunu ve davaya TCDD Taşımacılık A.Ş.'ye karşı devam edilmesi gerektiğini 30.03.2017 tarih 1313X5 sayılı dilekçesi ile bildirmiş, mahkemece bu beyan esas alınarak talep edilen tazminatların TCDD Taşımacılık A.Ş.'nden tahsili yönünde hüküm kurulmuştur. Ancak mahkemece hükme esas alınan kusur raporu incelendiğinde, davalıya hem tren gabarisi ile peron rıhtımının uyumsuzluğunun bulunması, hem de inme/binme eylemlerini kontrol altında tutacak yer personeli ya da turnuke sisteminin olmaması nedeniyle yeterli yer kontrolünün yapılamaması sebebiyle % 20 oranında kusur verilmiştir. Dolayısıyla kusur bilirkişi raporundan anlaşılacağı üzere 6461 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra hem TCDD Genel Müdürlüğü'nün uhdesinde kalan kısım, hem de yasa gereğince TCDD Taşımacılık A.Ş.'ne devredilen bölüm ile ilgili davalıya kusur izafe edilmiş ve zararın bu kusurlu eylemler sonucunda meydana geldiğinin tespiti yapılmıştır. Bu durumda, mahkemece TCDD Genel Müdürlüğü'nün işbu davada davalı olarak yer almasına rağmen taraf sıfatının ne şekilde son bulduğuna ilişkin hiçbir açıklama yapılmadan sadece TCDD Taşımacılık A.Ş.'ne yönelik hüküm kurulması doğru olmayıp, bu sebeple hükmün taraflar yararına bozulması gerekmiştir. "şeklinde oyçokluğuyla karar vermiştir.

⁴ 3 no'lu dipnotta belirtilen kararın karşı oy yazısında" 01 05 2013 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6461 sayılı kanun un 1/1 (c) bendi ile davalılardan TCDD Taşımacılık AŞ'nin kurulmasına karar verilmiş ve anılan şirket 14 06 2016 tarihinde kurularak tüzel kişilik kazanmıştır. 6461 sayılı Kanun un "Devir Hükümleri" başlıklı geçici I.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Tartışmaya açmak istediğim ikinci husus ise 6461 sayılı yasa uyarınca TCDD Taşımacılık A.Ş'nin yasanın yürürlüğünden önce akdedilmiş taşıma sözleşmeleri ile ilgili uyumsuzluklara ilişkin yeni yasanın yürürlüğünden önce açılmış davalarda geçici 1/2-b maddesi uyarınca kendiliğinden taraf olacağı görüşü kabul edildiğinde; taşıma sözleşmesinin tarafı sıfatıyla TCDD Taşımacılık A.Ş'nin yanında demiryolu altyapı işletmecisi TCDD Genel Müdürlüğünün kusurlu altyapıdan kaynaklanan müteselsil sorumluluğunun söz konusu olup olamayacağı, buna bağlı olarak 6461 sayılı yasadaki açılan davalarda TCDD Taşımacılık A.Ş yanında taraf sıfatının devam edip etmeyeceğidir.

Demiryolu ile yolcu taşımacılığında bedensel zararlara yol açan olaylar genellikle, hem tren işletmeciliği, hem de altyapı işletmeciliği kusurlarından kaynaklanmaktadır.

maddesi (a) bendinde, davalı şirkete devredilecek personel ile cer, yük ve yolcu taşıma hizmetlerinde kullanılan çeken ve çekilen araçlarla, bunlarla ilgili her türlü diğer araç, gereç ve cihazların belirlenmesi ve personelin kadro ve pozisyonlarıyla, araç, gereç ve cihazların ise hak. alacak, borç ve yükümlülükleriyle birlikte şirkete devredilmiş sayılacağı hüküm altına alınmıştır.

Geçici 1. maddenin (b) bendinde de. (a) bendi kapsamında devredilen personel ile araç, gereç ve cihazlarla ilgili TCDD'ce taraf olunan işlem ve sözleşmelerde davalı şirketin taraf olacağı ve derdest dava ve takiplerde şirketin kendiliğinden taraf sıfatı kazanacağı, yine "bu hususlarla ilgili olarak" ICDD tarafından yapılan iş ve işlemler sebebiyle açılacak davanın şirkete yöneltileceği düzenlenmiştir.

Yukarıda açıklanan madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, davalı TC Taşımacılık A.Ş'nin tüzel kişilik kazandığı tarihten önceki döneme ilişkin 6461 sayılı kanun dan doğan sorumluluğu, söz konusu geçici 1. maddenin (a) bendine göre devredilen personelin kadro ve pozisyonlarıyla ve araç, gereç ve cihazlarla ilgili olarak TCDD'ce gerçekleştirilmiş olan işlem ve sözleşmelerden kaynaklanan hak. alacak, borç ve yükümlülüklerle sınırlı olup, davalı TCDD'nin devredilen personel, araç ve gereçler ile gerçekleştirdiği yük ve yolcu taşıma sözleşmelerinden doğan sorumluluk halı ise 1 maddenin (b) bendi kapsamında değildir Demiryolu ile yük ve yolcu taşıma sözleşmelerinden doğan sorumluluk halı, davalı taşımacılık şirketinin tüzel kişilik kazandıktan sonraki tarihlerde tren işletmecisi olarak gerçekleştireceği taşıma faaliyetlerinden doğan zararlara ilişkin olarak 6461 sayılı kanun ile yürürlükteki demiryolu taşımacılığına ilişkin diğer ulusal ve uluslararası sözleşme hükümlerine tabı olacaktır Somut uyumsuzluğa konu tren kazası 21.05.2008 tarihinde meydana geldiğinden sorumluluğu doğuran olayın meydana geldiği zaman yürürlükte olan kurallar gereğince taşıma sözleşmesinin tarafı olan davalı TCDD sorumlu olup. 6461 sayılı kanun uyarınca kurulan davalı TC Taşımacılık A.Ş. ne husumet yöneltileceği") görüşü ifade edilmiştir.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Bu nedenle demiryolu tren işletmecisi TCDD taşımacılık A.Ş'nin, taralı olduğu taşıma sözleşmesinin gereği gibi ila edilmemesi nedeniyle sözleşmeye aykırılık hukuki sebebi, demiryolu altyapı işletmecisi TCDD Genel Müdürlüğünün ise TBK 116.maddesi uyarınca ifa yardımcısı sıfatıyla haksız İtil hukuksal sebebine göre sorumlu olması söz konusu olabilir.

TBK. 61. maddesine göre birden çok kişinin aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu olmaları halinde haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.⁵

Bu durumda, demiryolu ile yolcu taşımalarındaki bedensel zararlar nedeniyle olay tarihi itibariyle sorumlu olan TCDD Genel Müdürlüğü aleyhine TCDD Taşımacılık AŞ'nin tüzel kişilik kazanmasından önce açılan davada 6461 sayılı yasanın geçici 1/2-b maddesi uyarınca TCDD Taşımacılık A.Ş'nin kendiliğinden taraf sıfatını kazanacağına kabulü halinde, TCDD Genel Müdürlüğünün demiryolu altyapı işletmeciliği ile ilgili sorumluluğunun devamına bağlı olarak davadaki taraf sıfatının devam edip etmediği tartışılmalıdır.

Bu konuda da, geçici madde uyarınca yasanın yürürlüğünden önce TCDD Genel Müdürlüğü'nce akdedilen taşıma sözleşmesinde TCDD Taşımacılık A.Ş'nin taraf olacağı görüşü kabul edildiğinde, aynı maddenin b bendine göre, TCDD Genel Müdürlüğü aleyhinde açılan dava ve takiplerde kendiliğinden taraf sıfatını kazanacağına da kabulü gerekir. Bu durumda TCDD Genel Müdürlüğü'nün artık bu sözleşmelerde \c davalarda taraf sıfatı kalmamıştır diye düşünülebilir mi? Madde metninde yasanın yürürlüğe girmesinden önce TCDD'nin leh ve aleyhine açılmış olan dava ve takiplerde TCDD Taşımacılık A.Ş'nin kendiliğinden taraf sıfatını kazanacağı belirtilmiş, yine yasanın yürürlüğünden önce TCDD tarafından yapılmış iş ve işlemler sebebiyle açılacak davaların TCDD'nin Taşımacılık A.Ş'ne yöneltileceği ifade edilmiştir. Bu İadelerden TCDD Genel Müdürlüğü ve TCDD Taşımacılık A.Ş'nin müteselsil

⁵ (Borçlar Hukuku Genel Hükümler Prof Dr. Ahmet Kılıçoğlu Genişletilmiş 21.Bası 2017 Sah.822-8231).

sorumluluğu olacağı anlamını çıkarmak zor görünmektedir. Ancak, bu durumda da, TCDD taşımacılık A.Ş'nin tüzel kişilik kazanmasından sonra akdedilecek yolcu taşıma sözleşmeleri ile ilgili olarak açılan davalarda, sözleşmeye aykırılık nedeniyle TCDD Taşımacılık A.Ş'nin, altyapı işletme kusuru sebebiyle de TCDD Genel Müdürlüğü'nün sorumlu olacağı düşünüldüğünde, yasanın, yürürlüğünden önce meydana gelen tarihteki olaylarla ilgili sadece Taşımacılık A.Ş'nin sorumlu olması, sonraki olaylarla ilgili, hem TCDD Genel Müdürlüğü'nün hem de TCDD Taşımacılık A.Ş'nin müteselsil sorumlu tutulması söz konusu olacaktır.

Dairemiz oyçokluğu ile verdiği 24.01.2019 tarih 2018/3498 E. 2019/717 K. sayılı kararında bu durumda yasanın yürürlüğünden önceki taşımalarla ilgili olarak TCDD. Genel Müdürlüğü ve TCDD Taşımacılık A.Ş'nin müteselsilen sorumlu olacaklarına hükmetmiştir.

Sonuç olarak, ortaya koymaya çalıştığım uygulamaya yönelik sorunların düzenlemenin yeni olması nedeniyle hukuk dünyasında tartışılması gerektiği kanaatindeyim. Yasal düzenlemeler yapılırken daha titiz davranılarak, sorunların giderilmesi yerine yeni sorunlara yol açılmaması konusundaki birçok yerde belirttiğim dileğimi burada da tekrar etmek istiyorum. Beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür ederim.

KUZEY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ HUKUKUNDA GEMİ ADAMLARININ FİİLİNDEN DOĞAN BEDENSEL ZARARLARDAN GEMİ İŞLETENİNİN SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUĞU

*Ar.Gör. Eda DURAN**

*Av. Deniz KIZILOKGİL***

*Stj.Av. Hediye GEZİCİ EREN****

I. GİRİŞ

Tüm dünya ülkeleri açısından önemli olan Ticaret Hukuku, ada devletleri söz konusu olduğunda, Deniz Ticaret Hukuku olarak bir adım daha ön plana çıkmaktadır. Bildirimizin amacı; Kıbrıs adasının Akdeniz'deki önemli jeopolitik konumu dolayısıyla, daha önce Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC)¹ Deniz Ticaret Hukuku açısından çok fazla kaleme alınmamış olan, "gemi adamlarının fiilinden doğan bedensel zararlardan gemi işletenin sözleşme dışı sorumluluğu"na yalnızca KKTC karasularındaki kısmına ışık tutmaktır.

KKTC hukuk sistemi uygulamasını, doğrudan kalıplaşmış hukuk sistemleri içinde konumlandırmak kolay değildir. Tarihi, coğrafi ve sosyal nedenler dolayısıyla kendine özgü yapısı içerisinde farklı hukuk sistemlerinden harmanlanarak *karma*

* Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-mail: edura@ciu.edu.tr

** Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Barosu, e-mail: dkizilokgil@gmail.com

*** İzmir Barosu, e-mail: hediyegezici@gmail.com

¹ Çalışmamızın diğer kısımlarında KKTC olarak kısaltılmıştır.

*sistem*² adı verilen sistemde vücut bulduğunu söyleyebiliriz. Bu çerçevede mevcut KKTC hukuk sistemi, özellikle usûl kuralları bakımından Anglo-Sakson (Büyük Britanya) hukuk sisteminin etkisi altındayken, maddî hukuk kuralları noktasında Kıta Avrupası hukuk sistemine yaklaşan karma bir yapıdadır.

Çalışma, ana tema olan “bedensel zararlardan dolayı hukuki sorumluluk” başlığı içerisinde incelenmiş olup KKTC karalarında ve gemi adamlarının fiilinden doğan bedensel zararlardan gemi işleteninin sözleşme dışı sorumluluğu ile sınırlandırılmıştır.

Öncelikle konunun temel özneleri olan “gemi, gemi işleteni ve gemi adamı” kavramlarının KKTC hukukundaki tanımları ele alındıktan sonra, sırasıyla konu ile bağlantılı olarak bedensel zarar, haksız fiil, kusursuz sorumluluk kavramları üzerinde durulmuştur. Somut olayda esasa uygulanacak maddi hukuk kuralları belirlendikten sonra, son olarak usule uygulanacak kurallara kısaca değinilip sonuçlandırılmıştır.

Söz konusu sorumluluğa hangi mevzuatın uygulanacağı kısmına ilişkin kaynak ve bilgi ihtiyacına bir nebze de olsa katkıda bulunmak ya da yol gösterecek nitelikte olması bu çalışmanın asıl amacıdır.

² **Turhan, Turgut**; “Tarihsel Bakış Açısıyla Kıbrıs Türk Hukuk Sistemi”, AÜHFD 2008, C. 57, S. 2, s. 274. Nitekim, bu karma yapıdan dolayı KKTC’de uygulanacak hukuk kurallarının tespiti de ayrı bir önemi haizdir. Bu nedenle, KKTC mahkemelerinde uygulanan mevzuat 9/76 Sayılı Mahkemeler Yasasının 38. maddesi ile belirlenmiştir. Bu maddede uygulanacak mevzuat “(a) Anayasa (b) Anayasaya aykırı olmadığı sürece yürürlükteki mevzuat (c) Anayasaya aykırı veya onunla bağdaşmazlık halinde olmadıkça ahkam-ı umumiye ve nasfet hukuku ilkeleri (d) Temel Evkaf Kuralları (Ahkamül Evkaf) (e) 21 Aralık 1963 tarihinde yürürlükte olan Deniz Hukukuna ilişkin mevzuat” olarak sıralanmıştır. Ancak doktrinde bu sıralamanın eksik olduğu belirtilmiş ve KKTC Anayasasının 4. maddesi gereği İngiliz sömürge yönetimi tarafından Kıbrıs Cumhuriyeti’nin kurulduğu tarih olan 16 Ağustos 1960 tarihine kadar yürürlüğe konulan, henüz yürürlükten kaldırılmamış olan ve Anayasaya aykırı olmayan tüm yasaları ve doğal olarak bu yasalar altında çıkarılmış bulunan tüzük ve yönetmeliklerin de yürürlükte olduğunun hükmüne bağlandığı vurgulanmıştır. Detaylı bilgi için bkz. **Turhan**, s. 281 vd.; **Ekinci, Bezar Eylem**; “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi”, AÜHFD 2016, C. 65, S. 3, s. 728.

A. KKTC DENİZ HUKUKUNUN TEMELLERİ

Kıbrıs'ın deniz hukukunda nereden nereye geldiğine bakacak olursak, ilk çıkış noktası olan deniz ticaretine gitmemiz gerekir. Kıbrıs'ın deniz ticaret hukuku temelleri Orta Tunç dönemine kadar gitmektedir. Bu dönemde Kıbrıs ile komşu uygarlıklar arasında ticaret eğilimlerinin artış nedenleri; coğrafi konumu, maden yatakları ve önemli limanlarıdır³. İpek Yolu ve Baharat Yolu gibi önemli ticaret yolları arasında olması, Kıbrıs'ı, birçok güçlü devletin kendi himayesine alma isteğini tetiklemiştir. Bunların en sonuncusu günümüzde etkisini hukuk kurallarında ve uygulamasında hala sürdüren İngiltere'dir.

KKTC 1983 yılında kurulmasından sonra kendi hukukunu oluşturmak için birçok yasalastırma çalıştırmaları gerçekleştirmiştir.⁴ 1878-1960 yılları arasında Kıbrıs adasına egemen olan İngilizlerin, hüküm sürmekle kalmayıp hukuk sistemleriyle birlikte kanunlarını da adaya taşıması, Cumhuriyet dönemindeki hukuk sisteminin şekillenmesinde etkili olmuştur⁵.

Günümüzde KKTC'de usul ve özel hukuka ilişkin temel yasalar⁶, İngiliz döneminde yürürlüğe giren yasalar olup bunlar üzerinde bazı değişiklikler yapılarak uygulanmaya devam edilmektedir.⁷ İngiliz egemenliğinden bu yana hukuk sisteminde varlığını devam ettiren yasalara örnek olarak 1956 tarihli Adli Yönetim Kanunu (*Administration of Justice Act 1956*) gösterilebilir. İngiliz döneminden itibaren varlığını koruyan bu yasalar *fasıl*⁸ olarak adlandırılmaktadır. Ancak önemle belirtilmelidir ki; uygulanan İngiliz deniz hukuk kuralları KKTC iç hukukundaki kurallara tatbik edilebildikleri ölçüde uygulama alanı bulacaktır.⁹

³ **Yetkili, Enver;** Kıbrıs Limanlarının Dünü, Bugünü ve Stratejik Önemi, Comment Grafik ve Yayıncılık, Lefkoşa 2013, s. 19.

⁴ Turhan, s. 275.

⁵ Turhan, s. 266.

⁶ Yasalar, hem kamu kurum ve kuruluşları ile özel kuruluşları, hem de yurttaşları bağlayan temel hukuk kurallarını içeren hukuksal belgelerdir.

⁷ **Turhan,** s. 274-275.

⁸ Fasıl tanım için bkz.

⁹ "Kanunname", Cumhuriyete tatbik edildikleri nispette ve Cumhuriyet

Cumhuriyet döneminden sonra yapılan yasaların birçoğu kamu hukukuna yönelik yasalar olmuştur. Bununla birlikte bu dönemde yapılan yasalarda, komşu ülke Türkiye Cumhuriyeti hukuk sisteminden de yansımalar görülmektedir. Örneğin, Aile Yasası'nın Türk hukuk sisteminden etkilenecek kabul edildiği söylenebilir. Bunun da sebebi; Türkiye ile KKTC'nin aralarında var olan siyasi, kültürel, tarihi ve sosyal ilişkileridir.

Konumuz itibariyle, KKTC'de deniz ticaretindeki özel hukuk kişileri arasındaki uyumsuzluklara uygulanacak başlıca mevzuat ise; Deniz Ticareti Yasası (Merchant Shipping Act. 1894-1995), Deniz Yetki Alanları Yasası, Kıbrıs Denizcilik Mahkemesi Yasası 1893 (Cyprus Admiralty Jurisdiction Order 1893), Haksız Filler Yasası, İş Yasası, Mahkemeler Yasası'ndan ve mahkeme kararlarından, özellikle de İngiliz Yüksek Mahkeme kararlarından oluşmaktadır.

B. KKTC HUKUKUNDA GEMİ, GEMİ İŞLETENİ VE GEMİ ADAMI KAVRAMLARI

Deniz ticaretinin ana unsurlarını, *gemi, gemi işleteni ve gemi adamı* kavramları oluşturmaktadır. KKTC deniz ticaretine uygulanacak kuralların tespitinden önce bu kavramların tespiti önem arz etmektedir. KKTC tarihsel temeller çerçevesinde yukarıda açıklanmaya çalışılan nedenler dolayısıyla, pek çok kanunda olduğu gibi deniz ticaretinde de doğrudan uygulamak üzere İngiltere'nin kanun ve kurallarını benimsemiştir.¹⁰

Anayasası gereğince lüzum eden tadilâta tabi olmak şartıyla, Birleşik Krallığın 1894 ilâ 1954, Deniz Ticaret Kanunlarını ifade eder."Bkz.Sayı 46/1963 Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinin Gemicilerinin Gemileri,Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinin Gemiler Mürettebatının Terkibi ve Bunlarla İlgili Diğer Hususlar Hakkında Hüküm Koyan Yasa, Kısım I.Başlangıç

¹⁰ Konu ile doğrudan ilgili olmamakla birlikte yeri gelmişken belirtilmesi gereken önemli bir husus vardır. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nin son yüzyılda dünya ekonomisi üzerine etkisinin yoğun biçimde hissedilmesi, ticaret kurallarının, bu bağlamda aynı zamanda Anglo-Sakson ticaret hukuku kurallarının tüm dünyada etkisinin artması sonucunu doğurmuştur. Bu çerçevede KKTC hukuk uygulamasına Büyük Britanya'nın etkisi yadsınmamakla birlikte ABD'nin tüm Dünyadaki etkisi dolayısıyla ortaya çıkan Anglo-Sakson etkisinden de söz etmek gerekir. Ne var ki yine benzer nedenlerle Avrupa ekonomisinin dünyadaki etkisi ve son yıllarda özellikle Avrupa Birliği Hukuku olarak nitelendi-

İngiltere’de deniz ticareti hukuku tek bir kanunla değil, ilgili bazı konuları da içine alan diğer kanunlar ile mahkeme içtihatlarının meydana getirdiği örf ve adet kurallarıyla düzenlenip uygulanmaktadır. KKTC deniz ticaret hukukuna da baktığımızda aynı uygulamayı sürdürdüğünü görmekteyiz.

1. Gemi

“Gemi” hukuki bir tanım olarak ilk defa İngiltere’nin 1894 yılında çıkarmış olduğu Merchant Shipping Act’ ta (MSA 1894)¹¹ tanımlanmış ve “Denizde, kürekte başka alet ile sefer yapabilen her tekne, gemidir.”¹² ifadesi ile tarif edilmiştir.

KKTC’de düzenlenen yasalarda ise benzer ifadeleri içeren gemi tanımlarına yer verildiğini görüyoruz. KKTC 1963 Deniz Ticareti (Gemilerin Kaydı, Satış ve İpotekler) Yasasında; “gemi” “denizcilikte kullanılıp kürekle çalışmayan her çeşit tekneyi içine alır” ; KKTC Deniz Yetki Alanları Yasasında “Gemi; kano, mavna, yüzen platform ve hoverkraftı da içerecek şekilde, suda hareket ettirilebilen ve kendi başına yönlendirilebilen her tür aracı anlatır”, denilmiştir.

Söz konusu yasalardaki tanımlar gemiyi, “her tekne, gemidir” demek suretiyle sınırsız bir çerçevede ifade etmiştir. Halbuki, günümüzde gemi inşasındaki ve deniz ticaretindeki gelişmeler dikkate alındığında her teknenin ya da yüzen platformun gemi olarak nitelendirilemeyeceği ortadadır.

Genel kanun olarak yalnızca Ticaret Yasası değil, özel yasa niteliğinde Deniz Ticareti Yasası’nın uygulandığı da göz önü-

rilebilecek yeni bir oluşumun ortaya çıkması günümüz hukuklarında yeknesak kuralların doğumunu da beraberinde getirmiştir. Bu bağlamda Anglo-Sakson (Case Law) hukuk anlayışının Kara Avrupası hukuk anlayışına yaklaşması, hukukun kanunlaştırılması olgusu söz konusu olmaktadır. KKTC Hukuku ise bu gelişmeleri yakalayamamış görünmektedir. Bu çerçevede KKTC Kanun Koyucusunun hem Avrupa Birliği üyelik hedefleri doğrultusunda hukuk uyumunun sağlanması için zorunlu olduğu hem de kendisine tarihsel ve kültürel olarak çok daha yakın olduğu için Kara Avrupası hukuk anlayışına yönelmesi kaçınılmaz görünmektedir.

¹¹ Kısaltma: Merchant Shipping Act 1894

¹² Bkz. <https://tr-tr.facebook.com/notes/denizcilik-ve-gemi-muhendisligi/gemi-nedir/285909138130041/>

ne alındığında, ticaret gemilerinin de ayrı ve kapsamlı bir tanım ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Örneğin, Türk Ticaret Kanununun 931. maddesinin 1. fıkrasındaki gemi tanımını incelediğimizde, “Tahsis edildiği amaç, suda hareket etmesini gerektiren, yüzme özelliği bulunan ve pek küçük olmayan her araç, kendiliğinden hareket etmesi imkânı bulunmasa da, bu kanun bakımından “gemi” sayılır” demek suretiyle geminin genel bir tanımını yaptıktan sonra, aynı kanun maddesinin 2. fıkrasında “Suda ekonomik menfaat sağlama amacına tahsis edilen veya fiilen böyle bir amaç için kullanılan her gemi, kimin tarafından ve kimin adına veya hesabına kullanılırsa kullanılsın “ticaret gemisi” sayılır” diyerek gemi ve ticaret gemisi ayrımını yapmıştır.

Somut olaya uygulanacak kuralın tespiti açısından geminin hususi mi, ekonomik menfaat sağlamak amaçlı mı kullanıldığıнын bilinmesi önem arz etmektedir.

2.Gemi İşleteni

Gemiden sonra deniz ticaretinin diğer ve en önemli unsuru “*gemi işleteni*” dir. KKTC deniz ticareti hukukunda gemi işleteni için *Armatör* kavramı kullanılmaktadır. Armatör MSA 1995’te Armatörlerin ve Diğerlerinin Sorumluluğu alt başlığında şu şekilde ifade edilmiştir: “*Armatör*” terimi, *bir deniz gemisinin sahibi, kiralayan, yöneticisi veya işletmecisi anlamına gelir.*”

Buna karşılık TTK’nun 1061. maddesinin 1. ve 2. fıkrasında ise *donatan* kavramı tanımlanmıştır. Buna göre:

(1) “ Donatan, gemisini menfaat sağlamak amacıyla suda kullanan gemi malikine denir.”

(2) “Kendisinin olmayan bir gemiyi menfaat sağlamak amacıyla suda kendi adına bizzat veya kaptan aracılığıyla kullanan kişi, üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde donatan sayılır.”

Bu çerçevede armatör veya donatanın gemi maliki olması zorunlu olmayıp menfaati doğrultusunda kullanmak üzere fiili hâkimiyetinde bulunduran, kiralayan ya da işletmecisi tıpkı

malikmiş gibi sorumlu olur şeklinde ifade edebiliriz. Bu bağlamda çalışmamızda, gemi işletenin bedensel zararlardan sözleşme dışı sorumluluğu olduğu dikkate alınarak “armatör” ya da “donatan”¹³ kavramı yerine her ikisini de içine alan “gemi işleteni” kavramı kullanılmıştır.

Geminin işletilmesinde geminin mülk sahipliği önemli olmayıp belirli bir menfaate yönelik fiili hâkimiyetinde bulundurma ve geminin işletilmesi ve idaresi esnasındaki sorumluluktur.

Gemi işletenin, gemide kendi himayesinde çalışan gemi adamlarına, yolcularına ya da geminin teşkilatıyla ilgili 3.kişilerden aldığı hizmetler doğrultusunda istihdam sağladığı kişilerle kurduğu ilişkiler hukuki anlamda birer sözleşme ilişkisine dayanır. Tüm bu özel hukuk kişilerinde gemi işletme faaliyeti esnasında doğacak bedensel zararlar söz konusu olduğunda, sorumluluk ve tazmin sözleşme kapsamında değerlendirilecektir. Ancak asıl sorun, gemi işletenin sözleşme dışında kalan 3. kişilere karşı oluşacak bedensel zararlardan sözleşme dışında kalan sorumluluğu kısmında karşımıza çıkmaktadır. Öncelikle yanıtlanması gereken soru şudur: KKTC hukukunda gemi işletenin sözleşme dışı sorumluluğu mümkün müdür? Bu soruya olumlu yanıt verildiğinde bu sorumluluğun sınırlarını nasıl belirleneceğinin tespit edilmesi gerekecektir. Örneğin, KKTC gemi siciline kayıtlı ve limanda bulunan gemideki gemi adamının eşya taşıma anında, başka bir gemiye binmek üzere olan diğer gemi yolcusuna vereceği can kaybı ya da bedensel zararlarından hangi gemi işletenin sorumlu olduğunun tespiti önem arz etmektedir.

3. Gemi Adamı

KKTC Deniz Ticaret (Kaptan ve Gemiciler) Yasası’nda, gemi adamlarını tek bir çatı altında ifade etmek yerine gemici, kap-

¹³ “Donatan” detaylı bilgi için bkz. Kender,R./ Çetingil,E./ Yazıcıoğlu, E.:Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler, C.I, B.14, İstanbul 2014 s.99

tan, miço, subay, mürettebat¹⁴ kavramlarıyla tek tek açıklama yoluna gitmiştir.

“ **Gemici** ”, lâıyık veçhile hizmet mukavelesi ile bağlı olup, kayıtlı bulunan kaptan, kılavuz ve miçolar dışında, her hangi bir gemide her hangi bir kapasitede istihdam edilen veya hizmet gören her şahsı içine alır ; “ **Kaptan**”, her hangi bir gemiyi kumandası veya idaresinde bulunduran bir kılavuz dışında her şahsı içine alır ; “ **Miço** ”, deniz hizmetindeki bir miçoyu ifade eder ; “ **Subay** ”, bir gemi ile ilgili olarak kullanıldığında, her hangi bir kaptanı, kaptan muavinini, mühendisi, makinisti, telsizciyi veya talebe subayı ifade eder ; “**Mürettebat** ”, Subay ve diğer gemicileri içine alır .”

TTK 934 (1) ise “Gemi Adamları; kaptan, gemi zabitleri, tayfalar ve gemide çalıştırılan diğer kişilerdir.” Demek suretiyle kanun, gemi adamına tek bir tanımlama yoluyla açıklık getirmiştir.

Her iki tanıma göre “*gemi adamı*” kavramının cinsiyeti belirtmekten ziyade gemi hizmetinde çalışan özel hukuk kişileriyle anlamlandırılmıştır.

II. GEMİ İŞLETENİN BEDENSEL ZARARLARDA SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUK VE TAZMİNİNE UYGULANACAK KURALLAR

A. Bedensel Zararların KKTC Hukukundaki Yeri

Hukuki uyumazlıklarda somut olaylar önümüze geldiğinde, çözümleyebilmek için ilk olarak kanun içindeki tanımlara başvurma yoluna gidilmektedir. Ancak; tanımlamalar çoğu zaman karşımıza kısıtlayıcı unsur olarak çıkabilmektedir. Bunun nedeni bir kalıba sokulan hukuk kavramı tanımlarının, gelişen hukuk sistemlerinin içinde bu kalıba sığmaması neticesinde işlevselliğini yitirmelerine sebebiyet vermesidir. KKTC yasa

¹⁴ Tamamı için bkz.Sayı 46/1963 Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Gemilerinin Gemicileri, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Gemiler Mürettebatının Terkibi ve Bunlarla İlgili Diğer Hususlar Hakkında Hüküm Koyan Yasa. Kısım I. Başlangıç.

koyucusu ise, somut olayın özelliğine göre esnek tanımlarla ilerleme yoluna gitmeyi ve bedensel zararları tanımlamaktan kaçınmayı tercih etmiştir. Böylelikle ileride karşı karşıya kalınacak problemlerin önleminin alınması hedeflenmektedir. Bu kavramların tanımlanması ise mahkeme safhasında ortaya konmaktadır.

KKTC yasalarında tanımlanmasa da, ölüm¹⁵, ağır yaralanma¹⁶, darp, bedensel esenliğin zarar görmesi şeklindeki zararlar mahkeme kararlarında bedensel zarar olarak kabul görmüştür. Aynı şekilde yine bu neticelerin oluşumunda ihmal, kusur, zarar unsurlarından bahsedilmektedir. Bu kararlardan yola çıkarak bedensel zararları şöyle tanımlayabiliriz: Hukuka aykırı davranış biçimlerin sonucunda oluşan ölüm, yaralanma, vücut bütünlüğünün tamamen veya kısmen yitirilmesi gibi insan bedeninde oluşan neticeler bedensel zararı anlatır.

KKTC hukukunda, bedensel zararın tazminiyle korunmak istenen hukuksal yarar, zarar görenin zarar görmeden önceki haline geri dönmesini sağlamaktır. Bedensel zararların tazminine uygulanacak kurallar, fasıl 148 Haksız Fiiller Yasası'nda düzenleme alanı bulmaktadır. Önemle belirtmek gerekir ki, Haksız Fiiller Yasası'nın yer itibari ile uygulama alanı, yasanın 3.maddesinde belirtilmiştir ve konu ile ilgili somut olayda uygulanırken dikkate alınmalıdır.

Söz konusu yasanın 3.maddesine göre, "Bu Yasa... Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti toprakları içinde veya deniz sularının çekilmiş haldeyken, bıraktığı en alçak su izinden ölçülmek üzere, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti sahillerinden üç millik bir mesafeye kadar uzanan deniz sahası içinde yapılan bir haksız fiil nedeniyle zarara uğrayan herhangi bir kişi, bu Yasa kurallarına bağlı olarak, haksız fiil işleyen veya haksız fiilden sorumlu olan kişiden, Mahkemenin bahsetmeye yetkili olduğu mağduriyetini giderici çareler elde etme hakkına sahiptir." şeklinde

¹⁵ www.mahkemeler.net/31/2014

¹⁶ www.mahkemeler.net/7/2001

ifade edilmiştir. Çalışma konumuzun önemli bir kısmını oluşturan haksız fiiller, borç ilişkilerinin kaynaklarından biri olup Haksız Fiiller Yasası çerçevesinde aşağıda ele alınacaktır.

B. Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk Bağlamında Bedensel Zararlar

1. Genel Olarak Türk Hukuku Açısından Haksız Fiiller

Hukukun temelinde sorumluluğa ilişkin olarak “hukuka aykırı olarak kimseye zarar vermeme” ilkesi yatar. Buna rağmen kişi başkasına zarar vermişse bu zararın karşılanması gerekmektedir. Ancak burada sadece zarar verilmesi yeterli değildir; bu zararın kusurlu davranıştan kaynaklanması da gerekir. Nitekim Türk Borçlar Kanunu’nun 49. maddesinde; “*kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür*” şeklinde düzenleme alanı bulunmaktadır.

Türk Hukuku açısından baktığımızda haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için kusur, fiil, fiilin hukuka aykırı olması, zarar ve illiyet bağının bulunması zorunludur. Bu unsurların söz konusu olması durumunda zarar veren bu hukuka aykırı şahsi davranış biçimlerinin sonuçlarına katlanmalıdır şeklinde kusur prensibi alanına girilmektedir. Ancak bazı hallerde kusur, zarar ve hatta hukuka aykırılık olmaksızın da sorumluluk söz konusu olabilmektedir.

Kusur aranmaksızın sorumluluğun yükletilmesi “*kusursuz sorumluluk*”¹⁷ olarak adlandırılmaktadır. Bir başka deyişle zarar veren dışında bir başka kimseye hukuka aykırı fiilin sonucunda dış dünyada ortaya çıkan zararı yükletilen kimselerin sorumluluk türü kusursuz sorumluluk olarak adlandırılmaktadır. Bu sorumluluk türü kendi içerisinde hakkaniyet sorumluluğu, özen sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu olmak üzere üçe ayrılmakta ve TBK’nun 65. ve devamı maddelerde düzenleme alanı bulunmaktadır.

¹⁷ “Kusursuz Sorumluluk” detaylı bilgi için bkz. Eren, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.24, Ankara 2019 s.690 vd.

Yeri gelmişken kısaca değinelim; hakkaniyet sorumluluğu TBK'nun 65 maddesinde düzenlenmekte ve ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin sorumluluklarını içermektedir. Özen sorumluluğunun ise sıra ile adam çalıştırmanın sorumluluğu (TBK m.66), Hayvan bulundurma sorumluluğu (TBK m.67) ve Yapı malikinin sorumluluğu (TBK m.69) düzenlenerek üçe ayrılmıştır. Bu sorumluluk çeşidinde ise özen yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişilerin fiillerinden sorumlu oldukları kişilerin vermiş oldukları zararlara katlanma yükümlülüğü düzenlenmektedir.

En sonuncu kusursuz sorumluluk türü ise tehlike sorumluluğu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sorumluluk türü ilk iki kusursuz sorumluluk türünden farklı bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Hakkaniyet ve özen sorumluluğunda her ne kadar kusursuz sorumluluk söz konusu olsa da, kurtuluş kanıtı özenli, dikkatli olduğunu ispatlaması halinde kanun koyucu bu sorumluluktan kurtulabilme imkânı tanımaktadır. Tehlike sorumluluğunda ise kurtuluş kanıtına yer vermemekte ve ağır kusursuz sorumluluk olarak düzenlemeye tabi tutmaktadır. Bunun gerekçesi bu sorumluluk türlerinin içerisine tehlikeli işletmeler girmekte ve bu işletmelerin yol açma ihtimali olan zararların ilk iki kusursuz sorumluluk türünden daha fazla kitle ve daha geniş maddi manevi zarara yol açma ihtimalinden gelmektedir.

2. KKTC Hukuku Açısından Haksız Fiillerde Kusur ve Kusursuzluk Kavramları

Yukarıdaki Türk hukukunda haksız fiil sorumluluğunda benimsenen kuralların benzerlerinin KKTC hukukunun haksız fiiller yasasında da görüldüğü söylenebilir. Türk hukukunda haksız fiiller Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olmakla birlikte KKTC hukukunda farklı bir yol izlenerek ayrı bir Haksız Fiiller Yasası bulunmaktadır. Bu yasa İngiliz döneminde çıkartılan ve bazı değişikliklerle hüküm ve sonuçlarını halen devam ettiren bir yasa olarak varlığını korumaktadır. Haksız Fiiller Yasası'nda sorumluluk hukuku açısından benimsenen genel prensip Türk Hukukunda olduğu gibi kusur prensibidir.

KKTC hukukunda haksız fiil sorumluluğunda kusur sorumluluğu esas alındığı görülmektedir. Yasa bu genel prensibin yanında bir de istisna getirerek kusursuz sorumluluğa da yer vermiştir. Bu sorumluluk türünde kusursuz sorumluluk, bir kişinin bir işin görülmesinde tam kontrolü altında buldurduğu kişilerin fiillerinden ve egemenliğinde bulunan varlıkların neden olduğu fiillerden sorumluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

3. Haksız Fiiller Yasasında Gemi İşletenin Bedensel Zararlardan Doğan Sorumluluğuna İlişkin Kurallar

a. Genel Olarak

KKTC Hukukunda haksız fiilden doğan sorumluluk, Haksız Fiiller Yasası ile düzenlenmiştir.

KKTC Hukukunda da genel ilke, hukuk düzenince korunan haklara kişinin kendisinden beklenen özen ve tedbirli davranışlarıyla riayet etmesi, bunun sonucunda da kimsenin zarar görmemesidir. Kişi gerekli dikkat ve özeni gösterir ancak bunun sonucunda bir zarar ortaya çıkarsa, bu zarara katlanma yükümlülüğü de ortadan kalkacaktır. Buna kaza denmektedir ve kazanın KKTC Hukukunda zararı tazmin gibi bir yaptırımını bulmamaktadır. Bu uygulama Türk Hukukunda da yer almakta olup iki hukuk sistemi bu açıdan benzerlik göstermektedir.¹⁸

Bir özel hukuk kişisi, kendisinden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne uymaz ve bunun sonucunda diğer bir kimse zarara uğrarsa, bu noktada kusur sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Bunun sonucunda da, ortaya çıkan zarara zarar verenin katlanma yükümlülüğü doğacaktır. Kusur sorumluluğu genel kural olup, zarar verene yükletilen bir sorumluluk olarak kendisini göstermektedir.

¹⁸ Casum sentit dominus ilkesi ile birlikte zarara sebep olan kişiler bu zarar katlanır düşüncesi ortaya çıkmaktadır. Eğer zarara sebebiyet veren kimse yok ise bu zarara, zarar gören kendisi katlanır. Bu ilkeye kendi düşen ağlamaz şeklinde nitelendirmelerle de karşımıza çıkmaktadır. Eğer aracı kullanan kişi uçurumdan arabasıyla yuvarlanır ise bu kazanın sonucunda oluşan zararlara kendisi (ölümü halinde mirasçıları) katlanır.

Kusur sorumluluğundan söz edilebilmek için aranan unsurlar yukarıda da belirttiğimiz gibi eylem, eylemin haksız olması, kusur, zarar ve illiyet bağı¹⁹olarak sayılmaktadır.

b. KKTC Hukuku Açısından İşveren ve İşçi Kavramları

Zarara katlanma yükümlülüğü kimi zaman, özellikle iş ilişkisinde, zarar verene değil bir başkasına yükletilmesi olarak da karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, gemi işletmecisi Ahmet'in yanında çalışan kaptan Ali, sefer sırasında başka bir gemiyle çarpışmış ve çarpışma sonucunda diğer gemide yolcu olarak bulunan Ayşe'nin kolunun incinmesine neden olmuştur. Bunun sonucunda kusuru olmayan Ahmet, Ayşe'nin uğramış olduğu zarara katlanmakla yükümlüdür.

Bu noktada *kusursuz sorumluluk* olarak adlandırdığımız sorumluluk türü ortaya çıkmaktadır. Gerçek hayatta sıklıkla karşılaştığımız bu sorumluluk türünü, konumuz ile bağlantılı olması sebebiyle yeri gelmişken KKTC İş Yasası'nda yer aldığı biçimiyle ve yalnızca ilgili kısmından bahsedeceğiz. İş Yasası, deniz ticaret hukukunda tamamen uygulanmamakta; bununla birlikte kısmi olarak ve konu kısıtlamasıyla birlikte, liman, kıyılar ve iskelelerde işçi ve işveren arasındaki iş akdiyle ilgili uyumsuzluklarda uygulama alanı bulmaktadır.²⁰

İstihdam eden (işveren) kavramı yasanın 2.maddesinin tefsir başlığı altında düzenlenmiştir. Yasaya göre işveren "başka bir kişi ile ilgili olarak, kendisi için bu başka kişinin yaptığı işin yapılış tarzını tam kontrolü altında bulunduran kişiyi anlatır."

Tanımdan da anlaşılacağı üzere Yasa işvereni tanımlarken açıklayıcı tanımlamalardan kaçınmayı tercih etmiştir. İşveren

¹⁹ **Kılıçoğlu, Ahmet M.;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 361-409; **Merhacı,Selin;** Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Fiiller, Ankara Barosu Dergisi 2012,S.4,syf.181

²⁰ İş Yasası m. 4. Bu düzenlemenin diğer hükümleri şu şekildedir: "(2)Bu Yasa kuralları aşağıda belirtilen kurallarda uygulanmaz: (A) Deniz ve hava taşıma işlerinde;...Ancak, kıyılarda veya liman ve iskelelerde; gemilerden karaya ve karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işleri ile havacılığın bütün yer tesislerinde yürütülen işlerde ve askeri tesislerde çalışan sivil personel (işçiler) bu Yasa kurallarına bağlıdır."

tanımı yapılırken üç soru ile karşı karşıya kalmaktayız. Birincisi “başka bir kişi” ile yasa koyucu kimi kastetmektedir? İkincisi, tam kontrolden ne anlaşılmalıdır? Sonuncu ise, tam kontrolü altında bulunduran kişi ile kim kastedilmek istenmiştir? Bu soruların cevapları işveren, işçi ve hizmet kavramlarını belirginleştirmek adına yeri gelmişken kısaca bahsetmek faydalı olacaktır.

İşverenler kar elde etmek amacıyla mal ve hizmet üreten kişilerdir. Bu mal ve hizmet, ya bizzat kendisine sunulur (örnek olarak evdeki hizmetlinin temizliği) ya da üçüncü kişilere sunulan hizmettir (fırıncının üçüncü kişilere ekmek üretimi yapması). Yukarıda sözü geçen Haksız Fiiller Yasası’nın 2.maddesinde işveren tanımı yapılırken bahsi geçen bir başka kişi ile kastedilen, 2. örneğimizdeki üçüncü kişilerdir. İstihdam eden den bahsedebilmemiz için öncelikle müstahdem (işçi) kavramını açıklığa kavuşturmamız gerekir. Müstahdem Yasa’nın 2.maddesine göre; “yaptığı iş bir işveren tarafından bu biçimde kontrol edilen herhangi bir kişi...”olarak tanımlanmaktadır.”²¹ Konumuzla bağlantılı olarak ele almak açısından işçi ve işveren arasındaki ilişkinin iş akdine dayalı bir ilişki olması gerektiğini belirlememiz gerekir. Peki bu işçi talimat almadan mı veya işi kendi kontrolü altında mı yapmalı veya bu işçinin işi görme süreci nasıl ilerlemelidir?

İşçiden söz edebilmemiz için görülen işin istihdam edenin kontrolü altında yapılmış olması gerekmektedir. Bu çerçevede işçi ile istihdam eden arasında bir bağımlılık ilişkisinin varlığı aranır. Bu bağımlılık unsuru Türk hukuku ve KKTC hukukunun aynı noktada bulunduğu benzerliklere de örnek gösterilebilir. Burada istihdam eden dışında bir başka kimsenin bağımlılık ilişkisi çerçevesinde iş görmeyi yüklenen kişi, yani işçi anlatılmaktadır.

İş Yasası’nın 2.maddesinin tefsir başlığı altında da işçi ve işveren tanımları yer almaktadır. İşveren için “işçi çalıştıran

²¹ Haksız Fiiller Yasası/madde 2

gerçek ve tüzel kişiyi anlatır” şeklinde bir belirleme yapılırken, işçi “bir hizmet akdi ile ücret karşılığı çalışan kişi” olarak tanımlanmaktadır. Yasa, işverenden söz edebilmek için tam kontrolü altında çalıştırmanın yanında iş akdini ve ücret unsurunun varlığını da aramaktadır.

Yukarıdaki bilgiler ışığında KKTC hukukuna göre işveren, iş akdine dayanarak işçi çalıştıran ve bu çalışma karşılığında ücret ödemekle yükümlü olan, işin yapılış tarzının tam kontrolü altında bulunduran kişiyi anlatmaktadır.

İşverenin sorumluluklarına gelindiğinde ise, Haksız Fiiller Yasası istihdam edenin müstahdem olmayan kişiler dışındaki kişilerin fiillerinden ve müstahdemin fiillerinden sorumluluk olmak üzere iki ayrıma gitmiştir.

4. Gemi Adamlarının Fiillerinden Gemi İşleteninin Kusursuz Sorumluluk Halleri

a. Genel Olarak

Adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluk halleri Haksız Fiiller Yasası'nın 12. ve 13. maddelerinde düzenleme alanı bulmaktadır. Gemi işleteninin vekil ve temsilcilerin fiilleri sonucunda gerçekleşen zararlardan dolayı kusursuz sorumluluğu 12. maddede ele alınmaktadır. Müstahdemlerinin fiilleri neticesinde ortaya çıkan zarardan sorumluluğa ise 13. maddede yer verilmektedir. Çalışmamızda istihdam edenin kusursuz sorumluluğu, sadece müstahdemlerinin vermiş olduğu zararla sınırlı olarak irdelenecektir.

KKTC deniz ticaretini düzenleyen genel bir yasa yoktur. Bu sahayı birden fazla değişik bölümlerle ele alan ayrı ayrı yasalar bulunmaktadır²². Genel hüküm niteliğindeki Haksız fiiller yasası İngiliz döneminde yürürlüğe giren ve bazı değişikliklerle birlikte günümüzde de uygulanmaya devam eden bir özelliği

²² Bunlara örnek olarak Fasil 289 Deniz Araçları İle Ulaşım Ve Haberleşme Yasası ve Fasil 292 Deniz Ticaret (Güvenlik Ve Gemiciler) Yasası verilebilir.

haizdir. Ancak Haksız Fiiller Yasası'nın 3. maddesinde de belirtildiği gibi, bu hükümler 3 deniz miline kadar uygulanma alanı bulmaktadır. Bu çerçevede 3 deniz miline kadar gemi işleteninin sözleşme dışı kusursuz sorumluluklarına uygulanacak hükümler arasında yer alan haksız fiiller yasası bu kapsama dahil edilerek incelenecektir.

Bu konuyla ilgili deniz ticaret hukukuna ilişkin uygulanacak mevzuatla ilgili diğer bir düzenleme ise Mahkemeler Yasası'nın 38. Maddesinin (f) fıkrasıdır. Bu maddeye göre: "21 Aralık 1963 tarihinde yürürlükte olan Deniz Hukukuna ilişkin mevzuat" uygulanır. Mahkemeler Yasası İngiliz döneminde uygulanan , yani yukarıda değindiğimiz mevzuattaki boşlukların doldurulmasına yardımcı olacak mevzuata, Merchant Shipping Act 1894'e götürmektedir. Bu bilgiler ışığında, bu konudaki boşluklar çalışmamızda da atfı yapılan bu mevzuat ışığında doldurulmaya çalışılmıştır.

b. Haksız Fiiller Yasası Çerçevesinde Gemi Adamlarının Fiilinden Doğan Sorumluluk

aa. Genel Olarak

Gemi adamlarının fiillerinden işletenin sorumluluğunu tespit edebilmek için öncelikle Fasıllık 148 Haksız Fiiller Yasası'nın 13. maddesinin ele alınmasında yarar bulunmaktadır. Bu çerçevede adam çalıştıranın müstahdemlerinin fiillerinden sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin ele alınması gerekmektedir. Buna göre;

"(1) Bu Yasa amaçları bakımından bir işveren, müstahdeminin herhangi bir fiilinden aşağıdaki hallerde sorumlu olur:

(a) bu fiil yapılmasına yetki vermiş olacağı veya yapılmasını onaylayacağı bir fiil ise; veya

(b) bu fiil müstahdemnin istihdam edilmekte olduğu sırada yapılmışsa.

Yasa'nın birinci fıkrasında belirtilen kurallar, işverenin müstahdemlerinin fiillerinden dolayı kusursuz sorumluluk

hallerinin sınırlarını belirlemektedir. Müstahdem in fiillerinden sorumluluk denildiğinde ilk önce fiilin ele alınması gerekmektedir. Bu bağlamda işverenin müstahdemlerinin fiillerinden kusursuz sorumluluğu olabilmesi için söz konusu fiilin istihdam edenin yetki verdiği bir fiil veya yapılmasını onayladığı bir fiil olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle zarar verici fiilin müstahdem in görev tanımında belirlenen fiillerden biri olması durumunda istihdam edenin kusursuz sorumluluğundan bahsedilebilecektir. İkinci olarak ise fiilin müstahdem in istihdam edildiği sırada yapılması halinde sorumluluk söz konusu olacaktır.

Burada ilk olarak müstahdem in hangi zamanda istihdam edilmekte olduğu saptamak fayda sağlayacaktır. Yasa madde nin devamında hangi zamanda istihdam edilmekte olduğunu tanımlamıştır. Buna göre “Bir fiil, bir müstahdem tarafından, müstahdem sıfatıyla ve istihdamının öngördüğü mutlak görevlerin veya bu görevlere arazi görevlerin yerine getirilmesi sırasında yapılırsa, müstahdem in istihdam edilmekte olduğu sırada yapılmış bir fiil sayılır.” Yasa koyucu burada hangi anın istihdam edilmekte olduğu zaman olarak değerlendirildiğini düzenlemiştir. Buradan yola çıkarak işçi sıfatı ile işverenin sürekli veya sürekli olmayan işlerde görevlendirdiği, işi yerine getirdiği zaman istihdam edilmekte olduğu zaman olarak kabul görmektedir. Örnek olarak X gemi adamı, ayda bir kez işverenin yabancı ilişkileri ile ilgili çevirmenlik işini de yüklenmektedir. Buradaki gemi adamının çevirmenlik işi sürekli olmayan, geriye kalan işleri ise sürekli işler olarak değerlendirilebilir.

Yukarıdaki bilgiler ışığında müstahdem sıfatı ile istihdam edenin görevlendirdiği sürekli veya süreksiz olarak hizmet gördüğü her zaman istihdam anı kabul edilir. Şu ana kadar iş görülmesi sırasındaki fiillerin söz konusu olduğu durumlarda istihdam edenin sorumluluğundan bahsettik. Peki bu işin görülmesinde verilen yetki ve bu fiilin usulsüz yapılmış olması ya da fiilin doğru olmayan bir biçimde olması durumunda gemi işletenin sorumluluğuna gidilebilecek midir?. Sorumuzun cevabı

yasanın devamında ikinci fıkrada düzenleme alanı bulunmaktadır. Buna göre: "Bir fiil, bir müstahdem tarafından, müstahdem sıfatıyla ve istihdamının öngördüğü mutata görevlerin veya bu görevlere arızı görevlerin yerine getirilmesi sırasında yapılırsa, bu fiil, yapılmasına işverenin yetki verdiği bir fiilin doğru olmayan biçimde veya usulsüz yapılmış bir fiil olmasına bakılmaksızın, müstahdem istihdam edilmekte olduğu sırada yapılmış bir fiil sayılır...". Bu çerçevede gemi adamı sıfatını taşıyan kişinin, gemi işleteni tarafından öngörülen mutata görevlerin yerine getirmesi sırasında, yerine getirme biçimi usulsüz veya doğru olmayan biçimde yapıp yapmadığına bakılmaksızın, müstahdem istihdam edildiği sırada yaptığı fiil olarak kabul edilecektir. Önemli olan fiilin istihdam edildiği sıra olması veya bu fiilin gemi işletenin yetki verdiği fiillerden olmasıdır.

Ayrıca, Haksız Fiiller Yasası m.13/3'e göre: "Bu madde amaçları bakımından fiil deyimi bir fiilin yapılmasının ihmal edilmesini de kapsar." Bu çerçevede yasa koyucu, gemi işletenin kusursuz sorumlu olduğu halleri sadece kasten değil aynı zamanda yapılmasının ihmal edildiği hareketleri de kapsayacak biçimde içine almıştır. Başka bir deyişle, ihmali hareketle görev ve sorumlulukların yerine getirilmesinden kaçınıldığı pasif fiiller de bu kapsamda değerlendirilmektedir.

bb. Gemi İşletenin Sorumluluğunun Olmadığı Haller

Yukarıda ele aldığımız Haksız Fiiller Yasası m.13'ün devamında, yasa genel olarak kusursuz sorumluluk hallerinin sınırlarını çizmekle kalmayıp, sorumlu olunmayan hallere de yer vermektedir. Burada incelenecek konu müstahdem yetkilendirilmediği ve görevi bir başkasına devretmesinin sonucunda sorumluluğun ne olacağıdır. Buna göre:

"Ancak, müstahdeminin, işveren tarafından açıkça veya zımnen yetkilendirilmediği halde, kendi görevini işverenin bir başka müstahdemi olmayan herhangi bir kişiye devretmesi halinde, işveren müstahdemi olmayan böyle bir kişinin herhangi bir fiilinden sorumlu olmaz." (md.13/2)

Yasa, istihdam edenin, müstahdeme verilen görevlerin (müstahdemi olmayan) bir başkasına açık veya örtülü rızası olmaksızın devrinde, hiçbir şekilde işin görülmesi sonucu oluşacak zararlardan sorumluluğunun olmadığını; böylelikle sorumlu olunmayan hallerin sınırlarının da ne olduğunu belirlemektedir. Aynı şekilde Yasa 13. maddenin 2. fıkrasının devamında sorumsuzluk hallerini saymaya devam etmektedir. Buna göre: “...ancak işveren adına değil de müstahdemin kendi amaçları için yapılmış bir fiil müstahdemin istihdam edilmekte olduğu sırada yapılmış bir fiil sayılmaz.”

Yasa “işveren adına değil de müstahdemin kendi amaçları için” derken neleri kastetmektedir sorusu ile karşı karşıya kalmaktayız. Burada söz konu işi görmeyi İş Yasası'nın da düzenlediği iş akdi kısmını irdeleyerek açıklığa kavuşturmakta yarar görmekteyiz. Buna göre müstahdem eğer işi kendi adına görürken bir zarar ortaya çıkarsa, bu zarardan istihdam edenin sorumlu olmayacağı söylenebilecektir. Örneğin eğer balıkçı teknesinde çalışan gemi adamı, gemi işletmecisi adına değil de kendi adına denizden bir balık tutma eylemini gerçekleştiriyor ise işte bu an ve bu fiil gemi işleteni için değil kendi adına yaptığı bir fiil olarak ortaya çıkar ve burada söz konusu eylemin sonucundan sorumlu olunmayan haller arasında sayılır.

Haksız Fiiller Yasası son olarak 13. maddenin 4. fıkrasında müstahdemin fiilleri dolayısıyla sorumluluğunu, gemi işletenin kusursuz sorumlu olması ve tazmin yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığını vurgulamaktadır. Buna göre; “Bu madde kurallarının hiçbirini, herhangi bir müstahdemin kendi işlediği herhangi bir fiilin sorumluluğunu etkilemez ve ortadan kaldırmaz.”

Yukarıda bahsettiğimiz gibi, gemi adamının fiillerinden üçüncü kişilerin uğradığı bedensel zararlardan gemi işletenin sorumluluğunun KKTC hukuku açısından kısmen Haksız Fiiller Yasası kapsamında düzenlenmektedir. Peki KKTC hukukunda Haksız Fiiller Yasası kapsamında neler zarar olarak değerlendirilmektedir?

Yasanın 2. maddesinin “Tefsir” başlığı altında düzenlemesi şu şekildedir; “Zarar, herhangi bir malın, kişisel huzurun, konforun, bedensel esenliğin veya şöhret veya saygınlığın kaybedilmesini veya haleldar olmasını veya zarara uğramasını veya benzeri kayıp veya zararı anlatır ve ayrıca yasal bir hakka yasal olmayan biçimde yapılan herhangi bir müdahaleyi de kapsar.”

Haksız Fiiller Yasası zararı, hem maddi hem de manevi kapsamı içerisinde ele almıştır.

Türk hukukunda adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğuna kurtuluş karinesi getirilmiştir. Bu düzenleme TBK’nun 66/2 maddesinde yer verilmiştir. Buna göre: “Adam çalıştırın, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.” KKTC hukukunda ise adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğunu düzenleyen Haksız Fiiller Yasasının 13.maddesinde kurtuluş karinesi düzenlenmemiştir. Her ne kadar adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluk noktasında kurtuluş kanıtı olmasa da katkısız ihmalden yararlanma hakkı saklı tutulmaktadır. Katkısız ihmal kişilerin ihmalleri oranında, tazminatın belirginleşmesinde büyük rol oynamaktadır.

Bu kural Haksız fiiller yasanın 57. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre: “(1) Herhangi bir kişinin, kısmen kendi kusuru kısmen de başka bir kişinin veya kişilerin kusuru nedeniyle zarara uğradığı hallerde, bu zarara ilişkin bir talep, zarara uğrayan kişinin de kusurlu olması nedeniyle başarısız olmaz; ancak zarara karşılık istirdat edilebilecek tazminat miktarı, zarara uğrayan kişinin zararın meydana gelmesindeki sorumluluk payı göz önünde tutularak, Mahkemenin haklı ve adil göreceği ölçüde azaltılır.”

Madde metininden anlaşılacağı üzere yukarıda belirttiğimiz gibi, adam çalıştırmanın kurtuluş kanıtından yararlandırma hakkı verilmemekle birlikte, zararın tazmin miktarının belirlenmesinde, baş aktörlerin ihmalleri göz önünde tutularak hesaplanır ve hükmedilir. Örneğin kırmızı ışıkta durması gerekirken

durmayan x sürücüsüne y'nin vurması ve bunun sonucunda x'in kolunun incinmesi olayında katkısız ihmale göre tazminat belirlenir. Buna göre x'in ihmalleri de hesaba katılarak tazminat miktarı belirlenir.

Haksız Fiiller Yasasından başka Birleşik Krallığın Merchant Shipping Act 1894 yasası, KKTC hukukunda yürürlükte bulunan Deniz Ticaret (Kaptan ve Gemiciler) Yasasının yorumlanmasında ve uygulanmasında ikinci mevzuat olarak kullanılan bir yasa konumundadır. Deniz Ticaret (Kaptan ve Gemiciler) Yasasının içerisinde gemi işletenin sorumlulukları düzenlenmemiştir. Buna karşılık, Merchant Shipping Act-1894, madde 503/3'te : "Geminin sahibi ya da ortağı, herhangi bir can kaybından yaralanmadan, gemiye, eşyalara, ticarete olacak zarardan ya da kayıptan... meydana gelen kayıp, incinme ya da hasardan mesuldur." Demek suretiyle Kaptan ve Gemiciler Yasasındaki boşluğa bu maddeyle gönderme yapılmaktadır.

III. KKTC MEVZUATINA GÖRE USUL HUKUKU YÖNÜNDEN UYGULANACAK KURALLAR

A. Genel Olarak

Bu çalışmaya başlamadan önce KKTC yargı kararları içerisinde bir araştırma yaptığımız zaman denizde ve özellikle 3 deniz milinden sonraki alan içerisinde gerçekleşmiş bedensel zararlara ilişkin emsal teşkil edebilecek bir karara rastlamak mümkün olmamıştır. Bunun sebepleri arasında;

Özel sektörün gelişmemiş olması

Ambargolar

Güncel uygulamanın sigorta hukuku çerçevesinde çözülüyor olmasını gösterebiliriz.

Elbette bu sebepler çoğaltılabilir. Ancak, her halükârda, böyle bir hukuki ihtilaf ile karşılaşılsaydı nasıl bir sonuca ulaşılacağını değerlendirmek gerekmektedir. Dolayısıyla, meseleyi hukuki ve cezai açıdan ikiye ayırarak incelemenin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

B.KKTC MEVZUATINA GÖRE HUKUKİ VE CEZAI YAKLAŞIM AYRIMI

Fasıl 148 Haksız Fiiller Yasasının 67. maddesi aynen şöyledir;

“Herhangi bir haksız fiil davasının dayandırıldığı olguların herhangi bir mevzuat altında bir cürüm veya suç oluşturması, haksız fiil ile ilgili davaya bir engel teşkil etmez. Ancak, böyle bir cürüm veya suç bir ağır suçsa (felony), suçlu aleyhine adalet gerçekleşinceye kadar veya söz konusu davayı gören Mahkeme, adaletin suçlu aleyhine gerçekleştirilmesinin makul olarak mümkün olmadığı hususunda tatmin oluncaya kadar, haksız fiil için dava açılmaz.” Dolayısıyla, yapılması gereken ilk tespit; haksız fiil teşkil eden eylemin bir suç teşkil edip etmediği akabinde ise, suç teşkil ediyorsa bunun ağır bir suç olup olmadığına ayrıştırılması gerekmektedir.

Burada yeri gelmişken Fasıl 154 Ceza Yasasının 3 yıl ve üzeri hapislik cezası öngörülen eylemleri ağır suç olarak tanımladığını da belirtmek gerekmektedir.

Bir örnek vermek gerekirse, Fasıl 154’ün **236.** Maddesi İhtiyatsızlık ve İhmalkârlık Oluşturan Fiiller kenar başlığını taşımakta olup şu düzenlemeyi içermektedir;

Her kim, insan hayatını tehlikeye koyacak veya herhangi bir kişiye zarar verebilecek derecede ihtiyatsızlık içinde veya ihmalkârlık ile:- (a-h)

(b) Herhangi bir tekneyi kullanan veya kullanılması veya çalıştırılmasına katılan ; veya

(g) Tamamen veya kısmen sorumlu olduğu bir makineden gelmesi muhtemel bir tehlikeye karşı gereken önleyici tedbirleri almayı ihmal eden veya o makine ile herhangi bir iş yapan hafif bir suç işlemiş olur” demektedir.

Yine, Zarar Veren Öteki İhmaller başlıklı **237.** Madde: “Bu Yasanın 236’ncı maddesinde belirtilen bir fiil veya ihmal dışında yasa dışı bir fiil işleyen veya yapmakla görevli bir işi

yapmayı ihmal eden ve o fiil veya ihmal sonucu herhangi bir kişiye bir zarar veren bir kişi, hafif bir suç işlemiş olur ve mahkûmiyeti halinde altı aya kadar hapis cezasına veya 20.000.000 (Yirmi Milyon) Türk Lirasına kadar para cezasına veya her iki cezaya birden çarptırılabilir.” demektedir.

Ancak, “Tedbirsizlik ve Dikkatsizlik Yüzünden Ölüme Neden Olma” kenar başlıklı 210. Madde; “tedbirsizlik sonucu veya ağır ihmal teşkil etmeyen aceleci veya dikkatsiz bir eylem sonucu istemeden veya kasti olmadan başka birinin ölümüne neden olursa, bir suç işlemiş olur ve mahkûmiyeti halinde, 5,000,000-TL kadar para cezasına veya 7 yıla kadar hapis cezasına veya her iki cezaya birden çarptırılabilir.” demektedir.

Sonuç itibarıyla, Fası 154 hükümleri çerçevesinde hareket edilmesi gerekmekte olup yasanın takdir ettiği cezaya göre haksız fiil davası şekillenecektir. Şayet hafif bir suç söz konusu ise haksız fiil davası derhal açılabilir ancak ağır bir suç söz konusu ise cezai yargılamanın akıbetinin beklenmesi gerekmektedir.

C. YARGI YETKİSİ MESELESİ

1. Genel Olarak

Burada üzerinde durulması gereken bir başka konu ise, yargı yetkisi meselesidir. Zira, haksız fiillerin ağır bir suç teşkil ettiği hallerde beklenmesi gerekli bir ceza yargılaması gündeme geleceğinden cezai yargılamayı yapacak olan mahkemenin yargı yetkisinin alanı da önemlidir. Bu bağlamda KKTC mevzuatında bir ceza mahkemesinin yetki alanına bakmak gerekmektedir. Bu konuyu ele aldığımız zaman Ceza Mahkemelerinin bölgesel yetkisinin gayet geniş olduğu görülebilmektedir. Mesela; Fası 154’ün 2. Maddesi, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Mahkemelerinin normal yargı yetkisi sınırları dışındaki fiillerle ilgili olarak söz konusu Mahkemelerin yargı yetkisine ilişkin Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinde yürürlükte bulunan herhangi bir Yasa kurallarına aykırı bir suçtan ötürü bir kişinin yargılanma veya cezalandırılma sorumluluğunu etkilemez, hükmünü içermektedir.* Ya da,

9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası'nın Ceza Meselelerinde Kaza Mahkemelerinin Bölgesel Yetkisi kenar başlıklı 26. Maddesi ise; "*Kaza Mahkemesinin yetki alanı içinde veya Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Devleti sınırları dışında Kıbrıs'ta işlenen suçlarla itham edilen kişileri yargılama yetkisine sahiptir.*" demektedir.

Yukarıdaki alıntılardan da görüleceği üzere cezai bir yargılama yapılabilmesi için herhangi bir sınırlamaya takılmak mümkün değilken, kesinleşen ceza davasından sonra devam edilecek hukuk davası açısından bazı pratik zorluklarla karşılaşılabilme mümkündür. Bunu biraz daha somutlaştırmak için Fasil 148 Haksız Fiiller Yasasına bakmak gerekmektedir. Mezûr yasanın 3. Maddesi "*KKTC sahillerinden 3 millik mesafeye kadar uzanan deniz sahası içinde yapılan bir haksız fiil nedeniyle zarara uğrayan kişi...*" ibaresine yer vermektedir. Yani, 3 deniz mili mesafenin dışında gerçekleşecek olan herhangi bir haksız fiil konusunda hukuk mahkemesinin yargı yetkisinin olup olmadığı konusu tartışmaya açıktır. Özellikle, 42/2002 sayılı KKTC Kara Suları Yasasının 3. Maddesi; "*Başka herhangi bir yasa aksine kural bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Karasuları Bakanlar Kurulunca tespit edilecek hatlardan itibaren ölçülen 12 (on iki) deniz mili genişliğinde bir deniz kuşağıdır.*" Demek suretiyle 12 deniz miline kadar olan bir alana kadar yargı yetkisini götürmektedir. Fakat, bu düzenleme daha evvel alıntısı yapılan ve 3 deniz miline kadar olan haksız fiilleri konu alan mevzuat ile ciddi bir çatışma yaratmaktadır. Fasil 148 Haksız Fiiller Yasasının kapsamının da bu mesafeye çıkartılarak bu sorunun giderilmesi gerekmektedir.

2. KKTC Mahkemelerinin Haksız Fiil Davalarına Yaklaşımı

a. Genel Olarak

Bu konuda Fasil 148'in, işverenleri müstahdemlerinin fiillerinden sorumlu tuttuğunu söylemek mümkündür. İlgili yasanın 13. Maddesi, "*Bu Yasa amaçları bakımından bir işveren, müstahdeminin herhangi bir fiilinden aşağıdaki hallerde sorumlu olur- (a) bu fiil yapılmasına yetki vermiş olacağı veya yapılmasını onaylayaca-*

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

ğı bir fiil ise; veya (b) bu fiil müstahdem in istihdam edilmekte olduğu sırada yapılmışsa” demek suretiyle bunu açıkça ifade etmiştir. Ancak bu kendiliğinden gerçekleşmemektedir. Örneğin; bir haksız fiil davasında mahkemeden çare talep edebilmek için,

Ortada bir haksız fiil,

Bu haksız fiili gerçekleştiren kişi veya ondan sorumlu olan kişi,

Haksız fiile maruz kalanın kendinde veya malında meydana gelen bir zararın, mevcut olması gerekmektedir.

b.Haksız Fiil Davasında Zararın İhmalden Kaynaklanması Durumunda

Haksız fiil davasında söz konusu zarar ihmalden kaynaklanması durumunda Hukuk İstinaf Mahkemesinin örnek kararı :

“Genel olarak, bir haksız fiil nedeniyle herkesin dava açma ve dava edilme kapasitesi olduğu kabul edilir. Kişinin yasal olarak sahip olduğu, mahkemeden çare talep edebilme hakkı “Locus Standi” olarak tanımlanır. Böyle bir talep, yasal olarak zarara sebebiyet verene ve sorumlu olana karşı ileri sürülebilir. Bu kuralın temeli, kişisel hakları ihlal edilen ve zarar gören kişilerin, hukuki çare arama hakkına sahip olmalarıdır. Bu nedenle, böyle bir hakkı kullanabilmek için kişiye veya malına haksız fiil ile doğrudan zarar verilmesi gerekmektedir.” (D.31/2014 Yargıtay/Hukuk 32/2012 Girne Dava No:1434/2009) Aynı kararın devam eden kısmında;“Alt Mahkemenin kararına referans aldığı Hukuk/İstinaf 17/72 sayılı içtihat kararında konu ile ilgili kısım aynen şöyledir: “Zarar gören şahsın, zararının ihmalkar olduğunu ve zararın bu ihmalkarlığın doğrudan doğruya neticesi olduğunu ispat etmedikçe zarar gören şahıs herhangi bir tazminat alamaz.”

Buradaki anlam çok açık olup daha önce izah ettiğimiz “Locus Standi” tanımı ile tamamen uyumludur. Buna göre, ihmale dayalı tazminat talep etme hakkı olabilmesi için zararın doğ-

rudan haksız fiili yapanın eyleminin neticesi olması gerekmektedir.

Buradaki “doğrudan doğruya” kavramı, dolaysız, araçsız anlamında fiil ile zarar arasındaki illiyeti anlatmakta olup, haksız fiilin dolaylı sonuçlarından kaynaklanan, doğrudan Davanın fiilinden meydana gelmeyen zararları kapsamamaktadır.

Ayrıca, ihmale dayalı tazminat talep etme hakkı veya mahkemeye müracaat etme hakkı olabilmesi için “Locus Standi” zararın doğrudan haksız fiili yapanın eyleminin neticesi olması da gerekmektedir.

Özellikle, Y/H 42/2014 D. 1/17’de “Bir haksız fiilden dolayı, zarar görene tazminat ödeme durumunda kalan kişinin, zarar veren şahsa rücu edebilmesi için, ödemeyi ölüm veya verilen zarar sebebiyle yapması ve rücu edilecek kişinin kusurlu olması gerekir.” Demek suretiyle kusurun mevcudiyetine bir kez daha vurgu yapılmıştır.

Dolayısıyla, yukarıda değinilen tüm hususları birlikte değerlendirdiğimiz zaman, haksız fiilin ağır bir suç teşkil ettiği hallerde, ceza yargılamasınca mahkum olmayan, bir başka anlatımla kusursuz bir kişi aleyhinde haksız fiil davasının açılıp açılmayacağı konusuna net bir karşılık vermek pek kolay değildir.

c. Denizde İşlenen Haksız Fiil Davalarında Uygulanacak Usul

KKTC mevzuatında bu alanı düzenleyen **The Cyprus Admiralty Jurisdiction Order (Kıbrıs Denizcilik Mahkemesi Yasası)** ön plana çıkmaktadır. Ancak, bu düzenlemede mevcut olmayan bir durumun söz konusu olması halinde genel usul kurallarına müracaat edileceği şüphesizdir. İlgili tüzüğü ele alacak olursak, **Action In Rem** ve **Action In Personam** olarak ikili bir ayırım yaptığını görmekteyiz. Ancak bizim üzerinde durduğumuz konu bedensel zararlar olduğundan mala karşı oluşan zarar veya haksız fiiller üzerinde burada yer verilmeyecektir.

Mezkûr düzenleme özetle, yetkili mahkemeyi yüksek mahkeme olarak belirlemekte, dava açıldıktan sonra karşı tarafa 15 günden az olmayacak ispatı vücut süresi verilmesi gerektiğine yer vermekte, davada bir avukat aracılığıyla veya şahsen temsiliyeti mümkün kılmakta, celbnameinin karşı tarafa tebliğini aramakta, herhangi bir bilirkişi veya hakeme başvurmaya imkan tanımakta, verilecek kararlara karşı mahkemenin kararını tekrardan gözden geçirmesi için (7 gün içinde) müracaat edilmesi koşulunu getirmektedir.

DEĞERLENDİRME

KKTC deniz ticaret hukukunda birçok ülkenin gerisinden gelmektedir. Deniz taşımacılığı ilk çağlardan bu yana hep riskli taşımacılık kategorisinde olmuştur. Yukarıda bahsettiğimiz sebeplerin yanında diğer bir neden ise armatör (gemi işleteni) yatırımlarıdır. Armatörler büyük yatırımları sayesinde ülke ekonomisine göz ardı edilemeyecek derecede katkı sağlamaktadır. Bu yatırımlar armatörlere aynı zamanda büyük risk ve sorumluluklar yüklemektedir. Armatörlerin kusursuz sorumluluğu buna örnek gösterilebilir. Armatörler bu sorumlulukla, büyük meblağdaki tazminatların da sorumluluğunu üstlenmiş olur. Deniz taşımacılığını tercih eden taşıtanlar, yolcular ve çalışanlar da birçok riskle karşı karşıya kalmaktadır. Bunlara örnek olarak bedensel zararlar gösterilebilir. Hukuk sistemi burada hem zarar veren hem de zarar gören arasında denge kurmak zorundadır. Ekonomik katkısı göz ardı edilemeyen armatörlerin sınırsız sorumluluk nedeniyle yatırımlarını azaltmasına karşılık devletin teşvik politikaları geliştirmesi gerekir. Bu mefaatler dengesini kurma süreci Limitation Liability of Maritime Convansion'un beraberinde getirdi. LLMC'nu sayesinde Armatörlerin sınırsız sorumlulukları sınırlandırılmakta ve yatırım teşviki sonucu doğurmaktadır. Ancak zarar görenlerin hakları da saklı kalmak koşulu ile denge sağlanmış oldu. KKTC hukukunda etkisini gösteren İngiltere ve Türkiye bu konvansiyona taraf olmakla birlikte, KKTC taraf değildir. Taraf olmamakla birlikte bu gelişmeye dair düzlemeyi en azından iç hukukunda da yapmamıştır.

Çalışmamızda Gemi adamlarının fiilerinden doğan bedensel zararlardan gemi işletenlerinin akit dışı kusursuz sorumluluğuna maddi hukuk açısından, yürürlükte olan iki kanundan bahsettik. Bunlardan ilki Haksız Fiiller Yasasıdır bir diğeri ise Merchant Shipping Act 1894'dür. Bu yasaların günümüze uygulanabilmesinin kanaatimizce olanağı bulunmamaktadır. Çünkü yukarıda bahsi geçen sadece bir örneği olan gelişmeler ve teşvik etkenleri KKTC'de bulunmamaktadır. Zaten hali hazırda armatörler yukarıda saydığımız nedenlerden dolayı yatırım yapmaktan kaçınmaktadırlar. KKTC'de unutulmuş ve emsali görülmeyen bu konu pasifliğini korumakta ve var olan kanunlar ile somut olaya ilişkin menfaatler dengesi kurulamayan bir konu olarak raflara kaldırılmaktadır. KKTC taraf olamasa da konvansiyonlar, AB direktifleri ve komşu ülke Türkiye'nin mahkeme kararları ile hukukunu genişletebilmektedir.

SONUÇ

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti karasularında gemi adamlarının fiillerinden doğan bedensel zararlardan gemi işleteninin sözleşme dışı sorumluluğuna uygulanacak kuralları belirlemek çok kolay değildir. Bunun başlıca sebeplerini; deniz ticaretinde uygulanacak yasaların dağınık, farklı yasalar içerisinde konumlanması, kaynakların kısıtlılığı ve konu ile ilgili yeterli emsal mahkeme kararlarına ulaşamaması olarak sıralayabiliriz.

Gerek Haksız Fiiller Yasası uyarınca gerekse yukarıda açıklamaya çalıştığımız ilgili diğer yasalara baktığımızda, gemi işleteninin gemi adamlarının fiillerinden doğan zararlardan sorumluluğunun sınırsız olduğu söylenemez. Oluşan zararda gemi işleteninin sorumluluğunun ve tazmininin sınırlarını belirlerken, yalnızca kusur veya ihmâl oranlarıyla bağlı olduklarını diğeri taraftan gemi adamlarının da kusurları oranında sorumlu olduklarını söyleyebiliriz.

Çalışma sonucunda elde edilen verilere göre yasaları incelediğimizde, söz konusu olaya uygulanacak birden fazla yasa

olması öncelikle hangi yasanın uygulanacağı sorununu gündeme getirmektedir. Uygulanacak yasaların özelliklerine baktığımızda genel kanun özel kanun ayırımının çokta açık olduğunu söylememiz mümkün değildir.

The Cyprus Admiralty Jurisdiction Order kurallarının action in personam davaları için yeterli içeriğe sahip olmadığını görüyoruz. Diğer taraftan, haksız fiillerle ilgili mevzuatı göz önüne aldığımız zaman 3 deniz millik bir kısıtlama söz konusu olduğundan uygulamada 3 deniz milinden sonra KKTC karasuları içerisinde uygulama imkânı olup olmadığı konusu tartışmaya açık kalmaktadır. Haksız Fiiller Yasasının kapsama alanının 12 deniz miline kadar çıkartılması ve usulün de Hukuk Muhakemeleri Usul Tüzüğü kapsamına çekilmek suretiyle tadil edilmesi uygun olacaktır.

Konumuz itibariyle çalışmamızda yer verdiğimiz KKTC yasalarının çok eski tarihli olması sebebiyle günümüz teknolojisindeki gelişmeler de dikkate alındığında somut olaya uygulanacak kurallar içerik olarak eksik kalabilmektedir. Buna bağlı olarakta mahkemelerin vereceği kararlar olumsuz yönde etkilenebilecektir. Kanaatimizce KKTC yasa koyucunun güncel ve tek çatı altında toplayacağı bir Deniz Ticaret Kanunu üzerinde çalışma yapması isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

Ekinci, Bezar Eylem;“Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi”, AÜHFĐ 2016, C. 65, S. 3, s. 728.

Eren, Fikret ; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.24, Ankara 2019 s.690 vd.

Kender,R./ Çetingil,E./ Yazıcıoğlu, E.:Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler, C.I, B.14, İstanbul 2014 s.99

Kılıçoğlu, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 361-409;

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Merhacı, Selin; Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Fiiller, Ankara Barosu Dergisi 2012,S.4,syf.181

Turhan, Turgut; “Tarihsel Bakış Açısıyla Kıbrıs Türk Hukuk Sistemi”, AÜHFD 2008, C.57, S. 2, s. 266, 274-275 281 vd

Yetkili, Enver; Kıbrıs Limanlarının Dünü, Bugünü ve Stratejik Önemi, Comment Grafik ve Yayıncılık, Lefkoşa 2013, s.19.

www.mahkemeler.net/31/2014

www.mahkemeler.net/7/2001

[https://tr-tr.facebook.com/notes/denizcilik-ve-gemi-muhendisligi/gemi-nedir/285909138130041/\)](https://tr-tr.facebook.com/notes/denizcilik-ve-gemi-muhendisligi/gemi-nedir/285909138130041/)

**BEDENSEL ZARARLARDAN
DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK**

*“SİGORTA HUKUKU - SİGORTA
SORUMLULUĞU”*

1. Gün

4. Oturum

ZORUNLU TRAFİK SİGORTASI'INDA ESAS ALINACAK SAĞLIK KURULU RAPORU HAKKINDA DEĞERLENDİRME

*Prof. Dr. Vural SEVEN**

GİRİŞ

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası'na, uygulamadaki adıyla Trafik Sigortası'na ilişkin düzenlemeler, hukukumuzda farklı mevzuatlarda dağınık bir şekilde bulunmaktadır.

İlk olarak 6085 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (KTK) ile 1953 yılında düzenlenen trafik sigortasına ilişkin hükümler, 1983 yılında kabul edilen ve şu anda yürürlükte olan 2918 sayılı KTK ile günümüz şartlarına uygun hale getirilmiştir. Böylelikle, KTK'nın "Sigorta" bölümü başlığı altında ve 91. ilâ 111. maddeleri arasında yer alan hükümlerin trafik sigortası bakımından temel kaynak niteliğinde olduğu söylenebilecektir.

Bunun yanında, trafik sigortasının zorunlu bir sorumluluk sigortası olduğu dikkate alındığında, Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nin Sigorta Hukuku Kitabı ile özellikle sorumluluk sigortalarına ilişkin hükümlerin (m. 1473-1486) de doğrudan uygulama alanı bulacağı görülmektedir.

Diğer taraftan KTK'nın trafik sigortasına ilişkin söz konusu hükümlerinin uygulanmasını düzenleyen, ayrıca sigorta sözleşmelerinin de çerçevesini belirleyen ve sınırlandıran Ka-

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, seven@tau.edu.tr

rayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartları da önem arz eden bir diğer kaynaktır.

Çalışmamızda ilk olarak ilgili mevzuat çerçevesinde trafik sigortasına ilişkin genel bilgiler verilerek sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğünün kapsamı ele alınacak, daha sonra tazminat miktarının belirlenmesinde aranan belgelerden biri olan sağlık kurulu raporunun değerlendirilmesi yapılacaktır. En son ise ilgili sağlık kurulu raporunun varlığına rağmen bilirkişiye başvurulmasının yerindeliği incelenecektir.

I. TRAFİK SİGORTASI KAPSAMINDA TAZMİN EDİLECEK ZARARLAR

A. Genel Olarak Trafik Sigortası

2918 sayılı KTK'nın 91. maddesi uyarınca yaptırılması zorunlu kılınan ve sorumluluk sigortası türlerinden biri olan trafik sigortası, karayolunda motorlu araç işletenin, işlettiği araç yüzünden üçüncü kişileri bedensel zarara ve eşya zararına uğratması ile doğan mali ve hukuki sorumluluğunu, üçüncü kişilere karşı güvence altına almaktadır. Bu bakımdan pasif bir sigorta olup, aynı zamanda zarar sigortası niteliğini haizdir¹.

Trafik sigortası hem sigorta ettirenin üçüncü kişileri uğratığı zararlar sebebiyle kendi malvarlığındaki azalmayı önlemeyi hem de zarara uğrayan üçüncü kişilerin bu zararlarının giderilmesini amaçlamaktadır. Dolayısıyla, trafik sigortasının sigorta ettiren ve onun eylemleri sebebiyle zarara uğrayanların menfaatlerinin dengelendiği suigeneris bir sigorta türü olarak kabul edilmesi gerektiği öğretilmektedir².

¹ *Işıl Ulaş*, 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu'na Göre Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku (Mal ve Sorumluluk Sigortaları), 8. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, s. 764; *Rauf Karasu*, Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Heyeti Kararları Işığında Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası), Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s.21; *Mustafa Çeker*, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku, 19. Baskı, Adana, Karahan Kitabevi, 2018, s.264.

² *Ulaş*, a.g.e., s.764; *Karasu*, a.g.e., s.22; *Tekin Memiş*, Zorunlu Trafik Mali Mesuliyet Sigortasında Sigortacının Sorumluluğunun Niteliği ve Sebepsiz Zenginleşme, XX. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempo-

Belirtilmesi gerekir ki, trafik sigortası ile sadece sigorta konusu motorlu aracın işletilme halindeyken sebep olduğu kazalarda meydana gelen zararlar teminat altına alınmaktadır³. Bu bakımdan, maddi zararlar ve bedeni zararlar trafik sigortası teminatı kapsamındadır⁴. Trafik sigortası genel şartları A.5 maddesi incelendiğinde de kapsama giren teminat türlerinin maddi zararlar, sağlık giderleri, sürekli sakatlık ve destekten yoksun kalma (ölüm) teminatı olarak düzenlendiği görülmektedir.

Trafik sigortası sözleşmesinin tarafları sigortacı ve sigorta ettiren⁵dir. Her ne kadar trafik sigortası sözleşmesi yapılması zorunlu bir sigorta sözleşmesi olsa da tarafların karşılıklı birbirine uygun irade beyanları ile kurulmaktadır⁶. Bu bağlamda, trafik sigortası sözleşmesi akdedilmeden önce, sözleşme devam ederken ve son olarak riziko konusu olayın gerçekleşmesinden sonra sigorta ettiren ve sigortacıya ait yükümlülükler bulunmaktadır.

Tarafların söz konusu yükümlülüklerine kısaca değinmek gerekirse, sigorta ettirenin trafik sigortası sözleşmesi kapsamında prim ödeme yükümlülüğü, bildirim yükümlülüğü, bilgi verme ve araştırma yapılmasına izin verme yükümlülüğü, zararı önleme, azaltma ve sigortacının rücu haklarını koruma yükümlülüğü, hasar konusu yerde ve malda değişiklik yapmama yükümlülüğü bulunmaktadır. Sigortacının ise sigorta poliçesi

yumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1. Baskı, Ankara, 2004, s. 73.

³ Trafik Sigortası Genel Şartları'na göre iletirme hali "*Motorlu aracın mekanik aksamının çalışması, (Mekanik aksamı çalışmasa bile motorlu aracın kendiliğinden de olsa hareket haline geçmesi işletilme hali olarak kabul edilir. Kazanın temassız olması sorumluluğa engel olmaz.*)" şeklinde tanımlanmıştır (m. A.2-ç). İşletilme halinde olmayan araçların sebep olacağı zararlar Genel Şartlara göre teminat kapsamı dışındadır (Trafik Sigortası Genel Şartları m. A.6-a).

⁴ Çeker, a.g.e., s.265 vd.; Teminat kapsamında olmayan haller KTK'nın 92. maddesinde ve Trafik Sigortası Genel Şartlarının A.6 maddesinde düzenlenmiştir.

⁵ KTK m.91 uyarınca sigorta ettirenin araç sahibi olabileceği gibi, aracı işleten kişi olması da mümkündür. İşleten sıfatına sahip kişiler hakkında detaylı bilgi için bkz. *Ulaş*, a.g.e., s.881-882; *Karasu*, a.g.e., s.42 vd.

⁶ *Karasu*, a.g.e., s.41; *Ulaş*, a.g.e., s.877.

düzenleme ve sigorta ettirene verme yükümlüğü, rizikoyu taşıma yükümlülüğü, aydınlatma yükümlülüğü, giderleri ödeme borcu ve tazminat ödeme borcu bulunmaktadır.

B. Sigortacının Tazminat Ödeme Yükümlülüğünün Kapsamı

Tazminat ödeme yükümlülüğü, sözleşme kapsamında sigorta ettirenin prim ödeme borcunun karşılığı olması bakımından sigortacının en önemli yükümlülüğüdür⁷.

Bu yükümlülüğün kapsamı trafik sigortası genel şartları A.3. maddesinde “*Sigortacı, poliçede tanımlanan motorlu aracın işletilmesi sırasında, üçüncü şahısların ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermiş olmasından dolayı, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre sigortalıya düşen hukuki sorumluluk çerçevesinde bu Genel Şartlarda içeriği belirlenmiş tazminatlara ilişkin talepleri, kaza tarihi itibarıyla geçerli zorunlu sigorta limitleri dahilinde karşılamakla yükümlüdür.*” şeklinde belirlenmiştir⁸.

Yukarıda da bahsedildiği üzere Trafik Sigortası Genel Şartlarının A.5. maddesinde kapsama giren teminat türlerine yer verilerek, sigortacının karşılamakla yükümlü olduğu maddi ve bedensel zarar kalemleri ayrıntılı bir şekilde aktarılmıştır.

Buna göre maddi zararlar, hak sahibinin kazaya karışıp zarara uğrayan aracında meydana gelen değer kaybı dahil doğrudan malları üzerindeki azalma olarak belirlenmiştir⁹.

⁷ Karasu, a.g.e., s.84.

⁸ Keza, KTK'nın 91. maddesinde atıfta bulunulan 85. maddenin 1. fıkrasında da sigortacının ödemekle yükümlü olduğu tazminatın, sigorta ettiren tarafından motorlu aracın işletilmesi sonucunda doğan maddi zararlar ile bedeni zararlara (kişinin yaralanması ya da ölmesi) ilişkin olduğu düzenlenmektedir.

⁹ Trafik Sigortası Genel Şartları m. A.5-a. Genel Şartlar A.6-k bendine göre doğrudan zararlar içinde olmayan “*Gelir kaybı, kâr kaybı, iş durması ve kira mahrumiyeti gibi zarar verici olguya bağlı olarak oluşan yansıma veya dolaylı zararlar nedeniyle yöneltilecek tazminat talepleri,*” teminat kapsamı dışında sayılmıştır.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Bedensel zarar kalemlerinden biri olan sağlık giderleri ise, genel şartlarda, trafik kazasında zarar gören üçüncü kişinin bedenen eski haline dönmesi amacıyla protez organ bedeli dahil diğer tedavi giderlerinin tamamı olarak kabul edilmiştir. Zarar gören kişinin, tedavinin başından sürekli sakatlık raporu alınana kadarki bütün süreçte oluşan bakıcı giderleri, tedaviye ilişkin diğer giderler, trafik kazası sonucu çalışma gücünün kısmen veya tamamen kaybına bağlı giderler bu kapsamda yer almaktadır¹⁰.

Bir diğer bedensel zarar kalemi ise sürekli sakatlık giderleridir. Genel şartlarda sürekli sakatlık teminatı için bir ek (ek-3 Sürekli Sakatlık Tazminatı Hesaplaması) bulunmaktadır. Zarar görenin sürekli sakatlığı dolayısıyla ileride ekonomik olarak uğrayacağı maddi zararları gidermek üzere, kendisine bu ekte yer alan esaslara göre belirlenecek bir teminat sağlanmaktadır. Zarar görenin tedavisinin tamamlanmasının ardından yetkili bir hastaneden alınan özürlü sağlık kurulu raporu ile zarar görenin sürekli sakatlık oranı tespit edilmektedir. Bu oran, sakatlık ölçütü sınıflandırılması ve özürlülere verilecek sağlık kurulu raporlarına ilişkin mevzuat doğrultusunda hazırlanacak sağlık kurulu raporu ile belirlenmektedir. Bu belirlemeden sonra ortaya çıkan bakıcı giderleri, ilgili teminat limitleri¹¹ sınırını aşmamak kaydıyla sürekli sakatlık teminatı kapsamında bulunmaktadır¹².

Genel şartlarda düzenlenen son teminat türü ise destekten yoksun kalma teminatıdır. Buna göre zarar görenin ölümü neticesinde destekten yoksun kalanların destek zararları trafik sigortası teminatı kapsamında yer almaktadır. Genel şartlar

¹⁰ Trafik Sigortası Genel Şartları m. A.5-b.

¹¹ Belirtilmesi gerekir ki, sigortacı sigorta ettirenin motorlu araç işlettiği sırada üçüncü kişileri uğrattığı maddi ve bedensel zararları poliçede belirlenen limitler dahilinde karşılamakla yükümlüdür. Poliçede belirlenen limiti aşan zararların araç işletenin şahsi sorumluluğuna dayanılarak tazmin edilebileceği ve uygulamada araç işletenin ihtiyari mali sorumluluk sigortası yaptırılarak bu sorumluluktan kurtulabileceğine ilişkin bkz. Çeker, a.g.e., s.276.

¹² Trafik Sigortası Genel Şartları m. A.5-c.

ekinde (Ek-2 Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Hesaplaması) bulunan esaslara göre belirlenecek tazminatın hesaplanmasında kaza sonucu ölen kişinin bireysel özellikleri dikkate alınmaktadır¹³.

II. TAZMİNAT ÖDEMELERİNDE ESAS ALINACAK SAĞLIK KURULU RAPORU

A. Sağlık Kurulu Raporunun Düzenlenmesinde Esas Alınacak Mevzuat Hakkında Genel Bilgiler

1. Genel Olarak

Yukarıda bahsettiğimiz üzere, Trafik Sigortası Genel Şartları'nda belirtilen sağlık giderleri ve sürekli sakatlık teminatı ile zarar gören üçüncü kişinin kaza sonucu uğradığı bedensel zararlarının tazmin edileceği; bu kapsamda sağlık giderleri teminatı ile, trafik kazası sonucu zarar gören üçüncü kişinin tedavi başlangıcından sürekli sakatlık raporu alana kadarki tedavi sürecinde ortaya çıkan giderlerinin karşılanacağı; sürekli sakatlık teminatı ile ise zarar görenin ileride ekonomik olarak uğrayacağı zararların giderilip tedavi neticesinde sürekli sakatlık oranının belirlenmesinden sonra ortaya çıkan bakıcı giderlerinin karşılanacağı düzenlenmektedir.

Bu bağlamda, sürekli sakatlık oranının yetkili hastaneden alınacak özürlü sağlık kurulu raporu ile tespit edileceği ve bu raporun da sakatlık ölçütü sınıflandırılması ve özürülere verilecek sağlık kurulu raporuna ilişkin mevzuat doğrultusunda hazırlanacağı belirtilmiştir. Bu noktada, ilgili sağlık kurulu raporunun hangi mevzuat uyarınca hazırlanacağını tespiti gerekmektedir.

2. Trafik Sigortası Genel Şartları EK-6'nın Yürürlüğe Girmesinden Önceki Dönemde Esas Alınacak Mevzuat

Bilindiği üzere, 01.06.2015 tarihinde yürürlüğe giren ve şu an yürürlükte bulunan Trafik Sigortası Genel Şartları'nın bazı

¹³ Trafik Sigortası Genel Şartları m. A.5-ç.

maddelerinde 02.08.2016 tarih ve 29789 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “*Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarında Değişiklik Yapılmasına Dair Genel Şartlar*” ile değişiklikler yapılmış, ayrıca genel şartlara Ek-6 düzenlemesi eklenmiştir.

Söz konusu Ek-6 düzenlemesi ile tazminat ödemelerinde istenilecek belgeler, maddi ve bedeni zararlar başlıkları altında ayrı ayrı sayılmıştır. Bunlardan bedeni zararlar kapsamında yer alan sürekli sakatlık halinde istenilecek belgeler incelendiğinde, 30.03.2013 tarihli ve 28603 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “*Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik*” çerçevesinde düzenlenmiş sağlık kurulu raporu ilk sırada yer almaktadır. Trafik Sigortası Genel Şartları’na 02.08.2016 tarihinde eklenen EK-6’ dan önce Trafik Sigortası’na ilişkin hiçbir mevzuatta sağlık kurulu raporunun düzenlenmesinde esas alınacak mevzuat hakkında düzenleme yapılmamıştır¹⁴. Bu nedenle uygulamada sağlık kurulu raporlarının düzenlenmesinde esas alınacak mevzuatın ne olacağı büyük bir tartışma haline gelmişti. Söz konusu hukuki sorun, mevzuatta boşluk bulunması nedeniyle Yargıtay kararları ışığında istikrarlı bir çözüme kavuşturulmaya çalışılmaktaydı.

¹⁴ EK-6’ dan önce de yürürlükte bulunan Trafik Sigortası Genel Şartları’nın sürekli sakatlık teminatını tanımlayan A.5-c maddesinde “*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.*” denilmekteydi. Ancak burada “*sakatlık ölçütü sınıflandırılması ve özürlülere verilecek sağlık kurulu raporlarına ilişkin mevzuat*” ifadesinden tam olarak hangi mevzuatın kastedildiği açık olarak anlaşılamamaktadır. Diğer taraftan Yargıtay’ın önceden beridir süregelen yerleşik içtihatlarında “*Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik*” esas alınarak hazırlanan raporların kabul edilemeyeceğine karar verilmekteydi [17. HD., E. 2013/3636, K. 2014/3241, T. 06.03.2014; 17. HD., E. 2013/13495, K. 2015/1058, T. 27.01.2015; 17. HD., E. 2014/7645, K. 2016/4091, T. 31.03.2016 (Sinerji Mevzuat ve İchtihat Programı, Erişim Tarihi: 16.10.19)]. Bu nedenle Yargıtay kararları ile oluşan istikrarlı uygulamanın değiştirilebilmesi açısından Trafik Sigortası Genel Şartları’nda sağlık kurulu raporunun düzenlenmesinde esas alınacak mevzuatın “*Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik*” olacağına açık olarak belirtilmesi uygulamada farklı yönde çıkarak kararın önüne geçmek adına yerinde olmuştur.

Yargıtay'ın bu konudaki yerleşik içtihatlarına göre; sağlık kurulu raporunun, kazanın 11.10.2008 tarihinden önce gerçekleştiği olaylarda “Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü¹⁵”, 11.10.2008 ile 01.09.2013 tarihleri arasında gerçekleştiği olaylarda “Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği¹⁶”, 01.09.2013 tarihinden sonra gerçekleşen olaylar bakımından ise “Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliği¹⁷” ne uygun olarak düzenlenmesi gerekmektedir¹⁸. Mevzuatta açık bir hüküm bulunmaması nedeniyle Yargıtay'ın içtihatları çerçevesinde hareket edilmesi, kanımızca uygulama birliğinin oluşması ve hukuka duyulan güvenin sağlanması açısından yerinde olacaktır.

3. Trafik Sigortası Genel Şartları EK-6'nın Yürürlüğe Girmesinden Sonraki Dönemde Esas Alınacak Mevzuat

02.08.2016 tarihinde Trafik Sigorta Genel Şartları'na getirilen EK-6 düzenlemesi ile trafik sigortası mevzuatında ilk defa sağlık kurulu raporlarının düzenlenmesinde esas alınacak mevzuat açıkça düzenlemiştir. EK-6'ya göre zarar görenin sigortacıdan tazminat talep ederken “Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik” çerçevesinde düzenlenmiş sağlık kurulu raporunu ibraz etmesi gerekmektedir. Bu düzenleme uyarınca kanımızca artık sağlık kurulu raporlarının düzenlenmesinde esas alınacak mevzuat konusunda tereddüt kalmamıştır.

¹⁵ RG. (T. 22.06.1972, S. 14223).

¹⁶ RG. (T. 11.10.2008, S. 27021).

¹⁷ RG. (T. 03.08.2013, S. 28727).

¹⁸ “Kabule göre; maluliyete ilişkin alınacak raporlar kaza tarihi 11.10.2008 tarihinden önce ise Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü, 11.10.2008 tarihi ile 01.09.2013 tarihleri arasında Çalışma Gücü Ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği, 01.09.2013 tarihinden sonrada Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliğine uygun olarak düzenlenmesi gerekir.” 17. HD., E. 2015/16346 K. 2018/9501 T. 24.10.2018 (www.lexpera.com.tr Erişim Tarihi: 23.09.19). Konuya ilişkin örnek Yargıtay kararları için bkz. 17. HD., E. 2016/9625 K. 2019/3974 T. 2.4.2019; 17. HD., E. 2016/8117 K. 2019/3069 T. 18.3.2019; 17. HD., E. 2016/3135 K. 2018/11955 T. 10.12.2018 (www.lexpera.com.tr Erişim Tarihi: 23.09.19)

Dolayısıyla genel şartlarda sürekli sakatlık oranının tespitinde yetkili hastaneden alınacağı belirtilen özürlü sağlık kurulu raporunun hazırlanmasında yararlanılacak mevzuat, Ek-6'da açıkça belirtildiği üzere, Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik olacaktır. Trafik Sigortası Genel Şartları EK-6'nın yürürlük tarihi 02.08.2016 olduğundan, 02.08.2016 tarihinden sonra gerçekleşen olaylarda "Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik" çerçevesinde düzenlenmiş sağlık kurulu raporlarının esas alınması gerekmektedir.

Ancak söz konusu Yönetmelik, 20.02.2019 tarihli ve 30692 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik" ile yürürlükten kaldırılmıştır (m. 18). Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik'in 14. maddesi uyarınca, Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik hükümlerine erişkinler açısından yapılan atıflar bu Yönetmelik hükümlerine yapılmış kabul edilecektir.

Bu açıklamalardan yola çıkarak sonuç itibarıyla, 02.08.2016 ile 20.02.2019 tarihleri arasında meydana gelen olaylarda "Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik"; 20.02.2019 tarihinden sonra meydana gelen olaylarda ise "Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik" uygulama alanı bulacaktır.

B. Sağlık Kurulu Raporunun Düzenlenmesi ve İçeriği

Trafik Sigortası Genel Şartları Ek-6 gereği tazminat ödemesinde istenilecek belgeler arasında yer alan ve sürekli sakatlık hallerinde istenilecek olan sağlık kurulu raporunun, 20.02.2019 tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan Erişkinler için Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik çerçevesinde düzenlenmesi gerekmektedir.

Engellilik kavramına ilişkin Yönetmelik'te doğrudan bir tanım bulunmasa da, bu kavram ile neyin kastedildi-

ği, Yönetmelik'in 4. maddesinde "engelli birey" ve "engellilik durumu"na ilişkin yapılan tanımlardan anlaşılabilir. Buna göre bireyin fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duyuşsal yetilerinde çeşitli düzeyde kayıplar engellilik olarak nitelendirilebilecektir. Keza, bireyin doku, organ ve/veya fonksiyon ve psikiyatri tanısı ve buna bağılı muhakeme yeteneğı kaybını da engellilik olarak kabul etmek mümkündür.

Engelli bireylere ilişkin değerlendirme çalışmaları engellilik sağlık kurulu tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu kurulda, erişkinlerin engellilik tespiti ile terör, kaza ve yaralanmaya bağılı durum bildirimine yönelik başvuruları değerlendirilerek karar verilmektedir. Engellilik sağlık kurulunun teşkili Yönetmelik'in 6. maddesinde düzenlenmektedir. Bu maddeye göre, engellilik sağlık kurulu, birden fazla uzmanlık dalını ilgilendiren engel durumlarının tespitinde kurul başkanı ve aynı maddede sayılan branşlardaki uzman hekimler olmak üzere en az yedi daimi üyeden oluşmaktadır. Tek bir uzmanlık dalını ilgilendiren engel durumlarının tespitinde ise, ilgili uzmanlık dalından üç uzman hekimin katılımıyla kurul oluşturulmaktadır. Trafik kazalarında oluşan engellilik, genellikle tek bir uzmanlık dalını ilgilendiren durumlardan kaynaklandığı için, böyle bir durumda engellilik sağlık kurulunun üç uzman hekimin katılımı ile oluşması Yönetmelik uyarınca mümkündür.

Sağlık kurulu raporunu düzenlemeye yetkili sağlık kurum ve kuruluşları ile hakem hastaneler, Yönetmelik'in 7. maddesine göre Sağlık Bakanlığınca belirlenir ve Bakanlığın internet sitesinde yayımlanır. Yetkili olmayan sağlık kurum ve kuruluşları ile 6. maddede belirtildiği şekilde sağlık kurulunu teşkil edemeyen sağlık kurum ve kuruluşlarının verdiği raporlar ilgili kurumlarca dikkate alınmayacaktır (m. 7/2).

Yönetmelik kapsamında sağlık kurulu tarafından hazırlanacak iki rapor bulunmaktadır. Bunlar, erişkinler için engellilik sağlık kurulu raporu ve erişkinler için terör, kaza ve yaralanmaya bağılı durum bildirir sağlık kurulu raporudur. Trafik Sigortası Genel şartları gereği istenilecek rapor, trafik

kazasına bağılı durum bildirir sağıık kurulu raporu olacaktır. Yönetmelik'in 9. maddesi uyarınca bu rapor, sağıık kurulunca ek-2'de yer alan rapora/muayene formuna (Engel oranları alan kılavuzuna) göre düzenlenecektir. Söz konusu raporda yer alan engel oranları cetveli ile kişinin engel durumu değerlendirilip belgelendirilecektir. Engellilik halinin ölçütü olarak ise kişinin engeli nedeniyle yaşadığı fonksiyon kaybı ve bunun günlük yaşam aktivitesine etkisinin değerlendirildiğı belirtilmektedir.

Raporda yer alan engellilik cetveline bakıldığında ise bu cetvelin organ ve vücut sistemlerine göre bölümlere ayrıldığı görülmektedir. Buna göre kişinin engellilik oranı, mevcut tıbbi bozukluğun ciddiyeti ile günlük yaşam aktivitesine getirdiğı sınırlama dikkate alınarak (%) oranlar şeklinde belirlenmektedir. Yönetmelik'in 10. maddesi uyarınca kişinin engel durumu, ek-2'de yer alan engel oranları uyarınca yüzde (%) oranlar şeklinde tespit edilerek raporun ilgili bölümünde belirtilmektedir.

C. Sağıık Kurulu Raporuna İtiraz

Erişkinler için Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik hükümleri esas alınarak hazırlanan sağıık kurulu raporuna karşı yapılacak itiraz prosedürü, Yönetmelik'in 12. maddesinde düzenlenmiştir¹⁹.

Sağıık kurulu raporlarına karşı, zarar gören, vasisi veya raporu talep eden kurum tarafından il sağıık müdürlüğüne itiraz edilebilir. Bireysel rapor itirazlarının, ilgisine teslim tarihinden itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir; aksi takdirde süresi içinde yapılmayan itirazlar dikkate alınmaz. Kurum itirazları açısından ise süre aranmaz (m. 12/1).

Sağıık kurulu raporuna itiraz edildiğinde, zarar gören il sağıık müdürlüğü tarafından yetkili en yakın farklı bir sağıık

¹⁹ "Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağıık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik" hükümleri esas alınarak hazırlanan sağıık raporlarına karşı yapılacak itiraz, Yönetmelik'in 10. maddesinde düzenlenmiştir.

lık kuruluşundan rapor almak üzere gönderilir. İtiraz edilen rapor ile itiraz üzerine verilen rapordaki kararlar aynı yönde ise rapor kesinleşir. Eğer rapor sonuçları farklı ve itiraz devam etmekte ise, zarar gören il sağlık müdürlüğü tarafından en yakın hakem hastaneye yönlendirilir. Hakem hastanede verilen karar kesindir (m. 12/2). Engel oranının değişmeyeceği hakem hastane kararı ile kesinleşen sürekli ibareli sağlık kurulu raporları için yeni rapor başvurusu kabul edilmez (m. 12/6).

Bu kapsamda ayrıca Trafik Sigortası Genel Şartları A.5-c maddesine göre, yetkili bir sağlık kurum veya kuruluşunca düzenlenecek trafik kazasına ilişkin sağlık kurulu raporunda illiyet bağı ile ilgili tespitin yer alması durumunda, bu tespitin aksini sigortacı ispat edecektir. Bu düzenleme yukarıda yapılan açıklamalarla birlikte değerlendirildiğinde, kendisine sunulan sağlık kurulu raporunda yer alan engellilik durumuna ilişkin tespitlerin hatalı olduğunu iddia eden sigortacının, rapora itiraz ederek haklılığını ispat etmesi gerekecektir.

III. SAĞLIK KURULU RAPORUNA RAĞMEN BİLİRKİŞİ RAPORUNUN İSTENMESİNİN YERİNDELİĞİ VE UYGULAMADA KARŞILAŞILAN PROBLEMLER

A. Genel Olarak

Yukarıda belirttiğimiz üzere, trafik kazası sonucu üçüncü kişinin uğradığı sürekli sakatlık zararlarının tazmin edilmesi için gerekli belgelerden biri de “Erişkinler için Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik” çerçevesinde düzenlenen sağlık kurulu raporudur. Söz konusu raporun düzenlenmesinde ise ilgili Yönetmelik’in ekinde bulunan “Engel Oranları Alan Kılavuzu” ile bu kılavuzda bulunan engel oranları cetvelinden yararlanılmaktadır. Böylece, kişinin organ veya vücut sisteminde meydana gelen tıbbi bozukluğun hangi engel grubunda yer aldığı, bu tıbbi bozukluğun ciddiyeti ve kişide neden olduğu engellilik oranı objektif olarak sağlık kurulunu oluşturan tıp uzmanları tarafından tespit edilebilmektedir.

Kanaatimizce, kişinin engel oranını açık ve objektif bir şekilde ortaya koyan söz konusu sağlık kurulu raporu ile, yine Ek-6'da sürekli sakatlık halinde aranacak belgeler arasında gösterilen mağdura ait son üç aylık döneme ait ücret belgesinin²⁰ sigortacıya birlikte sunulduğu hallerde, her iki belge kullanılarak ve ayrıca Trafik Sigortası Genel Şartları Ek-3'te Sürekli Sakatlık Tazminat Hesaplaması formülünde yer alan esaslar dikkate alınarak yapılacak aktüer hesaplaması sonucunda zarar gören üçüncü kişiye ödenecek tazminat miktarının kolayca ve kısa sürede belirlenmesi mümkündür.

B. Tazminat Talebi Yargılamasında Ortaya Çıkan Sorunlar

Yukarıda kısaca açıklandığı üzere, engel oranının sağlık kurulu raporu ile belirlenmesi ve aktüer hesaplaması sonucunda sigortacının ödeyeceği tazminat miktarının tespiti kolayca mümkün olmasına rağmen, sigortacılar zarar görenler tarafından alınan sağlık kurulu raporlarına yargılama sırasında itiraz etmektedir. Sigortacılar bu itirazları sırasında ayrıca medikal eksper raporları sunabilmekte ve bu raporlara dayanarak, sağlık kurulu raporunda tespit edilen engelin hatalı olduğunu ispat etmeye çalışmaktadırlar²¹. Yargıtay, sigortacı tarafından medikal eksper incelemesine göre raporun güvenilir olmadığını ileri sürülmesi halinde, sunulan sağlık kurulu raporlarının zarar gören tarafından kişisel başvuru sonucunda tek taraflı delillerle hazırlandığını ve sigortacının delillerinin dikkate alınmadığını mütalaa ederek, söz konusu sağlık kurulu raporlarının hüküm kurmaya elverişli olmadığına karar vermektedir²².

²⁰ Burada ayrıca belirtmelidir ki, ücret belgesinin ibrazı zorunlu değildir. Trafik Sigortası Genel Şartları EK-3'te yer alan Sürekli Sakatlık Tazminatı Hesaplamasına göre; vergilendirilmiş gelir tutarı için herhangi bir belge sunulmaması durumunda hesaplama, asgari ücret kullanılarak yapılır.

²¹ Sigorta şirketleri tarafından sunulan medikal eksper raporları, Hukuk Muhakemesi Kanunu kapsamında uzman görüşü (m. 293) niteliğindedir. Sigortacılık Kanunu açısından bakıldığında ise sunulan raporlar yetkili bir sigorta eksperini tarafından düzenlenmiş ise delil niteliğinde kabul edilmiştir (m. 22/17).

²² "Davalı vekilince dosyaya sunulmuş olunan maluliyet raporuna itiraz edilmiş olup hasar dosyasında yaptırıldıkları medikal eksper incelemesine göre raporun güvenilirliği olmadığı savunulmuştur. Mahkemece hükme esas alınan maluliyet

Bu durum nedeniyle hakimler/hakemler tarafından da TTK m.1427'ye²³ dayanılarak bilirkişiye başvurulmakta veya zarar görene yeni bir rapor alması için süre verilmektedir. Bu durum ise geçirdiği trafik kazası sonucu zaten mağdur olan ve engelli kalan üçüncü kişinin, zararlarının tazmininde gecikme yaşaması sebebiyle bir kez daha mağdur edilmesine, yargılamanın uzamasına ve masrafların artmasına sebep olmaktadır.

Bu mağduriyetin ciddiyeti, her yıl yayınlanan Sigorta Tahkim Komisyonu faaliyet raporu²⁴ incelendiğinde net bir şekilde ortaya çıkmaktadır. En son yayınlanan 2018 yılı faaliyet raporunda Komisyon'a yapılan başvuruların, 2017 yılına göre %26.47'lik bir artışla 106.812'ye yükseldiği, poliçe bazında değerlendirildiğinde bu başvuruların %97'lik kısmının (Trafik %92, Kasko %5) kara araçları ve kara araçları sorumluluk sigortalarından doğan uyuşmazlıklara ilişkin olduğu görülmek-

raporu davacı tarafca kişisel müracaat sonucunda tek taraflı sunulan delillerle hazırlanmış olduğundan ve davalı tarafın delilleri nazara alınmadığından somut olayın şartlarına göre sözkonusu sağlık kurul raporu hükme esas alınmaya yeterli değildir. Bu durumda, mahkemece, kazayla ilgili tüm tedavi evrakları celbedilerek yukarıda belirtilen açıklamalar ışığında davacıda meydana gelen maluliyet oranının tespit edilmesi, geçici iş göremezlik süresinin belirlenmesi ve davanın iyileşme döneminde bir başkasının sürekli bakımına muhtaç olup olmadığına ilişkin tespit edilmesi için ... Kurumu'ndan denetime elverişli bilirkişi raporu alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir." 17. HD., E. 2016/8233, K. 2016/7686, T. 23.06.2016 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 16.10.19). Ayrıca bkz. 17. HD., E. 2015/16115 K. 2015/13343 T. 03.12.2015 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 16.10.19).

²³ Bilindiği üzere, sigortacının tazminat ödeme borcunun düzenlendiği TTK md. 1427 hükmü, genel bir hüküm olup tüm sigorta türleri bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Dolayısıyla trafik sigortası kapsamında sigortacının tazminat ödeme borcu da bu madde hükmüne bağlanmaktadır. TTK md 1427'nin 2 ve 3. fıkralarında tazminat ödeme borcu "Sigorta tazminatı veya bedeli, rizikonun gerçekleşmesini müteakip ve rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmesinden sonra sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitince ve her hâlde 1446 ncı maddeye göre yapılacak ihbardan kırkbeş gün sonra muaccel olur. Can sigortaları için bu süre onbeş gündür. Sigortacıya yüklenemeyen bir kusurdan dolayı inceleme gecikmiş ise süre işlemez. Araştırmalar, 1446 ncı maddeye göre yapılacak ihbardan başlayarak üç ay içinde tamamlanamamışsa; sigortacı, tazminattan veya bedelden mahsup edilmek üzere, tarafların mutabakatı veya anlaşmazlık hâlinde mahkemece yapılacaktır ön ekspertiz sonucuna göre süratle tespit edilecek hasar miktarının veya bedelin en az yüzde ellisini avans olarak öder." şeklinde düzenlenmiştir.

²⁴ 2018 yılına ilişkin Sigorta Tahkim Faaliyet Raporu için bkz. <http://www.sigortatahkim.org.tr/files/FaaliyetRaporu2018.pdf>

tedir. Başvuruların neredeyse tamamının trafik sigortasına ilişkin uyuşmazlıklardan kaynaklandığı gözetildiğinde, zarara uğrayan üçüncü kişilerin başvuru süreci ve sonrasındaki aşamalarda yaşanan yoğunluk sebebiyle zararlarının tazmin edilmesinde gecikme yaşayacakları aşikârdır. Bu durumun önlenmesi açısından belirttiğimiz üzere sağlık kurulu raporu ile aktüer hesaplaması yapılarak bir an önce zararların giderilmesi gerekmektedir.

C. Sağlık Kurulu Raporuna Rağmen Bilirkişi Raporu İstenmesinin Yerindeliliği

Zarar gören üçüncü kişinin engellilik oranı yetkili bir resmi sağlık kurulu tarafından tespit edilmiş iken, yapılan engellilik tespitinin yargılama sırasında bilirkişiye başvurularak tartışılması kanaatimizce makul bir çözüm değildir. Pek tabiidir ki, sunulan sağlık kurulu raporu hatalı tespitler içerebilir veya sigortacının raporda yapılan tespitler hakkında makul şüpheleri bulunabilir. Ancak ayrıntıları aşağıda açıklanacağı üzere, sağlık kurulu raporunun içeriği hakkındaki tartışmanın yargılama öncesinde çözümlenmiş olması gerekmektedir. Bu şekilde yargılama aşamasında içeriği bakımından tereddüt olmayan kesin bir sağlık kurulu raporu ibraz edilmiş olacak ve hızlı bir şekilde tazminat hesaplaması yaptırılarak zarar tespit edilecektir.

Sorunun çözümü açısından sigortacıya ilk başvuru sürecinin kısaca açıklanması gerekmektedir. KTK m. 97 uyarınca zarar görenlerin mahkemeye veya tahkime başvurmadan önce zorunlu olarak sigortacıya başvuru yapmaları ve başvuru talebi konusunda uyuşmazlık yaşamaları gerekmektedir²⁵. Yukarıda da belirtildiği üzere Trafik Sigortası Genel Şartları EK-6'ya göre başvuru sırasında sigortacıya, "Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik" hükümlerine göre alınmış sağlık raporunu ibraz

²⁵ Sigorta şirketine başvuru zorunluluğu ile ilgili daha ayrıntılı açıklamalar için bkz; *Vural Seven*, Mahkemeye - Tahkime Başvurmadan Önce Sigorta Şirketine Başvuru Zorunluluğu, İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 83, Sayı: 2, Mayıs 2018, ss. 95-129.

etmek gerekmektedir. Geçerli bir sağlık kurulu raporu sunulmadan yapılan başvurular, sigortacıya yargılama öncesinde yapılan geçerli bir başvuru olarak nitelendirilemeyecektir.

İşte sigortacıya yargılama öncesinde yapılan bu zorunlu başvuru sırasında sağlık kurulu raporunun içeriğine ilişkin bir tereddüt varsa, sorun bu aşamada ileri sürülmelidir. Bu şekilde sunulan rapor, itiraz prosedürü işletilerek hakem hastane tarafından denetletirilmeli ve böylece kesinleştirilerek yargı yoluna başvurulması halinde üzerinde tereddüt olmayan kesin bir rapor ile başvuru yapılması sağlanmalıdır.

Trafik Sigortası Genel Şartlarında da düzenlendiği üzere, trafik kazasına ilişkin sağlık kurulu raporunda illiyet bağı ile ilgili tespitin yer alması durumunda, bu tespitin aksini sigortacı ispat edecektir (A.5-c). Sigortacı yargılama öncesinde kendisine ibraz edilen sağlık raporunun içeriğinin hatalı olduğunu iddia ediyorsa, bu iddiasını Yönetmelik'teki düzenleme de dikkate alındığında ancak rapora itiraz ederek ispat edebilecektir. Bu bakımdan, Yönetmelik'in 12. maddesinde yer alan itiraz prosedürü, sağlık kurulu raporlarının aksinin ispatında en etkili hukuki yol olarak görülmektedir. Sigortacı doğrudan il sağlık müdürlüğüne başvurarak rapora itiraz etme yetkisine sahip kurumlar arasındadır. Buna göre sağlık kurulu raporuna itiraz edildiğinde, zarar gören müdürlük tarafından yetkili en yakın farklı bir sağlık kuruluşundan rapor almak üzere gönderilir. Bu şekilde itiraz edilen sağlık kurulu raporundaki tespitlerin yerindeliği ve rapora karşı yapılan itirazlar, Sağlık Bakanlığı tarafından yetkilendirilen farklı bir yetkili hastane tarafından denetlenmektedir. İtiraz edilen rapor ile itiraz üzerine verilen rapordaki kararlar aynı yönde ise rapor kesinleşir. Eğer rapor sonuçları farklı ve itiraz devam etmekte ise, zarar gören müdürlük tarafından en yakın hakem hastaneye yönlendirilir. Hakem hastanede verilen karar kesindir. Görüldüğü üzere, sigortacının yargılama öncesinde kendisine sunulan sağlık kurulu raporuna Yönetmelik'te düzenlenen usule göre itiraz etmesi mümkündür. İtiraz üzerine düzenlenen raporun da Yönetmelik uyarınca kesin olacağı belirtilmiştir.

Kanaatimizce, Yönetmelik'te sağlık kurulu raporuna itiraz için öngörülen itiraz prosedürünü haklı bir nedeni bulunmaksızın işletmeyip, raporun denetimini yargılama öncesinde sağlamayan sigortacının, yargılama esnasında rapora ilişkin itirazlarının dinlenemeyeceğinin kabulü gerekmektedir. Haklı bir sebebi olmaksızın itiraz prosedürünü başlatmayan sigortacının, yargılama sürecinde medikal eksper raporu olarak itirazda bulunması halinde bu tutumunun kötü niyetli olacağından bahsedilecektir. Zira, sağlık kurulu raporuna itiraz etme hususunda kendisine bu şekilde bir itiraz prosedürü izleme hakkı tanınan sigortacının, bu hakkı kullanmayıp daha sonra yargılama esnasında rapora itiraz etmesi yargılamayı uzatmakta, zarar görenleri daha da mağdur duruma düşürmekte ve gereksiz gider yapılmasına sebep olmaktadır. Bu durumun hem usul ekonomisi ilkesine hem de dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği dikkate alındığında, hakimin/hakemin, itiraz prosedürünü başlatmayan sigortacının yargılama sırasında sağlık kurulu raporuna itiraz taleplerini kabul etmemesi gerektiği düşüncesindeyiz. Kanaatimizce hakim/hakem burada sadece raporun ilgili Yönetmelik uyarınca düzenlenip düzenlenmediğini incelemelidir. Eğer ilgili Yönetmelik'e uygun olarak düzenlenmiş sağlık raporuna itiraz prosedürü başlatılmamış veya rapor itiraz üzerine kesinleşmiş ise, artık raporun içeriğine ilişkin bir denetim veya inceleme yapılmamalıdır.

Ayrıca söz konusu itiraz prosedürü incelendiğinde, mevzuata uygun olarak itiraz üzerine hazırlanan sağlık kurulu raporunun hakim tarafından denetlenmesine gerek kalmadığı görülmektedir. Zira sağlık kurulu raporuna itiraz edildiği takdirde başvurulacak merci il sağlık müdürlüğü olarak belirlenmekle beraber, süreç sonunda elde edilen raporda verilen kararların kesin olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla, yukarıda anlattığımız gerekçelerden ötürü TTK md. 1427'de öngörüldüğü şekilde mahkemece bilirkişi raporu talep edilmesi burada yersiz ve zaman kaybına yol açıcı nitelikte olduğu gibi, bundan sonraki süreçte hakimin raporu değerlendirerek hasar bedelinin en az %50'sinin avans olarak ödenmesini takdir etme hakkı da bulunmamaktadır.

Diğer taraftan Yönetmelik uyarınca hakem hastane kararı ile süresinde itiraz edilemeyerek kesinleşen rapor hakkında aynı gereksinim alanı ile ilgili yeni rapor başvurusu en erken altı ay sonra kabul edilmektedir (m. 12/5). Engel oranının değişmeyeceği hakem hastane kararı ile kesinleşen sürekli ibareli sağlık kurulu raporları için ise yeni rapor başvurusu kabul edilmez (m. 12/6). Bu hükümler çerçevesinde bakıldığında da, Yönetmelik'e uygun alınmış bir sağlık kurulu raporu bulunmakta iken yeniden bilirkişi raporu alınması veya zarar görenden yeni bir rapor talep edilmesi, Yönetmelik hükümleri ile bağdaşmamaktadır.

Önceki başlıkta açıklamış olduğumuz hukuki sorun ile ilgili verilmiş olan Yargıtay kararında, sunulan sağlık kurulu raporlarının zarar gören tarafından kişisel başvuru sonucunda tek taraflı delillerle hazırlandığı ve sigortacının delillerinin dikkate alınmadığı belirtilmiştir. Bu durumda sigortacı tarafından medikal eksper incelemesine göre raporun güvenilir olmadığı ileri sürülmesi halinde söz konusu sağlık kurulu raporlarının hüküm kurmaya elverişli olmadığına karar verilmiştir. Öncelikle sigortacıya tazminat ödemesi için yapılan zorunlu başvuru sırasında sunulacak belgeler arasında sağlık kurulu raporu da bulunduğundan, zarar görenin başvuru öncesinde kişisel müracaatı ile rapor talep etmesi gerekecektir. Diğer taraftan sunulan sağlık kurulu raporu ilk etapta kişisel müracaat ve tek taraflı delillerle hazırlanmakta ise de, sigortacının kendi delilleri ve gerekçeleri ile rapora itiraz ederek hakem hastaneden yeni bir rapor talep etme hakkı bulunmaktadır. Eğer sigortacı kendi delilleri ve gerekçeleri ile rapora itiraz etmemiş ise yargılamada raporun tek taraflı hazırlandığı ve kendi delillerinin dikkate alınmadığı savunması dikkate alınamayacaktır. Çünkü sigortacı kendisine tanınan etkili bir hukuki imkanı kullanmamakta ve yargılama sırasında yargılama sürecinin uzamasına sebep olacak şekilde hareket etmektedir. Bu nedenle sigortacıların söz konusu savunmalarında korunabilecek bir hukuki menfaat bulunmamaktadır.

Uygulamada karşılaşılan diğer bir önemli problem ise, her ne kadar engel oranları cetveli esas alınarak düzenlenmiş olsa da sağlık kurulu raporunun Yönetmelik'teki diğer şartları sağlamadığı hallerde nasıl değerlendirileceğidir. Bu sorunla özellikle üniversite hastanelerinden mevzuata uygun olarak hazırlanmayan yetersiz sağlık kurulu raporu alınması hallerinde karşılaşılmaktadır. Yargıtay içtihatlarına bakıldığında uyuşmazlıkların büyük bir kısmında sağlık kurulu raporunun yetersiz şekilde düzenlenmiş olması sebebiyle yargılamanın uzadığı görülmektedir. Zira, Yargıtay yetersiz sağlık kurulu raporu sebebiyle söz konusu hallerde raporun ilgili mevzuata uygun olarak düzenlenmesi gerektiği yönünde karar verip yetersiz sağlık kurulu raporuna itibar edilerek kurulan hükümleri bozmaktadır²⁶.

Kanaatimizce, uygulamada karşılaşılan bu sorunun önüne geçilmesi amacıyla öncelikle kaza tarihi itibarıyla uygulanacak mevzuatın tespitinin doğru yapılması, daha sonra hazırlanacak raporun yetkili sağlık kurum ve kuruluşlarından alınması ve raporun ilgili mevzuat hükümlerinde belirlenen şartlara uygun olarak düzenlenmesinin sağlanması gerekmektedir. Bu şekilde trafik kazasında zarar görenin mağduriyeti daha kısa sürede giderileceği gibi Yargı'nın da iş yükü azaltılmış olacaktır.

SONUÇ

İşletenin karayolunda motorlu araç işlettiği esnada meydana gelen kaza sonucu zarara uğrattığı üçüncü kişilerin maddi ve bedensel zararları, trafik sigortası ile teminat altına alınmaktadır. Bu teminat kapsamında üçüncü kişinin yapmış olduğu sağlık giderleri ve sürekli sakat kalması sebebiyle ileride ekonomik olarak uğrayacağı maddi zararları sigortacı tarafından karşılanmaktadır.

²⁶ İlgili bazı Yargıtay kararları için bkz. 17. HD., E. 2018/5708 K. 2019/3784 T. 28.3.2019; 17. HD., E. 2013/19930 K. 2015/5462 T. 07.04.2015; 17. HD., E. 2011/133 K. 2012/180 T. 18.01.2012; 17. HD., E. 2008/5982 K. 2009/5562 T. 17.09.2009 (www.lexpera.com Erişim Tarihi: 05.10.2019).

Sigortacının söz konusu zararları karşılayabilmesi için Trafik Sigortası Genel Şartları Ek-6'da "Tazminat Ödemesinde İstenilecek Belgeler" başlığı altında sayılan bilgi ve belgelerin kendisine sunulması gerekmektedir. Bu bakımdan, söz konusu belgelerin tam bir tazminat ödemesi yapılabilmesi açısından önem arz ettiği açıktır.

Sürekli sakatlık zararlarının tespiti bakımından gerekli olan sağlık kurulu raporu da söz konusu belgeler arasında yer almaktadır. İlgili raporun düzenlenmesinde yararlanılan engel oranları alan kılavuzu ve bu kılavuzda bulunan engel oranları cetveli sayesinde, kişinin organ veya vücut sistemindeki bir tıbbi bozukluğun ciddiyeti ve bunun kişide neden olduğu engellilik oranı objektif olarak sağlık kurulunu oluşturan tıp uzmanları tarafından tespit edilebilmektedir. Diğer yandan, Ek-6'da belirtildiği üzere sürekli sakatlık halinde tazminatın ödenmesi için gerekli olan belgelerden biri de mağdurun son üç aylık döneme ilişkin ücret belgesidir.

Kişinin engellilik oranı ve ücret bilgisi, bu belgeler ile ortaya koyulduktan sonra yapılacak aktüer hesaplaması sonucunda ödenecek sigorta tazminatının belirlenmesi mümkündür. Ancak uygulamada tazminat miktarının belirlenmesi işlemi TTK m. 1427 sebebiyle bilirkişiye bırakılmaktadır. Bu durum, yapılacak bir aktüer hesaplaması ile zararları kısa sürede giderilebilecek olan kişinin, gecikme sebebiyle tekrar mağdur olmasına sebebiyet vermektedir. Ülke genelinde Sigorta Tahkim Komisyonu'na yapılan başvuruların %97'sinin kara araçları sorumluluk sigortalarından doğan uyuşmazlıklar sebebiyle yapıldığı gerçeği de söz konusu gecikmenin ne derece ciddi bir boyuta ulaşabileceğini gözler önüne sermektedir.

Diğer yandan mevzuata uygun olarak düzenlenen sağlık kurulu raporuna itiraz edilmek istendiğinde başvurulacak merci, il sağlık müdürlüğüdür. Müdürlüğün yönlendirmesi ile itiraz üzerine hazırlanacak rapor ile itiraz edilen rapordaki kararlar örtüşmekte ise bu kararlar kesindir. Eğer kararlar aynı yönde değilse de hakem hastanenin vereceği karar kesin kabul edilecektir. Dolayısıyla, TTK m. 1427'de düzenlendiği şek-

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

liyle hakimin söz konusu kararları denetlemesi ve tespit edilecek bedelin en az %50'sinin ödenmesine karar vermesi gibi bir takdir hakkı bulunmamaktadır.

Ayrıca itiraz prosedürünü haklı bir nedeni olmaksızın başlatmayan sigortacının, yargılamaya geçildiğinde sağlık kurulu raporuna karşı itiraz taleplerinin dinlenilmemesi gerekmektedir. Zira bu durumda sigortacının kendisine Yönetmelik'te tanınan itiraz hakkını yargılama öncesinde kasten kullanmayıp, yargılamayı uzatmak maksadıyla itirazda bulunduğu yönünde bir kanaat oluşacaktır. Sigortacının bu tutumu hem usul ekonomisi ilkesine hem de dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. Bu bakımdan, sigortacı, itiraz prosedürünü işleterek sağlık kurulu raporunun denetimini kendisi sağlamalı ve yargılamanın uzamasına ve gereksiz masraf yapılmasına sebebiyet vermemelidir.

Son olarak, sağlık kurulu raporunun düzenlenişinde, kaza tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan mevzuat dikkate alınmalı, rapor söz konusu mevzuat uyarınca yetkili tayin edilen sağlık kurum ve kuruluşlarında hazırlanmalı ve mevzuatın belirlediği tüm şartları ihtiva etmelidir. Aksi halde, uygulamada görüldüğü üzere Yargıtay kararlarına sirayet eden olaylarda uyuşmazlıklar yetersiz sağlık kurulu raporu nedeniyle çözümlenememekte, bu durum hem yargılamanın uzamasına sebebiyet vermekte ve Yargıtay'ın iş yükünü arttırmakta hem de zarara uğrayanın kısa sürede mağduriyetinin giderilmesini engellemektedir.

SİGORTA HUKUKU SORUMLULUĞU

Refik EĞRİ

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Üyesi

Türk Ticaret Kanunu Sistematiğinde Sigorta türleri iki ana başlık altında incelenmiştir. Bunlar:

a) Zarar Sigortaları

- aa) Mal Sigortaları (Kasko, Yangın, Hırsızlık Deprem, Makine, Fırtına, Su basması v.s)
- bb) Sorumluluk Sigortaları (Araç Hasarları ZMMS, TMZSS, TZSS vs.)

b) Can Sigortaları

- aa) Hayat Sigortası

Sigorta ettirene veya onun belirlediği kişiye, sigortalının ölümü veya hayatta kalması halinde kendisine sigorta bedelinin ödenmesi.

- bb) Kaza Sigortası

c) Sigortalının kaza sonucu ölüm, geçici veya sürekli sakatlık ya da iş göremezlik zararının ödenmesi.

- cc) Hastalık ve Sağlık Sigortası

Sözleşmede öngörülen hastalıklardan birinin veya bir kaçının sözleşme süresi içinde gerçekleşmesi veya ortaya çıkması halinde teminatı kapsar.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Dairemiz uygulanmasında sıkça karşılaşılan vakalar genelde trafik sigortası olarak bilinen Karayolları Zorunlu mali Mesuliyet Sigortasıdır. Bu sigorta karayollarında trafik çıkan araçların yaptırımları 2918 sayılı kanun gereği zorunlu olan sigorta olup, kapsamında Maddi Tazminat, Sağlık gideri ve Sakatlanma/Ölüm Teminatı bulunmaktadır.

Bu sigorta bir zarar sigortası olmakla beraber şahıs başına ve kaza başına üst limitleri bulunmaktadır. 2019 için bu üst limit şahıs başına 390,000 TL olarak belirlenmiş, olay başına limit ise 1950,000 TL olarak saptanmıştır. Her yıl Hazine Müsteşarlığına limitler belirlenmektedir.

Bir kaza sonucu bedensel zarar uğrayan kişiler tazminat talebinde bulunarak TBK.53 ve 54. Md. leri kapsamında ya kendileri için bedensel kayıpları için yada ölüm halinde ölenin desteğinden yoksun kalanlar bu zararların giderinin talep etmektedirler. O halde bedensel zarar halinde tazminat talep edebilecek olanlar:

-yaralanan/sakatlanan kişinin kendisi maddi ve manevi tazminat talep edebilir. Ağır bedensel zarar varsa yaralanan/sakatlanan kişinin yakınlar

-Manevi tazminat talep edebilir.

Ölüm söz konusu ise, ölenin desteğinden yoksun kalanlar bu zararlarını talep edebilirler.

Bu kişiler kimlerden talep de bulunabileceklerdir. Yani davalı kim olabilir ?

Öncelikle kazaya sebep olan sürücü TBK.49.md. çerçevesinde haksız fiil faili sorumludur.

Kusursuz sorumlu olarak kanunen sorumluluk affedilenler, işleten, işleten yerine geçenler ve teşebbüs sahipleri KTK.85. md. kapsamında sorumludur.

İşleten bu sorumluluğunu KTK 91. Md. ne göre sigorta ettirmekle yükümlü olduğundan sigorta şirketleri de sözleşme

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

gereği uğranılan zarardan sorumludurlar bunlar da zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Taşıma Sigorta ferdi Koltuk Sigortası, İhtiyari mali Sorumluluk Sigortasıdır.

Zarar Gören üçüncü kişinin KTK.85. md. ne göre talepte bulunabileceği kabul edildiğine göre üçüncü kişi kimdir? Öncelikle sigortacı ve Sigorta ettiren ve onun eylemlerinden sorumlu olduğu kişi (sürücü) dışındaki herkes üçüncü kişidir. KTK.90. md. de yapılan değişiklik ile sorumluluk düzenlemesinde değişiklik yapılmıştır. Şöyle ki 01.06.2015 tarihinde yürürlüğe giren Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası genel şartlarına ATIF YAPILARAK, BU Genel Şartların A.6.md. de (d) bendinde “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 şahsın kusuruna denk gelen destek tazminatı talepleri” ZMMS teminatının dışında kalan hallerden sayılmıştır. Bu çerçevede üçüncü kişi kavramına istisna getirilmiş. Buna göre 01.06.2015 tarihinden sonra meydana gelen kazalar da ölen sürücünün desteğinden yoksun kalanlar üçüncü kişi olarak zarar gören sayılmaktadır.

17. H.D nin 08.05.2019 T. ve E. 2016/14659 K. 2019/6217

17. H.D. nin 31.10.2017 T. ve E. 2017/1541 K. 2017/9897

Kararda özetle, 22.08.2015 tarihinde desteğin yönetiminde bulunan traktöre arkadan çarpma sonucunda, desteğin ölümü sonucunda, destekten yoksun kalan anne ve baba tazminat talebini hem kendi araçları olan traktörün sigorta şirketinden hem de karşı araç sigorta şirketinden talep etmişlerse de, kaza tarihi itibariyle yürürlüğe girmiş olan (01.06.2015 tarihli) Genel şartlar çerçevesinde Munis ile davalı Ege Sigorta şirketi arasında düzenlenen poliçenin talimat başlangıç ve bitiş tarihleri 02.08.2015-02.08.2016 tarihleri olup, davalı Ege Sigorta şirketinin sorumluluk kapsamı ise 01.06.2015 tarihinde yani poliçenin teminat başlangıç tarihi olan 02.08.2015 tarihinden önce yürürlüğe giren Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartları'na göre belirlenecek.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları A.3md. ne ve A.5 md nin (ç) bendine göre ancak üçüncü kişinin ölümü dolayısıyla oluşan destek zararları, destekten yoksun kalma (ölüm) teminatı kapsamındadır. Bunun sonucu olarak, sigortacının destek zararlarından sorumlu olması için motorlu aracın işletilmesi sırasında ölen kişinin mutlaka üçüncü bir kişi olması gerekir. Somut olayda ise işletmenin eylemlerinden sorumlu olduğu sürücü murisin (desteğin) üçüncü kişi olarak kabulü mümkün değildir.

Yine Genel Şartların A.6 md. (d) bendine göre destekten yoksun kalan hak sahibinin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmakla beraber destek şahsın kusuruna denk gelen destek tazminatı taleplerinin teminat kapsamı dışında tutulması nedeniyle, somut olayda tali kusuru ile kendi ölümüne neden olan sürücü sigortalı murisin kusurunun isabet eden destek tazminatı sigorta teminatı kapsamında değildir.

Aynı prensipten hareketle bu kararda da;

Özetle, somut olayda davacı eş, sigortalı sürücü desteğin sevk ve idaresindeki kendisine ait araçla tek taraflı olarak yapmış olduğu trafik kazasında ölmesi sonucu aracın zorunlu mali sorumluluk sigortacısından destekten yoksun kalma tazminatı talebinde bulunmuştur. Mahkemece trafik polis memurundan alınan kusur bilirkişi raporuna göre, davaya konu trafik kazası, sürücü murisin duraklama için uygun yerin seçilmesi, gerekirse aracın motorunu durdurup uygun vitesle takıp, el frenini çekip yolun eğimine göre uygun tekerlere, uygun yönde takoz konulmasının mecburi olduğuna dair kuralı ihlali nedeniyle %100 kusurlu ve tek taraflı olarak 11.08.2015 tarihinde meydana gelmiştir.

Muris ile davalı sigorta şirketi arasında düzenlenen poliçenin teminat başlangıç ve bitiş tarihleri 27.06.2015 ve 27.06.2016 tarihleri olup, davalı sigorta şirketinin sorumluluğunun kapsamı ise 01.06.2015 tarihinde yani poliçenin teminat başlangıç tarihi olan 27.06.2015 tarihinden önce yürürlüğe giren Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Genel Şartlarına göre belirlenecektir. Bunun sonucu olarak, sigortacının destek zararlarından sorumlu olması için, motorlu aracın işletilmesi sırasında ölen kişinin mutlaka üçüncü bir kişi olması gerekir. Somut olayda ise işletmenin eylemlerinden sorumlu olduğu sürücü muris'in üçüncü kişi olarak kabulü mümkün değildir.

Genel şartların A.6 md. (d) bendine göre destekten yoksun kalan hak sahibinin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmakla beraber, destek şahsın kusuruna denk gelen destek tazminatı taleplerinin teminat kapsamı dışında tutulması nedeniyle, somut olayda %100 kusuru ile kendi ölümüne neden olan sürücü sigortalı murisin tam kusuruna isabet eden destek tazminatı sigorta teminatı kapsamında değildir. Bu nedenle davacı eşin davalı sigorta şirketinden destek tazminatı talep etme hakkı bulunmamaktadır.

ZMMS Genel Şartların Yürürlüğe girdiği 01.06.2015 tarihi öncesinde meydana gelen veya sonraki tarihte de meydana gelse ZMMS Poliçenin düzenlendiği tarihi itibari ile 01.06.2015'ten önceki poliçeler açısından genel şartlardaki değişiklik uygulanmamaktadır. Nitekim emsal olarak şu kararları sunabiliriz.

17. hukuk dairesi nin 20.06.2017 gün ve E. 2016/8399 K. 2017/7030 sayılı kararında;

Davacılar; sürücü desteğin sevk ve idaresinde ki kendisine ait motosikletle tek taraflı olarak yapmış olduğu trafik kazasında ölmesi sonucu motosikletin ZMMS Sigortasının olmaması nedeniyle Güvence Hesabından tazminat talebinde bulunmuşlardır. Kaza tespit tutanağına göre davaya konu trafik kazası sürücü murisin aşırı alkollü şekilde, hızını gerekli şartlarda uydurmaması nedeniyle tek taraflı olarak 03.06.2015 tarihinde meydana gelmiştir.

Kaza tarihi itibari ile aracın ZMMS Yaptırılmamış olması nedeniyle Sigortacılık kan.14.md gereği, ZMMS Sigortasının kaza tarihindeki limitleri dahilinde de işletmenin üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun Güvence Hesabı karşılayacaktır. Gü-

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

vence hesabının sorumluluğunun kapsamı ise 01.06.2015 tarihinde, yani davaya konu 03.06.2015 tarihli trafik kazasından önce yürürlüğe giren Karayolları Motorlu Araçlar ZMMS Genel Şartlarına göre belirlenecektir.

Genel şartların A.6.md (d) bendine göre destekten yoksun kalan hak sahibinin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmakla beraber, destek şahsım kusuruna denk gelen destek tazminatı taleplerinin teminat kapsamı dışında tutulması nedeniyle, somut olayda %100 kusuru ile kendi ölümüne neden olan sürücü muris'in tam kusuruna isabet eden destek tazminatı sigorta teminatı kapsamında değildir.

Zarar gören destekten yoksun kalanların araç işletenine karşı manevi tazminat talep ettikleri bir olayda %100 kusurlu tek taraflı kaza sonucu işletenin KTK.85. Md. gereğince üçüncü kişi olan destekten yoksun kalanların tazminat istemlerinden sorumlu olduğu 17.H.D nin 28.11.2018 gün ve E. 2018/1290 K. 2018/11376 Sayılı kararda belirtilmiştir. Bu kararda:

“Davacıların ölenin salt mirasçısı olmaları sıfatıyla değil üçüncü kişi sıfatıyla dava açtıkları, ölüm nedeniyle doğrudan davacılar üzerinde doğan zararların oluşumundaki kusurun davacılara yansımayaacağı, dolayısıyla tam kusurlu müteveffa araç sürücüsünün ve onun eylemlerinden sorumlu olan işletmenin kusurunun davacıları etkilemeyeceği, Sürücünün tam kusuru ile gerçekleşen bu kazada davacıların zarar gören üçüncü kişi konumunda bulunmasına göre davacıların davadan manevi tazminat isteyebileceklerine” karar vermiştir

Zarar gören üçüncü kişinin zorunlu sigortacıya karşı dava açma şartları

Trafik kaza sonucu zarar gören üçüncü kişinin zarar veren aracın Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortacısına dava açabilme şartlarını düzenleyen Karayolları Trafik kanunu'nun 97. maddesi 26.04.2016 tarihinde 6704 sayılı kanun ile yapılan değişiklik ile yeniden düzenlenmiştir KTK 97. maddesinde “ Zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında Öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuru-

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

luşuna yazılı başvuruda bulunması gerekir. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde başvuru yazı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılanmadığına ilişkin uyuşmazlık olması halinde, zarar gören dava açabilir veya 5684 sayılı kanun çerçevesinde tahkime başvurabilir.” İfadesi ile kanun koyucu trafik kazası sonucu zarar görenlerin zorunlu sigortacıya karşı dava açabilmesi için sigortacı ile zarar görenin arasında bir uyuşmazlık çıkması şartına bağlamıştır. Uyuşmazlığın nasıl oluşacağını da maddede ayrıntılı düzenlemiştir.

Kanun maddesine göre sigortacı ile zarar görenin arasında uyuşmazlık olması için:

- a) Zarar gören sigortacıya zararlarının karşılanması için yazılı başvuruda bulunması,
- b) Sigortacıya yazılı başvuruda bulunduktan sonra (sigortacıya tebliğ olduktan sonra) 15 gün içinde cevap verilmemesi,
- c) sigortacı tarafından cevap verilmemiş olmasına rağmen zarar görenin talebini Karşılamaaması,

Durumunda sigortacı ile zarar gören arasındaki uyuşmazlık oluşacak ve zarar gören sigortacıya karşı dava açabilecektir.

KTK 97. Maddesinde “dava açmadan önce” ifadesi ile dava açılmadan önce yapılması gereken hususları açık ve ayrıntılı göstermiştir. “Uyuşmazlık olması halinde, zarar gören dava açabilir” düzenlenmesi ile de maddede belirtilen yazılı başvuru ve 15 gün içinde cevap verilmemesi ya da verilen cevabın talebi karşılamaması durumunda zarar gören ile sigortacı arasında uyuşmazlık çıkacağı ve ancak bu halde dava açabileceği açıkça ifade edilmiştir.

KTK 97. maddesindeki düzenlemenin bir dava şartı olduğu tartışmasızdır. Bu düzenlemedeki dava şartının dava açılmadan yerine getirilmesi gereken bir dava şartı mı yoksa dava açıldıktan sonra mı yerine getirilebilir bir dava şartını konusu incelemekte fayda bulunmaktadır.

KTK 97. maddesinde ki dava şartı dava açıldıktan sonra yerine getirilebilir bir dava şartı mıdır? Bir başka anlatımla dava açıldıktan sonra zarar gören sigortacıya yazılı başvuruda bulunmuş olsa ve 15 gün içinde sigortacı tarafından cevap vermemiş olması ya da sigortacının verdiği cevap zarar görenin talebini karşılamamış olması durumunda dava şartı yerine gelmemiş olur mu? Buna cevap verebilmek için öncelikle kanun koyucuyu bu maddenin değiştirilmesine iten nedenleri ve kanun koyucu'nun amacının iyi tespit etmek gerekir. Kanun koyucu dava açıldıktan sonra sigortacıya yazılı başvuru yapılması arzu etmiş olsa maddede böyle bir değişiklik yapılmasına gerek var mı?

Dava açılması ile birlikte zarar görenin taleplerini içeren dava dilekçesi ve ekleri davalı sigortacıya zaten tevdi edilecektir. Bir başka anlatımla zarar gören mahkeme aracılığı ile sigortacı yazılı başvuru yapmış olacaktır. Ayrıca birden haricen bir yazılı talepte bulunmasına gerek var mıdır? Bu soruya evet demek mümkün değildir. Çünkü kanun koyucuyu abesle işgal etmez. Bu maddede de değişikliğe gidilmesi ve dava açılmadan önce bir takım şartları yerine getirilmesinde bir amacı bulunmaktadır. Bu amaç ise trafik kazası sonucu zarar gören üçüncü kişinin sigortacıya başvurarak sigortacıyı talebinden haberdar etmesi, sigortacı ile zarar görenin anlaşması durumunda gereksiz yere davaların açılmasını önlemektir. Diğer taraftan dava açıldıktan sonra dava harçları, yargılama giderleri ve vekalet ücreti gibi sorunlar çıkacaktır. Dava açıldıktan sonra davayı kabul eden sigortacının davanın açılmasına sebebiyet verdiği gerekçesi ile yargılama giderlerinden ve vekalet ücretinden de sorumluluğuna gidilecektir. Bu durum sigortacı ile zarar görenin anlaşma ihtimalini de zorlaştıracaktır.

TMK Birinci maddesine göre kanun, sözüyle özüyle dediğin değil bütün konularda uygulanır. Kanunun yorumunu da, kanun metninin anlam ve ruhu-Özü önemlidir. Buruk, kanun kuralının izlediği gayeden çıkarılır. Bunu gala iyi (amaçsal) yorum ve kanun kuralının amacına göre yorum denir. Bu kanun hükmünün kanunla konulur amacına aykırı bir sonuç Doğu-

racak şekilde yorumlanması hukuk ilkelerine de kanun hem sözü ile hem de Özü ile uygulamasını Öngören TMK.nun Birinci maddesine uygun düşmez.(T.C YARGITAY HUKUK GENEL KURULU, E. 2004/4-40, K. 2004/113, T. 25.02.2004 karar)

Maddenin lafzi Yorumundan zarar gören üçüncü kişinin sigortacıya karşı dava sigortacı yazılı başvuru yaparak, sigortacının 15 gün içinde Cevap vermemesi veya verdiği cevabın zarar görenin talebini Karşılamaaması böylece taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkması şartını aradığını açıkça söyleyebiliriz. Amaç sallıyorum yaptığımızda da sonuç değişmeyecektir. O zaman maddenin lafzına ve amacına aykırı yorum da maddeye yeni bir ihdas yapmak yargının görevi olmadığını düşünüyoruz.

Nitekim benzer bir düzenleme idari yargılama usulü kanunu'nun 13. maddesinde bulunmaktadır. Bu maddede "idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarını yerine getirilmesine istemleri gerekir bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde veriyor bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında 60 gün içinde cevap vermediği taktirde Bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir." İfadesi ile idarenin bir eylemi nedeniyle idari yargı davası açılmadan önce idari başvurulması ve idarenin başvuruyu reddetmesi ya da 60 gün içinde cevap vermemesi halinde dava açabileceği belirtilmiştir. Uygulamada Danıştay kararları ile idareye başvurulmadan idarenin bir eylemi nedeniyle idare mahkemesine tam yargı davası açılmış ise idare Mahkemesi dava açılmadan önce idari başvuru yapılmadığı gerekçesi ile davanın Esasını kapatarak dava dilekçesini ilgili idareye göndermektedir. İdare ilgilinin isteğini kabul etmemesi durumunda ilgili yeni bir dava dilekçesi ve yeniden harf ödeyerek tam yargı davasını açabilmektedir.

İdari eylemi nedeniyle zarar gördüğünü iddia eden kişi idareye belirtilen sürelerde başvurmadan İdare mahkemesine dava açmış idare Mahkemesi başvuru şartını gözden kaçırmış

ise Danıştay dava açılmadan önce ilgili idareye başvurunun yapılmamış olması nedeniyle dava dilekçesini bir daha beye gönderilmesi şeklinde karar vermesi gerektiği Gerekçesiyle kararı bozmaktadır.

Danıştay 15. dairesi 18.09.2018 tarihi 2014/2482 esas, 2018/6246 karar sayılı ilamında "2577 sayılı idari yargılama usulü kanununun 13. maddesinde, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve herhalde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde idareye başvurarak haklarının yerine Getirilmesini istemeleri gerektiği; bu isteklerinin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek haklarında 60 gün içinde cevap vermediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren dava süresi içinde dava açabileceği kuralı yer alıp, alınan maddede, idari eylemler nedeniyle Uğranılan zararın tazmin için idareye başvuruda bulunmasının, dava ön şart olarak öngörülmesi.." Şeklinde karar vermiştir. Bu Şablon kararın Danıştay'ın tüm dairelerince benimsendiği görülmektedir. Bu uygulamadan da Anlaşıldığı üzere Danıştay İYUK 13. maddesinde belirtilen dava şartının dava açmadan önce gerçekleşmesi gereken bir dava ön şart olarak görmüştür.

Sonuç itibari ile KTK 97. maddesi dava açılmadan yerine getirilmesi gereken bir dava ön şartını düzenlemektedir. Hukuk mahkemeleri kanunu'nun 114. maddesinde dava şartları sayılmış ve 114/2 maddesinde "diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümler saklıdır. " İfadesi ile diğer kanunlarla da dava şartının konulabilecek kabul edilmiştir. Dava şartının olmaması durumunda davanın esastan reddedilecek bir hususu HMK 115/2 maddesinde düzenlenmiş olup bu durum hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınacak ve dava şartı yokluğundan davanın usulden reddi gerekecektir.

-Ancak dairemiz; sigorta kuruluşuna yazılı başvuru yapmadan dava yoluna gidilmesi durumunda, bu hususu red sebebi değil HMK.nın 115. Md. ne göre tamamlanabilir dava şartı olarak uygulamaktadır.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

BEDENİ TAZMİNATLARI ETKİLEYEN FAKTÖRLER

SOSYO- EKONOMİK FAKTÖRLER	AKTÜERYAL FAKTÖRLER	HUKUKSAL FAKTÖRLER
Destek Payları	Teknik faiz oranı	KTK
Yeniden Enlenme Olasılığı	Motorlite tablosu	Müşterliğimiz Mevzuatları
18 yaş altı maluliyet	Çift başlı- tek başlıyaşam annüitesi	Borçlar Kanunu
Destek alma ve verme yaşları	Beklenen ömür	Medeni Kanun
Kullanılacak Net Gelir		

ZARAR GÖRENİN SİGORTACIYA BAŞVURUSU

Genel şartlar B.2.1 maddesine göre “Sigortacı; hak sahibinin, kaza veya zararın tespit edilebilmesi için genel şartlar ekinde yer alan gerekli tüm belgeleri sigortacının merkez veya şubelerinden birine iletmediği tarihten itibaren sekiz iş günü içinde tazminatı hak sahibine öder.” İfadesinden anlaşıldığı üzere sigortacının ödeme yapabilmesi için genel şartlar aynı (Ek 6) da belirtilen belgelerin zarar gören tarafından sigortacıya ibraz edilmesi gerekir.

Genel Şartlar Ek 6 da ise Sürekli Sakatlık Durumunda;

1.30.03.2013 tarihli ve 28603 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Özürlük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporu Hakkında Yönetmelik” çerçevesinde düzenlenmiş sağlık kurulu raporu.

2.Hak sahibi gerçek kişiler için: T.C Kimlik No.

3.Kaza raporu

4.Mağdura ait son 3 aylık döneme ait ilişkin ücret belgesi

5.Hak sahibine ait banka hesap bilgileri

**MALULİYET OARANININ TESPİTİNDE
UYGULANACAK MEVZUAT**

- a) 11.10.2008 tarihine kadar Sosyal Sigorta Sağlık işlemleri Tüzüğü eklerine göre.
- b) 11.10.2008- 01.09.2013 tarihleri arasında ise Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği.
- c) 01.09.2013 tarihinden sonra ise Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliği eklerine göre maluliyet oranı belirlenecektir.
- d) 01.06.2015 tarihinden sonra Genel Şartlar Ek 6. Maddesine göre 30.03.2013 tarihli Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Hakkında Yönetmelik

Bu yönetmeliklerden uygulanacak olanlara ilişkin örnek kararlarda:

17. H.D nin 6.09.2018 gün ve E. 2015/14538 K. 2018/ 7465 sayılı kararında;

“Dava trafik kazasından kaynaklanan cismani zarar nedeniyle maddi tazminat isteyebilir. Haksız fiil sonucu çalışma gücü kaybı olduğu iddiası ve buna yönelik zarar kapsamının belirlenmesi açısından maluliyetin varlığın ve oranının belirlenmesi gerekmektedir.

Maluliyete İlişkin alınacak raporlar, 1.10.2008 tarihinden önce Sosyal Sigorta sağlık işlemleri tüzüğü, 11.10.2008 Tarihi ile 1.09.2013 tarihleri arasında çalışma gücü ve meslekte kazanma gücü kaybı oranı tespit işlemleri Yönetmeliği, 1.09.2013 tarihinden sonra maluliyet tespiti işlemleri Yönetmeliğine göre düzenlenmesi gerekir.

Somut olayda mahkemece Çukurova Üniversitesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığı’ndan çalışma gücü ve meslekte kazanma gücü kaybı oranı tespit işlemleri Yönetmeliği (SGK Sağlık işlemleri tüzüğü)’ne Göre alınan bilirkişi raporu’nda %40,2 oranında daimi maluliyet Verilmiş, mahkemece bu rapor hükme esas alınarak davanın kabulüne karar verilmiştir. Bilirkişi

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

raporunda ilgili yönetmeliğin mi, yoksa Tüzüğünü raporu esas alındığı açık değildir.

Mahkemece, davacının meslekte kazanma oranını tespiti için fazla eğitim kurumu ihtisas dairesi tarafından davacının yaptığı iş ve 8.08.2007 olay tarihinde yürürlükte bulunan “Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü” esas alınarak, davalının İtirazlarının da değerlendirildiği rapor hazırlanması istenilmelidir.

Aynı maluliyette Diğer kararda 17. HD. 12.09.2018 gün ve 2015/14.643 esas 2018/7663 karar sayılı içtihadında;

“Maluliyete İlişkin alınacak raporlar 11.10.2008 tarihinden önce Sosyal Sigorta sağlık işlemleri tüzüğü, 11.10.2008 tarihi ile 1.09.2013 tarihleri arasında çalışma gücü ve meslekte kazanma gücü kaybı oranını tespit işlemleri Yönetmeliği, 1.09.2013 tarihinden sonra da mağlubiyet tespit işlemleri Yönetmeliği’ne uygun olarak düzenlenmesi gerekir.

Her ne kadar Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığı’na 19.03.2015 tarihinde düzenlenen davacının %14,3 maluliyetine İlişkin sağlık kurulu raporu ilgili yönetmeliğe uygun ise de Fırat’a Üniversitesi Hastanesinin 23.10.2012 tarihli özürülü sağlık kurulu raporunda davacının beden gücü kayıp oranının %8 olduğu belirlenmiştir.

Her iki rapor arasında açıkça bir çelişki bulunmaktadır. Yapılacak iş, davacının meslekte kazanma gücü oranının tespiti için adli tıp kurumu ihtisas dairesi tarafından davacının yaptığı iş ve 16.08.2011 olay tarihinde yürürlükte bulunan “çalışma gücü ve meslekte de kazanma gücü kaybı oranını tespit işlemleri Yönetmeliği” esas alınarak çelişkiyi gideren rapor hazırlanması istenilmelidir.

Bakış iki değerlerinin tazminat limitleri de sürekli sakatlık limiti içinde değerlendirilmesine dair Gaziantep bölge adliye mahkemesi 17. Hukuk dairesi’nin 2018/1490 esas ve 2018/1181 sayılı kararı Yargıtay 17. Hukuk dairesi’nin 10.10.2019 gün ve E. 2019/14 K. 2019/9227 Sayılı kararı ile onanmıştır.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Bedensel zarar hesaplarını trafik sigortası tarafından şu parametreler önem taşımaktadır:

1. Sosyo Ekonomik Faktörler

2. Hukuksal Faktörlerdir, Bunları daha somutlaştıracak olursak: bedeli tazminat hesaplamalarının temel mantığı, kişi hayatta kalsa veya malul kalmazsa idi gelecekte elde edeceği olası gelirlerin bugünkü peşin değerinin hesaplanmasıdır. Bu hesaplamada baz alınan faktörler:

a) Sigorta şirketinin sorumluluk kapsamında kusur oranı

b) Zarar gören kişinin (ölenin veya malul kalanının) yaşıyor ve yıllık net kazancı

c) Ölüm halinde ölenin desteğinden yoksun kalanların cinsiyeti ve yaşı

d) Maluliyet Halinde malûliyet oranı

Bedensel zarar Hesaplamaları esasları Yargıtay ve Trafik Sigortası Genel Şartları yönünden farklıdır.

Finansal faiz (Teknik Faiz) yönünden trafik Sigortası Genel Şartları %1,8 teknik faiz kabul ederken Yargıtay %0 kabul etmektedir.

Yaşam ihtimali hesaplamasında Trafik Sigortası Genel Şartları TRH 2010 Tablosunu esas alırken Yargıtay PMF yaşam tablosunu esas almaktadır.

Teknik faiz (Finansal Faiz) hesabında ise esas olan Kişi hayatta kalsa veya malul kalmazsa idi gelecekte elde edeceği olması gelirlerin bugün ki peşin değerinin hesaplamasında kullanılacak iskonto oranı ile gelecek dönemlerde artış hızının tahmin edilmesi:

Örneğin 2017 yılında yıllık 15.000 TL gelir elde eden birinin maaş artışı %10 kabul edilirse bu kişinin altı yıllık dönemdeki elde edeceği gelirler;

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

2017- 15.000

2018- 15.000+%10=16.500

2019- 16.500+%10=18.150

2020- 18.150+%10=19.965

2021- 19.965+%10=21.961

2022- 21.961+%10=24.157 TL. Olacaktır. Bu ücretlerin 2017 itibari ile iskontolanmasında Yargıtay hesaplamalarında yıllık/ kn İskonto formülü ve %10 çarpanlarının uygulanması halinde yani teknik faiz %0 kabul edildiğinde $15.000 \times 6 = 90.000$ TL bulunmaktadır.

Finansal faiz (teknik faiz)(%1,8) kabul edildiğinde, yani Yıllık 15.000 TL gelir elde eden benim birinin maaş artışı %10 iken, iskonto oranı %11,98 olarak alındığında reel Yıllık gelir azalış hızı (Teknik faiz) %1,8 olmaktadır. Buna göre;

2017- 15.000 TL

2018- 16.500 TL (2017 deki değeri) 1.8 faizle: 14.735 TL

2019- 18.150 TL (2017 deki değeri) 1.8 faizle: 14.474 TL

2020- 19.965 TL (2017 deki değeri) 1.8 faizle: 14.218 TL

2021- 21.961 TL (2017 deki değeri) 1.8 faizle: 13.967 TL

2022- 24.157 TL (2017 deki değeri) 1.8 faizle: 13.719 TL

Toplam: 86.114 TL

DAVA ZAMANAŞIMI

Karayolları trafik kanunu'nun 109. maddesinde motorlu araç kazalarından doğan maddi zararların tazminine ilişkin talepler, zarar görenin, zarar ve tazminat yükümlüsünün öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve herhalde, kaza yerinden başlayarak on yıl içinde zamanaşımına uğrar. Dava, cezayı gerektiren bir fiilden doğar ve ceza kanunu bu fiil için daha

uzun bir zamanaşımı süresi öngörmüş bulunursa, bu süre, maddi tazminat talepleri için de geçerlidir. Şeklinde düzenlenmiştir.

TBK 72. Ve KTK 109. Maddesi metninde açıkça anlaşılacağı üzere, trafik kazalarında uygulanacak üç ayrı zamanaşımı süresi belirlenmiştir. Bunlar:

a) İki yıllık kısa süreli zamanaşımı;

TBK 72. Ve 109. Maddesine göre Haksız fiil ve trafik kazası nedeniyle tazminat davası açma hakkı zarar görenin, 'zararı 've 'tazminat yükümlüsünü' öğrenmesinden itibaren başlayacak ve iki yılda zamanaşımına uğrayacaktır.

b) On yıllık kesin süreli zamanaşımı:

On yıllık kesin süreli zamanaşımına gelince fiilin 'işlendiği (vukuundan)' Yani trafik kazasının gerçekleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Kısa süreli zamanaşımı olan iki yıllık zamanaşımı bu on yıllık süre içinde kullanılabilir.

c) Uzamış (ceza) zamanaşımı:

Fiilin aynı zamanda suç oluşturduğu durumlarda uygulanacak olan uzamış ceza zamanaşımı süreleridir.2918 sayılı karayolları trafik kanununun 109/ikinci maddesine göre, ceza kanununda öngörülen daha uzun uzamış zamanaşımı süresinin tazminat talebiyle açılacak davalarda uygulanabilmesi için, eylemin ceza kanununa göre suç sayılması gerekli ve yeterlidir ; Fa il hakkında mahkumiyet kararı verilmesi veya bir ceza davasının açılması ya da zarar görenin o Davada tazminat yönünden bir talepte bulunmuş olması şartı aranmamaktadır.

d) İbradan sonra açılacak davalarda hak düşürücü süre:

Karayolları trafik kanununun 111. maddesinde özel bir düzenleme yapmıştır. Bu maddede bu kanunla görülen hukuki sorumluluk kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir. Tazminat miktarlarını ilişkim olup da, yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yaptıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir. ' İfadesi ile trafik kazası sonucu zarar gören alacaklı ile borçlu arasında bir

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

ibra sözleşmesi varsa alacaklı ibra da belirtilen ödemenin üstündeki zararının bulunduğu düşüncesinde ise iki yıllık süre içinde kalan zararının tazmini için dava açılabilir.

Farklı teknik faizlerin ve yaşam tablosuna göre yapılan örnek tablolardan hareket ederek aradaki farkı görmek mümkün olacaktır.

%10 maluliyet, %100 kusuru, asgari ücretli erkek birisinin karşılaştırma tablosu (teknik faiz 1,8)

YAŞ	TRH 2010	PMF 1931 unisex	Fark
-----	----------	-----------------	------

Aynı durumda tekbik faiz (%1) olduğunda:

YAŞ	TRH 2010 erkek	PMF 1931 unisex	Fark
-----	----------------	-----------------	------

Eğer aynı durumda kadın olursa (%) teknik faizle zarar ve fark:

YAŞ	TRH 2010 kadın	PMF 1931 unisex	Fark
-----	----------------	-----------------	------

Görüldüğü gibi yaşam süreleri daha uzun olmakla birlikte Finansa Faiz hesaplamada orta yaş altında mağdur aleyhine sonuç vermekte, 60-90 yaş arasında ise yaşam süresinin uygunluğu nedeniyle fark ortaya geçmekte ise genel toplamda TRH 2010 ve teknik faiz uygulaması mağdur aleyhine durum yaratmaktadır.

Genel şartlar çerçevesinde oluşan bu farklılık şoför ve işletme uygulanmaksızın sadece sigorta şirketlerine uygulanacağından eşitlik ve diğer Yargıtay dairelerinin Hesap yöntemleri ile uygun bulunmamaktadır.

BEDENSEL ZARARLARDA BAKICI GİDERLERİ TEDAVİ GİDERİ MİDİR SORUNU

Av. Sema UÇAKHAN GÜLEÇ

Bu tebliğde bedensel zararlar da bakıcı giderlerinin tedavi gideri olup olmadığı, tedavi giderleri arasında sayılıp sayılmayacağı sorunu incelenecektir.

Konu başlığımızda belirtilen soruna cevap vermeden önce üç temel konunun aydınlatılması gerekmektedir:

- a) Bedensel Zarar Nedir?
- b) Tedavi Nedir?
- c) Bakıcı Nedir?

1. Bedensel Zarar:

Bedensel zarar TBK m.54'te açıkça tanımlanmamış, sadece zarar türleri sayılmıştır. Şöyle ki, TBK'nın "*Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri*" başlığı altındaki ikinci ayırımının IV. alt başlığının b. bölümündeki 54.maddesine göre, bedensel zararlar özellikle şunlardır:

1. Tedavi Giderleri
2. Kazanç Kaybı
3. Çalışma Gücünün Azalmasından ya da Yitirilmesinden Doğan Kayıplar
4. Ekonomik Geleceğin Sarsılmasından Doğan Kayıplar

Bu konuda gerek doktrinde ve gerekse Yargıtay kararlarında genel olarak kişinin vücut bütünlüğünü bozan her türlü eksilmeler ya da güç (fonksiyon) kayıpları bedensel zarar

meydana getirir. Kişinin bedensel bütünlüğü, cismani ve ruhi varlığının tümünden oluşur. Kişi, hukuka aykırı bir fiil sonucu bedensel bütünlüğünü kaybederse buna paralel olarak malvarlığında da bir eksilmeye uğrar. Bu eksilme ya girdilerde azalma ya da çıktılarda artma şeklinde yahut her ikisinde de meydana gelebilir. Konumuz yönünden yani tedavi giderleri yönünden bu zarar malvarlığında giderlerin artması olarak karşımıza çıkar. TBK'nın 54.maddesindeki diğer üç kalem zarar, girdilerde azalmayı düzenlerken; tedavi giderleri çıktılarda artmayı düzenlemiştir.

2. Tedavi Giderleri:

Mağdur, olay nedeniyle bedeninde meydana gelen eksilme veya kayıpları gidermek, mümkün olduğunca eski haline kavuşmak için birtakım harcamalar yaparak iyileşmeye çalışmaktadır. Esasen bu onun hem hakkı hem de ödevidir. Bu şekilde failin de durumunu ağırlaştırmayarak, olabildiğince eski haline kavuşmaya çalışır. Bu aşamanın en mükemmel hali "şifa bulmak" yani hukuka aykırı eylemin gerçekleşmesinden önceki haline kavuşmaktır.

Ancak çoğu kez bunu sağlamak mümkün olmayabilir. Bu durumda mağdurun olay öncesindeki hayatına en yakın hali kendisine kazandırmak gerekir. Buna yönelik olarak çeşitli giderlerin yapılması gerekir. Bunlar şöyle sıralanabilir:

1. Hastane, sağlık yurdu, ilk yardım, kaplıca gibi müesseselere yapılan ödemeler,
2. Doktor, hemşire, hastabakıcı, iğneci gibi tedavi ile uğraşanlara ve yardımcılara yapılan masraflar,
3. Muayene, tahlil için sağlık merkezlerine (taksi, ambulans v.s. ile) gidiş - geliş ücretleri,
4. Fizik tedavi ve rehabilitasyon giderleri,
5. Röntgen, radyoloji, ortopedi tedavisi, protez bedelleri, bunların tekrarlanması ve yenilenmesi için yapılan masraflar,
6. Muayene, tahlil, ameliyat v.b. hizmetlerin ücretleri ve masrafları,

7. Her türlü ilaç ve munzam gıda bedelleri,
8. Yer değiştirme ve mağdurun yakınlarının gidiş-geliş ve ikamet giderleri.

Görüldüğü gibi tedavi giderleri, zarara uğrayan mağdurun kendisini ölümden kurtarmak, acı ıstıraplarını dindirmek, olaydan daha büyük zararlara uğramamak için önlem almak amacıyla yapılan giderlerdir.

O halde temel hedef mağduru yaşatmaktır. Yani mağdurun yaşaması için gerekli her türlü tedavi ve ihtiyaçlarının sağlanmasıdır. İnsan bedeninin yaşaması için tabii olarak ihtiyaçları bulunmaktadır. Yemek yeme, su içme, hareket etme, tuvalet ihtiyacı, temizlik, hijyen gibi hayati ihtiyaçlar, sağlıklı bir bireyin kendisi tarafından yapılan ve çocukluk çağından çıkmakla, ömür boyu sürdürülen faaliyetlerdir. Ancak hukuka aykırı bir fiil ile kişi bu temel ihtiyaçları yerine getiremez hale gelebilir ki bu takdirde, kişinin yaşamını sürdürebilmesi için gerekli olan bu ihtiyaçları başka bir kişinin yapması gerekecektir. Buna bakım/bakıcı ihtiyacı denilmektedir. Bakıcı ihtiyacı ömür boyu sürecek olan bir ihtiyaçtır. Özellikle bakıcı ihtiyacı giderilmezse kişinin, beslenme, tedavisini sürdürme (ilaç v.s.), temizlik, hijyen v.s. yaşamsal faaliyetlerini yapması mümkün olamayacağı için o kişi ölüme terkedilmiş olacaktır. O halde bakıcı ihtiyacı, tedavinin (yaşamın sürdürülebilmesi açısından) bir parçasıdır¹. Bakıcı giderleri bu nedenle tedavi gideri kapsamındadır. Nitekim Yargıtay 17.Hukuk Dairesinin bir kararında² bu hususa değinerek, tedavi gideri kapsamında olan bakıcı giderinin, daimi işgücü kaybı teminatından farklı olduğunu belirtmiştir.

Ağır şekilde beden gücü kaybına uğrayıp, tıbbi görüşler çerçevesinde ömür boyu bir başka kişinin bakımına muhtaç

¹ GÜLEÇ UÇAKHAN, Sema, (Başlıksız Tebliğ), GÜLEÇ UÇAKHAN, Sema (Editör), Ankara Barosu Ulusal Kongre – Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi, Ankara 4-5-6 Nisan 2013, s.45 (Ulusal Kongre)

² Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 30.05.2019 Tarih, 2016/15703 E., 2019/7066 K. sayılı kararı.

durumuna düşen kişinin zarar devresi, olay tarihinden muhtemel ömür sonuna kadar olan süreci kapsar.

Trafik kazaları sonucunda ağır yaralanıp bakıma muhtaç hale gelenler açısından, hayatın olağan akışına, doktrin ve yargı kararları hilafına bakıcı giderlerinin tedavi gideri kapsamında, poliçe teminatı olan tedavi giderleri teminatından çıkartılarak daimi işgücü kaybı kapsamında değerlendirileceği Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası (ZMMS) Genel Şartlarına alınmış ise de sorumluluk hukuku prensiplerine aykırı olan bu düzenleme TBK m.55 kapsamında yok hükmündedir. TBK m.55 şöyle düzenlenmiştir:

“Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır.”

Emredici hüküm niteliğinde düzenlenen bu hükmün genel şartlar çerçevesinde idari tasarrufla değiştirilmesi mümkün değildir.

Trafik kazaları nedeniyle doğan bedensel zararların tazmini kapsamında, 25.02.2011 tarihinde 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 98.maddesinde değişiklik yapan 6111 sayılı yasanın 59.maddesiyle araç işletenin zorunlu mali mesuliyet sigortaları tarafından karşılanması gereken tedavi giderleri rizikosu kapsamında tahsil edilen primlerin %15’lik kısmının Sosyal Güvenlik Kurumuna devri suretiyle hastaneler tarafından verilecek sağlık hizmetleri bedellerinden sigorta şirketlerinin sorumlu olmayacağına ilişkin düzenleme, bakıcı giderlerini karşılamamaktadır. Hastanede tedavi sırasında yapılan refakatçi giderleri, Sağlık Hizmet Bedeli sayılarak, Sağlık Uygulama Tebliği (SUT) kapsamında ilken, birtakım belgelendirilemeyen tedavi giderleri ile SUT kapsamı dışındaki tedavi giderlerinden dolayı ZMMS sigortacısının sorumluluğu devam etmektedir. Nitekim, Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin bir kararında³ şöyle denilmektedir:

³ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 04.07.2018 Tarih, 2015/13067 E., 2018/6765 K. sayılı kararı.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

“Sigorta poliçesinde (ZMMS) belirtilen motorlu aracın işletilmesinden kaynaklanan kaza nedeniyle sigorta şirketi zarar görenlerin tedavisi için ödenen giderleri zorunlu olarak teminat altına alır. Sigorta şirketinin, işleyen ve sürücünün yasadan ve sözleşmeden doğan bu yükümlülüğü, 6111 sayılı yasa ile getirilen düzenleme ile sona erdirilmiş bulunmaktadır. Buna karşın bakıcı giderleri 6111 sayılı yasa kapsamında bulunmamaktadır.”

Keza 17. Hukuk Dairesinin başka bir kararında⁴ da aynı konuya işaret edilerek şöyle denilmiştir:

“2918 sayılı Yasanın değişik 98.maddesine göre, tedavi giderlerinden sorumluluk Sosyal Güvenlik Kurumuna geçmiş ise de Yasa kapsamı dışında kalan giderlerden sigorta şirketinin sorumlu tutulması gerekir. Bakıcı giderlerinin tedavi gideri kapsamında davaalı sigorta şirketinden tahsilinde bir usulsüzlük bulunmamaktadır.”

Güvence Hesabının da aynı şekilde bakıcı giderlerinden tedavi gideri kapsamında sorumlu olduğu da yine Yargıtayca kabul edilmiştir⁵. Bu karara göre, “2918 sayılı KTK’nın 6111 sayılı yasanın 59.maddesiyle değişik 98.maddesine göre tedavi giderleri Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanacak ise de kazazedelerin bunun dışında kalan bakıcı veya tedaviye bağlı sair harcamaları, sigorta şirketlerinin ve Güvence Hesabı tarafından karşılanmaya devam edecektir.”

Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yapılacak olan ödemelerin Sağlık Uygulama Tebliğince düzenlenen ve her yıl için belirlenen esaslar çerçevesinde olacağı kabul edilmiştir. Bu tebliğde belirtilenlerden fazla yapılan ödemelerde SGK’nın sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu kısım ödemelerden işleyen, sürücü ve sigorta şirketinin sorumluluğu devam etmektedir.

Geçici işgöremezlik devresinde de hastanın bakım ihtiyacı olduğu kabul edilmekle bu dönem için de bakıcı gideri talep

⁴ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 24.01.2013 Tarih, 2012/362 E., 2013/578 K. sayılı kararı, ÇELİK, Çelik Ahmet, Trafik-İş Kazaları, 1.Baskı, Ankara 2019, s.230, Dipnot 63 (Kazalar)

⁵ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 11.05.2012 Tarih, 2011/7758 E., 2012/6081 K. sayılı kararı.

edilebilecektir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, geçici işgöremezlik devresinde SGK tarafından yapılan geçici işgöremezlik ödemelerinin de tedavi gideri olduğu belirtilmiştir. Bu devredeki giderleri tedavinin gerektirdiği diğer giderler olarak kabul ederken SUT kapsamının içinde olan hastanedeki refakatçi giderleri tedavi gideri kapsamındadır⁶.

3. Bakım Nedir?

Dünya yüzeyinde yaşayan tüm canlılar hayatlarını sürdürmek için beslenmek, barınmak, temizlenmek gibi doğal ihtiyaçlarını kendileri karşılarlar. Bebeklik evreleri hariç kendi kendilerini idame ettirirler. İnsan olarak, bebeklik devresi bittikten sonra bizler de yemek, içmek, kendimizi dış etkenlerden korumak, temizlenmek gibi ihtiyaçlarımızı kendimiz karşılar, başkasına gereksinim duymayız. Ne zaman ki bunları kendi başımıza yapamaz duruma geliriz, o zaman yaşamı sürdürebilmek için başka bir kişinin bu ihtiyaçları karşılaması gerekir. Bu duruma “bakım gereksinimi” veya “bakıcı ihtiyacı” denilmektedir.

Bu ihtiyaç eğer geçici değil kalıcı nitelikte ise sürekli (daimi) bakıcı ihtiyacıdır; eğer belli bir süre ise geçici (sürelili) bakıcı ihtiyacıdır.

Eğer bakım ihtiyacı, kişinin bazı işleri yapamamasına ilişkin ise kısmi bakım ihtiyacı; hiçbir işi yapamaması ise tam bakım ihtiyacıdır.

Hangi türü olursa olsun bakım ihtiyacının mutlaka doktor raporu ile tespit edilmesi gerekmektedir.

Geçici bakım ihtiyacı, kişinin tedavi süreci içinde iyileşme evresine kadar olan devrede, tedavi nedeniyle bazı işlerini veya tüm işlerini yapamaz şekilde yatağa bağlı olduğu sürede bir başka kişinin bakımına olan ihtiyacıdır. Örneğin hastanede

⁶ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 02.07.2009 Tarih, 2008/4649 E., 2009/12160 K. sayılı kararı, GÜLEÇ UÇAKHAN, Sema, Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, 8.Baskı, Ankara 2017, s.382 (Maddi Tazminat)

çoklu kemik kırıkları nedeniyle kol ve bacakları askıya alınmış olan yaralı-mağdurun gerekli bakımlarının bir başkası tarafından yerine getirilmesi durumu geçici bakım ihtiyacıdır. Alçılar çözülüp kol-bacak serbest hale gelse de eski gücüne kavuşuncaya kadar kaslarda oluşan geçici güçsüzlük kısmi olarak bakım ihtiyacını gerektirecektir. Kaslar ve kemikler eski gücüne kavuşunca yani hasta iyileşip kendi işlerini görür hale gelince bakım ihtiyacı sona erecektir.

Daimi-sürekli bakım ihtiyacı ise olay tarihinden itibaren mağdurun kalan tüm ömür sürecinde bir başka kişinin bakımına muhtaç olmasıdır. Bu süreçte de kişi eğer sadece belli bir takım işlerini yapamıyor ama bazı işlerini yapabiliyorsa bu takdirde kısmi bakım ihtiyacından söz ederiz. Örneğin mağdur, bakıcı tarafından yataktan kaldırılıp tekerlekli sandalye ile örneğin yemek yemek, ev içinde dolaşmak, bilgisayar v.s. kullanmak, oturduğu yerden yönetsel faaliyetlerini yapabiliyor ama zaman zaman tuvalet v.b. ihtiyaçları için bakıma muhtaç oluyorsa kısmi bakımdan veya yarım zamanlı bakımdan söz edebiliriz.

Fakat mağdur hiçbir ihtiyacını karşılayamaz durumda ise daimi-sürekli bakım ihtiyacı vardır. Sosyal Sigorta Sağlık İşleri Tüzüğü'nün 11.maddesinde, Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliğinin 15.maddesinde, Maluliyet Tespit İşlemleri Yönetmeliğinin 12.maddesinde de düzenlenmiştir. Bunlara göre⁷,

1. İleri derecede felç durumu
2. İleri derecede ve tedavisi olanaksız akıl hastalığı
3. İki gözde de %100 (tam) görme kaybı
4. İki elin kaybı veya yok hükmünde olması
5. Bir kolun omuzdan ve bir bacağın kalçadan kaybı veya yok hükmünde olması

⁷ ÇELİK, Çelik Ahmet, Trafik Kazalarında Tazminat ve Sigorta Hukuk ve Ceza Sorumluluğu, 2.Baskı, Ankara 2019, s.484 (Tazminat)

6. Her iki bacağı alttan en az 1/3'ünün kaybı veya yok hükmünde olması
7. Tedavisi olanaksız bir hastalıktan ileri gelen ve "kaşeksi" denilen ağır bir hastalık veya beslenme bozukluğu sonucu meydana gelen olağanüstü zayıflık (bir deri bir kemik hali)
8. Solunum yetmezliği nedeniyle yardımcı solunum cihazlarının sürekli kullanılması
9. Giyinme, beslenme, fonksiyonel mobilite, bağırsak ve mesane bakımı, kişisel hijyen ve tuvalet ihtiyacı gibi günlük yaşam aktivitelerinin sağlanamaması
10. Tıp uzmanlarınca bazı ağır hastalıklar sonucu takdiren bakıma muhtaç olduğu kabul edilmesi

Bu sayılan durumlar bakıcı/bakım ihtiyacını göstermekle birlikte her zaman beden gücü kaybının %100 olduğunu göstermez. Bu oran daha düşük olsa bile bakım ihtiyacı doğabilir. Fakat bunun mutlaka sağlık kurulu raporu ile saptanması gereklidir.

Mağdurun tedavi süreci içinde, tedrici iyileşmesi halinde hangi sürede bakım ihtiyacının olacağını sağlık kurulu/adli tıp raporlarında belirtilmesi gereklidir. Tedavi sürecinde hasta belli dönemlerde tam işgöremez halde olup bu dönem bakım ihtiyacı aşıkardır. Fakat zamanla bu ihtiyaç kalmamışsa, bakım için bir başka kişiye muhtaç olmak da gerçekleşmeyecektir.

Bakıcı ihtiyacı ve bunun maddi hesabında bakım süresinin tespiti kadar bakım ihtiyacının da türü önem arz eder. Şöyle ki, sadece öz bakıma ihtiyacı olan ve fakat enjeksiyon, yara bakımı, pansuman ve benzeri tıbbi yardımları da gerektirmeyen bir nitelik taşıyorsa ve aile içinde bir bakım yeterli ise bu takdirde Asgari Geçim İndirimsiz (AGİ'siz) net asgari ücret üzerinden hesap yapılmak⁸ fakat bakıcının profesyonel bir nitelik taşıması halinde brüt asgari ücret üzerinden zarar hesaplanmalıdır⁹.

⁸ ÇELİK, s.484 (Tazminat)

⁹ GÜLEÇ UÇAKHAN, s.413 (Maddi Tazminat)

Bakımın niteliğine göre bakıcı ücretinin hesabı yapılmalıdır. Yargıtay 17.Hukuk Dairesi de bu görüşü teyit etmektedir¹⁰. Yine 17.Hukuk Dairesinin bir kararına¹¹ göre, “mahkemece davacının uğradığı cismani zarar sonucu oluşan maluliyet nedeniyle bakım ihtiyacı bulunup bulunmadığı, bu ihtiyacı varsa hangi sebeple ve hangi yaşamsal faaliyetleri için bakım ihtiyacının olduğu, bu ihtiyacın günlük kaç saatlik süre için söz konusu olduğu hususlarında, Adli Tıp 3.İhtisas Kurulundan ayrıntılı, gerekçeli, denetime elverişli bir rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir.”

Bir başka Yargıtay kararında ise şöyle denilmektedir: “Mahkemece davacının sürekli bir bakıcıya ihtiyacı olup olmadığı hususunda rapor alınmadığı ve bakıcı giderinin belgelenmediği belirtilerek, bakıcı gideri talebi reddedilmiştir. Davacı 29.07.2009 kaza tarihi itibarıyla 47 yaşında olup, sağ collum femoris kırığı, sağ femur diafiz kırığı saptandığı, travmatik subaraknoid kanama, temporal kontüzyon, göğüs travması da olduğu, toraks tüpü uygulandığı, beyin cerrahisi tarafından opere edildiği, femur boynu fraktürü için kapalı redüksiyon internal fiksasyon uygulandığı, femur diafiz fraktürü için açık redüksiyon internal fiksasyon uygulandığı anlaşılmakta olup Adli Tıp Kurumunun 3.İhtisas Dairesinden alınan 01.10.2014 tarihli rapora göre davacının 15 ay işgöremezliği olduğu bildirilmiştir. Bu durumda mahkemece davacının %100 malul sayılacağı, 15 aylık iş göremezlik dönemi için aktüer bilirkişi raporu ile belirlenen bakıcı giderine hükmedilmesi gerekir.”

İş kazaları sonucu sakatlanan kişilere Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından maluliyet aylığı bağlanmakta olup, bu kişilerin bakıcıya muhtaç olmaları halinde bağlanacak işgöremezlik aylıkları 506 sayılı Yasada maluliyet derecesinin %50 artırılması suretiyle aylık bağlanacağı belirtilmiştir. Ancak bunun için sakatlığın ağır nitelik taşıması ve %60 iş gücü kaybından fazla olması gerekir. 5510 sayılı Yasanın 19.maddesinin 3.fıkrasında ise “sigortalı, başka birinin sürekli bakımına muhtaç ise gelir bağla-

¹⁰ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 06.05.2019 Tarih, 2016/12334 E., 2019/5479 K. sayılı kararı.

¹¹ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 27.05.2019 Tarih, 2016/14217 E., 2019/6754 K. sayılı kararı.

ma oranı %100 olarak uygulanır” denilmiştir. 5510 sayılı Yasanın 27.maddesinin 1.fıkrasına göre maluliyet aylığının hesabında belirlenen aylık bağlama oranlarının, başka birinin sürekli bakımına muhtaç olunması halinde 10 puan artırılması suretiyle bağlanacaktır.

Gelir bağlama oranları ile bakıcı ücretleri birbirleriyle ilişkilendirilemez. Ancak bu konuda Yargıtay da bazı dairelerde görülen yanlış değerlendirmelere neden olmuş bakıcı gideri hesabının yapılmasında, işgücü kaybı zararının %50'sinin bakıcı gideri sayıldığına ilişkin kararlar çıkmış ise de son dönemde bakıcı giderinin işgücü kaybı zararları ile ilişkilendirilemeyeceği kabul edilmiştir.

Sosyal güvenlik yasaları yönünden yaşam boyu bakım/bakıcı giderleri, beden gücü kaybı nedeniyle sigortalıya bağlanan gelirin belli bir oranda artırımı sonucunu doğuran bir gelir artışı olmasına göre, bunun tedavi yardımı kapsamına girmemesini, bakıcı gideri açısından tedavi gideri olmayacağı anlamına gelmez. Birçok Yargıtay kararında da belirtildiği gibi sosyal güvenlik yasalarındaki düzenlemeler, tazminat/sorumluluk hukuku ilkelerinden bağımsız olarak devletin sosyal, mali politikaları gereğince yapılan düzenlemelerdir. Bu itibarla işgücü kaybı zararları ayrı, bakıcı giderleri ayrı ayrı hesaplanmaktadır.

4. Bakıcı Giderlerinden İndirim Sorunu

Yaşamını sürdürürken kendi ihtiyaçlarını göremeyerek bir başka kişinin bakımına muhtaç olan mağdur, bu ihtiyacı ya bedelini ödemek suretiyle bir çalışandan karşılayacak, ya bir bakım evinde yine ücreti karşılığında yaşamını sürdürecektir veya aile fertlerinden bu konuda bir bakıcı kadın/erkek ile ev içinde bu gereksinim, en az asgari ücretten aylık ödenmesi ve sigorta primlerinin yatırılması suretiyle yapılacağından bu kişinin mağdura maliyeti brüt asgari ücret olacaktır. Nitekim bu konuda Yargıtay 21. Hukuk Dairesi ve 17. Hukuk Dairesi bakıcı ücretinin brüt asgari ücret üzerinden hesaplanması görüşündedir¹².

¹² Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 21.10.2014 Tarih, 2014/11116 E., 2014/19793

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Bakıcı ücretlerinin brüt asgari ücret üzerinden hesaplanması bizce de doğrudur. Zira mağdur bir çocuk ise anne-babanın ömür süreçleri, yaşam tabloları çerçevesinde çocuğun yaşam süresinden daha sonraya kalmayacağı, başka bir deyişle anne-babanın erken ölümüyle çocuk ortada kalacak ve her halükarda bir bakıcıya ihtiyacı olacaktır. Bu nedenle asgari ücretin brütünün esas alınması doğrudur. Bakan kişinin eş olması da farklı sonuç doğurmaz. Zira bakım ağır bir yüküdür; zaman içerisinde bakan ve bakılan kişinin giderek psikolojik olarak zayıflamaları eşler arasında sürtüşmelere neden olabilmektedir. Türk Medeni Kanunu karılık veya kocalık görevlerini yerine getirmeyen eşlerin boşanmalarına karar verilebileceği gözetildiğinde, mağdur eşi tarafından terkedildiğinde yine bir başkasının bakımına muhtaç olmaktadır.

Yargı kararlarında bakımın aile içinde olmasını TMK m.185 anlamında eşlerin yardım yükümlülüğü olması gözetilerek, hesaplanan tazminattan indirim yapılması ise hayatın gerçekleri ile örtüşmemektedir. Zira az evvel belirttiğimiz gibi insanın tahammül sınırlarını zorlayan ağır bir külfeti üstlenen aile bireylerinin bu atfetleri doğrudan mağdura yöneliktir, haksız fiil failin bu atfetten yararlanması düşünülemez dolayısıyla tazminattan indirim yapılması doğru değildir. Yargıtay 4.Hukuk Dairesi de bir kararında¹³ *“Hukuka aykırı olarak gerçekleşen zararın, zarar görenin kendi imkanlarıyla veya aile bireyleri tarafından giderilmesi, sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Aksi görüş, zarar görenin yerine hukuka aykırı eylemle zarar veren kişinin korunmasını ortaya çıkarır ki, bu da hak ve adalet ölçülerine ters düşer.”*

17. Hukuk Dairesi de yeni kararlarında bu tür indirimin doğru olmadığını altını çizmektedir¹⁴:

K. sayılı kararı, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 25.12.2012 Tarih, 2012/4591 E., 2012/24549 K. sayılı kararı, ÇELİK, s.110 Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 17.01.2017 Tarih, 2014/15589 E., 2017/153 K. sayılı kararı, Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 05.07.2017 Tarih, 2014/19766 E., 2017/7229 K. sayılı kararı.

¹³ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 19.04.1982 Tarih, 1982/3059 E., 1982/3938 K. sayılı kararı, ÇELİK, s.485

¹⁴ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 10.06.2019 Tarih, 2016/4273 E., 2019/7158 K. sayılı kararı.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

“Davacının kazadaki yaralanması nedeniyle felç olduğu ve sunulan rapora göre %96 oranında malul kaldığı, bakıma muhtaç hale geldiği; kazadan sonraki altı ay boyunca hastanede yattığı ve sonrasında ise on bir ay evde bakımı sağlandıktan sonra öldüğü dosya kapsamından anlaşılmaktadır.

Davacı için bakım gideri zararının da hesaplandığı bilirkişi raporu incelendiğinde; davacının hastanede yattığı altı aylık giderin hesaplanmadığı; ayrıca, hastaneden çıktığı tarih ile ölümün gerçekleştiği tarih arasındaki on bir aylık dönem için hesaplanan bedelden de aile içi bakım gerekçesiyle %50 hakkaniyet indirimi yapıldığı görülmektedir. Davacının felç boyutundaki yaralanması sonucu hastanede yattığı dönem için bakımı hastane görevlileri tarafından sağlanmış olsa dahi bakım şartlarının ağırlığı nedeniyle davacı yakınlarının sürekli hastanede bulunmalarının kaçınılmazlığı karşısında ilave giderinin doğması olağandır. Bu nedenle de davacının hastanede yattığı altı aylık dönem için de bakıcı gideri hesaplanmalıdır. Yine davalı sürücünün kusuru ile gerçekleşen kaza (haksız fiil) nedeniyle zarara uğrayan davacının bu zararının giderilmesi gerektiği; zararın artmasında hiçbir müterafik kusuru bulunmayan ve dava konusu olay nedeniyle oluşan zarara katlanmak zorunda kalan davacının tazminat alacağından hakkaniyet düşüncesiyle indirim yapılamayacağı, aile içi bakım düşüncesiyle bakıcı giderinden hakkaniyet indirimi yapılması makul kabul edilemez.”

Yargıtay 21.Hukuk Dairesi yeni bir kararında değişik bir gerekçe ile hakkaniyet indirimi TBK 55.maddenin emredici nitelikteki hükmüne rağmen şöyle düzenlenmiştir¹⁵:

“Kurumca bağlanan gelirin peşin sermaye değerinin ve geçici iş-göremezlik ödeneklerinin hesaplanan zarardan indirilmesi, kurumun rücu hakkının korunması ve mükerrer ödemeyi önleme ilkesine dayandığından kamu düzenine ilişkin olarak kabul edilmiştir. Kaldı ki 6098 sayılı Kanununun 55.maddesi de emredici bir hükme yer verdiğinden gerçekleştiği tarihe bakılmaksızın tüm fiil ve işlemlere uygu-

¹⁵ Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 18.06.2019 Tarih, 2018/5477 E., 2019/4508 K. sayılı kararı.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

lanmalıdır. Şüphesiz başkasının bakımına muhtaç kalan sigortalının bakım giderleri de maddi zarar olarak ortaya çıkar. İşgöremezlik oranı %100 ise kazalının mutlaka bakıma muhtaç olduğunun kabulü gerekir. Bakıcı gideri hesaplanırken PMF Yaşam Tablosu kullanılmaktadır. Kazalının iş kazası nedeniyle uğradığı gelir kaybının hesabının sözü edilen tabloya göre hesap yapılması, geleceğin varsayımına göre belirlenmesi yönünden yerindedir. Ancak iş gücünü kaybeden kazalının sağlıklı bir insan için geçerli olan PMF Yaşam Tablosuna göre belirlenen bakiye ömrü boyunca bakıcı giderinin bulunacağını kabulü yerinde değildir. Aynı bir bakiye ömrü belirlenmesi de mümkün olmadığına göre davacının halen de bakiye ömrü içerisinde de sürekli bakıcı çalıştırmayıp aile içi bakım çalışmasından yararlanacağı da gözetilerek, buna da hakkaniyet indirimi ile uygun bir bakıcı giderine hükmetmelidir.”

Bu kararda bizce iki önemli yanlış bulunmaktadır:

1. PMF Yaşam Tablosu esasen 1931 tarihli ve Fransız menşeli bir tablo olup TRH 2010 Yaşam Tablosu ulusal mortalite tablosudur. PMF, TRH 2010'a göre daha kısa süreleri esas almaktadır. SGK da halen TRH tablosunu kullanmaktadır. 21.Hukuk Dairesi daha kısa süreli tabloyu uygulamakta, mağdurun işgücü kaybı hesabında bu tablodaki süreyi esas alırken; bakıcı gideri ödemesinde uğradığı haksız fiil sonucu bakıma muhtaç olan mağdurun PMF'ye göre bile yaşamayacağı için bakıcı gideri kullanmayacağı ama buna göre bir tablo olmadığı için takdire bakıcı giderinin indirimini ileri sürmektedir. Bu durum mağdurun değil failin mükafatlandırılmasıdır. Biraz ağır olacak belki ama mağdurun adeta erken ölmesinden yarar ummaktadır.

2. Daire, 6098 sayılı Kanunun 55.maddesinin emredici niteliğine vurgu yapmasına rağmen, hesaplanan zarardan takdiri bir indirim yapılmasının gerektiğini belirtmiştir. Oysa TBK 55.maddede açık ve net şekilde hangi indirimlerin yapılabileceği belirtilmiştir. Bunlar:

a) Kısmen veya tamamen rücu edilebilen sosyal güvenlik ödemeleri

b) İfa amacı taşıyan ödemelerdir.

Bunlar dışındakiler ile hesabı yapılan tazminatın miktar dikkate alınarak hakkaniyet düşüncesiyle arttırım veya azaltılmasının yapılamayacağı emredici nitelikte hükme bağlanmıştır.

Buna rağmen hakkaniyet indiriminin hesaplanan tazminattan değil uygun bir bakıcı giderinin ödenmesi yönündeki karar açıkça TBK 55.maddesine aykırı bir hükümdür ve kabulü mümkün değildir.

Sonuç olarak,

Öncelikle bakıcı veya bakım giderleri yapılması, mağdurun yaşaması için şart olan ve temin edilmemesi halinde yaşama şansının olmayacağı gerçeği karşısında da esasen tedavinin ana prensibi ile örtüştüğü gözetilerek tedavi gideri çerçevesinde kabul edilmesi gereklidir. Bu açıdan Karayolları Trafik Kanunu 91.maddesi ile zorunlu olan Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortalarının tedavi giderleri teminatından karşılanması zorunludur. Bu kalem giderlerinin genel şartlar çerçevesinde daimi işgücü kaybı zararı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu şekilde mağdura sigorta şirketleri tarafından esasen ya bakıcı gideri ya da daimi işgücü kaybı zararının ödenmemesi sonucu getirilmesi istenmektedir. Zira daimi işgücü kaybı (sakatlık) teminatı, limiti hesaplanırken limit kısmen daimi işgücünü karşılayacak şekilde hesaplanmaktadır. Bu yıl (2019) için bu limit 360.000 TL'dir. Tedavi gideri limiti de keza 360.000 TL'dir. Eğer iki teminat aynı kalemde değerlendirilirse mağdura bakıcı gideri ödememek hedeflenmektedir ki bu durum açıkça haksız fiilden sorumlu olan sigorta şirketlerini himaye amacından başka sorumluluk hukuku prensiplerine aykırı bir düzenlemedir.

**BEDENSEL ZARARLARDAN
DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK**

*“BEDENSEL ZARARLARDAN
ARABULUCULUK - TAHKİM -
MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK”*

2. Gün

5. Oturum

BEDENSEL ZARARLARDA TAHKİM

*Prof. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ**

A. GİRİŞ

Bu tebliğde esas itibariyle, tahkimin bedensel zararların tazmini bakımından elverişli bir araç olup olmadığı üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda konu özellikle bedensel zararların iş hukukundan veya tüketici hukukundan kaynaklandığı da dikkate alınarak tahkime elverişlilik açısından ele alınacaktır. O nedenle bedensel zararlarla ve tahkimle ilgili ayrıntılı bilgi ve açıklamalardan çok, konu kapsamında gerektiği ölçüde kısaca bilgi verilerek bedensel zararların tazmini konusunda tahkimin yeri ve özelliği değerlendirilmeye çalışılacaktır.

B. BEDENSEL ZARARLARIN KAPSAMI VE ORTAYA ÇIKMA BİÇİMLERİ

Vücut bütünlüğünün maddî veya manevî bir zararı meydana getirecek şekilde bozulmasına, bedensel bütünlüğün ihlâli denir. Bedensel bütünlüğün ihlâli vücut bütünlüğünün veya ruh bütünlüğünün ihlâli biçiminde ortaya çıkar. Bedensel bütünlüğün ihlâlinden kaynaklanan ve vücut bütünlüğünün bozulması veya eksilmesi biçiminde ortaya çıkan zararlara, bedensel zarar denir.

Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 54. maddesinde, bedensel zararların kapsamına giren hususların neler olduğu, ör-

* TOBB-ETÜ Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı

nek niteliğinde saymak suretiyle belirtilmiştir. Bunlar, tedavi giderleri; kazanç kaybı; çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ile ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplardır.

Tedavi giderleri, beden bütünlüğünü eski duruma getirmek, iyileşmek için fiilen yapılmış ya da yapılması gerekli olan her türlü masrafı kapsar. Beden bütünlüğü ihlal edilen kimse, ihlal yüzünden kısmen veya tamamen çalışmamış, kazanç kaybına uğramışsa, bu kazanç kaybını da isteyebilir. Beden bütünlüğü ihlal edilenin bedensel, fikri, zihinsel yeteneklerine bağlı olarak çalışma ve gelir elde etme gücünü tamamen veya kısmen kaybetmesine bağlı olarak uğranılan zarar, gerçekleşen bir zarar olarak kazanç kaybı değil, gelecekte gerçekleşecek kazanç yoksunluğu biçiminde zarardır. Kazanç zararlarında, halen mesleki uğraşısı olan kişinin çalışma gücünü geçici olarak yitirmesi nedeniyle gerçekleşen kazanç yoksunluğu söz konusu iken, çalışma gücünün tamamen veya kısmen kaybında geleceğe de sirayet eden sürekli bir kayıp mevcuttur. Bunun dışında, beden bütünlüğünün ihlali sonucunda çalışma gücünde kayıp olmasa da, zarar görenin ekonomik geleceği olumsuz etkilenebilir; iş bulma konusunda zorlanabilir, daha az kazanç getiren işlerde çalışmak zorunda kalabilir. Bu kayıplar da, bedensel zarar olarak talep edilebilir.

Ruh bütünlüğünün ihlâlinden kaynaklanan, bu bütünlüğün bozulması ya da zedelenmesi biçiminde ortaya çıkan zararlara ise, ruhsal zarar denir. Bu tür zararların kapsamına, bir kimsenin kişilik haklarının ihlâlinden kaynaklanan zararların (TBK m. 58, 1) yanı sıra, vücut bütünlüğünün ağır bir biçimde zarar görmesi dolayısıyla kişinin, duymuş bulunduğu şiddetli üzüntü, elem ve acı şeklinde ortaya çıkan zararlar da (TBK m. 56, 1) girer.

Bedensel zararlar, maddî; ruhsal zararlar ise, manevî zarar olarak adlandırılır. Yine, bir kimsenin ölümü nedeniyle, onun yakınlarının, ölenin cenaze giderleri; ölüm hemen gerçekleşmemişse, tedavi giderleriyle, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıpları ile ölüm sebebiyle des-

tekten yoksun kalma şeklinde beliren kayıpları, maddî zarar (TBK m. 53); ölüm ya da ağır bedensel zarar dolayısıyla, yakınlarının duymuş oldukları şiddetli üzüntü, elem ve acı şeklinde somutlaşan zararları ise, manevî zarar bütünü içinde yer alır (TBK m. 56, 2).

Buna göre bedensel zarar, fiziksel sağlık ve bütünlüğün ya da ruhsal sağlık ve bütünlüğün ihlalinin neden olduğu maddi zararlardır.

Bu zararlar çoğunlukla haksız fiile dayalı ortaya çıkmakla birlikte zarar, sözleşmeden, tehlike sorumluluğundan veya vekâletsiz iş görme hükümlerinden de kaynaklanabilir.

Bedensel zararlar konusunda TBK genel kanun olarak karşımıza çıkmakla birlikte 4857 sayılı İş Kanunu, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Türk Ticaret Kanunu (TTK), 6284 sayılı Kanun gibi kanunlarda da bedensel zararlara ilişkin özel düzenlemeler yer almaktadır.

C. TAHKİM/DEVLET YARGISI VE DİĞER ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARININ KARŞILAŞMASI/KARŞILAŞTIRILMASI

I. TAHKİMİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Tahkim, bir hak (veya ilişki) üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümlenmesini özel kişi veya kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın bu özel kişi veya kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasını ifade eder. Tahkim, tarafların devlet yargısına alternatif olarak başvurabileceği bir yargı mekanizmasıdır. Başka bir ifadeyle yargı yetkisini millet adına kullanan devlet mahkemelerinin yetkisinin sözleşmeyle bertaraf edilmesi, akdi yargılama yolunun açılmasıdır.

Tahkimin temel özelliği, sözleşmeye dayalı olarak tarafların kendileri bakımından ve belli uyuşmazlıklara özgü yargı yolu oluşturmalarıdır. Kendiliğinden hak alma (ihkakı hak)

yasak olmasına rağmen ve hak arama özgürlüğünün (adalete erişimin) Devlet mahkemeleri eliyle kullanılmasının istisnası tahkimdir. Bu nedenle tahkim, iradî olarak devlet yargısının kapatılıp, tarafların kendi yargı makamlarını oluşturmalarıdır. O halde tahkimin temeli “sözleşme”dir. Bu sözleşme, tarafların mahkemeye başvurmasına engel olmakla birlikte, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) bu durumu bir ilk itiraz olarak (HMK m. 116) düzenlemiş olduğu için, tarafların bu hususu cevap süresi içerisinde ileri sürmemesi halinde, dava, devlet mahkemesinde görülmeye devam eder. Bunun dışında devlet mahkemesinde dava açan tarafların davanın her aşamasında tahkim sözleşmesi yapıp davanın hakemde görülmesini kararlaştırmaları da mümkündür (HMK m. 412, 5).

Tahkim sözleşmesi hakkında farklı görüşler bulunmasına rağmen, kanımızca tahkim sözleşmesi usul hukuku sözleşmesi olup iki türlü etkiye sahiptir. Sözleşmenin birinci etkisi, olumsuz olup, tarafların devlet yargısına başvurmasının önüne geçer. İkinci etkisi ise olumlu olup, hakemlerin devlet mahkemesi gibi yargılama yapıp bağlayıcı karar verme yetkisi sağlamasıdır. Bu etkiler ise doğrudan ve birincil olarak usul hukukunda doğar.

II. TAHKİMİN DEVLET YARGISI İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Uyuşmazlıkların çözümünde iki yol söz konusudur. Birincisi, dava yolu; ikincisi ise alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıdır. Dava yolu, kendi içerisinde devlet mahkemesi önünde ve tahkimde olmak üzere ikiye ayrılır. O halde tahkim, esasen bir dava yoludur; alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul edilemez. Tahkimde davanın görülmesi, devlet yargısına alternatif olmasını ifade etmekle birlikte, bu durum, tahkimi bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu haline getirmez. Her ikisinde de bir davanın söz konusu olduğu devlet yargısı ile tahkimin karşılaştırılması gerekirse şu hususlara dikkat çekilebilir:

- En geniş hak arama devlet mahkemeleri önünde gerçekleşirken, özel hukuktan kaynaklanan her türlü uyuşmazlık

değil, sadece tahkime elverişli olduğu kabul edilen hususlarda tahkim geçerlidir (HMK m. 408).

- Tahkim, tarafların iradesine dayandığı ve bir usul sözleşmesi olduğu için, tahkime başvurma konusunda her şeyden önce açık, kesin ve net iradelerin varlığı aranır. Çünkü tahkim, istisnai bir yol olup, aslolan devlet yargısına başvurudur. Bu nedenle usulüne uygun yapılmamış tahkim sözleşmesi, bu yolu kapatabilir. Tahkim sözleşmesi, usul hukuku veya maddi hukuka yönelik sebepler dolayısıyla “hükümsüzlük” yaptırımını ile karşılaşılabılır (HMK m. 413, 1; 439, 2/a). Ancak bu durum, davanın devlet yargısında görülmesine engel olmaz.
- Taraflar devlet yargısında yargılamayı gerçekleştirecek hâkimi veya mahkemeyi seçemezler. Tahkimde ise esasen taraflar, kendi hâkimini ve mahkemesini tespit ve tayin etmektedirler. Öte yandan, devlet yargısında hâkimin hukukçu olması gerekirken hakemin hukukçu olması zorunlu değildir (karş. HMK m. 416, 1/c).
- Hakemler de tarafsız üçüncü kişi olmak zorundadırlar; bu nedenle hâkimin reddi sebebine dayalı olarak reddedilebilirler (HMK m. 417).
- Tarafların tahkime başvurusu halinde uyuşmazlık kuralı olarak hakem önünde çözülür. Ancak sınırlı bazı sebeplerle ve durumlarda aynı zamanda devlet yargısı da görevli olabilir. Başka bir deyişle, tahkim yargılaması içerisinde mahkemeye başvuru gerekebilir. Bu bakımdan “sınırlılık” ilkesi geçerlidir (HMK m. 411). Buna göre, Kanunda öngörülen haller dışında tahkimde, mahkemenin müdahalesi veya yardımı söz konusu olmaz.
- Devlet yargısında taraflar, yargılama usulünü seçemezler; kural olarak emredici olan usul hükümleri ve HMK ile bağlıdırlar. Oysa tahkimde taraflar, yargılama usulünü de serbestçe belirleyebilirler (HMK m. 424). Hatta HMK m. 444 uyarınca, tahkimle ilgili düzenleme olan konularda

HMK'nun diğer hükümleri uygulanmaz. Aslolan HMK m. 408-444'deki hükümlerin uygulanmasıdır. Bu nedenle tahkim, usulî açıdan da taraf iradesine hizmet eden, esnek hükümler içerebilmektedir. Bu da yargılamanın hem daha kısa hem de daha pratik bir usulle yürütülmesine hizmet eder. Ancak tahkim yargılamasında iki temel yargılama ilkesine uyulması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Buna göre devlet yargısının tüm usul kuralları uygulanmasa da tarafların eşitliği ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmesi şarttır (HMK m. 423).

- Taraflardan birisinin geçerli bir neden göstermeksizin duruşmaya katılmaması veya delillerini sunmaktan kaçınması, yargılamayı sona erdirmeyip, hakemler tahkim yargılamasına devam ederek gelmeyen tarafın yokluğunda mevcut delillere göre karar verebilir (HMK m. 430, 1/c; karş. HMK m. 150).
- Devlet yargısında mahkeme tarafından uygulanacak maddî hukuk bellidir; yedek hukuk kuralları bakımından ve genel olarak irade serbestisi çerçevesinde kısmi bir özgürlükten söz edilse bile, maddi hukuk kurallarından ayrılıp karar verme olanağı yoktur. Buna karşılık tahkimde taraflar, uygulanacak maddi hukuk kurallarını da serbestçe kararlaştırabilir, hatta maddi hukuka göre değil hakkaniyete uygun karar verilmesini de benimseyebilirler.
- Tahkim sözleşme olarak sadece tarafları bağladığı ve tahkime başvurulacak konu sınırlı olduğu için, ortaya çıkan başka sorunların tahkime dahil edilmesi veya üçüncü kişilerin davaya müdahale etmesi söz konusu olmaz.
- Yargılamanın süresi tahkimde belli olup, kural olarak bu süre bir yıldır (HMK m. 427). Buna karşılık devlet yargısı için bunu söylemek mümkün değildir. Çünkü hakemlerin asli işleri uyuşmazlık çözümü değildir. Öte yandan hakemlerin hukukçu olmaları zorunlu tutulmadığı için, yabancı dil bilen veya alanında uzman kişilerden oluşan bir hakem kurulunun bilirkişiye başvurma gereksinimi de bulunmaya-

çağı için uyuşmazlık daha kısa sürede ve basit bir şekilde de çözülebilmektedir. Devlet yargısında mahkeme, teknik ve özel konularda bilirkişiye başvurmak zorunda olduğu halde, taraflar başvuracakları hakemi konunun uzmanları arasından seçtikleri takdirde yargılama giderlerinde de tasarruf edilmesi söz konusu olabilir. Bu aynı zamanda bilirkişiye başvurulmasında yaşanan zaman kaybının da önüne geçer.

- Devlet yargısında aleniyet ilkesi geçerli iken, tahkimde gizlilik esastır.
- Devlet yargısının, tahkime oranla taraflar bakımından daha ekonomik olduğu söylenebilir. Bu durum, özellikle hakem ücretlerinin taraflarca karşılanması, buna karşılık devlet yargısının böyle bir maliyet içermemesi nedeniyledir. Devlet yargısında adli yardım olanağı varken, tahkim için bu tür bir yol yoktur.
- Tahkimde devlet yargılamasından farklı olarak kısmi karar, tamamlayıcı karar ve ek karar verebilme olanağı vardır (HMK m. 437).
- Tahkimde verilen karar da maddi anlamda kesinleşmeye elverişlidir. Dolayısıyla mahkeme kararlarından bir farkı yoktur. Bu nedenle de söz konusu karar da, kesin hüküm teşkil eder.
- Devlet yargısında verilen kararlara karşı kanun yolları açık olup, kararın vakıalara ve hukuka uygunluğu denetlenirken (HMK m. 341 vd.) tahkimde verilen kararlara karşı yalnızca iptal davası (HMK m. 439) yolu mevcuttur. İptal davasında kararın içerik denetimi yapılmayıp, bazı önemli usuli konularda hata yapıp yapılmadığına bakılır.

III. TAHKİMİN ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI (ÖZELLİKLE ARABULUCULUK) İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Tahkim, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olmayıp, devlet yargısının alternatifi olan bir yargılama usulüdür. Oysa

alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında, ister iradî ister dava şartı biçiminde öngörülmüş olsun, bir yargılama ve sonucunda mahkeme kararı gücünde bir “kesin hüküm” yoktur. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında, tarafların bir üçüncü kişi gözetiminde bir araya gelip iletişim kurmaları ve çözüm üretmeleri; bu çözümün taraflardan gelmemesi halinde süreci yürüten üçüncü kişinin çözüm sunması veya bazen de tarafları uzlaştırması mümkün olabilir. Ancak bu faaliyet hiçbir şekilde devlet mahkemeleri önünde cereyan eden “yargılama”ya paralel ya da ona benzer değildir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında yargısal bir faaliyet gerçekleştirilmeyip, yargıya alternatif çözüm bulma amacı vardır. Buna karşılık tahkim, gerçek anlamda devlet yargısının alternatifidir.

Tahkim yargılamasında iki taraf birlikte talep etmedikçe bu yoldan vazgeçme olanağı olmadığı halde, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında taraflardan birisi, süreci yürütme veya devam ettirme iradesi göstermezse bu yola devam edilemez; tarafların dava açma hakkı saklı ve mevcuttur. Ancak tahkimde esasen yargılama yapıldığı için buradan vazgeçip devlet mahkemesine gidilmesi söz konusu olmaz.

Tahkimde kimin haklı olduğu hususu ön plana çıkıp uyuşmazlığın kesin hüküm teşkil edecek biçimde yargısal usullerle çözülmesi amaçlanırken; alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında uyuşmazlığın taraf menfaatleri gözetilerek ortadan kaldırılması önemlidir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında yargılama yapılması söz konusu olmadığından sadece sürecin yürütülmesi bakımından tespit edilen bazı usullerin uygulanması önem kazanmaktadır.

Hakem kararı, yargısal ve icra edilebilir bir kararken, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında süreç tamamen taraf iradeleriyle yürür. Elde edilen sonuç veya uzlaşma, mahkeme kararı değildir. Ayrıca tarafların anlaşması “karar” olarak değil, “uzlaşma” veya “sulh” anlaşması olarak karşımıza çıkar. Bu

anlaşmaya icra edilebilirlik şerhi verilmesi veya taraf vekilleri tarafından imzalanmış olması nedeniyle bu şerh verilmemiş olsa bile, söz konusu karar veya anlaşmayı içeren belge, “ilâm” olmayıp sadece “ilâm niteliğinde belge”dir (Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu -HUAK- m. 18).

Son olarak, Türk Hukukunda öncelikle iş hukukunda daha sonra ticarî davalar bakımından TTK’nda yapılan değişikliklerle uygulama alanı bulan dava şartı arabuluculuk ile tahkim ilişkisine değinmek gerekirse, bu zorunluluğun tahkime başvurulması halinde geçerli olmadığını söylemek gerekir. Nitekim HUAK m. 18/A, 18’de “özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz” hükmünün yer aldığı; **dava şartı arabuluculuğun devlet mahkemesinde dava açmaya engel olmakla birlikte; tahkime başvuru kaydı veya sözleşmesinin varlığı halinde uygulanmayacağı**nın açıkça düzenlendiği görülür. O halde, dava şartı arabuluculuğun geçerli olduğu bir uyuşmazlık bakımından tahkim yolunun kararlaştırılmasına bir engel yoktur. Tarafların tahkime gitmesi halinde, öncelikle arabulucuya başvurulması gerektiği ifade edilerek davanın reddi söz konusu olmaz; hakemler davayı görmelidir.

D. TAHKİME ELVERİŞLİLİK

Bedensel zararlardan doğan tazmin talepleri hakkında tahkim yolunun caiz veya geçerli olup olmayacağını tespit bakımından “tahkime elverişlilik” kavramına dikkat çekmek gerekir. Tahkime elverişlilik, genel olarak objektif ve sübjektif bakımından ele alınmaktadır. Kanımızca -aşağıda belirtileceği üzere- bir başka ayrımın da mutlak elverişsizlik ve nispi elverişsizlik biçiminde yapılması gerekir. Çünkü, burada kategorik ve kesin bir elverişsizlik değil, ancak uyuşmazlıktan önce tahkime gidilmesini kararlaştırma yasağı vardır. Fakat uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra bu yasak ortadan kalkmaktadır.

I. OBJEKTİF-SÜBJEKTİF ELVERİŞLİLİK

Doktrinde tahkim sözleşmesinin konusunun tahkime elverişli olması **objektif bakımdan** tahkime elverişlilik; tahkime taraf olanlar bakımından yapılan değerlendirme (**tahkim sözleşmesi yapabilme ehliyeti**) ise **sübjektif** bakımdan tahkime elverişlilik olarak kabul edilmektedir.

Tahkime elverişlilik konusunda HMK'nun olumsuz bir ifadeyle düzenleme yaptığı, başka bir ifadeyle, hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını belirtmek şeklinde bir tercihte bulunduğunu söylemek gerekir. Nitekim HMK m. 408 hükmünde, "taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir" denilmiştir.

Usul hukuku bakımından benzer kavramların çeşitli düzenlemelerde yer aldığı görülmektedir. Örneğin HMK m. 18'de yetki sözleşmesinin ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda yapılabileceği belirtilmiştir. Yine HMK m. 313, 2 uyarınca, taraflar ancak üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda uyuşmazlığı "sulh" olmak suretiyle sona erdirebilirler. Aynı şekilde hâkimin ön inceleme aşamasında tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik görevi bakımından da, uyuşmazlığın tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir dava olması gerekir (HMK m. 137). Bu anlamda örneğin, cumhuriyet savcısının açtığı veya yer aldığı hukuk davalarında tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği açıkça düzenlenmiştir (HMK m. 70).

Tahkime elverişlilik bakımından kullanılan ve iki tarafın iradelerine tâbi olan uyuşmazlıklar genel olarak, "tarafların üzerinde sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri uyuşmazlıklar" biçiminde anlaşılmış ve bu tür konuların objektif bakımdan tahkime elverişli olduğu kabul edilmiştir. Bu da esasen doğru bir yaklaşımdır. Çünkü, medenî yargılama hukukunda kural olarak tasarruf ilkesi geçerlidir (HMK m. 24). Bu ilke, davacı bakımından davadan "feragat"; davalı bakımından davayı "kabul" olanağı tanımaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki,

bir davadan feragat mümkün olduğu halde kabul geçerli olmayabilir. Örneğin, boşanma davasından feragat edilebileceği halde, boşanma davasında “kabul”, hâkimi bağlamaz (TMK m. 184). O nedenle HMK m. 408’de de belirtildiği üzere, burada ölçütün her iki tarafı dikkate alarak tespiti gerekir ki, bu da yukarıda ifade edildiği üzere, tarafların üzerinde “sulh” olmak suretiyle sona erdirebilecekleri uyuşmazlıklardır. Bu çerçevede genel olarak doktrinde boşanma, soybağına ilişkin davalar, resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar, iflâs, kooperatiflerle ilgili uyuşmazlıklar, vakıf veya dernek kuruluşuna ilişkin uyuşmazlıklar böyledir.

Doktrinde iki tarafın iradesine tâbi olan veya olmayan uyuşmazlık kavramlarının içeriğinin tespiti bakımından, yukarıda belirtildiği üzere tarafların üzerinde sulh olabileceği hususlar tespit edilmeye çalışılmaktadır. Ne var ki, esasında usulî olarak sulhe elverişli uyuşmazlıklar mevcut olmasına rağmen, bir başka ölçüt uygulanmak suretiyle bu konularda da tahkime gidilemeyeceği belirtilmektedir. Doktrinde ve uygulamada tahkime elverişli olmadığı belirtilen tüketici, iş hukuku, rekabet ve fikri haklar ile ticari olmayan kira ilişkileri bu kapsamdadır.

Buradaki elverişsizliğin sübjektif mi objektif mi olduğu konusu ve bu kabulün yerinde olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Yukarıda belirtildiği üzere uyuşmazlık konusunda tahkim yoluna gidilebilmesi “objektif” elverişliliği ifade ederken; tahkim sözleşmesi yapabilme ehliyeti, “sübjektif” elverişliliği anlatmaktadır. Ancak buradaki sübjektiflik, tarafların konumları veya durumları nedeniyle tahkim sözleşmesi yapıp yapamayacağı olmayıp, teknik olarak “taraf ehliyeti” hususudur. O nedenle yukarıda örnekleri verilen ve tahkime konu olamayacağı ifade edilen tüketici, iş hukuku veya kira sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından getirilen yasağın kaynağı araştırılmalıdır. Zira bu tür uyuşmazlıklar bakımından tahkime gidilememesinin sebebi, doktrinde, bir tarafın diğerinden üstün bir güce sahip olması, ilişkinin diğer tarafının “zayıf” ve “korunması” gereken konumda olması şeklinde gerekçelendirilmektedir. O halde bu durumun uyuşmazlığın

sübjektif olarak tahkime elverişsizliği başlığı altında ele alınmayacağı açıktır. HMK, tahkime elverişlilik bakımından tarafların kimliği veya statüsü ile bağlantı kurmuş değildir. Aksine kanunun yasaklamadığı (hatta tarafların sulh olmak suretiyle uyuşmazlığı sona erdirebilmesinin mümkün olduğu) bu uyuşmazlıklarda tahkimin geçerli kabul edilmemesi veya bu hususların tahkime elverişli olmadığının söylenebilmesi için bir gerekçe ileri sürülmelidir. Doktrinde bu konuda “kamu düzeni” kavramına başvurulduğu görülmektedir. Bir başka ifadeyle, tarafların kamu düzeninden sayılan bazı konularda tahkim sözleşmesi yapamayacakları kabul edilmektedir. O halde tahkime elverişlilik bakımından, tarafların üzerinde sulh olabileceği bazı uyuşmazlıklar söz konusu olsa bile, devlet mahkemesinin yargı yetkisinin ortadan kaldırılamayacağı “kamu düzeni” gerekçesiyle benimsenmektedir. Buna göre, örneğin devlet yargısı önünde görülen bir işçi alacağı davasında veya tüketici mahkemesinde derdest bir davada işçi veya tüketici, davanın karşı tarafında yer alan işveren ya da üretici, hizmet sağlayıcı ile sulh olup davayı sona erdirebilecek olduğu halde, bu hususlarda tahkime başvurmanın “kamu düzeni” gerekçesiyle kabul görmemesinin nedenleri üzerinde durulmalıdır.

Herşeyden önce yukarıda ifade edildiği üzere, HMK m. 408’de tahkime elverişlilik bakımından bu tür bir ölçüt yoktur. Nitekim HMK m. 439, 2/g’de uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması bir iptal sebebi sayılmıştır. Ne var ki tahkim ilk itirazı üzerine HMK m. 413 uyarınca tahkim sözleşmesinin hükümsüzlüğü incelenebildiği gibi HMK m. 439, 2/a uyarınca tahkim sözleşmesinin geçersizliği de uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması dışında ayrı bir iptal sebebi olarak düzenlenmiştir. Bütün bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, tahkime elverişliliğin tek başına bir ölçüt olup olmadığı veya tahkim sözleşmesinin başka bir sebeple de hükümsüz veya geçersiz olup olamayacağı değerlendirilmelidir.

Tahkim sözleşmesi, etkilerini usul hukukunda gösteren bir usul sözleşmesi olmasına rağmen, kurulması ve geçerliliği bakımından, özel bir düzenleme olmadıkça borçlar hukuku

kurallarına tâbidir. Bu bakımdan yerleşik Yargıtay uygulamasının da temelini oluşturan düşünce, tahkim sözleşmesinin geçerliliğini TBK m. 27 çerçevesinde ele almakta ve tahkim sözleşmesinin Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusunun imkânsız olması halinde kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlı tutmaktadır. Bu bakımdan HMK m. 408 hükmünün getirdiği ölçüte böylece “kamu düzeni” kavramı da eklenmektedir. Tahkime elverişli olsa bile bazı uyuşmazlıklar bakımından korunması gereken üstün bir menfaatin varlığı kabul edilerek bu konulardaki uyuşmazlığın mutlaka devlet mahkemesinde görülmesi gerektiği kabul edilmektedir. Esasında tahkim sözleşmesinin hükümsüzlüğünün usul hukukuna veya maddi hukuka ilişkin sebeplerden kaynaklanabileceği açıktır. Bu anlamda yukarıda belirtildiği üzere TBK m. 27 hükmü çerçevesinde tahkim sözleşmesinin geçerliliği incelenebilir. Ancak hangi tahkim sözleşmesi ile ve neden kamu düzeninin veya emredici hükümlerin ihlal edildiği de ortaya konulmadır. Bu bakımdan iş veya tüketici hukukunda tahkim yoluna gidilmesinin kamu düzenine aykırılığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Aksi halde yalnızca bir tarafın zayıf veya korunmaya muhtaç olması da tek başına bir gerekçe olamaz. Yukarıda da belirtildiği üzere tahkim de bir yargılama yöntemidir ve devlet yargısında uyulacak usul kuralları uygulanmasa da, adil yargılanma hakkının güvencesi olan iki temel yargılama ilkesine, yani eşitlik ve hukuki dinlenilme hakkına uyulması şarttır. Kanımızca usul sözleşmesi olan tahkimin hangi konular bakımından geçerli olacağı hususunda ilk ve temel ölçüt HMK olmalıdır. Burada da “tarafaların iradelerine tâbi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar” dile getirilmiş; doktrin ise bunu daha geniş ve yargı uygulamasının alışkın olduğu, tarafların üzerinde “sulh” olabildiği uyuşmazlıklar biçiminde anlamıştır. Tarafların iradesinden kaynaklanan, bizatihi sözleşme ile kurulan iş veya tüketici hukukundaki anlaşmazlıkların dava konusu yapılması halinde de tasarruf yetkisinin devam ettiğine kuşku yoktur. Kaldı ki burada bir taraf aleyhine hak arama özgürlüğünün kısıtlanması veya engellenmesi değil, özel bir yargı yolunun sözleşme ile

ihdas edilmesi söz konusudur. Tarafların hakeme gitmemesi veya devlet yargısı önünde dava açılması halinde ilk itiraz olarak tahkim itirazı yapılmadığı takdirde, uyuşmazlık yine devlet mahkemeleri önünde çözülecektir. Sonuç olarak, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunacakları bir konuda uyuşmazlığın çözümü için hakem tayin etmeleri ve devlet yargısına gidilmemesi taahhüdünü tahkim sözleşmesi ile kararlaştırmalarında “kamu düzeni” engelini anlamak ve kabul etmek son derece güçtür.

II. MUTLAK-NİSPİ ELVERİŞLİLİK

Kanımızca uyuşmazlıkların tahkime konu olabilmesi bakımından bir başka ayrımının da mutlak ve nispi elverişlilik başlığı altında yapılması gerekir. Bir uyuşmazlığın objektif olarak tahkime elverişli olmasına rağmen, örneğin, bir sözleşmeden doğan tazminat talebinin tahkime konu olmasına bir engel yokken, kanun koyucu veya yargı uygulaması, bu konuda tahkime gidilmesine ancak söz konusu uyuşmazlığın çıkmasından sonra izin veriyorsa burada nispi bir elverişlilikten söz etmek gerekir. Örneğin, TTK’nda deniz yolcu taşımalarını düzenleyen m. 1271’de “**Emredici hükümler**” başlığı altında tazminat istemi doğmadan önce yapılan tahkim sözleşmesinin geçerli olmayacağı ifade edilmektedir. Buna göre, “(1) Yolcunun ölümü veya yaralanması sonucunu doğuran olaydan veya bagajın zıyaa veya hasara uğramasından önce yapılmış olan sözleşmelerde yer alan, bu Bölüm hükümlerine göre sorumlu herhangi bir kişinin sorumluluğunu kaldıran veya 1263 üncü maddenin dördüncü fıkrası hükmü saklı kalmak kaydıyla, bu Bölümde öngörülen sorumluluk sınırlarını indiren veya taşıyana veya fiilî taşıyana düşen ispat yükünün yerini değiştiren her şart hükümsüzdür. Şartın hükümsüzlüğü, taşıma sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurmaz. (2) **Tazminat istemi doğmadan önce yapılan yetki ve tahkim sözleşmeleri geçerli değildir**”.

Dikkat edilirse, kanun koyucu, ortaya çıkan bedensel zarardan dolayı tahkime gitmeyi yasaklamamakta, sadece tahkim sözleşmesinin sorumluluğu doğuran olaydan önce yapılması-

nı kabul etmemektedir. Benzer bir hüküm taksitle satım sözleşmesi bakımından da TBK'nda mevcuttur. Buna göre, "yerleşim yeri Türkiye'de olan alıcı, tarafı olduğu taksitle satış sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar konusunda, yerleşim yerindeki mahkemenin yetkisinden önceden feragat edemeyeceği gibi, tahkim sözleşmesi de yapamaz" (TBK m. 262).

Bu konuda bir başka örnek de Yargıtay uygulamasından verilebilir. İşe iade davaları bakımından Yargıtay, hizmet sözleşmesinin feshinden önce yapılan tahkim sözleşmesinin geçersiz, fesihden sonra yapılanın ise geçerli olduğunu kabul etmektedir. Yargıtay, fesihden önce işçinin serbest iradesinin olmayıp işverene bağımlı olduğu; onun talimatları altında iş yaptığı; fesihle bağımlılık ilişkisinin kalktığı görüşündedir. İş Kanunu m. 20'de yer alan fesih prosedürü bakımından öngörülen ve dava şartı teşkil eden arabulucuya başvuru sonunda uzlaşma olmaması halinde dava açılması söz konusu olduğunda davanın mahkemede veya özel hakemde açılabileceği ("Taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir") ibaresi Yargıtay tarafından, **fesihden sonra tahkime gitmeyi kararlaştırma olarak** anlaşılmaktadır. Zira, maddede yer alan "Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya" bölümü, "...özel hakem kararları ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533. maddesinde yer alan ve esas yönünden denetime olanak vermeyen nedenlerle temyiz edilebiliyor ise de, iptali istenilen kuralda yargı önünde davacı olarak esas yönünden iddiada bulunulmasına olanak verilmemiş olması hak arama özgürlüğünü sınırlamaktadır" denilmek suretiyle Anayasa'nın 36. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir (Bkz. RG 24.11.2007, Sa. 26710). Buna karşılık, maddenin "...taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür" kısmı "işçinin, 20. maddenin birinci fıkrasındaki uyuşmazlığı özel hakeme götürme konusunda işverenle anlaşabilmesi yalnızca kendi iradesine ilişkindir. İşçi ancak özel hakeme gitme konusundaki iradesini kullandığında, dava açma seçeneğinden vazgeçmiş olacağından Anayasa'nın 36. maddesine aykırılıktan söz edilemez" denilmek suretiyle kuralın Anayasaya aykırı olmadığına hükmedilmiştir.

O halde Yargıtayın işe iade davaları bakımından 20. madde uygulamasında toplu iş sözleşmesi ile tahkim yoluna gidilmesini kabul etmemekle birlikte, bireysel olarak ve fesihden sonra olmak kaydıyla işçinin serbest iradesi ile ihtiyari tahkime gidebileceğini kabul ettiği görülmektedir. Bu ise, esasında uyumsuzluğun türüne değil, uyumsuzlıktan önce veya sonra sözleşmenin yapılabilmesine ilişkin bir durumdur. Ancak Yargıtay, burada da işçilik alacaklarını değil, yalnızca işe iadeyi kabul eder şekilde yorum yapmaktadır.

Yukarıda söz edilen örneklerde uyumsuzlukların tahkime mutlak olarak elverişsizliğinden değil, nispi bir şekilde elverişsizliğinden söz etmek doğru olabilir.

Bu aşamada konuyu usul sözleşmelerinin taşınması gereken "belirlilik" ve "öngörülebilirlik" ölçütü ile HMK m. 412 hükmü açısından da değerlendirmek gerekir. Tahkim sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulması için, uyumsuzluğun doğmuş olması gerekmez. Kanun koyucu, tahkim için uyumsuzluğun değil, hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olmasını aramıştır. Nitekim HMK m. 412'de, tahkim sözleşmesinin, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyumsuzluklarının çözümü için yapılabileceği açıkça kabul edilmiştir. Usul sözleşmelerinde belirlilik ve öngörülebilirlik açılarından maddî hukuka oranla daha titiz davranıldığını söylemek gerekir. Bu nedenle de tahkim sözleşmesi yapılacak hukukî ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması şart olmakla beraber uyumsuzluk doğmadan önce de bu sözleşme yapılabilir. Ancak yukarıda değinilen bazı hükümlerde ve Yargıtay uygulamasında görüldüğü üzere, bazı uyumsuzluk türlerinde tarafların ancak uyumsuzluk ortaya çıktıktan sonra tahkime gidebilmesine olanak tanınmaktadır. İşte burada esasında tahkime elverişli olmayan bir uyumsuzluk değil, sadece tahkim sözleşmesinin yapılabileceği zaman bakımından bir sınırlama öngörüldüğü söylenebilir. Bu ise, özellikle taraflar arasında tam bir dengenin olmadığı işçi-işveren ilişkisi gibi uyumsuzluk türlerinde, tarafların devlet yargısından vazgeçme iradesini ancak uyumsuzluk doğduktan sonra kullanması düşüncesine dayanmaktadır.

E. BEDENSEL ZARARLARDAN DOĞAN TALEPLERİN KAYNAĞI VE TAHKİME ELVERİŞLİ OLUP OLMADIĞI

I. BEDENSEL ZARARLARDAN DOĞAN TALEPLERİN KAYNAĞI

Bedensel zararlardan doğan talep, maddi veya manevi tazminat talebi şeklinde olup esasen bir para alacağına dayalıdır. Öte yandan bu uyuşmazlıklar tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri, bir başka deyişle tarafların iradelerine tâbi işlerdendir; o nedenle taraflar bu tür davalarda sulh olup uyuşmazlığı sona erdirebilirler.

Manevi tazminat taleplerinin tahkime elverişli olup olmadığı hakkında doktrinde görüş ayrılığı bulunmakla birlikte Yargıtay, “akdi sorumluluğun sonucu olarak cezai şart gibi manevi tazminat da mukavele edilebilir” demek suretiyle manevi tazminat bakımından da tahkime gidilebileceğini kabul etmiştir.

Bedensel zararlar ilke olarak haksız fiil kaynaklıdır. Ancak, zararın sözleşmeden veya vekâletsiz işgörmeden de doğması mümkündür.

Sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yoluna gidilebileceği (HMK m. 412, 1) dikkate alındığında, bedensel zararların ister maddi ister manevî tazminat davası şeklinde olsun, ister haksız fiile isterse sözleşmeye dayansın, tahkime gidilmesine teorik olarak bir engel bulunmamaktadır.

Yine burada üzerinde durulması gereken bir başka konu, dava şartı arabuluculuğun öngörülmesinin tahkime başvurmaya engel olup olmayacağıdır.

II. BEDENSEL ZARARLARIN SÜJELERİ BAKIMINDAN TAHKİM

1. İş Hukuku

Bedensel zararlar bakımından meslek hastalığı, iş kazası veya tıbbi müdahalelerden kaynaklanan zararlar dikkate alın-

dığında karşımıza işçi ve tüketici gibi, esasen tahkimin geçerli olmadığı belirtilen alanlar ve sùjeler çıkmaktadır. Bu halde yukarıda söz edilen ve uyuşmazlığın niteliğinden bağımsız olarak işçi veya tüketicinin tahkime başvurmasının yasaklanması nedeniyle pratikte bu yolun kapatılması sonucu mu çıkar veya konu bakımından tahkime elverişli ancak sùje bakımından tahkime elverişli olmayan bir alan mı söz konusu olur?

Yargıtay'ın işe iade davaları bakımından toplu iş sözleşmesi ile uyuşmazlık çıkmadan önce tahkime başvuruyu kararlaştırmaya olanak tanımadığı; ancak bireysel olarak ve fesihden sonra olmak kaydıyla işçinin serbest iradesi ile ihtiyari tahkime gidebileceğini kabul ettiği görülmektedir. Bu uyuşmazlığın türüne değil, uyuşmazlıktan önce veya sonra sözleşmenin yapılabilmesine ilişkin bir durumdur. Konumuz açısından söz konusu olan bedensel zararlar çerçevesinde iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan tazminat talepleri hakkında da tahkime gidilip gidilemeyeceği önem taşır. Yargıtayın ve doktrinin işçinin korunması ve kamu düzeni düşüncesi ile iş hukukunda genel olarak tahkime gidilemeyeceğini kabul ettiğini söylemek mümkündür. Hatta bu konuda 7036 s. K. ile getirilen dava şartı arabuluculuk düzenlemesi de dayanak yapılabilir. Nitekim 7036 s. K. m. 3, 3'te, "iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları" bakımından dava şartı arabuluculuğun uygulanmayacağı kabul edilmiştir. Buna göre, söz edilen bu talepler bakımından özellikle iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davalarının arabulucuya başvurulmadan doğrudan doğruya açılabilmesi anlaşılmaktadır. Bu zorunluluğa tâbi olmadan dava açabilen davacı, bunu devlet mahkemesi yerine tahkimde yapabilmek konusunda, tahkim sözleşmesi yapma serbestisine sahip midir? Kanımızca dava şartı arabulucuya başvurunun getirilmemesi, işçinin korunması, baskı altında kalmadan karar vermesi bakımından anlaşılabilir ve kabul edilebilir bir düzenlemedir. Buna karşılık, söz konusu davalarda tarafların üzerinde serbestçe tasarruf ettiği, sulh olabildiği de açıktır. Hatta açılan davada HMK m. 137 vd. uyarınca mahkemenin ön

inceleme aşamasında sulhe veya arabulucuya teşvik görevine sahip olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır. O halde bu tür davalar bakımından dava şartı arabuluculuğun öngörülmemesi, tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edemelerinden değil, tarafların (özellikle zayıf olduğu kabul edilen işçinin) iradesinin baskı altına alınmaması bakımındandır. Benzer düşüncenin işe iade davalarında tahkime ancak fesihden sonra ve bireysel olarak kararlaştırılması halinde gidilebilmesinde de var olduğu görülmektedir. Ancak arabuluculuk ve tahkimin birbirinden farklı yollar olduğu unutulmamalıdır. Arabuluculuğa başvuru muafiyetinin bir tahkim engeli olduğu düşünülmemelidir. Çünkü arabuluculuk, bir yargılama yöntemi olmayıp, alternatif bir uyuşmazlık çözümüdür; menfaat temellidir ve aslanan tarafların kendi çözümlerini kendilerinin bulmasıdır. Tarafların sonuca ulaşmaması halinde dava yolu açıktır. Oysa tahkimde, esasında taraflar için mahkeme kararı gibi kesin hüküm teşkil edecek bir karar çıkacaktır; bu ise tarafsız üçüncü kişi konumundaki hakemin yargılama faaliyeti sonucu gerçekleşecektir. Dolayısıyla tarafların iradi olarak bunu kararlaştırmaları, devlet yargısından vazgeçme anlamına gelir. Bu vazgeçmenin, vazgeçen taraf bakımından bir eşitsizlik veya dezavantaj veya karşı tarafa bir üstünlük sağlayıp sağlamayacağı ele alınmalıdır. Bu ise, sözleşme özgürlüğünün sınırları ile ilgilidir. Bu noktada, kurallarının önceden belirlenmiş olduğu kurumsal tahkim oluşturulması; tarafların temsilinin sağlanması; hukukî yardım hizmeti verilebilmesi veya özellikle tahkim masrafları bakımından zayıf tarafın korunmasına hizmet edecek adli yardım gibi bir kurumun tahkimde bulunmamasının sakıncalarını gidermek koşuluyla bu tür uyuşmazlıkların tahkimde görülmesine bir engel bulunmadığı kanısındayız. Zira tahkim yargılamasında da en temel usul ilkeleri olan eşitlik ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmektedir. Taraflar sözleşmeyle devlet yargısına başvurmadan vazgeçmekte ancak bu durum Anayasanın 36. maddesiyle güvence altına alınan, meşru vasıta ve yollardan birisi olan tahkim yolu ile hak arama özgürlüğünün kullanılma biçimlerinden birisini oluşturmaktadır.

2. Tüketici Hukuku

Tüketici işlemlerinden kaynaklanan ve bedensel zarar çerçevesinde sayılabilecek hususlarda tahkim söz konusu olabilir mi? Örneğin, estetik veya tıbbi bir müdahale sonucu uğranılan ya da ayıplı bir mal ya da hizmetten kaynaklanan bedensel zararın tazmini hakkında tahkim yolu kararlaştırılabilir mi?

Yukarıda belirtildiği üzere genel olarak tüketicinin taraf olduğu veya tüketici işlemi olarak kabul edilen işlemler hakkında tahkimin cereyan etmeyeceği kabul edilmektedir. Yargıtay, 'iki tarafın iradelerine tâbi olmayan' uyuşmazlıklar tanımıyla kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıkların kast edildiğini, bu sebeple kamu düzenini ilgilendiren tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olmadığını kabul etmektedir. Buradaki kamu düzeni düşüncesinin bizatihi 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun s. K. m. 1'de yer alan ve Kanunun amacını, kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını korumak şeklindeki ifadelere dayandığı değerlendirilebilir.

Öte yandan 6502 s. K. m. 68'de, tarafların İİK'daki hakları saklı kalmak üzere değeri 2019 yılı için 8.480 TL'nin altındaki talepler bakımından tüketici hakem heyetine başvurunun zorunlu olduğu ifade edilmiştir.

Tüketici hakem heyetine başvurma zorunluluğu, devlet yargısı öncesi öngörülen bir zorunlu tahkim olarak kabul edilecek olursa bu miktardaki talepler bakımından dava açmadan önce hakem heyetine başvurmanın şart olduğu ortaya çıkar. Fakat bu sonuç, ilgililerin devlet yargısına başvurmak istemesi bakımından geçerli olmalıdır. Çünkü bu başvuru, özel bir dava şartı gibi düzenlenmiştir. Buna karşılık, ilgililerin devlet yargısına gitmek yerine tahkimde dava açmaya karar vermelerine bir engel olmamalı ve bu durumda hakem heyetine başvurma şartı aranmamalıdır. Fakat Yargıtay 13. HD, 20.10.2008 tarih ve 6195/12026 sayılı kararında, "Tüketicinin korunmasını amaçlayan 4077 sayılı Kanun'un **kamu düzeni** ile ilgili özel bir kanun olması, bu yasanın 22. maddesi ile **tüketici sorunları**

hakem heyeti olarak bir hakem heyeti oluşturulmasından, yasa koyucunun böylece **zımnen özel tahkim yolunu kapadığı,** 23.maddesindeki bu kanunun uygulaması ile ilgili her türlü ihtilafların tüketici mahkemelerinde görüleceği şeklindeki hükmünden, görevli mahkemenin yasa ile açıkça belirlendiği ve bu kanunun uygulanmasından çıkan **ihtilafların mutlaka tüketici mahkemelerinde** veya miktara göre **tüketici hakem heyetlerinde** bakılması gerektiği, **tahkim yolu ile özel hakemler önünde görülemeyeceğinin** kabulü gerekir” demek suretiyle ihtiyari tahkim yolunun kapalı olduğunu vurgulamıştır. Kanımızca bu görüş isabetli değildir. Çünkü tüketici uyuşmazlıkları hakkında getirilen düzenlemeler, devlet yargısı içerisinde özel bir düzenleme olarak kabul edilmelidir. Öte yandan, 6502 s. K. m. 68/5’te, tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmasının mümkün olduğu hükmüne bağlanmıştır. Tahkim bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olmamakla birlikte, temelinde taraf iradesi ve sulh olabilmenin bulunduğu hususlarda farklı bir sonuca ulaşmak tutarsızlık teşkil eder.

Kanun koyucunun tüketici uyuşmazlıkları için özel görevli tüketici mahkemelerini ve tüketici hakem heyetlerini kurmuş olması, bu uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığına göstergesi midir? Kanımızca bu soruya olumsuz cevap verilmelidir. Çünkü, yukarıda belirtildiği gibi, bu düzenleme devlet yargısı içerisinde yapılmış ve özel bir uzmanlık alanı oluşturulmak suretiyle uyuşmazlıkların daha kısa sürede çözülmesi amacıyla tercih edilmiştir. Bütün bu mekanizmalar içerisinde yer alan usul kurallarının hiç birisi genel usul ilkelerinden sapmamış; örneğin resen araştırma ilkesi getirilmemiş; aksine yine taraflarca getirilme ilkesi kabul edilmiştir. Aynı şekilde 6502 s. K. m. 68’e 7063 s. K. ile eklenen ibare ile tarafların İcra ve İflâs Kanunundaki haklarının saklı olduğu ifade edilmiş; böylece tüketici hukuku bakımından para alacağı bulunan alacaklının, tüketici hakem heyeti veya tüketici mahkemesine başvurmak zorunda olmaksızın ilâmsız icra takibi yapabileceği kabul edilmiştir.

Burada dikkate alınması gereken husus, kanımızca ihtiyari tahkim kaydının, tüketici aleyhine “haksız şart” oluşturup

oluşturmayacağıdır. 6502 s. K. m. 5 uyarınca bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak nitelendirilebilmesi için müzakerede edilmemiş olması yeterli değildir. Bunun dışında getirilen hükmün “ tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olması” aranmaktadır. Satıcı/sağlayıcı tarafından sözleşmeye konulan tahkim şartının haksız şart niteliğinin tespiti için kural olarak öncelikle uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüme kavuşturulmasının dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde tüketicinin aleyhine olup olmadığının araştırılması gerekir.

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik hükümlerine bakıldığında tüketici sözleşmelerinde yer alan “tahkim” kaydının doğrudan doğruya haksız şart olarak kabul edildiği görülmektedir. Buna göre, “Tüketicinin özellikle, hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmek... tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar”ın haksız olduğu ifade edilmiştir (Haksız Şartlar 1/n). Bu durumda artık tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasında yapılan sözleşmenin önceden müzakere edilmeyen hükümleri arasında yer alan bir tahkim şartının, bu şartın ayrıca tüketicinin dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde aleyhine olup olmadığı değerlendirilmeksizin haksız şart olduğu kabul edilip tahkim anlaşması kesin hükümsüz sayılacaktır.

Ancak bu düzenlemenin isabetli olmadığı, özellikle tüketici hukukundaki Avrupa Birliği müktesebatına bakıldığında da, Avrupa Birliği 93/13 Yönergesi'nin Ek'inde yer alan q bendindeki hükmün Avrupa Birliği Komisyonu'nun Tüketici Uyuşmazlıklarının Devlet Yargısı Dışında Çözümüne İlişkin Temel İlkeler başlıklı ve 1998 tarihli tavsiyesi çerçevesinde yorumlanmasının uygun olacağı doktrinde ifade edilmektedir. Komisyon, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı uyarınca, tüketicilerin ancak açıkça ve tüm bilgilerden haberdar bir şekilde ve uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra uyuşmazlığın mahkeme dışında

(örneğin tahkimde) çözümlmesine yönelik yapacağı anlaşma, tüketicinin mahkemeye gitmesini engelleyebilir. Dolayısıyla uyuşmazlık henüz ortaya çıkmadan önce yapılacak bir tahkim anlaşması, haksız şart kabul edilip geçersiz sayılacaktır. Öte yandan yine Avrupa Birliği mevzuatında tüketicilere sunulacak yolların (organların) bağımsız; başvuru usulünün basit ve külfetsiz olması, organların kararlarının tüketicinin haklarını sınırlayıcı olmaması ve dava yolunu kapatmaması biçiminde öngörüldüğü tespit edilmektedir. Bu bakımdan tarafsızlık, etkililik, şeffaflık ve adil olma ilkeleri belirlenmiştir. Tahkimin de bir dava yolu olduğu ve hak arama özgürlüğünü kapatmayı, aksine yargılama yapılması suretiyle bu yolun kullanılması aracı olduğunu ifade etmek gerekir.

Ancak burada da sözleşme özgürlüğünün genel sınırları bakımından tüketicinin güvenli, kurumsal ve ekonomik bakımdan korunan menfaatleri dikkate alınarak bir mekanizma oluşturulması gerekir. Öte yandan uyuşmazlık ortaya çıkmadan yapılan tahkim sözleşmesinin haksız şart olarak kabul edilmesi karşısında, burada da uyuşmazlık sonrası tahkim sözleşmesi yapmaya bir engel olmaması gerekir.

Avrupa birliği mevzuatının tüketiciye her yolu seçme hakkını tanıdığını; ancak tüketici hukukunda tüketiciye sağlanan mali kolaylıklar (harç muafiyeti vb.) dikkate alındığında tahkimin tüketiciye getireceği ekonomik yükün ortadan kaldırılmasını sağlayıcı davadakine benzer tedbirlerin alınması gerektiği açıktır.

3. Ticari Davalar

Bedensel zararların ticari dava olarak karşımıza çıkması mümkündür. Bu kapsamda marka, patent, endüstriyel tasarım, faydalı model, coğrafi işaretler ve telif haklarından kaynaklanan bedensel zararlar varsa veya zarar ticarî davaya vücut veriyorsa, kural olarak burada tahkime başvuru bakımından bir engelden söz edilemez. Çünkü bu tür davalar bakımından tarafların üzerinde serbestçe tasarrufu konusunda bir engel olmadığı gibi yukarıda ifade edildiği şekilde tarafların tahkim

sözleşmesi yapmalarına engel bir “kamu düzeni” düşüncesi de bulunmamaktadır. Ancak burada 7155 s. K. ile TTK m. 5/A olarak hukukumuzda giren ticari davalarda dava şartı arabuluculuk uygulamasının tahkime engel olup olmadığı üzerinde durulmalıdır.

Öncelikle ticari davalar bakımından maddi ve manevi tazminat davaları için 7036 s. K. m. 3’te iş hukukunda öngörülün yasağın aksine, tazminat davaları bakımından dava açmadan önce arabulucuya başvuru zorunlu tutulmuştur. Ne var ki, HUAK m.18/A, 18 uyarınca dava şartı arabuluculuk düzenlemesi, tahkim kaydına engel teşkil etmez. Başka bir deyişle, taraflar ticari davalar bakımından tazminat talepleri hakkında tahkime gidebilirler; bu halde öncelikle arabulucuya gitme zorunluluğu uygulanmaz. Çünkü bu şart, tahkimde değil, devlet yargısında dava açılması halinde geçerlidir.

F. SONUÇ

Sözleşmesel ilişkiler gibi haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görme de sözleşme dışı hukuki ilişki olarak tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Bu anlamda bedensel zararlar hakkında tahkime başvurulmasına bir engel yoktur.

Bedensel zararların iş hukukundan veya tüketici hukukundan kaynaklanması halinde, bu taleplerin genellikle tahkime konu edilemeyeceğinin kabulü yönünde bir uygulamanın olduğu tespit edilmiştir. HMK m. 408 ile getirilen tahkime elverişlilik ölçütü dışında genel sözleşme hukuku ilkeleri (TNK m. 27) dikkate alınarak “kamu düzeni” düşüncesiyle zayıf veya dezavantajlı görünen tarafların geçerli bir tahkim sözleşmesi yapamayacağı kabul edilmektedir. Ne var ki, bu görüş eleştiriye açıktır. Herşeyden önce, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği, sulh yoluyla sona erdirebilecekleri uyuşmazlıklar hakkında taraflardan birisinin korunması gerekçesiyle ve “kamu düzeni” düşüncesiyle tahkim sözleşmesi yapılmasının engellenmesi isabetli değildir. Çünkü, tahkim yoluna başvurulması, hak arama özgürlüğünü kısıtlayan veya ortadan kal-

dıran bir sonuç doğurmaz. Tersine tahkim de Anayasanın 36. maddesi anlamında meşru ve sözleşmeye dayalı bir hak arama yoludur. Hatta sözleşme özgürlüğünün de bizzat Anayasa m. 48 ile korunduğu açıktır. Tahkimde de yargılama yapılması, temel yargılama usulü ilkeleri olan eşitlik ve hukuki dinlenilme hakkına uyulması gereği ve verilen kararın iptal davasına konu edilebilmesi tahkimde önemli güvencelerdir. Bu nedenle tahkim sözleşmesi ile bir tarafın daha avantajlı hale geldiği ileri sürülemez. Kaldı ki, günümüzde asimetrik tahkim sözleşmeleri ile taraflardan yalnızca birisine dahi bu yolun açılması söz konusudur. Öte yandan tahkim iradesinin açık, belirli ve anlaşılır olması da gerekir. O nedenle yeterince açık olmayan, seçenekli veya tereddütlü ibareler tahkime başvuru olanağı vermez. Yine tahkim sözleşmesinin geçersizliğinin resen dikkate alınması gerekir. Bütün bu hususlar, istisnai bir yol olan tahkime başvuru koşullarının sıkı bir denetim gerektirdiğini ortaya koymaktadır. Kaldı ki hakem kararının iptali müessesesi de bir denetim aracıdır.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, iş ve tüketici hukukunda bedensel zararların tazmini konusunda tahkime başvurulmasının kamu düzenine aykırı olmadığı düşüncesinde olmamıza rağmen, bu konuda ortaya çıkabilecek bazı sorunların varlığı da dikkate alınmalıdır. Bu anlamda bir kısım mekanizmalar yardımıyla iş hukukunda veya tüketici hukukunda tahkime başvurunun önünün açılması gerekir. Nitekim aslında Yargıtay da benzer bir düşünceyle, işe iade davaları bakımından, uyuşmazlığın doğmasından sonra tahkim yapılabilmesine izin vermektedir. Bu düşüncenin yukarıda ifade edildiği üzere TTK m. 1271'de bir örneği de vardır. Bu hükme kıyasen bir ölçü getirilerek uyuşmazlık veya zarar doğmadan önce veya genel işlem şartı biçiminde yapılan tahkim sözleşmelerine izin verilmese bile uyuşmazlık sonrası yapılacak tahkime olanak tanımak gerekir. Aynı şekilde tüketici hukuku alanında da sorun özellikle müzakere edilmemiş veya haksız şart biçiminde ortaya çıkan tahkim kaydının önlenmesi şeklinde ele alınabilir.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Esasında usul hukukunda benzer bir başka düzenleme, kanun yolundan feragat bakımından da mevcuttur. Buna göre, taraflar kanun yoluna başvurmadan, ancak karar tebliğ edildikten sonra feragat edebilirler (HMK m. 349, 1). Tarafların iradelerini açık ve kesin bir şekilde ve sonuçlarını öngörerek ortaya koyabilmesi için o uyuşmazlıkla karşı karşıya kalınması daha uygun bir çözüm olarak görülüp, bu aşamada uyuşmazlığın çözümünün devlet mahkemesi yerine tahkimde görülmesi kabul edilebilir. Ancak bütün bu olasılıklar bakımından tüketici veya iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında oda veya sivil toplum kuruluşları bünyesinde tahkim kurulları oluşturulması ve böylece kuralları ile işleyişi belli olan (ihtiyari) kurumsal tahkim yolu da açılabilir. Bu çerçevede özellikle tahkimin ekonomik açıdan getirebileceği maliyet de hesaplanabilir ve öngörülebilir hale gelebilir.

Son olarak Türk Hukukunda kamu düzeni veya zayıfın korunması gerekçeleriyle tahkime elverişlilik bakımından getirilen sınırlamaları savunmanın, tahkim yolunun son derece sıkı kuralları nedeniyle de isabetli olmadığı düşüncesindeyiz. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri uyuşmazlıkların devlet yargısı dışında çıkarmanın yine taraf menfaatine hizmet edebileceği; uyuşmazlıkların daha kısa sürede çözülmesinde de kamu yararı bulunduğu açıktır. Kaldı ki başta Almanya ve İsviçre olmak üzere pek çok ülkede tahkime elverişlilik bakımından uyuşmazlığın malvarlığına ilişkin olması yeterli kabul edilmektedir.

KAYNAKÇA

Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Medeni Usul Hukuku

Esasları, İstanbul 2011

Alangoya, Yavuz: Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi. İstanbul 1973

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel: Medenî Usul Hukuku, Ankara 2019

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

- Aydemir, Fatih: Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul 2017
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin: Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2019
- Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2019
- Deren Yıldırım, Nevhis: Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik, Prof. Dr. Yavuz Alangoya'ya Armağan, İstanbul 2007, s. 47-61
- Eker Ayhan, Zeynep Feyza: Rekabet Hukuku Uyuşmazlıklarının Uluslararası Tahkim Yoluyla Çözümü: Karşılaştırmalı Bir Analiz, İstanbul 2018
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019
- Görgün, Şanal L./Börü, Levent/Toraman, Barış/Kodakoğlu, Mehmet: Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2019
- Huysal, Burak: Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010
- Karadaş, İzzet: 6100 Sayılı HMK'nda Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim, Ankara 2013
- Karslı, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2014
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019
- Kurtalan, Gökçe: Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği, TBBD, 2017/131, s. 239-260
- Kuru, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Ankara 2019
- Muşul, Timuçin: Medenî Usul Hukuku, Ankara 2012
- Özbay, İbrahim/Korucu, Yavuz: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim (HMK m. 407-444)
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes Muhammet: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2019
- Pekcanitez Usul, İstanbul 2017

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

- Pekcantez, Hakan: Tahkim İlk İtirazı, MİHDER 2015/3, C. 11, Sa. 32, s. 21-52
- Sungurtekin Özkan, Meral: Türk Medeni Yargılama Hukuku, İzmir 2013
- Polat, Ayşegül: Asimetrik Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği, ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/1, s. 3-65
- Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer: Medenî Usul Hukuku Dersleri, 7. Baskı, İstanbul 2015
- Tanrıver, Süha: Medeni Usul Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara 2018
- Ulukapı, Ömer: Medenî Usûl Hukuku, Konya 2015
- Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014
- Üstündağ, Saim: Medenî Yargılama Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim, İstanbul 1971
- Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 3, Ankara 2017
- Yeğencil, Rasih: Tahkim (L'arbitrage). İstanbul 1974
- Yeşilova, Bilgehan: Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, İzmir 2008

DIE AUSSERVERTRAGLICHE HAFTUNG FÜR PERSONENSCHÄDEN IM DEUTSCHEN INTERNATIONALEN PRIVATRECHT (IPR)

Prof. Dr. Mathias ROHE, M.A.

*Direktor des Erlanger Zentrums für Islam und Recht in Europa
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und
Rechtsvergleichung*

I. Einführung

Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten ist nach mittlerweile weltweit geltenden Grundsätzen des Internationalen Privatrechts (IPR) dasjenige Recht anzuwenden, das die engste Verbindung mit dem zu behandelnden Sachverhalt aufweist. In den meisten Rechtsordnungen wurden hierfür spezifische Regelungen geschaffen, so auch in Deutschland. Im Folgenden soll es ausschließlich um die Frage gehen, nach welchem Recht sich die außervertragliche Haftung für Personenschäden in solchen Fällen bestimmt. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass nach deutschem Recht insoweit nicht zwischen verschuldensabhängiger und verschuldensunabhängiger Haftung unterschieden wird. Beide unterliegen dem sogenannten „Deliktsstatut“, welches die einschlägigen Fragen beantwortet.

II. Allgemeine Regeln für die außervertragliche Haftung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten

Art. 3 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB), der die Grundlagennorm des deutschen IPR bildet, verweist in Nr. 1 a) für das Kollisionsrecht der außer-

vertraglichen Haftung auf die Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (die sogenannte Rom-II-Verordnung). Mit dieser Verordnung wird innerhalb der EU mit Ausnahme von Dänemark einheitliches Kollisionsrecht geschaffen, das die Rechtsdurchsetzung wesentlich erleichtert. Bei Straßenverkehrsunfällen gilt allerdings das Haager Übereinkommen über das auf Straßenverkehrsunfälle anzuwendende Recht vom 4. Mai 1971 auch in einigen EU-Mitgliedstaaten¹ fort, so dass insoweit keine EU-Einheitlichkeit gegeben ist.

Die Rom-II-VO ist als Verordnung unmittelbar und vorrangig anwendbar². Art. 3 EGBGB hat insoweit nur Klarstellungsfunktion. Sie ist als *loi uniforme* ausgestaltet und findet daher allseitig Anwendung, also auch gegenüber nicht EU-Mitgliedstaaten (Art. 3 VO). Die Erleichterung setzt sich auch im materiellen Recht fort, soweit Personenschäden auf der Grundlage der verschuldensunabhängigen Produkthaftung geltend gemacht werden: Hier hat eine EU-Richtlinie aus dem Jahre 1985 in ihrem Anwendungsbereich für weitgehende Rechtsvereinheitlichung gesorgt. Sie wurde in Deutschland durch das Produkthaftungsgesetz vom 15. Dezember 1989 umgesetzt.³

Die Rom-II-VO gilt für „außervertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen“. Der Begriff *außervertraglicher Schuldverhältnisse* ist nach Erwägungsgrund Nr. 11 autonom auszulegen. Er umfasst unstreitig alle verschuldensabhängigen und verschuldensunabhängigen Ansprüche aus unerlaubter Handlung⁴ (Art. 4–9 VO). Daneben werden von Art. 5–9 VO

¹ So in Belgien, Frankreich, Kroatien, Lettland, Litauen, Luxemburg, den Niederlanden, Österreich, Polen, der Slowakei, Slowenien, Spanien und Tschechien.

² Außer Dänemark (vgl. Erwägungsgrund Nr. 40 zur VO).

³ BGBl I, 2198, zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes zur Einführung eines Anspruchs auf Hinterbliebenengeld vom 17. Juli 2017 (BGBl I, 2421).

⁴ Wozu auch die Gefährdungshaftung zählt, Erwägungsgrund Nr. 11 zur VO.

auch einige Sonderdeliktrechte umfasst.⁵ Neben diesen kompensatorischen Ansprüchen werden auch negatorische Ansprüche, also Abwehrrechte, umfasst. Dies stellt Art. 2 II, III VO klar.

Nicht umfasst werden vom Anwendungsbereich der Verordnung alle Ansprüche aus Staatshaftung im weitesten Sinne, so auch die Beamtenhaftung. Eine weitere wichtige Ausnahme bildet nach Art. 1 II lit. g VO die Verletzung der Privatsphäre oder des Persönlichkeitsrechts, die in Deutschland klassischerweise als Teil des Deliktsrechts behandelt wird (im Sinne eines immateriellen Personenschadens). Der Grund für diese Ausnahme liegt schlicht darin, dass in diesem Punkte keine Einigkeit darüber erzielt werden konnte, wie eine Regelung aussehen sollte. Aktuell wurde vom Europaparlament jedoch ein Vorschlag zur Ergänzung der Verordnung angenommen. Danach soll das auf den Schutz des Persönlichkeitsrechts anwendbare Recht durch die Einfügung eines Art. 5a geregelt werden. Die Regelanknüpfung soll dort sein, wo der Schaden größtenteils eingetreten ist oder einzutreten droht (Art. 5a I). Das Recht des Staates, in dem der Beklagte seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, soll nach Abs. 2 dagegen dann anzuwenden sein, wenn er die erheblichen Folgen seiner Handlungen in dem nach Abs. 1 bestimmten Staat vernünftigerweise nicht voraussehen konnte. Es ist also damit zu rechnen, dass die Verordnung demnächst um Art. 5a ergänzt wird.⁶ Allerdings dürfte der Anwendungsbereich für die hier erörterten Fragestellungen gering bleiben, weil Schadensersatz für Persönlichkeitsrechtsverletzungen schuldhaftes Verhalten voraussetzt und damit allenfalls verschuldensunabhängige Abwehr- oder Gegendarstellungsansprüche erfasst werden.

Die Rom II-Verordnung trat am 11. Januar 2009 in Kraft (Art. 32 VO). Alle außervertraglichen Schuldverhältnisse, die

⁵ So z.B. Produkt- und Umwelthaftung, Lauterkeits-, Immaterialgüter- und Arbeitskampfrecht.

⁶ Vertiefend finden Sie den angenommenen Vorschlag 2009/2170 (INI) unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2012-0200&language=DE&ring=A7-2012-0152#BKMD-169> (zuletzt abgerufen 28.09.2017).

im sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung ab diesem Termin entstehen, sind nach der Verordnung zu behandeln. Für die Entstehung ist der Zeitpunkt des schadensbegründenden Ereignisses maßgeblich (Art. 31 VO).

III. Regelanknüpfungen des Deliktsstatuts nach der Rom-II-VO

Art. 14 VO eröffnet begrenzte Möglichkeiten einer Rechtswahl. Hier ist zwischen privaten und kommerziellen Akteuren zu unterscheiden. Für die ersteren ist eine Rechtswahl nur nach Eintritt des schadensbegründenden Ereignisses möglich, weil sie typischerweise keine adäquaten Möglichkeiten haben, die damit verbundenen Risiken abzuschätzen; letztere können untereinander auch schon zuvor das anwendbare Recht frei aushandeln.

Die Verfasser der Verordnung haben einen flexiblen Rahmen für das Deliktsstatut geschaffen. Neben der vorrangigen Möglichkeit einer Rechtswahl wurde eine allgemeine Grundregel mit Sondertatbeständen und Ausweichklauseln kombiniert. Die Verweisungen in all diesen Normen sind gemäß Art. 24 VO Sachnormverweisungen: Es kommt also nur das auf ihrer Grundlage bestimmte Sachrecht des betreffenden Staates zur Anwendung, nicht aber sein Kollisionsrecht. Damit werden Rück- und Weiterverweisungen ausgeschlossen. Eine erhebliche Erleichterung für die Praxis – gerade auch bei der verschuldensunabhängigen Haftung für Personenschäden – bietet Art. 18 der VO. Faktisch die meisten einschlägigen Fälle betreffen Personenschäden im motorisierten Straßenverkehr. Hier bestehen in vielen Staaten Pflichtversicherungen der Kraftfahrzeughalter und materielle Regelungen, die eine verschuldensunabhängige Haftung anordnen. Art. 18 VO eröffnet die Möglichkeit, solche Schäden direkt mit dem Versicherer abzuwickeln (Direktanspruch, Möglichkeit der Direktklage), wenn entweder das Recht, dem der Versicherungsvertrag oder das Recht, nach dem das außervertragliche Schuldverhältnis zu beurteilen ist, dies vorsieht.

Grundregel des Art. 4 I Rom-II-VO

Die Grundregel des Art. 4 I VO erklärt – sprachlich unbefriedigend, weil missverständlich – das Recht des Staates für anwendbar, in dem der Schaden eingetreten ist. Gemeint ist der Erfolgsort. Das ist der Ort, an dem sich das unmittelbar betroffene Rechtsgut (hier: Leben, Körper oder Gesundheit der Person) zur Zeit der Verletzung befindet. Der Ort des bloßen Schadenseintritts (z.B. Schockschaden einer Person im Land A infolge des Todes einer nahestehenden Person im Land B)⁷ oder bei Verbringung über die Grenze zur Krankenbehandlung ist nicht Erfolgsort; das stellt Art. 4 I a.E. VO ausdrücklich klar. Bei mehreren Tatbeteiligten ist fraglich, ob ein einheitliches Deliktsstatut für alle Beteiligten in einer Schwerpunktbehandlung ermittelt werden, oder ob eine gesonderte Untersuchung für jeden Tatbeteiligten stattfinden soll.⁸

Da Handlungs- und Erfolgsort meist zusammenfallen, ist eine Entscheidung zwischen den beiden nur bei sog. Distanzdelikten oder Streudelikten erforderlich. Ein Distanzdelikt ist der eher theoretisch relevante „Schuss über die Grenze“. Ein Streudelikt liegt z.B. vor, wenn ein Druckwerk urheberrechtswidrigen Inhalts in mehreren Ländern vertrieben wird. Hier gibt es einen Handlungs- und viele Erfolgsorte.⁹

⁷ EuGH. Urt. v. 10.12.2015, Rs. C-350/14.

⁸ Vgl. *Wilhelmi*, IPR im Adhäsionsverfahren, IPRax 2005, 236 – zu BGH IPRax 2005, 256.

⁹ Dem kompetenzrechtlichen Mosaikprinzip nach der *Shevill*-Rspr. des EuGH (EuGH 7.3.1995 – Rs. C-68/93, Slg. 1995) entspricht nun das kollisionsrechtliche Mosaikprinzip. Der Gleichlauf von Zuständigkeit und anwendbarem Recht ist damit hergestellt. Allerdings können in ihrem Persönlichkeitsrecht Verletzte seit EuGH 25.10.2011 – C-509/09 und C-161/10 zusätzlich gem. Art. 7 Nr. 2 Brüssel-Ia-VO auch am Ort des Mittelpunkts ihrer Interessen klagen, d.h. am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts, und nicht nur am Erfolgsort, so dass der Gleichlauf von Zuständigkeit und anwendbarem Recht auch gestört sein kann.

Abweichungen von der Grundregel der Erfolgsortanknüpfung

Abweichend vom Recht des Erfolgsortes findet das Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts¹⁰ nach Art. 4 II VO Anwendung.¹¹ Der gewöhnliche Aufenthalt wird nach Art. 23 VO autonom angeknüpft. Für natürliche Personen ist damit, sofern nicht die Ausübung der beruflichen Tätigkeit betroffen ist (Art. 23 Abs. 2 VO), der tatsächliche Lebensmittelpunkt gemeint. Eine Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts nach Eintritt des Primärschadens ist für die Anwendbarkeit des Rechts unbeachtlich; das Deliktsstatut ist unwandelbar.¹² Die Regel des Abs. 2 ist entsprechend auch für Schiffe¹³ oder Luftfahrzeuge anwendbar; bei Kollisionen ist dann die gemeinsame Flagge bzw. der gemeinsame Registerort maßgeblich.

Eine noch offenere Abweichung von der Grundregel der Erfolgsortanknüpfung bietet Art. 4 III VO. Die Norm ermöglicht Abweichungen in Sonderfällen. Der Hauptanwendungsfall dieser Ausweichklausel war bisher die akzessorische Anknüpfung an einen gemeinsamen Vertrag, der den Gleichlauf von Vertrags- und Deliktsstatut gewährleistete, beispielsweise im Hinblick auf Unfälle bei Erfüllung von Arbeits- oder Beförderungsverträgen.¹⁴ Art. 4 III VO wird voraussichtlich kaum noch eine Rolle spielen, da Art. 14 I 1 lit. b VO nun auch die Rechts-

¹⁰ Vgl. hierzu OLG München BeckRS 2016, 19435.

¹¹ Problem Beteiligung mehrerer Schädiger mit unterschiedlichem gewöhnlichem Aufenthalt: Anwendung unterschiedlicher Rechtsordnungen auf einen einheitlichen Lebenssachverhalt; mögliche Lösung durch Bestimmung eines einheitlichen Status im Wege teleologischer Reduktion/Interpretation von Art. 4 VO (Regresssicherheit durch Art. 20 VO).

¹² Vgl. Palandt-Thorn, BGB, 78. Aufl. München 2019, Art. 4 Rom II Rn. 5 mwN.

¹³ Vgl. Palandt-Thorn, BGB, 78. Aufl. München 2019, Art. 4 Rom II Rn. 22 mwN

¹⁴ Vgl. etwa Palandt-Thorn, BGB, 78. Aufl. München 2019, Art. 4 Rom II Rn. 27 mwN. In seiner neueren Rspr. lässt der EuGH für eine rein vertragsrechtliche Qualifikation von Ansprüchen ausreichen, dass der nach der *lex causae* auch deliktisch qualifizierbare Unrechtsvorwurf auf einer Vertragspflichtverletzung beruht, EuGH IPRax 2016, 149.

wahl **vor** Eintritt des Schadensereignisses gestattet¹⁵. Gut beratene Parteien werden also zukünftig in jeden Vertrag auch eine ausdrückliche Rechtswahlklausel einbringen, die auch eine Rechtswahl für mit dem Vertrag korrespondierende Deliktsansprüche trifft.

Für Verkehrsunfälle sind zusätzliche Erwägungen erforderlich. Der Zulassungsort des Schädigerfahrzeugs verdrängt gemäß Art. 4 III VO eine Anknüpfung an den Erfolgsort dann, wenn er (der Zulassungsort) mit dem gewöhnlichen Aufenthalt des Geschädigten übereinstimmt. Auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Schädigers kommt es dann nicht mehr an, denn dessen Interesse richtet sich darauf, dass seine Haftung nur so weit geht wie die Haftpflichtversicherungsdeckung, die eben mit dem Zulassungsort zusammenhängt und nicht mit seinem u.U. abweichenden gewöhnlichen Aufenthalt.¹⁶

Sehr bedenkenswert ist zudem eine Einschränkung der Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt bei Mietwagenunfällen über Art.4 III Rom-II-VO dann, wenn der Zulassungsort des Schädigerfahrzeugs nicht mit dem gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltsort übereinstimmt (dann Erfolgsortregel insbesondere dann, wenn der Erfolgsort mit dem Zulassungsort des Schädigers übereinstimmt)¹⁷.

Berücksichtigung von local data

Bei der Handlungsortanknüpfung des EGBGB bestand stets Einigkeit darüber, dass der Schädiger ungeachtet des anwendbaren Rechts sich auf die am Ort und zur Zeit der Tat gültigen

¹⁵ Dies freilich nur für einer kommerziellen Tätigkeit nachgehende Parteien.

¹⁶ So überzeugend *Sieghörtner*, NZV 2003, 105–117.

¹⁷ *Sieghörtner*, NZV 2003, 105, 116. AA BGH IPRax 2010, 367 zum insoweit inhaltsgleichen Art. 40 EGBGB (es bleibt bei der Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt). Das Gericht kommt allerdings zu einem ähnlichen Ergebnis, indem es einen vertraglich begründeten Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit bejaht, weil beide Beteiligte den mangelnden Versicherungsschutz nicht als Risiko übernehmen wollten und die Rollen (Fahrer/Beifahrer) und damit die Risikoordnung austauschbar waren.

Verhaltensregeln verlassen können muss.¹⁸ Dies betrifft z.B. Regelungen des Straßen, Luft- und Schifffahrtsverkehrs, auch Verhaltensregeln für Skifahrer und Sicherheitsvorschriften wie Verbote, alkoholisiert Fahrzeuge zu fahren, am Steuer mobile Handys zu nutzen oder die Sicherheitsausstattung von Kraftfahrzeugen.¹⁹ Die Berücksichtigung dieser *local data* ist nunmehr in Art. 17 VO ausdrücklich geregelt. Aus der Formulierung und Erwägungsgrund Nr. 34 ergibt sich, dass Art. 17 VO nicht erst Art. 4 II VO, sondern schon Art. 4 I VO korrigiert²⁰. Damit gleicht Art. 17 VO die Härten der Erfolgsortanknüpfung für den Schädiger aus, die dann eintreten, wenn der Schädiger nicht vorhersehen konnte, dass sein Verhalten an einem anderen Ort zu einer Interessenverletzung führen und seine Haftung zugleich an den ihm unbekanntem Verhaltensregeln des Erfolgsorts gemessen würden.

Die Grundregel des Art. 4 VO gilt für alle Sachverhalte, die weder in vorrangigen internationalen Abkommen noch in Spezialregelungen der VO (hierzu sogleich im Folgenden) geregelt sind. Im Hinblick auf Straßenverkehrsunfälle hat Deutschland das Haager Übereinkommen über das auf Straßenverkehrsunfälle anzuwendende Recht vom 4. Mai 1971 nicht gezeichnet, ebensowenig das Haager Übereinkommen über das auf die Produkthaftpflichtrecht anzuwendende Recht vom 2. Oktober 1973. Zwischen Deutschland und der Schweiz besteht der Vertrag über die Schadensdeckung bei Verkehrsunfällen, der am 22. Juli 1971 in Kraft getreten ist²¹. Danach haben die Angehörigen beider Staaten, die im jeweils anderen Staat durch ein Kraftfahrzeug geschädigt werden, dieselben Schadendekungsansprüche wie die Angehörigen des Unfalllandes.

¹⁸ Vgl. BGH NJW-RR 1996, 732.

¹⁹ Vgl. nur Palandt-Thorn, BGB, 78. Aufl. München 2019, Art. 4 Rom II Rn. 15 mwN

²⁰ Vgl. *Wagner* IPRax 2008, 5.

²¹ BGBl II, 967.

IV Spezialregelungen

1. Die Produkthaftung (Art. 5 VO)

Regelanknüpfung

Art. 5 VO bietet eine eigene Regelung für die Produkthaftung als Sonderdeliktsrecht. Die Anknüpfung erfolgt über eine Anknüpfungsleiter. Haben Anspruchsteller und -gegner ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in demselben Staat (Art. 5 I 1, 4 II VO), so ist primär nach Art. 5 I 1 lit. A VO das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Geschädigten anzuwenden, sekundär das Recht des Staates, in dem das Produkt erworben wurde, und an dritter Stelle das Recht des Staates, indem der Schaden eingetreten ist.

Für die gesamte Anknüpfungsleiter in lit. a)–c) ist jedoch Voraussetzung, dass das Produkt in dem jeweiligen Staat in Verkehr gebracht wurde. Das relevante Inverkehrbringen muss nicht unmittelbar durch den Produzenten erfolgen, sondern es reicht der Kettenabsatz durch Importeure *mit Zustimmung* des Produzenten. Für das Inverkehrbringen ist nicht auf den Sitz des Herstellers abzustellen, sondern auf den Ort, in dem das Produkt vermarktet wird. So ist z.B. beim Versandhandel nicht der Sitz des Versenders maßgeblich, wenn die Produkte dort nicht angeboten werden.²²

Es kommt nur bei lit. b auf den Erwerb sort an, ansonsten reicht das generelle Inverkehrbringen am relevanten Ort (also auch der Erwerb andernorts), weil der Produzent sich generell auf die Verhältnisse am Vertriebsort einstellen muss. Ein Problem stellt sich aber, wenn in verschiedenen Staaten unterschiedliche Sicherheitsstandards angeboten werden; dann müssen diese wohl Berücksichtigung nach Art. 17 VO (*local data*) finden.²³

Bei *innocent bystandern* (Verletzungen unbeteiligter Dritter) als Geschädigte passt jedenfalls nicht die Anknüpfung an lit. b

²² MünchKomm BGB-Junker, Art. 5 Rom II-VO, 7. Aufl. 2018, Rn. 29 mwN.

²³ Leible/Lehmann RIW 2007, 721, 728.

(Erwerbssort), da der Geschädigte in diesem Fall keinen Bezug zum Erwerbssort hat.

Konnte der Hersteller das Inverkehrbringen „vernünftigerweise nicht vorhersehen“, kommt das Heimatrecht des Herstellers zum Zuge (Art. 5 I 2 VO). Art. 5 II VO bietet schließlich die aus Art. 4 III VO bekannte Ausweichklausel der offensichtlich engeren Verbindung an. Diese Eingrenzung über die Vorhersehbarkeit (Art. 5 I 2 VO) ist problematisch, weil sie massive Rechtsunsicherheit schaffen kann. Sie ist meines Erachtens anwendbar nur in engen Ausnahmefällen, z.B. bei Vertriebsverbotsklauseln, die der Hersteller vereinbart hat.

Der starken Auseinandersetzung zwischen den Proponenten des Verbraucherschutzes (die sich letztlich mit der primären Anknüpfung an den Aufenthaltsort des Geschädigten durchgesetzt haben) und den Vertretern der Herstellerinteressen ist zu verdanken, dass das Marktortprinzip unter lit. b etwas „eingeklemmt“ zum Zuge kommt²⁴.

Prüfungsreihenfolge in Produkthaftungsfällen

1. Liegt eine Rechtswahl nach Art. 14 I VO vor?
2. Gibt es einen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt nach Art. 4 II, 5 I 1 VO?
3. Gewöhnlicher Aufenthalt des Geschädigten unter der Voraussetzung des Inverkehrbringens (Art. 5 I 1 lit. a VO) und dessen Vorhersehbarkeit für den Hersteller (Art. 5 I 2 VO)
4. Unter denselben Einschränkungen wie bei 3: der Marktort nach Art. 5 I 1 lit. b VO
5. Unter denselben Einschränkungen wie bei 3: der Erfolgsort nach Art. 5 I 1 lit. c VO
6. Mangels Inverkehrbringens oder Vorhersehbarkeit des Inverkehrbringens: der gewöhnliche Aufenthalt des Herstellers. (Art. 5 I 2 VO)

²⁴ Vgl. *Graziano* VersR 2004, 1205, 1208.

7. Verdrängung des Art. 5 I VO durch offensichtlich engere Verbindung nach Art. 5 II VO.

2. Umwelthaftung (Art. 7 VO)

Eine weitere, Art. 4 VO teilweise verdrängende Sonderregelung findet sich in Art. 7 VO für Umwelthaftungsfälle. Auch hier steht prinzipiell die Rechtswahl nach Art. 14 offen. Findet keine solche statt, so kann der Geschädigte für Personen- und Sachschäden einseitig statt des ansonsten nach Art. 4 I VO anwendbaren Erfolgsortsrechts das Handlungsortrecht (Rechts des Staates, in dem das schadensbegründende Ereignis verursacht ist) wählen²⁵. Die Umwelthaftung erfasst nicht nur Schäden an Gütern wie Wasser, Luft und Boden sowie die Beeinträchtigung der Variabilität unter lebenden Organismen²⁶, sondern auch daraus folgende Schäden an Personen oder Sachen.²⁷ Ausgenommen sind Schäden durch Kernenergie (Art. 1 f) VO).

V. Begrenzung durch den ordre public

Entsprechend den allgemeinen Regeln des IPR wird die Anwendung ausländischen Sachrechts durch Art. 26 VO ausgeschlossen, wenn die Anwendung der entsprechenden Vorschrift mit der öffentlichen Ordnung (dem ordre public) des Staates des angerufenen Gerichts offensichtlich unvereinbar ist. Für Personenschäden werden hierbei vor allem die teilweise exorbitanten Summen sogenannter punitive damages nach US-amerikanischem Recht relevant. Soweit die einschlägigen Regelungen andere als zivilrechtliche Zwecke verfolgen (Abschreckung durch hohe „Strafzahlungen“) oder betragsmäßig in keiner Weise mehr das Gewicht der Verletzung widerspiegeln, ist die Anwendung ausgeschlossen. Allerdings ist zu beachten, dass ein Teil solcher punitive damages auch auf teils sehr hohe Anwalts- und Gerichtskosten zurückzuführen ist,

²⁵ Die Einzelheiten ergeben sich aus dem Recht des angerufenen Gerichts, vgl. Rom II-VO Erwägungsgrund 25.

²⁶ Vgl. Rom II-VO, Erwägungsgrund 24.

²⁷ Palandt-Thorn, BGB, 78. Aufl. München 2019, Art. 7 Rom II-VO Rn. 2; G. Wagner, IPRax 2008, 1 (9).

für die der Geschädigte auch im Falle eines Prozessgewinns keinen Ausgleich erhält.²⁸ Umgekehrt liegt kein Verstoß gegen den *ordre public* vor, wenn ein Beamter nach ausländischem Recht – anders als in Deutschland – direkt auch für sein hoheitliches Handeln in Anspruch genommen werden kann²⁹, oder wenn die ausländische Rechtsordnung auch den Ersatz nur fiktiver Behandlungskosten erlaubt³⁰.

Anhang: Artt. 1-5, 7, 14, 15 Rom-II-VO

Lieber Ali, hältst Du es für sinnvoll/machbar, die Normtexte noch hinzuzufügen?

²⁸ Vgl. zu alldem BGHZ 118, 312; Palandt-Thorn, BGB, 78. Aufl. München 2019, Art. 26 Rom II-VO Rn. 2 mwN.

²⁹ Vgl. BGHZ 123, 268.

³⁰ BGHZ 118, 312, 331.

ALMAN MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA SÖZLEŞME DIŞI KUSURSUZ SORUMLULUK

Prof. Dr. Mathias Rohe, M.A.

Medeni Hukuk, Milletlerarası özel Hukuk

ve Karşılaştırmalı Hukuk Ana bilim Dalı

Avrupa'daki Erlangen İslam ve Hukuk Merkezi Direktörü

I. Giriş

Şu anda dünya çapında uygulanan milletlerarası özel hukuk ilkelerine göre, sınır ötesi durumlarda, ele alınan olayın gerçekleri ile en yakın bağı sahip olan hukuk uygulanır. Çoğu hukuki düzenlemelerde, Almanya da dâhil olmak üzere bunun için özel düzenlemeler oluşturulmuştur. Aşağıda ağırlıklı olarak tek soru olan, bu gibi durumlarda kişisel yaralanma için sözleşme dışı kusursuz sorumluluğı, hangi hukuka göre belirleneceğı ele alınacaktır. Baştan bilinmelidir ki, Alman hukukuna göre kusurlu ve kusursuz sorumluluk arasında bir ayırım yapılmamaktadır. Her ikisi de ilgili soruları cevaplayan sözde "haksız fiilde uygulanacak hukuka" tabidir.

II. Sınır ötesi durumlarda sözleşme dışı sorumluluk için genel düzenlemeler

Alman Milletlerarası Hukukun temel esasları olan Alman Medeni Kanunu'na Giriş Kanunu'nun (EGBGB) 3. maddesinin 1a) bendi düzenlemesinde, sözleşme dışı sorumluluk kanunlar ihtilafı hukuku için Sözleşme Dışı Sorumluluklarda Uygulanacak Hukuk Hakkında 11 Temmuz 2007 tarih ve AB 864/2007 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğüne, yani Roma Tüzüğüne (Roma II Tüzüğü) atıfta bulunmaktadır. Bu Tüzük

ile yasa uygulamalarını çok daha kolay hale getiren Danimarka haricinde, AB içinde tek tip kanunlar ihtilafı hukuku yaratılmaktadır. Ancak, yol kazaları durumunda, 4 Mayıs 1971 tarihli Karayolu Kazalarına Uygulanacak Kanuna İlişkin Lahey Sözleşmesi, bazı AB üye devletlerinde halen geçerlidir,¹ böylece bu anlamda bir AB tekdüzeliği yoktur.

Roma II Tüzüğü doğrudan ve öncelikli olarak tüzük olarak uygulanır². Alman Medeni Kanunu'na Giriş Kanunu'nun (EGBGB) 3. maddesi sadece açıklama işlevine sahiptir. *Loi uniforme* olarak tasarlanmıştır ve bu nedenle AB üyesi olmayan devletler de dâhil olmak üzere tüm taraflar için geçerlidir (Tüzüğün 3. Maddesi). Bu kolaylık aynı zamanda, kusursuz ürün sorumluluğuna dayanan yaralanma için sorumluluk talep edildiği durumlarda maddi hukukta da geçerlidir: Burada, 1985'ten beri uygulanan bir AB direktifinin kapsamlı bir yasal uyumu sağlanmıştır. Bu direktif Almanya'da 15 Aralık 1989 tarihli Ürün Sorumluluğu Kanunu ile uygulamaya geçirilmiştir.³

Roma II Tüzüğü, “farklı devletlerin kanunları ile bağlantılı olan medeni ve ticari konularda sözleşme dışı borç ilişkileri” için geçerlidir. *Sözleşme dışı borç ilişkileri* kavramı, mülahaza nedeni numara 11'e göre özerk olarak yorumlanmalıdır. Bu, tartışmasız bir şekilde, haksız fiilden kaynaklanan tüm kusurlu ve kusursuz hak taleplerini kapsamaktadır⁴ (Tüzük Madde 4-9). Ayrıca, bazı özel haksız fill hakları da Tüzüğün 5-9. maddesinde yer almaktadır.⁵ Bu telafi edici haklara ek olarak, olumsuz

¹ Örneğin, Belçika, Fransa, Hırvatistan, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Hollanda, Avusturya, Polonya, Slovakya, Slovenya, İspanya ve Çek Cumhuriyeti ülkelerinde geçerlidir.

² Danimarka haricinde (karşılaştırmalı Tüzüğün mülahaza nedenine Numara 40).

³ Federal Resmi Gazete I, 2198, en son 17 Temmuz 2017 tarihli hayatta kalanlar lehine bir hak tanıyan Kanunun 5. maddesi ile değiştirilmiş (Federal Resmi Gazete I, 2421).

⁴ Buna tehlikeye sokma sorumluluğu da sayılmaktadır, Tüzüğün mülahaza nedeni numara 11.

⁵ Örneğin, Ürün ve Çevresel Sorumluluk, Haksız Rekabet, Fikri Mülkiyet ve İş Kanunu.

hakları, yani savunma haklarını da içermektedir. Buna Tüzüğün 2. maddesi 2. ve 3. fıkrası açıklık getirmektedir.

Tüzüğün uygulama kapsamında, devlet memuru sorumluluğu da dâhil olmak üzere, en geniş anlamda devlet sorumluluğundan doğan haklar yer almamaktadır. Bir diğer önemli istisna ise Tüzüğün 1. maddesinin 2. Fıkrası g bendine göre, Almanya'da haksız fiil hukukunun klasik bir parçası olarak düzenlenen, kişisel gizlilik veya kişisel hakların ihlalidir (manevi kişisel zarar bağlamından). Bu istisnanın nedeni çok basittir, bu noktada, bir düzenlemenin nasıl olacağı konusunda bir mutabakat sağlanamamıştır. Bununla birlikte, Avrupa Parlamentosu'nda en son yönetmeliği tamamlamak için bir öneriyi kabul edilmiştir. Buna göre, kişisel hakların korunmasında uygulanacak hukuk, 5a maddesinin eklenmesi ile düzenlenmelidir. Düzenleme kuralı, zararın büyük ölçüde meydana geldiği veya meydana gelme tehlikesinin bulunduğu yerde olmasıdır (Madde 5a f. 1). Buna karşın, eğer davalı, 1. fıkra uyarınca belirlenen devletteki eylemlerinin makul sonuçlarını makul bir şekilde öngörememişse 2. fıkra uyarınca davalının olağan ikametgâhının bulunduğu devletin yasası uygulanacaktır. Dolayısıyla Tüzük, kısa bir süre sonra madde 5a ile destekleneceği muhtemeldir.⁶ Bununla birlikte, burada tartışılan durumlar için başvuru kapsamı düşük kalacaktır, çünkü kişisel hak ihlalleri tazminatı, kusurlu davranışı öngörmektedir ve böylece bu durumda sadece kusursuz müdahale veya karşı hakları düzenlenecektir.

Roma II Tüzüğü 11 Ocak 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir (Tüzüğün 32. maddesi). Bu tarihten itibaren Tüzüğün maddi kapsamındaki tüm sözleşme dışı yükümlülük ilişkileri Tüzüğe uygun olarak ele alınacaktır. Zararın ortaya çıkmasına sebep olan olayın zamanı, sorumluluğun oluşması için belirleyicidir (Tüzük Madde 31).

⁶ Kabul edilen 2009/2170 (INI) no'lu önerinin ayrıntısı için bkz. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2012-0200&language=DE&ring=A7-2012-0152#BKMD-169>(son erişim 28.09.2017).

III. Roma II Tüzüğüne göre haksız fiilde uygulanacak kurallar

Tüzüğün 14. maddesi hukuk seçimi için sınırlı olasılıkları mümkün kılmaktadır. Burada özel ve ticari aktörler arasında ayırım yapmak gerekir. Birincisi için, hukukun seçilmesi, ancak hasara neden olan olaydan sonra mümkündür, çünkü tipik olarak, ilişkili riskleri tahmin etmek için yeterli olasılıklar yoktur; ikincisi geçerli olacak yasaları önceden karşılıklı mutabakatla serbestçe belirleyebilirler.

Tüzüğü hazırlayanlar, haksız fiilde uygulanacak hukuk için esnek bir çerçeve oluşturdular. Hukuk seçiminin birincil seçeneğine ek olarak, özel durumlar ve kaçınma hükümleri ile genel bir ilke birleştirilmiştir. Tüm bu standartlardaki atıflar, Tüzüğün 24. maddesine göre, maddi standart atıflarıdır: Dolayısıyla, yalnızca ilgili devletin maddi hukuku temelinde uygulanır, kanunlar ihtilafı hukuku temelinde uygulanmaz. Böylece rücu ve ardıl atıflar engellenir. Uygulama için önemli bir kolaylaştırmayı - özellikle de kişisel yaralanmaların kusursuz sorumluluğunda - Tüzüğün 18. maddesi sunmaktadır. Aslında, ilgili vakaların çoğu karayolları trafiğinde motorlu kişisel yaralanmalarla ilgilidir. Bunun için birçok devletlerde kusursuz sorumluluk kapsamını zorunlu kılan motorlu taşıt sahiplerinin zorunlu trafik sigortaları ile maddi düzenlemeler mevcuttur. Tüzüğün 18. maddesi, sigorta sözleşmesinin veya sözleşmesiz sorumluluğun değerlendirileceği kanunun, bunu öngörmesi halinde, sigorta şirketi ile doğrudan bir anlaşma yapabilmeyi mümkün kılar (doğrudan hak, doğrudan dava imkanı).

Roma II Tüzüğü'nün 4. Maddesinin

1. Fıkrasındaki Temel Düzenlemesi

Roma II Tüzüğü'nün 4. maddesinin 1. fıkrasındaki temel düzenlemesi - dilbilimsel olarak yetersiz, çünkü yanılıcıdır - zararın meydana geldiği devlet hukukunu uygulama için geçerli sayar. Bununla gerçekleşme yeri kast edilmektedir. Bu, doğrudan etkilenen hukuki değer (burada: kişinin hayatı, vücudu veya sağlığı) yaralanma sırasında bulunduğu yerdir. Zararın

sadece meydana geldiği yer (örneğin, B ülkesindeki yakın bir kişinin ölümüne bağlı olarak A ülkesindeki bir kişinin şok zararı)⁷ ya da hastalık tedavisi için devlet sınırını geçmek bir gerçekleşme yeri değildir; bu Tüzüğün 4. maddesi 1. fıkrasının sonunda açıkça belirtilmektedir. Eylemde birçok failin bulunması halinde, bir odak noktası analizinde tüm failer için haksız fiilde uygulanacak hukuk tek tip bir düzenleme belirlenip belirlenemeyeceği veya her bir fail için ayrı bir soruşturma yapılmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır.⁸

Eylem ve gerçekleşme yeri genellikle aynı olduğu için, ikisi arasındaki bir karar sadece sözde mesafeli haksız fiil veya yayılmış haksız fiil için gereklidir. Bir mesafeli haksız fiil durumu, teorik olarak “sınırın üzerinden atılmış” bir mermidir. Örneğin, telif hakkı ihlaline neden olan bir içeriğin baskısı birkaç ülkede dağıtılıyorsa, bir yayılmış haksız fiil durumu mevcuttur. Burada bir eylem ve birçok gerçekleşme yerleri vardır.⁹

Gerçekleşme yerine göre belirme ilkesinden sapmalar

Gerçekleşme yerinin hukukundan farklı olarak, ortak olağan ikamet hukuku¹⁰ Tüzüğün 4. maddesi 2. fıkrasına göre uygulanır.¹¹ Olağan ikamet, Tüzüğün 23. maddesi uyarınca özerk

⁷ Avrupa Adalet Divanı'nın 10.12.2015 tarih ve C-350/14 esas sayılı kararı.

⁸ Bkz. *Wilhelmi*, IPR im Adhäsionsverfahren, IPRax 2005, 236 - Alman Yargıtayı kararı IPRax 2005, 256.

⁹ Avrupa Adalet Divanı *Shevill-Rspr'a* göre yeterlilik yasası mozaik ilkesi (Avrupa Adalet Divanı'nın 7.3.1995 tarih ve C-68/93 esas sayılı kararı Slg. 1995) şimdi kanunlar ihtilafı hukuku mozaik ilkesine karşılık gelmektedir. Yetkinlik ve uygulanabilir hukukun eşzamanlılığı bununla birlikte sağlanmıştır. Ancak, kişilik hak ihlaline uğrayanlar Avrupa Adalet Divanı'nın 25.10.2011 tarih ve C- 509/09 ve C-161/10 sayılı kararlarına göre ve Brüksel la Tüzüğü'nün 7. maddesi 2. fıkrasına göre sadece gerçekleşme yerine değil de aynı zamanda kendi çıkarlarının merkezinde, yani, olağan ikamet yerinde dava açabilirler, bu demek oluyor ki yargı yetkisi ve uygulanacak hukukun eşzamanlılığı da bozulabilmektedir.

¹⁰ Karşılaştır bunun için OLG Münih BeckRS 2016, 19435.

¹¹ Farklı kusurlu ikametli çoklu kusurluların sorunu: Farklı hukuk sistemlerin tekdüze bir olaya uygulanması; Tüzüğün 4. maddesinin teleolojik indirgemesi / yorumlanmasıyla (Tüzüğün 4. maddesine göre rücu güvenliği) tek tip bir statünün uygulanması olası bir çözüm olabilir.

olarak ilişkilendirilir. Gerçek kişiler için, mesleki faaliyetin kullanılması söz konusu olmadığı sürece (Tüzüğün 23. maddesi 2. fıkrası), gerçek yaşam merkezi kastedilmektedir. Birincil zarara uğradıktan sonra olağan ikamet başka yere taşınması, bu hukukun uygulanabilirliğini etkilemez; zira haksız fiilde uygulanacak hukuk değiştirilemez.¹² 2. fıkranın düzenlemeleri aynı şekilde gemilerde¹³ veya hava taşıtlarında da kullanılabilir; çarpışma durumunda ortak bayrak veya müşterek sicil yeri belirleyicidir.

Tüzüğün 4. maddesi 3. fıkrası gerçekleşme yerine göre belirleme ilkesinden daha açık bir sapma imkânı sunuyor. Bu düzenleme özel durumlarda sapma imkânı sunuyor. Bu kaçınma maddesinin ana uygulaması, sözleşmenin ve haksız fiilde uygulanacak hukukun eşzamanlamasını sağlayan, örneğin istihdam veya nakliye sözleşmelerinin yerine getirilmesi sırasında kazalarla ilgili olarak, ortak bir sözleşmenin ikincil bağlamını olmuştur.¹⁴ Tüzüğün 4. maddesi 3. fıkrası muhtemelen artık çok önemli olmayacaktır, çünkü Tüzüğün 14 maddesi 1. fıkrası 1. cümlesi b bendi hukuk seçimini, artık zarar oluşmadan **önce** belirlemeye izin vermektedir. Gelecekte, iyi bilgilendirilmiş tarafların, her bir sözleşmesi, sözleşmeye tekabül eden haksız fiil sorumluluğu için bir hukuk seçimi de yapan, açık bir sözleşme hükmü de içerecektir.

Trafik kazalarında ek hususların dikkate alınması zorunludur. Tüzüğün 4. maddesi 3. fıkrası uyarınca, kusurlu aracın trafiğe tescil edildiği yer, (kayıt yeri) zarar gören tarafın olağan ikametgâhı ile aynı yerse, gerçekleşme yerine geçer. Kusurlunun olağan ikametgâhı artık önemli değildir, çünkü onun çı-

¹² Karşılaştır Palandt-Thorn, BGB, 78. Baskı Münih 2019, Roma II md. 4 kenar no. 5 ayrıntılı kanıtlar ile.

¹³ Karşılaştır Palandt-Thorn, BGB, 78. Baskı Münih 2019, Roma II md. 4 kenar no. 22 ayrıntılı kanıtlar ile.

¹⁴ Karşılaştır Palandt-Thorn, BGB, 78. Baskı Münih 2019, Roma II md. 4 kenar no. 27 ayrıntılı kanıtlar ile. Lex causae da sözleşme ihlalinden kaynaklanan haksız fiil nitelikli haksızlık iddiasında, Avrupa Adalet Divanı yeni içtihatları, sözleşme hukukuna dayanan hak niteliğini yeterli bulmaktadır.

karları, sadece trafik sigortası kapsamı sorumluluğu kadardır, bu da kayıt yeri ile ilgilidir ve muhtemelen farklı olağan bir ikametgâhı ile ilgili değildir.¹⁵

Ayrıca, eğer kusurlu aracın trafik tescil yeri ortak olağan ikamet yeri ile aynı değilse, Roma II Tüzüğü'nün 4. maddesi 3. fıkrası doğrultusunda araç kiralama kazalarında ortak olağan ikamet bağlantısının kısıtlaması çok tereddütlüdür, (o zaman gerçekleşme yeri düzenlemesi, özellikle, eğer gerçekleşme yeri kusurlu aracın trafik tescil yeri ile aynı ise)¹⁶.

Yerel verilerin (*local data*) göz önünde bulundurulması

Alman Medeni Kanunu'na Giriş Kanunu'nun (EGBGB) doğrultusunda eylemin yerine getirildiği yer ile bağlantılı düzenleme üzerinde mutabakata varılmıştır, çünkü uygulanabilecek hukuka bakılmaksızın, fail, uygulanan düzenlemelerin kusurun işlendiği zamana dayanabilmesi gerektiğinden emin olmalıdır.¹⁷ Bu, örneğin yollar, havacılık ve nakliye trafiği düzenlemeleri, ayrıca kayakçılar için davranış kuralları ve sarhoş araçları sürmek için yasaklar, sürücülerin cep telefonları kullanması veya motorlu taşıtların güvenlik ekipmanı gibi güvenlik düzenlemeleri için geçerlidir.¹⁸ Bu yerel verilerin değerlendirilmesi (*local data*) artık Tüzüğü'nün 17. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. 34 numaralı gerekçelendirme nedeninin lafzına bakıldığında, Tüzüğü'nün 17. maddesinin, Tüzüğü'nün 4. maddesi 2. fıkrası ile düzeltilmediğini, Tüzüğü'nün 4. maddesi 1. fıkrası ile zaten düzeltilmediği anlaşılmaktadır.¹⁹ Böylelikle, Tüzüğü'nün 17. maddesini,

¹⁵ Bu yüzden ikna edici şekilde bkz. *Sieghörtner*, NZV 2003, 105-117.

¹⁶ *Sieghörtner*, NZV 2003, 105, 116. Karşı görüş Alman Yargıtayı kararı, IPRax 2010, 36, Alman Medeni Kanunu'nu Düzenleyici Kanun md. 40'da içerik olarak aynı olan hüküm ile ilgili (ortak olağan ikametgah bağlantısı düzenlemesi aynen kalır). Mahkeme, sözleşmeye dayanan hafif ihmalkârlık için sorumluluktan başışıklığı varsayarakbenzer bir sonuca varır, zira taraflar sigorta kapsamını riziko olarak istememişlerdi ve rolleri gereği (sürücü/yol arkadaşı) riziko yönleri değişkendi.

¹⁷ Karşılaştır Alman Yargıtayı kararı NJW-RR 1996, 732.

¹⁸ Karşılaştır Palandt-Thorn, BGB, 78. Baskı Münih 2019, Roma II md. 4 kenar no. 15 ayrıntılı kanıtlar ile.

¹⁹ Karşılaştır *Wagner* IPRax 2008, 5.

kusurlu için gerçekleşme yerine bağlanma hususundan doğan zorluklarını telafi eder; bu zorluklar, kusurlu kişinin, başka bir yerdeki davranışlarının bir çıkar çatışmasına yol açacağını öngörememesi ve sorumluluğunu da bilmediği davranışsal davranış kuralları ile ölçülmesinde ortaya çıkan zorluklardır.

Tüzüğün 4. maddesinin temel düzenlemesi, öncelikli uluslararası anlaşmalarda veya Tüzüğün özel düzenlemelerinde düzenlenmemiş olan tüm konular için geçerlidir (aşağıya bakınız). Karayolu kazalarıyla ilgili olarak Almanya, 4 Mayıs 1971 tarihli Karayolu Trafik Kazalarına Uygulanacak Kanun hakkında Lahey Sözleşmesini imzalamadı ve aynı şekilde 2 Ekim 1973 tarihli Ürün Sorumluluğu Kanunu hakkındaki Lahey Sözleşmesi'ni de imzalamadı. Almanya ile İsviçre arasında, 22 Temmuz 1971'de yürürlüğe giren trafik kazalarında hasar teminat sözleşmesi vardır²⁰. Buna göre, diğer devlette bir motorlu araç tarafından yaralanan her iki devletin vatandaşları, kaza ülkesi vatandaşları ile aynı tazminat haklarına sahiptirler.

IV Özel Düzenlemeler

1. Ürün Sorumluluğu (Tüzüğün 5. maddesi)

Kural olarak bağlılık

Tüzüğün 5. maddesi, ürün sorumluluğu için özel bir haksız fiil kanunu olarak kendi düzenlemelerini kullanma olanağını sunar. Bağlama, bir bağlama basamağı üzerinden gerçekleşir. Eğer hak sahipleri ve karşı tarafın olağan ikametgâhı aynı devlette (Tüzük md. 4/2, md. 5/1 c. 1) değilse, bu durumda ilk olarak Tüzüğün 5. maddesi 1. fıkrası 1. cümlesine göre zarar görenin ikamet yerinin hukuku uygulanır, ikinci olarak ürünün elde edildiği devletin hukuku uygulanır ve üçüncü olarak da zararın meydana geldiği devletin hukuku uygulanır.

Bentler a)-c)'deki tüm bağlama basamakları için ürünün ilgili devlette piyasaya sürülmesi ön şarttır. İlgili ürününün piyasaya sürülmesi, doğrudan üretici tarafından yapılmak zorunda değildir, ancak ithalatçıların üretici tarafından *onaylanmış*

²⁰ Federal Resmi Gazete II, 967.

bayii zincir satışları yeterlidir. Piyasaya sürmek için, üreticinin merkezi değil de, ürünün pazarlandığı yer belirleyicidir. Örneğin, uzaktan satış işinde, ürünlerin gönderici tarafından satışa sunulmamışsa, göndericinin merkezi belirleyici değildir.²¹

Bent b' de satın alınan yer önemlidir, aksi takdirde, piyasadaki ilgili yerde piyasaya sürme de (yani başka bir yerde de edinme) yeterlidir, çünkü üretici genellikle dağıtım yerindeki koşullara uyum sağlamak zorundadır. Ancak farklı devletlerde farklı güvenlik standartları sunulduğunda bir sorun ortaya çıkar; ardından, Tüzüğün 17. maddesine (*yemel verilere*) göre değerlendirme yapılması gerekir.²²

innocent bystandern (ilgisiz üçüncü şahısların yaralanması) olarak zarar görülmesi durumunda, b) bendi bağlama hususuna uymamaktadır (satın alındığı yer), çünkü bu durumda yaralanan tarafın satın alma yerine ilişkin bir ilişkisi bulunmamaktadır.

Üreticinin, piyasaya sürülmesini “mantıklı bir şekilde öngörememesi” halinde, üreticinin anavatan hukuku devreye girer (Tüzük md. 5/1 c. 2). Son olarak, Tüzük Madde 5/2, Tüzük Madde 4/3'ten bilinen kaçınma hükmünün, açıkça daha yakın bağlantısını sunmaktadır. Öngörülebilirlikle ilgili bu sınırlama (Tüzük Madde 5/1 c. 2) sorunludur, çünkü büyük yasal belirsizlik yaratabilir. Benim görüşüme göre, sadece çok istisnai durumlarda, örneğin, üretici tarafından kararlaştırılmış satış yasağı maddelerinde geçerlidir.

Tüketicinin korunmasını savunan taraflar (eninde sonunda zarar görenin bulunduğu yer ile ilgili birincil bağlantıyla birlikte) ile üretici çıkarlarının temsilcileri arasındaki büyük anlaşmazlık, b) bendine göre sürüm yeri prensibinin “sıkıştırılmış” uygulanmasına neden olmaktadır²³.

²¹ MünchKomm BGB (Alman Medeni Kanunu Şerhi)-Junker, Madde 5 Roma II-Tüzüğü, 7. Baskı 2018 kenar no. 29 ayrıntılı kanıtlar ile.

²² *Leible/Lehmann* RIW 2007, 721, 728.

²³ Karşılaştır *Graziano* VersR 2004, 1205, 1208.

Ürün sorumluluğu davalarında inceleme sırası

1. Tüzük madde 14/1'e göre hukuk seçimi mevcut mu?
2. Tüzük madde 4/2, madde 5/1 c. 1 ortak olağan bir ikamet var mı?
3. Zarar gören tarafın piyasaya sürülmesi şartıyla olağan bir ikamet (Tüzük madde 5/1 c. 1 b. a)) ve imalatçının bunu öngörebilmesi (Tüzük madde 5/1 c. 2).
4. 3'teki gibi aynı kısıtlamalar altında: Sürüm yeri Tüzük madde 5/1 c. 1 b. b)'ye göre.
5. 3 ile aynı kısıtlamalara göre: gerçekleşme yeri Tüzük madde 5/1 c. 1 b. c)'ye göre.
6. Piyasaya sürülmesinin eksikliğiyle ya da piyasaya sürülmesinin öngörülebilir olmaması durumunda: üreticinin olağan ikametgâhı (Tüzük madde 5/1 c. 2)ç
7. Tüzük Madde 5'2'ye göre görünüşte daha yakın bir bağlantı ile düzenlemeyle Tüzük madde 5/1'in yer değiştirmesi.

2. Çevre Sorumluluğu (Tüzüğün 7. maddesi)

Tüzüğün 4. maddesinin kısmen yerine geçen bir diğer özel hüküm, çevresel sorumluluk davalarında Tüzüğün 7. maddesinde bulunur. Burada da, 14. madde gereğince hukuk seçimi prensipte mümkündür. Bu tür bir seçim gerçekleşmemesi halinde, zarar gören taraf, kişisel yaralanma ve maddi zarara ilişkin olarak, tek başına, tüzük Madde 4/1'e göre, geçerli olan gerçekleşme yeri yerine, eylem yerinin hukukunu (olayın meydana geldiği hasara yol açan devlet hukuku) seçebilir²⁴. Çevresel sorumluluk sadece su, hava ve toprak gibi ürünlerin zarar görmesini ve canlı organizma değişkenliğinin kötü yönde etkilenmesini kapsamaktadır²⁵, aynı zamanda insanlara veya

²⁴ Ayrıntılar, yetkili mahkemenin hukukundan ortaya çıkar, karşılaştır Roma II Tüzüğü, Mülahaza nedeni 25.

²⁵ Karşılaştır Roma II Tüzüğü, Mülahaza nedeni 24.

mülklere verilen zararları da kapsamaktadır.²⁶ Nükleer enerjiden kaynaklanan zararlar hariç tutulmaktadır (Tüzük madde 1f)).

V. Kamu düzeni (ordre public) tarafından sınırlama

Alman milletlerarası özel hukuku uyarınca, eğer ilgili hükümün uygulaması başvurulmuş mahkeme devletinin kamu düzenine (ordre public) aykırılık teşkil ediyorsa, Tüzüğün 26. maddesi doğrultusunda yabancı maddi hukukun uygulanmasına izin verilmez. Kişisel yaralanmalar için, özellikle ABD yasalarına göre sözde cezai zararlarda talep edilen fahiş miktarlarla ilgilidir. İlgili mevzuatının medeni hukuk dışından başka amaca hizmet ediyorsa (yüksek “cezalar” ile caydırıcılık) veya ihlalin ağırlığını artık hiçbir şekilde yansıtmıyorsa, bu uygulama hariç tutulur. Ancak, bu tür cezai tazminatların bir kısmının da, davayı kazanması durumunda bile, yaralanan tarafına verilmeyen ve yaralanan tarafından ödenen, çok yüksek hukuki ve mahkeme masraflarına dayandığı da unutulmamalıdır.²⁷ Bunun aksine, bir memur yabancı hukuk doğrultusunda - Almanya'dakinden farklı olarak - egemenlik eylemi için doğrudan sorumlu tutulabiliyorsa, ya da yabancı hukuk sistemi sadece hayali tıbbi harcamaların ödenmesine izin veriyorsa²⁸, kamu düzenine (ordre public) karşı ihlali söz konusu değildir.²⁹

Ekler: Madde 4, 5, 7, 14, 15 Roma II Tüzüğü

²⁶ Palandt-Thorn, BGB, 78. Baskı Münih 2019, Roma II Tüzüğü md. 7 kenar no. 2; G. Wagner, IPRax 2008, 1 (9).

²⁷ Karşılaştır tümünden Alman Yargıtayı Medeni Hukuk Bülteni (BGHZ) 118, 312; Palandt-Thorn Roma II Tüzüğü md. 26 kenar no. 2.

²⁸ Karşılaştır Alman Yargıtayı Medeni Hukuk Bülteni (BGHZ) 123, 268.

²⁹ Alman Yargıtayı Medeni Hukuk Bülteni (BGHZ) 118, 312, 331.

BEDENSEL ZARARLARDA ARABULUCULUK

Yakup ERİKEL

Avukat – Arabulucu

Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Kurul Üyesi

Öncelikle belirtmek gerekir ki Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (6325 sayılı yasa) temel amacı yasa da “...hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde uygulanacak usul ve esasları düzenlemektir...” (Madde-1) şeklindedir.

Bedensel zararların tazmini bir **hukuk uyuşmazlığı** olduğuna göre bu yasanın bu uyuşmazlıkların çözümünde uygulanması hukuken mümkündür.

Bedensel zararların tazmini uyuşmazlıklarında taraflar ihtilaflarını Arabuluculuk yolu ile çözerlerse sürecin yürütülmesi ve varılacak **tüm kararları kendileri verirler. Çünkü** 6325 sayılı yasa Arabuluculuk sürecinin başlatılması, sürecin devamı ve sürecin sonuçlandırılarak bir karara varılması tarafların iradelerine bırakmıştır. Ancak 2018 yılında iş davaları, 2019 yılında ise ticari davalar da süreci başlatmak tarafların iradelerine bırakılmamıştır. Çünkü bu uyuşmazlıkların çözümünde Arabuluculuk dava şartı olmuştur. Arabuluculuk sürecini tüketmeden adli makamlarda dava açma imkânı olmayacaktır. Yani bedensel zararlara karşı sigorta şirketine karşı açılacak dava öncelikle Arabuluculuğun konusu olacaktır. Ancak iş kazalarında bedensel zararlara ilişkin davalar iş davaları aksine dava şartı değildir. Burada arabuluculuk yolu iradidir.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

“...Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler. (Ek cümle:6/12/2018- 7155/22 Md.) Şu kadar ki dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin 18/ A maddesi hükmü” saklıdır...” (Madde-3)

Arabuluculuk yolunun taraflarca iradi olarak yürütülmesi **dava ve tahkimdeki gibi katı usul kurallarına tabi değildir.** Taraflar başlattıkları, devam ettirdikleri süreci, istedikleri belirli mekanlarda yürütebilirler. Yetki, görev gibi usul kuralları yoktur. Tanık, keşif gibi usul işlemleri bir kurallar silsilesi çeklinde değil, sadece uyuşmazlığın çözümünde tarafların bilgi kaynağı olarak kullanılır. Arabuluculuk esnek bir süreçtir.

Arabuluculuk yolunun en önemli özelliklerinden birisi **gizlilik ilkesidir.** Dava yolundan farklı olarak Arabuluculuk gizli bir süreçtir. Taraflar gizlilik ihlali konusunda anlaşma yapmamışlar ise bu ilkenin korunması cezai yaptırıma dahi bağlanmıştır. Genellikle taraflar uyuşmazlıklarını gizli çözmek isterler. Aleni olsun istemezler. Hatta bedensel zararlar konusunda veya sağlık sorunları dolayısı ile karşılaştıkları bedensel durumları ve sağlık sorunlarının bilinmesini istemezler. Sağlık sorunlarına neden olana tedavi sonuçlarından doğan tazminat davalarının görülmesini doktorlar da aleni olsun istemezler. Örneğin cilt tedavisi gören bir hastanın bu tedavi sonrasında cildinde oluşan yanıkların, izlerin tazminat davasına dönüşmesi halinde doktor bu uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını aleni olsun istemez. Çünkü bu takdirde mesleki ayıpları alenileşebilecektir. Basın kuruluşlarına haber olma ihtimali olabilecektir. Yine tedavi gören bir hasta bu tedavisinin uyuşmazlık dolayısı ile herkesçe bilinmesini istemeyebilecektir. İşte bu gibi özel nedenler özel yaşamın gizliliği dolayısı ile oluşabilecek uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk tercih nedeni olacaktır.

“...Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür.

Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar..." (Madde-4)

Uyuşmazlığın çözümünde görev yapacak olan Arabulucuyu seçim de tarafların özgürlük alanındadır. Yani taraflar kendi uyuşmazlıklarının çözümünde kendilerine yardımcı olacak arabulucuyu kendileri seçerler. Oysa hakimi seçme hakkı yoktur. Hakimi devlet seçer. Yine tahkimde de hakem seçiminde anlaşılabilir ise hakemleri mahkemeler veya kurumsal tahkimde kurumlar seçer. Bu konu en özel anlamı ile psikolojik olarak dahi taraflara uyuşmazlığın çözümünde bir rahatlık sağlar ve uyuşmazlığın stresli çözüm sürecinde tarafları rahatlatır.

"...Başkaca bir usul kararlaştırılmadıkça arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir..." (Madde-14)

Arabuluculuk yönteminde taraflar kendi iradeleri ile süreci seçer ve yürüterek istedikleri şekilde anlaşabilirler. Çözümün mutlaka bir para olması gerekmez. Tedavi olabileceği gibi, bir akrabanın tedavisi olabilir. İş akti kurmak şeklinde de olabilir. Hukuka ve ahlaka aykırı olmayacak her türlü sonuca varabilirler. Kısmi bir edim sonucuna varabilecekleri gibi birbirlerini bağışlayabilirler de.

Tarafların anlaşmaları halinde varılan sonuç taraflar, varsa vekilleri ve arabulucu tarafından imza altına alınır. **Bu belge ilam niteliğindedir.** Taraflar ilam niteliğine kavuşmayı sulh hukuk hakimliğinden elde edebilirler. Ayrıca Avukatlık kanunu 35/A maddesindeki gibi taraflar ve vekilleri ile Arabulucu birlikte imzaladıklarında da tutanak ilam niteliği kazanır. Elbette arabuluculuk ile varılan sonuçtan sonra hukuk uyuşmazlığı artık biter ve uyuşmazlık hukuk dünyasından kalkar.

"...Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir; anlaşma belgesi düzenlenmesi halinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır.

Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa,

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır.

İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı isidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır.

Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkeme-ye yapılacak olan başvuru ile bunun üzerine verilecek kararlara karşı ilgili tarafından istinaf yoluna gidilmesi halinde, maktu harç alınır. Taraflar anlaşma belgesini icra edilebilirlik şerhi verdirmeden başka bir resmî işlemde kullanmak isterlerse, damga vergisi de maktu olarak alınır.

(3) İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı isidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır.

(4) (Ek: 12/10/2017-7036/24 Md.) Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır.

(5) (Ek: 12/10/2017-7036/24 Md.) Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz..."(Madde-18)

Ülkemizde yargılama süreleri yıllarca sürmektedir. Davanın sonuçlarını görmeden yaşamını yitiren insanların sayısı az değildir. Oysa arabuluculuk müzakereleri birkaç saat, birkaç gün, birkaç hafta veya birkaç ayda bitebilmektedir. **Yine yargı-**

lama masraflı ve pahalı bir yoldur. Harçlar, avukatlık ücretleri tarafların davayı takip etmelerinde olumsuz sonuçlar doğurabilmektedir. Oysa arabuluculuk yöntemi daha ekonomiktir. Sonuç itibariyle Adalet Bakanlığı tarafından belirlenen nispi veya maktu arabuluculuk ücreti ile vekil ile takip edilen uyuşmazlıklarda avukatlık ücreti doğabilmektedir.

Dava süreci kırıcı geçebilmektedir. Dava süreci kazanma kaybetme üzerine kurulu olduğu, kazanmak için ise haklı olmak gerektiğinden, haklı olmak için de karşı tarafı suçlamak temel seçenek olduğundan tarafların ilişkisini süreç bitirebilmektedir. Oysa arabuluculuk süreci **“kazan-kaybet”** üzerine kurulu olmayıp, **“kazan-kazan”** üzerine kuruludur. Dolayısı ile taraflar birlikte en olumlu sonuca gidebileceklerdir. Çünkü kendi kararlarını kendileri verebilmektedirler. Yine kişi kendi menfaatini en iyi kendisi bilir.

Ayrıca bu yöntem ile toplumsal barışa da katkı sunulmaktadır.

Tabikî arabuluculuk yolu bir yöntemidir. Dava yolu ve mahkeme yolu her zaman açıktır. Arabuluculuk yöntemi ile taraflar uyuşmazlıklarını çözemez iseler her zaman dava açabilirler. Zaten dava şartı arabuluculuk yönteminde de taraflar anlaşamazlar ise o zaman anlaşmazlık tutanağı ile dava açabilmektedirler.

Arabuluculuk yolu tahkim görüşmelerinde de önerilir. Tahkim şartı olan sigorta uyuşmazlıklarının çözümünden önce taraflar iradi olarak bu yolu denemeye karar verebilirler. Yine bu yöntem ile sonuca ulaşamaz iseler buradan sonra tahkime giderler.

Sonuç olarak trafik kazalarından doğan bedensel zararların tazminine ilişkin maddi manevi tazminat davaları, sigorta şirketlerine açılacak tazminat davaları, iş kazalarından doğan bedensel zararların giderilmesine ilişkin maddi manevi tazminat davaları (iradi olarak), bedensel zararlara ilişkin haksız fiillerden kaynaklı maddi manevi tazminat davaları, yerine uyuş-

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

mazlığın çözümünde Arabuluculuk yöntemi ile çözümlenmesi yukarıdaki gerekçelerle tavsiye edilir.

Şu cümleler ile sözlerimi ve yazımızı bitirmek isterim. “... Arabuluculuk sürecinde sonuç garanti değil, ama uyumsuzluk çözülme kavuşur ise taraflar için mutluluk garantidir...”

**DİJİTAL OYUNLARDAN DOĞAN BEDENSEL
ZARARLARDAN SORUMLULUĞA
UYGULANACAK HUKUK**

**(APPLICABLE LAW TO THE RESPONSIBILITY
ARISING FROM PHYSICAL DAMAGES CAUSED BY
DIGITAL GAMES)**

Dr. Fatma Esenyel HANAZ

**I. Kişinin Bedensel Bütünlüğü Üzerindeki Hakkının
İhlali: Kişilik Hakkı Kapsamındaki Maddi Kişisel
Değerin İhlali**

Bir kimsenin bedensel zarara maruz kalması, kişilik hakkı kapsamındaki maddi kişisel değerlerden, kişinin bedensel bütünlüğü üzerindeki hakkının ihlali niteliğindedir.

Konuyla ilgili farklı görüşler bulunmakla birlikte,¹ baskın olarak, bir tek kişilik hakkının mevcut olduğu ve kapsamında çeşitli kişisel değerleri barındırdığı kabul edilmektedir. Kişilik hakkının dinamik niteliği, hak kapsamında yer alan kişisel değerlerin kesin bir listesinin yapılmasına engeldir. Türk hukukunda da, kanun koyucu kişilik hakkının tanımını yapmamış, bazı hükümler hariç kişilik hakkının konusunu oluşturan kişisel değerleri özel olarak korumanın konusu olarak belirlememiş, hakkı genel nitelikli çerçevede hükümlerle düzenlemiştir.

¹ Bu konudaki görüşlerle ilgili bkz. Serap Helvacı: Gerçek Kişiler, İstanbul, Arıkan Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., 2006, s.72, dn.235'te anılan yazarlar; , Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman: Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku,8. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş, 2011, s.342.

Kişilik hakkının bu şekilde genel ve soyut bir hak olarak kabulü, hak kapsamında değerlendirilecek kişisel değerlerin döneysel koşullara uygun olarak belirlenmesi ve böylece kişilik hakkının etkin biçimde korunmasını sağlamaktadır.²

Kişilik hakkı tek bir hak olarak kabul edilmekle birlikte, kapsamındaki kişisel değerler, hakkın kullanımını kolaylaştırmak amacına hizmet etmek üzere³ çeşitli ayrımlarla ele alınmaktadır. Hukuki korumanın konusuna göre yapılan ayırımda, kişilik hakkını oluşturan değerler maddi, manevi ve sosyal kişisel değerler olarak ele alınmaktadır.⁴ Belirtildiği üzere, bu suni ayırım sadece hakkın kullanılmasının kolaylaştırılması amacına hizmet ettiğinden, hak kapsamındaki herhangi bir ya da birkaç değer ihlali, kişilik hakkının ihlali sonucunu doğurmaktadır.

A. Maddi Kişisel Değerlere Kısa Bir Bakış

Kişilik hakkı kapsamındaki kişisel değerler arasında kural olarak önem sırasına göre bir derecelendirme yapılmasa da, tüm kişisel değerler yaşamla anlam kazanacağından, yaşam hakkı temel insan hakları belgelerinde⁵ ve Türk hukuk siste-

² Ergun Özsunay, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 4. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979, s.98; Hukukun merkezindeki kişinin temas halinde olabileceği değerlerin fazlalığı karşısında kişilik hakkının içeriğinin aşırı geniş şekilde belirlenmesi riski göz önünde bulundurularak, hak kapsamındaki kişisel değerleri makul sınırlar içinde algılamak gerekir. Hakkın kapsamının aşırı şekilde genişletilmesi halinde, kişilik hakkının temas etmediği hak kalmayacağı ve bütün özel hukukun birkaç ana prensiple birkaç maddeye sığdırılarak "kişiliğin korunması" adı altına konulacak hükümlerle düzenlenmesinin mümkün olacağı yönünde bkz. Velidedeoğlu, s.104, s.125.

³ Özsunay, s.97.

⁴ Çeşitli kriterlere göre kişisel değerleri kategorize etmek mümkündür. Doktrinde baskın olarak korumanın konusu esas alınarak sınıflandırma yapılması benimsenmektedir. Serap Helvacı, Türk İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar: MK md.24/ a fıkra I/ İMK m.28a fıkra I, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2001, s.45. (Kıs.:Koruyucu Davalar) Helvacı, Koruyucu Davalar, s.45; Diğer sınıflandırma biçimleri için bkz. Özsunay, s.98; Helvacı, Koruyucu Davalar, s.45; Arpacı, Abdülkadir: Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler, 2. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2000, s.108 vd.

⁵ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, m.3; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m.2; Çocuk Hakları Sözleşmesi, m.6; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi,

minde güvence altına alınmış en üstün değerdir.⁶ Kişinin fizik ve ruhsal bütünlüğünü koruyabilmesi, sürdürebilmesi ve varlığının çeşitli etkilerle bozulmasına engel olabilmesi hakkı olarak ifade edilen yaşama hakkı⁷, Türk hukukunda Anayasa, Türk Ceza Kanunu ve sair kanunlarda yer verilen hükümlerle etkin şekilde korunmaktadır.⁸ Kişinin kendi yaşamı veya rızası bulunsa dahi bir başkasının yaşamı üzerinde tasarrufta bulunması hukuken mümkün olmadığı gibi, rızası bulunsa dahi bir başkasının da kişinin yaşamı üzerinde tasarrufta bulunması mümkün değildir. Türk hukukunda, bazı ülkelerde hukuken mümkün görülen ötenazi hukuka aykırıdır ve ceza kanunu anlamında da suç teşkil eder.⁹ Anayasa m.17/II hükmü uyarınca, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı gibi, kişi rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kişinin hareket özgürlüğüne ilişkin değerler, kişiye yönelik tıbbi müdahaleler, organ ve doku nakli, cinsel hayat ve üretim fonksiyonuna ilişkin müdahaleler ve kişinin ölümünden sonra cesedi üzerindeki tasarrufları saptama hakkı maddi kişisel değerlere örnek olarak sayılabilir.¹⁰

Bir kimsenin maddi kişisel değerlerine yönelik haksız müdahalelerde bulunanlara karşı savunma yolları, genel olarak Medeni Kanun'da düzenlenmiştir. Kuşkusuz, bu müdahalelerin suç teşkil etmeleri halinde, Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen yaptırımlar ayrıca uygulanacaktır. İlaveten, tıbbi

m.4; Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi m.4.

⁶ Yaşam hakkı Anayasa Hukuku açısından en önemli haktr. Anayasanın 17. maddesi ile herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır.

⁷ Özsunay, s.99, dn.6'da anılan Bayraktar, s.13.

⁸ AİHS m.3 işkencenin yasaklanması suretiyle kişinin vücut bütünlüğünü devlete karşı korumaktadır. Türk Ceza Kanununda cismani zarar, ırza geçme, toplum sağlığına yönelik suçlar gibi düzenlemelerle bu hak korunmaktadır. Medeni hukukta da ölüm ve bedensel zararlarda sorumluluğa ilişkin hükümler yer almaktadır.

⁹ Arpacı, s.110; Özsunay, s.99.

¹⁰ Sibel Özel, Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s.19.

müdahaleler¹¹, organ ve doku nakli¹², cinsel hayat ve üretim fonksiyonuna ilişkin müdahalelere¹³ ilişkin özel düzenlemelerde, hukuka aykırılık halleri ve hukuka aykırılığın ne zaman ortadan kalkmış olacağı açıkça belirtilmiştir.¹⁴ Kişilik hakkını koruyucu hükümlerden yararlanan tüzel kişiler, sadece gerçek kişilere özgü olan maddi kişisel değerlere sahip olamazlar.

B. Maddi Kişisel Değerlerin Kitle İletişim Araçlarıyla İhlal Edilebilmesi

Kişilik hakkı ihlallerinin kitle iletişim araçları aracılığıyla gerçekleştiği hallerde, ihlal edilen haklar kapsamında özel yaşam hakkı, şeref ve haysiyet, kişinin ismi veya görüntüsü üzerindeki menfaatleri gibi manevi kişisel değerler incelenmektedir. Maddi kişisel değerlerin ihlali konusu, özellikle yaşam hakkının ve bedensel bütünlüğün ihlali bakımından, ağırlıklı olarak insan hakları hukuku ve ceza hukuku bağlamında ele alınmaktadır. Kuşkusuz, başta bu değerlerin ihlali neticesinde ortaya çıkan sorumluluğun tazmini meselesi olmak üzere, özel hukuk uygulamalarına da konu teşkil eden maddi kişisel değerlerin, kitle iletişim araçlarıyla ihlal edilmeye pek uygun olmadıkları, ancak istisnai hallerde bu durumun söz konusu olabileceği kabul edilmektedir. Günümüzde bu geleneksel anlayışın sarsılmaya başladığını belirtmek gerekir.

Kişinin ruh sağlığı ve bütünlüğü de vücut bütünlüğü içinde yer alır. Bir kimseye manevi acı çektirmek, psikolojik baskı uygulamak gibi davranışlar ruhsal bütünlüğe yönelik saldırı niteliğindedir.¹⁵ Gerek geleneksel kitle iletişim araçlarıyla gerek

¹¹ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.52; Arpacı, s.113 vd.; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku. 9. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009, s.137; Özsunay, s.100 vd. ; Bilge Öztan, Şahsın Hukuku: Hakiki Şahıslar, 7. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 1997, s.121.

¹² Helvacı, Koruyucu Davalar, s.53 vd.; Arpacı, s.119 vd.; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s.138; Özsunay, s.103 vd. ; Öztan,s.123.

¹³ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.56; Arpacı, s.121 vd.; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s.139 vd.; Özsunay, s.106 vd. ; Öztan,s.126.

¹⁴ Özel, s.30.

¹⁵ Özsunay, s.114. Örneğin iş yerinde uygulanan psikolojik taciz (mobbing) bu kapsamda değerlendirilmektedir.

internet aracılığıyla sunulan ve kişinin ruhsal sağlığına yönelik çok ciddi tehditler barındıran içeriklerle ruhsal sağlığın bozulması ve ruhsal sağlığın bozulmasına bağlı olarak bedensel bütünlüğün zarar görmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz.

Bu konuda kadın estetiğine ilişkin sıfır beden idealize edilmesi ve bu idealin devamlı kitle iletişim araçları ile yüceltilmesinin, ölüme yol açabilen anoreksiya ve bulimia nevroza gibi hastalıkları tetikleyebilmesi örnek olarak değerlendirilebilir. Bedensel zararın oluşmasında veya ölümün gerçekleşmesinde kitle iletişim araçlarının etkisi her ne kadar dolaylı gibi görünse de etkilidir. Bu hastalıkların toplumda yaygınlaşması ve ölümlere neden olmasına cevaben bazı ülkelerde sağlıklı beden ölçülerine sahip olmayan, “sıfır beden” tabir edilen mankenlerin çalıştırılması yasaklanmıştır. Fransa’da 2017 yılında yürürlüğe giren yasa ile bir mankeni sağlıklı vücut ölçülerinde olduğuna ilişkin doktor raporu olmadan çalıştıran işverenlere hapis ve yüksek tutarlı para cezası öngörülmüştür.¹⁶ Konuyla ilgili yasa da yer alan başka bir dikkat çekici düzenleme, mankenlerin yayınlanan fotoğraflarında olduklarından daha ince görünmelerini sağlayan dijital müdahalelerin yapılmış olması halinde, bunun belirtilmesinin zorunlu kılınmasıdır.¹⁷ Sözü edilen yasal düzenlemenin amacı, hem sağlıksız beden ölçülerine sahip mankenlerin hem de özellikle onlara öykünen gençlerin bedensel bütünlükleri ve sağlıklarının korunmasıdır. Zararlı sonuçları açıkça test edilen sorunla bağlantılı pozitif hukuk temeli oluşturulmasıyla, bedensel bütünlüğün, sağlığın ve hatta yaşam hakkının, önceden öngörülemeyen bir biçimde maruz kaldığı tehdit karşısında etkili biçimde hukuki koruma altına alınmasını sağlamıştır

Yukarıda da ifade edildiği üzere, dinamik bir hak olan kişilik hakkı kapsamındaki kişisel değerler sınırlı sayıda değildir.

¹⁶ <https://www.trthaber.com/haber/dunya/fransada-sifir-beden-mankenlere-yasak-geldi-313362.html> (Erişim Tarihi: 21.09.2019)

¹⁷ İtalya, İspanya ve İsrail de benzer yasalar çıkarılmıştır. <http://www.hurriyet.com.tr/dunya/sifir-beden-yasayla-yasaklandi-40029107> (Erişim Tarihi: 21.09.2019)

Toplumsal yaşamın ihtiyaçlarına göre yeni kişilik hakkı değerlerinin kabul edilmesi ve buna uygun olarak daha evvel öngörülemeyen değişik ihlal biçimlerine karşı koruma sağlanması mümkün olabilmektedir. Maddi kişisel değerlerin kitle iletişim araçları ile ihlalinin genel olarak mümkün olamayacağı yönündeki görüşlerin, teknolojik gelişmelerin farklı şekilde biçimlendirdiği toplumsal yaşamda, yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir.

C. Dijital Oyunların Bedensel Zarara Neden Olması

1. İnternet Bağımlılığı ve Oyun Bağımlılığı

Genel olarak internet bağımlılığının yeni bir bağımlılık türü olarak kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin tartışmalar sürerken, 2018'de son güncellemeleriyle açıklanan, Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından geliştirilmiş Hastalıkların Uluslararası Sınıflaması'nın (ICD)¹⁸ on birinci versiyonunda, çevrimiçi ve çevrimdışı oyun bağımlılığı ve tehlikeli oyunlar, hastalık olarak tanımlanmıştır.¹⁹

Oyun bozukluğu ya da oyun bağımlılığı (gaming disorder) olarak tanımlanan hastalık, kalıcı veya tekrarlanan davranış şekli ile karakterize edilmektedir. Bu davranışlar, oyuna başlama, oynama sıklığı, yoğunluğu, süresi ve sonlandırılması gibi kararların verilmesinde kontrol sağlayamama, oyuna verilen önceliğin diğer yaşamsal ve günlük faaliyetlere nazaran gittikçe daha fazla artması, olumsuz sonuçların ortaya çıkmasına rağmen oyun oynamaya devam edilmesi veya daha fazla oynanması olarak belirlenmektedir. Bu davranış şeklinin oyun bağımlılığı olarak değerlendirilebilmesi için, kişisel, ailevi, sosyal, akademik, mesleki ve diğer önemli alanlarda, yüksek derecede bozulmalara neden olacak ciddiyette olması aranmaktadır. Oyun bağımlılığı tanısının konulabilmesi için

¹⁸ International Classification of Diseases.

¹⁹ 1 Ocak 2022 tarihinden itibaren son güncellemeleriyle açıklanmış değişiklikler içeren ICD-11 yürürlükte olacaktır. <https://ab-ilan.com/dunya-saglik-orgutu-online-oyun-bagimlilikini-ruh-sagligi-problemi-olarak-ilan-etti/> (Erişim Tarihi: 10.10.2019)

belirtilerin oniki aylık süre boyunca devam etmesi gerekli görülmele birlikte, teşhis için tüm belirtilerin mevcut ve semptomların şiddetli olduğu hallerde bu sürenin kısaltılabileceği öngörülmektedir.²⁰ Tehlikeli oyun, bireye veya etrafındakilere, zararlı fiziksel veya ruhsal sağlık sonuçları riskini önemli ölçüde artıran çevrimiçi veya çevrimdışı oyun şekli olarak tanımlanmaktadır. Riskin artmasının oyun oynama sıklığından, oyuna harcanan zamandan, diğer faaliyet ve önceliklerin ihmalinden, oyun veya oyun içeriğiyle ilişkili riskli davranışlardan, oyun oynamanın olumsuz sonuçlarından veya tüm bunların bileşiminden kaynaklanabileceği belirtilmektedir. Bireye veya başkalarına zarar verme riskinin arttığına farkına varılmasına rağmen, oyun düzeninin çoğu zaman devam ettiği belirtilmektedir.²¹ Araştırmalara göre oyun bağımlılığı, çevrimiçi ve çevrimdışı oyun oynayanların küçük bir oranını etkilemektedir.²²

Teknoloji bağımlılığıyla ilgili yürütülen araştırmalarda, genel olarak internet bağımlılığı ve oyun bağımlılığının ayrı ayrı ele alındığı görülmektedir. Araştırmalarda, internet bağımlılığının diğer psikolojik hastalıklar ile birlikte görülebileceği, internet bağımlılarının yüzde ellisinde başka bir psikiyatrik bozukluk daha görüldüğü ortaya konulmuştur.²³ Destek

²⁰ <https://icd.who.int/browse11/1-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2f%2fid%2fentit%2f1448597234> (Erişim Tarihi: 10.10.2019)

²¹ <https://icd.who.int/browse11/1-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2f%2fid%2fentit%2f1586542716> (Erişim Tarihi: 10.10.2019)

²² <https://www.who.int/features/qa/gaming-disorder/en/> (Erişim Tarihi: 21.09.2019)

²³ İnternet bağımlılığı ile birlikte görülen en sık psikiyatrik bozukluklar, yüzde on oranında anksiyete bozukluğu, yüzde on dört oranında psikotik bozukluk, yüzde yirmi beş oranında depresyon veya distimik bozukluk, yüzde otuz üç oranında duygu durum bozukluğu, yüzde otuz sekiz oranında madde kullanımı olarak sıralanmaktadır. Bunların yanında dikkat eksikliği, hiperaktivite bozukluğu, sosyal fobi, hafif depresyon varlığında veya ailede bağımlılığa yatkınlık söz konusu olduğunda riskli internet kullanımı görülebildiği ifade edilmektedir. <https://www.yesilay.org.tr/documents/file/yesilay/kitap/tbm/internet-bagimliliği.pdf> (Erişim Tarihi: 11.10.2019); Joel Billieux, Jory Deleuze, Mark D. Griffiths, and Daria J. Kuss: The textbook of addiction treatment: International perspectives, Chapter: Internet gaming addiction: The case of Massively Multiplayer Online Role-Playing Games, Publisher: Springer, Editors: N. El-Gabaly, G. Carrà, M. Galanter, pp.1515-1525, s.1516. https://www.researchgate.net/publication/271510904_Internet_Gaming_Addiction_The_Case_

ve tedaviye ihtiyaç duyan internet bağımlılarının çoğunun, kontrolsüz şekilde çok katılımcılı online rol yapma oyunları (ÇKORYO) oynayan ve problem yaşayan kişiler olduğu belirtilmektedir.²⁴ İnternet bağımlılığı, farklı yaş, cinsiyet, sosyal ve kültürel özelliklere sahip bireylerde görülmesine rağmen, oyun bağımlılığının genellikle genç erkeklerde gözlemlendiği tespit edilmiştir. Ayrıca internet bağımlılığı, çevrim içi oyun oynama, çevrim içi sohbet, sosyal ağları kullanma ve internetin sair kullanımları ile ilişkiliyken, oyun bağımlılığı sadece oyun ile ilişkilidir. Bu noktada internet bağımlıları ile oyun bağımlıları arasında bir ayırım yapılarak, bazı internet bağımlılarının aslında internete bağımlı olmayıp, diğer bağımlılıklarını beslemek için interneti bir araç olarak kullandıkları, internetin sadece bağımlılık yapıcı davranışlarını gerçekleştirdikleri yer olabileceği, ancak oyun bağımlılığının ayrı bir bağımlılık türü olduğu ifade edilmektedir.²⁵ Kuşkusuz bu değerlendirmeler hukuk alanı dışında bir uzmanlık gerektirmektedir; ancak bu yaklaşım internet bağımlılığının bir bağımlılık türü olarak kabul edilmesinde çekimser davranılırken oyun bağımlılığının bir hastalık olarak kabulünü anlaşılır kılmaktadır.

Teknolojinin yoğun olarak kullanıldığı bazı ülkelerde, zararlı etkiler gözlemlenen internet bağımlılığına karşı bir dizi tedbirler alınmaya çalışıldığı görülmektedir.²⁶ Türkiye’de in-

of_Massively_Multiplayer_Online_Role-Playing_Games (Erişim Tarihi: 12.10.2019)

²⁴ Billieux, Deleuze, Griffiths, Kuss, s.1516; <https://www.haberturk.com/ekonomi/teknoloji/haber/718177-3-ayda-70-internet-bagimlisi> (Erişim Tarihi: 15.10.2019)

²⁵ Merve Denizci Nazlıgül, Samet Baş, Zeynep Akyüz, Orçun Yorulmaz, (2018). İnternette Oyun Oynama Bozukluğu Ve Tedavi Yaklaşımları: Sistematik Bir Gözden Geçirme. *Addicta: The Turkish Journal on Addictions*, 5, 13-35, s. 15. <http://dx.doi.org/10.15805/addicta.2018.5.1.0018> (Erişim Tarihi: 11.10.2019)

²⁶ Çin Halk Cumhuriyeti ve Güney Kore gibi bazı ülkelerde internet bağımlılığı klinik bir bozukluk olarak kabul edilmekte, özellikle en büyük risk grubunu oluşturan ergenlerin günlük oyun süresinin sınırlanması, kullanıcıların kimliğinin belirlenmesi, internet bağımlılarının tedavi edildiği merkezler kurulması, bu konuda danışmanlık sağlayacak birimler oluşturulması gibi önlemler alınmaktadır. Gözde Mодоđlu, *Dijital Oyunların Ceza Hukuku ve 5651 Sayılı Kanun Kapsamında Erişim Engelleme Kararları Açısından Değerlendirmesi*. İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal

ternet bağımlılığı henüz bir hastalık olarak kabul edilmemekle birlikte, hastanelerde internet bağımlılığı poliklinikleri açılmıştır. Hastalık olarak kabul edilememesi nedeniyle, internet bağımlılığının anksiyete bozukluğu ve depresyon gibi eş tanılı durumlar olarak kodlandığı belirtilmektedir. Bazı kamu hastanelerinde açılan internet bağımlılığı polikliniklerinde SGK'lı hastalara ücretsiz, sosyal güvencesi olmayanlara düşük ücretlerle hizmet verilmektedir. Bunun yanında, diğer ülkelerde olduğu gibi, özel hastanelerde de internet bağımlılığı hakkında birimler oluşturulmuştur. Hastanelere yapılan başvurulardaki vakalar arasında, internet bağımlılığı nedeniyle okulunu bırakan, yetmiş iki saat boyunca internete bağlı olarak bilgisayarcının başında kalkmayan, internet yasağı getiren anne ve babasına bıçak çeken, kendini bıçaklayan ve diğer bağımlılarla çalışıldığı belirtilmektedir.²⁷ Teknolojik bağımlılığın ortaya çıkardığı diğer riskler yanında, geçtiğimiz birkaç yılda dünyada olduğu gibi, Türkiye'de gerçekleşen intihara bağlı bazı ölümlerden sorumlu tutulan "mavi balina" oyununun yayılmasının da tetiklemesiyle, bilişim teknolojileri bağımlılığının etkilerinin incelenerek olası zararlarının bertaraf edilmesi ve bu teknolojilerin kontrollü kullanımının sağlanması için yapılması gerekenlerin saptanması amacıyla, 2019 yılı başlarında Bilişim Teknolojileri Bağımlılığı Araştırma Komisyonu kurulmuştur.²⁸

2. Dijital Oyunlar ile Bedensel Zarar Meydana Gelmesi

Oyun bağımlılığı konusunda yapılan araştırmalarda, destek ve tedaviye ihtiyaç duyan internet bağımlılarının çoğunun, kontrolsüz şekilde çok katılımcılı online rol yapma oyunları (ÇKORYO) oynayan ve problem yaşayan kişiler olduğu belir-

Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015, s.6; https://en.wikipedia.org/wiki/Internet_addiction_disorder (Erişim Tarihi: 21.09.2019); https://www.tbmm.gov.tr/bakirkoy_ruh_ve_sinir_hastaliklari_hastanesi (Erişim Tarihi: 10.10.2019)

²⁷ <https://www.haberturk.com/ekonomi/teknoloji/haber/718177-3-ayda-70-internet-bagimlisi> (Erişim Tarihi: 11.10.2019); <http://www.milliyet.com.tr/yerel-haberler/istanbul/internet-bagimliliği-kamu-hastanelerinde-tedavi-edilecek-10233302> (Erişim Tarihi: 11.10.2019)

²⁸ <https://meclishaber.tbmm.gov.tr> (Erişim Tarihi: 15.10.2019)

ılmaktadır.²⁹ Dijital oyunlar günümüzde, kitle iletişim araçlarıyla oluşturulan algı ile kişilerin bedensel bütünlüklerinin zarar görmesine nazaran çok daha doğrudan ve tehlikeli bir tehdit oluşturmaktadır. Basından da takip edildiği gibi, kişiyi adeta psikolojik bir zindana hapsederek, önce bedensel zarara, sonra ölüme neden olabilen, sanal ölüm tuzağı olarak adlandırılan “Mavi Balina”, “Mariam” ve “Momo” gibi oyunlar, dijital ortamdaki gerçek dünyaya kan sıçratabilen oyunlara örnek olarak zikredilebilir. Bu oyunlarda, oyuna dahil olanların kişisel bilgileri elde edilip, sonrasında bu bilgiler tehdit unsuru olarak kullanılarak oyuncuların psikolojisi bozulmakta ve nihayetinde kişinin kendi kendine zarar vermesi sağlanmaktadır. “Mavi Balina” veya “Mariam” gibi kişiyi yalnızlaştırarak etki altına alma üzerine kurulu olan oyunlar ile oyuncuların adeta alternatif hayatlarını yaşadıkları ÇKORYO’ların yapıları farklıdır ancak her iki tür oyun da bedensel zarara neden olabilir.

Dijital oyunlardaki ortam ile gerçek hayat ortamı arasındaki algının bulanıklaşması neticesinde, oyunlardaki karakterlerin davranışlarının taklit edilerek gerçek hayatta başka bir kimseye zarar verilmesi sonucu oyun üreticilerin haksız fiil sorumluluğu bazı davalarda tartışılmıştır. Midway Games, Inc. tarafından geliştirilerek piyasaya sürülen dünya çapında ünlü dövüş oyunu Mortal Kombat’ta yer alan karakterlerin davranış stilleri taklit edilerek yaralama ve ölümlü sonuçlanan saldırıların gerçekleştirilmesi sonucu oyun sahibi şirkete haksız fiil temelinde tazminat davaları açılmış ancak mahkeme karar-

²⁹ Massively Multiplayer Online Role-Playing Games (MMORPG) veya Çok Katılımcılı Online Rol Yapma Oyunları (ÇKORYO), dünya çapında oynanan en popüler oyunlardandır. Billieux, Deleuze, Griffiths, Kuss, s.1516-1517; Oyuncular, sanal dünyada kendilerini temsil edecek görsel özelliklerini, cinsiyet, meslek ve diğer karakteristik özelliklerini belirledikleri bir avatar oluşturmakta ve avaturları aracılığıyla sanal dünyadaki her türlü insani faaliyetin yapılabildiği yaşam alanında, zaman geçirmektedirler. H. Burak Gemalmaz, **Sanal Dünyalarda İktidar ve Özgürlük**. İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 2006, s.13 vd.; Oyunun özellikleri, oyuncunun avaturları için bir isim ve yaşam şekli seçebildiği bir oyuna saatlerini harcamasına ve bu karakteri daha az kurgusal ve daha fazla gerçek hissetmesine yol açmaktadır. Denizci Nazlıgül, Baş, Akyüz, Yorulmaz, s.15’de anılan Young.

ları davalı şirket lehine ortaya çıkmıştır.³⁰ Özellikle çocuk ve gençler bakımından zararlı bulunan şiddet içeren oyunun bazı sürümleri dönem dönem Avustralya, Güney Kore, Almanya, Endonezya, Japonya ve Ukrayna gibi bazı ülkelerde yasaklanmıştır.³¹ Oyunla ilgili yasaklamanın her zaman süreklilik arz etmediğini, özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkan ihtilaflarda oyunun şiddet içeriğinin genellikle ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirildiğini de belirtmek gerekir.³² ÇKORYO özelliğini taşıyan Metin2, şiddet içeriği nedeniyle, oyun içindeki sanal unsurların elde edilmesi amacıyla işlenen cinayetleri tetiklediği iddialarına konu olmaktadır.

Gerek yabancı hukuklarda gerekse Türk hukukunda dijital oyunların neden olduğu bedensel zararlardan sorumluluk konusu, tartışmadan uzak şekilde somutlaştırılmış değildir. Öncelikle, oyun bağımlılarının, bağımlılıkları nedeniyle maruz kaldıkları zararlar ile aynı nedenle kendilerine veya başkalarına verdikleri zararlar farklı başlıklar altında incelenmelidir. Genel olarak internet bağımlılığı nedeniyle, sanal ortamda fazla zaman geçirmeye bağlı olarak ortaya çıkan, carpal tunnel sendromu, baş ağrıları, sırt ağrıları, yeme sorunları, uyku sorunları, kişisel temizlikte eksiklikler, içe dönüklük, kaçınanlık³³ gibi sağlık sorunlarının önlenmesi, bu konuda geliştirilecek kamu politikaları ve uygun tedavi yöntemleriyle mümkün olabilecektir. Çalışma kapsamında ele alınan, oyunların yönlendirmesiyle kişinin kendisine veya başkalarına zarar vermesi durumudur. Her ne kadar bu konudaki kriterler henüz oluşturulmamış olsa da, insan psikolojisini bozmaya uygun, oyundaki sanal unsurların elde edilebilmesi için fiziksel saldırı yapmaya yönlendiren ve bağımlılık yapmak üzere tasarlanmış

³⁰ Örn. Wilson v. Midway Games, Inc., 198 F. Supp. 2d 167 (D. Conn. 2002) <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/198/167/2513432/> (Erişim Tarihi: 25.10.2019)

³¹ https://en.wikipedia.org/wiki/Controversies_surrounding_Mortal_Kombat#cite_note-33 (Erişim Tarihi: 25.10.2019)

³² Bkz. Brown, et al. v. Entertainment Merchants Assn. et al., 564 U.S. 786 (2011) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/564/786/> (Erişim Tarihi: 25.10.2019)

³³ Denizci Nazlıgül, Baş, Akyüz, Yorulmaz, s.15.

şiddet içerikli ve benzeri oyunlar nedeniyle gerçek dünyada verilen bedensel zararlardan dolayı, oyunla ilgili tasarruf yetkisine sahip kişiler bakımından sorumluluk öngörülebileceği kanaatindeyiz. Zarar verici nitelikte olduğu kabul edilen bir oyun nedeniyle, kişinin hem kendine hem de başkalarına zarar vermesi durumunda, bağımlılığın fiil ehliyeti üzerindeki etkisinin değerlendirilerek bir sonuca varılması gerektiği kanaatindeyiz. Bağımlılığın, ayırt etme gücünü kaldırdığı kabul edilebilecek hallerde, oyun üzerinde hakimiyeti olan kişinin sorumluluğuna gidilebilmelidir.

Hem hukuki işlem ehliyeti hem haksız fiil ehliyetinin zorunlu unsuru niteliğindeki ayırt etme gücü, Türk Medeni Kanunu'nun 13. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes ayırt etme gücüne sahiptir. Hükümün ayırt etme gücünü ortadan kaldıran halleri tüketici şekilde belirlememiş olması ve internet bağımlılığının, genellikle uyuşturucu bağımlılıklarının çoğu özelliğini paylaşan, bağımlılık yapan bir bozukluk olarak kabul edilmesi³⁴ birlikte değerlendirildiğinde, internet bağımlılığının da ayırt etme gücünü ortadan kaldıran benzer haller kapsamına dahil edilmesi mümkündür. Medeni Kanun'un 15. maddesi uyarınca, kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz. Bağımlılık temelinde ayırt etme gücünden yoksun kalmak, ayırt etme gücünden geçici olarak yoksunluk hali olarak değerlendirilebilir. Ayırt etme gücünden geçici yoksunluğun kusur sorumluluğu çerçevesinde düzenlendiği Borçlar Kanunu'nun 59. maddesi uyarınca, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat etmedikçe, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Sorumluluğun belirlenmesinde genel prensiplerden ayrılmayı gerektirecek bir hal söz konusu olmadığından, internet ya da oyun bağımlılığı nedeniyle

³⁴ Billieux, Deleuze, Griffiths, Kuss, s.1515.

başkalarına verilen zararlardan, BK m.59 uyarınca, kişinin sorumlu olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte, oyuncunun psikolojisini etkileyerek onu kendine ya da başkalarına fiziksel saldırı gerçekleştirmeye yönlendirmek üzere tasarlanmış olduğu kabul edilebilecek şiddet içerikli ve benzeri oyunların oluşturduğu bağımlılık nedeniyle verilen zararlarda, ayırt etme gücünün kaybedilmesinde kişinin kusurunun bulunmadığı, diğer bir deyişle ayırt etme gücünün başkasının kusuru ile kaybedildiği değerlendirilerek yapılarak, oyuncuya sorumluk izafe edilmemelidir. Kuşkusuz bu değerlendirmelerin sağlıklı şekilde yapılabilmesi için, öncelikle ayırt etme gücünü kaldırdığı kabul edilecek oyunlarla ilgili kriterlerin somutlaştırılması gerekmektedir. Belirlenecek kriterlere göre, bu özelliği taşıdığı kabul edilebilecek oyunlara bağımlılığın yoğunluğunun gerçekten ayırt etme gücünü kaldıracak derecede olup olmadığı değerlendirilerek yapılarak bir sonuca varılmalıdır ki kuşkusuz bu hususta tıbbi değerlendirmeler belirleyici olacaktır.

II. Dijital Oyunlardan Doğan Bedensel Zararlardan Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk

Dijital oyunların, bilgisayar, cep telefonu ve çeşitli oyun konsolları gibi farklı cihazlarla oynanabilen türleri vardır. Oyunların bir kısmının oynanabilmesi için internet bağlantısı gerekli ve zorunlu iken, bazı oyunlarda internet bağlantısı bulunması gerekli değildir. Bu ayırımı, oyun nedeniyle meydana gelen zararlarda, fiil yeri ve zarar yerinin belirlenmesi bakımından önem taşır. Açıklamalarımız, internet tabanlı oyunlar esas alınarak yapılacaktır.

A. Türk Hukukunda Dijital Oyunlardan Doğan Bedensel Zararlara Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

Mülga 2675 sayılı MÖHUK'tan farklı olarak, 5718 sayılı MÖHUK, modern devletler özel hukukundaki eğilimlere uygun şekilde, haksız fiillere uygulanacak hukuku düzenleyen genel hüküm yanında, özel nitelik taşıyan bazı haksız fiillerle ilgili özel kurallara yer vermiştir. MÖHUK'un 34. maddesi ile haksız fiillerle ilgili genel kural düzenlenirken, 35. madde

kişilik haklarının ihlalinde sorumluluk, 36. madde imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu, 37. madde haksız rekabet ve 38. madde rekabetin engellenmesi konularında uygulanacak hukuku belirler. Dijital oyunlardan doğan bedensel zararlara uygulanacak hukukun belirlenmesinde, genel kural niteliğindeki 34. maddenin veya kişilik haklarının ihlalinde sorumlulukla ilgili 35. maddenin uygulanma ihtimalinden bahsedilebilir.³⁵

Kişilik haklarının ihlalinde sorumluluğa ilişkin 35. madde, basın, radyo, televizyon ve internet gibi kitle iletişim araçları ile kişilik haklarının ihlalinde sorumluluğa uygulanacak hukukun tespitinde uygulama alanı bulmaktadır.³⁶ Buna göre, haksız fiil niteliğindeki kişilik hakkı ihlalinin kitle iletişim araçları

³⁵ Satın alınarak kullanılan oyunlar bakımından, oyuncu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.3/k ile ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanan tüketici durumundadır. Taraflar arasındaki sözleşmenin de aynı kanunda m.3/1 ile ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan her türlü sözleşme ve hukuki işlem olarak tanımlanan tüketici işlemi niteliğinde olduğu söylenebilir. Buna göre, uyumsuzluğun MÖHUK m.26 ile düzenlenen tüketici sözleşmelerinde yetkili hukuka tabi olup olmayacağı değerlendirilebilir. Taraflar arasındaki sözleşmenin 26. maddeye tabi olabileceği haller düşünülebilse de, hüküm satılan ürünün ayıplı olması hallerinde uygulanabileceğinden, konumuz çerçevesinde uygulama alanı bulmaz. Diğer yandan, uygulanacak hukukun, haksız fiiller kapsamında düzenlenen imalatçının sözleşme dışı sorumluluğuna ilişkin 36. maddeye göre belirlenip belirlenemeyeceği sorusu akla gelebilir. İmalatçının sorumluluğu, bir ürünü imal eden ve piyasaya süren kimsenin bu ürünlerdeki bir hata sebebiyle başkalarının hukukun korunması ve bedeni varlıklarına verdiği zararlardan sorumlu olması şeklinde izah edilmektedir. Yargıtay uygulamasında da, imalatçının sorumluluğu, imal edip piyasaya sürdüğü maldaki ihmal ve kayıtsızlık sonucu oluşmuş hataları nedeniyle haksız fiil sorumluluğu olarak tespit edilmiştir. (Zeynep Derya Tarman, "Türk: Hukukunda İmalatçının Sorumluluğuna Genel Bir Bakış", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXV, S.2, s. 299-326, 2007, s.299, 305.) Bedensel zarara neden olabilecek oyunlar bakımından, oyun üzerinde hakimiyeti olan kişinin sorumlu tutulabilmesi için, oyunun, kasıtlı olarak oyuncunun psikolojisini etki altına alacak ve onu zararlı sonuç oluşturmaya yönlendirecek şekilde tasarlanmış olmasını gerekli unsur olarak gördüğümüzden ve aranan kasıt unsuru, ihmal ve kayıtsızlıktan daha ağır bir kusur derecesi olduğundan, 36. maddenin de uygulanabilir olmadığı kanaatindeyiz.

³⁶ Aysel Çelikel, B. Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, 15. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2017, s.446; Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Bası, İstanbul, Beta Vedat Kitapçılık, 2018, s.308-314; Gülören Tekinalp, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 10. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., 2009, s.434.

kullanılmadan gerçekleşmesi halinde MÖHUK'un 34. maddesi, kitle iletişim araçları kullanılarak gerçekleşmesi halinde ise 35. maddesi uygulanacaktır. Dijital oyunlardan doğan bedensel zararlara uygulanacak hukukun, oyunların herkese yönelik olarak yayınlanması ve zararın oluşmasında kullanılan aracın kitle iletişim aracı olması gerekçeleri ile 35. madde uyarınca belirleneceği düşünülebilse de, bu konuda bir sonuca varılmadan evvel maddenin amacının incelenmesi gerekmektedir.

Kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlalinden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun belirlenmesi için özel bir bağlama kuralına ihtiyaç duyulmasının önemli gerekçelerinden biri, kitle iletişim araçları ile kişilik hakkı ihlalinin, her uyumsuzlukta kişilik hakkı ve hakkın çatışma halinde bulunduğu ifade özgürlüğü hakkının dengelenmesini gerektiren, karmaşık bir haksız fiil olmasıdır. Haksız fiillerde zarar yeri, hakkın konusu olan varlığın bulunduğu yer ya da hukuken korunması gereken menfaatin ihlali nedeniyle sonucun ortaya çıktığı yer olarak belirlenmektedir.³⁷ Fiziki saldırılardan farklı olarak, kitle iletişim araçları ile gerçekleşen saldırılarda, saldırının birden fazla yerde etki yaratma imkanına sahip olması nedeniyle sonuç yerinin belirlenmesi kolay değildir. Özellikle internet yayınları bakımından zorluk seviyesi daha da artmaktadır. Kişilik hakkını ihlal eden içeriğin internet ortamında yayınlanmasıyla, internet erişimi olan her yer, teorik olarak, yayın yeri olabilecektir. Bu durum, mesafeli haksız fiillerde uygulanacak hukukun tespitinde bağlama noktası olarak kabul edilen zarar yeri kriterinin uygulanmasını zorlaştırmaktadır.

İnternet yayınları bakımından, internet bağlantısı olan her yerde içeriğin erişilebilir olmasının, bu yerlerin her birinin zarar yeri olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmadığı, içeriğe erişimin gerçekleşmesiyle zararın meydana geldiği ve bu yerin zarar yeri olduğu kabul edilmektedir.³⁸ Kişilik hakkı şahıs var-

³⁷ Uyanık Çavuşoğlu, s.986; Tekinalp, s.431

³⁸ Uyanık Çavuşoğlu, s.987; Alex Mills, "The Law Applicable to Cross-Border Defamation on Social Media: Whose law governs free speech in 'Facebookistan'?", *Journal of Media Law*, Vol.7, Issue 1, 2015, s.17.

lığı hakkı niteliğinde olup, ihlal edilmesi sonucunda hem maddi hem manevi zarar meydana gelmesi mümkündür.³⁹ Bununla birlikte, kitle iletişim araçları ile gerçekleşen ihlallerde, istisnai haller dışında kişilik hakkının manevi yönünün ihlal edildiği ve zararın da genellikle manevi zarar olarak ortaya çıktığı görülmektedir. Kitle iletişim araçları ile gerçekleşen saldırılar sonucu birden fazla yerde ihlal gerçekleşirken, mesafeli haksız fiillerden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun tespitinde genel olarak kabul edilen bağlama noktası olan zarar yerini belirlemek için, bölünemez nitelikteki manevi zararın nerede lokalize edileceği önemli bir sorun olarak ortaya çıkar.⁴⁰ Haksız fiillere ilişkin genel bağlama kuralları ile çözülemeyen bu soruna çözüm olarak, kitle iletişim araçları ile gerçekleşen kişilik hakkının ihlalinden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuku belirlemek üzere özel bağlama kuralları tasarlanmıştır.

5718 sayılı MÖHUK'un oluşturulmasında esinlenen İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanunu'nun aynı konuya ilişkin 139. maddesi ile MÖHUK'un 35. maddesinin, kitle iletişim araçları ile manevi kişisel değerlerin ihlalinden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun tespiti amacıyla tasarlandığı kanaatindeyiz. Her iki düzenlemede de, belirsiz sayıda alıcıya yönelik yayın yapılması, bu yayının belirsiz sayıda kişi tarafından alınması ya da yayına erişilmesi ile zararın doğması, düzeltme ve cevap hakkına yer verilmesi ortak özelliktir. Kişilik hakkı ihlal edildiğinde, içeriğe mağdur dışındaki üçüncü kişilerin erişmesi unsuru, haksız fiillere ilişkin bağlama kuralı yerine kişilik hakkının ihlalinde sorumluluğa ilişkin bağlama kuralının uygulanmasını gerektirmektedir. Bedensel zararın meydana gelmesinde ise üçüncü kişilerin böyle bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Dolayısıyla, internet tabanlı oyunlar bakımından internet zorunlu bir araç olarak kullanılsa da, dijital oyunlardan doğan bedensel zararlardan sorumluluk konu-

<https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/394296249.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.10.2019); Özel, s.173

³⁹ Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s.387.

⁴⁰ Mills, s.21.

sunda, 35. maddenin uygulanmasını gerektirecek koşullar bulunmamaktadır. Kişilik hakkı kapsamındaki maddi kişisel değerlerin, başka bir deyişle bedensel bütünlüğün zarar görmesi halinde doğacak sorumluluğa uygulanacak hukuk, MÖHUK m.34 çerçevesinde tespit edilmelidir.

B. Dijital Oyunlardan Doğan Bedensel Zararlardan Sorumluluğa Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.34 Uyarınca Belirlenmesi

Haksız fiil sorumluluğuna uygulanacak hukukun belirlenmesinde, hukuk sistemlerinde baskın şekilde kabul edilen ika yeri kuralı (lex loci delicti commissi) Türk hukukunda da benimsenmiştir. MÖHUK m.34'ün birinci fıkrasında, haksız fiilden doğan borçların haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tabi olduğu belirtilmiştir. Dijital oyunun psikolojik saldırı niteliğinde mesajlar içermesi, oyundaki sanal unsurların elde edilebilmesi için fiziksel saldırı yapmaya yönlendirmesi, bağımlılık yapmak üzere tasarlanmış olması ve benzeri hallerde, oyunlar bedensel zararlara neden olabileceklerdir. Bu durumda, fiil yeri olarak neresi belirlenmelidir?

İnternet yoluyla gerçekleşen haksız fiillerde, içeriğin yüklendiği yer veya yüklenen verilerin okunmaya hazır tutulduğu sunucunun bulunduğu yerin fiil yeri olarak kabul edilmesi önerilmektedir. İçeriği yükleyen kişilerin, çoğu zaman sunucunun nerede bulunduğunu bilmemeleri ve aynı zamanda bu yerin tesadüfi bir yer olabilmesi gerekçeleri ile sunucunun bulunduğu yerin fiil yeri olarak kabul edilmesine karşı çıkmaktadır. Dijital oyunların kullanıcılar tarafından erişilebilir hale gelmesi, oyunun ilgili sunucunun sabit diskine yüklenmesi ve hafızaya aktarılması ile gerçekleşmektedir.⁴¹ İçeriğin yüklenmesi ve yeri konularında, yükleme işlemi yapan kişi karar verebilecek durumda olduğundan, içeriğin yüklendiği yer (upload) fiil yeri olarak kabul edilmektedir.⁴²

⁴¹ Ayfer Uyanık Çavuşoğlu: "İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk", Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, MHMÖH Bülteni, Yıl 22, S.2, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2002, s.978.

⁴² Uyanık Çavuşoğlu, s.977; Özel, s.160.

Dünyanın herhangi bir yerinde bulunan oyuncunun, internet ortamında erişime hazır hale getirilen oyuna bulunduğu yerde katılması mümkündür. Çoğu zaman, zararlı sonucun meydana geleceği aşamaya kadar, oyuncu bir kereden fazla oyuna katılmış olacaktır. Oyuncu her seferinde aynı yerde oyuna erişebileceği gibi, farklı yerlerden de oyuna katılması mümkündür. Zararın meydana geldiği yerin fiil yeri ile örtüşmesi teorik olarak mümkün olsa da, çoğu zaman fiil yeri ile zarar yeri örtüşmeyecektir. Dijital oyunlardan doğan bedensel zararlar da uygulanacak hukukun fiil yeri kriterine göre belirlenmesi, mağduru hiç hesaba katmadan sadece failin menfaatine hizmet ettiğinden, adil bir bağlama noktası değildir. MÖHUK'un birincisi fıkrası, mesafeli haksız fiillerle ilgili düzenlemeye yer verilen ikinci fıkrasıyla birlikte okunduğunda, sadece fiil yeri ile zarar yerinin aynı yer olması halinde uygulanacak hukukun fiil yeri kriterine göre tespit edileceği anlaşılmaktadır. Buna göre, oyunun sunucuya yüklendiği yer ile zarar yerinin aynı yer olduğu hallerle sınırlı olarak uygulanacak hukukun fiil yeri kriterine göre tespiti söz konusu olacaktır.

Mesafeli haksız fiillere ilişkin düzenleme içeren ikinci fıkrada (m.34/2), haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde, zararın meydana geldiği ülke hukukunun (lex loci damni) uygulanacağı belirtilmiştir. Dijital oyunlardan doğan bedensel zararlar, bağımlılık ve psikolojik baskı nedeniyle kişinin kendisine zarar vermesi veya aynı nedenle başkasına ya da başkalarına zarar vermesi şeklinde ortaya çıkabilir. Dijital oyunun verilen zarardan sorumlu tutulabilecek şekilde zararlı içeriğe sahip olduğunun kabul edilmesi halinde, fail her iki zarar bakımından da sorumlu olmalıdır. Bir oyuncunun, oyun tarafından kendisine verilen görev gereği başka bir ülkede bulunan bir oyuncuyu veya oyunla ilgili olmayan bir ya da birden fazla kişiyi yaralaması, öldürmesi veya farklı şekilde bedensel zarar vermesi halinde uygulanacak hukukun tespitinde esas alınacak zarar yerinin ne şekilde belirleneceği sorun oluşturur. Daha önce de belirtildiği gibi, haksız fiillerde zarar yeri, hakkın konusu olan varlığın bulunduğu yer ya da hukuken korunması gereken

menfaatin ihlali nedeniyle sonucun ortaya çıktığı yerdir.⁴³ Bu durumda her bir sonucun gerçekleştiği yerin yani her bir zarar yerinin ayrı ayrı dikkate alınması ve uyuşmazlığa birden fazla hukukun uygulanması söz konusu olabilir.

Zarar yeri kriteri mağdurun menfaatlerine ağırlık veren bir bağlama noktasıdır. Hüküm zarar yeri hukukunun uygulanmasını, fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerlerin farklı yerler olması dışında herhangi bir koşula bağlamamıştır. Fiziksel zararların gerçekleştiği yerin belirlenmesi kolay olsa da, bu yerlerin olası çeşitliliği düşünüldüğünde, fail bakımından hukuki belirliliğin sağlanmasının neredeyse mümkün olmadığı söylenebilir. Kanaatimizce, dünyanın her yerinden oyuna erişimin mümkün olması ve zarar yerinin öngörülemez tesadüfi bir yer olması gerekçeleriyle de, dijital oyunlardan doğan bedensel zararlara uygulanacak hukukun zarar yeri kriterine göre belirlenmesi, uygun değildir.

Kanunlar ihtilafı kurallarının her zaman uyuşmazlıkla en yakın ilişkiye sahip hukuku tespit edebilecek şekilde tasarlanmamış olabilecekleri ya da katı şekilde uygulanmalarının, olayla fazla bağlantısı olmayan bir hukukun uyuşmazlığı yönetmesi sonucunu doğurabileceği hususları göz önünde bulundurularak, çağdaş devletler özel hukuku anlayışına uygun şekilde, kanunlar ihtilafı kurallarında istisna kurallarına yer verilmektedir.⁴⁴ Bu eğilime uygun olarak, MÖHUK'un 34. maddesinin üçüncü fıkrası ile haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması halinde, fiil yeri veya zarar yeri hukuku yerine, daha sıkı ilişkili hukuka üstünlük tanınarak, bu hukukun uygulanacağı öngörülmüştür. Hüküm uyarınca daha sıkı ilişkili hukukun mevcut olması halinde, hakim takdir hakkı olmaksızın bu hukuku uygulayacaktır.⁴⁵ Hükümde, hangi hallerde daha sıkı ilişkinin varlığının kabul edilmesi gerektiğine ilişkin bir kriter öngörülmemiştir. Fiil ya da zarar yerinin,

⁴³ Uyanık Çavuşoğlu, s.986; Tekinalp, s.431

⁴⁴ Çelikel, Erdem, s.447.

⁴⁵ Çelikel, Erdem, s.448.

zarar görenin mutad meskeni veya ikametgahı ile örtüşmesi,⁴⁶ fail ile mağdurun müşterek mutad mesken veya milli hukuka sahip olması ve benzeri hallerde, uyuşmazlığın zarar yerine nazaran başka bir hukuk ile daha sıkı ilişkili olduğu ileriye sürülebilir. Hükümde daha sıkı ilişkinin hangi hallerde mevcut kabul edileceğine ilişkin herhangi sınırlama olmadığından, bu konuda hakim serbestçe değerlendirme yapabilecektir.

Son olarak, maddenin maddenin beşinci ve son fıkrası ile haksız fiilin meydana gelmesinden sonraki zaman diliminde ve açıkça olmak şartlarıyla, taraflara uygulanacak hukuku seçme imkanı verilmiştir. Doktrindeki bir görüşe göre, yabancılık unsuru taşıyan bir haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra, uygulanacak hukuk konusunda mutabık kalabilecek taraflar, uyuşmazlığı tamamen çözecek sonuçlar hakkında da mutabık kalarak uyuşmazlığı sona erdirebileceklerinden, bu hükmün uygulanma ihtimali düşüktür.⁴⁷ Bir bakıma son derece haklı bir yaklaşım olsa da, taraflara davanın açıldığı mahkemenin hukukunu seçme imkanı sağlaması bakımından, böyle bir hükme yer verilmesi son derece faydalıdır.

KAYNAKÇA

Akipek, Jale G., Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman: **Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, 8. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2011.

Arpacı, Abdülkadir: **Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler**, 2. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2000.

Billieux ,Joel, Jory Deleuze, Mark D. Griffiths, and Daria J. Kuss: The textbook of addiction treatment: International perspectives, Chapter: Internet gaming addiction: The case of Massively Multiplayer Online Role-Playing Games, Publisher: Springer, Editors: N. El-Gabaly, G. Carrà, M. Galanter, pp.1515-1525. <https://www.>

⁴⁶ Uyanık Çavuşoğlu, s.984.

⁴⁷ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s.309, dn.487.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

researchgate.net/publication/271510904_Internet_Gaming_Addiction_The_Case_of_Massively_Multiplayer_Online_Role-Playing_Games

(Erişim Tarihi: 12.10.2019)

Çelikel, Aysel, B. Bahadır Erdem: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 15. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2017.

Denizci Nazlıgül, M., Baş, S., Akyüz, Z., Yorulmaz, O. (2018), İnternette Oyun Oynama Bozukluğu ve Tedavi Yaklaşımları: Sistematik Bir Gözden Geçirme.

Addicta: The Turkish Journal on Addictions, 5, 13-35. <http://dx.doi.org/10.15805/addicta.2018.5.1.0018> (Erişim Tarihi: 11.10.2019)

Gemalmaz, H. Burak. **Sanal Dünyalarda İktidar ve Özgürlük**. İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2006.

Helvacı, Serap: **Gerçek Kişiler**, İstanbul, Arıkan Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., 2006.

Helvacı, Serap: **Türk İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar: MK md.24/a fıkra I/ İMK m.28a fıkra I**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2001. (Kıs.:Koruyucu Davalar)

Kılıçoğlu, Ahmet. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. Ankara, Turhan Kitabevi, 2017.

Mills, Alex: "The Law Applicable to Cross-Border Defamation on Social Media: Whose law governs free speech in 'Facebookistan'?", **Journal of Media Law**, Vol.7, Issue 1, 2015, pp. 1-35. <https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/394296249.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.10.2019)

Modoğlu, Gözde. **Dijital Oyunların Ceza Hukuku ve 5651 Sayılı Kanun Kapsamında Erişim Engelleme Kararları Açısından Değerlendirmesi**. İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir: **Kişiler Hukuku**. 9. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009.
- Özel, Sibel: **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Özsunay, Ergun: **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, 4. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979.
- Öztan, Bilge: **Şahsın Hukuku: Hakiki Şahıslar**, 7. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 1997.
- Tekinalp, Gülören: **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 10. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., 2009.
- Tarman, Zeynep Derya: "Türk: Hukukunda İmalatçının Sorumluluğuna Genel Bir Bakış", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXV, S.2, s. 299-326, 2007.
- Şanlı, Cemal, Emre Esen, İnci Ataman Fıganmeşe: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. Bası, İstanbul, Beta Vedat Kitapçılık, 2018, s.308-314.
- https://en.wikipedia.org/wiki/Internet_addiction_disorder (Erişim Tarihi: 21.09.2019)
- https://en.wikipedia.org/wiki/Controversies_surrounding_Mortal_Kombat#cite_note-33 (Erişim Tarihi: 25.10.2019)
- <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2ficd%2fentity%2f1448597234> (Erişim Tarihi: 10.10.2019)
- <https://www.haberturk.com/ekonomi/teknoloji/haber/718177-3-ayda-70-internet-bagimlisi> (Erişim Tarihi: 15.10.2019)
- <http://www.hurriyet.com.tr/dunya/sifir-beden-yasayla-yasaklandi-40029107> (Erişim Tarihi: 21.09.2019)
- <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/198/167/2513432/> (Erişim Tarihi: 25.10.2019)

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

- <https://meclishaber.tbmm.gov.tr> (Erişim Tarihi: 15.10.2019)
- <http://www.milliyet.com.tr/yerel-haberler/istanbul/internet-bagimliligi-kamu-hastanelerinde-tedavi-edilecek-10233302> (Erişim Tarihi: 11.10.2019)
- <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/564/786/> (Erişim Tarihi: 25.10.2019)
- <https://www.trthaber.com/haber/dunya/fransada-sifir-beden-mankenlere-yasak-geldi-313362.html> (Erişim Tarihi: 21.09.2019)
- <https://www.who.int/features/qa/gaming-disorder/en/> (Erişim Tarihi: 21.09.2019)
- https://www.tbmm.gov.tr/bakirkoy_ruh_ve_sinir_hastaliklari_hastanesi (Erişim Tarihi: 10.10.2019)
- <https://www.yesilay.org.tr/documents/file/yesilay/kitap/tbm/internet-bagimliligi.pdf> (Erişim Tarihi: 11.10.2019)

SİGORTA TAHKİM KOMİSYONU'NDA GÖRÜLEN UYUŞMAZLIKLARDA TANIK VE KEŞİF DELİLLERİNİN TOPLANMASI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

*Av. Şafak GÜLEÇ**

A- GİRİŞ

Sigorta Tahkim Komisyonu, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu 30. Maddesi ile kurulmuş bulunan bir Tahkim kuruluşudur. Yapı olarak, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği nezdinde kurulduğu anılan maddede ifade edilmiştir. Anılan maddenin uygulama yönetmeliği ise, 17.8.2007 tarihli 26616 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik ile varlığını bulmuştur.

Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvuru yapılması öncelikle aleyhine başvuru yapılan sigorta şirketine yazılı olarak başvuru yapılmasına ve başvuru sonucunda, zorunlu sigortalar için 15 gün, diğer sigortalar için 15 iş günü içinde yanıtlanmamış ya da başvuru sonucunda istem reddedilmiş, fark alacağı olarak uygulamada ifade edildiği üzere, yasal olarak karşılanması gereken parasal edimin tam olarak yerine getirilmemesi halinde ise buna dair itirazın sigorta şirketine yapılmasına karşın aynı sürelerde istemin karşılanmamış olması gerekmektedir. Bir diğer koşul da, derdestlik durumunun meydana gelmesinin önlenmesi ve tahkim yargılamasının de niteliğinden hareket-

* Ankara Barosu'na kayıtlı avukat ve Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku) alanında doktora öğrencisi (tez aşaması)

le aynı uyuşmazlık ile ilgili olarak bir dava açılmış olmaması veya tüketici hakem heyetine başvuru yapılmamış olması aranmaktadır.

Sigorta Tahkim Komisyonu'nun işleyişi ve özellikle yargılamaya ilişkin kuralları, hem Sigortacılık Kanunu'nda hem de Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik'te düzenlenmişse de, Sigorta Tahkim mevzuatında hüküm bulunmayan durumlarda HMK'nın uygulama alanı bulacağı Sigortacılık Kanunu 30/22. Maddesi başta olmak üzere düzenlenmiştir.

Sigorta Tahkim Komisyonu nezdindeki yargılamada yargılama süresi ilk derece yargılama yönünden, Sigorta Tahkim Komisyonu'nun ve buradaki yargılamanın ana normlarını düzenleyen Sigortacılık Kanunu 30. Maddesi 16.fıkrasına göre dört ay olarak kabul edilmiştir. Bu süre ise tarafların açık muvafakati ile uzatılabilecek olsa da, genelde çıkar çatışması içindeki taraflardan süreye muvafakat etmelerinin kolaylıkla olabileceğini de düşünmek zordur. Sunum konumuz içinde, bu kadar kısa süreli bir yargılamada tanık ve keşif delili gibi bazı yönlerden adres somutluğunun olmaması olasılıkları ile güçlükle tebligat yapılarak veya fiziki şartlarla mücadele edilerek elde edilen delillerin yargılama sürecine ve davanın aydınlanmasına katkısının olup olmayacağı, toplanması zorunlu hale gelmişse bu toplamanın ve toplanması sonucu değerlendirilmesinin incelenmesi, uygulamada yaşanan ve yaşanabilecek sorunların tartışılması gerçekleştirilecektir.

B- GENEL OLARAK TAHKİM YARGILAMASINDA DELİLLERİN SUNULMASI VE TOPLANMASI

Türk Medeni Yargılama Hukuku dahilinde, Tahkim yargılaması yönünden, HMK 424. Maddesine göre "Taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama usulüne ilişkin kuralları, bu Kısımın emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler. Taraflar arasında böyle bir sözleşme yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını, bu Kısımın hükümlerini gözeterek uygun bulunduğu bir

şekilde yürütür.” denmekle, delil sunulmasına veya delillerin değerlendirilmesine dair kurallar yönünden de serbest bir sistemi ama hakem veya hakem kurulunca belirlenmiş bir sistemi esas almıştır.

HMK kapsamında değerlendirildiğinde, HMK 424. Maddesi, emredici hükümler ve buna bağlı olarak da kamu düzenine ilişkin hükümler yönünden Tahkim ile ilgili kurallar açısından sınırlanmış olsa da, diğer kısımlara dair hükümler yönünden bir sınırlamaya tabi olmayacaktır. Örneğin, ikinci tanık listesi verilmesi yasağının tahkim yargılamasında aşılabileceği, hukuki konularda bilirkişi incelemesi yaptırılması yasağının da aynı şekilde hakem veya hakem kurulu kararı ile aşılabileceğini ileri sürmek olanaklıdır. Bu uygulamanın yararları özellikle uyuşmazlığın aydınlanması açısından kendisini gösterecektir. Bir uyuşmazlıkta, özellikle tanıkların dinlenmesinde, belirsizlik ve çelişkinin bulunması karşısında daha önce bilgisinin olduğu bilinmediğinden ileri sürülemediği bir tanık ya da çelişkiyi giderebilecek daha güvenilir bir tanık ifadesinin dosyaya kazandırılması ikinci tanık listesi sunma yasağının risklerinden uzaklaşabilir noktadadır. Hakem veya hakem kurulunun bu konuda ikna edilememiş olması durumunda ise, bu yasağın söz konusu dosyada uygulanmaya devam edilmesinde ise bir engel bulunmamaktadır. Açıkça ikinci tanık listesi verilmesi yasağının dışına çıkıldığı belirtilmedikçe hakem veya hakem kurulunun bu yasağı benimsedikleri kabul edilmelidir.

Hakem veya hakem kuruluna delillerin sunulması, HMK 428. Maddesine göre dava dilekçesinin sunulması sırasında mevcut yazılı delillerin ve ileride sunulacak delillerin belirtilmesi ile başlamaktadır. 429. Maddesine göre ise, deliller sunulduktan sonra, hakem veya hakem kurulunca dosya üzerinden değerlendirme yapılabileceği gibi, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça duruşma yapılmasına karar vermesi gerekecektir. Sunum konumuzu oluşturan tanık ve keşif delillerinin sunumu ve değerlendirilmesi ise duruşmasız veya dosya üzerinden yapılabilecek bir yargılama faaliyeti değildir. Bilirkişi delili için dosya üzerinden değerlendirmenin kimi zaman olanaklı olması söz konusu ise de, tanık delili ve keşif delili yönünden

doğrudanlık ilkelerinin uygulanması, gerekli değerlendirme ve sorgulamaların yapılabilmesi kurumların doğaları gereğidir. Başka yerden celp edilecek delillerin ikame edilmesi durumunda ise, hakemlerin ilgili kurumlarla veya kuruluşlar ile yazışma yapmasına yasal bir engel bulunmamaktadır.

HMK 414. Maddesine göre, hakem veya hakem kurulunun ya da taraflarca görevlendirilecek bir başka kişinin zamanında veya etkin olarak hareket edemeyecek olduğu hâllerde, taraflardan biri ihtiyati tedbir veya delil tespiti için mahkemeye başvurabilir. Bu hâller mevcut değil ise mahkemeye başvuru, sadece hakem veya hakem kurulundan alınacak izne veya tarafların bu konudaki yazılı sözleşmesine dayanılarak yapılır. Maddenin değerlendirilmesinde, delil listesinde gösterilmiş olmasına karşın örneğin yurt dışına gidecek veya ağır hastalık nedeniyle hastanede uzun süre yatması ve tedavi görmesi gereken ya da ölümcül bir hastalığın son evresine giren bir tanığın derhal dinlenmesi uyuşmazlığın çözümü için gerekmektedirse bu durumda hakem veya hakem kurulunun etkinliğinin olmaması durumuna karşı yasa koyucunun çözüm olarak mahkeme yardımından yararlanmaya işaret ettiğini görmekteyiz. Aynı şekilde örneğin bir eser sözleşmesinin tahkim konusu edildiği bir uyuşmazlıkta, eserin zamanla değişikliğe uğraması, üzerinde tadil ve tamirlerin sürmesi ve bunların değiştirici, davadaki iddia veya savunmalara dair somut bilgileri bozucu nitelikte bir seyir izleyecek olması durumunda da keşif yapılmasının uyuşmazlığın aydınlatılması için gerektiği durumlarda aynı hükme dayanarak mahkemeden talepte bulunmasını istemek olanaklı kılınmıştır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu 432. Maddesinden önce, mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 527. Maddesine göre hakemlerin, yemin icrası, şahit dinleme ve yabancı mahkemeyi istinabe etmek istediklerinde mahkeme yardımından yararlanabileceklerini düzenlemekteydi. Bu mahkeme ise sulh hukuk mahkemesi olarak belirlenmiş ve düzenlenmişti. Yürürlükteki HMK 432. Maddesi ise daha geniş bir düzenleme yapmıştır. Delil türü bakımından bir sınırlamaya gitmeden, mad-

de metninde “Taraflardan biri, hakem veya hakem kurulunun onayı ile delillerin toplanmasında mahkemeden yardım isteyebilir” şeklinde düzenleme yapmakla tarafa hakemden onay alarak mahkemeye hakem veya hakem kurulundan, kalem işleri yönünden ise tahkim sekreteryasından ayrı olarak başvurma olanağı tanınmış bulunmaktadır. HUMK 527. Maddesi ise bu başvuruyu hakemlerin yapmasını öngörmüştü. Hakemlerin veya hakem kurulunun doğrudan yargı yetkisine sahip olmadıkları, hakemlerle işbirliği yapmak istemeyen tarafların elindeki delillerin dosyaya kazandırılmasında ve gene hakemlerin tahkimin tarafı olmayan kişilere karşı bir yaptırımının bulunamayacağı kabul edilmesi karşısında mahkemelerden bu yardımın istenmesine olanak tanınması madde gerekçesi olmakla birlikte kanımızca da tahkimin etkinliğinin sağlanmasında gerekli bir usuldür.

Uygulama yönünden bakıldığında, bir hakem veya hakem kurulunun cebri yetkilere sahip olmaması, özellikle tanıklar yönünden “zorla getirme” kararı verememesi, kolluk ile yazışma yaparken bu yetkinin yasal olarak hakimlere tanınması karşısında maddenin değeri de bu yönü ile görülebilmektedir.

Delillerin sunulmasında, hakemin taraflara vereceği sürenin niteliği ve niceliği yönünden ise yasada bir engel bulunmasa da, HMK'nın tahkim hukukuna da etki eden genel ilkelerinin ihlal edilmemesi gerekecektir. Bu genel ilkelerin konu ile ilgili olan hukuki dinlenilme hakkına uyulmasına dair normatif düzenleme her ne kadar HMK 27. Maddesi yeterli ise de HMK 423. Maddesinde duraksamaları gidermek ve kurumun güvenilirliği için yasa koyucu tekrar belirtmek ve atıfta bulunmak gereği duymuş olabilir ki, gerekçede buna dair somut bir belirtme yer almamaktadır. Özellikle tanık deliline dayanılmış olmasına karşın tanıkların isim ve adreslerinin, dinlenecekleri konuların belirtilmemiş olması karşısında, hakem veya hakem kurullarının bir günlük kesin süre vermesi karşısında, adres tespitinde tanığa telefonla o verilen bir günlük süre içinde ulaşamaması durumunda hak kaybı yaşanması, uyuşmazlığın aydınlatılmasında zafiyet yaratılması söz konusu olabilecek-

tir. Verilecek sürenin, bu anlamda hem HMK 27. hem de 423. Maddelerine uygun olarak delilin sunulmasına yetecek, her uyumsuzluk ve delil yönünden makul görülebilecek bir süre olması gereklidir.

Genel olarak değerlendirildiğinde, tahkim yargılamasında, toplanacak delillerin tür olarak sınırlamaya tabi olmadığı görülebilecektir. Bu sınırlamanın olmaması, uzman görüşü dahil olmak üzere HMK sistematüğinde düzenlenen tüm delillerin toplanabilmesinin olanaklı olduğu kabul edilebilmektedir. Toplanan delillerin değerlendirilmesinde, hakem değerlendirilmesi ile hakim değerlendirmesi arasında bir fark olmayacaktır. Temel farklılık, delillerin toplanmasında yer almaktadır. Hakim yetkileri ile hakemin yetkileri arasındaki cebri fark nedeniyle hakem veya hakem kurulu tarafından onay verildiğinde hangi mahkemenin yetkili ve görevli olduğu konusu incelenmesi gereken bir başka noktadır. Bu konu öğretilerde 28.2.2018 tarihli 7101 sayılı yasanın 57. Maddesi ile HMK 410. Maddesinin değiştirilmesi öncesinde tartışmalar vardı. Söz konusu yasa değişikliği sonrasında tartışmalar sona ermiş, tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme, konusuna göre tahkim yeri asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesidir. Tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli mahkeme, konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi, yetkili mahkeme ise davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri mahkemesidir.

Tahkimde, mahkemelerin yapacağı işler hangi hallerde söz konusudur? **Öncelikle belirtmek gerekir ki, HMK 411. Maddesi, mahkemelerin yardımını yasa ile sınırlı durumlar olarak düzenlemiş olmakla, öğretilerde de işaret edildiği gibi, tahkimde mahkemelerin yardımının sınırlılığı ilkesi egemen olarak kabul edilmektedir.**

Yukarıda da belirtildiği gibi, HMK 414. Maddesi ile ihtiyati tedbir ve delil tespitlerinde hakem ve hakem kurullarının kural olarak yetkileri bulunmaktadır, etkinliklerinin olmaması durumunda taraflardan birinin istemi üzerine mahkemeden yardım istenebilmesi olanaklı kabul edilmiştir. Ayrıca aynı maddenin

ikinci fıkrası ile mahkeme hakem veya hakem kurulunca verilen tedbir kararının, geçerli bir tahkim sözleşmesinin var olması kaydıyla taraflardan birinin talebi üzerine icra edilebilirliğine karar verir. Ayrıca 416. Maddeye göre hakem seçimindeki görevleri, 418. Maddesine göre hakemin reddindeki görevleri, 420. Maddesi gereğince hakemlerden birinin çekilmesine dair konudaki uyuşmazlığın gideriminde, 432. Madde gereği delillerin toplanmasında, 436. Maddesi gereğince hakem kararlarının saklanması ve 443. Madde gereğince yargılamanın iadesinde ilk derece mahkemelerinin, 439. Maddesi uyarınca iptal davasında bölge adliye mahkemesinin görevleri düzenlenmiştir.

Belirtilen görevler içerisinde, delillerin toplanması da yer aldığından, tarafça istemde bulunulduğu takdirde, tanık ve keşif delili de cebri olarak toplanması gerektiği durumlarda mahkemeler yardımı ile toplanabilecektir. Bu yardımın yapılmasında görevli mahkeme uyuşmazlığın türüne göre asliye hukuk mahkemesi veya asliye ticaret mahkemesi olarak kabul edilmiştir. Ancak, kanımızca bu görev ilişkisinde sadece asliye ticaret mahkemesi değil, asliye hukuk mahkemelerinin görev alanı dışına taşan örneğin bir iş uyuşmazlığının tahkim konusu edildiği durumlarda dava konusu edildiği hatta tahkimde belki daha fazla konu edilebilecek olan deniz uyuşmazlıklarında denizcilik ihtisas mahkemelerinin de görevli olabileceğini değerlendirmek gerekli olabilir. Madde metnindeki ifadenin uygulamada dar olarak yorumlandığı, iş veya deniz uyuşmazlıklarında da asliye hukuk mahkemeleri veya ticaret mahkemelerine başvurulduğu **görülmektedir**. Bir başka açıdan konu değerlendirildiğinde, yasa koyucunun asliye ticaret mahkemesine işaret ettiği gibi, diğer özel görev ilişkilerindeki mahkemelere de işaret edebilmesi olanaklı iken etmemiş olması, gerekçede de bu konuda bir açıklığın bulunmaması karşısında uygulamanın değişik bir yorumda bulunmasını beklemek de güç olacaktır.

Hakem kurulu veya hakem tarafından onay verildiğinde taraflardan biri tarafından mahkeme yardımından yararlanılmasında, taraflarca tahkim sözleşmesinde tahkim yeri belirlenme-

miş ise yetkili mahkeme davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri mahkemesidir. Tahkim yeri ise, taraflarca sözleşme ile belirlenebileceği gibi, hakem veya hakem kurulunca olayın özelliklerine göre belirlenir. Hakemlerce yer belirlenmiş ve yargılama faaliyeti başlamış ise bu durumda, uygulamada hakemlerin toplantı yeri mahkemesi tahkim yeri mahkemesi olarak kabul edilmektedir. Hakem veya hakem kurulunun, toplantı yerinden farklı bir yeri tahkim yeri olarak belirlemesi ve ara karar ile tensip tutanağı haline getirmesinde ise yasal bir engel bulunmamaktadır.

Hakemlerin, mahkeme yardımı olmaksızın, tanık ve keşif delilini ya da diğer delilleri toplamasının olanaklı olduğu durumlarda ise, HMK 429. Maddenin ilk iki fıkrası uygulama alanı bulacaktır. Hakem veya hakem kurulu, delillerin ikamesi, sözlü beyanlarda bulunulması veya bilirkişiden açıklama istenmesi gibi sebeplerle duruşma yapılmasına karar verebileceği gibi; yargılamanın dosya üzerinden yürütülmesine de karar verebilir. Taraflar, aksini kararlaştırmadıkça, hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin talebi üzerine yargılamanın uygun aşamasında duruşma yapılmasına karar verir. Hakem veya hakem kurulu, dava ile ilgili her türlü keşif tarihini, bilirkişi incelemesini veya diğer delillerin incelenmesi için yapacağı toplantı ve duruşmalar ile tarafların gelmemeleri hâlinde bunun sonuçlarını uygun bir süre önce taraflara bildirir. Bu bildirim, hukuki dinlenme hakkının uygulanabilmesi içinde zorunludur.

Tanığın dinlenilmesinde, mahkeme yardımından yararlanmış olması durumunda, mahkemeye sunulacak dilekçede, tarafların iddia ve savunmaları, dosyada toplanmış bulunan diğer delillerin yanı sıra, tanığa sorulması istenen soruların da yani tanıkların hangi konularda dinletilmek istendiğinin de belirtilmesi gereklidir. Mahkeme tarafından tanığın dinlenmesinde edilgen bir duruştan daha ötede, ifade sırasında belirsizlik ve çelişki içeren beyanların sunulması durumunda mahkemeye hakim davayı aydınlatma ödevi ilkesi de uygulama alanı bulacak ve HMK 31. Maddesi gereği hakim tarafından kendi-

liğinden belirsizlik ve çelişkilerin giderimi yoluna gidilecektir. Mahkeme, gerçeğin ortaya çıkması için gerekiyse, tanığın olayın gerçekleştiği veya şeyin bulunduğu yerde dinlenilmesine karar verebilir. Mahkeme, hasta veya engelli olmasından dolayı gelemeyen tanığı bulunduğu yerde dinler. Mahkemenin yargı çevresi dışında bulunan tanığın, bulunduğu yer mahkemesi tarafından dinlenmesine karar verilebilir. İstinabe yolu ile dinlenilmesine karar verilen tanığın, nerede, hangi gün ve saatte dinleneceği hususu, talepleri hâlinde taraflara tebliğ edilir. Bu durumda, tanığın, hangi hususlardan dolayı dinleneceğini hâkim belirler. Diğer konularda da HMK'nın tanığın dinlenilme şekline ve usulüne dair tüm kurallar burada da geçerliliğini koruyacaktır. **Özellikle tahkim yeri dışında kalan tanıkların dinlenmesinde istinabe yoluna başvurulması mahkeme aracılığı ile olanaklıdır.**

Hakem veya hakem kurulu tarafından tanıkların dinlenmesinde ise, yukarıdaki gibi uygulama yapılacak olsa da, yemin ettirilerek tanık dinlenmesi usulünün HUMK 527. Maddesinin açık düzenlemesi ile cebri yetki olarak öğretide baskın görüş olarak benimsenmesi nedeniyle uygulamada kaçınıldığı görülebilmektedir. Ancak kanımızca HMK 432. Maddesi düzenlemesi yapılırken bu yasaklar kaldırılmıştır. Yasa koyucu, aksi bir düzenleme yapmak isteseydi tanığa yemin verdirilmesi başta olmak üzere bir çok konuda engelleyici hükümler tesis edebileceği de açıktır. Bu kapsamda, hakem veya hakem kurulunun da tanıklara yemin ettirmesinin olanaklı olduğunu düşünmekteyiz. Zira tahkim yargılamasında hakemin konumu cebri yetkiler dışında hakimden farklı olmadığına göre yemin ettirmenin cebriliği bizce çok zorlama ve kimi eksende tutarsız bir yorum ile manevi cebir kapsamında belki değerlendirilirse tartışılabilir.

Keşif delili konusunda, hakemlerin doğrudan HMK 431. Maddesi ile yetkilendirildiği görülmektedir. Bu eksende, hakemlerin keşif ile ilgili olarak cebri yetkiye 291/3. Maddesi koşullarında gereksinim duyacaktır. Üçüncü kişi yönünden yapılan bir değerlendirme ile, maddeye göre keşif, üçüncü kişi

için uygun olan zamanda yapılır. Keşif zamanı ve yeri üçüncü kişiye bildirilir. Gecikmesinde zarar umulan hâllerde bildirim yapılmaksızın keşif icra edilir. Keşfe karşı koyma hâlinde hâkim, üçüncü kişiyi karşı koymanın sebep olduğu giderlere ve beşyüz **Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına mahkûm eder; gerektiğinde zor kullanılmasına karar verebilir.** Hakemin ise böyle bir cebri yetkisi yoktur. **Üçüncü kişilerle ilgili keşif yapılmasında böylesi bir yetkinin kullanılmasının uyuşmazlığı çözmekte yarar içermesi durumunda ve aksi durumda keşfin yapılması da olanaklı görülmemekteyse, mahkemeden yardım istenilmesi gerekli ve yararlı olacaktır.**

Tanık ve keşif delillerinin değerlendirilmesine dair tahkim ile ilgili HMK hükümlerinde özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durumda, delillerin değerlendirilmesine dair HMK'nun ilgili diğer hükümlerinin burada da uygulama alanı bulacağını belirtmek gereklidir. Bu temelde HMK 198. Maddeindeki delillerin serbestçe değerlendirilmesi esnasından hareketle, ispat ölçüsü kurallarının nasıl ki her uyuşmazlıkta aranması ve değerlendirilmesi olanaklı ise burada da uygulanması söz konusudur. Belirtilmesi gereken bir başka nokta da, HMK 200. Maddesindeki senetle ispat zorunluluğu kurallarının, tahkim sözleşmesinde açıkça aksi kararlaştırılmadıkça, hakem veya hakem kurullarınca aşılması, parasal sınırın üzerindeki uyuşmazlıklar için de tanık dinlenilmesi ve tanık beyanlarının hükme esas alınması olanaklıdır. Yukarıda belirttiğimiz gibi, tahkim yargılamasında deliller yönünden emredici sınır, tahkime ilişkin emredici hükümler olarak yasa koyucu tarafından ifade edilmiş ve normlaşmıştır. Tahkim sözleşmesi içeriğinde delil sözleşmesine dair unsurların bulunması halinde duraksama olmayacağı gibi, hakeme senede karşı tanık dinlenmesine muvafakat edildiğine dair beyan da yeterli olacaktır. Asıl sorun, bu beyanın bulunmaması halinde veya tarafın açıkça senede karşı senetle ispat kurallarına aykırılık halinde muvafakatinin olmadığını, ya da ikinci tanık listesi verilmesinde de gene muvafakatinin bulunmadığını belirtmesi halinde doğmuş olacaktır. Burada, hakemin, kanımızca emredici HMK hü-

kümlelerini aşmak istemesi ve uyuşmazlığı tam anlamıyla maddi gerçeği araştıran bir yargı politikası ile aydınlatmak istemesi durumunda taraflara, delillerini sunmaları aşamasında veya yargılamanın başında belirtmesi, tarafları HMK 423. Madde gereği eşitlemesi gereklidir. Örneğin, hakem ya da hakem kurulunun senede karşı senetle ispat kuralının ya da senetle ispat zorunluluğu kuralının aşılmasına dair usulü benimsemesi durumunda bu tavrını delillerin sunulması için süre verirken ya da deliller sunulmuş ise, bu kuralı aştığını taraflara bildirerek delillerini bu tutuma göre sunabilmeleri için yeterli süreyi vermesi gereklidir.

C- SİGORTA TAHKİM KOMİSYONU'NDA TANIK VE KEŞİF DELİLLERİNİN SUNULMASI VE TOPLANMASI

Sigorta Tahkim Komisyonu'nun işleyişi ve özellikle yargılamaya ilişkin kuralları, hem Sigortacılık Kanunu'nda hem de Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik'te düzenlenmişse de, Sigorta Tahkim mevzuatında hüküm bulunmayan durumlarda HMK'nın uygulama alanı bulacağı Sigortacılık Kanunu 30/22. Maddesi başta olmak üzere düzenlenmiştir.

Yargılama sisteminin düzenlenişi ile ilgili hükümler 5684 sayılı yasanın 30. Maddesinde tek bir madde halinde ancak muhtelif fıkra ve bentlerde detaylı olarak ve kazuistik bir yöntemle ihtiyari tahkim kurumu organlarının oluşturulması ve hakem seçiminde aranan kriterleri belirlemesine karşın hakemlerin uygulayacakları yargılama usulü ve maddi hukuk kriterleri ile ilgili ayrıntılı ve özel bir düzenleme içermemektedir.

Yasanın 30. Maddesinin 23. Fıkrasında, özel bir kanun niteliğinde olan sigortacılık tahkimine ilişkin düzenlemede hüküm bulunmayan hallerde HMK hükümlerinin kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir. Yasa koyucu, bu yollamada bulunurken, HMK'nın tahkime ilişkin hükümlerine değil, HMK hükümlerine yollamada bulunmuştur. Bu temelde, HMK 424. Maddesi, yargılama usulü açısından tek yasal sınırı tahkime ilişkin kısım yönünden esas olsa da, sigortacılıkta tahkim yönünden

tüm HMK'nun yollama konusu edilmesi bilinçli bir tercih olarak yorumlanabilir. Bu şekilde bir yorum karşısında, HMK hükümleri kıyasen uygulanırken emredici ve kamu düzenine ilişkin hükümlerin de göz ardı edilemeyeceği sonucuna varmak mümkündür. Bu yorumdan farklı olarak burada tahkim hukukunun özel ve uzmanlaşmış bir türü olarak sigortacılıkta tahkimin getirildiği, burada tahkim yargılamasının serbestliğinden uzaklaşımak istenmediği düşünülürse, bu durumda HMK 424. Maddesi esas alınarak 5684 sayılı yasa 30. Madde 23. Fıkrası değerlendirilecektir. Ancak biz, ilk yoruma katılmaktayız. Süre olarak Tahkim Hukuku yönünden 1 yıllık yargılama süresinin üçte biri yani dört aylık bir sürenin temel alındığı Sigorta Tahkim Komisyonu sisteminde örneğin ikinci tanık listesinin verilmesi, ya da senetle ispat kurallarının sınırlarının zorlanması yargılamada beklenen pratik ve hızlı olmak amacını aşar niteliğe gidebilecektir. Usul ekonomisinin yargılamaya egemen ilke olarak benimsendiği HMK'ya tamamen yollamada bulunulması da, kanımızca bu nedenle olabilir. Bizi bu yoruma sevk eden bir başka nokta da, Sigorta Tahkim Komisyonu yargılamasında hakemlerin sigorta şirketleri ile ve sigorta sektörü ile bağlantılı bir seçim sisteminin benimsenmesi, sigorta şirketi ile genelde de ölüm ve yaralanmaya bağlı mağdur olan kişilerin karşılıklı taraf olması karşısında, en azından hakemin serbest bir usulü seçerken HMK'nun eşitlikçi hükümlerini, dengeleyici yapısını esas almasının istenmiş olması da olasıdır. Hatta, bu istemin ötesinde, mevzuatın bu yollaması karşısında sermayedar karşısında mağdurun dengesinin başta Anayasal normlar yönünden savunulması ve yorum tavrı olarak benimsenmesi de hak ve nesafetin öngördüğü bir yaklaşım olacaktır.

Sigorta Tahkim Komisyonu yargılaması ile ilgili olarak özellikle tanık delilinin toplanmasında, uygulama açısından bazı sorunlar söz konusu olabilecek olsa da, mevzuat açısından bir engel bulunmadığını söylemek mümkündür. Tahkim yerinden hareket ettiğimizde, Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik 16/B maddesinde kararların saklanması için görevli mahkemenin Komisyonun bulunduğu yer olarak işaret edilmesi ile, Kurumsal bir tahkim yapısından doğan yer seçi-

minin yönetmelik ile sağlandığını görmek olanaklıdır. Hakem veya hakem kurullarının tanıdığı dinlerken hakem veya hakem kurulları Sigorta Tahkim Komisyonu'nun İstanbul Anadolu yakasında yer alan bir biriminde toplantı ve duruşma yapmak zorunda değillerdir. Uygulamada, hakem kurulunu oluşturan hakemlerin birden fazla farklı ilde yer aldıkları, bilişim sistemi üzerinden ve elektronik posta ile haberleştikleri, Komisyonun sistemi üzerinde elektronik imza ile ara karar ve gerekçeli kararları imzalamaları karşısında, bir toplantı ve duruşma yapacaklarsa, bu toplantı ve duruşmanın taraflara HMK 429. Maddesi gereği bildirim zorunlu olacaktır. Hakem veya hakem kurulu, dava ile ilgili her türlü keşif tarihini, bilirkişi incelemesini veya diğer delillerin incelenmesi için yapacağı toplantı ve duruşmalar ile tarafların gelmemeleri hâlinde bunun sonuçlarını uygun bir süre önce taraflara bildirir. Aynı şekilde, tanıklara da davetiye gönderilmesi, bu davetiyenin tebliğinde de HMK hükümlerinin uygulanması gerekli olacaktır.

“HMK **MADDE 243-** (1) Tanık davetiye ile çağrılır. Ancak, davetiye gönderilmeden taraflarca hazır bulundurulan tanık da dinlenir. Şu kadar ki, tanık listesi için kesin süre verildiği ve dinlenme gününün belirlendiği hâllerde, liste verilmemiş olsa dahi taraf, o duruşmada hazır bulundurursa tanıklar dinlenir.

(2) Davetiyenin duruşma gününden en az bir hafta önce tebliğ edilmiş olması gerekir. Acele hâllerde tanığın daha önce gelmesine karar verilebilir.

(3) Tanığı davet, gerektiğinde telefon, faks, elektronik posta gibi araçlardan yararlanılmak suretiyle de yapılabilir. Ancak, davete rağmen gelmemeye bağlanan sonuçlar, bu durumda uygulanmaz.” Hükmünün bu konuda uygulanması gerekecektir. Tarafların, hakemlerin yaptığı toplantıya tanıkların hazır etmesi halinde dinlenmesi zorunluluğu, tanığa yapılacak davetiyenin süresi ile ilgili kurallar HMK ile ilgili yollama nedeniyle uygulama alanı bulacaktır.

Tanığın kendi yerleşim yerinde dinlenmesi, tanığa ulaşmak yönünden daha isabetli olduğundan bu konuda istinabe hü-

kümlerinin uygulanabilmesi için mahkemenin yardımından yararlanmak da yukarıda sunduğumuz üzere olanaklı ve gereklidir. Ayrıca, tanıkların taraflarla yakınlığının bulunmadığı ve cebrin yararına inanılan hallerde HMK 245. Maddesinin uygulanmak istenmesi yani “Kanunda gösterilen hükümler saklı kalmak üzere, tanıklık için çağrılan herkes gelmek zorundadır. Usulüne uygun olarak çağrıldığı hâlde mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanık zorla getirilir, gelmemesinin sebep olduğu giderlere ve beşyüz **Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına hükmolunur.**” Hükümünün etkinliği için hakemin çağrısından daha etkin olarak hakimin çağrıda bulunması amacıyla gene mahkeme yardımından yararlanılması gerekecektir. Bu konuda, hakemin, tahkim yeri olarak İstanbul Anadolu Asliye Ticaret Mahkemesi’ni seçmesi, bu mahkemenin de tanığın dinleneceği yere göre istinabe hükümlerinin uygulanması olanaklı olacaktır. Her ne kadar tahkim yeri olarak anılan yönetmelikte Komisyonun bulunduğu yer mahkemesi gösterilmişse de, hakem kurulunun veya hakemin başka bir yer tahkim yeri olarak belirlemesi olanaklıdır. Bu belirleme karşısında, seçilecek yerde hem tanıklar dinlenebilecek, hem de keşif uygulaması da yapılabilecektir.

Sigorta Tahkim Komisyonu nezdindeki uyuşmazlıklarda tanık ve keşif delilinin değerlendirilmesinde klasik tahkim yolunun ya da HMK hükümlerinin ve sisteminin dışında bir değerlendirme yapılmayacağı, değerlendirmenin, senetle ispat kuralları ve diğer tüm emredici hükümlerin burada da geçerli olacağını belirtmek gereklidir. Her ne kadar Sigortacılık Kanunu 30/15. Maddesinde hakemlerin sadece evrak üzerinden karar vereceği belirtilmiş olsa da, delilleri değerlendirmek ve delil toplamakta adil yargılanma hakkı ilkesi başta olmak üzere HMK sistemi ile çelişmeyecek şekilde başta bilirkişi oy ve görüşü olmak üzere dosyada yer alan evrakın dışında da delil toplamasında bir engel bulunmadığını saptamak olanaklıdır. Uygulamada da hakemlerin kendilerine teslim edilen dosyaların dışında delil topladığını görmek olanaklıdır. Yargılama faaliyetinin Anayasal olarak getirdiği güvenceler ve uzmanlaşmış hakemliğin gereği olarak bu delil toplamada serbestinin

önlenmemesine yönelik olarak sigortacılık uyuşmazlıklarına uygulanacak tahkim yargılaması esaslarının yorum geliştirilmesi kanımızca kurumun hukuk dünyasındaki konumunu da güçlendirici bir tavır olacaktır. Aksi yönde bir bakış açısı, sigorta tahkim komisyonu hakemlerini, aktüer inceleme nezareti ya da sigorta hasar dosya denetmeni rolüne hapsedecek, yargılama faaliyetinden uzakta bir konuma sürükleyecektir.

Özellikle, uygulama yönünden trafik kazalarının Sigorta Tahkim Komisyonu hakem heyetlerinin iş yükünün büyük kısmını oluşturduğu gerçeğinden hareket ettiğimizde, karşımıza hukuki fiil yönünden değerlendirme yapmak gerekeceği durumlar çıktığını görmekteyiz. Bu esasa, bir trafik kazasının veya poliçe kapsamındaki bir riskin meydana gelip gelmediğinin ya da meydana geliş şeklinin çoğu zaman ceza soruşturması ve kovuşturmasına dair dosyalarda tespit edilmesine karşın, bu tespitlerden ve kesinleşen Ceza Mahkemesi kararlarından daha öncesinde tahkim dosyası açıldığı bir gerçektir. Ceza yargılamasının sürecinin dört aydan çok daha uzun bir zamana yayıldığı durumlarda olayın oluşuna dair bir tespit ve değerlendirmenin hakem ve hakem kurullarında bizzat yani doğrudan yapılması da uyuşmazlığı aydınlatmakta çok önemli ve HMK'nın da bir gereğidir. Hukuki fiilin ispatında senetle ispat kurallarının da uygulama alanı olmadığı düşünüldüğünde, tanık delilinin vakıanın anlaşılmasında belirleyici ve kritik rolüne dikkat etmek gerekmektedir. Esas itibarıyla, tanığın dinlenmesi keşif ile de birleştirildiğinde davanın aydınlanmasında etkinliğin artacağı, uygulamada da buna yönelindiği bilinmektedir. HMK 425/2. Maddesi uyarınca hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasının gerektirdiği durumlarda önceden taraflara bildirmek kaydıyla bir başka yerde de toplanabilir; duruşma, keşif gibi benzeri işlemleri de yapabileceğinden tanıkları da doğrudan keşif yerinde dinleyebilecektir. Bu işlemlerin yapılmasında, hakem kurulunun veya hakemin taraflara mahkeme aracılığı ile bir bildirimde veya davetiye gönderiminde bulunmasına gerek yoktur. Hakem veya hakem kurulu, bildirimini ulaştığını doğrulama olanağı bulunduğu ölçüde her türlü yoldan yazılı olarak yapabilecektir.

Tanık ve keşif delilinin değerlendirilmesinde hakimin kanaati gibi hakemin de kanaatinin incelenmesi konusu, belirtilen üzere, hakemin takdir yetkisinden farklı konuları içermektedir. Takdir yetkisinden önce, dava malzemesinden, hakemin bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediğine dair kuşkuları gidermesi, kısacası deliller yani ispat araçlarının uyarıcı olarak verdiği veriler ile iddia ve savunmanın değerlendirilmesi faaliyetinin ulaşması istenen noktaya yani vicdani kanaate varması gerekmektedir. Bu aşamadan sonra hakem, maddi hukuku uygularken maddi hukuk verileri ile karar verecektir. Hakem kanaati ise, ispat hukukunun yani dolayısı ile Medeni Yargılama Hukuku'nun konusunu oluşturmaktadır. Bir diğer deyişle, delillerin iddia ve savunmadaki olayları karşılaması, örtüşmesi durumunda, hakem zihninin karara geçişe başlayıp başlamayacağı, maddi hukuk normunu, varlığına dair ikna olduğu olayla birlikte değerlendirmeye geçip geçmeyeceği, yargılamanın içinde düşünsel bir eylem olarak karşımıza çıkmaktadır. Temelde, HMK 198. Madde hükmündeki gibi yasal istisnalar dışında, hakemin delilleri serbestçe değerlendirmesi esası benimsenmiştir.

Hakemin, dava sebebi vakıya yönelik kuşkusunu tamamen gidermiş olması, olayın gerçekleştiğini yüksek olasılık görmesi, bu olasılık da nesnel bir boyut ve gerekçe içerecek düzeye ulaşmış olması gerekmektedir. Hakemin kanaatinde, vicdanen bir tereddüt yaşamaması gerekli bir seviye elde edilmiş olması ve seviye öznel değil kanımızca nesnel olmalıdır. Dava dışı üçüncü bir kişinin maddi açıdan bilimsel esaslar ile tanığın verdiği bilgi ile yetinilmesinin gerekçesi açıklanabilir olmalı, karar gerekçesinde de açıklanması gerektiği gibi, HMK 27. Madde gereği yargı sürecinde de açıklanmalıdır. Aksi durumda sürpriz karar yasağına aykırı bir yaklaşım sergilenmiş olacağı gibi, ispat hakkını da engellemiş ve dolayısı ile adil yargılanma hakkını **da ihlal etmiş olacaktır. Hakem**, dinlediği tanıklar ile bir kanaate ulaşmış olabilir. Ancak davada kural olarak taraflarca getirilme ve tasarruf ilkelerinin egemenliği değerlendirildiğinde, hakim ulaştığı kanaate doğru ve taraflar arası uyumsuzluk ile bağlantılı, uyumsuzluğu çözücü nitelikte olarak varıp varma-

dığının taraflarca da yorumlanabilmesi isabetli olacaktır. Her iki tarafça algılanan beyan içeriği, hakim tarafından tamamen farklı algılanmış ise, hakimin kendi algısında ısrar etmesi de doğru kabul edilmemelidir düşüncesindeyiz.

Bir vakianın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda veya gerçekleşti ise ne şekilde olduğuna dair, vakianın unsurlarının ayrı ayrı kanıtlanmış veya kanıtın, vakianın unsurlarına isabeti de bir ölçüt olarak görülebilir. Örneğin, ikiden çok taraf arasında meydana gelen, haksız fiil uygulanması içeren bir kavga olayında, kişinin yüzündeki sabit izi meydana getiren kişinin kimliğine dair dinlenen tanık beyanları belli bir kişiyi işaret ederken, sunulan ancak henüz dinlenmemiş diğer tanıkların bir başka kişiyi işaret etmesi olasıdır. Hakemin dinlediği tanıkları tutarlı bularak, belli bir kişinin fiili işlediğine kanaat getirmesi durumunda, diğer tanıkları dinlemekten vazgeçerse kanımızca burada maddi gerçekten uzaklaşılması kaçınılmazdır. Hakemin kanısının dava dışı üçüncü bir kişinin edineceği kanaate ulaşması bir ölçüt olarak benimsendiğinde bile aslında toplanmamış bir delilin üçüncü kişiye de izlenim ve bilgi vermesi beklenmemelidir.

Keşif delilinin toplanması ve değerlendirilmesinde ise, HMK 288. Madde, hakimin ,keşif ile ilgili olarak öncelikle “bizzat” hareket etmesini, duyu organları ile bilgi edinmesini, yer konusunda bir ayrıma gitmeyerek, mahkemede ya da uyuşmazlık konusunun bulunduğu yerde bu işlemi yapmasını istemiştir. Aynı durum hakem için de söz konusudur. Madde nin gösterdiği amaç, hakimin/hakemin bilgi edinmesidir. Keşif konusunda, hakim/hakem bilgi edinmede daha isabet elde etmek istiyorsa, bilirkişi yardımına başvurabilecektir. Resen yani kendiliğinden bu delile başvurabileceği gibi, tarafların, tahkikatın sonuna kadar istemde bulunması ile de bu delile başvurması yasanın verdiği olanak içindedir.

Öğretide de belirtildiği gibi, ceza yargılamasındaki gibi, 290. Madde ile, keşif sırasında¹ temsili canlandırma yapılma-

¹ Tanrıver, Usul Hukuku, s. 961

sı kurumu ile, hakimin/hakemin olaya dair kanaat getirmesi, algılaması daha isabetli olabilecektir. Madde gerekçesinde, bu amaçla anılan hükmün getirildiği açıkça belirtilmemiştir. Ancak kanımızca da benimsendiği üzere öğretide keşif delilinin hakimin/hakemin dava dosyasında toplanan delillerden bir kanaat elde edememesi durumunda, davayı aydınlatma ödevi gereği, kendiliğinden keşfe karar verebileceği ileri sürülmüştür². Bu görüş çıkış noktası olarak, keşif delilinin takdiri bir delil olması, 288. Maddenin de, keşif deliline hakimin/hakemin kendiliğinden karar verebilmesine olanak tanınması gösterilmektedir. Hatta keşif delilini, delillere ulaşma yöntemi olarak da benimsediği ifade edilmektedir. Her ne kadar, hakimin/hakemin keşif sonucunda elde ettiği delilleri serbestçe takdir edeceği ifade edilmişse de³ bu serbestinin gerekçelendirilmesi, nesnel temeller üzerine olması gerektiği kanısındayız. Hükümlerin gerekçeli olması, denetlenebilir olması da bu nesnellik arayışının bir sonucu olarak gösterilebilir. Öğretide belirtilen şekilde, örneğin bir gıda ürününün bozuk olduğuna hakim/hakem tadararak keşif yaptığında elde ettiği kanı karşısında bilirkişinin aksi yönde görüş bildirmesinin ispat sonucuna etkisi olmayacağı⁴ **düşüncesini ise, benimsemek kanımızca olanaklı değildir.** Hakimin/hakemin serbestçe delilleri takdirinde bir gerekçe ileri sürememesi, kararlarının denetim dışında fiilen kalması sonucunu doğuracaktır. Örnek üzerinden değerlendirdiğimizde hakimin/hakemin ürünü tadarken kendi dilindeki algının doğru olup olmadığı, hakimin/hakemin sadece genel beslenme ve genel sağlığından daha ileride tadış anındaki psikolojik ve fizyolojik durumu ile de bağlantılı olacaktır. HMK delillerin serbestçe takdirinde, bir sınır çizmese de, bilimsel sınırın olacağını söylemek, kararların gerekçeli olması gereği karşısında **olanak** dahilindedir. Hakem, örnekteki gibi gıda ürününü tat duygusu ile keşfederken bu ürünü aynı zamanda kimyasal ve biyolojik incelemeye tabi tutturmazsa

² Pekcanitez, Usul, C.2, s. 1949; Türkmen, Ali, Özel Hukuk Mahkemesinde Tahkikat Aşaması, Ankara 2016, s. 47

³ Tanrıver, Usul Hukuku, s. 962

⁴ Pekcanitez, Usul, C.2, s. 1950

yani bilirkişi deliline de başvurmazsa, varacağı kanı her zaman doğruluğu şüpheli bir yorum olarak görülebilir. Hatta sadece kendi tat alma duygusunu denetime açarak, üçüncü kişileri de kendiliğinden⁵ ürünü tatmaya davet edebilmelidir. Üçüncü kişilerin seçimini, hakim resen bulunduğu yargı çevresinden yapabileceği gibi, gene HMK 31. Madde gereğince tarafların eşit sayıda bu konuda tadma katılması için tanık göstermelerini de isteyebilmelidir. Taraflarca hakemin tadışına itiraz edilmesi halinde tanık veya bilirkişi delilinin bu yönde toplanması gerekmeyecektir. İşte, hakimin davayı aydınlatma ödevinin ikici tanık listesi verme yasağı veya teksif ilkesini ihlal etmeden, “keşif” delili içindeki belirsizliklerle sınırlı olmak üzere uygulanmasında, taraflara “delil sunulmasının” istenmesi olanaklı görülmelidir. Bu olanak, HMK 31. Maddesinin bir gereği olarak kabul edilmelidir. Hakem, öznel değerlendirmelerinin olanak oldukça yani usul ekonomisine, fiziki koşullara, bi-

⁵ Keşif deliline kendiliğinden başvurulması ile ilgili Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin bir kararı da dikkat çekicidir; “Mahkemece yapılan araştırma ve inceleme hüküm kurmaya yeterli değildir. Zilyetlik hukuksal nedenine dayanan tapu iptal ve tescil davaları resen araştırılması gereken davalardan olmamakla birlikte keşif mahkemece resen başvurulabilen delillerdendir. Başka bir anlatımla, taraflar talepte bulunmasa bile mahkeme hakimine davanın aydınlatılması görevi çerçevesinde (6100 sayılı H.M.K 31. madde) resen keşif yapılmasına karar verilebilir. Nitekim, mahkemece, yapılan keşfin hüküm kurmaya elverişli olmadığı kanaatine varılarak 20.03.2013 tarihli oturumda yeniden keşif yapılmasına karar verilmiş ve eksik kalan 500-TL keşif giderinin davacı tarafça yatırılması istenmiş, davacı tarafça aynı tarihte keşif gideri yatırılmıştır. Ancak avukat aracılığı ile davayı takip etmeyip bizzat davayı takip eden davacı asilin “mevcut delillere göre karar verilesini talep ederim” şeklindeki 26.06.2013 tarihli yargılama oturumundaki beyanı ve dosya içeriğine göre yazılı gerekçe ile ret kararı verilmesi usul ve yasaya uygun değildir. Mahkemece yapılması gereken iş, dayanak Temmuz 1977 tarih 23 sıra nolu 1838 m2 yüz ölçümündeki tapu kaydının, ilk tesisinden itibaren tüm kayıtlarının varsa tedavüllere esas belgeler ile birlikte son kayda kadar atlanmaksızın getirilmesi, teknik ve konusunun uzmanı bilirkişiler aracılığı ile taşınmazın başında yapılacak keşifte, dayanak tapu kaydının ve noter satış senetlerinin zemine uygulanması, taraf tanıklarının dinlenmesi, dava konusu taşınmazın dayanak tapu ve satış senetleri kapsamında kalıp kalmadığının duraksamaya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi, bundan sonra kimin zilyetliğinde bulunduğu kimden kime ne zaman ve ne şekilde devredildiğinin sorularak belirlenmesi, tanık beyanları arasında çelişki bulunması halinde giderilmeye çalışılması, ondan sonra toplanan ve toplanacak tüm delillere göre bir karar verilmesi gerekirken, açıklanan hususların gözardı edilerek yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (E. 2014/25457 K. 2017/644 T. 23.1.2017)

limsel sınırlara aykırı olmadıkça, hakemin fiziki ve psikolojik uhdesindeki her algı ürünü bilginin, nesnelleştirilerek dava dosyasına katılması bir ispat hukuku tavrı olarak benimsenmelidir. Bu sadece bir yorumdan öte, hukuki dinlenilme hakkı içindeki yani HMK 27/2-a fıkrasındaki tarafın, “yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunması” hakkının **da bir sonucudur. Keşfin hakem algısı ile doğrudan bağı, hakemin uyuşmazlık konusuna dair, tereddütsüz bir kanaate ulaşması için olmasındandır ki, kendiliğinden bu delile hakem başvurabilir. “Tereddütsüz bir kanaat” için de bu yöndeki algının nesnelleşmesi veya nesnel olarak değerlendirilebilmesi gereklidir. HMK 31. Maddesindeki “aydınlanma” durumunun hakimin **düşünsel dünyasından çıkması 27. Maddesinin bir gereği olarak dava dosyasına nesnel ve denetlenebilir şekilde yansması sağlanmalıdır. Kanımızca, tüm takdiri delillerde, hakimin takdiri nesnellik çizgisinden çıkmadan değerlendirilmeli, hakimin düşün dünyasına hapsolan takdiri sadece gerekçelendirilmemiş olsa bile, gerekçelendirilmemişlik geçersizliği için yeterli ve gerekli görülmelidir.****

Öğretide, keşfin, mahkemenin maddi gerçeği bulmasına yarar sağlayan ispat araçlarından olduğu⁶, vicdani bir kanaate varabilmek ve adaleti sağlama çalışmalarına katkı sağlamak için uyguladığı değerlendirilmektedir⁷.

Hakemin keşif sırasında 288. Madde gereğince, “bilirkişi yardımından yararlanabilmesi”, keşif delilini bilirkişi delilinden üstün hale getirmediği gibi, önceki açıklamalarımız paralelinde, bu delilin hakimin zihninde daha çok maddi dünyada bir nesnelliğe kavuşturulması gereğine de bizce bir göstergedir. Kanımızca, hakimin, yukarıda da belirttiğimiz gibi, takdir alanını, olanak elverdikçe yasa yolu incelemelerinde eleştirmeye açık ve denetlenebilir duruma getirmek yararlı olacaktır. Hakemin, aslında nesnel bir değerlendirme ile aydınlandığı ileri sürülebi- lecek bir davada, davanın aydınlanmadığı gerekçesi ile süre-

⁶ Düzgün, Metin, Medeni Usul Hukukunda Keşif, Ankara 1992, s. 73

⁷ Ege, s. 21

li keşif yapmak istemesi, usul ekonomisine aykırı olacağı gibi, makul sürede yargılanma normunu da ihlalle, adil yargılanma hakkını da ihlal edecektir. Bu ihlallerin denetimi yönünden de davanın aydınlanmışlık durumunun nesnel olarak belirlenmesi gereklidir. Örneğin bir taşınmazın keşfi sırasında dava konusu içinde olan örneğin ağaç sayısı, cinsi ve yaşı araştırılmadığı için ikinci kez bir keşif yapıldığı sırada, bu noktaların kayıt altına alınmadan sadece bilirkişilerin incelemesine bırakılması, gerçek sayı dışı bir mütalada, sayı yönünden **bir itiraz durumunda, hakemin sorumluluğu içinde değerlendirilmelidir. Hakemin**, sayı yönünden yeniden keşif yapması durumunda da sayı unsurunu açıkça tutanak altına alınmalı, olanak varsa fotoğraf çekilmesini sağlaması gereklidir. Taşınmazdaki bitkilerin çalı mı ağaç mı olduğu belirsiz kaldığı noktada ise, fotoğraf temin edilmemiş ya da temin edilse de yeterli gelmemişse, gene davanın bu yönden aydınlanması için keşif yapılması, hatta çalı -ağaç ayırımı yönünden ziraat veya orman mühendisi bilirkişinin de yardımından yararlanılması gerekebilecektir. Bu durumda, yapılacak tüm inceleme ve inceleme sonucu elde edilecek tespitlerin tutanak altına alınması yararlı ve hakem algısının nesnelleşmesi için gerekli olacaktır. Aksi durumda, hakemin taraflardan biri için ve dışarıdan bakışla anlaşılabilir bir taraflılığının önüne geçmekte keşif delili engel olmamalıdır. Gerçekte ağaç olanları, hakim çalı kabul ederek tespit etmeden dosyayı bilirkişiye tevdi ederse ya da değerlendirmesini ağaçları yok sayarak yaparsa, bu durumda usuli bir yaklaşım olarak hakimin algısı ve zihnine hapsolmuş bir değerlendirmenin HMK'nın amacına uygun olmayacağı ileri sürülebilir; zaten HMK 290.maddesinde belirtilen "keşif sırasındaki tüm işlemlerin" tutanak altına alınması gereği de titizlikle uygulanırsa belirttiğimiz sonuca ulaşılacaktır, hakimin gözlemleri de tutanağa kaydedilecekler arasında öğretilerle değerlendirilmiştir⁸.

Keşif delilinin toplanması, gider gerektiren bir delil olarak çoğu zaman karşımıza **çıkılmaktadır. HMK 31. Maddesi ile birlikte bu gider konusunun değerlendirilmesi gerekebilir.**

⁸ Pekcanitez, Usul, s. 1952

Keşif delili gerek tarafça dayanılmış bir delil gerekse hakim tarafından kendiliğinden başvuru olan bir delil ya da delil elde etme yolu olmasındadır ki, dava sürecinde tarafça bir delile dayanıldıktan sonra, bu delilin toplanması için gerekli giderlerin depo edilmiş olması gerekir. Keşif giderlerinin niteliği konusunda, gider avansı olarak mı delil avansı olarak mı yatırılacağı tartışmalıdır⁹. Ancak HMK 120.maddesi gereğince, ek-sik gider avansı, dava şartı olarak tamamlanması gerekecektir, hakim tarafından, tamamlaması için davacı tarafa süre verilecektir¹⁰.

Keşif için gerekli olan avans, hem keşif yolu hem de ulaşım, bilirkişi giderleri, tanık ve davetiye giderleri gibi giderleri karşılamak için gereklidir¹¹. Avansın ikmalinin hakim tarafından davayı aydınlatma ödevi açısından önemi, HMK 31. Maddenin hakim tarafından delil gösterilmesini isteyebileceğini düzenlemesi noktasında karşımıza çıkmaktadır. Hakim tarafından keşif deliline başvurduğu durumlarda, avans ikmalinin sağlanması için ispat yükü kendisine düşen tarafa keşif giderlerini yatırmamasını bir hükme dayalı olarak istemesi olanaklıdır. Bu durumda, HMK 324.maddesi gereğince de anılan şekilde tarafa delil avansı olduğunu bildirerek süre verilmesi gerekli olacak, yerine getirilmediği takdirde de ispat yükünü yerine getirmemiş, ilgili delilden vazgeçmiş kabul edilecektir. HMK 325. Maddesi kapsamında, resen yapılması gereken işlemlere ilişkin giderler başlığı ile düzenlenmiş hükümde “ hakim tarafından resen başvuru olan deliller için gereken giderlerin” tarafça karşılanması durumunda, Hazine tarafından bu giderin karşılanmasına hükmedilebilecektir. Ancak, madde gereğince de ifade edildiği gibi, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işler ile sınırlıdır, aynı şekilde HMK 334 vd. maddelerinde adli yardım hükümlerinden yararlanan kişiler için de, devletçe keşif giderleri karşılanacaktır.

⁹ Ege, s. 55

¹⁰ Özbek, Mustafa Serdar, Gider Avansı, s. 120

¹¹ Ege, s. 56 vd.

Hakimin davayı aydınlatma ödevi açısından önemli bir boyut da, keşfe hazırlık süreci ve keşif tutanağının tutulması işlemleri olduğunu düşünmekteyiz. Keşif öncesinde hakim algısında somutlaşmayan her konunun somutlaşacağı, nesnel bir algıya uygun duruma geleceği keşif işlemine dair hazırlık işlemleri ve keşif içi tutanak işlemi ne kadar doğru yürütülürse, hakimin davayı aydınlatma ödevi de isabete kavuşabilecektir. Öğretide de belirtildiği gibi, keşif yapılmadan önce, taraflarca keşif konusunda dair ellerindeki belgeleri, kayıtları sunması gerektiği gibi, ilgili yerlerden keşif konusuna dair dosyada henüz yer almamış belgelerin de getirilmesi gereklidir. HMK 31.maddesindeki yer almamış belgelerinde getirilmesi gereklidir¹². HMK 31.maddesindeki delil gösterilmesinin istenmesi de bu doğrultuda yorumlanarak taraflara belge ve kayıt sunma yönünden hakimin istekte bulunması için verdiği bir ödev olarak değerlendirilebilir. Hakim, taraflar dışında da ilgili kuruluş ve/veya kişilerden keşif öncesi bilgi ve belge isteyebilecektir. Örneğin iş sağlığına dair yükümlülüklerin ihlal edildiği iddiası ile keşif istenmiş olması durumunda, işyeri koşullarının incelenmesi öncesinde, işyerinin çalışma ruhsatının, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı iş güvenliği müfettişlerinin teftiş raporunun davacının sağlık raporlarının dosyaya kazandırılması, hakime keşif öncesi somut bilgiler edinmekte isabetli olabilir.

Keşif tutanağının tutulması işlemi ile, bu işlemin yapılması sırasındaki işlemlerde hakimin davayı aydınlatma ödevinin yansımalarını görmek kanımızca olanaklıdır. Hakim zihnindeki algıyı somutlaştırmanın nesnel bir yolu olan keşif sırasında, elde edilen nesnel verilerin toplanan delillerin belirgin ve çelişkisiz olarak tespit edilmesi, keşif tutanağına da bu esasla yazılması gerektiği durumlarda görüntü kaydı alınması gerekli olabilecektir. Tanık dinlenmişse ifadesi, bilirkişi dinlenmişse görüşleri, hakimin **gözlemleri keşif tutanağına yazılması gerekecektir**¹³. İfadelerin alınması veya bilirkişi görüşünde belirsizlik veya çe-

¹² Bayraktaroğlu, s. 30

¹³ Pekcantez, Usul, s.1952

lişki olması durumunda gerek hakimin kendiliğinden gerekse de tarafların beyan ve itirazları ile belirsizlik ve çelişki hakimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde giderilebilecektir.

Keşif sırasında, hakimin ve tarafların tanıklara sordukları sorular ve yanıtları, bilirkişilere sorulan soruları ve yanıtları, tarafların keşfe karşı beyanları ve itirazları olup olmadığı ve varsa itirazları da tutanağa işlenmelidir¹⁴. Keşfe itiraz olup olmadığı sorusu ve yanıtı kanımızca davanın aydınlanması noktasında kritik soru ve yanıtlardandır. Keşif sırasında, keşif konusu şey veya yerdeki davada uyuşmazlığa kaynaklık eden bir unsura dair gözlem veya bilginin maddi gerçekle ya da nesnel verileri ile karşılaştırıldığında farklı olduğu iddia edildiğinde, örneğin bir trafik kazasında, tutulan kaza tespit tutanağının aksi iddia edilirse, tutanakta yer almadığı halde, olay yerinde bulunan bir kaza etkeninin örneğin bir refüjün bir yaya geçidinin varlığının ya da yokluğunun keşifte belirginleştirilmesi gerekli olabilecektir¹⁵. Bu durumda, böylesi bir unsurun keşif tutanağında belirtilmeden tutanağın tamamlanması davanın aydınlanması noktasında keşfi işlevsiz veya istenen amaçtan uzakta bir duruma getirmiş olacaktır. Bu durumda, çeşitli olasılıklar üzerinde durarak davanın aydınlanması ekseninde konunun değerlendirilmesi yararlı olabilecektir.

¹⁴ Ege, s. 75

¹⁵ Yargıtay 17.Hukuk Dairesi bir kararında, "1-)Davacı M. İ.'nin temyiz itirazları incelendiğinde; davacı 10.000,00 TL maddi tazminat istediğini belirtmiş ancak bunun neye dair olduğunu açıklamamıştır. H.U.M.K.75/2 (H.M.K.md.31)Ye göre hakim belirsiz konuların açıklığa kavuşturulmasını talep edebilir. Bu durumda mahkemece talebin neye dair olduğu sorulmalı ve alınacak cevaba göre maddi tazminat hesabı yaptırılmalıdır. 2-)Davalılardan H. B. Z. ve N. B.'nin temyiz itirazları incelendiğinde; a-)Davaya konu kazada, hangi tarafın yeşil ışıkta geçtiği taraflar arasında netlik kazanmamıştır. Kaza tutanağında; davacı M. asli kusurlu kabul edilirken, tespit dosyasında verilen kusur raporunda, davacı M. kusursuz kabul edilmiştir. Bu durumda mahkemece ceza dosyası getirilmeli ve maddi vakianın tespiti açısından dosya kapsamına göre inceleme yapılarak raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesi için yeniden bilirkişi incelemesi yapılmalı ve varılacak sonuca göre karar verilmelidir. b-)Davacı tarafın zararlarının karşılanıp karşılanmadığı araştırılmamıştır. Sosyal Güvenlik Kurumuna müzekkere yazılıp usulüne uygun bir araştırma yapılarak sonucuna göre karar verilmelidir. "(E. 2012/4799 K. 2013/8771 T. 10.6.2013) derken vakianın unsurlarının belirginleştirilmesi için yol gösterici olmuştur.

Keşif sırasında, tarafların hazır olduğu sırada yapılan ve tutanak altına alınan gözlem ve bilgilere bir itirazın yapılmamış olduğu durumda, kanımızca bu gözlem ve bilgilere itiraz edilememesi, ancak alınmış bir bilirkişi görüşü henüz keşif sırasında rapor haline getirilmemişse, keşif sonrası raporun tebliğinden itibaren de sadece rapora itiraz edilebilmesi kabul edilmelidir¹⁶.

Keşif sırasında hazır bulunan tarafların keşfe itirazları olmadığını bildirmeleri ve keşif tutanağını bu beyan ile birlikte imzalamaları durumunda ise, öğretide bu yapılan tespitlere de itiraz etme olanağının olmayacağı değerlendirilmiştir¹⁷. Ancak keşif tutanağı belirsiz ve çelişkili ise bu tutanağa dayanarak verilen kararın bozulması gereği Yargıtay tarafından da ifade edilmektedir¹⁸. Takdiri delil olan keşif delili¹⁹ içinde, **“takdirin” doğru oluşmasına engel olan tüm belirsizlik ve çelişkilerin varlığı durumunda, keşif tutanağına itiraz edilmese bile bu belirsizlik ve çelişkilerin usul ekonomisi ilkesi ihlal edilmeden giderilmesi de HMK 31. Maddenin amacına uygun olacaktır, zira bu konuda öğretide “ aydınlatılması gereken sorunlar bakımından” keşif sırasında incelemelerde bir eksiklik meydana gelmişse, mahkemenin yeniden keşif yapmasında bir yanlışlık olmadığı yasada da keşif sayısı yönünden bir kısıtlama bulunmadığı belirtilmiştir²⁰**. Ancak usul ekonomisi yönünden yapılacak değerlendirmede, keşifte eksik bırakılan konu keşif yapılmaksızın tamamlanabilecek veya belirsizlik giderilebilecek nitelikte ise yeniden keşif masrafı yapılmadan sadece eksikliğin giderimi de olanaklı görülmesi, hakimin davayı aydınlatma ödevinin ifasında, açıkça eksiklik veya belirsizliğe atıfta bulunularak aydınlatma faaliyeti yapılmalıdır. Örneğin keşif sırasında dinlenen tanıklardan birinin ifadesi belirsizlik içermekte ve keşif konusu yerde tanık

¹⁶ Umar, Şerh, s. 799

¹⁷ Pekcanitez, Usul, s. 1952

¹⁸ HGK, 12.1.1955 tarihli 1/19-11 sayılı kararı, nakleden Umar, Şerh, 799

¹⁹ Tanrıver, Usul, s. 961

²⁰ Umar, Şerh, s. 796

dinlenmesi gerekmeden bu belirsizlik giderilebilir nitelikte ise yeniden keşif kararı verilmesi kanımızca usul ekonomisi ilkesini ihlal edici olacaktır. Bu durumun benzeri şekilde Yargıtay'ın bazı kararlarında, keşif sırasında plan, kroki veya çizim yapılması, eklenmesi gerektiği durumlarda bunların eklenmemiş olması halinde bozma kararı verileceği belirtilmiştir²¹. Bizce de davanın aydınlanmasında, nesnel gözlem ve tespitlerin hakim zihninden ziyade tüm taraf bilgisine HMK 27.maddesi gereği sunulması, hem de alının somutlaşması açısından 288. Maddesi gereği ve koşullarında resen sayı ile sınırlı olmaksızın keşif kararı alınabilecektir.

Hem tanık hem keşif delillerinin ekonomik olarak gider gerektiren bir özelliği olduğu bilinmektedir. Tahkim Hukuku açısından da Sigorta Tahkim Komisyonu nezdindeki hakem yargılaması yönünden de bu giderin karşılanması bir sorundur. Bu konuda, Sigortacılık Yasası ve ilgili yönetmelikte hüküm bulunmadığından HMK hükümlerine başvurmak gereklidir. HMK 441. Maddesi incelendiğinde, tanık ve keşif giderlerinin tahkim yargılaması giderleri içinde yer aldığı görülecektir. Madde lafzı incelemesinde,

“**MADDE 441-** (1) Yargılama giderleri;

a) Hakemlerin ve hakemlerce belirlenen hakem sekreterliği ücretini,

b) Hakemlerin seyahat giderlerini ve yaptıkları diğer masrafları,

c) Hakem veya hakem kurulu tarafından atanan bilirkişilere ve yardımına başvuru alan diğer kişilere ödenen ücretleri ve keşif giderlerini,

ç) Hakem veya hakem kurulunun onayladığı ölçüde tanıkların seyahat giderlerini ve yaptıkları diğer masrafları,

²¹ Umar, Şerh, 797

d) Hakem veya hakem kurulunun, davayı kazanan tarafın varsa vekili için avukatlık asgari ücret tarifesine göre takdir ettiği vekâlet ücretini,

e) Bu Kanuna göre mahkemelere yapılacak başvurularda alınan yargı harçlarını,

f) Tahkim yargılamasına ilişkin tebligat giderlerini,

kapsar. “ demektedir. Bu giderlerin karşılanması ise, izleyen maddede şu şekilde düzenlenmiştir :

Avans yatırılması ve giderlerin ödenmesi

MADDE 442- (1) Hakem veya hakem kurulu, tarafların her birinden yargılama giderleri için gereken hâllerde avans yatırılmasını isteyebilir. Aksi kararlaştırılmadıkça, bu avans taraflarca eşit miktarda ödenir.

(2) Avans, hakem veya hakem kurulu kararında öngörülen süre içinde ödenmemişse hakem veya hakem kurulu yargılamayı durdurabilir. Yargılamanın durdurulduğunun taraflara bildirilmesinden itibaren bir ay içinde avans ödenirse yargılamaya devam olunur; aksi hâlde tahkim yargılaması sona erer.

(3) Hakem veya hakem kurulu, kararını verdikten sonra taraflara, yatırılmış olan avansların harcama yerlerini ve miktarlarını gösterir bir belge verir ve varsa kalan avansı ödeyene iade eder.

(4) Taraflar aksini kararlaştırmadıkça yargılama giderleri haksız çıkan tarafa yüklenir. Davada her iki taraf da kısmen haklı çıkarsa, yargılama giderleri haklılık durumuna göre taraflar arasında paylaşılır.

(5) Hakem veya hakem kurulunun yargılamayı sona erdiren veya taraflar arasındaki sulhü tespit eden kararında da yargılama giderleri gösterilir.”

Maddenin değerlendirilmesinde, tanık ve keşif ile ilgili avansın ödenmemesi durumunda tahkim yargılamasının sona ereceği düzenlenmişse de, bu sona erişim esasa mı usule mi yönelik bir karar ile sonuçlanacağı belirtilmemiştir. Öğretide bu kararın usulden red kararı şeklinde olacağı ifade edilmektedir²². Kanımızca avansın niteliği belirtilirken gider avansı şeklinde değil de delil avansı şeklinde belirtilmişse ve hangi kalem için ne miktar olduğu da açıkça ara kararda açıklanmışsa, bu durumda ispat yükünün yerine getirilmemiş olduğu gerekçesi ile ispat yükü üzerine düşen ve de delil avansı yatırmak üzere yükümlendirilen tarafın aleyhine karar verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Gider avansı şeklinde ara kararın kurulması durumunda ise süresinde karşılanmaması halinde yargılamanın sona erdirilişinin usulden red kararı şeklinde olması gerekecektir.

Ç-SONUÇ

Sigorta Tahkim Komisyonu yargılamasının, kurumsal bir tahkim yolu olarak HMK sistemindeki sürenin üçte biri bir süre içinde sonuçlanması hedeflenirken, HMK'daki tahkim hükümlerinden farklı olarak emredici hükümlere ve kamu düzenine dair normlara aykırı olarak tanık ve keşif delinin toplanıp değerlendirilmesi olanağının olmadığı kanaat getirmek sunumumuz içinde sunduğumuz veriler üzerine olanaklı bulunmuştur. Bu durumun dışında, cebri hükümler yönünden, giderlerin karşılanması ve diğer konularda HMK'daki tahkim sisteminden farkları bulunmadığı düşünülebilecektir. Bir başka konu da, Sigorta Tahkim Komisyonu yargılamasının diğer tahkim uygulamalarından daha az duruşmaya gereksinim göstermesine karşın, tanık ve keşif delilinin değerlendirilmesi ve toplanmasında en fazla gereksinim doğurucu uyumsuzlukları konu edildiği, bu yönleri itibarıyla de tanık ve keşif delilinin toplanmasında duruşma yapılmasının yasa gereği de şart olduğu sonucuna varılmıştır.

²² Pekcanitez Usul, Yeşilirmak, s. 2725

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Delillerin değerlendirilmesi yönünden hem Mahkeme yargılaması hem Sigorta Tahkim Komisyonu arasında, klasik tahkim yoluna göre daha fazla paralellik bulunduğu, bunun gerekçesinin de sigorta şirketleri ile risk mağduru arasında dengenin kurulmasında hakem keyfiyetinin önlenmek istendiğini düşünmekteyiz.

ULUSLARARASI HUKUK DÜZENLEMELERİ ÇERÇEVESİNDE HASTA HAKLARI VE BEDENSEL ZARARLAR

*Kutluhan BOZKURT**

Özet: Hasta hakları son yıllarda sadece ulusal hukuklar açısından değil, uluslararası hukuk açısından da önemli bir konu olarak dikkat çekmektedir. Açıkır ki hasta haklarının sağlık hakkı ile derin ve güçlü bağları bulunmaktadır. Hem hasta hakları hem de sağlık hakkı doğrudan insan hakları ile de bağlantılı haklardır. Uluslararası insan haklarının gelişimi ve yeni nesil haklar bağlamında sağlık hakkı ve hasta hakları incelenmesi ve değerlendirilmesi gereken bir alan olmayı hak etmektedir. Bedensel zararlar kavramı ulusal hukuklara özgü bir tanımlama gibi görünse de, başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve diğer uluslararası düzenlemeler ile bağlantılı olabilecek özellikleri de bünyesinde barındırmaktadır. Mevcut çalışma ile hasta hakları (doğal olarak sağlık hakkı) ekseninde bedensel zararlarla bağlantılı olabilecek uluslararası hukukun düzenlemeleri değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hasta Hakları ve Sağlık Hakkı, Bedensel Zararlar, AİHS, İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi.

I. Giriş

Hasta hakları son yıllarda oldukça gündemde olan bir alan olarak dikkat çekmektedir. Kuşkusuz bu sonuca etki eden faktörlerin başında teknolojinin ilerlemesi, tıp ve bağlantılı bilim dallarındaki gelişmeler ve ayrıca; insan haklarının uluslararası boyutta gelişimi yer almaktadır. İnsan hakları ve bu alandaki gelişmelerin hasta haklarının esaslı dayanağını oluşturduğunu

* Doç. Dr., LL. M. Eur. (Munich), Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi.

söylemekte bir sakınca bulunmamaktadır.¹ Bilindiği üzere bugünkü anlamıyla insan hakları, başlangıçta sadece can güvenliği, kişi güvenliği, konut dokunulmazlığı, din ve vicdan özgürlüğü gibi en temel hakları kapsayacak şekilde anlaşılmaktadır.² Ancak insan haklarının tarihsel gelişim sürecine bakıldığında, gelişime uygun olarak, yeni hakların, başka bir ifade ile yeni nesil hakların ortaya çıktığı görülmektedir. Bu noktada hasta haklarını yeni nesil haklar kapsamında değerlendirmek gerekir.

Hasta hakları ile bağlantılı olarak sağlık hakkını da gözetmek ve değerlendirmek önem kazanmaktadır. Kuşkusuz hasta hakları ile sağlık hakkı arasında derin bir bağ ve hukuki ilişki bulunmaktadır. Vurgulamak gerekir ki pozitif bir statü hakkı olarak nitelenebilecek sağlık hakkı, özel olarak sağlık hizmeti hakkını (tıbbi bakım hakkı), genel anlamıyla da sağlıklı yaşam koşullarına sahip olma hakkını ifade eder.³ Bu tespitten hareketle söylenebilir ki sağlık hakkının özünde yaşam hakkı yer almaktadır ve bu meyanda hasta haklarında da korunan üstün değerler içinde yaşam hakkı özel bir yer tutmaktadır.⁴ Bu nedenle sağlık hakkı ile hasta haklarını birlikte düşünmek önem kazanmaktadır.

Hasta hakları kapsamında bedensel zararları oluş şekillerine göre basitçe iki başlık altında toplamak mümkündür. Buna göre; tıbbi müdahale yapılması ile tıbbi müdahale yapılmaması veya yapılamaması hallerinde ortaya çıkan bedensel zararlar. Bu tespitten hareketle söylenebilir ki tıbbi müdahale yapılması halinde oluşabilecek bedensel zararlar; hatalı, ihmali veya eksik müdahaleler ile bağlantılı olarak ortaya çıkabilmektedir.⁵ Buna bağlı olarak, hukuki, cezai veya idari sonuçlar

¹ Bozkurt K., Belçika Örneğinde Yoğun Bakım, Etik Sorunlar ve Yasal Düzenlemeler, 7. Ulusal Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi (Mart 2017), Cerrahide Etik ve Hukuku, Yoğun Bakımda Çözümlememiş Etik Sorunlar, İstanbul Tıp Kitabevleri, 2018/İstanbul, s. 67.

² Aybay R., İnsan Hakları Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, s. 51.

³ Kanadoğlu K. - Bozkurt K., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uluslararası Hukuk Ekseninde Sağlık Hakkı, Prof. Dr. Metin Günay'a Armağan, Yayın Aşamasında.

⁴ İbid.

⁵ Uygulamada ve literatürde malpraktis olarak bilinmektedir.

ve yaptırımlar söz konusu olabilecektir. Bu seçenekte bedensel zararlar hem fiziki, bunu maddi zararlar olarak adlandırmak mümkündür, hem de manevi zararları kapsamaktadır. Maddi zararlar kapsamında kabaca tedavi ve bakım giderleri, geçici veya sürekli iş kaybı, diğer zarar ve giderler yer alabilmektedir. Bedensel zararlarla bağlantılı oluşabilen manevi zararlar genellikle psikolojik ve/veya psikiyatrik sonuçlarla dış dünyaya ulaşmaktadır. Bu sonuçlar kronik olabileceği gibi akut da olabilmektedir. Bu süreçte yaşanan elem, acı, ıstırap, uzuv ve/veya organ kaybı/tatili gibi sonuçlar manevi zararlar kapsamında dikkate alınması gereken unsurlar olarak öne çıkmaktadır. Manevi zararların, özellikle tedavi sürecinde, maddi boyutu da ayrıca ortaya çıkarabilmektedir.

Tıbbi müdahale yapılmaması veya yapılamaması hallerinde gerçekleşebilecek bedensel zararlar ihmali olabileceği gibi, kasıtlı eylemler neticesinde de oluşabilmektedir. Bu son durumda; hem hukuki ve cezai, hem de idari yükümlülükler ve neticelerin de ortaya çıkacağı ayrıca dikkate alınmalıdır. Tıbbi müdahale yapılmaması veya yapılamaması, yukarıdaki paragrafta açıklan hususlara benzer şekilde, netice olarak maddi ve manevi zararlara yol açabilmektedir.

Kuşkusuz her iki halde de, tıbbi müdahale veya bu müdahalenin yapılmaması veya yapılamaması hallerinde, olası hukuksal süreçler için (idari, hukuki ve cezai olmak üzere) iç hukuk düzenlemeleri gözetilir ve iç hukukta yer alan başvuru mekanizmaları işletilir. Ancak iç hukuk düzenlemeleri ve başvuru mekanizmaları yeterli gelmediği veya iyi işlemediği ve ayrıca; iç hukuk yolları açısından herhangi başka bir başvuru seçeneği veya mekanizmasının bulunmadığı durumlarda, uluslararası hukuk koruma mekanizmaları ve başvuru yöntemleri, devreye girecektir.⁶ Burada koruncak yararlar sağlık hakkı, hasta hakları bağlantılı olarak büyük olasılıkla yaşam hakkı ve/veya adil

⁶ Bu koruma mekanizmalarının en başında AİHM ve bu mahkemeye başvuru gelmektedir. Avrupa Birliği üyesi ülkeler için ise Birliğin mahkemesi olan Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) ayrıca bir koruma mekanizması sağlamaktadır.

yargılanma hakkı veya bağlantılı eksenlerde olacaktır. Korunacak yararlar, uluslararası hukukun kuralları ile oluşturulan, bu hukuka tabi olan devletlerin kararlarına uymakla yükümlü oldukları uluslararası yüksek yargı organları aracılığıyla sağlanacaktır.

II. Uluslararası Düzenlemeler

Bedensel zararlar olgusuyla uluslararası düzenlemeler arasında hukuksal bağlantıyı sağlayabilmek için referans noktası olarak alınması gereken doğrudan düzenlemeler bulunmamaktadır. Ancak dolaylı bağlantının kurulabileceği ve ulusal hukuklar tarafından dikkate alınması gereken önemli düzenlemeler de yok değildir. Bu noktada, bedensel zararlar ve uluslararası sözleşmeler kapsamında öncelikle AİHS ve sonrasında ise Avrupa Konseyi'nin diğer düzenlemelerini kısaca gözden geçirmek yararlı olacaktır.

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Sağlık hakkı kapsamında dikkate alınması gereken en önemli ulusalüstü düzenlemelerden biri AİHS'dir. Hasta hakları kapsamında ise Avrupa Konseyi'nin 4 Nisan 1997 tarihli İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin de önemli bir düzenleme olduğu göze çarpmaktadır.

Açıktır ki son yıllarda yaşanan değişim ve gelişmeler, teknolojinin hızla ilerlemesi ve bu sürecin insan/toplum yaşamını önemli oranda etkilemesi ve yeni yaşam koşullarının yeni nesil hakların oluşumunu tetiklemektedir. Bu durum ise hukukun farklı alanlara evrilmesine yol açmaktadır. Bu noktada hasta haklarıyla ve/veya ilişkili hakların ortaya çıkması ve gelişim göstermesini, hukukun bu gelişime - aslında tarihsel gelişime - uyum göstermesinin bir sonucu olarak algılamak gerekecektir. Açıktır ki hasta hakları sağlık hakkında ki gelişimi takip etmektedir. Bu nedenle hasta hakları bağlamında sağlık hakkını, sağlık hakkı bağlamında da hasta haklarını ayrıca dikkate almakta fayda bulunmaktadır. Sağlık hakkı sadece AİHS'in değil, aynı zamanda ve doğal olarak, uluslararası hukukunun

gelişimine paralel, önem kazanan ve hukukun güncel alanlarından birini oluşturmaktadır.⁷ Bu nedenle sağlık hakkı düzenlemeleri kapsamında ulusal hukukların haricinde, uluslararası ve uluslararası, başka bir ifade ile süpranasyonel düzenlemeleri de, dikkate almak günümüz koşullarında bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır.

AİHS'ne bakıldığında sağlığın korunmasına özgü bir temel hak tanımının olmadığı görülmekte, başka bir ifade ile bu konuda doğrudan bir düzenlemenin AİHS'de olmadığı görülmektedir. Bununla beraber ifade etmek gerekir ki kişinin fiziksel ve zihinsel bütünlüğü; AİHS md. 8 anlamında özel yaşamın koruma alanına girmektedir. Bu açıdan AİHS'in 8. maddesinin, aynı Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinden ayrılması gerekir. Bu bağlamda salt vücut yaralamaları, AİHS'in 8. maddesine ilişkin, somut yaşam tehlikesi veya öldürme olayları 2. maddenin koruma alanına girer.⁸ Bu noktada bedensel zararlar ile AİHS'nin 8. maddesi arasından hukuksal bir bağın kurulması çok olasıdır. Buna karşılık acı verme belirli bir şiddet derecesini geçerse ve kişinin hiçe sayılmasıyla ilgili ise AİHS md. 3 (onur kırıcı veya insanlık dışı muamele) ağır basar.⁹ Bedensel zararlar, acı verme belirli bir şiddet derecesini geçerse ve bu husus kişinin hiçe sayılmasıyla ortaya çıkarsa, bu durumda AİHS md.3 kapsamında teknik olarak hukuksal bağlantı kurulması ihtimal dahilinde olacaktır.

2. Avrupa Konseyi'nin Diğer Düzenlemeleri Kapsamında Sağlık Hakkı

İnsan haklarının sağlık hakkının temelini ve esaslı unsurunu oluşturduğu gözden kaçırılmamalıdır. Uluslararası düzen-

⁷ Bu konuyla ilgili olarak bkz. Boyunsuz Özsoy Ş., "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Kapsamında Sağlık Hakkı", Güncel Hukuk, Nisan 2014/4-124, s. 52.

⁸ Söylemek gerekir ki koruma alanının açılması için ölümün fiilen gerçekleşmesi gerekmez. Yalnız, somut ölüm tehlikesi; ölümün gerçekleşmemesinin sadece tesadüf eseri olmaması gerekir. Bkz. Kanadoğlu K. - Bozkurt K.

⁹ İbid.

lemeler hem insan haklarının gelişiminde, hem de sağlık hakkının yaygınlaşmasında rol oynamıştır. Bu tespitten hareketle sağlık hakkı kapsamında dikkate alınması gereken en önemli uluslararası düzenlemelerden birinin AİHS olduğu hemen görülmektedir. Bunun haricinde; Avrupa Konseyi'nin (AK) 4 Nisan 1997 tarihli İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin¹⁰ de önemli bir düzenleme olduğunu ve bu nedenle sözleşmeye taraf ülkeler tarafından gözetilmek zorunda olduğunu özellikle sağlık hakları, bağlantılı olarak bedensel zararlar kapsamında, söylemek gerekir.¹¹ Bu sözleşme ile birlikte Biyomedikal Araştırmalara İlişkin Ek Protokolü de ayrıca dikkate almak hukuksal olarak önemlidir. 1997 tarihli İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ve Ek Protokolü şüphesiz ki bir gelişim süreci sonucunda ortaya çıkmıştır. Bu gelişim süreci, "İnsan Hakları" kavram ve değerlerinin gelişiminden çok bağımsız değildir; hatta insan haklarının gelişimi ile ortaya yeni nesil hakların da çıkmasıyla sağlık hakkı da şekillenmiştir.¹²

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine bakıldığında, bu sözleşmenin diğer uluslararası sözleşmeler ile bağlantısı "Giriş" kısmında açıkça yer almaktadır. Bu nedenle mevcut sözleşmenin hazırlanmasında çok sayıda uluslararası düzenlemenin dikkate alındığı deklere edilmektedir.¹³ Bu sözleşmenin 1. maddesinde "Konu ve Amaç" başlığında " (...) herkese, bütünlüklerine (...)" ibaresi yer almaktadır. Bu ibare kapsamında "bedensel bütünlük" yorumunu çıkarmak mümkündür.¹⁴ Bedensel zararlar başlığı ile sözleşmenin 1. maddesi bağlamında "bedensel bütünlük" noktasında hukuki bir bağ kurmak müm-

¹⁰ Bu sözleşme Türkiye'de 20 Nisan 2004 tarih ve 25439 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹¹ Bu sözleşme "Oviedo Konvansiyonu" olarak da bilinmektedir ve Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin bir biyoetik sözleşmesi hazırlanmasına ilişkin 1160 (1991) sayılı Tavsiye Kararı doğrultusunda hazırlanmıştır. Bkz. ayrıca; Bozkurt K., Ötanazî ve Destekli İntihar - Uluslararası Düzenlemeler ve Farklı Ülkelerdeki Uygulamalar, YÜFFD, XIV/2, İstanbul/2017, s. 261.

¹² Kanadoğlu K.- Bozkurt K.

¹³ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (İHBTS), Giriş Hükümleri.

¹⁴ İHBTS 1. Madde.

kündür. İlgili sözleşmenin 2. maddesi hükmünde ise “İnsanın Üstünlüğü” başlığı yer almaktadır.¹⁵ Bu maddenin içeriğine göre; insanın menfaatleri ve refahı kuşkusuz insanın bedensel ve ruhsal bütünlüğünü ve üstünlüğünü içermelidir. Bedensel zararlar kavramı ile bağlantısı olabilecek bir hükümdür. Yine bu sözleşmenin 18. maddesi, belki de bedensel zararlar kavramı ile doğrudan bağlantısı olabilecek bir düzenlemedir, “Nakil Amacıyla Canlı Vericilerden Organ ve Doku Alınması” başlığını ve hükmünü içermektedir. Bu madde hükmü kapsamında “bedensel zararlarla” karşılaşılması olasılığı çok fazladır ve sözleşmeye taraf ülkeler açısından bu madde hükmü ayrıca dikkate alınmalıdır.¹⁶

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 24. maddesi, bedensel zararlar kapsamında en fazla dikkate alınması gereken maddelerin başında yer almaktadır. Zira bu madde hükmü “Kabul Edilemez Zararların Tazmini” başlığını ve hükmünü içermektedir. Kuşkusuz bedensel zararlar bağlamında “bir tazminat” süreci oldukça olasıdır. Sağlık hakkı ve hasta hakları bağlamında tazminata ilişkin uluslararası bir düzenleme kuşkusuz sözleşmeye taraf devletler açısından bağlayıcı bir norm niteliğindedir. 24. madde hükmüne bakıldığında “*bir müdahale sonucunda, kabul edilemez bir zarara uğrayan kişinin, kanunda belirtilen koşullar ve usuller uyarınca, adil bir tazminat isteme hakkı vardır*”¹⁷ düzenlemesi açıkça görülmektedir. Kuşkusuz burada “*kabul edilemez bir zarara uğrama*” hali elbette kişinin bedensel bütünlüğü ile bağlantılıdır. Sonuçta ortaya çıkanın “bedensel bir zarar” olduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle ilgili sözleşmenin bu maddesi oldukça önemlidir.

Sözleşmenin 25. maddesi ise “Yaptırımlar” hususunu düzenlemektedir. Sözleşme kapsamında bedensel zararlarla bağlantılı olabilecek ilgili maddelerin ihlali halinde, bunu aslında tüm sözleşme maddelerinin ihlali halinde diye okumak daha

¹⁵ İHBTS 2. Madde.

¹⁶ İHBTS 18. Madde.

¹⁷ İHBTS 24. Madde.

doğru olacaktır, bir yaptırım mekanizmasının uluslararası hukuk düzleminde ifade edilmesi önemlidir.¹⁸

Bu sözleşmenin haricinde AK'nin öncülüğünde ve aktif bir şekilde organize ettiği sağlık hakkına yönelik çalışma ve düzenlemelerin ana ekseninde, hasta hakları ve etik değerlerin özellikle yer aldığı ki bunların da bedensel zararlar ile bağlantılı olabileceğini göz ardı etmemek gerekir, görülmektedir. 2011 tarihinde yayımlanan ve AK'nin Biyoetik Yürütme Kurulu tarafından hazırlanan Araştırma Etik Kurulu Üyeleri Kılavuzu, "Hasta Hakları ve Etik Değerler" açısından son derece önemli bir belgedir.¹⁹

III. Avrupa Birliği ve Düzenlemeleri Kapsamında Sağlık Hakkı - Hasta Hakları ve Bedensel Zararlar

AB'nin tarihsel gelişim sürecine bakıldığında; AB, 6 üye devlet ile kurulmuş, süreç içinde devasa bir yapıya, 28 üye devletin²⁰ içinde yer aldığı bir sisteme dönüşmüştür.²¹ Günümüzde AB süpranasyonel bir yapı olarak uluslararası örgütlerden ayrılmaktadır.²² Her şeyden önce AB sistemsel bir yapı olarak dikkat çekmektedir. Bu tespitten hareketle sistemsel yapıları çok yönlü ve programlı, gelişim eksenli biyo-siyasal ve biyo-hukuksal yapılar olarak adlandırmak mümkündür ve bu yapıların ortaya çıkmasına etki eden unsurlar içinde ekonomik gelişim ve değişim süreçleri ile politik hedeflerin seçimi ve tu-

¹⁸ İHBTS 25. Madde.

¹⁹ http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/02_Biomedical_research_en/Guide/Guide_TR.pdf Bkz. ayrıca; Bozkurt, 2017, s. 262.

²⁰ Brexit ile Birleşik Krallık'ın AB'den ayrılma süreci sancılı da olsa devam etmektedir.

²¹ Baykal S.- Göçmen İ., Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku, Seçkin 2016/Ankara, s. 143.

²² Süpranasyonel kavramı yerine farklı tanımlamalar da kullanılmaktadır, bu noktada "Uluslarüstülük" kavramını örnek olarak vermek mümkündür. Günüşür H., Avrupa Birliği Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, 2017/Ankara, s. 13. Buna karşılık bazı yazarlar AB'yi dünyanın en önemli ekonomik entegrasyonunu gerçekleştirmiş uluslararası bir kuruluş olarak da tanımlamaktadırlar. Bkz. Karluk Rıdvan S., Avrupa Birliği, Beta 11. Baskı, İstanbul/2014, s. 27.

tulması sistemin stabilizasyonu için önemli olmaktadır.²³

Sistemin stabilizasyonunda entegrasyon AB için hayli önemlidir ve anahtar sözcüklerden biridir. Ayrıca; sistemin stabilizasyonunda AB hukuku kilit rol oynamaktadır. AB'nin oluşum ve gelişim sürecinde ortaya çıkan bu yeni hukuk süperanasyonel hukuk olmakla, yeni bir disiplin olarak şekillenmiştir.²⁴ AB hukuku farklı ilkelerle şekillenmiştir. Bu ilkeler ise "özerklik", "doğrudan uygulanma", "doğrudan etki" ve "topluluk hukukunun önceliği" olarak adlandırılmaktadır.²⁵ AB'nin birincil kaynakları ise anayasal antlaşmalardan oluşmaktadır.²⁶ İkincil hukuk kaynakları ise tüzükler, direktifler, kararlar, tavsiye ve görüşlerden oluşmaktadır.²⁷ Tüzükler hiyerarşik olarak en üstte yer almaktadır ve genel niteliktedirler, tüm yönleri ile bağlayıcıdır ve üye devletlerde doğrudan uygulanır.²⁸ Direktifler ise hedef bakımından bağlayıcıdır, ancak hedefe ulaşılmasında seçilecek yol veya yöntemlerde üye ülkelere serbestlik verilmiştir.²⁹ Kararlarda, direktifler gibi hedef yönünden bağlayıcıdır.

AB düzenlemeleri kapsamında ilk düzenleme Avrupa Parlamentosu'nun 1994 tarihli bir karardır. Bu karar doğrudan hasta hakları ile ilgili olması bakımından sağlık hakkı kapsa-

²³ Bozkurt, K., Avrupa Birliği Politikaları ve Düzenlemeleri Kapsamında Göç Hukuku, Mülteci Statüsü ve Sığınma, Legal Yayınevi 2018/İstanbul, s. 163. Bkz. ayrıca; Bozkurt K., Sistemsel Yapılar ve Hukuklarının Oluşum-Gelişim Süreçleri ve İç Hukuklara Anayasal Eksende Yansımaları, Legal Hukuk Dergisi, C.11, S.122, 2013, s. 5. Yoldaş Y., İşlevsel-Yapısal Sistem Kuramı, Alfa Aktüel, 2007/İstanbul, s. 76-81.

²⁴ Bu noktada ABAD tarafından verilen ve literatürde Costa Enel ve Van Gend Loos olarak bilinen kararların AB hukuku için oldukça önemli olduğunu vurgulamak gerekir.

²⁵ Özkan I., Avrupa Birliği Kamu Hukuku, Seçkin 2. Baskı, 2017/ Ankara, s. 100 - 110.

²⁶ 1951, Paris antlaşması, 1958 Roma Antlaşması, 1986 Avrupa Tek Senedi, 1992 Maastricht Antlaşması, 1999 Amsterdam Antlaşması, 2002 Nice Antlaşması ve en nihayetinde 2009 Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİA) ile Avrupa Birliği Antlaşması (ABA).

²⁷ 288. madde ABİA. Bkz. ayrıca; Özkan I., s. 120-123.

²⁸ İbid.

²⁹ İbid.

mında değerlendirilebilecek bir karardır.³⁰ AP'nin bu kararının özünde; AB Komisyon'un AP'den sağlık haklarını da kapsar bir şekilde hasta hakları ile ilgili bir kitapçık hazırlanması talebi yer almıştır.³¹

AB, sağlık hakkı kapsamındaki ilk düzenlemeleri; hareket halinde olan, başka bir ifade ile bir ülkeden başka bir ülkeye giden kişilere - hastalara sağlık hizmeti verilmesini ve sağlık hakkına bağlı hizmetinin serbest dolaşımı sağlamak ve haklarını korumak için sosyal güvenlikleri ile ilgili 2 farklı tüzük şeklinde olmuştur.³² Vurgulamak gerekir ki bu düzenlemeleri sağlayan 1408/71 ve 574/72 sayılı tüzükler, bu alandaki ilkleri oluşturmuştur.³³ Hemen belirtmek gerekir ki ABAD üye ülkelerdeki sağlık kuruluşlarından önceden izin alınması zorunluluğuna karşı çıkmıştır. Sağlık hakkı kapsamında ve sağlık hizmetlerinin serbestçe alınması noktasında, bu aynı zamanda hasta hakları, tedavi hakkı, açısından da önemli bir durumdu, hastaların AB içinde serbest dolaşımın sağlanmasının tanınmasına yönelik ilk karar İrlanda'daki bir kürtaj vakası ile ilgili-dir. 1991 yılında ABAD'ın verdiği bu karar, hastaların sağlık hizmetlerinden yararlanması noktasında serbest dolaşımının tanınmasını sağlamıştır.³⁴

1998 tarihli *Kohll*³⁵ ve *Decker*³⁶ kararları, sağlık hakkı kapsamında önemlidir. Bu kararlar ile ABAD, başka ülkeden alınan sağlık hizmeti karşılığı ödenen hizmet bedelinin geri alınması

³⁰ Resolutie over een Europees handvest voor de rechten van de patiënt, Pb.C. 20 february 1984, afl. 46, 104.

³¹ Bu ilk karar amaçlanan hedefe ulaşmayı sağlayamamıştır.

³² Kanadoğlu K. - Bozkurt K.

³³ Bu tüzüklerde, sınır aşan sağlık hizmetlerinde ödenen bedellerin geri ödenmesi düzenlenmekteydi. Bunun için; ülkelerdeki yetkili sağlık kurumlarının, önceden hastaya izin vermiş olması gerekliydi. Bozkurt, 2017, s. 79.

³⁴ C159/90, Society for the protection of unborn children Ireland t. Grogan, Jur.1991, I, 4685.

³⁵ Kohll Kararı. C158/96, Kohll t. Union des Caisses de Maladie, Jur.1998, I, 1935. Bkz. ayrıca; Kanadoğlu K. - Bozkurt K.

³⁶ Decker Kararı. C120/95, Decker t. Caisse de Maladie des employés privés, Jur. 1998, I, 1871.

için önceden izin alınması şartının, AB için önemli bir ilke olan hizmetin serbest dolaşımı ilkesine ters olduğunu ve bunun, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın (ABİA)'nın 56. maddesine³⁷ aykırı olduğuna hükmetmiştir.³⁸ Divan, bu kararlarında "önceden izin alma" şartının, insanların sağlık hizmetlerini yurt dışında almalarını engellediğini söylemiştir.³⁹

Uzun uğraşlar sonucu AB, 9 Mart 2011 gün ve 2011/24 sayısıyla, sınır ötesi sağlık hizmetlerinde hasta hakları içerikli yeni bir direktif hazırlamıştır.⁴⁰ Bu direktif gereği, üye ülkeler kendi iç mevzuatlarını 25 Ekim 2013 tarihine kadar bu direktif ile uyumlaştırmakla yükümlü kılınmışlardır. 2011/24 sayılı Direktif ile AB, şikayet hakkı, özel yaşama saygı hakkı, hekimi seçme hakkı, kaliteli ve güvenilir hizmeti isteme gibi hakları belirgin olarak düzenlemiştir.⁴¹ Son olarak; ABİA'nın 114, 153, 156, 168, 169 ve 207. maddelerinde sağlık ve hasta kavramları yer almıştır. ABA'nın 2. maddesi kapsamında "İnsan Haklarına Saygı, İnsan Onuruna Saygı" başlıklarının dolaylı olarak sağlık hakkını da kapsayacağı düşünülmelidir.⁴² Tüm bu düzenlemelerin bedensel zararlar bağlantısı hasta hakları ve sağlık hakkı ekseninde olmaktadır.

VI. Sonuç

Hasta hakları ve bedensel zararlar doğrudan ulusal hukuklara ait kavramlar gibi gözükse de, bu kavramların uluslararası hukuk ve bu hukukun oluşturduğu düzenlemeler ile de bağlantıları bulunmaktadır. Hasta hakları, sağlık hakkı ile ol-

³⁷ Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT>

³⁸ Kohll Kararı, C158/96 ve Decker Kararı C120/95.

³⁹ Bozkurt, s. 79. Bkz. ayrıca; Kanadoğlu K. - Bozkurt K.

⁴⁰ Richtlijn 2011/24/EU, 9 maart 2011 betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg, Pb.L. 4 april 2011, afl. 88, 45-65.

⁴¹ Van Dermei A.P. , "The New Directive on Patients' Rights in Cross-Border Healthcare", MJ 2011, 18, 382. Ayrıca bkz. Klasa, G. en Schwabl A. , "Patient rights and safety guarantees in EU healthcare", EJCL 2013, 73-85.

⁴² Bozkurt, 2017, s. 4.

dukça ilintilidir ve her iki kavram da insan haklarının tarihsel gelişimi ile hukuk literatürüne dahil olmuşlardır. Bu noktada hem hasta haklarına, hem de sağlık hakkına yeni nesil haklar denilmesi mümkündür.

Hasta hakları ve bedensel zararlar kavramlarının uluslararası boyutunu uluslararası hukuk ve AB hukuku eksenlerinde değerlendirmek mümkündür. AK'nin 4 Nisan 1997 tarihli İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ve AİHS gibi bağlayıcı metinler hasta hakları ve bedensel zararlar olguları için dikkate alınması gereken uluslararası metinlerdir. AB ve üye devletleri açısından ise süpranasyonel hukuk düzenlemelerinin belirleyiciliği ön plana çıkmaktadır. Türkiye açısından ise hem uluslararası hukuk düzenlemeleri, -İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ve AİHS-, hem de aday ülke olması sebebiyle AB hukuku düzenlemeleri önemli olmaktadır. Ulusal hukukun her iki eksenini gözetmesi ve bunlara uygun hukuk politikaları geliştirmesi önem kazanmaktadır.

Kaynakça

Kitap, Kitap Bölümü ve Makaleler

- Aybay R., İnsan Hakları Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı.
- Baykal S.- Göçmen İ., Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku, Seçkin 2016/Ankara.
- Boyunsuz Özsoy Ş., "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Kapsamında Sağlık Hakkı", Güncel Hukuk, Nisan 2014/4-124.
- Bozkurt K., Belçika Örneğinde Yoğun Bakım, Etik Sorunlar ve Yasal Düzenlemeler, 7. Ulusal Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi (Mart 2017), Cerrahide Etik ve Hukuku, Yoğun Bakımda Çözümlememiş Etik Sorunlar, İstanbul Tıp Kitabevleri, 2018/İstanbul.
- Bozkurt K., Ötanazi ve Destekli İntihar - Uluslararası Düzenlemeler ve Farklı Ülkelerdeki Uygulamalar, YÜFFD, XIV/2, 2017/ İstanbul.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

- Bozkurt K., Sistemsel Yapılar ve Hukuklarının Oluşum-Gelişim Süreçleri ve İç Hukuklara Anayasal Ekseninde Yansımaları, *Legal Hukuk Dergisi*, C.11, S.122, 2013.
- Bozkurt, K., Avrupa Birliği Politikaları ve Düzenlemeleri Kapsamında Göç Hukuku, Mülteci Statüsü ve Sığınma, *Legal Yayınevi* 2018/İstanbul.
- Günuğur H., Avrupa Birliği Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, 2017/Ankara.
- Kanadoğlu K. - Bozkurt K., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uluslararası Hukuk Ekseninde Sağlık Hakkı, Prof. Dr. Metin Günday'a Armağan, Yayın Aşamasında.
- Karluk Rıdvan S., Avrupa Birliği Beta 11. Baskı, 2014/İstanbul.
- Klasa, G. en Schwabl A. , "Patient rights and safety guarantees in EU healthcare", *EJCL* 2013.
- Özkan I., Avrupa Birliği Kamu Hukuku, Seçkin 2. Baskı, 2017/Ankara.
- Van Dermei A.P. , "The New Directive on Patients' Rights in Cross-Border Healthcare", *MJ* 2011.
- Yoldaş Y., İşlevsel-Yapısal Sistem Kuramı, Alfa Aktüel, 2007/İstanbul.
- Diğer Kaynaklar
- Costa Enel, Case 6/64, 1964
- Van Gend Loos Case 26/62, 1963.
- Kohl Case. C158/96, *Kohl t. Union des Caisses de Maladie*, *Jur.*1998, I.
- Decker Case. C120/95, *Decker t. Caisse de Maladie des employés privés*, *Jur.* 1998, I, 1871.
- Resolutie over een Europees handvest voor de rechten van de patiënt, *Pb.C.* 20 februari 1984, afl. 46, 104.
- C159/90, *Society for the protection of unborn children Ireland t. Grogan*, *Jur.*1991, I, 4685.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Richtlijn 2011/24/EU, 9 maart 2011 betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg, *Pb.L.* 4 april 2011, afl. 88, 45-65.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (İHBTS).

20 Nisan 2004 tarih ve 25439 sayılı Resmi Gazete.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT>

http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/02_Biomedical_research_en/Guide/Guide_TR.pdf

**BEDENSEL ZARARLARDAN
DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK**

*“DEVLETİN BEDENSEL
ZARARLARDAN SORUMLULUĞU”*

2. Gün

6. Oturum

SAĞLIK HİZMETLERİNİN SUNUMUNDA İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞUNA GEÇİŞ

*Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ**

*Doç. Dr. Bayram KESKİN***

ÖZET

Sağlık hizmetlerinin sunumunda idare zarar verdiği zaman mağdur ve/veya yakınları tarafından maddî ve manevî tazminat istemiyle açılan tam yargı davaları genelde idarenin muhakkak kusurlu olması gerektiği yönünde bir düşünceyle hizmet kusurunun varlığı nedeniyle açılmaktadır. İlk derece mahkemeleri Adli Tıp Kurumu'ndan gelen ve hemen hemen daima sağlık personelinin hizmet kusurunun olmadığına ve komplikasyon bulunduğuna dair raporuna dayanarak davacıların maddî ve manevî tazminat talebini reddetmektedirler. Danıştay da çoğunlukla bu kararları onamaktadır. Hâlbuki bazı münferit olaylar Anayasa'nın 2. maddesindeki Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu hükmüne dayanılarak illiyet bağının bulunması ve içtihatla uygun bir sınırın çizilmesi kaydıyla kusursuz sorumluluk ilkesine göre de tazmin edilebilir ve edilmesi de gereklidir. Hasta hakları ihlâl edilen davacıların açtıkları tazminat davalarını sonuçlandıran yargı kararlarında mağdurlar gerek maddî gerek manevî tazminat açısından tam anlamıyla tatmin edilmemektedirler. Son zamanlarda bazı ilk derece mahkemelerinin kararlarında, Danıştay tetkik hâkimlerinin bildirdikleri görüşlerinde, Danıştay üyelerinin kararlara koydukları karşıoy serhlerinde hizmet kusurunun ispat edilemediği ancak illiyet bağının bulunduğu durumlarda idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmesi gerektiği yönünde düşünceler yer almaktadır. Reddedilen bazı idarî davalar incelendiğinde; hatalı

* Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi, odyakmaz.zehra@gmail.com.

** Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi, bayram.keskin@kocaeli.edu.tr.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

tıbbî uygulama sonucu sağlığını veya hayatını kaybetmiş mağdurlar veya yakınlarının uğradıkları haksızlığın kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanmasıyla bir dereceye kadar giderilmesinin mümkün olabileceği görülecektir. Danıştay; kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanabilirliğini ve sınırlarını araştırmalı ve idare hukukuna yeni içtihat kazandırmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Hasta hakları, kusursuz sorumluluk, sosyal devlet ilkesi, Adli Tıp Kurumu, komplikasyon.

ABSTRACT

*When the administration causes damages in rendering health services, the full remedy actions petitioned by the victim and/or the kinship for pecuniary and non-pecuniary compensation are generally brought due to existence of service failure, with the consideration that the administration is likely to be faulty. The first instance courts reject the plaintiffs' claim for compensation based on the reports of the Institute of Forensic Medicine which almost always state the non-existence of health personnel's service failure but existence of complication and the Council of State mostly approves these decisions. Whereas, based on article 2 of the Turkish Constitution stating that the Turkish Republic is a social state under rule of law, some specific incidents may and should be compensated in accordance with the principle of **strict liability**, provided that there is causality and compatibility with the legislation. In judicial decisions concluding remedy actions brought by the plaintiffs whose patient rights are violated, the victims are not fully satisfied in terms of both pecuniary and non-pecuniary compensation. Recently, in some first instance courts' decisions, in comments of investigating judges of the Council of State, the dissenting statements of the Council of State's members, it is implicated that administration's strict liability should be in question where service failure cannot be proved but causality exists. When some rejected cases are examined, it shall be observed that the injustice faced by the victims or the kinship who lost his/her health or life could be eliminated to a certain extent by application of strict liability. Council of State should study the applicability and limits of strict liability principle and bring new legislation to administrative law.*

Keywords: Patient rights, strict liability, principle of social state, The Institute of Forensic Medicine, complication.

I. GİRİŞ***

Bedensel zararlarla ilgili olarak hazırladığımız önceki bildirimlerimizde olduğu gibi, burada da “idarenin kusursuz sorumluluğa geçiş”inin artık kaçınılmaz olduğunu açıklamaya çalışacağız. O halde bildirimizin **konusunu şöyle açıklayabiliriz:**

Sağlık hizmetlerinin sunumunda idare bazen zarar verebilmektedir.

Zarar görenin talebi üzerine idarenin bu zararı tazmin edebilmesi için idarenin sağlık hizmetini sunarken muhakkak kusurlu olması gerektiği yönünde bir genel kabûl mevcuttur. Danıştay kararları da bu yöndedir. Yakın zamana kadar sağlık hizmetleriyle ilgili olarak açılan tazminat davalarında Danıştay ağır hizmet kusuru aramakta, kusursuz sorumluluk ilkesini hemen hemen hiç kullanmamaktaydı. Halen de pek kullanmamaktadır.

Danıştay konumuzla ilgili bütün kararlarında sağlık hizmetinin riskli bir hizmet olduğunu dile getirmektedir. Mağdur veya yakınları idarenin hizmet kusuru bulunduğu iddiasıyla dava açmakta, mahkemeler dosyayı kanunî bir şart olmadığı halde ancak Danıştay içtihadı bulunduğu için Adli Tıp Kurumu'na göndermekte, Adli Tıp Kurumu da hemen hemen hep “*komplikasyon vardır, sağlık personelinin hiçbir kusuru bulunmamaktadır*” şeklinde rapor düzenlemektedir. İlk derece mahkemeleri de karar verirken, uymak zorunda olmadıkları halde bu raporlara uymaktadır. Kolu, bacağı kesilen, felçli kalan, yanlış teşhis konulan mağdur ve yakınlarının davaları da idarî yargı yerlerinde reddedilmektedir.

*** Kısaltmalar: age. Adı geçen eser; agm. Adı geçen makale; agt. Adı geçen tez; AİHM. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; AİHS. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi; AYİM. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi; bkz. Bakınız; C. Cilt; KHK. Kanun Hükmünde Kararname; md. Madde; no. Numara; RG. Resmî Gazete; s. Sayfa; S. Sayı; Y. Yıl.

O halde bizim bildirimizin **konusu** bazı münferit olayların **kusursuz sorumluluğa göre de tazmin edilebileceği veya edilmesi gerektiğidir**. Adli Tıp Kurumu raporlarının **komplikasyon** olduğu gerekçesiyle davalı idareyi kusurlu bulmadığı hallerde Danıştay, kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanabilirliğini araştırmalı, Anayasa'nın 2. maddesindeki Türkiye Cumhuriyeti'nin "**sosyal hukuk devleti**" olduğu hükmüne dayanmalı, ona göre davalı idarenin tazminat ödemesine hükmetmelidir diye düşünmekteyiz.

Bildirimizin **amacı**; sağlık hizmetlerinden doğan zararların tazmininde Danıştay'ı ve özellikle Anayasa Mahkemesi'ni - bireysel başvuruları değerlendirme sürecinde - "**kusursuz sorumluluk**" ilkesini geliştirmeye davet etmektir. Nitekim Danıştay kararlarındaki karşıoy şerhlerinde kusursuz sorumluluğun uygulanması gerektiği artık yer almaya başlamıştır.

Bildirimizde **vurgulamak istediğimiz husus** ise; sağlık hizmetlerinin sunumu sırasında hasta hakları ihlâl edilen davacıların açtıkları tazminat davalarını sonuçlandıran yargı kararlarında mağdurların gerek maddî gerek manevî tazminat açısından tam anlamıyla tatmin edilmediklerini göstermektir.

Çalışmamızın çerçevesi; yalnızca **devlet hastanelerinde**, devlet üniversitelerinin hastanelerinde veya kamuya ait diğer sağlık merkezlerinde sunulan sağlık hizmetlerinden doğan zararların tazmini için açılan davalarla sınırlıdır.

Bu çalışmada; ilk derece mahkemelerinin kusursuz sorumluluk ilkesini uygulamayarak mağdurun davasını reddettiği veya uygulayarak davalı idarenin tazminat ödemesine hükmettiği, ancak Danıştay'ın tazminat talebinin kabulü kararını bozduğu davalardan örnekler verilecek, ayrıca tetkik hâkimlerinin kusursuz sorumluluğun uygulanabileceğine dair görüşlerinden ve karşıoy şerhlerinden alıntılar sunulacaktır.

II. GENEL OLARAK KUSURSUZ SORUMLULUK İLKESİ

A. Kusursuz Sorumluluk İlkesinin Tanımı ve Özellikleri

İdarenin; tutum ve davranışlarından, kusurlu olmamasına rağmen sorumlu tutulmasına kusursuz sorumluluk denilmektedir. Kusursuz sorumlulukta idarenin davranışı ile uğranılan zarar arasında nedensellik (illiyet) bağının ispatlanması yeterlidir, idareye yüklenecek bir kusur yoktur, hattâ olmamalıdır. İdare; hukuka uygun faaliyetlerinden bile kusursuz sorumlu olabilir. İdarenin sorumluluğunda hizmet kusuru (kusurlu sorumluluk) asıl, kusursuz sorumluluk istisnaîdir ve **“ikincildir”**. Öncelikle hizmet kusuru aranır, mevcut değilse kusursuz sorumluluğa gidilir. Anormal nitelikteki zararların ve özel risklerin tazmini için başvuru bir yoldur. İdarenin kusurlu olduğunun ispatına gerek yoktur. Beklenmeyen hallerden (kaza) etkilenmediği için zarar gören bakımından elverişli bir usûldür. Fransız Danıştay’ının verdiği bir kararla idare hukukunun geliştirdiği bir sorumluluktur.¹

Ülkemizde Fransız Danıştay’ını takip eden Türk Danıştay’ının içtihadıyla idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesinin oluştuğunu ve geliştiğini söyleyebiliriz. Ancak bu doğuş ve gelişimin, takip edilen ülkeye göre geç olduğu görülmektedir.²

¹ ÇAĞLAYAN, Ramazan: “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006 (Yayına Hazırlayanlar: Doç.Dr.Cem BAYGIN-Yrd.Doç.Dr. Metin UÇAR-Yrd.Doç.Dr.Yusuf BÜYÜKAY), Ankara 2007, s.122-123.

Kusursuz sorumluluk konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C.II, Bursa Mayıs 2019, age., s. 1188-1444.

Fransız Danıştay’ı kusursuz sorumluluk ilkesini ilk defa 21 Haziran 1895 tarihli Comes kararıyla ortaya atmıştır. Bu karar meslekî bir kaza sebebiyle devletin istihdam ettiği bir işçinin uğradığı zararın tazmini hakkındadır. Bu ve bundan sonra anılan kararlarda özel ve olağandışı zararın aranması yoluna gidilmiştir. Başlangıçta “risk” esasına dayanan bu kurum, sonradan genişletilerek fertlerin “kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasından dolayı sorumluluğu” kapsamına dâhil edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAĞLAYAN, Ramazan: “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu”, agm., s.125-127.

² Türk idare hukukunda Danıştay’ın kusursuz sorumluluk ilkesine dayanarak verdiği ilk karar olarak bazı kaynaklarda Danıştay İdarî Dava Daireleri Genelkurulu’nun 16.02.1962 tarihli ve E.1960/177, K.1962/108

B. Kusursuz Sorumluluk İlkesinin Dayanakları

Kusursuz sorumluluğun dayanakları; tehlike (risk/hasar) ilkesiyle kamu külfetleri karşısında eşitlik (fedakârlığın denkleştirilmesi) ilkesidir.

1. Tehlike İlkesi

a. Tehlike (risk/hasar) İlkesinin Tanımı

Tehlike ilkesi genel olarak bazı etkinliklerin bünyesinde taşıdığı tehlikeler dolayısıyla kişilere zarar vermesi durumunda, bu etkinlik sahiplerinin kusurlarına bakılmaksızın zararın

sayılı kararı yer almaktadır. Hüküm şu şekildedir: “Dava, Beyazıt Meydanı ile Aksaray arasındaki yeniden düzenlenmesi sırasında yolun yükseltilmesi üzerine davacıya ait apartman kapısının yol seviyesine nazaran aşağıya düşmüş ve zemin katının kısmen bodrum katına inkilâp etmiş olması sebebiyle maruz kaldığı 75.000 liralık zararın tehlike esasına göre tazmin edilmesi dileğinden ibarettir. Amme mükellefiyetleri karşısında fertlerin eşitliği idare hukukunun genel esaslarındandır. Bayındırlık işlerinin ifası neticesinde meydana gelen tesis ve eserler topluluğun faydalandığı bir iktisap teşkil ettiğine göre, bu yüzden ferdin zarara uğraması halinde bu zarar, topluluğun nefine katlanılmış bir fedakârlık niteliğini taşıdığı cihetle amme mükellefiyetleri karşısında eşitliği sağlamak için devamlı ve istisnaî karakterde olan ferdi zararları telâfi etmek hakkaniyet ve nasafetin bir icabıdır. Hadesede Ordu Caddesinin yükseltilmesi neticesinde davacıya ait apartmanın değerinde bir artış olmamakla beraber aynı binanın değerinde bir düşme de husule geldiği ve ayrıca apartmanın kapısının yeniden tanzim edilmesi için davacının bir takım masraflara katlanması gerektiği bilrkişi tetkikatında anlaşılmıştır. Bu zararın kıymet artışıyla mahsubu düşünülemez.... Öte yandan mezkûr cadde üzerindeki diğer gayrimenkuller meyanında aynı bayındırlık işi dolayısıyla kıymetleri artan fakat hiçbir zarar görmeyenler bulunabileceği göz önünde tutulursa zararlar mahsubu bu itibarla varid olmayacağına ve zararın bayındırlık işinin ifasından ileri geldiği ve devamlı ve istisnaî bir mahiyet taşıdığı zahir bulunmasına binaen yukarıda belirtilen sebepler dolayısıyla bu zararın idarece tazmin edilmesi tabiidir”. www.turkhukuksitesi.com/makale_744.htm.

Ancak biz bu konuda karar numarasını bulamadığımız 1957 yılında vuku bulan başka bir olayla ilgili bilgiye ulaştık. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi, şimdi rahmetli olan hocamız Prof. Dr. Coşkun Uçok’un ağabeyi, Ankara Üniversitesi DTCF öğretim üyesi Prof. Dr. Ümit Uçok İstanbul-Sirkeci’de bir otelde kızıyla birlikte kalırken, yoldan geçen ağır kamyonların havagazı borularını çatlatması üzerine çıkan havagazı otelin üst katındaki odanın kapısının altından sızarak babanın ölümüne, kızının komaya girmesine sebep olmuştur. Türkiye Barolar Birliği önceki başkanlarından Av. Atılâ Sav’ın babası Av. Nejad Sav’ın mağdurların avukatlığını yaptığı bu davada, Danıştay idaresinin (EGO) kusursuz da olsa sorumlu olduğuna dair muhtemelen ilk kararını verecek tazminata hükmetmiştir. (Bu bilgi Sn. Av. Atılâ Sav’dan alınmıştır).

giderilmesi düşüncesine dayanır. Tehlikeli etkinlik ile gerçekleşen zarar arasında – sosyal risk ilkesinin uygulandığı haller dışında – nedensellik bağının bulunması yeterlidir.³

Genel olarak, özel hukukta uygulanan tehlike ilkesi idarenin tehlike taşıyan bir etkinlik yürütmesi veya tehlikeli araç gereç kullanması sözkonusu olduğunda idare hukukunda da uygulama alanı bulmaktadır. Özel hukuktaki kusursuz sorumluluk nedeni olan tehlike ilkesi ile idare hukukundaki kusursuz sorumluluk nedeni olan tehlike ilkesi arasında önemli bir fark vardır. Özel hukukta, tehlikeli faaliyetlerle uğraşan kişiler kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulabilirler yani özel hukukta tehlikenin önlenmesi için her türlü özenin gösterildiği kanıtlanarak sorumluluktan kurtulmak mümkündür. Oysa idare hukukunda, idarenin kurtuluş kanıtı getirmesi mümkün değildir. Bu nedenle idare, tehlikenin önlenmesi için her türlü özeni gösterdiğini kanıtlayarak sorumluluktan kurtulamaz.

b. Tehlike (Risk/Hasar) İlkesinin Uygulandığı Durumlar

İdare hukukunda tehlike ilkesi; idarenin tehlikeli etkinlikleri ile araç ve gereçleri, meslekî risk ve sosyal risk (toplumsal tehlike) ilkesi konularında uygulanmaktadır.

aa.İdarenin tehlikeli etkinlikleri ile tehlikeli araç ve gereçleri

İdarî etkinliklerin ve malların bir kısmı, nitelikçe riskli ya da tehlikeli olmasına rağmen, kamu yararının sağlanmasında kullanımı zorunlu araçlardır. Örneğin idare çeşitli silâhlar, gemiler, uçaklar kullanmak, cephanelikler ve mayınlı yerler bulundurmamak durumundadır. Buna göre, tehlike yaratma olasılığı fazla ve teknik yönden karmaşık olan, dolayısıyla her zaman nedeni saptanamayacak olan zararlara yol açabilecek idarî et-

³ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNDAY, Metin: *İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Ankara Kasım 2017, s.379-382*; ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK: *İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş 21.Bası, İstanbul Ağustos 2019, s.130-133*; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-Turgut TAN: *İdare Hukuku Genel Esaslar C. I, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Ankara Şubat 2016,s.760-761.*

kinlik ya da araç ve gereçler zarara yol açarsa, bu zararın ortada bir kusur olmamasına rağmen idarece tazmini gerekir.

ab. Meslekî risk

Meslekî risk, kamu hizmetinde çalışan bir kişinin görevi sırasında ya da görevi nedeniyle zarara uğraması durumudur. Bu zarar, hizmetin kaçınılmaz bir tehlikesi olarak kabul edildiği için ortaya çıkan zarar, kusuru olmayan idarece tazmin edilir.

ac. Sosyal risk (toplumsal risk) ilkesi

Sosyal risk ilkesi, kamu düzenini bozmaya yönelik anarşi ve terör olayları ya da benzeri toplumsal olaylar nedeniyle doğan zararlardan idarenin kusursuz olarak sorumlu tutulmasıdır.

Sosyal risk ilkesinin en önemli özelliği, zarar ile idarenin eylemi arasında nedensellik bağının aranmadığı tek kusursuz sorumluluk durumu olmasıdır.

**2. Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi
(Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi)**

**a. Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesinin Tanımı
(Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi)**

Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi (fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi); idarenin hiçbir kusuru, tehlikeli bir etkinliği veya araç kullanması sözkonusu olmasa bile hukuka uygun ve kamu yararı gereği olan bir idarî faaliyetten bazı kişilerin diğerlerine göre özel ve olağandışı bir zarara uğramış olması durumunda bu zararın tazmin edilmesini ifade eder. Bu ilke kusursuz sorumluluğun genel esası olarak kabul edilebilir. Bir olayda idarenin kusuru sözkonusu değil ise tehlikeli bir etkinlik veya araç da kullanılmıyorsa idarenin sorumluluğuna gidilmenin yolu ancak bu ilkeyi uygulamakla mümkündür.⁴

⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNDAY, Metin: age., s.382-383; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku, C. I, Genel Esaslar, age., s.761-763; ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK: İdare Hukuku, age., s.133.

**b. Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesinin
(Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi) Uygulandığı
Durumlar**

Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin en belirgin uygulama alanı kamulaştırmadır⁵. Ayrıca anarşi ve terör olaylarından doğan zararların da idare tarafından tazmin edilmesine, mahkemeler bazen kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanarak hükmetmektedirler.⁶

**III. SAĞLIK HİZMETLERİNDE FRANSIZ
DANIŞTAYI'NIN KUSURSUZ SORUMLULUK
İLKESİNİ UYGULADIĞI DURUMLAR**

Fransız Danıştay kusursuz sorumluluk ilkesini; kan ürünlerinden doğan sorumlulukta, olağanüstü tehlikeli tıbbî yöntemlerden doğan sorumlulukta, tehlikeli durumlarda (bir kamu görevlisinin meslekî riskinden dolayı üçüncü kişi konumundaki bir yakınının zarar gördüğü hallerden doğan sorumluluk), meslekî risklerden doğan sorumlulukta, idarenin arızî (geçici) işbirlikçilerinin uğradığı zararlardan doğan sorumlulukta, akıl hastalarının deneme mahiyetinde dışarı çıkarılmaları durumunda, arızalı ürünlerin ve ekipmanların kullanımından doğan zararlarda uygulamaktadır.

A. Kan Ürünlerinden Doğan Sorumluluk

Fransız Danıştay'na göre kan ürünlerinin aktarımı nedeniyle AIDS, hepatit gibi hastalıkların bulaştığı kişilerin uğradıkları zarardan idarenin kusursuz sorumlu tutulması gerekmektedir. Kan merkezlerine alınan kanlar üzerinde gerekli tahlil ve tetkikler yapılmamışsa kusurlu sorumluluk sözkonusu olacaktır. Kusursuz sorumluluktan söz edilebilmesi için idarenin gerekli bütün incelemeleri yapmasına rağmen hastalığın bulaşmasına engel olamaması gerekmektedir. Fransız Danıştay 1995 yılın-

⁵ GÜNDAY, Metin: age., s.382-383.

⁶ ODYAKMAZ, Zehra: "Mahkeme Kararları Işığında Terör Olaylarında İdarenin Sorumluluğuna Genel Bir Bakış", Mevlâna Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, Y.2013, S.1, s.1-61, (Oğuzhan Güzel ile birlikte).

da verdiği kararlar kan aktarım merkezlerinin; sağladıkları kan ürünlerinin kötü kalitesi nedeniyle ortaya çıkan zararlardan kusursuz da olsalar sorumlu olduklarını kabûl etmiştir.⁷

Devlet ile kan merkezleri arasında sıkı işbirliği bulunmaktadır. Bu durumu dikkate alan Fransız Danıştay'ına göre kan merkezlerinin hatası da bulunsa, devletin; düzenleme ve denetleme görevlerini yerine getirmemesi nedeniyle zararı karşılaması gerekmektedir.

Fransız Danıştay'ının HIV, hepatit gibi kontamine nakillerden doğan zararlarda ispat yükü olmaksızın tazminata hükmetmesine ilişkin bir örnek de şöyledir:⁸

M.N'Guyen Quang (Nguyen, Jouan, Pavan davası) Pitié-Salpêtrière Hastane grubunun kardiyoloji bölümünde bir operasyon geçirmiş, bu esnada yapılan kan nakli ile hastanın kanı HIV virüsü ile kontamine olmuştur. Kan; hastane grubunun kan nakil merkezinden temin edilmiştir. Kendisine HIV virüsü bulaşması nedeniyle zarar gören davacı Paris idare mahkemesinde tazminat davası açmış, mahkeme davalı idareyi 500.000 Frank tazminat ödemeye mahkûm etmiştir. Davalı idare; Paris idare mahkemesinin 6 Kasım 1991 tarihinde verdiği bu kararı-

⁷ BALIM, Tayfun: "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu", LEGES İzmir Üniversitesi Sağlık Hukuku Dergisi, S.2, Nisan-Mayıs-Haziran 2014, s.47-52; ÇAĞLAYAN, Ramazan: "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu", a.g.m., s.130-133; ÇINARLI, Serkan: İdarenin Sağlık Hizmet Sunumundan Kaynaklanan Sorumluluğu, Ankara Ekim 2013, s.257-258; KAPLAN, Gürsel: "İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler", Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, S.19, Kitap:1, 2004, Türk İdare Hukuku Sitesi (www.idare.gen.tr), s. 176, 179; KÖKSAL, Mustafa: "Risk İlkesinin İdareye Yüklediği Külfetler ve Güncel Yargı Kararları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.85, 2009, s.254.

Kusursuz sorumluluk ilkesinin derhal uygulamaya konulması konusunda bkz. GÜRAN, Sait: "Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu", Danıştay Dergisi, Y. 12, S. 46-47, 1982, s.21; GÖZLER, Kemal: age., s.1087.

⁸ G'SELL-MACREZ, Florence: "Medical Malpractice and Compensation in France, Part I: The French Rules of Medical Liability since the Patient's Rights Law of March 4, 2002", 86(3) Chicago-Kent Law Review 1093-1108; CE ass., May 26 1995, Cts N'Guyen, Jouan, Cts Pavan Rec. Lebon, 221; RFDA 1995, 748, conc. Dael; AJDA 1995, 508, chron. J.-H.Stahl & D.Chauvaux; JCP 1995, 11, 22468, note J.Moreau.

nı Paris bölge idare mahkemesinde istinafa götürmüştü, istinaf mahkemesi de 20 Ekim 1992 tarihinde ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Bu defa davacı M.N'Guyen Quang, Paris bölge idare mahkemesinin verdiği bozma kararının bozulması talebiyle Fransız Danıştay'na başvurmuştur. Yüksek mahkeme; kan nakil merkezlerinin hiçbirinin genel idare dışında tüzel kişiliğe sahip olmadığı ve eğer kullanılan ürünün hatalı olduğu ispat edilirse bunu takiben genel idarenin yalnızca sağlık hizmeti sağlayıcısı olarak değil, ayrıca bu durumda olduğu gibi kan nakil merkezinin yöneticisi olarak da sorumlu olduğu gerçeklerini gözönüne almıştır. 2 Ağustos 1961 tarihli Kanunla değiştirilen 21 Temmuz 1952 tarihli Kanun'a göre kan nakil merkezleri kan toplanması için tekele sahiptir, yani toplamayı, tedaviyi, işlemeyi ve kanın teminini sağlar. Kanunla kan nakil merkezlerine atfedilen rol ile kan nakil temininin içerisinde barındırdığı risk gözönüne alınarak kan nakil merkezleri herhangi bir kusurları olmasa da düşük kaliteli kan temin ettikleri için verdikleri zarardan sorumludur. Bu sebeplerle Fransız Danıştay Paris istinaf mahkemesinin kusurun kanıtlanmadığı gerekçesiyle idarenin sorumlu olmadığına dair vermiş olduğu kararlar kamu kurumlarının sorumluluğuna ilişkin kuralları doğru uygulamadığına karar vermiş, böylece Paris istinaf mahkemesinin vermiş olduğu kararın bozulmasına hükmetmiştir.⁹

Fransa'da hastane kayıtlı enfeksiyonlarda da kamu hastanelerinin kusursuz sorumluluğu kabül edilmektedir.¹⁰

B. Olağanüstü Tehlikeli Tıbbî Yöntemlerden Doğan Sorumluluk

Fransız Danıştay'na göre olağanüstü tehlikeli tıbbî yöntemlerden doğan zararlarda idare kusursuz olarak sorumlu tutulmalıdır. Örneğin yeni bir ameliyat yönteminin uygulanması gerekiyorsa ve fakat bu yöntem bir risk taşıyorsa, sonuçları

⁹ İngilizce çeviri için bkz. <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/french/case.php?id=1050>

¹⁰ G'SELL-MACREZ, Florence: agm., s.1093-1108.

tam olarak bilinemiyorsa bu riskin gerçekleşmesinden idare kusursuz olsa bile sorumlu tutulmalıdır. Sıradan ve belirli bir süreden beri uygulanan tıbbî yöntemlerde ise kusur sorumluluğu geçerlidir.¹¹

İlk defa Lyon idarî istinaf mahkemelerinin 2 Aralık 1990 tarihli Consorts Gomes olayı ile gündeme gelen bu kararda sonuçları önceden bilinmeyen ve yaşamsal bir değer taşımayan tıbbî yöntemlerin uygulanmasından dolayı yeni ameliyat yöntemlerinden doğan zararların idare tarafından “risk sorumluluğu” esasına göre ödenmesi kabûl edilmiştir. Karara göre; idareye böyle bir risk sorumluluğunun yüklenebilmesi için uygulanan tıbbî yöntemin sonuçlarının önceden bilinmemesi, hastayı yaşatmak için son çare olarak kullanılan bir yöntem olması ve ortaya çıkan zararın istisnaî ve anormal olması gerekmektedir.¹²

Fransız Danıştay 9 Nisan 1993 yılında verdiği Bianchi kararıyla da tedavi için zorunlu görülen ancak sonucu tam olarak bilinmeyen tıbbî ve riskli yöntemlerden kaynaklanan zararlar da idarenin kusursuz sorumluluğunu kabûl etmiştir¹³. Olağan tedavilerde meydana gelen olağanüstü risklerde kamu hastanelerinin kusursuz sorumluluğunun kabûl edildiğine ilişkin Bianchi olayı kısaca şöyledir¹⁴:

¹¹ BALIM, Tayfun: agm., s.48; ÇAĞLAYAN, Ramazan: “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu”, agm., s.130-131.

¹² Fransa Lyon İdarî İstinaf Mahkemelerinin 21.12.1990 tarihli Consorts Gomez kararı ve diğer ayrıntılar için bkz. BALIM, Tayfun: agm., s.50; ÇAĞLAYAN, Ramazan: “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu”, agm., s.130-131; ÇINARLI, Serkan: age., s.257; GÖZLER, Kemal: age., s.1214-1215.

Ayrıca bkz. ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdarî Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara Ağustos 2018, s.564-577.

¹³ ÇAĞLAYAN, Ramazan: “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu”, agm., s.130; ÇINARLI, Serkan: age., s.257.

¹⁴ The Council of Europe, ‘Report On Medical Liability In Council Of Europe Member States’ 4 <<https://rm.coe.int/1680700281>>; Conseil d’Etat, 9 April 1993, Recueil Lebon, 1993, 127 (Bianchi) cited in GALAND-CARVAL, S.: “France” in FAURE, M. and KOZIOL, H. (eds.), Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective, Vienna, Springer-Verlag, 2001, p.104.

- Bianchi'ye arteriyografi öncesi iyot boyası enjekte edilmiş, yapılan tıbbî müdahaleden sonra felçli kalmıştır. Fransız Danıştay; teşhis ve tedavinin bilinen bir risk içermesi durumunda, bunlardan birinin bile sadece istisnai olarak fark edilmesi halinde ve hastanın muhtemelen bu riskten dolayı zarar görebileceğini varsaymak için bir sebep olmasa da hastanın ilk durumu ile ilgili olmayan ya da gelişmesi muhtemel olmayan çok ağır zararın doğrudan sebebi olan bu muamele nedeniyle kamu hastanesinin sorumlu olduğuna karar vermiş, böylece ilk derece idare mahkemesinin verdiği kararın bozulmasına ve arteriyografiden doğan zarar nedeniyle davalı idarenin tazminat ödemesine hükmetmiştir.¹⁵

C. Tehlikeli Durumlardan Doğan Sorumluluk (Bir Kamu Görevlisinin Meslekî Riskinden Dolayı Üçüncü Kişi Konumundaki Bir Yakınının Zarar Gördüğü Hallerden Doğan Sorumluluk)

Bir sağlık personelinin yürütmekte olduğu mesleğindeki risk sebebiyle üçüncü kişi durumundaki bir yakını zarar görmüşse meydana gelen bu zarardan idare kusursuz olarak sorumludur. Paris idare mahkemesinin 1990 tarihli Epoux V. kararına göre; bir AIDS hastası tedavi edilirken kendisine HIV virüsü bulaşan hemşirenin eşine de cinsel yoldan bu virüsün geçmesi halinde hemşirenin uğradığı zarar sosyal güvenlik kurumunca karşılanmasına rağmen hemşire ve yürüttüğü göreve göre üçüncü kişi konumunda olan eşinin uğradığı zarar, kusursuz sorumluluk esasına göre idare tarafından karşılanmalıdır. Hemşirenin eşi bakımından, eşi olan hemşirenin virüs bulaşma riskinin yüksek olduğu bir yerde çalışıyor olması olağanüstü ve özel bir risk oluşturmaktadır.¹⁶

¹⁵ Dava No. 69336 Karar Tarihi 9 Nisan 1993. İngilizce çeviri <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/french/case.php?id=1051>; ayrıca Fransız Danıştay web sitesi <https://www.conseil-etat.fr/> - İngilizce çeviri <https://www.conseil-etat.fr/arianewebtraduite/#/view-document/>.

¹⁶ GÖZLER, Kemal: age., s.1215-1216. BALIM, Tayfun: agm., s.48; ÇAĞLAYAN, Ramazan: "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu", agm., s.131.

Kamu görevlisi olan hemşirenin uğradığı zarar tehlikeli durumlar kapsamında değil, meslekî risk kapsamında uğranılan zarardır. Tehlikeli durumlar kapsamında değerlendirilen zararlar sadece kamu görevlisinin üstlendiği riskli bir görev nedeniyle yakınının (eşinin, çocuğunun) veya mallarının mâruz kaldığı zararlardır.¹⁷

D. Meslekî Risklerden Doğan Sorumluluk

İş kazası ve meslek hastalıkları meslekî riski ifade etmektedir. Kamu görevlilerinin iş kazası veya meslek hastalıkları sebebiyle uğradıkları zararlar kural olarak sosyal güvenlik kurumlarınca karşılanır. Fakat bazı durumlarda meslekî risk sebebiyle uğranılan zararlardan idare kusursuz sorumlu tutulabilir. Örneğin kamu görevlisi sosyal güvenlik sistemi dışındaysa, uğranılan zararın bir kısmı sosyal güvenlik mevzuatı gereği bazı meslekî risklerden doğan zararların tazmini için genel hükümlere gönderme yapıyorsa, idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilir¹⁸. Bu konuda ilk kararı 21 Haziran 1895 yılında Fransız Danıştay Cames olayında vermiştir (21 Haziran 1895). Bir cephan fabrikasında işçi olarak çalışan Bay Cames makineli bir çekiç ile bir demir parçasını döverken demirden kopan bir parça sol eline isabet etmiştir. Bu iş kazası sonucunda Bay Cames sol elini kullanamaz hale gelmiştir. Olay tamamen bir kazadır. Zararın meydana gelmesinde idarenin de işçinin de bir kusuru yoktur. Bay Cames uğradığı zararın tazmini istemiyle Danıştay'da dava açmıştır. Fransız Danıştay bu olayda idareye atfedilebilir bir kusur olmadığını tespit etmesine rağmen, davayı reddetmemiş, kazanın meydana geldiği şartları dikkate alarak idareyi Bay Cames'e tazminat ödemeye mahkûm etmiştir.¹⁹

¹⁷ KÖKSAL, Mustafa: agm., s.260-261.

¹⁸ BALIM, Tayfun: agm., s.48-49; ÇAĞLAYAN, Ramazan: "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu", agm., s.131-132.

¹⁹ Bkz. 1 no.lu dipnot. ÇAĞLAYAN, Ramazan: "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu", agm., s.131-132; KÖKSAL, Mustafa: agm., s.261; GÖZLER, Kemal: age., s.1216-1225.

E. İdarenin Arızî (Geçici) İşbirlikçilerinin Uğradığı Zararlardan Doğan Sorumluluk

Kamu hizmetlerinin yürütülmesine bazen kamu görevlileri dışındaki kişiler de katılabilir. Kamu görevlisi olmayan kişi kamu makamlarının isteği üzerine veya kendiliğinden ücretli veya ücretsiz, geçici bir süre için kamu hizmetinin görülmesine katılırsa, buna arızî işbirlikçi (fiilî memur) denir. Örneğin trafik kazası geçirmiş bir kişiyi kendi arabasıyla hastaneye taşıyan kişi arızî işbirlikçi durumundadır. Arızî işbirlikçi olan kişi bu kamu hizmetini yürütürken bir zarara uğrarsa, idare bundan kusursuz olarak sorumludur²⁰. Burada eylem ile zarar doğuran sonuç arasında nedensellik bağının bulunması arızî işbirlikçilerinin uğradıkları özel ve olağandışı zararın tazmini için gerekli ve yeterlidir.²¹

F. Akıl Hastalarının Durumu

Fransız Danıştay'ının 1967 yılında verdiği bir karara göre, akıl hastalarının tedavi sürecinde topluma uyum sağlayabilmeleri için hastaneden deneme mahiyetinde çıkarıldıklarında üçüncü kişilere verdikleri zararlarda risk (tehlike) sorumluluğunun uygulanarak devletin kusursuz sorumlu olduğu kabul edilmiştir.²²

Çınarlı'ya göre: "... Sağlık hizmetinin kendine has özelliklerinden dolayı tıbbî müdahale, teşhis ve tedavi sonucu doğan zararlardan kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca idareyi sorumlu tutmak mümkün değildir. Her şeyden önce tıbbî hizmetlerden doğan zarar ile teşhis ve tedavi arasında bir illiyet bağı zaten her zaman mevcuttur. Ancak, bazı durumlarda zararın varlığı halinde hakkaniyet gereği

²⁰ GÖZLER, Kemal: age., s.1225-1232.
Bu konuda gerçekleşmesi gereken şartlar için bkz. BALIM, Tayfun: agm., s.49-50; ÇAĞLAYAN; Ramazan: "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu", agm., s.132-133; KÖKSAL, Mustafa: agm., s.265.

²¹ KÖKSAL, Mustafa: agm., s.265-266.

²² GÖZLER, Kemal: age., s.1213 ve Fransız Danıştay'ının kararları için bkz. dipnot 758, s.1213-1214.
ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdarî Yargılama Hukuku, age., s.566 vd.; BALIM, Tayfun: agm., s.50.

idarenin kusursuz sorumluluğu da sözkonusu olabilmelidir. Fransız Danıştay'ının kararında olduğu gibi hava değişimine gönderilen akıl hastasının verdiği zararın hastanın hava değişimine gönderilmesi tedavi için gerekli olsa ve akıl hastası tehlike belirtisi göstermese bile verdiği zarardan idarenin sorumlu tutulmaması hakkaniyete aykırı olurdu.”²³ / ²⁴

G. Arızalı Ürünlerin ve Ekipmanların Kullanımından Doğan Zararlar

• Bay Dutrueux C.H.U. üniversite hastanesinde ameliyat olmuş, bu sırada ısıtılmış şiltenin ısı kontrol mekanizmasındaki arıza sebebiyle oluşan yanıklardan dolayı zarara uğramıştır. Besançon idare mahkemesi (Tribunal Administratif de Besançon) davalı idareyi tazminat ödemeye mahkûm etmiştir. Besançon C.H.U. üniversite hastanesi bu karara karşı Nancy bölge idare mahkemesine (Cour Administratif de appel de Nancy) istinaf başvurusunda bulunmuş, ancak reddedilmiştir. Davalı idare bu defa Fransız Danıştay'ında davayı temyiz etmiştir. Davalı idare yapmış olduğu temyiz başvurusunda 85/374 sayılı Direktifin özellikle 13.maddesinin Nancy bölge idare mahkemesi tarafından yanlış yorumlandığını ileri sürmüştür. Üye Devletlerin Hatalı Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kanun, İkincil Düzenleme ve İdarî Kurallarının Yaklaştırılması Hakkında 25 Temmuz 1985 tarihli Konsey Direktifi'nin²⁵ 13.maddesi “*Bu Direktif, Direktif bildirildiğinde mevcut olan özel bir sorumluluk sistemi veya akdî ya da akdî olmayan sorumluluğa ilişkin hukuk kuralları*

²³ ÇINARLI, Serkan: age., s.258; BALIM, Tayfun: agm., s.52-53.

²⁴ Akıl hastalarının bakanlık sirküleri ile organize edilen deneme çıkışlarının yaşamın normal koşullarına uyum sağlamalarını amaçlayan tedavi yöntemlerinden olması... üçüncü kişiler için özel tehlikeler yaratması... deneme çıkışından yararlanan birisinin yangın çıkarması...idarece işlenmiş bir kusurun varlığının kanıtlanmasına gerek olmaksızın departmanın sorumluluğunu doğuracak nitelikte bulunması... gibi konulara Fransa ve İngiltere'nin bakışı için bkz. Fransa ve İngiltere'de İdarenin Sorumluluğu (Çev. Turgut CANDAN), Ankara 1984, s.39.

²⁵ (85/374/AET) Üye Devletlerin Hatalı Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kanun, İkincil Düzenleme ve İdarî Kurallarının Yaklaştırılması Hakkında 25 Temmuz 1985 tarihli Konsey Direktifi için bkz. https://www.ab.gov.tr/files/ceb/Fasil%2028%20Tuketicinin%20ve%20Sagligin%20Korunmasi/3198510374_tr.pdf.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

uyarınca zarara uğrayan kişinin sahip olabileceği hakları etkilemez” şeklindedir. Fransız Danıştay bu konu için Avrupa Birliği Adalet Divanı’na başvurmuştur. Adalet Divanı’na göre; bir hastanede tedavi hizmeti sırasında hatalı ekipman veya ürün kullanımının hizmetin alıcısına zarar vermesi halinde sağlık hizmeti sağlayıcılarının yükümlülüğü bu Direktifin kapsamına girmemektedir. Bu Direktif bundan dolayı üye devletin yürürlükteki kuralları uygulamasına engel teşkil etmemektedir ki, bu da hizmet sağlayıcılarının üye devletin herhangi bir kusuru olmasa dahî ortaya çıkan zarardan sorumlu olduğu anlamına gelmektedir. Ancak zarar gören kişi ve/veya hizmet sağlayıcı Direktif kapsamında üreticinin sorumluluğunu devreye sokma hakkına sahiptir.²⁶

Fransız Danıştay da Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın 21 Aralık 2011 tarihli bu kararını göz önünde tutarak cerrahî operasyon sırasında arızalı ısıtıcı şiltenin kullanımından dolayı meydana gelen kaza sonucu zarar gören bireyin zararının hastane tarafından tazminine ilişkin kararın onanmasına hükmetmiştir.²⁷

Fransız Danıştay arızalı ürünleri kusur sorumluluğunun istisnası olarak yorumlamaktadır.

• 25 Ocak 2000 tarihinde Chambéry Eğitim Hastanesinde²⁸ dizine protez takılan Bay B. için ilk ameliyatından üç ay sonra 27 Nisan 2000 tarihinde revizyon cerrahisi uygulanmak zorunda kalınmış, 8 Şubat 2001’de protezin değiştirilmesi gerekmiştir. Bay B. yerleştirilen protezdeki arıza nedeniyle

²⁶ AB Adalet Divanı Court of Justice Grand Chamber 21.12.2011 tarihli ve C495/10 sayılı kararı. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=A887D6C3B8E66BEA5986AAB1BCC1DFD4?text=&d ocid=117194&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&p art=1&cid=608481>

²⁷ Fransız Danıştay’ın 12 Mart 2012 tarihli ve 327449 sayılı kararı için bkz. <https://www.conseil-etat.fr/>. İngilizce çevirisi için bkz. <https://www.conseil-etat.fr/arianewebtraduite/#/view-document/>.

²⁸ Kusur sorumluluğunun istisnası arızalı ürünler için bkz. TAYLOR, Simon: Medical Accident Liability and Redress in English and French Law, June 2015, Cambridge University Press 37.

Chambéry Eğitim Hastanesine tazminat istemiyle dava açmıştır. Grenoble idare mahkemesi 7 Nisan 2006'da davayı reddetmiş, Bay B.'nin istinaf başvurusunu da Lyon bölge idare mahkemesi 23 Mart 2010'da reddetmiş, davacı davasını Danıştay'a götürmüştür. Fransız Danıştay'ı öncelikle Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 21 Aralık 2011 tarihli ve 495/10 sayılı kararına atıfta bulunmuştur. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın vermiş olduğu karara göre Üye Devletlerin Hatalı Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kanun, İkincil Düzenleme ve İdarî Kurallarının Yaklaştırılması Hakkında 25 Temmuz 1985 tarihli Konsey Direktifi; üreticinin aleyhine açılacak davalara hanel getirmeksizin kamu hastanesinin kusuru olmasa bile sorumlu olduğu prensibinin uygulanmasını engellemektedir. Kusurlu protez üreticisinin kimliğini bilen Bay B.'nin davasını bu üreticiye karşı açması kendi insiyatifindedir. Lyon istinaf mahkemesi hukukî hata yapmıştır. Dosyanın Lyon istinaf mahkemesine geri gönderilmesine karar verilmiştir.²⁹

• Bir başka örnekte de hasta solunum cihazındaki arıza sebebiyle zarar görmüştür. Fransız Danıştay'ı; kullanılan ürün ve ekipmanlar sebebiyle meydana gelen zararlarda kamu hastanesinin kusursuz sorumlu olduğuna karar vermiştir.³⁰

IV. SAĞLIK HİZMETLERİNDE TÜRK İDARİ YARGISININ KUSURSUZ SORUMLULUK İLKEŞİNE BAKIŞI

A. Danıştay'ın Genel Tutumu

Kusursuz sorumluluk hizmet kusurundaki sorumluluğa oranla tâli derecede bir sorumluluktur. Anayasamızda ve kanunlarımızda kusursuz sorumluluk halleri tek tek sayılmamıştır. Ülkemizde bu ilke Danıştay'ın içtihadıyla geliştirilmiştir.³¹

²⁹ Fransız Danıştay'ın 25 Temmuz 2013 tarihli ve 339922 sayılı kararı için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000027752936>.

³⁰ TAYLOR, Simon: age.

³¹ Bkz. 2 no.lu dipnot.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Sağlık alanında kusursuz sorumluluk ise henüz yaygın olarak uygulanan bir ilke değildir. Giriş bölümünde de dile getirdiğimiz gibi; Danıştay sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluğu pek kabûl etmemektedir.

Danıştay konumuzla ilgili hemen hemen bütün kararlarında sağlık hizmetinin riskli bir hizmet olduğunu, sağlık hizmetinden yararlananların zarara uğramaları durumunda kısa bir zaman öncesine kadar, idarenin ancak ağır hizmet kusurunun varlığı halinde zararın tazmininin mümkün olabileceğini belirtmekteydi.³² Ancak Danıştay sağlık hizmeti içinde değerlendirilen, fakat tıbbî operasyon kapsamına dâhil edilemeyecek birtakım bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılamaması dolayısıyla oluşan zararların varlığında idarenin sorumluluğundan sözdebilmek için ağır hizmet kusuru

³² Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu'nun 24.11.2011 tarihli ve E.2007/2113, K.2011/1468 sayılı kararı.

Kararın eleştirisi ve diğer kararlar için bkz. ÇINARLI, Serkan, age., s.183-197.

S.S.K. hastanesinde sürdürülen hemodiyaliz seansları sırasında saptanan anemi nedeniyle sekiz ünite kan verilen davacı murisinin, bu kanlardan kaptığı ileri sürülen AIDS virüsü nedeniyle ölümü sonucu uğranılan zararın ağır hizmet kusuruna dayalı olarak tazminine karar verilmiştir. Danıştay 10.Dairesinin 22.11.1999 tarihli ve E.1997/5590, K.1999/6207 sayılı kararı için bkz. BAŞ, Zuhâl Bereket: "Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu", Danıştay ve İdarî Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu, Ankara 2004, s.649. Bu olayda idarenin gereken bütün önlemleri alıp almadığı araştırılacaktır. İdare kusurluysa ağır hizmet kusurunun bulunduğu doğru gerektirir. Eğer idare bütün önlemleri aldığı halde virüs bulaşmışsa o zaman kusursuz sorumluluğa gidilmesi gerekir.

Danıştay'ın 15. Dairesi'nin bir kararında özetle, "Davalı idarenin kan ve kan ürünlerinin güvenliğinin sağlanması hususunda sorumlu olduğu, bu alandaki düzenlemeler ile hizmet birimlerinin yükümlülüklerinin ve uygulamalarının en ince ayrıntıya kadar belirlendiği hizmet birimlerinin de bu düzenlemelere uygun çalışma yürüttükleri halde hastalık taşıyan kanın sisteme girişinin engellenemediği anlaşılmaktadır. Hizmetin kusurlu olduğu açık olup bu itibarla davalı idarenin hizmet kusuru bulunmadığından bahisle davanın reddi yolunda verilen mahkeme kararında hukukî isabet görülmemiştir" denilmektedir.

aramamakta, kusurun varlığını yeterli bulmaktadır.^{33 34}

Sağlık hizmetinin kendine has özelliklerinden dolayı tıbbî müdahale, teşhis ve tedavi sonucu doğan zararlardan kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca idareyi sorumlu tutmak mümkün olamamaktadır.³⁵

Danıştay bir kararında, *“Tıbbî bulgular doğrultusunda teşhis, tedavi ve sevk işlemlerinin yapıldığı görüldüğünden yapılan uygulamalarda davalı idareye atfedilecek herhangi bir kusur bulunmadığı”* şeklindeki ilk derece mahkemesinin kararının onaylanmasına hükmetmiştir³⁶. Danıştay, kararında *“Yaygın eklem ağrısı şikâyetiyle fizik tedavi ve rehabilitasyon merkezine müracaat eden davacıya ilk önce romatoid artrit teşhisi konulduğu ve tedavisine başlandığı, daha sonra sağ ve sol elindeki kızarıklıkların artması ve fenalaşarak baygınlık geçirmesi sebebiyle kalp damar servisi bulunan bir hastaneye sevkinin yapıldığı; tıbbî bulgular doğrultusunda teşhis, tedavi ve sevk işlemlerinin yapıldığı görüldüğünden davalı idareye atfedilecek bir kusur bulunmadığı”*na hükmetmiştir.

Askerî Yüksek İdare Mahkemesi önceleri Danıştay gibi sorumluluk için ağır kusur şartını aramaktayken, daha sonra kusur şartından vazgeçerek **kusursuz sorumluluk ilkesini** benimseyişini gösteren iki karar vermiş, sonra yine eski içtihadına dönmüştür. 2017 yılında kaldırılmasına karar verilen Askerî

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. ERSÖZ; Ahmet Kürşat: Türk İdaresinin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu, 1. Baskı, İstanbul Ağustos 2012, s.80-87.

Bu konuda çeşitli Danıştay kararlarına toplu halde ulaşabilmek için bkz. PAZARCI, Ayşe Almıla: Hasta Hakları ve İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu, Kırıkkale 2007, Yüksek Lisans Tezi, s.167-170, s.183-190; ÇINARLI, Serkan: age., s.183-197; BİLGİN, Hüseyin: İdarî Davalar ve Çözüm Yolları, 1. Baskı, Ankara Nisan 2018, s.1142-1156.

³⁴ ÇINARLI, Serkan: age., s. 257-258; Danıştay 10.Dairesinin 24.09.2007 tarihli ve E.2005/3719, K.2007/4316 sayılı kararı; KÖKSAL, Mustafa: agm., s.255. Danıştay 10. Dairesinin 18.05.2007 tarihli ve E.2004/9232, K.2007/2720 sayılı kararı.

³⁵ BALIM, Tayfun: agm., s. 52.

³⁶ Kastamonu İdare Mahkemesi'nin 10.04.2012 tarihli ve 2010/18 E., 2012/297 K. sayılı kararı; Danıştay 15. Dairesinin 06.06.2016 tarihli ve E.2013/4464, K.2016/4031 sayılı kararı. Ayrıntılı bilgi için bkz. ERDEM, Ümit: Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Tazminat Sorumluluğu, Birinci Baskım, Mart 2017, s.23-24.

Yüksek İdare Mahkemesi günümüzde artık mevcut değildir.³⁷

Danıştay aksi fikirdedir. Ateşli silâh kazasında yaralanan bir kişinin ameliyatında kullanılan koter adlı cihazın kişinin vücudunda yanıklar meydana getirdiği, idarenin kusuru olmasa bile bu zararı tazmin etmek zorunda kalacağı iddiasıyla dava açılmış, fakat Danıştay her zaman olduğu gibi kararında şöyle demiştir: “..... Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetlerinden yararlananın zarara uğraması halinde bu zararın tazmini ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir.....”³⁸

B. Sonucun Değişmeyeceği Durumlarda Hizmet Kusuru

İdarî yargı mercii; hastaya ortalama özen gösterilse ve teşhis zamanında konulmuş olsa bile sonucun değişmeyecek olması durumunda hizmet kusurunun bulunmadığına karar vermiştir. Nitekim beyin kanaması geçiren bir hasta için yapılan çağrıya, vakanın çağrı merkezindeki iki farklı hekim tarafından sinir krizi olarak değerlendirilmesi ve ambulânsın bu nedenle geç gönderilmesi nedeniyle âcil yardım hizmetinin kusurlu yürütüldüğü ve bunun sonucunda da davacıların annesinin beyin kanamasından vefat ettiği iddiasıyla açılan davada İ.... 1. idare mahkemesi ambulâns zamanında gitmiş olsaydı bile ölüm nedeni olan “subaraknodial beyin kanaması” sonucunun

³⁷ Askerî Yüksek İdare Mahkemesi 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı T.C. Anayasası'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16/E maddesi uyarınca değişikliğin Resmî Gazetede yayın tarihi olan 11 Şubat 2017'de kaldırılmıştır.

KAPLAN, Gürsel: “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, a.g.m., s.179-180. Kaplan 38 no.lu dipnotunda bu kararlar için Serdar ÖZGÜLDÜR'ün Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Ankara 1996 adlı eserinin 307. sayfasında dipnot 496'ya gönderme yapmaktadır. Ancak Özgüldür'ün sözünü ettiği kusursuz sorumlulukla ilgili içtihadın yerleşmediğini, aksine AYİM'nin eski içtihadını sürdürür yönde kararlar vermekte olduğunu ifade etmektedir. Yeni tarihli örnek kararlar için de AYİM Dergisi S.17, Kitap 2, s.1180-1193'e bakmamızı önermekte, özellikle de sayfa 1185'teki karara dikkat çekmek istediğini belirtmektedir.

11 Şubat 2017 tarihli ve 29976 sayılı RG.

³⁸ Danıştay 10. Dairesinin 19.09.2007 tarihli ve E.2004/6540, K.2007/4230 sayılı kararı.

değişmeyeceğine ilişkin bilirkişi raporunu gözönüne alarak maddî tazminat istemini reddetmiş; manevî tazminatı ise kısmen kabûl etmiştir³⁹. Mahkeme söz konusu olayda “bulguların” “tanı” biçiminde yazılmasının yönlendirmede gecikmeye sebep olduğunu kâbul etmiş, ancak ölüm ile hizmet kusuru arasında “nedensellik” bağının bulunmadığına hükmetmiştir.

Danıştay’a göre, gerekli tüm tıbbî müdahaleler yapılmış olsa bile görme yeteneğini yitirecek olan kişinin zararından idare sorumlu tutulamaz.⁴⁰

Çalışmamızın başından beri idarî yargı yerlerini çoğu kez “kusursuz sorumluluk ilkesi”ni uygulamaya çağırmaktayız. Ancak “Giriş” bölümünde de bu ilkenin uygulama alanının sınırlarının idarî yargı yerleri tarafından çok iyi çizilmesi gerektiğini, bu sınırın “uygun illiyet bağı” olması gerektiğini belirtmiştik.

V. KUSURSUZ SORUMLULUK İLKESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ AÇISINDAN ÇEŞİTLİ KARAR ÖRNEKLERİ

A. Danıştay Kararlarından Örnekler

1. Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu’nun 18.10.2007 tarihli ve E.2004/721, K.2007/2030 sayılı kararı

a. Olay

Davacılar; kızlarının doğumu sırasında sağ köprücük kemiğinin SSK A....Doğumevinde doğumu gerçekleştiren doktorun dikkatsizliği nedeniyle kırıldığı ve bebeklerinin sağ kolunu kullanamadığından bahisle zarar gördüklerinden dolayı maddî ve manevî tazminat talebinde bulunmuşlardır.

³⁹ İzmir 1.İdare Mahkemesi’nin 13.10.2011 tarihli ve E.2009/1579, K.2011/1400 sayılı kararı. Bu karar Danıştay 15. Dairesinin 16.05.2016 tarihli ve E.2013/4511, K.2016/3548 sayılı kararıyla onanmıştır.

Danıştay 10. Dairesinin 26.05.1999 tarihli ve E.1998/4814, K.1999/2945 sayılı kararı.

⁴⁰ Danıştay 10. Dairesinin 18.01.2001 tarihli ve E.2000/3370, K.2001/109 sayılı kararı.

b. İdarî Yargı Yerlerinin Kararları

A.... idare mahkemesi bu talebi kısmen kabûl etmiştir. İdare mahkemesi tarafından SSK A..... Doğumevinde davacıların kızının doğumu sırasında doğum travmasına bağlı olarak sağ köprücük kemiğinin kırılmasıyla sağ kolundaki sinir demetinin felç olduğu, doğumu gerçekleştiren sağlık personelinin ağır hizmet kusuru bulunduğu hususunun Hacettepe Üniversitesi Hastanesi tarafından düzenlenen raporda belirtildiği gerekçeleriyle, A..... idare mahkemesi davalı idarenin maddî ve manevî tazminat ödemesine hükmetmiştir.

Anılan kararın temyizi üzerine Danıştay 10. Dairesi tarafından, doğumu gerçekleştiren sağlık personelinin ağır hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının tespiti için dosyanın Adli Tıp Kurumu'na gönderilerek bilirkişi incelemesi yapılmadığı gerekçesiyle idare mahkemesinin verdiği karar bozulmuştur. İdare mahkemesi, 10. Dairenin bozma kararına uymayarak önceki kararında ısrar etmiştir. Bu kez idare mahkemesinin ısrar kararı temyiz edilmektedir.

Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu kararı şöyledir: “..... Adli Tıp Kurumu'nun adli tıp ile ilgili konularda bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır.... İdarenin ağır hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı hususunun Adli Tıp Kurumu aracılığıyla inceleme sonucu saptandıktan sonra, davacıların kızının kolunda oluşan fonksiyon kaybının idarenin yürüttüğü sağlık hizmetinin kusurlu işletilmesinden kaynaklanıp kaynaklanmadığının belirlenmesi ve buna göre karar verilmesi gerekirken idare mahkemesinin eksik inceleme sonucu istemin kabulü yönünde verdiği ısrar kararında hukukî isabet görülmemiştir..... İsrar kararının bozulmasına oyçokluğu ile karar verilmiştir.”⁴¹

c. Hasta Hakları Yönetmeliği'ne Göre İhlâl Edilen Haklar

Bu olayda hastanın tıbbî özen gösterilmesini isteme hakkı (HHY. md. 14) ihlâl edilmiştir.

⁴¹ Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu'nun 18.10.2007 tarihli ve E.2004/721, K.2007/2030 sayılı kararı.

d. Yargı Kararlarının İncelenmesi ve Yorum

Kanaatimizce idarenin hizmet kusurunun çok bâriz olarak görüldüğü olaylarda Adli Tıp Kurumu'na gitmeye gerek yoktur. Kaldı ki burada Hacettepe Hastanesi'nin raporu da mevcuttur. Bilirkişiler karar veren makam olmaktan çıkarılmalı, sadece teknik bilgiyi topluca düzenleyen raporları hazırlayanlar statüsünde kalmalıdır.

Danıştay kararına katılmıyoruz.

Karşioy yazısında değinilen iki şıktan Adli Tıp Kurumu'na gidilmemesi hususunun bozma sebebi sayılması görüşüne katılmıyoruz.

Ama, "..... idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için zararın idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmeceği....." fikri tarafımızdan tamamıyla benimsenmektedir.

Her olayda ağır kusur bulunmayabilir. Ama ortada kolu bacağı kesilmiş veya felç olmuş mağdurlar varken bile, hâlâ ağır kusur olmadığı için reddedilen tazminat talepleri vardır. Hastanın hakları sözkonusu olduğunda değil ağır kusur, basit kusur aranması, hiç kusur olmasa bile sosyal risk ilkesi ve dolayısıyla **idarenin kusursuz sorumluluğundan hareketle** tazminat talebinin kabûl edilmesi gerekir.

2. Danıştay 10. Dairesinin 29.04.2008 tarihli ve E.2007/3301, K.2008/2939 sayılı kararı

a. Olay

Davacı diz kapağı bölgesindeki ağrılar nedeniyle G... Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi'ne başvurmuş, önce menüsküs ameliyatı olmuş, iyileşmeyince kıkırdak transferi ameliyatı yapılmış, yine iyileşmeyince üçüncü kez başvurduğunda MR tahlili, biyopsi yapılmış, kanser teşhisi konmuş, en sonunda sol ayağı diz kapağı hizasından kesilmiştir. Davacı; teşhis ve tedavide tıbbî eksiklik ve ihmal sonucu davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğunu ileri sürerek dava açmıştır.

b. İdarî Yargı Yerlerinin Kararları

Bilirkişi incelemesi için dosya Adli Tıp Kurumu'na gönderilmiş Adli Tıp Kurumu hastaya ait grafilerin, yapılan biyopsi ve geçirdiği tüm operasyonlara ait patoloji blok ve preparatların temin edilerek gönderilmesini istemiş, davalı idare dosyayı hastaya verdiği için mevcut olmadığını bildirmiş, davacı da dosyayı temin edememiş, Adli Tıp Kurumu görüş bildiremeyeceğini ifade etmiş, hastane müdürü dosyayı arşivden alıp ilgili bölüme gönderdiğini yazılı belge ile belirtmiştir.

İdare mahkemesi hem maddî hem de manevî tazminat talebini reddetmiştir.

Danıştay'a göre: "..... Dosyanın kaybedilmesi ağır hizmet kusuru teşkil eder..... İdarenin belgeleri ibraz edememesi, meydana gelen zarar nedeniyle idarenin sorumluluğunun bulunup bulunmadığının yargısal denetimini engellediği için idare mahkemesinin maddî tazminatı reddetmesinde hukuka aykırılık yoktur....".

Danıştay bu gerekçeden sonra idare mahkemesinin kararının maddî tazminat isteminin reddine ilişkin kısmının onanmasına, manevî tazminat isteminin reddine ilişkin kısmının bozulmasına karar vermiştir, yani Danıştay maddî tazminat talebini reddetmiş manevî tazminat talebini kabûl etmiş olmaktadır.

c. Hasta Hakları Yönetmeliği'ne Göre İhlâl Edilen Haklar

Davacının; tıbbî özen gösterilmesini isteme hakkı (md.14), kayıtları ve belgeleri muhafaza edemediği için kayıtları inceleme hakkı (md.16) şeklinde ifadesini bulan hakları ihlâl edilmiştir.

d. Yargı Kararlarının İncelenmesi ve Yorum

İdare mahkemesinin maddî ve manevî tazminat talebini reddetmesi uygun değildir. Üstelik hastaya ait dosyayı hastanenin kaybettiği belgelenmiştir (Hastane müdürü dosyayı arşivden alıp ilgili bölüme göndermiştir). Dosya davacı hastaya

verilse ve hasta kaybetse bile, hastanede dışarıya çıkarılan bir belgenin fotokopisi bulundurulamaz mı? sorusu akla gelmektedir. Hastaya ait grafilerin gerekli şekilde muhafaza edilmemesi ve hastaya ait dosyanın kaybedilmesi, sağlık hizmetinin işletilmesine ilişkin ağır hizmet kusuru teşkil etmektedir. Buna rağmen idare mahkemesi; davacının maddî tazminat talebini reddetmiş, ağır kusurdan dolayı davalı idareyi değil, bacağı kesilmiş davacıyı cezalandırmıştır. Burada hem idare mahkemesinin hem de Danıştay'ın ret kararlarına katılmak mümkün görünmemektedir.

Kaldı ki ortada sadece belgelerin kaybedilmesi kusuru yoktur, büyük bir ihtimalle tıbbî hata da vardır. Üç kere farklı konularda aynı yerin ameliyat edilip ondan sonra da başarılı olunamayıp bacağın kesildiği ileri sürülmektedir. Bu husus özellikle inceleme yapılmasını gerektiren bir ağır hizmet kusuru karinesidir.

Davalı idarenin bütün bu kusurları bacağı kesilmiş davacıya yüklenmiş, maddî ve manevî tazminat talebi (ilk derece mahkemesi tarafından) reddedilmiştir.

İdare mahkemesinin manevî tazminatı reddeden kararını Danıştay haklı olarak bozmuştur.

Bacağı kesilmiş bir insan her işyerinde çalışamayacağı, her türlü işi yapamayacağı için maddî zarara hayatı boyunca uğrayacaktır. Ama maddî tazminat talebi her iki mahkeme tarafından da kabul edilmemiştir. Bacağı kesilmiş bir insanın hangi işyerinde ve nasıl çalışacağını, hayatını ne şekilde, kimin veya kimlerin desteğiyle idame ettireceğini, maddî tazminat talebini reddederken acaba yüksek mahkeme üyeleri düşünmüşler midir?

Böyle durumlarda kanaatimizce en doğru olanı **idarenin kusursuz sorumluluğuna** gidilmesi ve idarenin maddî ve manevî tazminat ödemesine karar verilmesidir.

3. Danıştay 10.Dairesi'nin 30.03.2009 tarihli ve E.2007/7210, K.2009/2438 sayılı Kararı

a. Olay

Davacı İ..... Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi'nde önce Akut Romatizmal Ateş (ARA) tedavisi görmüş, sonra Romatoid Artrit (RA) ile tedavisine devam edilmiş, sonra başka hastanede sağ diz ekleminden ameliyat olmuş, tekrar İ..... Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi FTR bölümüne gitmiş, Romatoid Artrit tanısı konulmuş, bu tanı doğrultusunda bazı operasyonlar geçirmiş, sonra başka hastaneye başvurusu üzerine rahatsızlığına Ailevî Akdeniz Ateşi (AAA) ve Ankilozan Spondilit (AS) tanısı konulmuştur.

b. İdarî Yargı Yerlerinin Kararları

Mağdur yanlış teşhis ve tedavilerle zarara uğradığı gerekçesiyle maddî ve manevî tazminat davası açmış, Adli Tıp Kurumu'na yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda hazırlanan raporda: " ... Kolşisin adlı ilâca zamanında başlanmamasının bir eksiklik olduğu, tanının birçok kademedeki konulamaması olduğu, Ailevî Akdeniz Ateşi hastalığının çok zor teşhis edildiği" belirtilmiştir.

M.... idare mahkemesine göre; " ... rapor gözönüne alındığında davalı idarenin kusuru bulunmadığı saptanmıştır, ağır hizmet kusuru yoktur." İdare mahkemesi davanın reddine karar vermiştir.

Danıştay idare mahkemesinin kararını onamıştır.

c. Hasta Hakları Yönetmeliği'ne Göre İhlâl Edilen Haklar

Hastanın tıbbî gereklere uygun teşhis, tedavi ve bakımı isteme hakkı (HHY. md.11), tıbbî özen gösterilmesi hakkı (HHY. md.14) ihlâl edilmiştir.

d. Yargı Kararlarının İncelenmesi ve Yorum

Danıştay, yirmi yıla yakın süre boyunca sürünen davacının maddî ve manevî tazminat talebi için davasını reddeden M.... idare mahkemesinin kararını - kanaatimizce hatalı olarak- onamıştır. Burada 12 yaşından beri yirmi yıl boyunca yanlış teşhisler nedeniyle kendisine yanlış ilâçlar verilen bir şahıs sözkonusudur. Adli Tıp Kurumu'nun açık olarak objektif ol-

madığı bir okunuşta anlaşılan raporu vardır. AAA hastalığını teşhis etmenin zor olduğunu ifade etmektedir. Her iki mahkemenin de rapora bağlı kalmayıp kendi inisiyatiflerini kullanarak aslında idarenin hizmet kusuru bulunduğunu kabûl etmeleri gerekirdi.

Bu karar kanaatimizce hukuka uygun değildir, çünkü yirmi yıl boyunca davacıya teşhis konulamamış ve davacı derdiyle başbaşa kalmıştır. İdarenin hizmet kusurunun bulunduğu aşikârdır.

Eğer idarî yargı yerleri olayda hizmet kusuru bulamıyorlarsa hak ve nasafet, hakkaniyet kavramlarına başvurarak - yıllarca yanlış teşhis konulmasından dolayı yanlış operasyonlar geçiren davacıya **kusursuz sorumluluk ilkesine** göre - tazminat ödenmesine karar verebilirlerdi.

4. Danıştay 10.Dairesinin 27.04.2009 tarihli ve E.2006/4079, K.2009/3186 sayılı kararı

a. Olay

Davacıya 1976 yılında H..... Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nde sağlık kurulu raporuyla multiple sklerose (MS) teşhisi konmuş, 2003 yılında M..... Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi'nde MS değil, beyinde ilerlemiş düzeyde kitle bulunduğu tespit edilmiştir. Davacı, hatalı teşhis sonucu malûlen emekliye sevk edilmesi, geç teşhis nedeniyle hastalığına tıbbî müdahalede bulunulmamış olunması nedenleriyle maddî ve manevî tazminat talebinde bulunmuştur.

b. İdarî Yargı Yerlerinin Kararları

İ..... idare mahkemesi 1976 yılında manyetik rezonans görüntüleme ve tomografi yöntemlerinin Türkiye'de bulunmadığı ve hastalığın kesin belirlenmesinin mümkün olmadığı dikkate alındığında teşhiste tıbbî yanılmanın hizmet kusuru olamayacağı ve idarenin tazmin sorumluluğuna yol açmayacağı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Danıştay'a göre - o dönemde - tazmin yükümlülüğünün

doğması için ağır hizmet kusuru gerekmektedir. Tıbbî yanılığının ağır hizmet kusuru kapsamında değerlendirilmesine olanak yoktur. Adli Tıp Kurumu'ndan tıbbî mütalâa istenmesine gerek yoktur.

Danıştay temyiz istemini reddederek İ..... idare mahkemesinin kararını onamıştır.

c. Hasta Hakları Yönetmeliği'ne Göre İhlâl Edilen Haklar

Hastanın tıbbî gereklere uygun teşhis, tedavi ve bakımı isteme hakkı (HHY. md.11), tıbbî özen gösterilmesi hakkı (HHY. md.14) ihlâl edilmiştir.

d. Yargı Kararlarının İncelenmesi ve Yorum

Danıştay tetkik hâkimi dosya Adli Tıp Kurumu'na gönderilmediği için idare mahkemesinin kararının eksik incelemeye dayalı olduğu gerekçesiyle bozulması gerektiğini düşünmektedir.

Danıştay ise her zaman eksiklik addettiği Adli Tıp Kurumu'ndan rapor istenmesini bu defa gerekli bulmamıştır. Burada yanlış teşhis sonucu malûlen emekli olan, beyninde ilerlemiş düzeyde kitle bulunan bir kurbana maddî/manevî tazminat ödenmemektedir. Çünkü tıbbî yanılığın Danıştay'a göre ağır hizmet kusuru sayılmaz. İdarenin burada kanaatimizce hizmet kusuru bulunmaktadır. Olayı hizmetin kötü işlemesine hatta geç işlemesine örnek verebiliriz. Çünkü 1976 yılında Türkiye'de bulunmadığı ifade edilen manyetik rezonans ve tomografi yöntemleri 2003 yılından önce Türkiye'ye gelmiş midir gelmemiş midir, bunu da tespit etmek gerekir. Danıştay bazı ispatlanmasında güç durumlarda maddî tazminatı reddetse bile manevî tazminata hem de yasal faiziyle hükmetmektedir. Burada Danıştay'ın hiç değilse manevî tazminat talebinin reddinin bozulmasına karar vermesi gerekirdi.

1976 yılında yanlış olarak MS teşhisi konan, ancak 27 yıl sonra doğru teşhisle beyinde - muhtemelen çok gecikildiği için - ilerlemiş düzeyde kitle tespit edilen ve bu nedenle malûlen

emekliye sevkedilen davacının olayında idarî yargı yerlerinin (her iki mahkemenin kararını birlikte tekrar yorumlayalım) kararlarına göre:

- i. Tıbbî yanılma ağır hizmet kusuru değildir.
- ii. Tıbbî yanılma hizmet kusuru da değildir. Hâlbuki kanaatimizce hizmet kusuru olup hizmetin kötü ve 27 yıl kadarlık bir yanılığa olduğuna göre geç işlemesine örnek oluşturur.
- iii. Mahkemelere göre Türkiye’de manyetik rezonans görüntüleme ve tomografi âlet ve yöntemlerinin bulunmaması da bir hizmet kusuru değildir. Eğer diğer ülkelerde o tarihlerde kullanılıyor idiyse kanaatimizce bir hizmet kusurudur. Sağlık Bakanlığı’nın diğer ülkelerde kullanılmaya başlanan çok elzem cihazları hemen getirtmesi gerekir.

Kaldı ki **idarenin kusursuz sorumluluğu** denilen ilke geçen yüzyıldan bu yana uygulanabildiğine göre Danıştay bu kararında “**kusursuz sorumluluk**” ilkesine başvurabilirdi.

5. Danıştay 15. Dairesinin 29.05.2014 tarihli ve E.2013/4573, K.2014/4441 sayılı kararı⁴²

a. Olay

Davacılar.....’ın kızlarının D..... doğum hastanesinde doğumu sırasında doğuma katılan sağlık personelinin yanlış ve ihmâlî davranışı nedeniyle sol kolunun sinir sisteminde zedelenmeye neden olduğu ileri sürülerek maddî-manevî tazminat talep edilmiştir.

b. İdarî Yargı Yerlerinin Kararları

Adlî Tıp Kurumu’nun raporunda; bebekte ortaya çıkan brakial pleksus zedelenmesinin doğumun bir komplikasyonu olarak meydana geldiği ve bu nedenle hizmet kusuru bulunmadığı belirtilmiştir.

⁴² Bu konu bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne götürülmüş ve Mahkeme 19.07.2018 tarihli kararıyla hak ihlali bulunduğu hükmetmiştir.

İdare mahkemesi; davalı idarenin hizmet kusurunun varlığını gösteren koşulların bulunmadığı, idarenin tazmin yükümlülüğü olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Danıştay; davacıya ait doğum eylemine ilişkin tüm belgeler, hasta dosyası mahkemeye sunulmadığından Adli Tıp Kurumu'nun sadece defter kayıtları ve ifade tutanaklarına bakarak "travayda" gelen bebeğin doğum ağırlığının ölçülmemesini normal karşılamaının çelişki oluşturduğundan, davacının hastane obstetrik servisindeki tedavisine ilişkin kayıtların tutulduğu hasta dosyasının muhafaza edilmemesi bakımından sağlık hizmetinin kusurlu işlediği anlaşıldığından davanın maddî tazminatın reddine ilişkin kısmının onanmasına, manevî tazminatın reddine ilişkin kısmının bozulmasına karar vermiştir.

c. Hasta Hakları Yönetmeliği'ne Göre İhlâl Edilen Haklar

Hastanın tıbbî gereklere uygun teşhis, tedavi ve bakımı isteme hakkı (HHY. md.11), tıbbî özen gösterilmesi hakkı (HHY. md.14) ihlâl edilmiştir.

d. Yargı Kararlarının İncelenmesi ve Yorum

Danıştay bu davada haklı ve yerinde olarak hasta dosyasının muhafaza edilmemesini hizmetin kötü işlemesi olarak kabûl etmiştir. Hasta dosyası düzgün tutulsaydı idarî yargı yeri doğum sırasında kolu sakatlanan bebek için istenilen tazminatın - Adli Tıp Kurumu komplikasyon olarak kabûl etmesine rağmen - ödenmesine karar verecek miydi, yoksa her zaman olduğu gibi Kurumun raporuna mı uyacaktı?

Burada doğum sırasında sağlık personeli tarafından yanlış davranış nedeniyle sakat bırakılan bir bebek bulunmaktadır. Önce hizmet kusuru aranmalı, hizmet kusuru bulunamazsa **kusursuz sorumluluğa** gidilmelidir.

Adli Tıp Kurumu hizmet kusuru bulamadıysa her halükârda idarî yargı yerlerinin **kusursuz sorumluluk ilkesine** başvurmaları gerekirdi.

Anayasa Mahkemesi; bireysel başvuru sonucu verdiği kararla burada hak ihlali bulunduğuna hükmetmiştir.

6. Danıştay 15.Dairesinin 11.09.2018 tarihli ve E.2018/130, K.2018/6198 sayılı kararı

Bölge idare mahkemesinin hak ve nasafet ilkesine dayanarak verdiği, Danıştay'ın da gerekçeyi yerinde bularak onayladığı bir kararı inceleyelim.

a. Olay

E....devlet hastanesine bademcik ve boğaz ağrısı şikâyetiyle başvuran davacı kendisine yanlış tıbbî uygulama yapıldığı için düşük ayak sendromu oluştuğu ve kalan yıllarını bacağını kullanamamaya geçireceği, bu durumun yanlış tıbbî uygulamadan kaynaklandığı iddiasıyla mahkemeye başvurarak maddî-manevî tazminat talep etmiştir.

b. İdarî Yargı Yerlerinin Kararları

İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü'nün raporunda; yapılan tıbbî müdahale ile oluşan sağlık problemi arasında illiyet bağı bulunmadığından idarenin hizmet kusuru olmadığı belirtilmiştir.

- i) İdare mahkemesi; oluşan sağlık problemi ile uygulanan tıbbî tedavi arasında illiyet (nedensellik) bağı olmadığından davanın maddî-manevî tazminat talebi açısından reddine karar vermiştir.
- ii) Bölge idare mahkemesi kısaca; yerel mahkemenin maddî tazminatın reddine ilişkin kararının onanmasına, manevî tazminatın reddine ilişkin kararının ise davacıya yapılan enjeksiyonun sinir içine yapılıp yapılmadığının tespit edilemediği, yapılan tıbbî uygulama ile hastanın uğradığı zarar arasında hasta aleyhine orantısızlık bulunduğu, somut nedeni tespit edilemeyen zararın sadece hastaya yüklenmesinin **hak ve nasafet ilkesine** uymadığı gerekçeleriyle davacı lehine manevî tazminata hükmedilmesine karar vermiştir.

iii) Danıştay; bölge idare mahkemesinin gerekçesini yerinde bularak kararın onanmasına karar vermiştir.⁴³

c. Hasta Hakları Yönetmeliği'ne Göre İhlâl Edilen Haklar

Hastanın tıbbî gereklere uygun teşhis, tedavi ve bakımı isteme hakkı (HHY. md.11), tıbbî özen gösterilmesi hakkı (HHY. md.14) ihlâl edilmiştir.

d. Yargı Kararlarının İncelenmesi ve Yorum

Bölge idare mahkemesinin kararının üzerinde biraz durmakta fayda vardır: Tıbbî müdahale sonucu oluşan zarar ile müdahaleyle varılan sonuç arasında hasta aleyhine orantısızlık bulunduğundan hareketle enjeksiyonun sinir içine yapılıp yapılmadığının tespit edilememesi, bu nedenle somut olarak tespiti yapılamayan zararın tamamının sağlık hizmetinden yararlanana yüklenilmesini mahkeme; evrensel hukuk ilkelerine, ölçülülük ilkesine, hak ve nasafet ilkesine aykırı bulmaktadır. Ayrıca hem enjeksiyonun yapılışında hem de sonrası müdahalelerde özensizlik bulunduğu kanaati oluştuğundan bölge idare mahkemesi davacıda ortaya çıkan manevî zararın tazmin edilmesi gerektiği kanısına varmıştır.⁴⁴

Bu yargı kararında muhtemelen hizmet kusurunun olduğu kanaatine de varmasına rağmen bölge idare mahkemesinin genelde **kusursuz sorumluluk ilkesine** dayanarak hak ve nasafet ilkesine başvurmasını takdirle karşılamaktayız. Kaldı ki burada Danıştay da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin devlete yüklediği pozitif yükümlülüklerle değinecek devlet tarafından özel veya kamu hastanelerine hastaların hayatını koruyacak nitelikteki tedbirleri alma zorunluluğu getiren yasal ve düzenleyici çerçevenin konulması gerektiğini ifade etmiş, "yükümlülük" kavramını yorumlamış, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin örnek kararlarını göstermiştir. Manevî

⁴³ Danıştay 15. Dairesinin 11.09.2018 tarihli ve E.2018/130, K.2018/6198 sayılı kararı.

⁴⁴ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdarî Dava Dairesinin 25.10.2017 tarihli ve E.2017/1760, K.2017/1851 sayılı kararı.

tazminatı ayrıntılı açıklamış, enjeksiyonun yapılışında ve sonraki müdahalelerde özensizlik bulunduğu kanaati oluştuğunu belirtmiş, daha sonra davacıya enjeksiyondan önce risklerin anlatılmadığı, davacıdan yazılı onamının alınmadığı, böylece davacının aydınlatılma ve onay verme hakkının elinden alınması sebebiyle manevî tazminat talebinin bu gerekçeyle kabul edilmesi gerektiğini ifade ederek İ...bölge idare mahkemesinin kararını onamıştır. Biz de Danıştay'ın bu kararına katılıyoruz.

7. Danıştay 15.Dairesinin 02.10.2018 tarihli ve E.2014/1939, K.2018/6550 sayılı kararı

a. Olay

Davacı G.D. sağ bacak bileğine batan dikiş iğnesi sebebiyle başvurduğu G..... hastanesinde yapılan ameliyatta gazlı beze ait iplik parçalarının ameliyat bölgesinde unutulduğunu ve bunun neticesinde ayağının kangren olduğunu ileri sürerek idarenin hizmet kusuru bulunduğundan bahisle maddî-manevî tazminat talep etmiştir.

a. İdarî yargı yerlerinin kararları

Adli Tıp Kurumu'nun raporunda; davacıya yapılan ameliyat bölgesi de dikkate alındığında spanç, iplik gibi gazlı bez parçalarının unutulmasının mümkün olmadığı, ayakta oluşan kangren ile yapılan ameliyat arasında illiyet bağı bulunmadığı ifade edilerek idarenin hizmet kusurunun olmadığı belirtilmiştir.

İdare mahkemesi; Adli Tıp Kurumu'nun raporuyla davalı idarenin hizmet kusurunun olmadığına anlaşıldığı ve idarenin tazmin yükümlülüğünün bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Danıştay; reddedilen maddî tazminata göre hükmedilen nispi vekâlet ücretinin idarî yargıda ıslah kurumu bulunmadığından **maktû vekâlet ücreti** olarak hükmedilmesi gerektiği düşüncesiyle bozulmasına, maddî-manevî tazminatın reddine ilişkin kısmının onanmasına karar vermiştir.⁴⁵

⁴⁵ Danıştay 15. Dairesinin 02.10.2018 tarihli ve E.2014/1939, K.2018/6550 sayılı kararı.

b. Hasta Hakları Yönetmeliğine Göre İhlâl Edilen Haklar

Hastanın tıbbî gereklere uygun teşhis, tedavi ve bakımı isteme hakkı (HHY. md.11), tıbbî özen gösterilmesi hakkı (HHY. md.14) ihlâl edilmiştir.

c. Yargı Kararlarının İncelenmesi ve Yorum

Görüldüğü üzere, her iki yargı kararında da hizmet kusurunun bulunmadığı ifade edilmiş, **kusursuz sorumluluk hiç düşünülmemiş**, ikinci örnekte yalnızca nisbî vekâlet ücretinin maktû vekâlet ücreti olarak hükmedilmesi gerektiğine karar verilmiştir.

B. Kusursuz Sorumluluk İlkesinin Uygulanabilirliğini Göstermesi Açısından İlk Derece Mahkemelerinin Kararlarından, Danıştay Kararlarındaki Tetkik Hâkimlerinin Görüşlerinden ve Karşıoylardan Örnekler

1. Z.....İdare Mahkemesinin 13.11.2015 Tarihli ve E.2015/1088, K.2015/1198 Sayılı Israr (Direnme) Kararı

a. Olay

Davacı oral polio yaptırmak üzere K...E...G...sağlık ocağına götürülmüş, aşısı yapıldıktan sonra çocuk felci olmuş, aşıyla bağlı paralitik poliomyelit gelişmiştir.

a. Z... İdare Mahkemesinin Kararı

Açılan davada davalı idare savunmasında aşı uygulanan kişilerde bazen felç görülebilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir. Z...idare mahkemesi kararında; önce kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmin konusuna değinmiş, Adli Tıp Kurumu'nun "aşı uygulamasının tıp kurallarına uygun olduğu, aşı sonrası ortaya çıkan durum komplikasyon olarak değerlendirildiğinden malûliyet oranı tayinine mahal bulunmadığı, idareye yönelik hizmet kusuru tespit edilmediği..." yönündeki raporu değerlendirildiğinde nesnel sorumluluk ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağına belirlenmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Z... idare mahkemesi bu durumdaki kişinin "o haliyle bırakılama-

yacağının, duyarlı ve sosyal bir devlet olma ve AİHM kararlarında da vurgulandığı üzere idareye atfedilebilecek haksız bir eylemin varlığına ilişkin kanıtlar olmasa dahî devlete nesnel bir sorumluluk yüklenebileceği hususu gözönüne alındığında, davalı idarenin zarar görenin zararını karşılaması gerektiği” kanaatine ulaşmıştır. “... Hizmet kusuru saptanamamakla birlikte zarar ile idarenin eylemi arasında nedensellik bağının bulunması sebebiyle ve nesnel sorumluluk ilkesi gereğince davacılar zararının idarece tazmini gerektiği sonucuna varılmıştır.Mahkememizin önceki kararında ısrar edilmek suretiyle... maddî... manevî... tazminatın...yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine.... oyçokluğu ile karar verildi....”.

Karşıyoda ise hâlâ ağır hizmet kusurunun varlığının aranması gerektiği savunulmakta ve Adli Tıp Kurumu’nun raporu esas alınmakta, bünyesinde risk barındıran sağlık hizmetinin sunucusu olan davalı idarenin maddî ve manevî tazminata mahkûm edilmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir.

b. Yorum

İlk derece mahkemesinin hizmet kusuru bulamadığı durumlarda kusursuz sorumluluk ilkesine dayanmasını ve önceki kararında ısrar etmesini olumlu buluyor ve bir gelişme olarak yorumluyoruz.

2. Danıştay 15. Dairesinin 05.04.2018 Tarihli ve E.2013/12141, K.2018/3369 Sayılı Kararı, Tetkik Hâkiminin Düşüncesi

a. Olay

Davacı rahatsızlanarak devlet hastanesine gitmiş, kendisine uygulanan hatalı enjeksiyon sonucunda sol bacağı işlevini yitirmiş, uğradığı zararlara karşılık maddî ve manevî tazminat davası açmıştır.

b. İdarî Yargı Yerlerinin Kararları

İdare mahkemesi Adli Tıp Kurumu’nun “...davalı idarenin hizmet kusuru işlediğine dair bir tespitinin.....” bulunmadığına, “...nöropatinin enjeksiyon uygulamalarının beklenebilir komp-

likasyonu” olarak değerlendirmesine dayanarak davanın reddine karar vermiştir.

Danıştay’ın kararı şöyledir: “.... Enjeksiyon uygulamasına ilişkin kayıt (uygulayan kişi, uygulama saati) bulunamamıştır....kimin tarafından yapıldığı tespit edilememiştir.... İdarenin olayda hizmet kusuru olup olmadığının tespit edilememesinin tıbbî kayıt eksikliğinden kaynaklandığı gözetildiğinde, davacının hakkında uygulanan tedaviyi ve zararlı sonucun sebebini öğrenmesine yarayacak tıbbî kayıtların eksik olmasından dolayı tedavi sürecinde gelişen olaylarla ilgili maddî gerçeğe (rahatsızlığın nedenine) ulaşamayacağı ve ömür boyu şüphe duyacağı açıktır.... Davacının rahatsızlığının sebebini öğrenemeyecek olması nedeniyle uğradığı maneî zararın, maneî tazminatın zenginleşme aracı olamayacağı ilkesi de gözetilerek tazmini gerekirken maneî tazminat talebinin reddinde hukuka uyarlık görülmemiştir.....”.

c. Hasta Hakları Yönetmeliği’ne Göre İhlâl Edilen Haklar

Hastanın tıbbî gereklere uygun teşhis, tedavi ve bakımı isteme hakkı (HHY. md.11), tıbbî özen gösterilmesi hakkı (HHY. md.14) ihlâl edilmiştir.

d. Tetkik Hâkiminin Görüşü

Temyiz aşamasında Danıştay tetkik hâkiminin bizce çok iyi ifade ettiği düşüncesi şöyledir: “.... Enjeksiyon nöropatisine ilişkin olarak Adli Tıp Kurumu raporlarında nöropatinin, işlemin doğru bölgeye yapılması halinde bile gelişebilen, önlenemeyen ve öngörüle-meyen bir komplikasyon olduğu değerlendirilmesi yapılmaktadır. Bu raporlardan, kas içi enjeksiyon uygulamasının, başka rahatsızlıkların tedavisi için başvurulmuş ancak sonrasında hastada daha önce bulunmayan ârazların ortaya çıkmasına sebebiyet verebilen, bu anlamda ciddi risk taşıyan bir uygulama olduğu anlaşılmaktadır. Hastalara ilaç verilme yollarından biri olan bu uygulama sağlık kuruluşlarında sıklıkla tercih edilmekte, bu yolun belirlenmesi kararı hekimlerce alınmakta, hastanın bu yöntemin tercih edilmesinde iradesi de bulunmamaktadır.

*Sağlık personelinin yapılan enjeksiyonda uygulama hatasının tespit edildiği durumlarda idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumlu olacağı ve ilgili personele rüçû imkânı doğacağı açıktır. Tıbbî bir hatanın tespit edilememesi durumunda ise, bünyesinde bu denli risk taşıyan ancak vazgeçilemeyen bir uygulama sonucu ortaya çıkan zararın **sosyal hukuk devleti olma** ve hakkaniyet gereği **kusursuz sorumluluk ilkesi** gereğince tazmini gerekir.*

Bu nedenle davaya konu uyuşmazlıkta, yapılan enjeksiyon işleminde sağlık personelinin bir kusurunun bulunduğu tespit edilememekte ise de, davacının maddî ve manevî tazminat taleplerinin kusursuz sorumluluk ilkesi çerçevesinde değerlendirilerek karar verilmesi gerektiğinden davanın reddi yolundaki temyize konu mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.”

e. Yargı Kararlarının İncelenmesi ve Yorum

İdare mahkemesinin; Adli Tıp Kurumu'nun "...enjeksiyon uygulamalarının beklenebilir komplikasyonu..." olduğuna dair raporuna dayanarak verdiği maddî ve tazminat talebinin reddine dair kararına katılmıyoruz. Danıştay'ın "...idarenin hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağıнын incelenmesi...gerekmektedir... manevî zararın varlığı, sadece şeref, haysiyet ve onur kırıcı işlem ve eylemlere ya da kişilerin vücut bütünlüğünde meydana gelen sakatlık haline ölüm nedeniyle ağır bir elem, üzüntü duyulması şartına bağlı olmayıp, idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetini gereği gibi eksiksiz olarak sunamaması nedeniyle ilgililerin yeterli hizmet alamamalarından dolayı üzüntü ve sıkıntı duymaları, manevî zararın varlığı ve manevî tazminatın hükmedilmesi için yeterli bulunmaktadır...." şeklindeki gerekçesine ve "...idare mahkemesinin manevî tazminat talebinin reddine ilişkin kısmının bozulmasına..." dair kararına katılmıyoruz.

3. Danıştay 15. Dairesinin 03.04.2018 Tarihli ve E.2013/13008, K.2018/3265 Sayılı Kararı, Tetkik Hâkiminin Düşüncesi ve Karşılığı

a. Olay

Davacı düştükten sonra bel ağrısı şikâyeti ile devlet hastanesine gitmiş, yapılan enjeksiyon nedeniyle vücudunda hasar meydana gelmiş, maddî ve manevî tazminat talebinde bulunmuştur.

a. İdarî Yargı Yerlerinin Kararları

İdare mahkemesi Adlî Tıp Kurumu'nun "...ödem, *hematom gibi nedenlerle sinirin baskı altında kalabileceği gibi, ilâcın düfüzyon yoluyla sinire nüfuz ederek nöropatinin gelişebileceği, nöropatinin; enjeksiyon uygulamalarının beklenebilir komplikasyonu olarak değerlendirildiği...*" içerikli raporuna dayanarak maddî ve manevî tazminat isteminin reddine karar vermiştir.

Danıştay, kararında öncelikle davacının maddî tazminat isteminin reddine yönelik temyiz istemini reddetmiş, temyize konu mahkeme kararının **davalı idare lehine "nisbî vekâlet ücreti"**ne hükmedilmesi üzerinde durmuş, vekâlet ücreti olarak hükmedilen miktarın fazlalığının, konunun hak arama hürriyeti ve mahkemeye erişim hakkı bağlamında incelenmesi gerektiğini ifade etmiş, vekâlet ücreti ödeme yükümlülüğü getirilmesinin mahkemeye erişim hakkına yönelik bir sınırlama oluşturduğunu, böyle bir sınırlamanın meşrû görülebilmesi için kamu yararı ile birey hakkı arasında makûl bir dengeyi gözetilmiş olması gerektiğini, ancak bu yükümlülüğün tek başına mahkemeye erişim hakkını ihlâl eden bir müdahale olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiş, idare mahkemesi tarafından verilen kararda, reddedilen maddî tazminata ilişkin olarak **maktû vekâlet ücretine** hükmedilmesi gerekirken nisbî vekâlet ücretine hükmedilmesine ilişkin kısımda hukuka uyarlılık görmemiştir.

Danıştay yapılacak aydınlatma kısmı ile ilgili olarak 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 31., 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 323., 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. ve 168/son fıkrası, 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 14., 1982 Anayasası'nın 90/son fıkrası

ile 148/3.fıkrası, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1. fıkrası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mesutoğlu/Türkiye kararına yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2., Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair 11 Nisan 1928 tarihli ve 1219 sayılı Kanununun 70., Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nin (İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi)⁴⁶ 1., 4., 5., Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26., 01.08.1998 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15., 22/1.fıkrası, 31.maddelerini zikretmiş, sonra Adli Tıp Kurumu'nun "....Bakanlığa yönelik hizmet kusuru tespit edilemediği" ne dair raporuna ve rapordaki "....enjeksiyonun hatalı bölgeye uygulandığına dair dosya içeriğinde delil bulunmaması durumu karşısında, idarî eylemle zarar arasında nedensellik bağı kurulamadığından maddî tazminatın koşullarının oluşmamasına ve davacıdan yazılı onamın alınmamış olmasına...." değinmiş, manevî tazminat ve manevî zararı açıklamış, sonuç olarak da ".... Davacının... aydınlatılmış onamının alınıp alınmadığı, enjeksiyonun yetkili sağlık personeli tarafından yapılıp yapılmadığı hususları....araştırılmadan karar verildiğinden.... eksik inceleme ile manevî tazminat talebinin reddinde hukuka uyarlılık görülmemiştir.... bozulmasına" şeklinde oyçokluğu ile karar vermiştir.⁴⁷

b. Hasta Hakları Yönetmeliği'ne Göre İhlâl Edilen Haklar

Hastanın tıbbî gereklere uygun teşhis, tedavi ve bakımı isteme hakkı (HHY. md.11), tıbbî özen gösterilmesi hakkı (HHY. md.14) ihlâl edilmiştir.

c. Tetkik Hâkiminin Düşüncesi

Temyiz aşamasında Danıştay tetkik hâkiminin kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılabileceğini önerdiği düşüncesi şöy-

⁴⁶ 5013 sayılı Kanun için bkz. 09.12.2003 tarihli ve 25311 sayılı RG; 16.03.2004 tarihli ve 2004/7024 sayılı kararname için bkz. 20.04.2004 tarihli ve 25439 sayılı RG.

⁴⁷ Onam konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KIZILARSLAN, Hakan: Ceza Muhakemesi Adli Tıp ve Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma (Doktrin ve Uygulama), Ankara Temmuz 2007.

ledir: “...Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, kendilerine Anayasa ve kanunlarla verilen görevleri yerine getirirken, idarî işlem tesisi veya eylemde bulunmak suretiyle kişilere zarar verebilmektedir. **Hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olarak idare kusurlu veya kusursuz olarak verdiği zararları tazmin etmekle yükümlüdür.** Anayasamızın 125’inci maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtildikten sonra maddenin son fıkrasında idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır. Madde metninde sorumluluk için kusur şartı öngörülmemiştir. Madde metninin emredici niteliği dikkate alındığında, idarenin işlem veya eylemleri sonucu bir zarar oluşmuşsa, bu zararın kusurun varlığına bakılmaksızın tazmini gerekmektedir. Yargı mercilerinin sorumluluğu kusur veya kusursuz sorumluluğa dayalı olarak belirlemesi hali, olayın hukukî nitelendirilmesine ilişkindir. Nitekim idarî yargı içtihatlarıyla da idarenin kusura dayalı sorumluluğunun yanı sıra **kusursuz sorumlu olabileceği** haller de öngörülmüştür. Anayasa’nın bu âmir hükmü uyarınca idare, **hukuka uygun ve kusursuz olarak yürüttüğü bir kamu hizmetinden dolayı da sorumlu olabilmektedir. Sorumluluk hukukunun temel ilkelerinden olan “zarar veren kusursuz ise zarar gören ondan daha fazla kusursuzdur”** ilkesinden hareketle, idarenin davranışı sonucu bir zarar doğması halinde bu zararın idare tarafından karşılanması icap etmektedir. İdarenin kusursuz olması zarardan mutlak anlamda sorumlu olmayacağı sonucunu doğurmamaktadır. Nitekim **kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi ve risk ilkesi uyarınca idarenin hukuka uygun eylem veya işlemlerinden dolayı sorumluluğuna gidilebilmektedir. Danıştay içtihatlarında da vurgulandığı üzere sağlık hizmeti, özellikle tedavi hizmetleri bünyesinde risk barındıran yarı kamusal nitelikteki idarî faaliyetlerden olup, bu hizmet özel sektör tarafından da sunulmaktadır. İdare ajanlarıncı her türlü dikkat ve özen gösterilse dahî sunulan hizmet sonucunda özellikle vücut bütünlüğüne ilişkin zararlar oluşabilmektedir.** Tehlikeli işlerden kaynaklı kusursuz sorumluluğa ilişkin idarî yargının yerleşik içtihatlarında, fiil ile zarar arasında uygun bir illiyet bağının mevcudiyeti yeterli görülmekte, hattâ terör olaylarından kaynaklı sorumluluk hallerinde bu bağ dahî aranmayabilmektedir. İdarî

yargı mercilerinin bu içtihadına benzer bir düzenleme de, özel hukuk ilişkilerini düzenleyen temel kanunlarımızdan olan Türk Borçlar Kanunu'nun 71'inci maddesi ile getirilmiştir. Maddeye göre bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa bu işletmenin önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olarak kabûl edileceği ve faaliyetinden doğan zararın kusursuz dahî olsa tazmin edileceği düzenlenmiştir.

Enjeksiyon nöropatisi ile ilgili Adlî Tıp raporlarında, yapılan işlemin doğru bölgeye tatbiki halinde dahî nöropatinin gelişebileceği ve bu noktada sağlık personeline kusur izafe edilemeyeceği belirtilmekte ve ancak her enjeksiyon öncesinde MR veya tomografi ile siyatik sinirlerinin geçtiği bölgelerin belirlenmesiyle bu durumun önüne geçilebileceği, bunun da tıbbî pratikler açısından mümkün olmadığı yönünde görüş belirtilmektedir.

Enjeksiyon nöropatisinde, siyatik sinirin geçtiği yerin belirlenmesi mümkün olmakla birlikte tıbbî pratikler ve maliyetli olması açısından uygulanamaz nitelikte olduğu dikkate alındığında; idarenin bir tazmin sorumluluğunun da bulunması gerekmektedir. **Zira her enjeksiyon öncesinde MR çekimi ciddi bir zaman, emek ve kaynak maliyetini gerektirmektedir. İdarenin bu maliyete katlanmaması karşılığında, kişide enjeksiyon nöropatisine bağlı oluşan ve ömür boyu devam eden vücut fonksiyon kaybına ilişkin zararı karşılaması yoluyla kamu yararı ile bireysel yarar arasında bozulan dengenin ödenecek tazminatla yeniden kurulması, hukuk devletinin ve hakkaniyetin bir gereğidir.**

Girişimsel tıbbî uygulamaların bünyesinde değişen ölçekte tehlike ve risk taşıdığı dikkate alındığında, idarenin bu tehlikeli ve riskli faaliyetinden kaynaklanan zararı, idare ajanlarınınca her türlü dikkat ve özen gösterilmiş olsa yani kusursuz olsa dahî tazmini, **hukuk devletinin ve hak ve nasafetin bir gereği olup**, tazminat istemini reddeden temyize konu kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.....”.

Danıştay bu görüşe itibar etmemiş, eksik inceleme nedeniyle ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına hükmetmiştir.

d. Karşıoy

Karşıoy ise şöyledir: “Anayasa’nın kişinin dokunulmazlığı, maddî ve maneî varlığı başlıklı 17. maddesine göre; herkes, yaşama, maddî ve maneî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Yine Anayasa’nın 125. maddesinin son fıkrasında ise, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmaktadır.

Ayrıca, kişinin yaşam hakkı ile maddî ve maneî varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklarından. ‘Yaşam ve vücut bütünlüğü üzerindeki temel hak’ın, devletlere pozitif mükellefiyet yükleyen haklardan olduğu, Yüksek Mahkeme kararında yer almıştır (Anayasa Mahkemesi’nin 30/12/2010 tarih E:2007/78, K:2010/120, kararı). Dava konusu olayda, idarenin eylemi ile oluşan zarar arasında uygun illiyet bağı mevcut olduğundan, kişinin uğradığı maddî zararın da idarece tazmin edilmesi gerektiği oyuyla çoğunluk kararına katılmıyorum..”.

e. Yargı Kararlarının İncelenmesi ve Yorum

İlk derece mahkemesinin Adli Tıp Kurumunun “...sinirin baskı altında kalmasının enjeksiyon uygulamalarının beklenebilir komplikasyonu...” olduğuna dair raporuna dayanarak davayı reddetmesi hükmüne katılmıyoruz.

Danıştay’ın; davalı idare lehine maktû vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekirken nisbî vekâlet ücretine hükmedilmesine dair kararı bozmasını - hak arama hürriyetini ve mahkemeye erişim hakkını engellediği için - doğru buluyoruz.

Danıştay’ın hastanın aydınlatılması ile ilgili olarak davacının onamının alınıp alınmadığı konusunun araştırılmamasının üzerinde durmasını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına atıfta bulunmasını da uygun görüyoruz. Ama bunların yanında tetkik hâkiminin kusursuz sorumlulukla ilgili açıklamalarını gözardı etmemesi gerektiğini de düşünüyoruz.

4. Danıştay 15. Dairesinin 17.10.2017 Tarihli ve E.2017/1561, K.2017/5575 Sayılı Kararına Yazılan Karşıoy

a. Olay

Dava konusu olayda, davacıya rahatsızlığı nedeniyle başvurduğu T..... Devlet Hastanesi Âcil Servisi'nde iğne (Dikloron-Novafam) enjektörde edilmiştir. Yapılan enjeksiyondan sonra davacıda enjeksiyon nöropatisi ârazı gelişmiştir.

b. İdarî Yargı Yerlerinin Kararları

Enjeksiyonu uygulayan hemşire hakkında yürütülen ceza soruşturması kapsamında Adli Tıp Kurumu'ndan alınan bilirkişi raporunda da, davacıda meydana gelen ârazın uygulanan iğne sonucu gelişen enjeksiyon nöropatisi olduğu teyit edilmiş, ancak tıbbî belgelerde enjeksiyonun yanlış yere yapıldığına ilişkin bir kaydın bulunmadığı, enjeksiyonun doğru yere yapılmış olması halinde de önlenemez ve öngörülemeyen bazı tıbbî nedenlerle nöropatinin gelişebileceği, nöropatinin enjeksiyon uygulamalarının beklenebilir komplikasyonu olduğu belirtilerek idareye yönelik hizmet kusuru tespit edilmediği ifade edilmiştir. İdare mahkemesi davayı reddetmiş, Danıştay reddi onanmış, kararın düzeltilmesi talebini de reddetmiştir.

c. Hasta Hakları Yönetmeliğine Göre İhlâl Edilen Haklar

Hastanın tıbbî gereklere uygun teşhis, tedavi ve bakımı isteme hakkı (HHY. md.11), tıbbî özen gösterilmesi hakkı (HHY. md.14) ihlâl edilmiştir.

d. Karşıoy

Karşıoy şöyledir: ".....Her ne kadar Adli Tıp raporunda, davacıda oluşan ârazın bir komplikasyon olduğu, bu nedenle idareye herhangi bir kusur atfedilemeyeceği belirtilmiş ve bu doğrultuda idare mahkemesince de davanın reddi yönünde karar verilmiş ise de; davacıda oluşan ârazın uygulanan enjeksiyon sonucu geliştiği, yapılan enjeksiyondan önce herhangi bir sakatlığı bulunmayan davacının bu enjeksiyon sonucu sakatlandığı açık olduğundan, sunulan sağlık hizmetine kusur atfedilememesi nedeniyle davacıdan uğradığı zarara kat-

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

lanmasını beklemeye hukuken imkân bulunmamaktadır. Bu nedenle kusur sorumluluğu ilkesi çerçevesinde tazmin edilemeyen davacının zararlarının yine idare hukukununun temel ilkelerinden birisi olan **kusursuz sorumluluk ilkesi** uyarınca tazmin edilmesi gerekmektedir.

*Açıklanan nedenle, karar düzeltme isteminin kabûl edilerek mahkeme kararının bu gerekçeyle bozulması gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına katılmıyorum....”*⁴⁸

e. Yargı Kararlarının İncelenmesi ve Yorum

İdare mahkemesinin davayı reddetmesi, Danıştay'ın ret kararını onaması, kararın düzeltilmesi istemini reddetmesi kararlarına katılmıyoruz. Karşıoydaki açıklamalar doğrultusunda sözkonusu olayda kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanması gerektiğini düşünüyoruz. Kaldı ki bazı hizmet sunumlarında Danıştay basit kusuru bile yeterli saymaktadır. Ama **kusursuz sorumluluk** ilkesini hemen hemen hiç kullanmamaktadır; konumuzla ilgili hemen hemen bütün kararlarında sağlık hizmetinin riskli bir hizmet olduğunu dile getirmektedir.

Enjeksiyonun yanlış uygulanması sonucu ortaya çıkan sakatlıklarda her halükârda kusursuz sorumluluğa başvurulması gerektiğini düşünmekteyiz. Çünkü MR çekimi ile doğru yere yapılması mümkün olan enjeksiyon, bu sistemin pahalı olması ve zaman kaybına sebebiyet vermesi nedeniyle kullanılmadığına göre - daha önceki kararlarda tetkik hâkimlerinin de ifade ettikleri üzere - bunun bir bedeli olarak, idarenin; yaptığı hata sonucu neden olduğu zararı kusursuz sorumluluk ilkesine göre ödemesi gerekmektedir.

C. İlliyet Bağının Kurulamadığı Durumlarda Kusursuz Sorumluluğun Uygulanamayacağı Konusu

İdarenin zararı karşılama sorumluluğunun doğabilmesi için, zarar ile idarenin davranışı arasında bir illiyet (neden-

⁴⁸ Danıştay'ın benzer başka kararları ve karşıoylar için bkz. Danıştay 15. Dairesinin 17.10.2017 tarihli ve E.2017/1398, K.2017/5574 sayılı kararı; Danıştay 15. Dairesinin 06.06.2018 tarihli ve E.2014/883, K.2018/5639 sayılı kararı.

sellik) bağının, bir sebep-sonuç ilişkisinin bulunması gerekir. Sosyal risk ilkesinin uygulanacağı haller hariç olmak üzere; zarar ile zararı doğuran davranış arasında doğrudan doğruya bir ilişki bulunmalıdır. Biri diğerinin uygun ve normal sonucu olmalıdır. Eğer sonuç, olayların doğal akışına göre beklenilmeyen olağanüstü bir sonuç ise, idare bu sonuçtan bütünüyle sorumlu tutulamaz. Bir başka deyişle, bu bağın yokluğu idareyi sorumluluktan kurtarır.

Nedensellik bağının tespitinin zor olmasından dolayı hâkimler genellikle bilirkişiye başvurumaktadırlar. Sağlık hizmetlerinin sunumu sırasında sağlık çalışanlarının kusur durumu konusunda Adli Tıp Kurumu'na - bilirkişilik yapması için - başvurulmaktadır. Danıştay Adli Tıp Kurumu'na gidilmemesini - üniversite öğretim üyelerinden oluşan başka bilirkişi heyetine başvurulmuş olsa bile -eksiklik sayarak ilk derece mahkemesinin kararını bozmakta ve Adli Tıp Kurumu'nun kusur bulmadığı durumlarda tazminat ödenmesine genellikle karar vermemektedir.

Çalışmamızın başından beri idarî yargı yerlerini çoğu kez "kusursuz sorumluluk ilkesi"ni uygulamaya çağırmaktayız. Ancak daha önce de bu ilkenin uygulama alanının sınırlarının idarî yargı yerleri tarafından çok iyi çizilmesi gerektiğini, bu sınırın doğru belirlenmiş "illiyet bağı" olabileceğini belirtmiştik.

İlliyet bağının kurulamadığı durumlarda kusursuz sorumluluk uygulanmamalıdır.

VI. ÖNERİLER VE SONUÇ

A. Öneriler

1. Bilirkişilere sadece teknik konular için başvurulmalıdır

İlk derece idare mahkemelerinin ve Danıştay'ın kamu kurum ve kuruluşlarındaki idare ajanları yani kamu personeli tarafından mağdur edilen davacıların açtıkları davalarda verdikleri kararlar etraflıca ve dikkatlice incelendiği zaman görü-

lecektir ki; karar verme durumundaki mahkeme üyeleri – hiç gerekmeyen davalarda bile – bilirkişiye başvurmaktadırlar.

Adli Tıp Kurumu, Yüksek Sağlık Şûrası, yine doktorlardan oluşan diğer hastanelerin bilirkişilerinin zorlayarak da olsa meslektaşlarını haklı çıkarma çabasıyla hazırladıkları raporlar maalesef idarî yargı yerleri tarafından kendi verecekleri kararlarına esas alınmaktadır.

Hâkim her zaman bilirkişiye başvurmak zorunda olmadığı gibi, gelen bilirkişi raporuna da uymak zorunda değildir. Hâkimler her hastane vakası içeren dava dosyasına, olayın içinde gerçekten çok teknik, anlaşılamayacak tıbbî bilgiler varmış zannıyla yaklaşmakta, daha doğrusu yaklaşmamakta – her ne kadar Danıştay içtihadıyla zorunlu da olsa – işin kolayına kaçıp Adli Tıp Kurumu'na göndermektedirler. Mahkemeler bilirkişilerin Hipokrat yemini altında ne derece objektif hazırladıkları belli olmayan raporlarını da kendi yargı kararlarına temel yapmaktadırlar.

Eğer ceza mahkemesinde beraat etmiş bir sağlık personeli söz konusuysa, davacı idarî yargıdaki tazminat davasını kaybettiği gibi, kolunu-bacağını-bebeğini de kaybettiğiyle kalmaktadır. Çünkü bunlar idarî yargı yerlerine göre ağır hizmet kusuru değildir, tazminata konu olamazlar, basit hizmet kusurudurlar. Hâlbuki ceza mahkemesi ile idarî yargının zaten yargıladıkları konular farklıdır, dolayısıyla kararları farklıdır. Ceza mahkemesi cezaî sorumlulukla, idarî yargı malî sorumlulukla ilgilidir. Bir eylem suç teşkil etmeyebilir, ama zarara sebebiyet vermiş olabilir.

Tarafsız davranamayan bilirkişiler oldukça hasta haklarının korunması gelişemez, Hasta Hakları Yönetmeliği, yönergesi, hiçbir mevzuat uygulama alanı bulamaz, kâğıt üstünde kalır.

Bu çalışmamızın başından beri defalarca belirttiğimiz üzere; idare mahkemeleri ve Danıştay; ceza mahkemelerinin verdiği kararın, Adli Tıp Kurumu'nun, Yüksek Sağlık Şûrası'nın raporlarının etkisi altında kalmamalı, daha doğrusu bu kararlar

ve raporlar idarî yargıyı hukuken bağlamadıkları gibi fiilen de bağlamamalıdır. Çünkü hep tekrarladığımız gibi idarî yargının fonksiyonu olayda kimin haklı kimin haksız olduğunu veya kusur oranını tespit etmek değil, zarar gören davacının maddî ve manevî tazminat talebinin karşılanmasına karar vermektir. Bunun için de yapılması gereken; mağdur davacının veya yakınlarının uğradığı zarar ile idarenin eylem veya işlemi arasındaki illiyet bağı bulmaya çalışmak ve mâkul bir tazminata hükmetmektir. İdarî yargı yeri idarenin hizmet kusurunun olup olmadığına karar verecektir. O halde, Adli Tıp Kurumu'nun, Yüksek Sağlık Şûrası'nın, bilirkişilerin raporları sadece "teknik konular" ile sınırlı kalmalıdır⁴⁹. Bu kurullar kusur, illiyet bağı gibi konulara girmemelidirler. Hukukî konularda değerlendirme yapmak, yargı yerinin işidir.

2. Kusursuz sorumluluk ilkesi sosyal devlet ilkesine dayandırılmalıdır

Kusursuz sorumluluk ilkesinin anayasal çerçevesine bakacak olursak; sağlık hizmetlerinin sunumunda ortaya çıkan zararların tazmininde davalı idarenin eyleminde ağır kusuru aramak yerine bazı olaylarda kusursuz sorumluluk ilkesine dayanarak tazminata karar verilebilmesi için yargı yerlerinin başvuracağı ilk hükmün Anayasa'nın 125.maddesinin 1.fıkrası olduğunu görürüz: "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmü ile 7.fıkrasındaki "İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür" hükmü idarenin kusursuz sorumluluk anlamındaki çerçevesini belirlemektedir denebilir.

İdarî yargının kusursuz sorumluluğu uygulayabilmesi için bir diğer hüküm Anayasa'nın 2.maddesindeki **sosyal devlet ilkesidir**. Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal devlet oluşu kusursuz sorumluluk ilkesine göre karar vermek için zorunluluk doğurmaktadır.⁵⁰ Ancak ülkenin imkânlarının kısıtlı olması da

⁴⁹ HORTOĞLU, Cengiz: "Âcil Tıbbi Hizmetlerde Devletin Sorumluluğu", İstanbul Barosu Dergisi, 1997, C.71, S.1-2-3, s. 121.

⁵⁰ ODYAKMAZ, Zehra: "İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uyg-

gözönünde tutulursa; kusursuz sorumluluğun uygulanabilmesi için idarenin sorumluluğunun, amacını aşan bir boyuta taşınmaması gerekir. Bu da sınırları iyi belirlenmiş illiyet bağı ile mümkün olabilir.⁵¹

İlk kez 1961 Anayasası ile kabul edilen sosyal devlet anlayışı 1982 Anayasası'nda da aynen benimsenmiştir.⁵² 1982 Anayasası bu hakkı kişilerin hakları ve ödevleri bölümünde düzenlemiştir. Anayasa'ya göre bu hak kamu yararı amacıyla sınırlanabilir. Devlet sosyal hakların önündeki engelleri kaldırmakla yükümlüdür, sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olarak gerçek bir fırsat eşitliğini sağlamak zorundadır. Ancak 65.madde sosyal haklar konusunda önemli bir sınır getirmiştir. Buna göre devlet; görevlerini malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.

65. madde Anayasa'nın diğer bazı maddelerinde düzenlenen hakları gerçekleştirmek bakımından "Devletin mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsü" gibi esnek bir kriter getirmek suretiyle devletin takdir marjını genişletmek yoluna gitmiş olsa da devletin bu konularda asgarî de olsa hizmet sunma yükümlülüğü her halükârda devam etmektedir. Çünkü 65.madde bağlamında devletin takdir serbestisi sosyal ve ekonomik hakların yerine getirilip getirilmemesi noktasında değil de hangi ölçüde yerine getirilebileceğiyle ilgili alana münhasırdır.

Sosyal devlet genel olarak vatandaşların sosyal durumlarını iyileştirmeyi, onlara iyi bir yaşam düzeyi sağlamayı, onları sosyal güvenliğe kavuşturmayı kendisi için ödev bilen devlet demektir. Sosyal devlet sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlamak amacıyla sosyal ve ekonomik hayata aktif müdahaleyi

lamaları", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (Üç Ayda Bir Yayınlanan Ulusal Hakemli Dergidir), 20 Nisan 2011, Y. 2, S. 5, s. 44.

⁵¹ ERER, Sezer: "Sağlık Hizmetlerinde Sorumluluğun Paylaşılması", Uluğdağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, Y.2010, S.36/1, s.34.

⁵² 1982 Anayasası'nın "Cumhuriyetin Nitelikleri" başlıklı 2. maddesi hükmü; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir." şeklindedir.

gerekli görmektedir. Amaçlarını gerçekleştirmek için sosyal devletin başvurduğu araçlardan bizi ilgilendiren; insanca bir yaşam için gerekli olan tedbirlerin alınması, sosyal güvenliğin sağlanmasıdır.⁵³

Sosyal devlet ilkesi sağlık hizmetlerinin sunumunda özel bir anayasal ilkedir. Çünkü sosyal devlet ilkesi veya sosyal devlet anlayışı vatandaşlarının temel ihtiyaçlarını asgarî düzeyde de olsa giderme konusunda taahhüt altına giren bir devlet anlayışını ifade etmektedir. O halde temel sağlık hizmetlerini sunarak en az ölçüde de olsa bireylerin fiziksel ve ruhsal bakımlardan iyilik hali içinde bulunmalarını sağlamak sosyal devletin aslı görevleri arasında sayılmaktadır.⁵⁴

Nitekim Danıştay'ın bir kararı şöyledir: “...Hasta tarafından bedeli mukabilinde piyasadadan temin edilen tıbbî malzemenin (stentin) bedelinin ödenmeyerek hastanın sağlık hizmetine erişim hakkının engellenmesi veya ağır bir maddî yük altında bırakılmasının sağlıklı yaşam hakkı ve sosyal devlet ilkesiyle bağdaşmadığı, tedavi giderlerinin tamamının (stent bedelinin) hasta ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler üzerinde bırakılmasının hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle ilâçlı stent bedelinin ödenmemesine ilişkin işlemin yürütülmesinin durdurulmasına...”⁵⁵

Anayasa Mahkemesi bir kararında şöyle demiştir: “Çok önemli bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetinin sosyal devlet olmanın gereği parasız yerine getirilmesi anlayışı günümüzde gücünü yitirmiştir. Kamu hizmetlerinin karşılığı olarak yararlanarlardan kullanım oranlarına ve ödeme güçlerine göre ücret alınabileceği kabûl

⁵³ “Sosyal devlet” kavramı için bkz. ODYAKMAZ, Zehra- Ümit KAYMAK: Anayasa Hukuku, 2018 Yılı İçtüzük Değişiklikleri ile 23. Baskı, İstanbul Nisan 2019, s.44-45; TÜRK, Hikmet Sami: age., s.41-43; GÜNDAY, Metin: age., s.19-21; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku, C.1, Genel Esaslar, age., s.49-52.

“Sosyal devlet” konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. GÖREN, Zafer: “Anayasa Hukuku”, T.C. Anayasası ve TBMM İçtüzüğü Eki ile 2017 Anayasa Değişiklikleri Işığında Gözden Geçirilmiş ve Geliştirilmiş 4. Baskı, Ankara 2019, s.148-172.

⁵⁴ ÇINARLI, Serkan: age., s. 83.

⁵⁵ Danıştay 10. Dairesinin 16.06.2010 tarihli ve E.2010/6009, K.2010/Yürütme-yi durdurma kararı. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇINARLI, Serkan: age., s. 67.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

edilmektedir. Böylece bu hizmetlerden yararlananlarla yararlanmayanlar arasındaki eşitsizlik giderilmiş olmaktadır. Ancak gelir düzeyi ne olursa olsun belirlenen ücreti ödeyemeyecek olanlardan bu ücretin alınmaması ya da onlar adına ödenmesi olanakları da uygulamaya konulmalıdır.”⁵⁶

“Sosyal devlet” vatandaşının sosyal durumuyla, refahıyla, huzuruyla ilgilenen devlet demektir. Sosyal adaleti, sosyal güvenliği sağlayabilmek için tedbir alan devlet demektir. “Sosyal devlet, toplumda herkesin insan onuruna uygun koşullarda çalışabilmesi, maddî ve manevî varlığını geliştirebilmesi, sağlıklı bir yaşam sürdürebilmesi için gerekli toplumsal, ekonomik ve kültürel koşulları hazırlayan.... bu amaçlarla gereken düzenlemeleri yapan devlettir.... Sosyal devlet...herkese güvenli bir gelecek sağlayan, gereksinmesi olanları koruyan....devlettir...”⁵⁷.

Bir devletin sosyal devlet oluşu “kusursuz sorumluluk” ilkesine göre karar verme zorunluluğunu doğurmaktadır.

Kanaatimizce idarî yargı; bünyesinde risk taşıyan sağlık hizmetleri için “ağır hizmet kusuru” yerine sosyal risk ilkesi gereğince “**kusursuz sorumluluk**”a göre karar vermelidir.

Önemli olan idarenin bir eylemi sonucunda mağdur olan davacı ve/veya yakınlarının bir dereceye kadar tatmin edilmesidir. Çünkü ağır hizmet kusurunun aranması halinde zarara uğrayanların başvurularının peşinen reddi kabul edilmiş olmaktadır.

Yani kusursuz sorumluluğun bulunduğu hallerde genellikle ağır hizmet kusuru bulunmamaktadır, aranmasına da gerek yoktur.

⁵⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 19.04.1988 tarihli ve E.1987/16, K.1988/8 sayılı kararı için bkz. 23 Ağustos 1988 tarihli ve 19908 sayılı RG. “Kamu hizmetlerinde ücret”le ilgili olarak ayrıca bkz. TAN, Turgut: “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg8/turguttan.pdf, s. 246-252.

⁵⁷ TÜRK, Hikmet Sami: Temel Yasa Anayasa, Ankara 2019, s.41-43.

O halde sağlık hizmetleri alanında idarenin kusursuz sorumluluğu bazı hallerde kabûl edilmelidir.⁵⁸

Türk Danıştay'ının da ağır hizmet kusuru şartından vazgeçip kusursuz sorumluluk ilkesini uygulaması veya hiç değilse zarar gören lehine kusur karinesini kabûl etmesi isabetli olacaktır. Sonuçta Danıştay'ın ağır kusur şartı araması sosyal devlet anlayışına da ters düşmektedir⁵⁹. O halde Danıştay hiç değilse Fransız Danıştay'ının kusursuz sorumluluk ilkesini uyguladığı olaylarda, idarenin mümkün olan bütün tedbirleri almasına, tıbbın bütün gereklerini yerine getirmesine rağmen nükleer tıp uygulamaları, beyin ameliyatları gibi özünde risk taşıyan faaliyetlerinde illiyet bağı kurulabilen zararların tazmininde, ağır kusur aramak yerine kusursuz sorumluluk ilkesini uygulamalıdır.⁶⁰

3. İspat yükümlülüğü bazen davalı idarede olabilmelidir

İspat yükümlülüğü yalnız davacıda olmamalıdır. Davalı da olayda hizmet kusurunun bulunmadığını ispatla yükümlü olmalıdır. O halde Fransız Danıştay'ının kullandığı "kusur karinesi" bazı hallerde uygulanmalı ve davacı değil, davalı idare kusurlu olmadığını ispatlamalıdır. İspat yükümlülüğünün her iki tarafa ait olması, işbirliğinden kaynaklanan müşterek sorumluluğun bulunabileceği hallerin varlığında daha da önemlidir.

Özellikle teknik koşullardan doğan sorumluluğun veya müşterek sorumluluğun bulunduğu durumlarda ispat yükümlülüğünün yalnız davacıdan beklenmesi uygun değildir. Tekniğin gerektirdiği bütün koşulların lâyıkıyla yerine getirildiğini davalı taraf ispatla yükümlü olmalıdır. Hasta hakları bakımından da idare kendisine düşen bütün görevleri yerine getirdiğini kanıtlamalıdır.

⁵⁸ BAŞ, Zuhâl Bereket: agm., s. 80-83; GÜRAN, Sait: agm., s. 21-22.

⁵⁹ KAPLAN, Gürsel: "İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler", agm., s.189; GÜRAN, Sait: agm., s.21.

⁶⁰ GÜRAN, Sait: agm., s.21-22; ERSÖZ, Ahmet Kürşat: age., s.77-79, 86.

4. Hasta Hakları Yönetmeliği'ne idarî yargı kararlarında yer verilmelidir

“Hasta hakları” kavramı ya yanlış uygulanmakta ya da hiç hatırlanmamakta, daha ziyade “hizmet kusuru” kavramı içerisinde olduğu varsayılmakta ve kararlarda dikkate alınmamaktadır. İdarî yargı yerlerinin kararlarında hasta hakları, Hasta Hakları Yönetmeliği açıkça ifade edilmeli, idarenin hizmet kusuru gibi çok muğlâk kavramlar içinde bırakılmamalıdır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin hangi maddelerinin ihlâl edildiği açıkça belirtilmelidir.

5. Maddî ve manevî tazminat kriterleri daha ayrıntılı düzenlenmelidir

Medenî hukukçuların eserlerindeki maddî ve manevî tazminat konuları incelenmelidir. Keza manevî tazminatta göz önünde bulundurulacak kriterler vardır; bunlar da incelenmelidir. Bize göre manevî tazminat; daha önce de aynı ifade şekliyle belirttiğimiz üzere fail bakımından caydırıcı, yani daha dikkatli olmasını sağlayıcı derecede can acıtıcı olmalıdır. Fail, hükmedilen tazminatı nasıl ödeyeceğini düşünmeli ya da ödemekte gerçekten güçlük çekmelidir.

6. Reddedilen tazminat miktarı üzerinden nisbî avukatlık ücretine hükmedilmesi hak arama özgürlüğünü ve mahkemeye erişim hakkını kısıtladığından maktû avukatlık ücretine hükmedilmelidir

Maktû - nisbî vekâlet ücreti konusunun ağır hizmet kusurunun arandığı, basit kusur için tazminata hükmedilmediği, kusursuz sorumluluğun hemen hemen hiç düşünülmediği uygulamaların bulunduğu idarî yargımızda çok önemli bir konu olduğu düşüncesindeyiz.

İdare mahkemeleri talep edilen maddî-manevî tazminatı kısmen kabûl ettikleri zaman, çoğunlukla reddettikleri kısım için davalı idare lehine nisbî vekâlet ücretine hükmetmektedirler. Danıştay ise maktû vekâlet ücreti yerine nisbî vekâlet ücreti

tine hükmedilmiş kararları “.... adalete erişimi engelleyici nitelik taşıması...” nedeniyle haklı olarak bozmaktadır.

İdarî yargılama hukukunda idare mahkemelerinin vekâlet ücretinin davacı tarafa yükletilmesine karar vermeleri genelde mahkemeye erişim hakkına yönelik bir müdahale olarak değerlendirilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre davayı kaybeden davacının veya davalının kazanan tarafın masraflarını karşılaması şartı getirilebilir. Kaybeden ve masrafları ödeyecek tarafın mali kaynaklarının dikkate alınması ve hükmedilen tutarın erişimi engelleyici nitelikte olmaması kaydıyla bu durum Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6.maddesine aykırı değildir.⁶¹

⁶¹ GÜZEL, Oğuzhan: “İdare Lehine Vekâlet Ücretinin Mahkemeye Erişim Hakkına Etkisi”, yayına hazırlanmakta olan makale.

AİHM, Collectif Stop Melox et Mox/Fransa, 12/09/2007, Başvuru No.75218/01.

Ayrıntılı bilgi için bkz. VITKAUSKAS, Dovydas-Grigoriy DIKOV: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Âdil Yargılama Hakkının Korunması (Türkçe’ye çeviren: Serkan CENGİZ), Uygulamacılar İçin Elkitabı, Avrupa Konseyi Strasbourg Nisan 2019, s.40.

AİHS’nin “Âdil yargılanma hakkı” başlıklı 6.maddesi: “1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir. 2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır. 3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir: a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak; c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek; d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek; e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.”.

Adalet Bakanlığı 2018 yılı Avukatlık Ücret Tarifesi'nin⁶² maddî tazminat davalarında nisbî vekâlet ücreti düzenlemesi aleyhine iptal davası açmıştır. Danıştay 8.Dairesi sözkonusu düzenlemenin yürütmesini durdurmuş⁶³, davalı Türkiye Barolar Birliği'nin itirazını reddetmiştir.⁶⁴

Danıştay 8. Dairesi kararının gerekçesinde; maddî tazminat talebiyle açılan davalarda kabûl edilen tazminat miktarının önemli kısmının vekâlet ücreti olarak davalı idareye ödenmesi sonucunu doğuran bu düzenlemenin açılan tazminat davasını davacı açısından anlamsız hale getirdiğini ve bazı olaylarda da davacıyı; dava açılmadan önceki hukukî durumundan daha kötü bir duruma getirmesine neden olduğunu vurgulamıştır. Bu yargılama kararından sonra Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesi'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tarife⁶⁵ ile maddî tazminat davalarının reddi halinde nisbî vekâlet ücretini kaldıran bir değişiklik yapmıştır. Ancak Türkiye Barolar Birliği aynı düzenlemeyi 2019 yılı Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesi'nde⁶⁶ yapmamıştır.

Güzel'e göre: *“Danıştay 8. Dairesinin içtihadı sonrasında Türkiye Barolar Birliği'nin yaptığı düzenleme – tüm maddî tazminat davalarını kapsaması sebebiyle – hatalıdır. Türkiye Barolar Birliği'nin bu kararı – Danıştay kararının gerekçesindeki idarî yargıda idare lehine vekâlet ücretinin ayrı düzenlenebileceğini yorumlayamaması sebebiyle – isabetli olmamıştır. Türkiye Barolar Birliği'nin 2019 yılı Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesi ile Danıştay'ın iptal kararından*

⁶² 2018 yılı Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesi için bkz. 30 Aralık 2017 tarihli ve 30286 sayılı RG.

⁶³ Danıştay 8. Dairesinin 25.01.2018 tarihli ve E.2018/453 sayılı yürütmenin durdurulması kararı.

⁶⁴ Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu'nun 11.10.2018 tarihli ve 2018/648 YD itiraz sayılı kararı.

⁶⁵ Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesi'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tarife için bkz. 29 Aralık 2018 tarihli ve 30640 sayılı RG.

⁶⁶ 2019 yılı Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesi için bkz. 02 Ocak 2019 tarihli ve 30643 sayılı RG.

önceki düzenlemeye geri dönülmesi ise mahkemeye erişim hakkının ihlâlinin sürmesine sebep olmuştur.”⁶⁷

O halde tam yargı davalarında idare lehine nisbî vekâlet ücretine hükmedilmesi mahkemeye erişim hakkına aykırıdır. Bizim de katıldığımız Güzel’in önerisi ise; bu hususta davalı idare için farklı, davacı birey için farklı düzenleme yapılması gerektiğidir.⁶⁸

Nitekim 8. Dairenin verdiği bu karardan önce de Danıştay, tam yargı davalarında müddeabihin yüksek olduğu hallerde nisbî vekâlet ücretine hükmedilmesinin hak arama özgürlüğüne ve mahkemeye erişim hakkına olağandışı bir kısıtlama getirdiğine karar vermektedir.⁶⁹

Sağlık hizmetlerinin hatalı sunumundan doğan zararlar sebebiyle açılan tam yargı davalarında görüldüğü üzere idarî yargı yerleri maddî/manevî tazminat taleplerini - genelde Adli Tıp Kurumu’nun sağlık personelinin hatası bulunmadığı, mağdurun vücudunun komplikasyon oluşturduğuna dair raporlarına dayanarak - ya tamamen reddetmekte, ya da çok cüz’i bir miktarını kabûl etmektedirler.

Çoğu zaman mağdur davacı, eğer öldüyse yakınları o sırada hastalık veya ölümlerle uğraştıklarından yaptıkları tedavi, bakım veya defin masraflarını da sonradan ispatlayamamakta, o nedenle mahkeme maddî tazminatı tamamen reddetmektedir. Mahkeme vekâlet ücretinin miktarına nisbî hesap yapıp karar verince de mağdur davacı veya yakınları kötü, geç işleyen tedavinin veya hiç işlemeyen sağlık hizmetinin verdiği bedensel

⁶⁷ GÜZEL, Oğuzhan: agm.

⁶⁸ GÜZEL, Oğuzhan: agm.

⁶⁹ Danıştay 15. Dairesinin 30.05.2017 tarihli ve E.2015/6265, K.2017/3151 sayılı kararı.

ÖZTÜRK, K. Burak: “Vekâlet Ücreti ve Mahkemeye Erişim Hakkı”, 5. İdare Hukuku Buluşması, Danıştay Karar İncelemeleri, 4-6 Mayıs 2018 Büyükdada-İstanbul, İstanbul 2019, s.33.

Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇOLAK, Nusret İlker-Dursun ÖZDEMİR: “İdarî Yargıda İdare Lehine Vekâlet Ücreti ve Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi”, <http://ilkercolak.com.tr/idari-yargida-idare-lehine-vekalet-ucreti-ve-hak-arama-ozgurlugune-etkisi>

ve ruhsal zararın üstüne davalı ve kanaatimizce hemen hemen her zaman kusurlu idareye bir de yüklü miktarda avukatlık ücreti ödemek zorunda kalmaktadırlar. Doktor veya diğer sağlık personeli tarafından ömrü boyunca veya uzun süre sakat kalmasına sebep olunmuş hastanın veya öldüyse yakınlarının davalı idareye – çoğu kez Sağlık Bakanlığı veya bir üniversite devlet hastanesine – nisbî olarak hesaplanmış vekâlet ücreti ödemeleri o aileyi gerçekten bir kez daha müşkül duruma düşürecektir. Zaten bu korkuyla birçok kimse de zarar görmüş olmasına rağmen idareye karşı dava açmaktan vazgeçmektedir.⁷⁰

7. Sağlık kurumunun gerekli bilgi ve belgeyi muhafaza etmemesi davacı mağdur aleyhine yorumlanmamalıdır

Hastaneler hasta ile ilgili muhafaza etmeleri gereken bilgileri, belgeleri bazen hiç saklamamakta veya kaybetmekte veya mahkemeye kasten göndermemektedirler. İşte bu gibi durumlarda güçlü olan idarenin elinde bulunan, bulunması gereken bilgi ve belgelerin yokluğu zarara uğramış, mağdur edilmiş davacı veya yakınları aleyhine yorumlanmamalı, tam tersine lehlerine olarak değerlendirilmelidir. Kaldı ki sağlık kuruluşuna başvuran veya getirilen hasta ile ilgili bilgi ve belgeleri muhafaza etmemek veya kaybetmek idarenin sağlık hizmetinin sunumuyla ilgili olarak verdiği hizmetin kötü işlemesine örnektir. Bu tip davalarda da illiyet bağının kurulabilmesi halinde kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanabileceği değerlendirilmektedir.

B. SONUÇ

Türk adlî yargısında da, idarî yargısında da insan zararlarının önemi, özelliği kavranamamış, konuya duyarsız ve ilgisiz

⁷⁰ Danıştay'ın maktû vekâlet ücretine hükmedilmesi gerektiğine dair benzer kararları için bkz. Danıştay 15. Dairesinin 15.01.2019 tarihli ve E.2018/1883, K.2019/88 sayılı kararı; Danıştay 15. Dairesinin 14.11.2018 tarihli ve E.2018/1397, K.2018/7519 sayılı kararı; Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu'nun 06.05.2015 tarihli ve E.2013/2105, K.2015/1758 sayılı kararı; Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu'nun 27.06.2018 tarihli ve E.2016/4134, K.2018/3726 sayılı kararı.

kalinmış, âdil yargılanma hakkı çoğu kez gerçekleşmemiş, insanların uğradıkları zararlar hep eksik ödenmiştir.⁷¹

Danıştay, gerçek zararın tamamının idare tarafından ödenmesini sağlayacak içtihat geliştirememiştir. Tazminat davalarında; uğranılan gerçek zararın hesaplanması sadece davacıya yüklenmiştir⁷². Tazmini istenilen zarar, zorunlu olarak para birimiyle ifade edilmekte, yargılama sürecinin uzun yıllar devam ettiği ülkemizde enflasyon nedeniyle ortaya çıkan değer kaybı da davacının üzerinde kalmaktadır⁷³.

Fransa'daki hasta hakları düzenlemelerinin temelini 4 Mart 2002 tarihli Kanun oluşturmaktadır.

Bu Kanun tıbbî hata mağdurları için uzlaştırma ve tazminat komisyonlarının kurulmasını düzenlemiştir. Bu komisyonların kurulma nedeni tazminat usulünü kolaylaştırmak ve hızlandırmaktır. Bu düzenlemenin başlıca özelliği herhangi bir adlî prosedüre tâbi olmamasıdır. Tazminata karar verilmesi uzlaşma yoluyla olmakta, böylece kanun mağdurun tazminat hakkının tıbbî hata aranmadan doğmasını sağlamaktadır.⁷⁴

Sağlık hizmetlerinin sunumundan doğan aksaklıklar, eksiklikler ve getirilen öneriler incelendiği zaman hemen hemen bütün sorunların ve aynı zamanda bütün çözümlerin öznesinin “**insan unsuru**” olduğu görülecektir.

Mesleğini, işini, işyerini – şartları ne olursa olsun – seven ve fedakârca kendini görevine adayan sağlık personeli yetiştirebilirsek çalışma konumuzla ilgili sorunların önemli bir kısmını

⁷¹ ÇELİK, Çelik Ahmet: İdarî Yargıda Ölüm ve Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat Davaları, Birinci Baskı, Ankara Kasım 2017, s.26-27.

⁷² ÇELİK, Çelik Ahmet: age., s.28-29.

⁷³ ÇELİK, Çelik Ahmet: age., s.29-30.

⁷⁴ Bilgilere Fransa-Paris devlet hastanelerinde dönüşüm yönetimi departmanında (Assistance - Publique Hôpitaux de Paris, AP-HP) proje şefi olarak çalışan Deniz Suna Leblanc aracılığıyla ulaşılmıştır.

Ayrıntılı bilgi için bkz. ODYAKMAZ, Zehra- Bayram KESKİN: Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusurlu-Kusursuz Sorumluluğu, yayına hazırlanmakta olan kitap.

çözmüş oluruz. Ancak sağlık personelinin nasıl daha iyi yetiştirilebileceği bizim konumuz değildir.

Hukukçu olarak bizleri ilgilendiren daha da önemli mesele; mağdurların hakka, hukuka, adalete olması gereken ancak zedelenen güven duygusunu nasıl tekrardan oluşturacağımız konusudur.

Bir tıbbî hata sonucu zarara uğrayan mağdur ve yakınları açtıkları davaların bitiminde muhakkak tatmin edici sonuca ulaşmalıdırlar. Burada Adli Tıp Kurumu'na, hâkimlere, savcılara, Danıştay ve Yargıtay üyelerine, avukatlara çok büyük görev düşmektedir. Dosyalarının içeriğine vâkıf olan, olayları iyi inceleyen ve cesur, hukuk tarihine geçecek kadar âdil, ileri görüşlü, yeni ilkelere yer veren kararlar alan hâkimlere ihtiyacımız vardır.

İdare hukukunda gördüğümüz Fransız Danıştay'ının etkileyici, yeni bakış açısı getiren kararları gibi Türk hâkimlerinin de yalnız Türk idare hukukunu değil, diğer ülkelerin idare hukukunu da etkileyecek, ufuklar açacak kararlara imza atacakları günleri görmek hepimizin dileğidir.

Sonuç olarak daha az tıbbî hataların yapıldığı, hattâ tıbbî hatanın hiç yapılmadığı sağlık hizmetleri sunan yerlerin çoğalmasa, yapılan hatalar sonucu zarar görenlerin hem maddî hem manevî açıdan tatmin edilecekleri şekilde tazminat taleplerinin kabulüne karar verilebilmesi, idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı veya bulunduğu hallerde de ispat edilemediği uyuşmazlıklarda idarenin **kusursuz sorumluluğuna** gidilerek mağdur veya mağdurların bir dereceye kadar tatmin edilmesi en büyük arzumuzdur.

VII. KAYNAKÇA

BALIM, Tayfun: "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu", LEGES İzmir Üniversitesi Sağlık Hukuku Dergisi, S.2, Nisan-Mayıs-Haziran 2014, s.40-55.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

- BAŞ, Zuhâl Bereket:** “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, Danıştay ve İdarî Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No.68, Danıştay Matbaası, Ankara 2004, s.73-88.
- BİLGİN, Hüseyin:** İdarî Davalar ve Çözüm Yolları, Ankara Nisan 2018, 1. Baskı, 1496 sayfa, Seçkin Yayıncılık.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan:** “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzinçan 15-16 Mayıs 2006 (Yayına Hazırlayanlar: Doç. Dr.Cem BAYGIN-Yrd.Doç.Dr. Metin UÇAR- Yrd. Doç.Dr.Yusuf BÜYÜKAY), Ankara 2007, s.117-133, 235 sayfa, Yetkin Yayınları.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan:** İdarî Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 10.Baskı, Ankara Ağustos 2018, Seçkin Yayıncılık.
- ÇELİK, Çelik Ahmet:** İdarî Yargıda Ölüm ve Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat Davaları, Birinci Baskı, Ankara Kasım 2017, XXV+582 sayfa, Seçkin Hukuk No:1867.
- ÇINARLI, Serkan:** İdarenin Sağlık Hizmet Sunumundan Kaynaklanan Sorumluluğu, Ankara Ekim 2013, 408 sayfa, Orion Kitabevi.
- ÇOLAK, Nusret İlker-Dursun ÖZDEMİR:** “İdarî Yargıda İdare Lehine Vekâlet Ücreti ve Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi”, <http://ilkercolak.com.tr/idari-yargida-idare-lehine-vekalet-ucreti-ve-hak-arama-ozgurlugune-etkisi>.
- ERDEM, Ümit:** Danıştay Onbeşinci Daire (2016) Kararlarında Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Tazminat Sorumluluğu, Birinci Basım, Mart 2017, XXIV+286 sayfa, Legal Hukuk Kitapları Serisi:432, Legal Yayıncılık A.Ş.
- ERER, Sezer:** “Sağlık Hizmetlerinde Sorumluluğun Paylaşılması”, Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, Y.2010, S.36/1, s.33-38.
- ERSÖZ, Ahmet Kürşat:** Türk İdaresinin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu, 1. Baskı, İstanbul Ağustos

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

2012, XIV+132 sayfa, On İki Levha Yayıncılık A.Ş.,
Yayın No:276.

Fransa ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu (Çeviren: Turgut CANDAN), Ankara 1984, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları No: 39.

G’SELL-MACREZ, Florence: “Medical Malpractice and Compensation in France, Part I: The French Rules of Medical Liability since the Patient’s Rights Law of March 4, 2002”, 86(3) Chicago-Kent Law Review 1093, 1108.

GÖREN, Zafer: “Anayasa Hukuku”, T.C. Anayasası ve TBMM İçtüzüğü Eki ile 2017 Anayasa Değişiklikleri Işığında Gözden Geçirilmiş ve Geliştirilmiş 4. Baskı, Ankara 2019, 786 sayfa, Yetkin Yayınları.

GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C.II, Güncellenmiş 3.Bası, Bursa Mayıs 2019, XLVIII+1663 sayfa, Ekin Yayınları.

GÖZÜBÜYÜK A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku Genel Esaslar, C.I, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Ankara Şubat 2016, xxiv+1043 sayfa, Turhan Kitabevi Yayınları.

GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Ankara Kasım 2017, XXXIV+654 Sayfa, *İmaj Kitabevi*.

GÜRAN, Sait: “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, Danıştay Dergisi, Y. 12, S. 46-47, 1982, s.16-22.

GÜZEL, Oğuzhan: “İdare Lehine Vekâlet Ücretinin Mahkemeye Erişim Hakkına Etkisi”, yayına hazırlanmakta olan makale.

HORTOĞLU, Cengiz: “Âcil Tıbbî Hizmetlerde Devletin Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Dergisi, 1997, C. 71, S. 1-2-3, s. 118-121.

KAPLAN, Gürsel: “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, S.19, Kitap:1, 2004, Türk İdare Hukuku Sitesi (www.idare.gen.tr), s.173-199.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

- KIZILARSLAN, Hakan:** Ceza Muhakemesi Adli Tıp ve Adli Bilimlerde Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma (Doktrin ve Uygulama), Ankara Temmuz 2007, xxx+392 sayfa, Kızıllarslan Serisi:1.
- KÖKSAL, Mustafa:** “Risk İlkesinin İdareye Yüklelediği Külfetler ve Güncel Yargı Kararları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.85, 2009.
- ODYAKMAZ, Zehra:** “İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (Üç Ayda Bir Yayınlanan Ulusal Hakemli Dergidir), 20 Nisan 2011, Y. 2, S. 5, s. 1-57.
- ODYAKMAZ, Zehra:** “Mahkeme Kararları Işığında Terör Olaylarında İdarenin Sorumluluğuna Genel Bir Bakış” Mevlâna Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, Y.2013, S.1, s.1-61, (Oğuzhan Güzel ile birlikte).
- ODYAKMAZ, Zehra-Bayram KESKİN:** Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusurlu-Kusursuz Sorumluluğu, yayına hazırlanmakta olan kitap.
- ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK:** Anayasa Hukuku, 2018 Yılı Anayasa Değişikliklerine Göre Tümüyle Yenilenmiş 20. Baskıdan Tıpkı 21. Baskı, Kocaeli-İzmit Eylül 2018, XIV+282 sayfa, Kuram Kitap:69, Hukuk Dizisi:68.
- ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK:** İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş 21.Bası, İstanbul Ağustos 2019, XXXI+465 sayfa, Oniki Levha Yayıncılık.
- ÖZGÜLDÜR, Serdar:** Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Ankara 1996, Yetkin Yayınları.
- ÖZTÜRK, K. Burak:** “Vekâlet Ücreti ve Mahkemeye Erişim Hakkı”, 5. İdare Hukuku Buluşması, Danıştay Karar İncelemeleri, 4-6 Mayıs 2018 Büyükkada-İstanbul, İstanbul 2019, Filiz Kitabevi.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

PAZARCI, Ayşe Almıla: Hasta Hakları ve İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu, Kırıkkale 2007, Yüksek Lisans Tezi, XIV+208 sayfa, T.C. Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

TAN, Turgut: “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg8/turguttan.pdf.

TAYLOR, Simon: Medical Accident Liability and Redress in English and French Law, June 2015, Cambridge University Press 37.

TÜRK, Hikmet Sami: Temel Yasa Anayasa, Ankara 2019, s.41-43, XLII+796 sayfa, Yetkin Yayınları.

VITKAUSKAS, Dovydas-Grigoriy DIKOV: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Âdil Yargılama Hakkının Korunması (Türkçe’ye çeviren: Serkan CENGİZ), Uygulamacılar İçin Elkitabı, Avrupa Konseyi Strasbourg Nisan 2019.

**SAĞLIK HİZMETLERİNDEN KAYNAKLANAN
İDARENİN SORUMLULUĞU, BEDENSEL
ZARARLARIN TAZMİNİ VE TÜRK VE
FRANSIZ DANIŞTAYLARININ
İÇTİHAATLARI 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 olmayacağı ve mağdurların için basit bir zararının giderilmesi-

nin kendilerine hiçbir zaman sunulamaması 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 tazminidir. 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 sorumluluktan 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 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) teorisyle nitelendirilir ve

¹ La faute de service dite « non détachable du service »

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.

kamu külfetlerinin paylaşımında eşit haklar ilkesine bağlılık gösterir. Fransız hukukunda 7 Mart 1958 tarihli Dejeus 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 yaklaşma söz konusu olmuştur. *Günümüzde idarenin sorumluluğunda ulaşılan nokta Fransız hukukunda "özel hukuk sorumluluğundan risklerin toplumsallaştırılması"*⁷ olarak özetlenmektedir.

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).

⁷ De la responsabilité civile à la socialisation des risques.

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 yükümlüğü 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.

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.; BELRHALLI 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.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

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 katıldığının da altının çizilmesi gerekir. Bu ilke sayesinde

¹² Règles spéciales, dérogations au droit privé.

¹³ Bkn. PELLISSIER Gilles: *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, Paris 1996.

idarenin sorumluluğu anlamında geniş bir uygulama alanının oluşturulduğu rahatlıkla söylenebilir. İlk olarak idarece sebebiyet verilen bir zararın tazmininde kural olarak **bireylerin kamu yükümlülükleri karşısında eşit yükümlülükleri ilkesiyle**¹⁴ 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 içtihat 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

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 bulunduğu konularda yoğunlaşmıştır. Bkn. **ATAY Ender Ethem: İdare Hukuku, sh.761 vd.**

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 karşı verdikleri zararlar hukuka aykırı addedilir ve ancak bu kusurun esastan 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 katlanmak 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 giderile-

¹⁶ L'autonomie de la responsabilité administrative.

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 haklı ve meşru isteklerinin tatmini yani kamu yararının sağlanması için gereklidir. Kusursuz sorumluluk kişilerin bu anlamdaki istemlerinin eşitsizliğin kurallara uyulmasına rağmen giderilmesini hedeflemektedir.

bilmesi, karşılanabilmesi için aranılan koşulları, uygulanması gereken kural ve ilkeleri içine almaktadır.²⁰

İdarenin hukuki sorumluluğu, kişilere lütuf ve atıfet duygularıyla belli miktarda para ödenmesini öngören bir prensip olmayıp; demokratik toplum düzeninde biçimlenen idare-bi-rey 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

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

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.

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.

kamu kudretinin temsilcileri bu devlet birimleridir. Burada zararların tazmininde idari yargıç öncelikle devletin ve onun idari birimlerinin en azından önemli bir ölçüde **ağırılık** içerenlerinden²⁸ kaynaklanan zararlarının tazminine hükmetmekle işe başlamıştır. Bunun sebebi tazminat ödenmesinin mali açıdan devlete getireceği yük olduğu kuşkusuzdur. Bu kabulün kalınlarını 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.

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 kurallın 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 Kanununun 11. Maddesi ile yargı hizmetinin kusurlu işleminin 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

²⁸ Dans les cas les plus graves.

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.

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.

1873 tarihli Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Blanco kararıyla idarenin sorumluluğu alanında üç temel ilke öngörülmüştür. İlk olarak idarenin sorumluluğun varlığı, *ikinci olarak* bu sorumluluğa -yani bir kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluğa- 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 itibariyle 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 esasız 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,

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.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

- 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 değerlendirmesi 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 anlayı-

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 dolaysıyla 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 sağlanılmasını gerekli kılar. Öncelikle idarenin sorumluluğu esası ön plana çıkar.

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.

şına 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 taşkıtlarının 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 uygulanmamaktadır. 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. 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 veya **bayındırlık hizmetlerinde de mülkiyet hakkına ağır bir şekilde zarar verilmesi**⁴⁰ şartına tabi kılınmıştır. Burada ağır hizmet kusuru kavramına, idarenin sorumsuzlu-

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 kusurdur. 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 sürülemez ve savunulamayacak nitelikteki kusurlar, ağır kusurdur. Kavramın sağlık hizmetlerine tatbik edilmesinde, sağlık kamu hizmetlerini ifade 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, hoşgörüle 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, bağışlanmayacak ölçüde ağır 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.

ğu 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 görülmeğe 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, sorumluğa 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 hizmetinden yararlanan durumda 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.

⁴¹ Une faute simple.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

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 tazmin sorumluluğunu doğurur. Görüldüğü gibi,

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.

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 kısıtlığa karşın rahat yürüyebileceği ve davalı idarede memur olması nedeniyle tüm tedavi giderlerinin karşılandığı anlaşıldığından maddi tazminat ödenemeyeceği, manevi tazminat ödenmesi gerektiğine karar verilmiştir⁴⁵.

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.

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 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 dışı 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 hekim 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 yakınlarıncaya 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 şahit 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

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/laresponsabilitmedicale.pdf>; PETON P.: "Historique De La Responsabilité Médicale", https://www.univ-reims.fr/gallery_files/site/1/90/1129/1384/-1536/1577/1578.pdf

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 yoğunluktaki ağırlık taşıyan ağır kusurun ispatını⁴⁸ aramıştır. Ağır kusur yoğunlaşmış⁴⁹ yani mağdura/hastaya belirli bir ağırlıkta zarar verecek şekilde gerçekleşmiş kusurdur⁵⁰.

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 ger-

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.

⁵¹ La faute personnelle détachable des fonctions.

⁵² La protection fonctionnelle.

çekten 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 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 kanunlaş-

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 bulundurmamak 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 değerlendirilmesinde bulunmuştur. Tanılama (le diagnostic), reçete (la prescription), cerrahi müdahale veya sonrası bakımı (traitement ou de l'opération chirurgicale) gibi hususlardan dolayı ağır kusurun tıbbi işlemlerin 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 yapabilmemesi 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 yaptırımı tabi kılınması anlamı taşımamaktadır. Gerçektende 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>)

tırmıştır. 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 ameliyatlara 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 sınırlandırmıştır... 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 aramak-

⁵⁵ La mal administration.

⁵⁶ KAPLAN Gürsel: “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, <http://www.idare.gen.tr/kaplan-saglik.htm>

tan 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 yükümlülükleri karşısında eşitsizliklerden kaynakla-**

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 alelade kusur ve ağır kusur sorumluluğu yanında, kendisi ve ajanı 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 işletilmedir..." 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 risque.

nan 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 karar-

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.

dan/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 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 sisteminin 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

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)

adlandırılan kusursuz sorumluluk⁶⁷ rejimi- bir arada mevcudiyetini korumaktadır.

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 zararlar da yasada öngörülen süre kesin sağlık raporunun öğrenilmesi üzerine işlemeye başlatılması gerekir.⁶⁹

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 kurulabilen, özel ve olağan dışı zararları kusursuz sorumluluk ilkesi gereği tazminle 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, 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.

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 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 kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir." Kısacası Anayasa Devleti vatandaşlarına karşı yüklendiği ödevleri gereği sağlık hizmetlerinin

⁷⁰ Bkn. STINGRE Didier: *Le service public hospitalier*, 5ème édition, Paris 2012.

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 Aynı şekilde Fransız Danıştay'ı 1993

⁷¹ Karine kavramı ve idare hukukunda uygulaması için bkn CİN KARA-GÖZ 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 içindir ki mağdurun bu olumsuz konumunu giderip, sorunun hakkaniyete uygun 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 (damarıçi) enjeksiyonun (une injection intraveineuse) sebebiyet verdiği vücudun sol üst azalarındaki felçte, kusur karinesi öngörümüştür. Bu gibi durumlarda hizmetin ifasında veya örgütlenmesinde bir kusur bahse konu değildir. Bu tür vakılarda ortaya çıkan sonuçlar normal, genel beklenti anlamında orantısızlık (disproportionné) ifade etmektedir. Dolayısıyla mağdurun sadece zararın bu tür bir vakıadan 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 koğuştaki boş yer olmadığı için yetişkinlere ait çiçek hastalığı şüphesiyle yatan hastaların koğuşuna 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 işleyiş 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 işleyiş ve örgütlenmesi anlamında kusurunun ispatlanması gerektiği yönünde seçimini kullanmış ve böylece kusur karinesi anlamında geriye dönüş yapmıştır.⁹ Aralık 1988 tarihli Cohen kararıyla hastane mikrobu alanında kusur karinesi konusunda bir meningeal enfeksiyon omurilik yaranmasına 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 mutlak bir tedavi işleminden kaynaklanan anormal sonuçlar hakkındaki içtihadında kusur karinesini uygulamaması 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 böyle steril edilmiş tıbbi malzeme ve ürün ile yetkin personel temin etme yükümlülüğü kendine düşen hastane kamu hizmetinin işleyiş ve örgütlenmesinde bir kusurun ortaya çıktığını ifade etmiştir. Sonuç olarak Fransız Danıştay'ı mağdura düşen yükümlülüğünü kolaylaştırmış, sağlık hizmetinin ifası ve örgütlenmesindeki kusurun ispatı yükümlülüğünü aramamış zarar ile kamu hastanesi arasında illiyet bağının ispatını yeterli görmüştür. (Le Regime De La Presomption De Faute Droit Administratif De La Sante, <http://thomascarpentier.com/pages/le-regime-de-la-presomption-de-faute.html>) Bkn: ERSÖZ Ahmet Kürşat: "Sağlık Hizmetleri Açısından Hizmet Kusurunun Ağırlığı ve İspat Problemi", İÜHFİM, C. LXIX, S. 1-2, 2011, sh.928-934 www.journals.

tarihli bir kararında tıbbi veya cerrahi bir tehlikeden kaynaklanan zararda hastane idaresinin kusursuz 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.

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

⁷² Dan. 15.D., 21.12.2017, E.2017/61, K.2017/7694.

davalı idarenin bu tutumunun hizmet kusuru olarak kabulü zorunlu olup, İdare Mahkemesince Yüksek Sağlık Şurası kararı esas alınmak ve davacıardan 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 özürllü 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 aşidan 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

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.

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 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

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 taşıması özelliği göz önünde bulundurularak, 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 bilirkişilik 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).

idarenin hukuki sorumluluğunun kabulü ise, yürütülen hizmetin niteliği itibariyle ancak hizmetin kusurlu işletildiğinin, açık bir hizmet kusuru bulunduğu 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 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 sonucu⁷⁹ 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

⁷⁸ Dan. 10.D., E.1982/2696, K.1986/73.

⁷⁹ Dan. 10.D., 21.02.1983, E.1982/3142, K.1983/322..

⁸⁰ KARAEĞE 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>

A) KUSUR SORUMLULUĞU⁸¹

Türk ve Fransız hukukunda hizmet kusuru ilkesi kanunla düzenlenmemiş olup, içtihatlarla ortaya konulmuş sorumluluk 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 kav-

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 işlenmesine 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 işlenmesi, 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 yüklenilen 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..”

⁸² Dan. 10. D., 24.11.1997, E.1995/6440, K.1997/4796.

ramı, 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 güçlüğü 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 kusurunun 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 karene geliştirmesine yol açmıştır. Geleneksel olarak bu duruma

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 bağının 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 gerçekleştiğinin 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*.)

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. Gerçektende 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, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru;

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 âmmе 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”, İÜHFМ, 1949; 15(4), sh.858-895.)

hizmetin kötü işlemesi⁹⁰, geç işlemesi⁹¹ veya hiç işlememesi⁹² hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğü-

⁹⁰ Göz ameliyatı sırasında hatalı enjeksiyonla sol gözün kaybedilmesi (Dan. 10.D., 22.11.1999, E.1998/190., K1999/6198), 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 sterile edilmemiş malzemelerin kullanılması, kuduz olmadığı anlaşılan kedi tarafından ısırılan kişiye dozajı ve dolayısıyla riski yüksek aşı yapılarak 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 aşılmakta 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.

nün doğmasına yol açmaktadır.”⁹³

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 tıbben elverişli olmayan bir ilacın verilmesi⁹⁶, hatalı ilaç verilmesi⁹⁷, yaralı olarak getirildiği hastanede kaldığı süre içerisinde yeterli tıbbi müdahalenin yapılmaması⁹⁸ gibi durumlarda idarenin hizmet kusuru sözkonusu 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 şeklini 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 iş-

⁹³ Dan. İDDK, 13.04.2016, E.2015/1141, K.2016/1544.

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.

letilmesinde yetersizlik⁹⁹ ve tıbbi uygulama hataları¹⁰⁰ ve türleri

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 aramıştır. (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 doğacağının anlaşılması üzerine 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 sonucuna varmıştır. 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 hararet düzeyine çıkarılması için termofor tatbik edilirken termoforun sıcaklığının iyi ayarlanamaması 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) demıştır.

¹⁰⁰ Danıştay kararında da belirtildiği üzere; tıbbi uygulama hatasında, has-

olarak iki grubun üzerine vurgu yapılması yerinde olacaktır. İkinci grubun kapsamına da yetki sınırının aşılması (uzmanlık), bilgilendirme¹⁰¹ 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

tanın tanı ve tedavisi 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 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*", İÜHF M C. LXVI, S.1, 2008, sh.320) "Davacının çocuğunun sol el 4. parmağındaki siğilin 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

hizmetin kuruluşu, düzenlenmesi, örgütlenmesi, personeli, malları ve işleyişindeki aksaklıklara bağlı oluşan kusur sorumluluğuna dayanır.¹⁰⁴ Buna göre bozulmuş ilaçların kullanılması, süresi geçmiş ilaçların veya sterilize edilmemiş enjektör ya da ameliyat malzemelerinin kullanılması ve koruyucu sağlık hizmetleri ile ilgili olarak bir salgın hastalık durumunda aşılamanın eksik veya hatalı yapılması, yeterli mesleki bilgiye sahip olunmadan yapılan enjeksiyon nedeniyle hastanın kolunun kangren olmasına sebebiyet verilmesi, hastanın sedyeden düşürülmesi, gerekli bakım ve onarımı yapılmayan ambulansın yolda bozulması, tıbbi müdahalelerde izin verilen risk (komplikasyon)¹⁰⁵ kapsamını aşan neticeler ortaya çıkma-

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 işleten idarece tazmini ...” gerekmektedir (Dan.10.D., 22.11.1999, E.1998/190, K. 1999/6198).

¹⁰⁴ Danıştay, “riski çok daha yüksek aşırı uygulayarak müşahede altında tutularak kuduz olmadığı anlaşılan bir kedi tarafından ısırılan ilgilinin yaşamını yitirmesine yol açan idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu, yaşam hakkı ve sosyal hukuk devletinin 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. Uygulamadaki komplikasyonlara örnek olarak; hücre kanlanması, kemik kırılmaları, enfeksiyonlar, felçler, kan pıhtılaşmaları, emboliler, yara tedavisi arızaları, iç organ zedelenmeleri, bağırsak tıkanması sayılabilir. Komplikasyon olduğu hallerde tıbbi uygulama hatasından ve hekimin kusurundan ve dolayısıyla hekimin ve idarenin

sı, hatalı teşhis ve tedavi, hastaya yapılacak müdahaleler hakkında yetersiz bilgi verilmesi (aydınlatılmış onam eksikliği), hastane ve servislerinde gerekli sterilizasyon çalışmalarının yeterli düzeyde yapılmaması sebebiyle hastane enfeksiyonunun¹⁰⁶ ortaya çıkması, ameliyat sırasında hastanın karnında spanç veya tıbbi araç- gerek bırakılması, sara nöbeti geçiren hastanın iyi sabitlene memesinde otürü 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.

sorumluluğundan söz edilemez... Hasta açısından öngörülebilir komplikasyonlara yönelik de tedbirler alınmalıdır. Bu tedbirler alınmış ise ve hekime bu yönden bir kusur yüklenemiyorsa, komplikasyon yönetimi de iyi yapılmıştır. Her ne kadar komplikasyonlardan dolayı hekime ve idareye sorumluluk yöneltilmeyecek olsa da komplikasyon iyi yönetilememişse, sorumluluk gündeme gelebilir. Tedbirler alınmamış veya gecikilmişse, komplikasyon yönetimine özen gösterilmemiştir ve bu durumda komplikasyonun malpraktise dönüştüğünden bahsedilebilir ve hekim sorumlu tutulabilir." (SARIKAYA 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; Yataklı 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 hastalığın tedavisi sırasında meydana gelen, yatan hasta, sağlık personeli, ziyaretçi ve hastane ile ilişkili diğer kişilerde oluşan enfeksiyonlardır. "Genellikle hastaneye yatışın 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, 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")

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

Mantıki 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 etmekte 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 dav-

¹⁰⁷ Une faute non dénuée de tout lien avec le service public.

¹⁰⁸ Défaut d'entretien.

¹⁰⁹ Mauvaise organisation du service.

¹¹⁰ Enteurs.

¹¹¹ Maladresses.

¹¹² Mauvaise appréciation des risques.

ranmaktadır. 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 vatandaş gibi bunların sonuçlarından da kendilerinin sorumlu tutulması 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 yararı 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 belirlen-*

miş 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 vurgulamak gerekir ki, sağlık hizmetlerinin niteliği dikkate alındığında kişisel kusur ile görev kusurunu birbirinden ayırmak her zaman kolay olmamaktadır.¹¹⁵ Sağlık

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 ayırlamamaları nedeniyle görevle ilgili olarak işlenen "görev kusuru" niteliğinde hizmet kusurunu oluşturmaktadır." (Dan. 10. D.,06.11.2013, E.2011/985, K.2013/7802)

¹¹⁵ "Ayağının kırılması üzerine hastaneye yatırılan davacının sağ koluna hemşire tarafından yapılan hatalı enjeksiyon sonucu kolu kangren olmuş ve kesilmiştir. Hemşire, dikkatsizlik ve tedbirsizlik ve meslekte acemilik nedeni ile davacının kolunun kesilmesine neden olduğu gerekçesi ile ağır ceza mahkemesince suçlu bulunarak, mahkûmiyetine karar verilmiştir. Devlet hastanesine, tedbirsizlik ve meslekte acemilik nedeni ile hatalı enjeksiyon yapılarak davacının kolunun kangren olmasına ve kesilmesine

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 bağdaşıp 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

yol açması karşısında, dava konusu olayda davalı idarece yürütülmekte olan sağlık hizmetinin işleyişindeki yetersizlik olarak ortaya çıkan hizmet kusurunun kabulü zorunlu olup; davacının olay nedeniyle uğradığı zararların, hizmeti kusurlu işleten davalı idarece tazmini gerekir." (Dan. 10. D., 16.01.1985, E.1982/2908, K.1985/26, Danıştay Dergisi, S.:60-61, sh.460) "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, Danıştay Dergisi, S. 91, sh. 1118).

¹¹⁶ İdarenin, kamu görevlisinin kişisel kusurundan sorumlu olabilmesi için, kamu görevlisinin verdiği zarar, görevi ile ilgili olmalı ve yetkisini kullanmasından doğmalıdır. Başka bir deyişle, kamu görevlisinin kişisel kusurunun görevine yabancı olmaması ya da bir suç düzeyine ulaşmaması gerekir. (KAPLAN Gürsel: *agm.*)

sadece idaredir. Dolayısıyla hizmet kusurundan dolayı, kamu görevlileri idareye, hasta ya da hasta yakınlarına karşı sorumlu değillerdir.

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 başvurulmaktadır.

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.

¹¹⁷ Activités dangereuses.

¹¹⁸ Un risque spécial pour les particuliers.

¹¹⁹ La collaboration de personnes bénévoles.

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.

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 hapisshaneden 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.

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 bağlanmadığı gibi, bireylerin ücret ödemeleri halinde dahi sözleşme ilişkisi kurulamaz. Dolayısıyla akdi ilişkiden söz edilemeyeceği için de, sağlık hizmetlerinden kaynaklı idarenin sorumluluğu da ortadan kalkmaz, kaldırılmaz. İdarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğu kural olarak hizmet kusuru kavramı ile ifade edilmektedir.

¹²⁴ Des malades mentaux.

¹²⁵ Guerre, épidémie.

¹²⁶ Obligations de service des agents de l'État ou leurs proches.

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)

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

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

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, işleyişinde 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

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.

¹²⁹ Caractère certain.

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 aykırılığın¹³¹ da yol açmaktadır. Genel hukuk anlamında gelişmelere uygulanabilecek bedensel zararların tazmini tipolojisi ve mağdurlarca anlaşılabilir olma aracılığıyla resmi misyonlar bu duruma çare getirebilir.
- Tıp doktoru olan bilirkişi kazaya veya zarara sebebiyet veren olgu ile bunların sonucu ortaya çıkan zararlar arasında illiyet bağıını 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 taşımayacaktır. Tek bir tıbbi baremin kamu otoritesi veya kanun koyucu tarafından resmi olarak belirlenmesi herkese uygulanabilmeyi ve o ana kadar mev-

¹³⁰ Principe de réparation intégrale.

¹³¹ Principe d'égalité de traitement de victimes.

cut baremlerin yerini almak suretiyle şeffaflığın bir unsuru olabilecektir.¹³²

- Bedensel zararı mağdurunun zararlarının tazmininin seviyesi toplumsal bir tercihin yansımaları şeklinde karşımıza çıkar. Ekonomik anlamda değerlendirilemeyecek zararlar için tazminata esas zararların neler olacağını belirlemek için 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 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.

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.

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)

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, anlaşılabilirliğe 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 genelleştirilmiş kabulünün mağdurların zararlarının tamamının dikkate alınmasını, hukuki güvenliğin muhafazasıyla güvence altına alınacağı ifade edilmektedir.

SONUÇ

Sınırlı olsa tarihsel gelişimde 1873 tarihli Blanco kararıyla kabul edilen Devletin/idarenin sorumluluğu zaman içinde kapsam ve içeriğinde önemli bir gelişim ve değişim göstermiştir. Bu

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.

hususun idarenin sağlık hizmetlerinden dolayı sorumluluğuna ve bedensel zararların tazminine de yansdığı 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 sorumluluğunun 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 ulaşmıştır. 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 kararın-

da kapalı tutulduğu yerden kaçan kızgın, saldırgan boğanın zararsız hale getirilmesinde polislin 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 durumunda 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 her türlü zararın tazmini her zaman mümkün olmayabilir. Zira bazı durumlarda kanun koyucu Fransız hukukunda şehircilikten kaynaklanan

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

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 karşılaşmaz. 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

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.

hem Yargıtay, hem de Danıştay tarafından kabul edilmemiştir. Bunun 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 adillighinden söz etmek mümkündür. Bu tür düzenlemeler

¹⁵⁷ CE 29 octobre 1954, Bondurand.

¹⁵⁸ La preuve de la faute.

¹⁵⁹ La présomption irréfragable.

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 alınması esası bazen başarısızlıkla neticelenebilir. Bazı ölçüsüzlükler beklentileri geçersiz kılabilir. Oysaki günümüzde kadercilik artık terk edilmiş ve tıbbi başarısızlıklar kabul edilemez. Böylece tıbbi gelişmelerin aksamaması, 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. İçtihadın 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 (SAISON Johanne: *Droit Hospitalier*, 3ème édition, Paris 2011, sh.288).

İDARENİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNDA İDARİ YARGIYA ÖZGÜ KRİTERLERİN GELİRŞTİRİLMESİ

(DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA BEDENSEL
ZARARLARI TAZMİN İLKELERİ)

Suna TÜRKOĞLU - Erkan YILMAZ

1-GİRİŞ

Hak ihlalinin doğurduğu zararın miktarının belirlenmesinden önce, ihlale yol açan eylem ve işlemin ilgili hukuk kuraları çerçevesinde değerlendirilip, idarenin sorumluluk sebebinin saptanması gereklidir. Hukuki sorumluluğun varlığının ortaya kanulabilmesi için, kamusal yetki ve usulleri kullanan idarenin, idari eylem ve işlemleri nedeniyle sorumluluğunun, idare hukukuna özgü sorumluluk kriterleri ile belirlenmesi zorunludur.

Yasal düzenlemelerde kısa bir göz gezdirecek olursak, T.C Anayasasının 2. Maddesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti demokratik, laiklik ve sosyal bir hukuk devletidir. 125. Madde uyarınca da idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır, idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.

Ayrıca Anayasanın 129. Maddesi ile önemli bir sorumluluk ilkesi daha ortaya konulmuş ve kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aley-

hine dava açacakları; ancak kurumun genel hükümlere göre sorumlu personel rücu hakkının saklı olduğu belirtilmiştir.

Demek ki yargılama sürecinde şimdi üzerine değerlendirme yapacağımız konu ile ilgili olarak öncelikle Anayasa gereği;

- Demokratik bir devlet olma,
- Sosyal bir devlet olma,
- Hukuk devleti olma, kriterlerini mutlaka göz önünde bulundurmamak zorundayız.

Zararın sebeplerini ve idari sorumluluğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki içtihatlarını ve idari yargının aynı zamanda içtihat mahkemesi olma konumundaki en üst yargı oranı olarak Danıştay'ın kararlarını dikkate alarak, yorumlamak;

İdareyi

İdari eylem ve işlemleri

İdarenin hukuki sorumluluk kriterlerini ortaya koymak suretiyle belirlemek durumundayız.

Anayasa gereği Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız Mahkemelerce kullanılması söz konusu olan yargı yetkisinin, İdari Yargı tarafından kullanılan kısmı, yine idari yargının özelliği bağlamında mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre konunda düzenlenen yargı teşkilatı tarafından kullanılmaktadır. (Anayasa md. 155)

Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı anayasal güvence altındadır (Anayasa md. 17). Kişinin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirmek hakkı, işkence ve eziyet görememe, insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muameleye tabi tutulmama hakkı vardır (Anayasa md. 17).

Bu anayasal düzenlemelerden hareketle yine herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri

önünde davacı veya davalının olmak, iddia ve savunma ve adil yargılanmak hakkına sahip bulunmaktadır (Anayasa md. 36).

Dolayısıyla Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Kişinin, resmi görevliler tarafından vak haksız işlemler sonucu uğradığı zararından da Devletçe tazmini gerekmekte olup; bu husus dahi Anayasada ayrıca güvence altına alınmıştır (Anayasa md. 40)

İdari yargı, öncelikle bu Anayasal sistem içerisinde uyumsuzluklara bakmak ve kişilerin uğradıklarını öne sürdükleri zararlardan idarenin sorumlu olduğu iddiasıyla açmış oldukları tazminat davalarını bu çerçevede içerisinde incelemek, irdelenmek değerlendirmek ve çözüme kavuşturmak zorundadır.

Bu çalışma kapsamında, bedensel zararlar nedeniyle açılan tam yargı davalarında Danıştay'ın görüşlerini ifade etmeden önce, İdarenin hukuki sorumluluğu kavramını açmak, ne olduğunu tam olarak ortaya koymak gerekli görülmüştür.

2- İDARENİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Genel olarak idarenin hukuki sorumluluğunda, tarihi gelişim içinde kısaca üç ayrı dönemden söz edebiliriz. Bunlardan birinci dönem kural olarak idarenin ve devletin sorumsuzluğu dönemidir. Kişiler yönünden son derece teminatsız olan bu yaklaşım çok gerilerde kalmış olup, artık böyle bir sorumsuzluktan söz etmek hiç mümkün değildir.

19. yüzyılın birinci yarısına rastlayan ikinci dönemde, ege-men devlet- sorumsuz devlet anlayışı temelinden sarsılmış ve devrin koşullarına göre "Hakimiyet Tasarrufları" "Temsiyet Tasarrufları" ayrımı yaparak, özel kişilerin günlük işlerine, günlük eylemlerine benzeyen temsiyet tasarruflarından dolayı devletin medeni hukuk kurallarına göre sorumlu tutulması; hakimiyet tasarrufları yönünden ise devletin yine sorumlu olmayacağı esasları benimsenmiştir.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Nihayetinde devletin sorumluluğunu medeni hukuk kuralları dışında düzenleyen başka kurallara ihtiyaç duyulmuş ve devletin kamu hukuku kurallarına göre sorumluluğunu benimseyen ve belirleyen yeni ve son döneme geçilmiştir.

Artık "hizmet kusuru" kavramı vardır.

Danıştay'ımızın kuruluşu 1868 yılına gitmekte ise de; Devlet Şurası 1924 Anayasasının 51. Maddesi ile yeniden kurulmuş ve "İdari dava ve ihtilafları hal ve rüyet etme" görevinin verilmiş olması ile İdare rejimi ve devletin sorumluluğu-idarenin sorumluluğu kavramları hukuk düzenimize girmiştir.

Ancak bu dönemde konunda tazminat verilmesine ilişkin bir hüküm olmadıkça Devlet Şura'sının, tazminat talepleri reddetme yoluna gittiğini görmekteyiz. Daha sonraları bazı hizmetler yönünden (özellikle kolluk hizmetleri yönünden) hizmet kusuru kavramına gidildiği ve "ağır kusur" arandığını söyleyebiliriz .

Danıştay kusursuz sorumluluk ilkesini ise ancak 1960 yılından sonra uygulamaya başlamıştır.

1961 Anayasasının 114. Maddesi ile getirilen "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür" hükmü, tazminat hukukunda çağdaşlaşmanın temelini oluşturmuştur.

1982 Anayasasının 125. Maddesinin son fıkrası 1961 Anayasasının 114. Maddesinin son fıkrasındaki hükmü korumuş ve 06.01.1982 tarihinde çıkarılan bir dizi konun ile idari yargı alanı yeniden düzenlenerek 2577 sayılı İdari yargılama usulü Kanunu 12 ve 13. Maddelerinde tazminat davalarının usulü yeniden belirlenmiştir.

İdarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle zorunlu olduğunu belirleyen Anayasal kural esasen dört esaslı kavramı bir araya getirmiştir. Bunlar;

İdare

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Eylem ve işlem

Zarar

İdarenin kendi eylem ve işlemleri belirlemesinden çıkan iliyet bağı kavramıdır.

Günümüz kamu hukuku anlayışı bu dört kavram üzerinden yola çıkarak sorumluluk ilkelerini belirlemek suretiyle, zarar görenlerin hakları ile idarenin hukuki sorumluluğunun sınırlarını ortaya koymaktadır.

Zarar kavramının açılımında özel hukuk ve kamu hukuku arasında önemli bir fark yoktur. Diğer bir anlatımla zararın tespiti, zararın miktarı, zararın niteliği yönünden özel hukuk-komu hukuku ayrımı yoktur. Ancak zarara uğratanın hukuki sorumluluğunun saptanmasında İdari yargı, kamu hukukuna özgü sorumluluk ilkeleri geliştirmiş bulunmaktadır.

İdarenin hukuki sorumluluğu kamusal faaliyetler sonucunda idare ile kişiler arasında, kişiler aleyhine bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını sağlayan hukuki bir kurumdur. İdari etkinliklerden dolayı veya bu etkinliklerin sonucuna idare edilenlerin zararına bir durumun ortaya çıkması halinde bu zararın idarece tazmin edilmesini sağlar. Bu nedenle de idarenin hukuki sorumluluğu, lütuf ve atıfet duygularıyla kişilere belli miktarlarda para ödenmesini öngören bir kurum değil; demokratik toplum düzeninde ve hukuk devleti bağlamında biçimlenen, yöneten- yönetilen ilişkisinin ortaya çıkarıldığı hukuki bir sonuçtur.

Açıklanan bu hukuki yaklaşım nedeniyle de idari yargı, bu anlayış çerçevesinde bu doğrultuda, idare hukukunun ilke ve kurallarını uygulamak suretiyle, idarenin hukuki sorumluluk alanını ve hukuki sorumluluk sebeplerini belirlemek ve uygulamak zorundadır.

İdare, faaliyetlerini, tesis ettiği işlemler ve icra ettiği eylemleri ile gerçekleştirmektedir.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

İdari makam ve mercilerinin, idari faaliyet alanında, idare hukuku çerçevesinde tek taraflı irade açıklaması ile hukuk alanında kesin yürütülmesi zorunlu nitelikte sonuç doğuran tasarrufları idari işlemler olarak ; temelinde bir idari karar veya işlem olmayan veya idari bir sözleşmeye dayanmayan her türlü faaliyet veya hareketsiz kalması ise idari eylemler olarak tanımlanmaktadır.

İdari işlemin gereğinin yerine getirilmesi, çoğu zaman bir fiil veya hareketin yapılmasını gerektirir. Bu durumda hukuki sorumluluk alanın idari işlemlerin icrasından doğan sorumluluktur. 2577 sayılı Kanunun "iptal ve tam yargı davaları" başlıklı 12. Maddesi "bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan" ifadesiyle bu duruma işaret etmektedir.

İdari eylem kavramı ise idarenin yerine kamu hukuku alanında maddi fiil ve hareketlerini ifade eder. Bu kavram hem idarenin bilerek ve isteyerek yapmış olduğu fiilleri, hem idare hem de hareketsiz kalması sonucunda meydana gelen birtakım fiili durumları ifade etmektedir.

İdari işlem ve eylemlerden kaynaklanan tam yargı davalarında idari yargı mercileri işlem ve eylemin niteliğini ve idare işlevinin yerine getirilmesi sırasında icra veya tesis edilip edilmediğini her bir olayda ayrı ayrı ve idare hukukunun ilke ve kurallarını gözeterek değerlendirmek zorundadır.

Kısaca bu şekilde açıklanabilen idari işlem ve eylemden doğan idarenin hukuki sorumluluğunu

Hizmet kusuru

Kusursuz sorumluluk halleri

Sosyal risk ilkesi olarak üç temel başlık altında inceleyebiliriz.

HİZMET KUSURU

İdarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu idarece yürütülen hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde ve işleyişinde ortaya çıkan her türlü bozukluk, aksaklık ve eksikliklerdir.

Bu bağlamda, hizmet kusuru özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak, nesnel, anonim niteliğe sahip ve bağımsız karakteri olan bir kusur olarak nitelendirilir. Özel hukukta kişiye bağlı ve sübjektif bir durumu anlatan kusur kavramı, kamu hukukunda hizmeti yürüten ajanların kişiliğinde veya karakterlerinde yada seçimlerinde beliren bir kusur olmaktan çıkıp, hizmetin içinde, kuruluş veya işleyişinde ortaya çıkmaktadır.

Deği Hizmet kusurundan söz edebilmek için iki koşulun bulunması gerekmektedir. Bunlar;

Zarara sebebiyet veren faaliyetin, ayrılmaz biçiminde kamu hizmetine bağlı olması (nedensellik bağı)

Meydana gelen zararın, idare ajanının kusurundan değil bizzat hizmetin kuruluş ve işleyişinden kaynaklanmasıdır.

Hizmet kusurunu, gerek özel hukukun kusura dayanan hukuki sorumluluk kavramından, gerekse diğer idari sorumluluk kavram ve ilkelerinden ayıran ölçüt, bu iki koşulun varlığıdır.

Hizmet kusuru tüm kamu tüzel kişilerinin sorumluluğu yönünden geçerli bir kavram olup; bu durum hizmet kusurunun organik yönden genelliğini göstermektedir.

Hizmet kusuru ile doğrudan doğruya sorumlu tutulan idare tüzel kişidir. Tek sorumlu süje idare olup, ajanın hukuki kişiliği idare tüzel kişiliği içinde kaybolmuştur. Anayasanın 129. Maddesindeki hükme paralel olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. Maddesinde de, ajanın hizmet kusuru teşkil eden eylemleri nedeniyle doğrudan idareye karşı dava açılması gerektiği hüküm altına alınmış olup; bu durum pozitif hukuk için bir sorumluluktur. Bir olayda hizmet kusuru vardır denebilmesi için kusurun belli ajanda olmasına da gerek yok-

tur. Dolayısıyla hizmet kusurunu kanıtlama yönünden kusuru işleyen ajanın bilinmesi ve ortaya çıkarılmasının bir önemi bulunmamaktadır.

İdarenin yürütmekle yükümlü olduğunu bir komu hizmetini gereği gibi yerine getirme, işleyişini sürekli kontrol etme, yürütülmesi sırasında gerekli önlemleri alma, hizmeti yürütecek personelin ve hizmete öngülenen araçların seçimine gerekli dikkat ve özeni gösterme ve denetim yapma yükümlülüğünü ihlal etmesi; hizmetin hiç işlememesi, hizmetin kötü işlemesi veya hizmetin geç işlemesi gibi hizmet kusuru oluşturan durumların ortaya çıkması sonucunu yaratır.

Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan ve asli nedenini oluşturmaktadır.

Bu başlık altında, hizmet kusuru, görev kusuru ilişkisi üzerinde de kısaca durmak gerekmektedir.

Görev kusuru, hizmet kusurunun bir diğer görünümüdür. Ajanın, "İdari tasarruf yaparken, mevzuatın, üstlendiği ödevin ve yürüttüğü hizmetin kural, usul ve gereklerine, hizmet kusurunun anonimliğinden çıkarak, ferden kendisine atıf ve izafe edebilecek boyutlarda ve biçimde aykırı davranışları olarak ifade edilmektedir. Önemli olan husus, bu gibi hallerde meydana gelen zararın, idarenin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya eksiklikten değil, kamu görevlisinin görevini kusurlu yürütmesinden kaynaklanmasıdır.

Bir diğer anlatımda, kamu görevlilerinin, idari bir tasarrufta bulunurken, yasal düzenlemelerin, üstlendiği ödevin ve yürüttüğü hizmetin kurallarına, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendisine izafe edebilecek boyutta ve biçimde, ancak yine de resmi yetki, görev ve olanaklardan yararlanarak ve onları kullanarak hareket etmiş olmasından dolayı idaresinden tamamen ayrılmasını önleyen ve engelleyen görevle ilgili olarak işlemiş olduğu kusur "görev kusuru" niteliğinde bir hizmet kusurudur.

KUSURSUZ SORUMLULUK

Hizmet kusuruna dayanılarak idarenin işleyişinden doğan zararların karşılanabilmesi, idarenin kusurlu olduğunun kanıtlanmasına bağlıdır. Özel hukuk sorumluluğu olan kusur sorumluluğu idarenin başlangıçta kabul edilen tek sorumluluk hali idi.

Kusursuz sorumluluk ise, kamu hizmetinin görülmesi sırasında, kişilerin uğradıkları özel olağandışı zararların, idarece tazmini esasına dayanmakta olup, kusur sorumluluğuna göre ikinci derece sorumluluk türüdür.

İdare hukuku kurumu olan kusursuz sorumlulukta idare adeta genel bir teminatçı ve sosyal sigortacı kimliği kazanmaktadır.

Özel hukukta kusursuz sorumluluk uygulanması çok sınırlı ve sayma yöntemiyle belirlenmişken, idare hukukunda 1961 Anayasasının yürürlüğe girmesi ile birlikte ciddi bir uygulama alanı kazanmıştır.

Danıştay birçok kararında kamu görevlilerinin kişisel kusurundan doğmamış olmak şartıyla, bu görevi yürütürken görevin neden ve etkisine bağlı olarak zarar doğması halinde, idarenin yürüttüğü kamu hizmetinin doğrudan sonucu olan ve nedensellik bağı kurulabilen özel ve olağandışı zararın kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazminine hükmetmektedir.

Sosyal hukuk devletinin bir uzantısı olarak, idarenin yürüttüğü kamu hizmetlerinin artması, karmaşıklaşması ve kusura dayanan sorumluluk kavramının yetersiz hale gelmesi nedeniyle, kişilerin idarenin etkenlerinden dolayı uğradıkları zararları mutlaka ve her zaman kusurlu davranışa dayandırma zorunluluğu bir kenara bırakılarak; meydana gelen özel ve olağandışı zararın, idarenin kusurlu olup, olmadığına bırakılmaksızın karşılanması yoluna gidilmektedir.

Kusursuz sorumluluğun bulunduğu kanaat getirilmesi halinde kusurun varlığının kanıtlanmasına gerek görülme-

mektedir. Sadece idari eylem veya işlemde kaynaklanan zararın varlığının kanıtlanması yeterlidir.

Anayasanın 125. Maddesi hem hizmet kusurunu hem de kusursuz sorumluluğu kapsar nitelikte bir düzenleme olup; özellikle kusursuz sorumluluğun yasal dayanağı olmaktadır.

İdare Hukukunda Kusursuz Sorumluluk halini açıklayan iki ilke vardır. Bunlar;

Hasar veya risk ilkesi ile

Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesidir.

Risk ilkesinde, idarenin tehlikeli veya riskli kabul edebileceğimiz bazı faaliyetlerinde hasarın meydana gelmesi, kusur aranmaksızın tazmin yükümlülüğü doğurur. Danıştay "üniversite kütüphanesinden çıkararak fakülte dersliğine doğru giden davacının, üniversite içinde yapılan gösteri yürüyüşü sırasında kalabalığın arasında kaldığı sırada emniyet kuvvetlerince kullanılan ve paint ball olarak adlandırılan plastik top atar silah mermisi gözüne isabet eden davacının uğramış olduğu zararın, kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca" tazmin edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi ise toplumun tamamının yararlanacağı, yani kamu yararının olduğu bir faaliyet yürütülmesi, toplumun bazı bireylerine belli külfetler yüklüyorsa, bu kişilerin zarardan idareyi kusur aranmaksızın sorumlu tutmak gerek. Bir diğer adıyla bu ilke fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesidir ve burada toplumu oluşturan bireylerin yükledikleri külfetin eşitlenmesi ya da katlandıkları fedakarlığın denkleştirilmesi amaçlanmaktadır.

Danıştay bir orman yangının söndürülmesi sırasında helikopterin iniş- çıkışlarında ortaya çıkan rüzgarın davacının meyve ağaçlarının ve sebze fidanlarının gövde ve dallarının kırılması sonucu ortaya çıkan zararı, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereği kusur şartı aranmaksızın tazmini yoluna gitmiştir.

Bir başka kararında ise “kamu hizmetinin yürütülmesinin neden ve etkisinden kaynaklanan bir zararın doğmamsı için, idarece her türlü tedbir alınmasına rağmen, hizmetin doğal ve zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkan, hizmetten yararlananlar yönünden genel ve olağan nitelikli bir külfetten kaynaklanan zararın, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca idarece karşılanmasına olanak bulunmamaktadır.” Diyerek idarece yürütülen yol yapım çalışmaları nedeniyle akaryakıt satış faaliyetlerinin durma noktasına geldiği iddiasıyla uğrlandığı ileri sürülen zararın ödenmesi istemini reddetmiştir.

Kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan bir zararın, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca idarece karşılanabilmesi içi uğrlandığı ileri sürülen zararın kamu külfetleri olmaktan çıkıp, hizmetten yararlananlar yönünden özel ve olağandışı bir niteliğe dönüşmüş olması gerekir.

SOSYAL RİSK İLKESİ

Sosyal risk ilkesi de idarenin kusursuz sorumluluğuna dayanmakta ise de kusursuz sorumluluğunun klasik anlamından biraz farklılaşmaktadır. Çünlü esasen idarenin zararın oluşumunda bir kusurlu olmasa da zarardan sorumlu tutulduğu kusursuz sorumluluk ilkesinde, meydana gelen zarar ile idarenin yürüttüğü faaliyet arasında bir bağlantı bulunmaktadır. İdare kusursuz olsa da zarara kendi yürüttüğü bir faaliyet sebep olmuştur. Sosyal risk ilkesi de idarenin hizmetin sunumunda kusurlu olmaksızın zararı tazmin ile yükümlendiği bir kusursuz sorumluluk çeşididir. Ancak idarenin kusursuz sorumluluğu esasına dayana “sosyal risk” ilkesinde idarenin sorumluluğu, idari makam ve kişilerin işlem ve eylemlerinden değil, idareye yabancı kişi ve toplulukların eylemlerinden kaynaklanmaktadır. Ancak bireyin devlet çatısı altında sadece vatandaş olmaktan dolayı maruz kaldığı zararın devlet tarafından ödenmesinin adalete daha uygun düştüğü kabul edilmektedir.

Sosyal risk ilkesi genel olarak toplumsal olaylarda ve terör eylemlerinde uygulanan bir ilkedir. Kişinin uğradığı zarar, salt o toplumun bireyi olmasından ve özellikle ekonomik ve sosyal

sebeplerle çıkan kitle hareketlerinden doğan kargaşa ve terör olaylarından kaynaklanmaktadır . Görüldüğü üzere ortada zararlarla ilişkilendirecek bir idare faaliyeti olmadığından zarar ile idarenin eylemleri arasında illiyet bağının varlığının araştırılmasına da gerek yoktur. Ancak bu ilkenin geçerli olduğu durumlarda bile idare ancak önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği ya da daha büyük zararlara sebebiyet verilmesi için önlemekten kaçındığı zararları tazminle sorumludur.

Aslen kusursuz sorumluluk hallerinde idari faaliyet ile zarar arasındaki illiyet bağının ispatı gerekmektedir ancak bu hallerde idarenin kusurlu olduğunun kanıtlanmasına gerek yoktur. Sosyal risk ilkesinde ise bu illiyet bağı dahi aranmayacaktır, idarenin hangi hizmeti yürüttüğü ve bu hizmetin niteliği araştırılmayacaktır, çünkü zarar idarenin ajanlarından ya da faaliyetinden kaynaklanmamaktadır. Danıştay “sosyal risk ilkesi” kavramını ve bu ilkeye binaen illiyet bağı aranmaksızın idarenin sorumluluğuna başvurulması gerektiği ifadesini kararlarında kullanmaktadır.

5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonra sosyal risk ilkesinin artık önemli ölçüde uygulama kabiliyetini yitirdiğini söylemek mümkündür.

3- İDARENİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN DİĞER ŞARTLARI

A- İDARİ İŞLEM VEYA EYLEM

İdare, faaliyetlerini tesis ettiği işlem ve icra ettiği eylemleri ile gerçekleştirmektedir.

İdari işlemler, idari makam ve mercilerin idari faaliyet alanında idare hukuku çerçevesinde, tek taraflı irade açıklamasıyla hukuk alanında sonuç doğuran kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte tasarruflardır.

İdari eylemler ise, idarenin, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan veya bir idari sözleşmeye dayanmayan her tür-

lü faaliyeti (fizik alanında görülen iş, hareket, ameliye ve çalışmalar) veya hareketsiz kalması olarak tanımlanmaktadır.

İdari işlemin gereğinin yerine getirilmesi, çoğu kez maddi bir fiil ve hareketin yapılmasını gerektirir. Bu durumda, hukuki sorumluluk alanı, bir anlamı ile idari İşlemlerin uygulanmasından, yerine getirilmesinden doğan sorumluluktur.

B- İLLİYET BAĞI

İdarenin tazmin sorumluluğundan söz edebilmek için zararlar hizmet arasında uygun, makul ve kabul edilebilir bir nedensellik bağının bulunması gerekir.

Örneğin; iki arkadaşı ile birlikte saat 05:00 sularında ticari taksiye binen davacının, daha sonra polis olduğunu öğrendiği araç sürücüsü ile müzik sesi konusunda aralarında çıkan tartışmada, araç sürücüsüne yumruk atması sonrası araç sürücüsünün , Emniyet Genel Müdürlüğünce kendisine verilen tabancayı çekerek bir el ateş etmesi sonucunda ciddi şekilde yaralandığı, söz konusu yaralanma olayının Emniyet Genel Müdürlüğüne ait silah ile meydana gelmesinden dolayı idarenin sorumluluğunun bulunduğu bahisle 43.926,14 TL maddi ve 37.500,00 TL manevi zararın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan dava sonucunda, İdare Mahkemesince; uyumsuzluk konusu olayda görevi dışında ve üniformasız olarak geceleyin takside çalıştığı anlaşılan polis memurunun, davalı idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti ile hiçbir illiyet bağı olmaksızın ve kişisel kusuru ile üzerine zimmetli silahı, görevinin dışında kullanması sonucu verdiği zarardan dolayı idarenin hukuki sorumluluğu ve tazmin yükümlülüğünden söz edilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen karar Danıştay ca onanmıştır.

C- ZARAR

İdarenin tazmin sorumluluğundan söz edebilmek için ortada gerçekleşmiş, somut, belirgin ve kesin bir zararın bulunması gerekir.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Bu nedenle gerçekleşmesi olası bulunan zararların idarenin tazmin sorumluluğunu doğurmayacağı açıktır. Diğer bir ifadeyle, varsayımdan hareketle doğması muhtemel zararların kural olarak tazmini mümkün değildir.

Örneğin; bir firma tarafından ithal edilen radyasyon kaynağının yurt dışı edilmesi noktasında gerekli takip ve denetimin yapılmaması nedeniyle ithalatçı firma tarafından yurt içinde bir hurdacıya satılması ve hurdacının ise radyasyon kaynağını parçalamaya çalışırken radyasyona maruz kalması nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan dava sonucunda, mahkemece maddi ve manevi tazminat isteminin kabulüne karar verilmiş, bu kararın temyiz edilmesi sonucunda Danıştay; idarenin tazminle yükümlü tutulması, ancak bir maddi zararın kesin olarak ortaya çıkmış, belirgin hale gelmiş maddi zararın varlığı halinde mümkündür. Bu durumda, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu davacının radyasyona maruz kaldığı; ancak radyasyonun kısa ve uzun dönemde davacı üzerindeki etkisi nedeniyle kesin olarak ortaya çıkmış, miktar olarak belirgin gerçek bir zararının mevcut olup olmadığı hususu araştırılmadan, davacının doğması muhtemel maddi zararının gerçekleştiği kabul edilmek suretiyle idarenin maddi tazminat ödemekle yükümlü tutulması yolunda verilen kararda hukuka uyarlık görülmemektedir. Gerekçesiyle kararı bozmuştur.

4. İDARENİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNU AZALTAN YA DA ORTADAN KALDIRAN HALLER A- KAMU GÖREVLİSİNİN KİŞİSEL KUSURU

Kamu görevlisinin, yürütmekle yükümlü olduğu görevle nedensellik bağı kurulamayan kusuruna, bir başka ifadeyle kamu görevlilerinin yürüttüğü görevinden bütünüyle ayrılabilen kusuruna kişisel kusur denilmektedir. Kural olarak, kamu görevlisinin kişisel kusurundan doğan zarardan, idare sorumlu tutulamaz.

Anayasanın 125 inci maddesine göre, idare ancak kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Kamu görevlilerinin, hizmetten yararlananın veya üçüncü kişilerin bütünüyle kendi kişisel kusurundan kaynaklanan zararın idarece tazmin edilmesine olanak bulunmamaktadır.

B- ZARAR GÖRENİN KİŞİSEL KUSURU

Aynı şekilde salt zarar görenin kişisel kusuru ile gerçekleşen zararların tazmini idareye yüklenilmemektedir. Esasında yalnızca zarar gören kişinin kişisel kusuru neticesinde meydana gelen zarar ile idari faaliyet arasında illiyet bağı kesilmiş olduğundan idarenin hukuki sorumluluğu gündeme gelmeyecektir.

C- ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN KUSURU

İdarenin zarar verici davranışına üçüncü kişilerin katılımı, ilke olarak idarenin sorumluluğunu etkiler. Kusura dayanan sorumlulukta, üçüncü kişinin kusuru, ya idarenin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırır, ya da üçüncü kişinin kusuru ölçüsünde azaltır.

Burada önemli ve gözden kaçırılmaması gereken bir husus da şudur:

Kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca İdarenin tazminle sorumlu tutulduğu hallerde, üçüncü kişinin olaya karışmış olması idareyi sorumluluktan kurtarmaz, ya da İdarenin sorumluluğunu azaltmaz, idare tazminatı ödedikten sonra, kusuru ölçüsünde üçüncü kişiye rücu etme yoluna gidebilir.

Örneğin; 3.8.2003 tarihinde Silifke Bölge Trafik Amirliği emrinde polis memuru olarak trafik kontrol görevi yaptığı sırada özel bir aracın ekip otosuna çarpması sonucunda davacılar murisinin yaşamını kaybetmesi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada, İdare Mahkemesince; özel araç sürücüsünün yapmış olduğu trafik kazası sonucunda davacılar murisinin yaşamını kaybetmesi olayı ile ilgili olarak açılan ceza davasında, özel araç sürücüsünün tam kusurlu olduğu tespit edilerek taksirle ölüme neden olmak suçundan hapis ve ağır para cezasına mahkum edildiği, davacıların murisinin üçüncü kişinin eylemi

sonucunda yaşamını kaybettiği, bir başka ifadeyle uğranılan zararın idari eylemden kaynaklanmadığı anlaşıldığından, uğranılan zararın idarece tazmin edilmesine hukuki olanak bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Bu karar, Danıştay tarafından, "Davacıların murisinin kamu görevlisi olduğu ve kamu görevini yürütürken özel bir aracın çarpması sonucunda yaşamını kaybettiği açık olup; davalı idarenin, yürüttüğü kamu hizmetinin doğrudan sonucu olan, nedensellik bağı kurulabilen özel ve olağandışı zararın, hizmetten yararlanan topluma pay etme esasına dayalı olan kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmin edilmesi gerekmektedir. Öte yandan, davacılar murisinin ölümüne sebebiyet veren özel araç sürücüsü ile ilgili olarak açılan ceza davasında, araç sürücüsü olan sanığın olayda tam kusurlu olduğunun tespit edilmiş olması, uğranılan zararın yürütülen kamu hizmetinin neden ve etkisinden kaynaklandığı sonucunu değiştirmemektedir. Bir başka ifadeyle araç sürücüsünün kusuru, davacılar murisini istihdam eden davalı Bakanlığın hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmamakta, davalı Bakanlığa kusurlu sürücü aleyhine rücu davası açma olanağı sağlamaktadır." gerekçesiyle bozulmuştur.

D- MÜCBİR SEBEP

Genel anlamda sezilemeyen, karşı konulamayan, idarenin dışından kaynaklanan mücbir sebep halleri de zararı idareye yüklenebilir olmaktan çıkaran, zararlı idari faaliyet arasındaki illiyet bağı kesen etkenlerin başında gelir. Mücbir sebep halinde ancak zararı arttıran bir idari faaliyet bulunması durumunda idarenin tazmin sorumluluğuna gidilebilir.

Örneğin; davacıların 4 yaşındaki ikiz çocukları ve kardeşleri olan Melek ve Melike Turan'ın; 1.11.2006 tarihinde Batman İlinde meydana gelen aşırı yağışlar sonucu sele kapılarak boğulmalarında, İluh deresi yatağını imara açan Batman Belediye Başkanlığı ile dereyi ıslah etmeyen Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün hizmet kusuru bulunduğu bahisle, olay nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve mane-

vi zararın tazmini istemiyle açılmıştır, İdare Mahkemesince; Mahkemelerince verilen ara kararları üzerine sunulan bilgi ve belgelerin incelenmesinden; olay günü meydana gelen yağışların tekerrür periyodunun 50 yıl olduğu, bu haliyle zararın mücbir sebepten doğduğu; öte yandan, davacıların ikamet ettiği evin ruhsatsız olduğu, dolayısıyla zarar ile idari eylem arasında illiyet bağının mücbir sebep ve kişisel kusur nedeniyle kesildiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir

Danıştay ise:

“Mevcut yağışın, şiddetli nitelik arz etmekle birlikte doğal afet olarak nitelendirilmesine olanak bulunmadığı, zira, Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğünün 14.05.2009 tarihli yazısında, yağışların yalnızca şiddetli olduğu belirtilip, doğal afet şeklinde değerlendirilmediği gibi, esasen zarar salt yağıştan değil, dere yatağının yerleşime açılması nedeniyle biriken suların tahliye edilememesinden (selin oluşmasına zemin hazırlanmasından) doğmuştur. Bu haliyle, İdare Mahkemesinin, zararın mücbir sebepten kaynaklandığı yolundaki gerekçesine katılmaya hukuken olanak bulunmamaktadır. Davalı Belediyenin dere yatağını imar uygulamasıyla yerleşime açması, insan yaşamını tehdit edecek derecede ağır hizmet kusuru oluşturmaktadır.” Belirlemeleri ile mezkur kararı bozmuştur.

5. MÜTERAFİK KUSUR

Müterafik kusur (ortak kusur), zarara uğrayanın; zararın doğumuna veya zararın artmasına yardım (etki) etmesidir. Böyle bir durumda, zarara uğrayana veya mirasçılara ödenecek tazminat miktarları müterafik kusur oranında orantısal olarak azaltılmalıdır.

Örneğin; davacıların 2 yaşındaki çocuklarının 29.09.2009 tarihinde Şanlıurfa İli, Merkez Ambartepe Köyünde bulunan evlerinin yakınından geçen davalı idareye ait sulama kanalına düşüp boğularak hayatını kaybetmesi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada, mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesinde, ka-

nalın periyodik bakımlarını yapmayan, köy içerisinde geçen kısımlarını kapatmayan, tel örgü çekmeyen ve uyarıcı levha vs. koymayan DSİ'nin %80, Sulama Birliğinin ise %20 oranında kusurlu olduğu sonucuna varılarak, davacılara tazminat ödenmesine karar verilmiş;

Temyiz aşamasında Danıştay tarafından, meskun mahal- den geçen sulama kanalının etrafının kapatılmaması ve gerekli önlemlerin alınmaması suretiyle davalı idarenin olayda hiz- met kusuru bulunduğu açık ise de, olay tarihinden 2 yaşında olduğu anlaşılan davacıların çocuğu Halil Alkan ile ilgili gö- zetim ve denetim sorumluluğunu gereğince yerine getirme- yen davacıların da olayın meydana gelmesinde %50 oranında kusuru olduğu sonucuna varılmış olup, tazminat miktarının hesaplanmasında müterafik kusur durumunun da dikkate alınması gerektiği belirtilerek mahkeme kararı bozulmuştur.

6- İDARENİN HUKUKİ SORUMLULUK SEBEPLERİNE İLİŞKİN KRİTERLERİN GELİŞTİRİLMESİ

İdari yargı yerlerince, idarenin sorumluluk sebeplerine iliş- kin yeni kriterlerin oluşturulmasında, idarenin sorumluluğu- nun kapsamının genişletilmesinde ve sorumluluk kriterlerinin geliştirilmesinde, zarara sebep olan maddi ve hukuki olayların niteliği ve farklılığı, temel hak ve özgürlüklerin bireyler lehine gösterdiği gelişim ve hukuk devleti ilkesinin içselleştirilmesi ve sorumluluk hukukundaki yeni gelişmelerin etkili olduğunu söyleyebiliriz.

Efor (Güç) kaybı tazminatı kriteri

Yürüttükleri hizmetin neden ve etkisiyle kalıcı olarak sa- katlanan ve böylece iş gücü kaybına uğrayan kamu görevli- lerinin efor (güç) kaybı tazminatı ödenmesine hükmedilmesi istemiyle açtıkları tazminat davalarında mahkemelerce, kamu görevlisinin sakat kalmasına karşın aynı görevi yapmaya de- vam etmesi, sakatlığına bağlı olarak görevinde bir değişiklik yapılmadığı ve aynı maaşı almaya devam etmesi, bir başka ifa- de ile maaşında da bir azalma olmadığı gerekçesiyle davanın

reddi yolunda verilen kararları Danıştay, uzunca süre devam ettirdiği içtihatları doğrultusunda onamıştır. Danıştay, kamu görevlisinin sakatlığına bağlı olarak idarece görevinde bir değişiklik yapılmış ve kamu görevlisi davacının yeni görev maaşının, sakat kalmadan önceki görev maaşından düşük ise her iki maaş farkı kadar kamu görevlisi davacının güç efor kaybı zararının bulunduğu kabul ederek efor güç kaybı zararının tazmini istemiyle açılan davaların reddi yolunda verilen kararları ise bozmuştur. Danıştay bu içtihadından yaklaşık iki yıl önce vazgeçmiş, efor güç kaybına uğrayan kamu görevlilerinin açmış olduğu efor tazminatına ilişkin davaların kabul edilmesi yönünde değiştirmiştir.

Danıştay'ın içtihadında değişikliğinin gerekçesi: Tazminat hukukunda çağın gereklerine uygun olarak geliştirilen içtihatlarla kişinin kalıcı sakatlıkları nedeniyle beden gücü kaybına bağlı olarak gelirinde ve dolayısıyla mal varlığında bir eksilme meydana gelmemiş olsa dahi güç (efor) kaybı tazminatı olarak adlandırılan tazminatın ödenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Beden gücü kaybına uğrayan kişinin aynı görevi zarardan önceki durumuna ve diğer kişilere göre daha fazla bir güç (efor) sarfıyla yaptığı gerçeğinden hareket edilerek, bir anlamda zararı, bu "fazladan sarf edilen gücün" oluşturduğu esas benimsenmektedir.

Danıştay'ın efor (güç) kaybı zararını hesaplama yöntemi:

1)Kalıcı sakatlık nedeniyle beden gücü kaybına uğrayan kamu görevlisi beden gücü kaybına uğramasından sonra, idarece bedensel kaybına uygun yeni bir göreve atanmış ve yeni görev aylığında bir azalma olmamış, yani eski görev aylığı kadar aylık alıyor ise mahkemece yaptırılacak bilirkişi incelemesi ile kamu görevlisi olan davacının yeni görev yerindeki aynı işi yapan emsali kamu görevlilerine nazaran ne kadar daha fazla güç (efor) sarf edeceği hususu oran olarak tespit edilmeli ve tespit edilen bu oran davacı kamu görevlisinin aylık net gelirine uygulanmak suretiyle güç (efor) tazminatı hesaplanmalıdır.

2-) Kalıcı sakatlık nedeniyle beden gücü kaybına uğrayan kamu görevlisi beden gücü kaybına uğramasından sonra, bedensel kaybına uygun yeni bir göreve atanmış ve yeni görev yerindeki aylık gelirinde bir azalma olmuş ise, davacı kamu görevlisinin önceki görev yeri aylık geliri ile yeni görev yeri aylığı arasındaki "fark" kadar ve ayrıca davacının yeni görev yerinde aynı işi yapan emsali kamu görevlilerine nazaran ne kadar daha fazla güç (efor) sarfedeceği hususu oran olarak tespit edilmeli ve davacı kamu görevlisinin aylık net gelirine tespit edilen bu oran uygulanmak suretiyle belirlenecek "tutar" kadar toplam güç (efor) zararı bulunduğu dikkate alınarak hesaplama yapılmalıdır.

3) Kalıcı sakatlık nedeniyle beden gücü kaybına uğrayan davacı kamu görevlisi aynı işi yapmaya devam ediyor ise, mahkemece yaptırılacak bilirkişi incelemesi ile kamu görevlisi davacının aynı işi yapan emsali kamu görevlilerine nazaran ne kadar daha fazla güç (efor) sarfedeceği hususu oran olarak tespit edilmeli ve tespit edilen bu oran davacı kamu görevlisinin aylık net gelirine uygulanmak suretiyle güç (efor) tazminatı hesaplanmalıdır.

B- Suriyeden atılan bomba ve füzelerden zarar görenler yönünden sosyal risk ilkesinin uygulanabilirliği

Zarara sebep olan her maddi olay, idarenin sorumluluk sebeplerinin yeniden gözden geçirilmesine, sorumluluğun kapsamının genişletilmesine veya yeni kriterler oluşturulmasına neden olmaktadır.

Suriye Devletinde gerçekleşen çatışmalar esnasında sınırın karşı tarafından atılan roketatar mermisinin davacının maliki olduğu taşınmaza isabet ederek hasara yol açması sonucu uğranıldığı öne sürülen zarara karşılık 99.000,00 TL maddi (ıslah edildikten sonra 334.125,00 TL olmak üzere) ve 10.000,00 TL manevi tazminatın ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan davada; Şanlıurfa 1. idare Mahkemesi'nin, davaya konu olayın, ülkemize yönelik bir terör faaliyeti olmaması nedeniyle 5233 sayılı Kanun kapsamında değer-

lendirilmesinin mümkün olmadığı, ancak davacının Suriye sınırında bulunan Ceylanpınar İlçesinde yaşadığı, olayın Suriye'deki iç çatışmalardan kaynaklandığı, sınırda yaşamanın getirdiği bir riskin söz konusu olduğu, komşu ülkedeki iç savaş nedeniyle sınır bölgesinde yaşayan ve olayda herhangi bir kusuru bulunmayan davacının uğramış olduğu zararın sosyal risk ilkesi kapsamında karşılanması hakkaniyet gereği olduğu yönünde ulaştığı sonucu, Danıştay hukuka uygun bulmuştur. (Onuncu Daire E:2014/6493, K:2017/2178)

C- Akıl hastalarının toplum için bir risk oluşturduğu, bu şahısların vermiş olduğu zararın sosyal risk ilkesi uyarınca idarece tazmin edilebilirliği

Elazığ Ruh ve Sinir Hastalıkları Hastanesinde 1.3.2002 tarihinde oniki kez "Kronik Psikoz" tanısıyla tedavi altına alınan ve 5.4.2002 tarihinde "sosyal salah" ile taburcu edilmesine karar verilen M. Hanifi Özbey, taburcu olduktan sonra 15.4.2002 tarihinde davacıların çocuğu ve kardeşi olan Uğur Kürüm'ü Malatya İl Merkezinde bıçaklayarak öldürmüştür.

Danıştay, M. Hanifi Özbey'in toplumsal güvenlik yönünden risk oluşturabilecek bir hastalığa yakalandığını, bir başka ifadeyle taburcu edilerek toplumsal yaşama katılan şahsın bireyler yönünden sosyal risk oluşturduğunu kabul etmiştir.

B-Sulama kanalına düşen çocuğu kurtarmak amacıyla kanala giren 18 yaşındaki şahsın boğulmasından kaynaklanan zararda idarenin sorumluluğunun olabirliği

Küçük çocuk, sulama kanalı üzerinde bulunan köprünün korkuluk demirlerinin açıklığından kanala düşmüş, boğulmakta olan bu çocuğu gören 18 yaşındaki şahıs çocuğu kurtarmak amacıyla kanala atlamış ve kendisi de boğularak yaşamını kaybetmiştir. 18 yaşındaki şahsın anne ve babasının açmış oldukları tazminat davasında;

Bilirkişiler: 18 yaşındaki şahsın reşit olduğu, kanala kendi hür iradesiyle girdiği, tehlikeli ve yasak kavramlarını anlayacak bilişsel kapasiteye sahip olduğundan kanala tedbir alma-

dan atlaması nedeniyle boğulma olayında kendisinin 10/10 oranında kusurlu olduğu yönünde görüş bildirmişler;

Mahkeme ise: Küçük çocuğun kanala düşmesinde yeterli güvenlik önlemlerini almaması nedeniyle idarenin hizmet kusurunun bulunduğu hususunda bir tartışma olmadığını, idarenin kusurlu yürüttüğü hizmetten kaynaklanan zararın bertaraf edilmesi amacıyla şahsın yaptığı müdahaleler sonucunda yaşamını yitirmesinden dolayı anne ve baba olan davacıların uğradığı zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca idarece tazmin edilmesi yolunda karar vermiş olup; bu Mahkeme kararını Danıştay onamıştır. (Onuncu Daire E:2016/2027, K:2017/626)

Fransız Danıştay'ı da, idareye haber verilmesi ve idarenin olaya müdahale etmesine kadar geçecek süre içinde olayın zararlı sonuçlarını doğurması mümkün ise, zararlı sonucun doğmaması için ilgili kişilerin fiili ajan gibi davranarak olaya müdahale etmesi nedeniyle uğranılan zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca topluma pay edilmesine karar vermiştir.

E- Kocas ı şehit olan kad ının, kocasının cenaze töreninde intihar etmesinden kaynaklanan manevi zararın idarece tazmin edilebilirliği

Pkk'lı teröristlerin giydiği kıyafetlere benzer kıyafetler giymiş olan bir askeri tim oluşturulmuş; Belirli bir bölgede faaliyette bulunmak üzere görevlendirilmişler; İlgili birimlerle gerekli koordinasyon sağlanıp bilgilendirme yapılmadığından dolayı, jandarma tarafından pkk'lı terörist sanılarak askeri time açılan ateş sonucu asker koca şehit olmuş, kocasının cenaze töreninde ise karısı intihar etmek suretiyle yaşamına son vermiş olup; Karısının anne ve babası manevi tazminat istemiyle dava açmışlardır.

Danıştay : Kocanın, idarenin kusurlu yürüttüğü hizmet neticesinde şehit olduğu açık olup, karısının da kişisel sebeplerle değil, idarenin ağır kusurlu yürüttüğü hizmet neticesinde eşinin ölmesi nedeniyle duyduğu acı ve üzüntü sonucu yaşamına son verdiği kanaatine vararak; Anne ve babaya kızlarının ölümü nedeniyle manevi tazminat verilmesi gerektiğini belirlemiştir.

F- Destekten yoksun kalanların açmış olduğu destekten yoksun kalma tazminat davalarında, desteğin muhtemel yaşam süresinin belirlenmesinde kriter olarak alınacak yaşam tablosunun belirlenmesinde yaşanan gelişmeler

Danıştay, desteğin (ölenin) ve hak sahiplerinin muhtemel yaşam sürelerinin, bir başka ifade ile bakiye ömürlerinin saptanmasında, Population Masculine Et - Féminine (PMF- 1931) tablosunun kullanılmasını uygun bulur iken, artık yeni tarihli kararlarında bilirkişinin, bakiye ömrün hesaplanmasında TRH-2010 tablosunu kullanması yönünde kararlar vermektedir.

Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı, Hacettepe Üniversitesi Fen Fakültesi Aktüerya Bilimleri Bölümü, BNB Danışmanlık, Marmara Üniversitesi ve Başkent Üniversitesi'nin çalışmalarıyla hazırlanan "TRH-2010" adı verilen Ulusal Mortalite Tablosu hazırlanmıştır.

Danıştay, desteğin (ölenin) muhtemel ömrünün ülkemize özgü olan ve güncel verilere göre hazırlanan TRH 2010 Ulusal Mortalite Tablosuna göre belirlenmesi gerektiğini belirtmek suretiyle PMF 1931 hayat tablosuna göre desteğin (ölenin) muhtemel ömrünün belirlenmesini hukuka uygun bulmamıştır.

Danıştay, Yargıtaydan farklı olarak dul eşin evlenme şansının belirlenmesinde esas alınacak tarihin, eşin ölüm tarihine göre değil, bilirkişi raporunun düzenlendiği tarihe göre belirlenmesi yönünde bir kriter oluşturmuştur

G- DİĞER YAKLAŞIMLAR

1-Kolluk kuvvetlerinin toplumsal olaylara yetkisi ve görevi dışında işkence ve hürriyeti tahdit suretiyle müdahalesi olmuş veya bu kuvvetlerce orantısız güç kullanımında bulunmuş ise, bu tür eylemlerde hizmetin, ağır kusurlu (veya yerine göre kusurlu) yürütülmesi anlamına gelmekte olup, bazı idare mahkemesi kararlarında belirtilenin aksine, gösterinin izinsiz yapılması her durumda illiyet bağıını keser şeklinde nitelendirilmemektedir.

2- İdare Mahkemelerince, emniyet görevlileri hakkında görülen ceza davasının sonucu, gerekçesi ve ceza davasında beraat kararı verilmiş olsa bile tazminat hukuku ilkeleri çerçevesinde olayla ilgili diğer bilgi ve belgeler, deliller, tespitler dikkate alınarak uyumsuzluğun esası hakkında karar verilmesi gerekmekte olup, salt beraat kararı verilmiş olmasından hareketle, tazminat davalarının reddi yolunda verilen kararlar isabetli görülmemektedir.

Örneğin ;

28.03.2006 tarihinde Diyarbakır'da çıkan ve dört gün süren olaylarda, genel güvenliğin ve asayişin sağlanması konusunda görevli olan davalı idarenin, olaylar ile bozulan asayişini dört gün boyunca yeniden tesis edemediği ve aynı süreçte genel güvenliği de sağlayamayarak hizmet kusuru işlediği sonucuna varılmıştır.

Bununla birlikte, davalı idarenin olaylar sırasında meydana gelen yaralanmalardan (ve ölümlerden) sorumlu tutulabilmesi için; yaralanmanın, yaralanmanın salt kendi kişisel kusurundan kaynaklanmaması ve yaralanma ile olaylar arasında bir illiyet bağının kurulması gerektiği de açıktır. Başka bir anlatımla, yaralanmanın, olaylar sırasında güvenlik kuvvetlerinin veya göstericilerin hukuka aykırı müdahaleleri sonucunda ya da güvenlik kuvvetleri ile göstericiler arasında kalarak ölüm veya yaralanma örneğinde olduğu gibi, davalı idareye veya göstericilere bağlanamamakla birlikte, bunların en az birinden kaynaklandığı mutlak olan bir eylemin sonucu olduğunun saptanması gerekmektedir. Zira, davalı idarece olaylar ile bozulan asayişin yeniden tesis edilememesi ve genel güvenliğin de sağlanamaması ile hizmet kusuru işlendiğinin sabit olması karşısında, yaralanmanın, olaylar sırasında gerçekleşmekle beraber, güvenlik kuvvetlerinin veya göstericilerin müdahalelerinin ya da davalı idareye veya göstericilere bağlanamamakla birlikte, bunların en az birinden kaynaklandığı mutlak olan bir eylemin sonucu olması arasında, davalı idarenin sorumluluğu açısından bir fark bulunmamaktadır.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Bu durumda, olaylara katılan grup içinde yer aldığı yönünden bir iddia ileri sürülmeyen, bu doğrultuda yapılmış başka bir tespit de bulunmayan dolayısıyla kişisel kusuru olmadığı anlaşılan davacının, güvenlik kuvvetlerince açılan ateş sonucunda yaralandığını ispatlar nitelikte bir bulgu olmamakla birlikte, olaylar sırasında yaralandığı sabit olduğundan, Danıştay davanın reddi yolunda verilen temyize konu Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. (Danıştay Onuncu Dairesinin 20/01/2016 tarihli ve E:2014/4294, K:2016/291 sayılı kararı)

3-Müterafik kusur değerlendirmemize gelince:

Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi sırasında bu hizmetten doğan nedenlerle kişilerin uğradığı zararların, hizmetin sahibi idarece karşılanması esas olmakla birlikte, tazminata hükmedilirken, olayın meydana geliş şekline göre zarara uğrayan kişilerin de kusurlu olup olmadığının, olayda müterafik kusur bulunup bulunmadığının ortaya konulması ve mahkemelerin bu hususu göz önünde bulundurması gerektiğini kabul etmekteyiz.

Tazminat miktarının hesaplanmasında müterafik kusur dikkate alınacağından, bunun nerde uygulanacağı da ayrıca önem arz etmektedir.

Danıştay Onuncu Dairesi kusur oranının talep edilen tutara uygulanması suretiyle tazminata hükmedilmesini maddi tazminatta uygun bulmamış ve mahkeme kararını bozmuştur. (11/02/2016 tarih ve E:2015/1496, K:2016/688) Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu hazırlanan raporda davacının maddi zararı olarak belirlenen meblağ, müterafik kusur oranının uygulanması suretiyle bulunacak tutar üzerinden ancak talep edilen miktarı aşmamak kaydıyla maddi tazminata hükmedilmesi gerekmektedir.

Diğer taraftan müterafik kusurun bulunduğu hallerde hükmedilecek manevi tazminat miktarı da, davacı tarafından talep edilen manevi tazminat tutarı üzerinden kusur oranının uy-

gulanması suretiyle değil, meydana gelen olayda uğranılan manevi zararın, mahkemece takdir edilen parasal karşılığına kusur oranının uygulanması suretiyle belirlenmektedir.

4-Vücut bütünlüğüne verilen zararların tazminine yönelik davalarda Danıştay; Bilirkişi raporunun nasıl olması gerektiği hususunu (Danıştay Onbeşinci Dairesinin 03/10/2018 tarihli E:2016/32, K:2018/6606 sayılı kararı); Adli Tıp Kurumunun raporlarının hükme esas alınma durumunu (İDDK 16/05/2018 tarihli E:2016/4437, K:2018/2391 sayılı kararı); Sağlık hizmetine erişim hakkını (Danıştay Onbeşinci Dairesinin 03/01/2015 tarihli E:2014/7136, K:2015/413 sayılı kararı); İdaredeki koordinasyon eksikliğini (Danıştay Onbeşinci Dairesinin 08/10/2015 tarihli E:2015/3646, K:2015/5732 sayılı kararı); Aşığıbiyaygın uygulamalarda bilgilendirme yükümlülüğünü (Danıştay Onuncu Dairesinin 01/07/2019 tarihli E:2019/3564, K:2019/5190 sayılı kararı); Enjeksiyon uygulamalarında yazılı onam alınmamasının hizmet kusuru olmasa bile manevi tazminat gerektireceği saptanmasını (Danıştay Onuncu Dairesinin 29/04/2019 tarihli E:2019/3455, K:2019/3348 sayılı kararı); İnceleme raporunda ve adli tıp raporunda rahatsızlığın enjeksiyon nöropatisiyle uyumlu olduğu belirlendiği halde, idarenin hizmet kusurunun tespit edilememesinin tıbbi kayıt eksikliğinden kaynaklandığı gözetildiğinde, manevi zararın tazminin zorunlu olduğu belirlenmesini (İDDK 08/02/2016 tarihli E:2015/3016, K:2016/186 sayılı kararı); izinsiz gösteride meydana gelen zararın tazmininde gösterinin, göstericinin ve kolluk kuvvetlerinin kullandığı gücün nitelendirmelerinin yapıldığı (Danıştay Onuncu Dairesinin 05/07/2017 tarihli E:2015/5408, K:2017/3508 sayılı kararı); Bedensel zararların, tedavi giderleri, çalışma gücünün azalması veya yok olması (işgücü kaybı), fonksiyon kaybı, efor kaybının yanı sıra, zarar görenin durumuna göre bakıcı ücretini de kapsayacağı (Danıştay Onbeşinci Dairesinin 21/01/2014 tarihli E:2013/7938, K:2014/40 sayılı kararı); Bakıcı giderlerinin nasıl ödenmesi gerektiği hususunun, bakımı gerekenin yararı dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği (Danıştay Onbeşinci Dairesinin 02/06/2016 tarihli -E:2015/4914, K : 2 0 1 6 / 3 9 6 6

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

sayılı kararı);Bakıcı giderlerinin bedensel zarar kavramı içinde değerlendirilmesi ve şartların bulunması halinde ayrıca bir talep aranmaksızın bu zararın da hesaplatılarak hüküm altına alınması gerektiği (Danıştay Onbeşinci Dairesinin 03/04/2018 tarihli E:2013/13459, K:2018/3300 sayılı kararı); Davacıya davasını ıslah etme olanağının mutlaka tanınması gerektiği (Danıştay Onuncu Dairesinin 27/06/2019 tarihli E:2019/6674, K:2019/5150 sayılı kararı); farklı dairelerce verilen kararları ile açık ve net olarak ortaya koymuş bulunmaktadır.

SONUÇ

Devletin asli görevi, bireylerin can ve mal güvenliğinin korunmasıdır. Toplum içinde genel güvenliği ve asayişini sağlamak, kamu düzenini korumakla görevli idarenin, üstlendiği görevi yerine getirecek biçimde örgütlenmesi, genel nitelikte koruyucu kolluk önlemleri alması gerekmektedir. Kamu düzenini tehdit edecek türde olayların meydana gelme olasılığının varlığı halinde ise, genel nitelikte önlemlerle yetinilmeyip, ortaya çıkacak olaylarda, can ve mal güvenliğini sağlayacak özel nitelikte önlemlerin alınması zorunludur.

Danıştay İdarenin sorumluluğunu belirlerken tüm maddi olayları evrensel hukuk ilkeleri ile değerlendirerek sonuca ulaşmaktadır.

“İDARİ YARGIDA BEDENSEL ZARARLAR NEDENİYLE TAZMİNAT DAVASI AÇILMASI, İDARENİN SORUMLULUK TÜRLERİ VE USUL HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI”

Bülent KÜFÜDÜR

Ankara Bölge İdare Mahkemesi

1. İdari Dava Dairesi Başkanı Türkiye Adalet Akademisi

Danışma Kurulu Üyesi

GİRİŞ:

İdari yargıda bedensel zararlar nedeniyle açılan tazminat davaları, idari eylemlerden doğan “tam yargı” davası niteliğindedir. Tam yargı davalarında esas olarak 2577 sayılı Kanunun hükümleri uygulanmaktadır. Bununla beraber, 2577 sayılı Kanunun 31. maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanununa yollama yapılan hususlar idari davalara uygulanabildiğinden, tam yargı davalarında Hukuk Muhakemeleri Kanununun atıf yapılan maddeleri de uygulanmaktadır. Tam yargı davalarının açılışında bazı usul kurallarına uymak davanın görülmesinin ön koşuludur. Tam yargı davaları idarenin sorumluluğu esasına dayandığından, öncelikle idarenin sorumluluğunu gerektiren bir zarardan söz edebilmek için idarenin doğrudan veya dolaylı olarak zarara neden olan bir eylem veya işleminin olması gerekir. Diğer taraftan, idari eylemlerden ötürü tam yargı davası açılabilmesi için 2577 sayılı Kanununun 13. maddesinde öngörülen süreler içinde zararı doğuran idari faaliyeti yapan idareye başvurularak tazminat isteminde bulunulması (ön karar başvurusu), bu başvurunun reddi veya zımnen reddedilmesi üzerine yetkili idare mahkemesine anılan yasada öngörülen süre içinde dava açılması, dava açılırken de dava dilekçesinin

usul kurallarına uygun olarak hazırlanması ve gerekli belgelerin eksiksiz dilekçe ekinde bulunması gerekir. İdari yargıda usul hükümlerine uyulmadan dava açılması nedeniyle usul yönünden reddedilen ya da dilekçenin reddine karar verilen tam yargı davasının sayısı azımsanmayacak kadar çoktur. Yine maddi tazminat tutarının bir defaya mahsus artırılmasına yönelik yasal düzenleme yapılması (ıslah) ve usul kurallarına ilişkin zaman içinde değişen ve gelişen içtihatlar söz konusudur. Bu nedenle, 1. bölümde idari yargıda bedensel zararlardan doğan tazminat davalarının açılışı konusu ele açıklanacaktır. 2. bölümde genel olarak idarenin sorumluluğu ve sorumluluk türleri ve bu kapsamda bedensel zararlardan doğan tam yargı davalarında idarenin sorumluluğu konusunda içtihatlarda meydana gelişmelerden bahsedilecektir. 3. bölümde ise, bedensel zararlardan doğan ve idari yargıda görülen tazminat davalarında usul hükümlerinin idari yargı mercilerince uygulanmasına ilişkin konular üzerinde durulacaktır.

BÖLÜM-1: İDARİ YARGIDA BEDENSEL ZARARLAR NEDENİYLE TAZMİNAT DAVASI AÇILMASI

Tam yargı davası açılmadan önce ilgili idareye ön karar başvurusu yapılması:

2577 sayılı Kanununun 13. maddesi uyarınca idari eylemlerden ötürü hakları ihlal edilmiş olanların idari dava (tazminat davası) açmadan önce ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gerekir. Bedensel zararlardan doğan tazminat davaları idari yargıda açılan tam yargı davası niteliğinde olduğundan, bu davalarda dava açmadan önce idareye başvuru yapma koşulu aranmaktadır. Bu başvuruya ön karar başvurusu denilmektedir. 2577 sayılı Kanunda bahsedilen ilgili idare, zararı doğuran idari eylemi gerçekleştiren dolayısıyla tam yargı davasında husumetin yöneltileceği idare veya idarelerdir. Ayrıca, aynı kanun hükmü uyarınca ilgili idareye başvuru için bir süre öngörülmüştür. Buna göre başvuru, zararın ve sorumlunun öğrenildiği tarihten başlayarak bir yıl içinde, her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde yapıl-

malıdır. Bu süre dava açma süresi değildir. Tam yargı davasının ön koşulu olan idareye başvuru süresi, başka bir anlatımla ön karar başvurusu için öngörülen süredir. İdareye yapılan başvurunun reddi halinde ret cevabının tebliği üzerine altmış (60) gün içinde, idare başvuruya (60) gün içinde cevap vermayerek başvuruyuzımnenreddederse,(60)günlükzımniretsüresi-nindolduğugündenbaşlayarakikinci

(60)güniçindeidariyargıdatazminatdavasıaçılmalıdır.Tüm-sürelergeçtiktenveyadavasüre

aşımı yönünden reddedildikten sonra idare tarafından kendiliğinden başvuruya cevap vermiş ise idarenin bu cevabının tebliğinden itibaren (60) gün içinde dava açılması mümkündür. Kanunda öngörülen 1 yıl ve 5 yıllık süreler içinde ilgili idareye başvuru yapılması esastır. Ancak, bazı durumlarda ilgililer zararın idarenin bir eyleminden doğduğunu veya zararın boyutunu bu süreler geçtikten sonra öğrenebilmektedirler. Örneğin; hastalığa veya sakatlığa ilişkin sağlık kurulunun kesin raporunun bu süreler geçirildikten sonra alınması ya da zararın idarenin bir eyleminden doğduğunun bir ceza yargılaması sonucunda veya adli-idari soruşturma sonucunda ortaya çıkması gibi durumlarda yasadaki başvuru süreleri geçmiş olsa dahi ilgililerin idareye başvuru yapabilecekleri idari yargı yerlerince kabul edilmektedir.

İlgili idareye başvuru yapılmadan dava açılmış ise idari yargı mercileri “mercine tevdi” kararı vermekte ve bu kararı taraflara tebliğ etmektedir. Mahkemenin merciiine tevdi kararının ilgili idareye tebliğ edildiği tarih davalı idareye başvurunun yapıldığı tarih olarak kabul edilmekte, zimni ret süresi ve dava açma süresi buna göre belirlenmektedir. Merciiine tevdi kararına karşı davacılar ilgisine göre istinaf veya temyize yoluna başvurabilmektedir. Görevsiz yargı yerine açılan davada görevsizlik kararı verilmesi üzerine idari yargıda yeniden dava açılması durumunda ise idareye başvuru yapma koşulu aranmamaktadır. Ancak, görevsiz yargı yerine açılmış olan davanın aynı nitelikte ve aynı konuya ilişkin bir dava olması gerekir. Görevsiz yargı yerine açılan davada verilen görevsizlik

kararı üzerine idari yargıda yeniden dava açılması durumunda idareye başvuru şartı aranmamasının nedeni, görevsizlik kararı veren yargı yerinde açılan dava nedeniyle tazminat isteminden idarenin haberdar olması ve tazminat ödemeyi kabul etmemesidir. Yasa koyucunun bu düzenlemedeki amacından hareketle, idareye başvuru yapılmadan idari yargıda açılmış olan tam yargı davasında mercine tevdi kararı verilmeden önce bir şekilde dava dilekçesi ilgili idareye tebliğ edilmiş ve ilgili idare tazminat ödemeyeceği yönünde beyanda bulunmuş ve savunma yapmış ise artık ön karar başvurusu yapmaya ve bu amaçla mercine tevdi kararı verilmesine gerek olmamalıdır. Ancak, Danıştay'ın mevcut içtihatları dava hangi aşamada olursa olsun ilgili idareye başvurulmadan dava açılması halinde mercine tevdi kararı verilmesi gerektiği yönündedir. Zarara uğrayanların ilgili idareye değil de zararı doğuran idari eylemle ilgisi bulunmayan idareye yani yanlış mercie başvurmaları durumunda idare mahkemeleri tarafından mercine tevdi kararı verildiği görülmektedir. Birden fazla idarenin sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda ilgililer bu idarelerden birisine başvurmuş ise, başvuru yapılmayan idareler yönünden mercine tevdi kararı verilmemesi gerekir. Örneğin; terör olaylarından kaynaklanan zararların tazmini için dava açmadan önce 5233 sayılı Kanun uyarınca ilgili valiliğe başvuru yapılması gerekiyor. Ancak, 5233 sayılı Kanunda maddi tazminat belirli bir katsayıya bağlı olarak sınırlı karşılandığından, manevi tazminat ise kanunda öngörülmediğinden, aynı olay nedeniyle sulhname imzalamamak koşulu ile 2577 sayılı Kanunun 13. maddesi uyarınca genel hükümlere göre İçişleri Bakanlığı aleyhine maddi ve/veya manevi tazminat davası açılması olanaklıdır. Bu tür bir olayda İçişleri Bakanlığı'na veya ilgili valiliğe başvuru yapılması yeterli görülmemekte her iki idareye ayrı ayrı başvuru yapılması koşulu aranmamaktadır. Bununla birlikte, zararı doğuran idari eylemle hiçbir bağlantısı olmayan bir idareye (ilgili olmayan mercie) yapılan başvuru geçerli kabul edilmemekte ve uygulamada mercine tevdi kararı verilmektedir. Başvurunun, zararı doğuran olayla doğrudan ilgisi bulunmayan bir idareye yapılması durumunda bu idare ilgili-

lere cevap vererek zararı doğuran olayla ilgisinin bulunmadığını bildirmiş ve ilgilileri yönlendirmesine rağmen başvuru ilgilileri ilgili idareye başvurmadan, olayla ilgisi olmayan idareye yaptıkları başvuru üzerine dava açmışsa bu durumda mahkemenin merciiine tevdi kararı vermesi doğaldır. Çünkü, 2577 sayılı Kanununun 13. maddesinde tazminat davası açılmadan önce ilgili idareye başvuru koşulu aranmaktadır. Dolayısıyla, anılan hükme göre ön karar başvurusu tazminat davasının ön şartı olarak kabul edilmektedir. Buna karşın, ilgili olmayan idareye yapılan başvuru üzerine idare cevap vermemiş ve hareketsiz kalmak suretiyle başvuruyu zımnen reddetmiş ise mahkemelerin aşırı şekilci davranmaması ve merciiine tevdi kararı vermemesi gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır. Bu görüşte olanlar, ön karar başvurusunun herhangi bir koşulunun ve başvuru sırasında belge sunma şartının bulunmadığını dolayısıyla bu başvurunun idareyi temerrüte düşürme niteliğinde bir başvuru olmadığını, dava açmadan önce idarenin tazminat isteminden haberdar olması ve böylece bir uzlaşma yolu arayışı amacıyla yapılan bir başvuru olduğunu, ayrıca idarenin bu şekilde yapılan başvuruya olumlu cevap vererek tazminat ödemeyi kabul ettiği bir örneğe bugüne kadar rastalanmadığını öne sürmektedirler. Gerçekte idarelerin ön karar başvurusu üzerine tazminat isteminin kabul ettiği bir

olaya 25 yıllık meslek hayatım süresinde bende rastlamadım. Böyle bakınca idari başvuru koşulunun gereksiz en azından etkisiz biriyol olduğu şüphesizdir. Ancak, dava açmadan önce belli süre içinde idareye başvurulması koşulu 2577 sayılı Kanununun 13. maddesinde yer aldığından, mahkemelerin bu yasa hükmüne rağmen anılan kuralı uygulamaması ve başvuru şartını aramaması olası görünmemektedir. Ancak, idarenin teşkilat yapısının ve idarelerin görev, yetki ve sorumluluklarının sık değişmesi, mahalli idare teşkilatlarında özellikle büyükşehir belediyesi olan yerlerde büyükşehir belediyesi ile ilçe belediyelerinin sorumluluk alanlarının mevzuatta açık bir şekilde düzenlenmemesi, bu belediyelerin sorumluluk alanlarının büyükşehir belediye meclis kararları ile veya İçişleri Bakanlığı'nun genelgeleri ile belirlendiği durumlarda zarardan sorumlu idare

reyi tespit edebilmek vatandaşlar açısından çok kolay değildir. Örneğin; 30.000 m2 ye kadar olan parkların ve 12 metrenin altındaki yollar ile sokakların bakımı, onarımı ve sorumluluğu ilçe belediyelerine, ana caddeler ile 12 metreden geniş yolların ve 30.000 m2 den büyük parkların, şehirler arası otobüs terminallerinin, büyük hal yerlerinin bakımı, onarımı ve sorumluluğu ise büyükşehir belediyelerine ait bulunmaktadır. Aynı şekilde Sağlık Bakanlığı'na bağlı eğitim ve araştırma hastaneleri tıpta uzmanlık eğitimi yönünden aynı zamanda bir üniversiteye bağlı bulunabilmekte, şehir hastanelerinde ise hem Sağlık Bakanlığının, hem yap işlet modeli ile hastaneyi yapan yüklenici firmanın, hem de tıpta uzmanlık eğitimi yönünden üniversitenin sorumluluğunda olan hizmet alanları bulunmaktadır. Bu tür bir yapılanmada hastanede verilen sağlık hizmetindeki ihmal, hata, kusur veya aksaklıktan (hizmet kusurundan) dolayı oluşan zarardan dolayı hangisinin sorumlu olduğunun tespiti davacılar açısından oldukça zor bir durumdur. Zarar gören vatandaşların ilgili yani sorumluluğu bulunan idareyi belirlemesinin güç olduğu durumlarda başvurunun yapıldığı idare tarafından başvuruya bir yanıt verilmemiş ve başvuru bilgileri yönlendirilmemiş ise zarar görenin açtığı tazminat davasında ilgili idareye başvuru yapılmadığından bahisle merciiine tevdi kararı verilmesi adil yargılanma ilkesi ile bağdaşmayacaktır. Bu tür durumlarda ilgili idareye başvuru koşuluna aşırı şekilci yaklaşılması adalet ilkesine uygun olacaktır.

Ön karar başvurusunun pratikte bir yararı olmadığı gerçeğinden yola çıkarsak, 2577 sayılı Kanunda düzenleme yapılarak idari eylemlerden kaynaklanan tam yargı davalarında dava açmadan önce ilgili idareye başvuru koşulunun (dava açma ön koşulu) kaldırılmasının yargılama sürecini olumlu etkileyeceği, en azından yargılamanın daha az masrafla ve makul bir süre içinde yapılmasını sağlayacağı açıktır. Ancak, dava açmadan önce ilgili idareye başvuru koşuluna ilişkin kural kalacaksa bu takdirde idari usul yasasının bir an önce çıkarılarak bu yasa kapsamında yapılan başvurulara mutlak suretle yanıt vermenin idareler için zorunlu hale getirilmesi yani zımnî ret usulünün terk edilmesi ve usul yasalarından zımnî ret

kuralının çıkarılması gerekir. Esasen hukuka bağlı düzenli bir idarenin, vatandaşların başvurularına duyarsız kalarak cevap vermemesi (zımni ret) gibi bir durum olmaması gerekir. İdarelerin başvurulara cevap vermemesi Anayasanın 40 maddesine de aykırılık oluşturmaktadır. Tüm bu nedenlerle, 2577 sayılı Kanundaki ve diğer usul yasalarındaki zımni ret kuralının kaldırılması ve başvurulara yanıt verilmemesinin kamu görevlileri açısından cezai ve idari yaptırıma bağlanması gerekir.

Diğer taraftan, idareye başvuru dilekçesinde istenen tazminat tutarının idari yargıda açılan davada artırılması ya da azaltılması mümkündür. İdareye başvuru dilekçesinde istenen tutarın dava dilekçesinde değiştirilemeyeceği (taleple bağlılık kuralı) şeklindeki görüşlerin hukuki bir dayanağı olmadığı gibi ıslah hakkının getirilmesi, dolayısıyla tazminat tutarının artırılmasının idari yargıda açılan tazminat davalarında da mümkün olmasıyla birlikte esasen bu tartışma anlamsız hale gelmiş bulunmaktadır. İdare, başvuru dilekçesinde istenilen tazminat tutarını kabul edip ödeyeceğini beyan etse dahi davacıların idarenin kabul ettiği tutarı aşan kısım için dava açma hakkına sahip olduğu kabul edilmeli ve bu şekilde açılan davalar görülmelidir. Ayrıca, adli yargıda görülen ancak görevsizlik kararı üzerine yeniden idari yargıya açılan tazminat davalarında, adli yargıda açılan tazminat tutarından farklı bir tutarın talep edilmesi olanaklıdır.

Dava dilekçesi:

Usulüne uygun dilekçe ile dava açılması çok önemlidir. Tam yargı davalarında ve bu kapsamda bedensel zararlardan doğan tazminat davalarında dilekçe ret kararı verilen dava sayısı oldukça fazladır. Dilekçe ret kararları hem yargılama süresini uzatmakta hem de yargılama masraflarını artırmaktadır. Dava dilekçeleri üzerine mahkemeler tarafından ilk olarak dilekçenin 2577 sayılı Kanununun 3. ve 5. maddelerine aykırı olup olmadığı incelenmektedir. Dava dilekçesinin

3. ve 5. maddeye aykırı olduğunun saptanması durumunda 30 gün içinde davanın yenilenmesi mümkün olmak üzere dilekçe ret kararı verilmektedir. Tam yargı davalarında daha çok

3. maddeye aykırılık nedeniyle dilekçe ret kararı verildiği görülmektedir. 2577 sayılı Kanununun 3. maddesi hükümleri dikkate alınmak suretiyle hazırlanacak tazminat dava dilekçesinde, davacı veya davacıların isim ve soy isimleri ile adreslerinin ve T.C kimlik numaralarının, davacı vekillerinin isim ve soy isimlerinin, davalı idarenin adının, idareye ön karar başvurusunun ne zaman yapıldığının, bu başvuruya idarenin cevap verip vermediğinin, cevap verilmiş ise cevap yazısının tarih ve sayısı ile tebliğ tarihinin, idarece yanıt verilmemiş ise yanıt verilmeme nedeniyle oluşan zımni ret süresinin ne zaman dolduğunun, zararı veren olayın ne zaman meydana geldiği ve olayın mahiyetinin ne olduğunun, idarenin hangi eyleminden ötürü davacıların ne tür zararlarının doğduğunun, istenen maddi tazminatın hangi kalemlerden oluştuğunun (güç kaybı tazminatı, tedavi masrafları, cenaze giderleri, destekten yoksun kalma v.d) ve istenen maddi taminat tutarının ne kadar olduğunun, manevi tazminat isteniyor ise hangi nedenle manevi zararın doğduğunun ve istenen manevi tazminat tutarının ne kadar olduğunun ve faiz istenip istenmediğinin tereddüte yer verilmeyecek açıklıkta dava dilekçesinde belirtilmesi gerekir. Dava dilekçesi doğrudan davaya bakacak yetkili idare mahkemesine, başka yerlerdeki idare mahkemelerine, idare mahkemesi olmayan yerlerde asliye hukuk mahkemelerine, yabancı ülkelerde Türk konsolosluklarına verilebilir. Tutuklu veya hükümlüler ceza infaz kurumu aracılığı ile dava dilekçesini gönderebilmektedir. Dilekçenin ceza infaz kurumunda kayıt aldığı ve dilekçe üzerine bu kaydın işlenip yetkililerce imzalandığı tarih dilekçenin idare mahkemesine verildiği tarih olarak kabul edilmektedir. Ancak bir yıldan fazla süreyle hükümlü olanlar, kırsıtlı ve vesayet altındakiler adına vasileri dava açabilmektedir. Bu durumda vasi kararı ve yetkili vesayet makamının açılmak istenen davaya izin verdiğine dair kararının dilekçe ekinde sunulması gerekiyor. Vasi kararı veya vesayet makamının yazılı izni olmadan açılan davalarda ehliyet ret kararı verilmektedir. 18 yaşından küçüklerin adına velileri veya vasileri dava açabilmektedir. Anne baba boşanmış ise velayete sahip veli tarafından, anne baba ayrılmamış birlikte yaşıyor ise küçük çocuk adına anne baba birlikte dava açmalıdır. Dava avukat aracılığı

ile açılıyor ise vekaletnamede mutlaka baro pulu bulunması gerekmektedir. Maalesef avukat aracılığı ile açılan davalarda vekaletname veya baro pulu eksikliği sık karşılaşılan bir durumdur. Baro pulu eksikliği artık basit ve bireysel nitelikte bir unutkanlık durumunu aşmış çok yaygın bir durum olması nedeniyle yargılamayı geciktiren sebepler arasında yerini almış bulunmaktadır. Baro pulu eksikliğinin giderilmesi için birden fazla defa avukata müzekkere yazılmasına karşın bu eksiklik giderilmemekte baro pulu eksikliği nedeniyle dilekçe ret kararı da verilemediği için mecburen davacının yatırmış olduğu posta avansından baro pulu karşılanmaktadır. Baro pulu eksikliğinin giderilmesi amacıyla avukatlara yapılan tebligatlar aynı şekilde davacının posta avansından karşılanmaktadır. Böylece avukatın yükümlülüğünde olan baro pulunun bulunmamasının sonuçlarından davacılar maddi ve manevi olarak olumsuz etkilenmektedir. Avukatların meslek örgütü olan ve aynı zamanda bu kongrenin oluşumunda aktif olarak görev alan Türkiye Barolar Birliği yetkilileri hazır burda iken yargı mensupları adına bu konuya dikkat çekmek ve bu sorunun giderilmesi için meslek örgütünün çözüm üretmesini beklentisinde olduğumuzu vurgulamak isterim. Öte yandan, maalesef stajyer avukatların idare mahkemelerindeki stajı verimli geçmemektedir. Özellikle eksikliğini gördüğümüz ilk inceleme konularında genç avukatlara yeterli eğitim ve bilgilendirmeyi yapamamaktayız. Bu nedenle, staj döneminde özellikle idari yargıda dava türlerine göre dava dilekçesi hazırlanması konusunda konunun uzmanı hukukçular tarafından genç avukatlara seminer veya ders verilmesi yararlı olacaktır.

İdari yargıda açılan tazminat davalarında bugün için tutarı 6.000 TL'yi geçmeyen tazminat davaları tek hakim tarafından karara bağlanmakta ve bu davalarda istinaf/temyiz kanun yolları kapalı bulunmaktadır. Dolayısıyla, dava değeri 6.000 TL'ye kadar olan tazminat davalarında hakimin usul veya esastan vereceği karar kesindir. Bu dikkate alınarak gerçek tazminat tutarı 6.000 TL'nin üzerinde olan davalarda verilecek karara karşı istinaf kanun yoluna başvuru hakkı olabilmesi için davanın 6.000 TL'nin üzerinde açılması hatta bu tür davaların ilk

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

derece mahkemesinde esastan karar verme süresinin bir yıldan uzun sürebileceği ve kesinleşme sınırının heryilyenide değerlendirilme oranında artacağı düşünülerek 7.000 TL ve üzerindedava açılması olası hak kayıplarının önüne geçecek ve aynı zamanda avukatın mesleki sorumluluğu nedeniyle sıkıntı yaşamamasını önleyecektir. Tazminat tutarının bir defaya mahsus artırabilmesi mümkün olup, bu

nedenle davacılar başlangıçta fazla nispi harç ödememek için dava dilekçesinde tazminat tutarını düşük göstermekte ve çoğunlukla dava açılırken “fazlaya ilişkin haklarımız saklı kalmak koşulu ile şimdilik” ifadesini kullanmaktadırlar. Ancak, mahkemenin usul (süre aşımı, ehliyet, görev, dilekçe ret üzerine aynı yanlışlık yapıldığı gerekçesiyle dava ret v.b) yönünden ret kararı vermesi ya da bilirkişi incelemesi yapmadan davayı esastan reddetmesi durumunda davacıların dava değerini artırma olanağını bulmadan mahkemenin nihai karar verebileceği ve dava dilekçesinde belirtilen dava değerinin 6.000 TL veya altında olması halinde verilecek kararın kesin olduğu istinaf/temyiz kanun yollarına başvurulamayacağı göz önünde bulundurulmalıdır. Yine bugün itibariyle idari yargıda tutarı 40.000 TL ye kadar olan tazminat davaları tek hakim tarafından incelenmekte, tutarı

144.000 TL’den fazla olan tazminat davalarında istinaf mahkemesi kararına karşı temyiz yolu açık bulunmakta, tutarı 144.000 TL’nin altında olan tazminat davalarında ise temyiz yolu kapalı bulunmaktadır. Temyiz sınırı da aynı şekilde her yıl yeniden değerlendirilme oranında artmaktadır. Dava açılırken, harca esas tutar dikkate alınarak düşük miktarda açılacak davaların yukarıda izah edilen olumsuz sonuçlarının gözetilmesi gerekir.

Dava dilekçesinin ekleri:

Genel olarak dava dilekçesi ekinde; avukat aracılığı ile açılan davalarda baro pulu içeren vekaletname örneğinin, idareye başvuru dilekçesinin bir örneğinin, idareye başvuruya yanıt vermiş ise bu yanıtın bir örneğinin, ölüm nedeniyle destekten yoksun kalma davalarında ilgili nüfus idaresinden alınmış

vukuatlı nüfus kayıt örneği ile yetkili sulh hukuk mahkemelelerinden veya noterliklerden alınmış mirasçılık belgesinin, ölen desteğin ve destekten yoksun kalan davacıların mesleklerini, öğrenim durumlarını ve çalışıp gelir elde edenlerin görevlerini ve aldıkları ücretleri gösterir ilgili kurum ve kuruluşlardan alınacak belgelerin, ölüm ve otopsi raporunun, bedensel zararlarda ise hastane raporu ve kayıtlarının, varsa sağlık kurulu raporunun, tedavi belgelerinin davacının mesleği ve kazancı ile ilgili belgelerin ve dava harç ve giderlerinin ödendiğini gösteren makbuz örneğinin, dava davacının velisi veya vasisi tarafından açılıyor ise buna ilişkin belgelerin ve vesayat makamının (vasi kararı veren sulh hukuk mahkemesinin) vasiye dava açma izni verdiğiine ilişkin kararının mahkemeye sunulması gerekir. Gerekli belgelerin dava dilekçesi ekinde eksiksiz sunulması yargılamanın sağlıklı ve süratli bir şekilde yapılmasını sağlayacaktır.

Dilekçenin ilk inceleme konularına göre değerlendirilmesi:

İlk inceleme konuları 2577 sayılı Kanununun 14. maddesinin 3. fıkrasında açıklanmıştır. Buna göre dava dilekçelerinin sırasıyla görev ve yetki, idari merci tecavüzü, ehliyet, idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı, süre aşımı, husumet ve 3. ve 5. maddelere uygunluğu yönlerinden inceleneceği belirtilmiştir. Her ne kadar ilk inceleme konuları arasında harçlar yer almamış ise de, uygulamada ilk inceleme formunun en üst kısmında yer alan ve öncelikle incelenecek husus harçlar ve posta ücretidir. Harçlar ve posta ücreti eksik yatırılmış veya hiç yatırılmamış ise diğer ilk inceleme konularına girilmeden öncelikle 2577 sayılı Kanununun 6/4. maddesi uyarınca davacıya başkanlık müzekkeresi yazılarak eksikliği gidermesi istenilmekte, bir aylık süre içinde eksiklik giderilmez ise bildirim bir kez daha tekrarlanmaktadır. İkinci bildirim üzerine de eksiklik giderilmezse davanın açılmamış sayılmasına karar verilmektedir. Davanın açılmamış sayılması kararına karşı kanun yollarına başvuru imkanı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, harçlar ve posta ücreti ilk inceleme konuları arasında yer almaktadır.

İlk inceleme konularını bedensel zararlardan doğan tazminat davaları bakımından irdeleyecek olursak;

Harçlar:

492 sayılı Harçlar Kanununa ekli (1) sayılı Tarife Yargı Harçları Bölümünün A-III maddesi uyarınca konusu belli bir değerle ilgili davalarda esas hakkında karar verilmesi halinde hüküm altına alınan anlaşmazlık konusu değer üzerinden binde 68,31 oranında nispi karar harcı alınacağı hükme bağlanmış olup, aynı Kanunun 28. maddesinde karar ve ilam harçlarının dörtte birinin peşin alınacağı, ölüm ve cismani zararlardan doğan maddi ve manevi tazminat davalarında peşin alınacak harç oranının yirmide bir oranında uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre bedensel zararlardan doğan tazminat davalarında, dava dilekçesinde talep edilen maddi ve manevi tazminat miktarının toplamının binde 68.31'nin 1/20'sine tekabül eden nispi harç tutarı davacıdan peşin alınmakta, ayrıca başvuru harcı ve posta ücreti alınmaktadır. Örneğin; bedensel zararlar nedeniyle açılan bir tam yargı davasında dava dilekçesinde 50.000.TL maddi, 50.000.TL manevi tazminat talep edilmiş ise, hesaplanan nispi harç tutarı 6831,00.TL, dava açılırken davacıdan peşinalınacak

nispi harç tutarı ise 340,00.TL dir. Davacıdan bunun dışında bugün itibariyle 68.TL başvuru harcı, 200 TL civarında da posta ücreti alınmaktadır. Davacının harçları ve posta ücretini yatıracak geliri veya mal varlığı yoksa adli yardım talep etme imkanı bulunmaktadır. Adli yardım konusunda idari yargı mercileri oldukça esnek davranmakta, özellikle bedensel zararlardan doğan tam yargı davalarının yaşam hakkı ve sosyal devlet ilkesi ile ilgili olması nedeniyle bu tür davalarda adli yardımdan yararlanma sıkı şekil koşullarına bağlı tutulmamaktadır. Geliri ve mal varlığı olmadığını kanıtlayan belgelerin ya da muhtarlıklardan veya il-ilçe idare kurullarından alınmış fakirlik belgesinin mahkemeye sunulması halinde davacı adli yardımdan yararlandırılmaktadır. Ayrıca, tazminat davasının tümüyle reddi halinde davacıdan maktu karar harcı alınmakta ve dava açılırken peşin alınan nispi harç tutarı hükmedilen maktu harçtan fazla ise fazladan alınan harç davacıya iade edilmektedir.

Tazminat isteminin kısmen kabul edilip kısmen reddedilmesi halinde, Harçlar Kanunu uyarınca hükmedilen (kabul edilen) tutar üzerinden nispi karar harcı alınacağından kabul edilen tutar üzerinden binde 68,31 oranında nispi harç hesaplanmakta, hesaplanan bu tutar dava açılırken peşin alınan harçtan az ise bir taraftan fazla alınan harç davacıya iade edilirken aynı zamanda kabul edilen tutar üzerinden harç alındığından kabul edilen tazminat kısım yönünden haksız çıkan davalı idareden yargılama gideri olarak alınıp davacıya verilmektedir. Reddedilen kısım üzerinden harç alınmadığından kısmen ret nedeniyle davacı aleyhine harca hükmedilmemektedir. Kabul edilen tutar üzerinden hesaplanan harç dava açılırken alınan 1/20 oranındaki harç tutarından fazla ise eksik harç tutarı önce davacıya tamamlattırılmakta ancak aynı kararlar davacının ödemiş olduğu nispi harç tutarı kısmen kabul kararı nedeniyle yargılama gideri olarak davalıdan alınıp davacıya verilmektedir. Yani davacının tazminat isteminin kısmen kabul edilmesi durumunda bu tutar 1,00 TL dahi olsa tazminat isteminin reddedilen kısmı nedeniyle hiçbir şekilde davacıdan nispi harç alınmamakta, davacı sadece davayı açarken dava dilekçesinde talep ettiği tazminat tutarına göre belirlenen nispi harcı, dava sonunda haklı çıktığında (tazminat tutarı yönünden haklılığı kısmen olsa da) davalıdan alınmak üzere davayı açarken peşin olarak yatırmak durumundakalmaktadır.

Görev ve yetki:

Bedensel zararlardan doğan tazminat davalarında zarar idarenin bir eyleminden veya idare bir faaliyet nedeniyle ortaya çıkmış ise görevli yargı yerinin idari yargı olduğu kuşkusuzdur. Kamu görevlilerinin görevlerini ifa ederken neden oldukları zararlardan ötürü kamu görevlisine değil idareye karşı idari yargıda tazminat davası açılabilir. Bununla birlikte, kamuya ait araçların karıştığı trafik kazaları nedeniyle oluşan zararların tazmini ile kamu görevlilerinin yürüttükleri kamu hizmetinden ayrılabilen nitelikteki kişisel kusurlarından ötürü açılacak tazminat davalarında adli yargı yerleri görevli bulunmaktadır. Özel hastanelerde verilen sağlık hizmeti

nedeniyle uğranılan zararların tazmini istemiyle açılacak davalarda görevli yargı yeri adli yargı yerleridir. Ancak, Sağlık Bakanlığı'nın özel hastaneler üzerinde gözetim ve denetim yetkisi bulunduğundan, bakanlığın bu yetkisini usulüne uygun ve tam anlamıyla yerine getirmemesinden ötürü bir zarar ortaya çıkmış ise (örneğin, ruhsatı iptal edilip kapatılan bir özel hastanenin faaliyetine devam etmesine göz yumulması veya personel, araç ve gereç yönünden yeterli donanımına sahip olmadığı halde çalışma izni verilmesi gibi), bu takdirde Sağlık Bakanlığı aleyhine idari yargıda tazminat davası açılması mümkündür.

Şehir hastanelerinin özel bir durumu var. Şehir hastanelerinde özel bir yap işlet devret modeli uygulanmaktadır. Yüklenici ihale sonucu hastaneyi inşa etmekte bunun karşılığında devlet yükleniciye işletme süresince kira ödemektedir. Bu modelde ayrıca yükleniciye belli bir hasta ve doluluk garantisi verilmektedir. Yüklenici aynı zamanda hastanenin ticari alanlarını ve görüntüleme, labaratuvar kısımlarını işletmekte ve bu hizmetlerin karşılığında gelir elde etmekte ve bu gelirden çok düşük oranda belli bir kısmını devlete vermektedir. Ancak, teşhis tedavi ve tıbbi müdahaleler kamu görevlisi olan sağlık personeli ve hekimlerce yapılmaktadır. Yani hem devlet hem de özel sektörün aynı anda aynı yerde sağlık hizmeti sunması söz konusudur. Kamuya ait sağlık tesislerinde sağlık hizmeti sunumu idarenin asli görevleri arasında olduğundan, yüklenicinin taahhüdünde bulunan hizmetler dahil sağlık kurumundaki hizmetlerin kusurlu işletilmesinden ötürü sorumluluk Sağlık Bakanlığına aittir. Dolayısıyla, şehir hastanelerinde sağlık hizmetinin kusurlu sunulmasından ötürü uğranılan zararların tazmini istemiyle açılacak davaların, idari yargıda Sağlık Bakanlığı'na karşı açılması gerekir.

Aynı şey Sağlık Bakanlığına bağlı eğitim araştırma hastanelerinin (şehir hastaneleri de dahil) sağlık hizmetleri yönünden Sağlık Bakanlığına eğitim faaliyetleri yönünden üniversite hastanelerine bağlı olduğu hastaneler için de geçerlidir. Bu tür bir yapılanmada sağlık hizmet sunumu asli olarak Sağlık Bakanlı-

ğına ait olduğundan, tazmin sorumluluğu Sağlık Bakanlığına ait bulunmaktadır. Eğitim ve öğretim faaliyetleri dışında üniversitelerin bir sorumluluğu bulunmamaktadır.

Ayrıca, idari yargıda dava açılmadan önce adli yargıda aynı konuda dava açılmış ve adli yargı mahkemesince görevsizlik kararı verilmiş ise bu kararın kesinleşmesi üzerine 30 gün içinde idari yargıda dava açılması gerekir. Adli yargıda açılan tazminat davasında görevsizlik kararı verilmesi üzerine idari yargıda açılan tam yargı davasında ilgili idareye başvuru koşulu aranmamaktadır. Ancak, adli yargıda açılan ilk davanın 2577 sayılı Kanunda öngörülen süre içinde açılmış olması gerekir. Aksi takdirde dava süre aşımı nedeniyle reddedilecektir. Bazen adli yargıda görevsizlik kararı verildikten sonra dosyanın doğrudan idare mahkemesine gönderildiği görülmektedir. Adli yargı mahkemesinin görevsizlik kararı üzerine dosyayı görevli idari yargı merciine göndermesi şeklinde bir usul bulunmamaktadır. 2577 sayılı Kanununun 9. maddesi uyarınca davacının görevsizlik kararının kesinleşmesi üzerine 30 gün içinde görevli ve yetkili idare mahkemesine dava açması gerekmektedir. Bu nedenle, görevsizlik kararı üzerine dosyanın doğrudan idare mahkemesine gönderilmesi durumunda idare mahkemelerince esas kaydı kapatılarak dosya adli yargı mahkemesine iade edilmekte, adli yargı mahkemesi iade üzerine ek görevsizlik kararı vermek suretiyle davacının 30 gün içinde idare mahkemesine dava açmasını sağlamaktadır. Bununla birlikte, adli yargı mahkemesinin görevsizlik kararında davacının başvurması halinde dosyanın idare mahkemesine gönderilmesine hükmettiği ve bu karar üzerine davacının dilekçe ile başvurusu üzerine dosyanın idare mahkemesine gönderilmesi durumunda ise, hak kaybı olmaması açısından davacının adli yargı mahkemesine vermiş olduğu dilekçe idare mahkemesince dava dilekçesi olarak kabul edilmekte ancak dilekçe 3. maddede esaslarına uygun bir dava dilekçesi olmadığı için 2577/3. madde uyarınca dilekçe ret kararı verilerek dilekçenin idari dava dilekçesi şeklini alması sağlanmakta ve süresi içinde usulüne uygun yenileme dilekçesi verilmesi durumunda dava tekemmül sürecine tabi tutularak davagörülmektedir.

İdari merci tecavüzü:

Bu konuya yukarıda ön karar başvurusu ile ilgili açıklamalar bölümünde değinildiğinden, tekrar olmaması için burada ayrıca bir açıklama yapılmayacaktır.

Ehliyet:

Bedensel zararlardan dolayı açılacak tazminat davalarının, idarenin eyleminden ötürü zarar görenler (hakları ihlal olanlar) tarafından açılması gerekir. Davacıların 18 yaşından küçük olması durumunda bunların velisi tarafından dava açılmalıdır. Anne ve baba ayrılmamış ise küçük adına davayı anne ve baba birlikte açmalı, anne ve baba boşanmış ise bu takdirde mahkeme kararı ile küçüğün velayeti kime verilmiş ise velayete sahip olan kişi tarafından dava açılmalıdır. Akıl hastalığı veya bir yıldan fazla hapis cezası ile hükümlü olanların adına vasileri tarafından dava açılmalı ve vesayet makamının davaya izin vermesi gerekir. Bedensel zararlardan doğan tam yargı davalarında özellikle destekten yoksun kalma tazminatlarında, zarar görenin arkadaşlarının, duygusal yakınlığı bulunan erkek veya kız arkadaşların, anne, baba, eş, kardeş ve çocukları dışındaki akrabaların maddi ve manevi tazminat talepleri ehliyet yönünden reddedilmekte, dolayısıyla tazminat taleplerinde dava ehliyetinin, zarar görenin kendisi veya yukarıda belirtilen yakınları ile sınırlı olduğu kabul edilmektedir.

İdari davaya konu olabilecek kesin ve icrai nitelikte bir işlem olup olmadığı:

İdari yargıda bedensel zararlar nedeniyle açılacak tazminat davalarının, idari eylemlerden doğan “tam yargı” davası niteliğinde davalar olduğunu belirtmiştik. İdarenin eyleminden doğan tazminat davalarında idari işlemin iptali söz konusu değildir. Zira tazminat davası ile amaçlanan husus idarenin haksız ve hukuka aykırı eylemi nedeniyle uğranılan zararın tazminidir. Dava açılmadan önce idareye yapılan ön karar başvurusu davanın ön koşuludur. Bu nedenle ön karar başvurusu üzerine tesis edilen ret veya zımnen ret işlemi dava konusu edilemez. Çünkü, başvuru üzerine tesis edilen işlemin iptali

uğranılan zararın idarece tazmini sonucunu doğurmaz. İdarenin tam anlamıyla zararı tazmin edebilmesi için davacının maddi ve manevi tazminat miktarını belirterek dava açması ve bu zararlarının tazminini istemesi, mahkemenin oluşan gerçek zararı miktar olarak belirleyerek bu miktarın idarece tazmin edilmesine hükmetmesi ile mümkündür. Bu

itibarla, miktar belirtilmek suretiyle maddi ve manevi tazminat istenmesi yanında ön karar başvurusu üzerine tesis edilen işlemin iptali istendiğinde, mahkemeler ön karar başvurusu üzerine tesis edilen işlemin iptali istemi yönünden, idari eylemlerden doğan tazminat davalarında işlemin iptali söz konusu olamayacağından, bu kısım yönünden incelenmeksizin ret karar vermektedir.

Süre aşımı:

İdari eylemlerden doğan tam yargı davalarında ön karar başvuru süresi ve dava süresi ile ilgili yukarıda açıklama yapıldığından burada tekraren bu konuya değinilmeyecektir. 5 yıllık süre dava açma süresi değildir ancak dava açma süresinin başlangıcını belirleyici niteliği bulunmaktadır.

Bu nedenle, ilgililer dava açmadan önce zararı ve sorumluyu öğrendikleri tarihten itibaren 1 yıl, her halde eylem tarihinden itibaren 5 yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gerekiyor. Ancak, 2577 sayılı Kanunun 13. maddesinde öngörülen 1 yıl ve 5 yıllık süre dava açma süresi olmadığından, ilgili idareye yapılan başvuru bu süreler içinde değilse, zamanaşımı söz konusu olduğundan, bu tür bir durumda davanın süre aşımı nedeniyle değil zamanaşımına uğraması nedeniyle reddi söz konusu olacaktır. Davacılar 1 veya 5 yıllık süre içinde idareye başvurmuş ancak zımni ret ya da ret işlemi üzerine 60 gün içinde dava açmamışlarsa, başka bir anlatımla ön karar başvurusuna ilgili idarece verilen yanıtın (başvuruya cevap verilmeyerek zımnen reddedilmiş ise bu takdirde 60 günlük zımni ret süresinin dolmasının) üzerinden 60 günlük dava açma süresi geçtikten dava açılmış ise süre aşımı söz konusu olmaktadır.

Husumet:

Dava dilekçesinde hasımın (davalı idarenin) gösterilmemesi veya yanlış gösterilmesi önemli değildir. Mahkemeler re'sen hasım düzeltilebilmektedir. Çok önceleri tazminat davasında mahkemelerce hasım düzeltme yapılamaz gerekçesiyle yanlış hasım gösterilerek açılan davaların reddi yönünde verilen bazı yargı kararları bulunmaktaydı. Ancak, hak ihlali doğuran bu içtihatlardan kısa süre içinde vazgeçilmiştir. Böylece tam yargı davalarında yanlış gösterilen hasım mahkemelerce düzeltilmekte ve dava gerçek hasıma yöneltilmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, yukarıda ön karar başvurusunun ilgili idareye yapılması gerektiğine ve merciine tevdi kararına ilişkin açıklamalar dikkate alınarak, mercii ihlali oluşmaması için zararı doğuran olayla ilgili olabileceği düşünülen idarelerin hepsine dava açmadan önce ayrı ayrı başvuru yapılması ve dava dilekçesinde başvurulmuş idarelerin tümünü davalı olarak göstermek uygun olacaktır. Böylece, hem merciine tevdi riski ortadan kalkacak hemde gerçek davalı her halükarda dava dilekçesinde belirtilen davalılar arasında yer alacaktır.

İlk inceleme konularında bir eksiklik görülmediği takdirde dilekçe ve ekleri davalı idarelere tebliğ edilerek tekemmül süreci başlatılmaktadır.

BÖLÜM-2 İDARENİN SORUMLULUK TÜRLERİ

İdare kural olarak, yürüttüğü kamu hizmeti nedeniyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazmin etmekle yükümlüdür. İdari eylem veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuk kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir. Ancak, nedensellik bağı, idarenin tazmin sorumluluğunun mutlak koşulu da değildir. Anayasanın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin sosyal hukuk devleti olduğu, 5. maddesinde de kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Anayasanın bu hükümlerinden hareketle bilimsel ve yargısal içtihatlarla "sosyal risk" ilkesi geliştirilmiş olup, bu ilke, idarenin faaliyet alanında

meydana gelmekle birlikte, yürütülen kamu hizmetlerinin sonucu olmayan bireysel ve olağanüstü kimi zararların idarece tazmini suretiyle, toplumun tüm bireylere eşit olarak sağlamış olduğu faydanın maliyetinin tüm topluma pay edilmesi ve böylelikle toplum huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı ile sosyal hukuk devleti ilkelerinin yaşama geçirilmesini öngörmektedir. Buna göre, idarenin sosyal risk ilkesine göre sorumlu tutulabilmesi için, zararı doğuran olayın tüm toplumla ilgilendirilebilmesi ve bu olayla gerçekleşen riskin toplumsal nitelik taşıması gerekir.

İdarenin hizmet kusuru sebebiyle sorumluluğu, idarenin yürüttüğü hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan her türlü bozukluk, aksaklık ve eksikliklerdir. Hizmet kusuru, idare hukukuna ait bir sorumluluktur. İstihdam edenin sorumluluğu gibi dolaylı değil, doğrudan bir sorumluluktur. Hizmet kusuru genel olarak, hizmetin kötü işlemesi, hizmetin geç işlemesi veya hizmetin hiç işlememesi ana başlıklarında toplanabilir.

Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı ileri sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas alındığından, olayın oluşu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağına incelenmesi, tazminata hükmedilirken de sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekir.

Sosyal devlet kavramının gelişmesi ile beraber idare, toplumda eskiye nazaran çok daha geniş hizmet alanlarında faaliyette bulunmaya başlamıştır. Devletin faaliyetleri arttıkça vatandaşlarla teması da artmış ve buna bağlı olarak zarar sayılarında artışlar meydana gelmiştir.

Devletin tazminat ödemesi konusunda esas alınan hizmet kusuru, idarenin faaliyet alanının genişlemesi, teknolojik gelişmeler ve kullanımının hızla artması, hizmet araçlarının çoğalması, idari yapının karmaşıklaşması, idare-vatandaş ilişkilerinin artması, zarar veren olay ile idarenin kusuru arasında

bağlantı kurulmasını veya bunun kanıtlanmasını güçleştirmiştir. Bu durum, bir olayda idari kusur olmasa da bazı kayıt ve şartlar altında idarenin oluşan zararı ödemesini sağlayan idarenin kusursuz sorumluluğunun doğmasına yol açmıştır. Ancak, hizmet kusuru birincil yerini korumuş, kusursuz sorumluluk ikincil değerde ele alınmaya devam etmiştir. İdarenin sorumluluğu konusunda prensip hala idarenin kusurlu sorumluluğudur. Bu süreçte idari yargı bir yandan hizmet kusuru alanını genişletici içtihatlar oluştururken, diğer yandan da kusursuz sorumluluk ilkesini içtihatları ile yerleştirmiştir. Kusursuz sorumluluğun dayandırıldığı ilkeler; risk (hasar, tehlike) ilkesi ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesidir. Risk ilkesine göre, idare, hiçbir kusuru olmasa bile yürüttüğü tehlikeli faaliyetler veya kullandığı tehlikeli araçlar nedeniyle ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Kusursuz sorumluluk istisnayı teşkil ettiğine göre, dar yoruma tabi tutulur. Bir sebep açıkça kusursuz sorumluluk sebebi değilse, o sebepten dolayı idarenin kusursuz sorumluluğuna başvurulamaz. Kusursuz sorumluluk bir objektif sorumluluk hali, bir nötr sorumluluk halidir ve zarar gören için oldukça elverişli bir sorumluluk rejimidir. Çünkü kusursuz sorumluluk üçüncü kişinin fiili veya beklenmeyen hallerden etkilenmez. Ayrıca, idarenin kusursuz sorumluluktan dolayı tazminat ödemeye mahkum olması, idarenin kınanmasına, ayıplanmasına yol açmaz. Tehlikeli şeyler (patlayıcı maddeler, ateşli silahlar, tehlikeli bayındırlık eserleri, kan ürünleri), tehlikeli yöntemler (genç suçluların eğitimi, akıl hastalarının deneme çıkışları), tehlikeli durumlar ve mesleki riskler (kamu görevlilerinin görevleri sırasında uğradığı zararlar) risk sorumluluğu hallerindedir.

Anayasal düzene, devlete ve toplumun bütünlüğüne yönelik bulunan terör eylemleri sonucu kişilerin salt toplumun bireyi olmaları nedeniyle uğradıkları özel ve olağanüstü zararların, genel güvenliği ve asayişi sağlamak ve korumakla görevli idarece tazmini sosyal risk ilkesi gereğince sağlanmaktadır.

İdarenin sorumluluk türlerine ilişkin bu genel açıklamadan sonra, bedensel zararların tazmininde idarenin sorumluluğuna ilişkin içkin içtihatlardan bahsedecek olursak;

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Yukarıda açıklandığı üzere idari eylemlerden kaynaklanan zararların tazmini istemiyle açılan tam yargı davalarında mahkemeler öncelikle idarenin hizmet kusuru olup olmadığını araştırmaktadır. Hizmetin kuruluşunda veya işleyişinde bir aksaklık nedeniyle zarar oluştuğunun tespit edilmesi durumunda diğer sorumluluk türlerine gidilmemekte ve davacıların maddi ve/veya manevi zararının hizmet kusuru esaslarına dayanılarak tazmini yönünde kararverilmektedir.

Zarara yol açan olay kamu görevlisinin suç oluşturan kişisel kusuru sonucu ortaya çıkmış ise yani hizmet kusurundan ayrılabilen bir kişisel kusur söz konusu ise bu durumda idare hukuku kuralları değil özel hukuk kurallarının uygulanacağı açıktır. Ayrıca, zorlayıcı nedenler, mücbir sebepler, önlenemeyen veya beklenmeyen durumlar, zarara uğrayanın kusuru (müterafik kusur) ya da üçüncü kişinin kusuru söz konusu ise idarenin sorumluluğu tümünden veya kısmen ortadan kalkmaktadır. Zararın oluşumunda idarenin hizmet kusuru bulunmuyorsa bu takdirde zararın idarenin tehlike yaratan faaliyetlerinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı incelenmektedir. İdarenin tehlike yaratan faaliyetlerinden kaynaklanan bir zarar söz konusu ise bu takdirde zarar görenin bu zararı kusursuz sorumluluk ilkesine göre ödenmektedir.(Risk/hasarilkesi)

Ancak, idarenin tehlike yaratan faaliyetlerinden kaynaklanan zararlar için kesin bir sınır veya ölçüt bulunmamaktadır. Bu durum, kusursuz sorumluluk alanının olması gerekenden fazla genişlemesini ortaya çıkardığından, idari yargının içtihatları ile bu konuda bazı sınırlar-ölçütler belirlenmiştir. Olağan dışı ve beklenmeyen, aniden ortaya çıktığı için önlenemeyen, her türlü çabaya karşın kaçınılmaz olarak gerçekleşen olaylarda idarenin önlem almada bir eksiği, kusuru veyaihmalilmasadabünyesinderiskbarındırankamuhizmetinedeniylevatan-daşlarınıuğramış olduğu özel ve olağandışı zararın, zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağı bulunması durumunda kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince tazmini gerekmektedir.

Sosyal risk kavramının, risk (hasar/tehlike) kavramından farkı, toplumsal nitelik taşıması, bireylere değil, toplumun ge-

neline yönelik tehlikelerin söz konusu olmasıdır. İdarenin önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararların nedensellik bağı ve kusur şartı aranmadan tazmini sosyal risk ilkesi gereğince olmaktadır. Zarar ile idari faaliyet arasında nedensellik bağı bulunduğu takdirde, sosyal risk ilkesine göre değil kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılarak zararın tazmini gerekir. Bu nedenle, sosyal risk ilkesi sadece anarşi ve terör olaylarından kaynaklanan zararların tazmininde uygulanmaktadır.

İdarenin farklı alanlarda çok sayıda idari faaliyeti bulunmaktadır. Bu nedenle, idarenin faaliyetleri sonucu oluşan bedensel zararların, çok farklı biçimde ortaya çıktığını görmekteyiz. Bu bazen, beldiyenin yol bakım onarım çalışması sırasında yeterli güvenlik önlemi almaması, çukur veya kanalları açık unutmaması, çalışmalarını sırasında yeterli işaretlemeyi ve uyarıyı yapmaması sonucunda bedensel zarar görerek geçici veya kalıcı sakatlığa uğrayan veya hayatını yitiren kişilerin yakınlarının uğradığı zararlar şeklinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin; bir kamu kurumunun kış ayında kar yağışı sonucu buzlanan ve kaygan hale gelen ana giriş kapısının idarece temizlenmemesi ve önlem alınmaması sonucu düşen ve sakatlanan bir vatandaşın ya da aynı kurumda çalışan bir personelin uğradığı bedensel zarar söz konusu olabilmektedir. Güvenlik veya asayiş operasyonu sırasında operasyonu yürüten ekipte yer alan güvenlik personelinin yaralanması veya ölmesi ya da operasyon sırasında seken bir kurşunun oradan geçen bir vatandaşa isabet etmesi sonucunda yaralanmaya veya ölüme bağlı bir zarar ortaya çıkabilmektedir. Metropol bir kentin merkezinde kalabalığın yoğun olduğu bir cadde de bombalı bir terör saldırısı sonucunda insanlar yaralanmakta veya hayatlarını yitirmekte ve bunun sonucunda bedensel zararlardan dolayı bir zarar oluşabilmektedir. Televizyon veya gazete haberlerinde hemen her gün kamu hizmeti faaliyetlerinin yürütülmesi sırasında oluşan bedensel zararların onlarca örneğine şahit olmaktayız. Ameliyat sırasında karnında sargı bezi unutulmuş hastadan, okulun kapısı üzerine düşerek ölen yavrucağa, beldiyenin açtığı ancak kapatmayı unuttuğu veya uyarı levhası koymayarak önlem al-

madığı çukura düşen ve hayatını yitiren insanımıza, karayoluna döşenen mucurun standartlara uygun serilmemesi veya iyice sıkıştırılmaması ve yeterli uyarı levhaları ile aydınlatma sağlamadan yolun trafiğe açılması sonucu farkına varamadığı için aracı ile mucura giren ve trafik kazası sonucu sakatlanan, ölen insanlara kadar idari faaliyetler sonucu oluşan bedensel zararlara binlerce örnek gösterebiliriz. Bu örneklerin pek çoğunda idarenin kamu hizmetini yerine getirirken gerekli özeni göstermemesi, gereken önlemleri almaması, geç ya da yetersiz alması, denetim yetersizliği, gerekli emir ve talimatların verilmemesi, gerekli araç ve gereçlerin temin edilmemesi ve benzeri diğer nedenlerin, zararın ortaya çıkmasında etkili olduğu görülmektedir. İşte bu nedenle, kamu hizmeti ile irtibatlanabilen bir zarar söz konusu ise öncelikle olayda idarenin hizmet kusuru olup olmadığı incelenmektedir. Uygulamada bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında oluşan bedensel zararların tazmininde, genellikle hizmet kusuru esasına dayalı olarak tazmin yoluna gidilmektedir.

Kamu görevlilerinin kendi kusurlarından kaynaklanmayan, görev sırasında uğradıkları ve idarenin kusurunun da bulunmadığı hallerde uğradıkları zararların tazmininde yani mesleki risk halinde kusursuz sorumluluk ilkesi uygulanmaktadır. Örneğin; bir terör operasyonuna katılan güvenlik görevlisinin bu görevi sırasında yaralanması veya ölmesi, makasçı olarak çalışan TCDD görevlisinin görevi sırasında ayağının trenin dizisi altında kalması sonucu yaralanması, itfaiye erinin yangına müdahale ettiği sırada binanın çökmesi veya gerekli ekipmanı kullanmasına rağmen dumandan etkilenerek zehirlenmesi, bomba imha uzmanı polis memurunun tüm ekipmaları kullanmasına ve önlemleri almasına rağmen bilinmeyen bir nedenle bombanın patlaması sonucu yaralanması ya da bir hastanede görev yapan sağlık personelinin hastane ortamında Hepatit-B veya AİDS virüsü gibi bulaşıcı bir hastalığı kapması gibi olaylarda kamu görevlilerinin risk taşıyan görevleri yerine getirirken zarara uğramaları durumunda kural olarak kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince tazminat ödenmektedir. Ancak, bünyesinde tehlike barındıran kamu hizmetlerinin yerine

getirilmesi sırasında gerek hizmete katılan kişilerin (kamu görevlilerinin) uğradığı zararların gerekse hizmetin oluşumuna katılmayan vatandaşların uğradığı zararların hizmet kusuru ilkesine göre de tazmini mümkündür. Örneğin, operasyona katılan personele veya bir yangını söndürmeye giden itfaiyeciyeye ihtiyacı olan gerekli ekipman sağlanmamış ise yada kanunenön görülen sürekli çalışma süresi zorlayıcı bir sebep olmadan sürekli uzatılarak personelin dinlenmesine izin verilmemiş ise ve bu aşırı çalışma durumu devamlı hale gelmiş ise bu durumlarda hizmet kusuru esasına göre tazminat söz konusu olabilmektedir. Çünkü, idarenin sorumluluğunda hizmet kusuru birincil önceliklidir. Sağlık hizmetleri nedeniyle oluşan bedensel zararlarda 3. Bölümde bilirkişi incelemesi başlığı altında Adli Tıp Kurumunun raporlarına yönelik eleştirimizi burada yinelemek istemiyorum. Ancak, Adli Tıp Kurumu raporlarının da etkisiyle sağlık hizmetleri sonucu oluşan bedensel zararların tazminin de kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulama alanının giderek genişlediği görülmektedir. Kamuya ait sağlık kuruluşlarında özellikle hatalı enjeksiyon (iğne) uygulamaları ile normal doğum yöntemi uygulanarak yaptırılan doğumlarda yapılan hatalı uygulamalar sonucunda geçici veya sürekli olarak sakat kalan veya hayatını yitiren pek çok insan bulunmaktadır. Bu tür vakalarda gerek ceza davalarında gerekse tazminat davalarında, uygulanan tıbbi teşhis ve tedavide bir hata, özensizlik, ihmal, kusur ya da gecikme olup olmadığının, sağlık personeline atfedilebilecek bir kusur olup olmadığının, uygulanan tedavi yönteminin tıbbi gereklere ve standart tıp uygulamalarına uygun olup olmadığının tespiti için mahkemeler genellikle Adli Tıp Kurumunun bilirkişiliğine başvurmaktadır. Adli Tıp Kurumu, kendisine intikal eden sağlık hizmetleri sonucu uğranılan bedensel zararlara ilişkin dosyaların neredeyse tamamına yakınında ortaya çıkan sonucu komplikasyon olarak değerlendirmektedir. Bu durum idarenin hizmet kusuru ilkesine göre sorumluluğu bulunmaması sonucunu doğurmaktadır. Oluşan zararın zarar görenin üzerinde bırakılması adalete ve hakkaniyete uygun düşmediğinden, mahkemeler Adli Tıp Kurumu tarafından komplikasyon olarak değerlendirilen olaylarda zarar

ile idari faaliyet arasında bir illiyet bağı kurulabiliyorsa zararın kusursuz sorumluluk ilkesine tazmini yönünde karar vermektedir. Bu da, sağlık uygulamalarından dolayı idarenin sorumluluğunda hizmet kusuru yerine kusursuz sorumluluk ilkesi lehine bir gelişmeyi doğurmaktadır. Yargı içtihatlarının bu yönde olması zarar görenler bakımından olumlu karşılanabilir. Ancak, hizmet kusuru ilkesine göre tazminata hükmedilmesi durumunda idarenin ödediği zararı olayda sorumluluğu bulunan sağlık personeline rücu edebilmesi olanaklıdır. Kusursuz sorumluluk söz konusu olduğunda ise idarenin ödediği tazminatı kamu görevlisine rücu edebilmesi olanağı kalmamaktadır. Hekimlerin büyük çoğunluğunun mesleki risk sigortası bulunduğundan, kusursuz sorumlulukta rücu olanağı bulunmadığından mesleki sigorta poliçesi kapsamında zararın tamamının veya bir kısmının sigorta şirketinden alınması veya sigorta şirketine rücu edilmesi de mümkün olmamaktadır. Bu noktada tıbbi uygulama hatası (malpraktis) ile komplikasyon kavramlarını ve bunların bedensel zararlardan doğan tazminat davalarına etkisini açıklamak gerekir.

Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kurullarınının 13. maddesinde tıbbi hata, tıp biliminin standartlarına ve tecrübelerle göre gerekli olan özenin bulunmadığı ve bu nedenle olaya uygun gözükmeyen her türlü hekim müdahalesi olarak tanımlanmıştır. Bu nedenle, hatalı tıbbi uygulama sonucu doğacak sorumluluk kusura dayalı genel sorumluluktur. Hatalı tıbbi uygulama kamuya ait sağlık kuruluşlarında meydana gelmiş ise bu takdirde ilgili idarenin hizmet kusuru söz konusu olacaktır. Hatalı tıbbi uygulamada genellikle karşımıza sağlık personelinin özellikle de hekimin özen yükümlülüğü çıkmaktadır. Sağlık uygulamalarında özen yükümlülüğünün ihlali üç şekilde olabilmektedir. İlki, hastanın tedavisinde yani teşhis, endikasyon, tıbbi tedbirin seçimi ve uygulanması, tedavi veya cerrahi müdahale sonrası bakım alanındadır. (Uygulama kusuru- tedavide hata). İkincisi, hastanın uygulanacak tedavinin niteliğine türüne ve sonuçlarına ilişkin yeterli bir şekilde ve zamanında aydınlatılması ve anamnez alınmasıdır. (aydınlatma kusuru) Üçüncüsü klinik organizasyonu, (personelin niteliği,

sayısı, hekimlerin işbirliği, hijyenin sağlanması, gerekli malzeme ve cihazların tam ve sağlam olarak kullanıma hazır bulundurulması vb. alanlardır. (organizasyonkusuru)

Bu üç kusura tıbbi uygulama hatası (malpraktis) denmektedir. Tıbbi standart kavramına gelince, bu kavram ile, tıp ilminin genel olarak tanınıp kabul edilmiş meslek kuralları kastedilmektedir.

Komplikasyon ise, tıbbi girişim sırasında öngörülmemeyen, öngörülse bile önlenemeyen ve istenmeyen sonuçtur. Ancak bunun bilgi ve/veya beceri eksikliği sonucu olmaması gerekir. Başka bir anlatımla, komplikasyondan bahsedilebilmesi için, tıbbi standartlardan sapılmaması, mesleki tecrübe kurallarına riayet edilmiş olması, hastanın veya yakınlarının yeterince aydınlatılmış tıbbi onayının alınmış olması ve uygulanan tıbbi teşhis ve tedavinin tıp kurallarına uygun olması gerekir. Komplikasyonun bu tanımına göre, hekimin tıbbin kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde davranarak gerekli özeni ve dikkati göstermesine rağmen ortaya çıkan istenmeyen sonuçlardan yasal olarak sorumlu tutulamayacağı, dolayısıyla konuya idare hukuku açısından bakıldığında komplikasyon sonucu ortaya çıkan olumsuz sonuçlardan dolayı idarenin, hizmet kusuru esaslarına göre sorumlu tutulamayacağı açıktır. O zamanda haklı olarak şu sorunun cevabı aranmaktadır. Komplikasyon sonucu ortaya çıkan olumsuz sonuçlardan ötürü idarenin kusursuz sorumluluğundan bahsedilebilir mi? Öncelikle istenmeyen sonuç; uygulama kusuru-tıbbi hata, aydınlatma kusuru ya da organizasyon kusuru sonucu ortaya çıkmış ise komplikasyondan bahsetmek mümkün olmadığı için özen yükümlülüğüne aykırı bu durumlarda idarenin hizmet kusuru söz konusudur. Bu nedenle, belirtilen durumlarda kusursuz sorumluluk ilkesi uygulanamaz. Diğer taraftan, sağlık hizmetinin riskli bir hizmet olduğu tartışmasızdır. Sağlık hizmetinin bünyesinde barındırdığı risk nedeniyle Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası 30/10/2010 tarihi itibarıyla hekimler için zorunlu hale getirilmiştir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetlerinden

yararlananın zarara uğraması halinde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekli değildir. Çünkü, sağlık hakkı yaşama hakkının bir parçası olup, Anayasa'ya ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelere göre devletin yaşam hakkını koruma konusunda pozitif yükümlülüğü mevcuttur. Ancak, bu sağlık uygulamaları sonucu ortaya çıkan zararların ister hizmet kusuru isterse kusursuz sorumluluk ilkesine göre olsun, mutlak suretle ve her durumda idare tarafından tazmin edilmesi sonucunu doğurmamaktadır. Sağlık uygulamaları sonucu ortaya çıkan bedensel zararlarda, bazı durumlarda, zararın ortaya çıkışında idarenin hizmet kusuru olmasa da kusursuz sorumluluk ilkesine göre idarece zarar tazmin edilmelidir. Tıbbi müdahallerde arzu edilmeyen sonuç öngörülebilir nitelikte olmakla birlikte daha olumsuz sonuçların ortaya çıkmaması veya hastanın yaşamının tehlikeye girmemesi için müdahale gerekli olmuş, hasta önceden bu konuda aydınlatılmış ve olumsuz sonucun ortaya çıkmasında hizmet kusuru da söz konusu değilse öngörülen ancak istenmeyen sonuçtan ötürü idarenin kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmin sorumluluğu olmamalıdır. Zira, istenmeyen sonucun ortaya çıkması aslında öngörülmektedir. Ancak, daha olumsuz sonuçların oluşmaması için hastanın bilgisi ve onayı dahilinde tıbbi müdahale gerçekleşmiştir. Bununla birlikte, tıbbi müdahale sonucunda öngörülmeyen bir sonuç ortaya çıkmış ise hastanın önceden onayı alınsa dahi bu onayı öngörülmeyen bir sonuca ilişkin olamayacağından, bu durumda kusursuz sorumluluk ilkesine göre idarenin zararı tazmin etmesi gerekir. Çünkü, ortaya çıkan sonuç (zarar) önceden öngörülmemiştir. Beklenmeyen bir sonuç söz konusu olduğu için de zarar görenin önceden aydınlatılması ve onayı söz konusu değildir. Bu bağlamda, özellikle enjeksiyon uygulamaları sonucunda ve doğum vakalarında ortaya çıkan bedensel zararlar başta olmak üzere sağlık uygulamalarının sonucunda öngörülmeyen bir şekilde bedensel zararların ortaya çıkması durumunda Adli Tıp Kurumu veya Sağlık Kurulları tarafından olay komplikasyon olarak değerlendirilse dahi öngörülmeyen ve istenmeyen sonuç nede-

niyle oluşan zarar idarece kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmin edilmelidir. Dolayısıyla, sağlık uygulamaları sonucu ortaya çıkan bedensel zararlarda Adli Tıp Kurumu veya yetkili sağlık kurullarınca hizmet kusurunun bulunmadığı saptanarak komplikasyon olarak değerlendirilen olaylarda yukarıda açıklanan koşullar dahilinde kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince idarenin zararı tazminle sorumlu tutulması mümkün ve olanaklıdır. Ancak, sağlık hizmetlerinde devletin anayasal sorumluluğu bulunduğu hareketle komplikasyon olarak değerlendirilen her olayda zararın idare tarafından tazmini gerektiğini savunmak gerçekçi değildir. Sağlık uygulamaları sonucu oluşan bedensel zararlarda öncelikle ve titizlikle hizmet kusurunun mevcut olup olmadığının araştırılması, hizmet kusurunun bulunmadığı net bir şekilde saptandıktan sonra her olayın maddi gerçeklik temelinde kendi koşulları içinde değerlendirilerek, istenmeyen sonucun önceden beklenen öngörülen bir durum olup olmadığına göre kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağına karar verilmelidir. Sağlık uygulamalarından doğan bedensel zararlarda hizmet kusurunun söz konusu olmadığı durumlarda zararın mutlak suretle kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmini gerektiği yönündeki görüşlere katılmak mümkün değildir. Bununla birlikte, kusursuz sorumluluk ilkesinin sağlık uygulamalardan doğan bedensel zararların tazmininde uygulanamayacağı yönündeki katı anlayışın hukuk devleti ilkesiyle uyuşmadığı, nitekim idari yargı içtihatlarında, sağlık uygulamalarından doğan zararın tazmininde kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanması yönünde gelişmeler olduğu görülmektedir. Öte yandan, sosyal devlet ilkesine ve devletin sağlık hizmetlerindeki yükümlülüklerine dayanarak, tıbbi el atmalardan, teşhis ve tedaviden zarar görenlere sosyal risk ilkesinin uygulanabileceği

yönünde doktrinde bazı görüşler olsa da, sosyal risk ilkesinin, bireysel riskin değil toplumsal nitelikte riskin söz konusu olduğu ve olay ile zarar arasında illiyet bağı bulunmayan terör ve şiddet olaylarından doğan zararların tazmini için uygulanan bir yöntem olduğundan, sosyal risk ilkesinin sağlık uygu-

lamalarından doğan zararların tazmininde uygulanabilmesi olanaklı değildir.

Anarşi ve terör olaylarından kaynaklanan bedensel zararların tazmini istemiyle açılan tam yargı davalarında, zarar görenler veya destekten yoksun kalanlar genellikle hizmet kusuru esasına göre zararın tazmini talebinde bulunmaktadır. Hatta bazı davalarda davacı veya vekilleri hizmet kusuru esasına göre idarenin sorumluluğuna hükümedilmesini, sosyal risk ilkesine göre tazmini kabul etmediklerini beyan ettikleri görülmektedir. Davacı tarafın ısrarla hizmet kusuru esasına göre tazminat talebinde bulunmasının nedeni, idarenin hizmet kusuru esasına göre sorumluluğuna gidilmesi durumunda, idarenin görevini yerine getirmediğini, siyasi ve idari görevlilerin görevlerini ihmal ettikleri ileri sürülerek bunlar hakkında cezai, mali sorumluluk (rücu) ve siyasi yönden yaptırım uygulanabilmesini sağlamaktır. Terör olaylarından doğan zararlar da, esasında doğrudan idarenin yürüttüğü bir kamu hizmetinin sonucu ortaya çıkan bir zarar bulunmamaktadır. Anayasal düzeni yıkmayı amaçlayan ve bu nedenle de toplumun bütününe hedef alan, kişilerin salt toplumun bireyi olmaları nedeniyle uğuramış oldukları bir zarar söz konusudur. Ancak, terör olayının olacağına dair istihbarat alınmış olmasına karşın idari birimler bunu teyit etmemiş, önemsememiş ise ya da terör olayının gerçekleşeceği yönünde tespitler olmasına karşın terör olayının önlemesine dair gerekli ve yeterli tedbirler alınmamış ise idarenin hizmet kusurunun bulunduğu sonucuna ulaşılabilir. Bunun yanında, ülkemizin jeopolitik durumu, sınır komşumuz olan ülkelerde meydana gelen kargaşa ve silahlı çatışmaların doğurduğu düzensiz göç hareketleri nedeniyle ülkemizin farklı yapı ve ideojilere sahip pek çok terör örgütünün hedefi durumuna geldiği, bu kapsamda yakın tarihte birçok terör saldırısına muhatap olduğu, bu saldırılar sonucunda yüzlerce vatandaşımızın yaşamını yitirdiği, maddi ve manevi zarara uğradığı bilinmektedir. Güvenlik güçlerimizin terör örgütleri ile gerek sınırlarımız içinde gerekse sınırlarımız dışında kararlı şekilde mücadele etmesi sonucu terör örgütlerinin ül-

kemize yönelik tehditleri büyük ölçüde bertaraf edilse de terör örgütlerinin ülkemize yönelik tehditleri tamamen geçmiş değildir. Terör tehditlerinin yoğun olduğu dönemde nerdeyse hergün yüzlerce terör saldırısı ihbarının yapıldığı, bu ihbarların büyük çoğunluğunun asılsız çıktığı, üstelik de devletin içinde emniyet, silahlı kuvvetler ve yargı organları bünyesine yıllarca sızmış ve örgütlenmiş yabancı istihbarat örgütleri ile irtibatlı gizli bir terör örgütünün bulunduğu bir ortamda emniyet ve güvenlik teşkilatlarının tüm gayretlerine rağmen bazı terör eylemlerinin önlenemediği gerçektir. Aynı dönemde, belirtilen tüm olumsuzluklara rağmen eylem hazırlığında olan pek çok teröristin eylemde kullanacağı bomba ve araçlarla birlikte ele geçirildiği ve bu şekilde birçok terör eyleminin önlenmediği de bilinmektedir. İşte böyle bir tablo içinde idarenin tüm çabasına rağmen önlenemeyen terör saldırılarından ötürü idarenin hizmet kusuru esasına göre sorumlu tutulabilmesi için idarenin görevini gereği gibi yerine getirmediği, terörle mücadele, güvenliği sağlama ve istihbarat konusunda hizmeti kötü işlettiğinin ya da hiç işletmediğinin, organizasyonu uygun oluşturamadığının somut bilgi ve belgelere dayanılarak ortaya konulması gerekir. Hizmetin kusurlu işletildiğine dair somut kanıt bulunmadıkça, sadece terör eyleminin önlenemediği sonucundan hareketle önlenemeyen terör eylemi nedeniyle idarenin hizmet kusurunun bulunduğu sonucuna ulaşılması hukuken olanaklı değildir. Zarara neden olan olayın meydana geldiği zamandaki koşulların, olay öncesinde idarenin sahip olduğu bilgilerin neler olduğunun ve olaya ilişkin bir duyum veya istihbarat alınıp alınmadığının, alınmış ise buna yönelik ne gibi çalışmalar yürütüldüğünün ve hangi tedbirlerin ne zaman alındığının araştırılması ve dikkate alınması gerekir. Bunun içinde olaydan sonra etkin bir adli ve idari soruşturma yapıp yapılmadığı önem kazanmaktadır. Yukarıda yer verilen soruları açıklığa kavuşturacak nitelikte etkin ve tarafsız bir soruşturma süreci izlenmiş ve bunun sonucunda idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı sonucuna ulaşılmış ve bunun aksini ortaya koyan kanıt bulunmuyor ise hizmet kusurunun varlığından bahsedilemez. Olayın oluşumunda hizmet kusuru

bulunduğunun saptanmaması, idarenin tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Terör ve şiddet olayları sonucu ortaya çıkan bireysel ve olağanüstü zararlar sosyal risk ilkesi esasına göre her halükarda idare tarafından tazmin edilmekte, böylece toplumsal risk nedeniyle oluşan zararlar zarar görenin üzerinde bırakılmamaktadır.

BÖLÜM-3 İDARİ YARGIDABEDENSEL ZARARLAR NEDENİYLE AÇILAN TAZMİNATDAVALARINDA USUL HÜKÜMLERİNİN UYGULANIŞI:

Dava değerinin artırılması (İslah):

Bilindiği üzere idari yargıda açılan tazminat davalarında dava değeri artırılmamaktaydı. Bu durum pek çok kez hak kaybına yol açmakta ve adil yargılama ilkesini ihlal ettiği için haklı olarak eleştirilmekteydi. Hatta bu konuda AİHM adil yargılama ilkesinin ihlal edildiği gerekçesiyle pek çok kez ihlal kararı vermiştir. İdare hukukunun içtihat hukuku olmasına karşın maalesef idari yargı taleple bağlılık ilkesini katı yorumlayarak bu konuda bir içtihat üretmemiş bu sorun, AİHM'nin ihlal kararlarının da etkisiyle bir yasal düzenleme ile kısmen çözüme kavuşmuştur. Ancak, manevi tazminatta dava değerinin artırılıp artırılmayacağı, ıslah edilen tutara ilişkin faizin hangi tarih esas alınarak hesaplanacağı, ıslahın hangi aşamada yapılması gerektiği konularında hukuki tartışmalar devam etmekte ve bu konuların içtihatlarla adil bir çözüme kavuşmasına ihtiyaç bulunmaktadır. İdari yargıda dava değerinin artırılması olanağı, 11/4/2013 sayılı ve 6459 sayılı Kanunun 4. maddesiyle 2577 sayılı Kanunun 16. maddesinin 4. fıkrasına eklenen, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 107. maddesindeki "Belirsiz Alacak Davası" benzeri bir düzenleme ile sağlanmıştır. Bu düzenleme ile dava değerinin artırılmamasının doğurduğu hak ihlalleri büyük oranda giderilmiştir. Ancak, Danıştay ilk dava değerine başvuru veya dava tarihinden, adli yargının görevsizlik kararı üzerine açılan davalarda ise adli yargıya açılan dava tarihinden itibaren faiz uygularken, artırılan miktar için ise ıslah dilekçesinin davalı idareye tebliğ edildiği tarihten

itibaren faiz uygulamaktadır. Bölge idare mahkemeleri ve ilk derece idare mahkemeleri de Danıştay'ın bu içtihadına uygun karar vermektedir. İdari yargınının bu içtihadı, hem faizin başlangıç tarihinin olay tarihi yerine başvuru veya dava tarihinin esas alınması hem de ıslah edilen miktara ıslah dilekçesinin davalıya tebliğ tarihinden itibaren faiz uygulanarak ilk talep edilen miktar ile artıran miktar arasında faizin başlangıcı yönünden ayrıştırmaya gidilmesi yönlerinden haklı eleştirilere maruz kalmaktadır. Yargıtay'ın içtihatları, bedensel zararlardan doğan tazminat davalarında idareye başvuru veya dava tarihinden itibaren değil zararı doğuran olayın olduğu tarihten geçerli olmak üzere faiz uygulanması yönündedir. Dava açılırken faiz istenmiş ise ıslah dilekçesinde faiz istenmese dahi ıslah edilen tutar için faiz uygulanması gerektiği konusunda adli ve idari yargı içtihatları arasında bir farklılık bulunmamakla birlikte, adli yargı mahkemeleri ve Yargıtay, dava açılırken faiz talep etmiş olmak koşulu ile ıslah edilen tutar için zararın meydana geldiği (zararı doğuran olayın olduğu) tarihten itibaren faiz uygulamakta iken, idare mahkemeleri ve Danıştay artırılan tutar için ıslah dilekçesinin idareye tebliğ edildiği tarihten itibaren faiz uygulamaktadır. İdari yargınının bu içtihadı hem faizin başvuru tarihi veya dava tarihinden itibaren uygulanması hem de ıslah edilen tutara ıslah dilekçesinin idareye tebliğ edildiği tarihten geçerli faiz uygulanması yönünden sorunludur. Dava değerinin artırılması bir hak olduğuna ve adil yargılama ilkesinin bir gereği olduğuna göre ıslah edilen miktar için de faizin başlangıç tarihinin ilk talep edilen tutara uygulandığı gibi olması arada bir fark olmaması ve gerek ilk talep edilen gerekse sonradan artırılan tazminat tutarı için faizin başlangıç tarihinin başvuru veya dava tarihi değil zararın ortaya çıktığı tarih (olay tarihi) olması gerekir. Ayrıca, ıslah dilekçesinin cevap verilmek üzere davalı idareye tebliği yargılamada karşılıklı ilkesinin gereği yani dava değerinin (talep edilen miktarın) artırıldığına idareye bildirilmesine ilişkin usul kuralının işletilmesinden ibaret olup, bu durum, artırılan miktar için ıslah dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren faiz uygulanmasına gerekçe oluşturmamalıdır. Zira, tam yargı davası açmadan il-

gili idareye yapılan ön karar başvurusunda, herhangi bir koşul veya belge aranmadığından, bu başvuru tam anlamıyla bir temerrüte düşürme niteliğinde değildir.

Diğer taraftan, anılan yasal düzenlemede dava değerinin nihai karar verilmeye kadar artırılabilmesi hükmü yer almaktadır. Burada kastedilen nihai karar ilk derece mahkemesinin esastan vereceği karardır. İlk derece mahkemesi esastan karar verinceye kadar dava değerinin artırılacağı açık ise de, istemin artırılmasının nihai karar verilmeye kadar geçen yargılama sürecinin hangi aşamasında ve ne şekilde yapılacağı belirgin değildir. Bilindiği üzere bedensel zararlardan doğan tazminat davalarında varsa kusur oranının tespiti ve zarar tutarının hesaplanması için bilirkişi incelemesi yaptırılmakta ve tarafların bu raporlara itirazları söz konusu olabilmektedir. Bazı durumlarda itiraz üzerine veya re'sen mahkeme bilirkişiden ek rapor isteyebilmekte ya da bilirkişi raporunu hükme esas alınamayacak nitelikte bularak yeniden bilirkişi incelemesine gidebilmektedir. Ayrıca, bilirkişi incelemesinden sonra bilirkişi raporu taraflara tebliğ edildip davacı taraf ıslah dilekçesi verdikten ve ıslah dilekçesi davalıya tebliğ edildikten sonra idarenin itirazı üzerine bu itiraz haklı görülerek bilirkişiden ek rapor istenebilmekte veya yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmaktadır. Hesaplanan zarar miktarının sürekli değişme ihtimalinin bulunduğu böyle bir ortamda davacının hangi aşamada dava değerini artıracak olduğunu bilebilmesi oldukça zor bir durum olup, davacı yönünden risk doğurmaktadır. Bu nedenle, tarafların itirazları her aşamada karara bağlanıp bunun taraflara bildirilmesi ve itirazların karara bağlanmasından sonra mahkemenin re'sen veya ıslah talebi üzerine ek rapor istemesi veya yeniden bilirkişi incelemesine gitmesi ve bunun sonucunda bilirkişi raporunda belirlenen zarar miktarının değişmesi (artması) halinde daha önce ıslah hakkı kullanılmış olsa dahi davacıya yeniden bir ıslah hakkı tanınması adil yargılama ilkesine uygun düşecektir. Dolayısıyla, genel kural ıslah hakkının nihai karar verilmeye kadar bir kez kullanılabilmesine ilişkin olmakla birlikte, yukarıda belirtilen şekilde davacıdan kaynaklanmayan sebeplerle dava sırasında zarar miktarı hesabında deği-

şiklik olması durumunda ıslah hakkının tekrar kullanılmasına olanak tanınmalıdır. Benzer durum bilirkişi raporu tebliğ edildikten ve buna göre ıslah hakkının kullanılmasından sonra mahkemenin ek rapor alması veya yeniden bilirkişi incelemesi yoluna gitmesi ve bunun sonucunda daha önce hesaplanan ve ıslaha esas alınan zarar tutarının düşmesi durumunda da söz konusudur. Usul kurallarına göre dava değerinin düşürülmesi olanaklı değildir. Hesaplanan tutardan daha fazla bir tutar talep edilmişse mahkeme fazlaya ilişkin tazminat talebi yönünden davayı kısmen reddedecektir. Ayrıca, reddedilen tutar üzerinden davacı aleyhine yargılama giderine ve avukatlık ücretine hükmedilecektir. Davacının fazlaya ilişkin tazminat tutarı yönünden kısmen davadan feragat etmesi mümkündür. Ancaktalebingerçekzararagörefazlaolankısmıyönündendavadanferagatedilmesi halinde de yine davacı aleyhine yargılama giderine ve avukatlık ücretine hükmedilecektir. Feragat kesin hükmün tüm sonuçlarını doğurduğu için dha sonra fergatten vazgeçilmesi de (feragatten/feragat edilmesi) mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, bilirkişi raporuna itirazlar reddedildikten ve buna bağlı olarak dava değeri artırıldıktan sonra mahkeme kendiliğinden veya ıslah dilekçesinin idareye tebliğinden sonra ıslah edilen tutara karşı davalı idarenin itirazı üzerine ek bilirkişi veya yeniden bilirkişi incelemesine gitmiş ve bunun sonunda daha önce hesaplanan zarar tutarında bir azalma olmuş ise dava değerinin tekrar ıslah edilerek tazminat tutarının düşürülmesine izin verilmesi adil bir çözüm olacaktır.

Manevi tazminatta dava değerinin artırılıp artırılamayacağına gelince; Yargıtay'ın içtihatları manevi zararın bölünemeyeceği ilkesinden hareketle manevi tazminatta dava değerinin artırılamayacağı yönündedir. Adli yargıda görülen tazminat davalarında kısmi dava veya ek dava açılabilmesi olanağı bulunmaktadır. İdari yargı da 60 günlük dava süresi geçtikten sonra ek dava veya kısmi dava açma olanağı bulunmamaktadır. Ayrıca adli yargıda dava zamanışımı süresi idari yargıda açılan tazminat davalarına nazaran çok daha uzundur. Bu nedenle, Danıştay'ın ve idare mahkemelerinin manevi tazminatta ıslaha ilişkin içtihatları daha esnek bir yaklaşım içermektedir.

İdari yargı mercileri manevi zararı doğuran olay ve olgularda bir değişiklik olmadıkça manevi tazminatta dava değerinin artırılamayacağını genel bir prensip olarak kabul etmektedir. Ancak, dava devam ederken davanın açıldığı zamana nazaran kişinin manevi zararının artmasına neden olabilecek bir gelişme olması durumunda manevi tazminat tutarının da artırılacağı kabul edilmekte ve bu yönde içtihatlar bulunmaktadır.

Diğer yandan, dava açılırken nispi harç tutarının yatırılmaması halinde 2577 sayılı Kanunun 6. maddesinin 4. fıkrası uyarınca davacıya bildirim yapılmakta ve bir ay süre verilmektedir. Verilen süre içinde eksiklik giderilmez ise bildirim tekrarlanıp yeniden 1 ay süre verilmektedir. İkinci bildirim üzerine eksik harç yatırılmaz ise davanın açılmamış sayılmasına karar verilmektedir. Dava değerinin artırılması durumunda artırılan tutar için hesaplanan nispi harç tutarı davacı tarafından yatırmamış ise hangi usulün uygulanacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. İslah suretiyle artırılan tutara ilişkin harcın yatmaması durumunda 2577 sayılı Kanunun 6/4. maddesi uyarınca davanın açılmamış sayılmasına karar verilebilmesi olanaklı değildir. Çünkü, dava dilekçesindeki dava değerine ilişkin harç yatırılmış ve dava ilk inceleme aşamasını geçmiştir. Bu durumda 2577 sayılı Kanunun 6/4 maddesi kıyasen uygulanmalı ıslah edilen tutara ilişkin nispi harç tutarı yatırılmamış ise davacıya bildirim yapıp süre verilmeli eksik harç tamamlanmaz ise bildirim tekrarlanmalı eksik harç yine tamamlanmaz ise bu takdirde davacı dava değerini ıslah etmemiş sayılarak ilk dava değeri esas alınarak hüküm kurulmalıdır. Ancak, dava esastan karara bağlanıncaya kadar eksik harç tutarı tamamlanmış ise ıslah süreci kaldığı yerden devam ettirilmeli ve ıslah dilekçesi idareye tebliğ edilmelidir.

Bilirkişi incelemesi:

Destekten yoksun kalma zararlarında zarar görenin muhtemel yaşam süresinin ve destekten yoksun kalan hak sahibi konumundaki eş, anne, baba ve çocukların yaşam sürelerinin hesaplanmasında bazı yaşam taboları kullanılmaktadır. Bunlar PMF 1931 Fransız Yaşam (Mortalite) Tablosu bir de SGK'nın

25/9/2012 tarihli ve 2012/32 sayılı Genelgesi ekinde Türkiye koşullarına göre Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, Sgk, bazı özel ve akademik kuruluşlarca düzenlendiği açıklanan TRH-2010 Kadın ve Erkek Hayat Tablosu bulunmaktadır. Uygulamada her iki yaşam tablosunundakullanıldığıgörülmektedir.Dolayısıyla ,bukonudauygulamabirliğibulunmamaktadır. Bunlardan başka, çok önceleri uygulanan ancak artık uygulanmayan CSO-1980 Amerikan Tablosu bulunmaktadır. TRH-2010 Kadın ve Erkek Hayat Tablosundaki yaşam süreleri Fransız Yaşam Tablosuna göre fazla olduğundan, hesaplama sonuçlarında biraz farklılık olmaktadır. Sgk ve resmi kurumlar TRH-2010 Hayat Tablosunu kullanmaktadır. Danıştay ve idare mahkemeleri muhtemel yaşam süresi hesabında önceleri Fransız yaşam tablosunu kullanmakta iken Danıştay'ın öncülük etmesiyle idari yargı da bedensel zararlardan doğan tazminat davalarında hesaplamalarda genellikle TRH-2010 Hayat Tablosunu kullanılmaktadır. Ancak, bazı hesap bilirkişilerinin halen Fransız yaşam tablosunu kullandığı görülmektedir.

İdari yargı, bedensel zararlarda önceleri kazanç kaybı kavramını esas alırken zaman içinde içtihatlar gelişerek bu kavramın yerini efor kaybı kavramı yer almış ve kazanç kaybı olmasa da emsallerine göre daha fazla güç harcamak suretle efor kaybına uğramaktan ötürü efor kaybı tazminatı isteme hakkı olduğunu kabul etmiştir. Bununla birlikte beden gücü kaybına uğrayan bir kamu görevlisinin malül olmaması ve işine devam etmek suretiyle emsalleri ile aynı işi yapıp aynı ücreti aldığından ötürü bir zararı bulunmadığına dair içtihatlar zaman içinde değişmiş ve bedensel zararlarda güç kaybı tazminatı, ilgili-nin işine devam edip etmediği, ücret ve çalışma koşullarında bir değişiklik olup olmadığından bağımsız olarak ayrıca bir tazmin yöntemi olarak benimsenmiştir.

Öte yandan, Adli Tıp Kurumu raporlarının yetersiz oluşu, raporların çok geç gelmesi ve adli tıp kurumun özellikle sağlık uygulamalarından kaynaklanan tazminat davaların nerdeyse tamamına yakınında oluşan zararın sebebini komplikasyon olarak değerlendirilip, tıbbi uygulama, teşhis ve tedavide bir

hata veya kusur olmadığına yönelik rapor düzenlemesi Adli Tıp Kurumunun düzenlediği raporlara kuşku ile yaklaşılması sonucunu doğurmaktadır. Adli Tıp Kurumunun resmi bilirkişi olduğuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay ve Danıştay'ın kararları ile Adli Tıp Kurumunun resmi bilirkişi olduğu kabul edilmiş ve bedensel zararlardan doğan tazminat davalarında tıbbi bilirkişi raporuna ihtiyaç duyulduğu takdirde Adli Tıp Kurumundan rapor alınması gerektiği belirtilmiştir. Fakat, Adli Tıp Kurumunun kapasitesinin çok üstünde bir iş yükü altında kalması, buna karşın örgütlenme biçiminin ve kadro durumunun mevcut iş yükünü karşılamaya uygun olmaması nedeniyle raporların çok geç düzenlenmesi ve gönderilmesi, bilirkişi heyetinde uyumsuzluğun niteliğine uygun yeterli sayıda ve nitelikte uzman bulunmaması ve bunlara bağlı olarak raporların yetersiz olması gelinen noktada bu kurumun düzenlediği raporlar tarafları tatmin etmediği gibi mahkemelerde bu raporların hükme esas alınması konusunda tereddüt oluşturmaktadır. Bu nedenle, mahkemelerin bilirkişi incelemesi için Adli Tıp Kurumu yerine üniversitelerin Adli Tıp Ana Bilim Dalı Başkanlıklarına veya uyumsuzlukla ilgili ana bilim dallarına başvurdukları ve konu ile ilgili uzmanlık dalından öğretim üyelerinin yer aldığı (en az üç öğretim üyesinin oluşturduğu) heyetten rapor istedikleri görülmektedir. Üniversitelerin ilgili ana bilim dalı başkanlığında görevli öğretim üyeleri tarafından hazırlanan raporların Adli Tıp Kurumu raporlarına nazaran daha ayrıntılı ve tatmin edici olması mahkemeleri bu yöne sevk etmektedir. Tabi burda bir usul sorununu doğduğunu da belirtmek gerekir. Bilindiği üzere bilirkişi incelemesinden önce bilirkişi olarak belirlenen kişilerin isimleri önceden taraflara ve bilirkişi seçilen kişilere bildirilip itirazları alınmakta itiraz sürecinden sonra bilirkişi incelemesi yaptırılmaktadır. Adli Tıp Kurumu yargı kurumları tarafından resmi bilirkişi olarak kabul edildiği için ve Adli Tıp Kurumunun ilgili ihtisas dairelerinin görev alanları, bu dairelerde görev alan uzmanların uzmanlık alanları, görev süresi ve atama usulleri ile kurumun çalışma usul ve esasları kendi mevzuatı ile belirlenmiş olduğundan, mahkemelerin adli tıp kurumuna yaptıra-

cağı bilirkişi incelemesi öncesinde Adli tıp kurumu uzmanlarının (bilirkişilerin) isimlerini taraflara bildirmesi ve itiraz ile ilgili süreci işletmesi olanağı yoktur. Üniversitelerin ana bilim dallarına yaptırılacak bilirkişi incelemesi için böyle bir durum söz konusu değildir. Ancak, bilirkişi isimlerinin üniversiteden istenilmesi ve taraflara bildirilmesi usulünün üniversiteler yönünden uygulanma olanağı bulunmakla birlikte, bu usulün uygulanması durumunda üniversite öğretim üyelerinin çeşitli nedenlerle bilirkişilik yapmaktan kaçındıkları veya itirazda buldukları, itirazları kabul edilmediğinde ise yurt dışı görevlerini, işlerin yoğunluğunu, ameliyat planlamalarını ve benzeri nedenleri ileri sürerek bilirkişilik yapmak istemedikleri, yerlerine başka öğretim üyesi bilirkişi bulunamadığında bir başka üniversiteden heyet oluşturma yoluna gidildiği bu usul işlemlerinin yargılama süresinin uzamasına yol açtığı, bazen tüm bu uğraşın sonunda mecburen yine Adli Tıp Kurumuna bilirkişi incelemesi yaptırılması zorunda kalındığı bilinmektedir. Üniversite ana bilim dalı başkanlıklarında oluşturulacak heyete bilirkişi incelemesi yaptırılmadan önce bilirkişi isimlerinin taraflara ve bilirkişilere bildirilmemesi halinde rapor aleyhine olan taraf usul itirazında bulunmakta, ayrıca Hakimler ve Savcılar Kurulu müfettişleri de mahkeme teftişlerinde bu durumu eleştirmektedirler. Bu konunun çözümü için, üniversite tıp fakültesi hastanelerinin ana bilim dalı başkanlıklarının resmi bilirkişi olduğu yönünde düzenleme yapılması veya Yargıtay ve Danıştay'ın içtihatlarını bu yönde geliştirmesi gerekir. Bu konuda Adli Tıp Kurumunun tek otorite olmaktan çıkarılması gerekir. Danıştay, bir süreden bu yana üniversitelerin ana bilim dallarının heyet halinde hazırladığı raporları kabul etmekte hatta bu yönde bozma kararı vererek mahkemeleri bu yöne sevk etmektedir. Buna karşın, idare mahkemelerinin büyük bir kısmının hala bedensel zararlardan doğan tazminat davalarında Adli Tıp Kurumuna bilirkişi incelemesi yaptırdığı görülmektedir.

Bilirkişi incelemelerinde görülen bir diğer aksaklık gerek Adli Tıp Kurumuna gerekse üniversitelere bilirkişi incelemesi için gönderilen dosyaların eksik belge içermesi nedeniyle

mahkemelere iade edilmesi sonucu yaşanan gecikmelerdir. Bu itibarla, bilirkişi incelemesine gönderilen dosyalarda yukarıda dava dilekçesi ekinde yer alması gereken belgeler kısmında belirtilen belgelerin yanında özellikle sağlık uygulamalarından doğan zararlar nedeniyle açılan tazminat davalarında, zarara yol açan tıbbi uygulamanın yapıldığı sağlık kurumunda yapılan tıbbi uygulamaya ilişkin belgelerin, hastane kayıtlarının, tıbbi görüntülemeye ilişkin (röntgen, tomografi, mr vb) kayıtların cd ortamında bir örneğinin, ameliyat yapılmış ise ameliyat raporunun, veya ameliyat notunun, olayla ilgili adli veya idari soruşturma yapılmış ise buna ait bilgi ve belgelerin, tıbbi uygulamaya katılan sağlık personelinin ifadeleri alınmış ise bunların kısacası sağlık kurumunda olayla ilgili olarak bulunana tüm kayıt, bilgi ve belgelerin temin edilerek dava dosyası ile birlikte bilirkişi incelemesine sunulması gerekir.

Bedensel zararlar nedeniyle geçici veya sürekli iş görmezlik, güç (efor) kaybı veya destekten yoksun kalma tazminatı hesaplaması aktüerya hesap bilirkişisine yaptırılmaktadır. Aktüerya bilirkişisinin düzenlediği bilirkişi raporlarında; raporun ayrıntılı olması, zarar, yarar ve denkleştirme tablolarına raporda yer verilmesi gerekir. Zararın başlangıç tarihinin, emeklilik başlangıcının ve muhtemel yaşam sonu tarihinin belirlenip bunların raporda yer alması, aktif dönemin ve pasif dönemin, olay tarihi ile rapor tarihi arasındaki dönem olan işlemiş dönemin ve rapor tarihi ile muhtemel yaşam sonu tarihi arasındaki dönem olan işleyecek dönemin hesaplamasının ayrı ayrı yapılarak bunun raporda gösterilmesi, destekten yoksun kalma tazminatı hesabında destekten yoksun kalanların destek pay oranlarının destek miktarlarının dağılımının yapılarak bunun bir tablo halinde gösterilmesi, destekten yoksun kalan dul eşin çocuk sayısına göre yapılacak indirimler de dikkate alınmak suretiyle evlenme şansı indirimi oranının, peşin değer iskonto oranlarının ve çarpanının, yarar ve zarar hesabının ayrı ayrı yapılması, dul eşin evlenme şansı indirimi hesaplanırken rapor tarihi esas alınarak hesaplama yapılması gerekir. Tazminattan indirim konusu yapılacak yararlar hesaplanırken, zarara yol açan olay nedeniyle elde edilen ödeme ve tazminatların in-

dirim kalemi olarak dikkate alınması, prim ödemek suretiyle elde edilen, sadece olay nedeniyle zamanından önce hak edilen emekli aylığı ve emekli ikramiyesi gibi ödemelerin yarar olarak kabul edilmemesi ve tazminattan düşülmemesi gerekir. Bedensel zararlardan ötürü uğranılan zararlar nedeniyle zarar görenlere farklı yasal düzenlemeler uyarınca sağlanan bir çok maddi yarar bulunmaktadır. Terörle mücadele kapsamında görev ifa ederken terör saldırısı sonucu veya terörle mücadele sırasında bedensel olarak zarar görenlere veya yakınlarına 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu uyarınca tazminat ve vazife malülü aylığı bağlanmaktadır. Terör saldırı sırasında zarar gören vatandaşlara 5233 sayılı Kanun uyarınca aylık bağlanmakta ve tazminat ödenmektedir. Asayiş ve güvenliği sağlama görevi sırasında yaralanan veya ölen kamu görevlilerine 2330 salı Kanun uyarınca nakdi tazminat aylığı ödenmekte ayrıca aylık bağlanmaktadır. Vazifesi sırasında vazifesi nedeniyle yaralananlara (askerlik görevini yapan er ve erbaşlar ile güvenlik korucuları dahil) veya ölenlerin yakınlarına 5434 sayılı Kanun uyarınca vazife malülü aylığı bağlanmakta ayrıca vazife malülü sayılanlara 5434 sayılı Kanun uyarınca tütün ikramiyesi (ek ödeme) yapılmaktadır. Belirtilen şekilde yapılan ödemeler ve aylıklar olay nedeniyle elde edilen yarar sayılmalı ve tazminat tutarından indirilmelidir. Ancak, kamu görevlileri açısından sosyal güvenlik kurumu iştirakçisi oldukları için prim ödediklerinden prim ödemek suretiyle hak edecekleri normal emekli aylığı ve ikramiyesi yarar kabul edilmediğinden, zarar görenin normal şartlarda emekli olsaydı alacağı emekli aylığı ile olay nedeniyle yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler uyarınca hak ettiği ve normal aylık tutarından fazla miktarda olan aylık arasındaki fark, örneğin, emekli aylığı ile 3713 sayılı Kanun uyarınca olay nedeniyle hak ettiği vazife malülü aylığı arasındaki zarar görenin lehine olan fark yarar olarak tazminat hesabından indirilmelidir. Bunun dışında, özellikle terör olayları sonucu gazi olanlara veya şehitlerin yakınlarına vatandaşlar gönüllü olarak bağış ve yardım yapmaktadır. Devlet bütçesinden yapılmayan vatandaşların dayanışma duygusu ile gönüllü olarak yaptığı bağış ve yardımların yarar olarak tazminat

tutarından düşülmesi olanaklı değildir. Uygulamada, bazı bilirkişilerin bu yardımları yarar kabul ederek tazminat tutarından indirdikleri görülmektedir. Bu durumda mahkemenin ek rapor alarak hesaplamayı düzeltmesi gerekir.

İhbarvemüdahil:

Davanın ihbarını bazen taraflar istemekte bazende mahkemeler re'sen ihbar yapabilmektedir. Sağlık uygulamalarından doğan zararlarda zarar görene ödenecek tazminatın, olayda kusuru olan sağlık personeline rücu edilmesi söz konusu olabileceğinden, bu davalarda mahkemeler olayda sorumluluğu olabilecek sağlık personeline çoğunlukla tıbbi uygulamayı yapan hekime davayı ihbar etmektedir. İhbarda bulunulan kişiler davaya katılmak isterse fer'i müdahil olarak davalı yanında davaya katılmaktadır. Bazen tıbbi uygulamayı yapan hekimin mesleki risk sigortası poliçesini düzenleyen sigorta şirketi davalı yanında davaya katılma talebinde bulunmakta, sigorta şirketlerinin müdahil talepleri de genellikle kabul edilmektedir.

Davanın sonuçlanma süresi:

Yargıda hedef süre uygulamasının başlamasıyla birlikte dava açılırken konusuna göre davanın ne kadar sürede sonuçlanacağı UYAP sistemi tarafından belirlenmektedir. Belirlenen süreye hedef süre denmektedir. Hedef süre davaların konusuna göre önceden belirlenmiş ve dava koduna göre sisteme yüklenmiş olduğundan, dava açılırken işaretlenen dava koduna göre sistem önceden dava kodlarına göre belirlenen hedef sürelerle hedef süreyi tayin etmekte ve hedef sürenin ne kadar belirlendiğine ilişkin sistem çıktısı dava açılırken davacıya verilmektedir. Hedef süre içinde davanın sonuçlandırılmaması halinde sistem dosyaya bakan hakimden hedef süre içinde nihai karar verilmemesinin açıklamasını yapmasını istemekte ayrıca HSK müfettişleri tarafından yapılan teftişlerde hedef süresi aşılana ilişkin hakiminden ve mahkeme başkanından açıklama istenmekte, makul ve geçerli bir neden bulunmaması halinde bu durum teftiş raporunda eleştirilmekte ayrıca hedef sürelerle uyma konusunda zaafiyet gösteren

hakimlerin sicil ve başarı değerlendirmesi buna göre yapılmaktadır. Bedensel zararlardan doğan tam yargı davalarında Uyp sistemi genelde hedef süreyi 300-370 gün arasında yani yaklaşık bir yıl olarak belirlemektedir. Hedef süre sadece ilk derece mahkemesinde davanın nihai olarak karara bağlanması ile ilgili olup, hedef süre içinde istinaf ve temyiz aşamaları nda geçen yargılama süreleri yer almamaktadır. Dava dilekçesinin ve eklerinin eksiksiz olması, idarenin bilgi ve belgeleri mahkemeye eksiksiz göndermesi ve bilirkişi raporunda gecikme yaşanmaması durumunda genellikle belirlenen hedef süre için dedavasonuçlanmakatadır. Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığının Uyp sistemi üzerinden hazırlamış olduğu yıllık istatistiklere göre idari yargıda hedef sürelerle % 95 oranda uyulduğu görülmektedir. Hedef sürelerle uyulamayan davaların da büyük bir çoğunluğunu bilirkişi incelemesi gerektiren tazminat davaları olduğu bilinmektedir. Özellikle Adli Tıp Kurumunun bilirkişi incelemesine gönderilen dosyaların hedef sürelerini dikkate almaması ve çoğunlukla bir yıl ve daha fazla bir süre sonra raporu hazırlayıp göndermesi, hatta bazen dosyayı bir yıldan fazla işlemsiz bıraktıktan sonra belge eksikliği nedeniyle dosyayı mahkemeye iade etmesi bedensel zararlardan doğan tazminat davalarında yaşanan gecikmenin en büyük nedenleri arasındadır. Gecikmenin diğer bir nedeni ise dava dilekçesinin usulüne uygun düzenlenmemesi ve dilekçe ekinde gönderilmesi gereken belgelerin zamanında mahkemeye sunulmamasıdır. Aynı şey davalı idarenin savunma ekinde sunması gereken konuya ilişkin bilgi ve belgeleri mahkemeye zamanında sunmaması için de söylenebilir. Taraflar, idari yargının uyuşmazlığın çözümünde re'sen inceleme yetkisi bulunduğundan hareketle her şeyi mahkemedan beklemekte, sunmaları gereken belgeleri veya yapmaları gereken işlemleri mahkemenin yerine getirmesi eğilimne girmektedirler. Yani kanıt yükü tamamıyla mahkemeye bırakılmaktadır. Haliyle bu da yargılama süresini uzatmaktadır. Ayrıca, İdari yargıda bölge idare mahkemelerinde (istinaf) ve temyiz merci olan Danıştay'da konulara göre uzmanlaşma bulunmaktadır. Ancak, ilk derece mahkemeleri olan idare ve vergi mahkeme-

lerinde uzmanlaşma bulunmamaktadır. Uyap sistemine kayıtlı dava kodlarına göre idare mahkemesinin baktığı 268 dava kodu yani dava türü mevcuttur. Dava kodları belirlenirken birbirine yakın veya içi içe geçmiş konular esas alındığından, gerçekte idare mahkemelerinin baktığı dava türü 268'den daha fazladır. Bu kadar dava türünün olduğu bir mahkemenin bir konuda uzmanlaşması beklenmemelidir. Adli yargıda alacak davaları, haksız fiilden doğan tazminat davaları, maddi ve manevi tazminat davaları asliye hukuk mahkemelerinin görev alanına girdiğinden, genel olarak tazminat davalarında bir uzmanlaşma bulunmamaktadır. İdari yargı da Ankara başta olmak üzere İstanbul ve İzmir idare mahkemeleri bakımından uzmanlaşmaya gidilmesi halinde hem davalar kısa süre içinde çözümlenecek hemde daha etkin yarsal denetim yapılabilecektir. İdari yargı da birçok il de 1, bazı yerlerde ise 2 veya 3 idare mahkemesi bulunmakta ayrıca taşra idare mahkemelerinde dava çeşitliliği bulunmamaktadır. İdari yargıda iş yükünün yaklaşık %35-40'ı Ankara idare mahkemelerine aittir. Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri ile tesis edilen işlemlerinin yargısal denetiminin bu amaçla Ankara'da özel yetkili olarak kurulan idare mahkemelerine bırakılması ve bu mahkemelelerin faaliyete geçmesiyle birlikte Ankara idare mahkemelerinin genel işyüğü içindeki oranının yakın zamanda %50 yi bulacağı görülmektedir. İstanbul ve İzmir idare mahkemelerindeki iş yükünü buna eklediğinizde bu üç büyük il'deki idare mahkemelerinin tüm ülkedeki idari davaların nerdeyse %70- 75'ine yakına baktığı ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, başta Ankara idare mahkemeleri olmak üzere bu üç büyük ildeki idare mahkemelerinde konu bazlı uzmanlaşmaya gidilmesi gerekir. İmar işleri, üst kurul işlemleri (RtüK, Rekabet kurumu, Kamu İhae Kurulu, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu ve Epdk işlemleri) , sınav işlemleri, sosyal güvenlik işlemleri ve askeri personelin özlük işlemleri, doğrudan doğruya açılan tam yargı davaları (idari işlemlerden doğan tazminat davaları idari işlemi inceleyen mahkemece bakılması gerektiğinden bunlar uzmanlaşılacak tam yargı davalarının kapsamı dışında tutulmalı) gibi nitelikli ve belli bir tecrübe gerektiren işler uzmanlaşmış mah-

kemelerde incelenmelidir. Tam yargı davalarında uzmanlaşma özellikle bedensel zararlardan doğan tazminat davalarında hem davaların kısa sürede ve daha az masrafla incelenmesini hemde daha adil karar verilmesini ve adli yargı ile idare yargı arasında halen mevcut olan farklılıkları ortadan kaldıracaktır. Ayrıca, uzmanlaşma oluncaya kadar kısa vadede idare mahkemesinde görev alacak hakim adaylarına meslek öncesi eğitim sırasında, halen idare mahkemesinde görev yapan hakimlere ise hizmet içi eğitim yolu ile tam yargı davalarında özellikle de bedensel zararlardan doğan tazminat davalarında tazminat hesaplaması ve bilirkişi raporlarının denetimi konularında eğitim verilmesi yararlı olacaktır. Bununla birlikte, idari yargı da arabuluculuk henüz uygulanmamakla birlikte tam yargı davalarında arabuluculuk sisteminin uygulanması mümkündür. Arabuluculuk sisteminin uygulanmasıyla bedensel zararlardan doğan tazminat davalarında birçok uyuşmazlık davaya dönüşmeden sonuçlanabilecektir. Arabuluculuğun uygulanmasıyla birlikte idari yargıda tam yargı davalarında ön karar başvurusuna da gerek kalmayacaktır.

Sonuç-Özet :

Bedensel zararlar nedeniyle idari yargıda açılan tazminat davalarında, adli yargıda görevsizlik kararı üzerine idari yargıda dava açılmış olması dışında dava açılmadan önce ilgili idareye ön karar başvurusu yapılması gerekmektedir. Ön karar başvurusu etkili bir başvuru yolu değildir. Bu nedenle, 2577 sayılı Kanununun 13. maddesi uyarınca ön karar başvurusu zorunlu olmakla birlikte, ön karar başvurusunun adil yargılama ilkesini ihlal edecek tarzda katı bir şekilde uygulanmaması gerekir. İdari yargıda arabuluculuğun uygulanmasıyla birlikte arabuluculuğun uygulanabileceği tam yargı davaları için artık ön karar başvurusu yapılmasına gerek kalmayacaktır. İdari yargıda destekten yoksun kalma nedeniyle oluşan zararlardan dolayı açılacak tam yargı davalarında dava dilekçesinin 2577 sayılı Kanununun 3. ve 5. maddelerine uygun hazırlanması ve gerekli belgelerin dava dilekçesi ekinde eksiksiz sunulması çok önemlidir. Ayrıca, hizmet kusurunu kanıtlama yükü tamamıyla

la mahkemelere bırakılmamalı taraflar özellikle davacı olayla ilgili bilgi ve belgeler ite min edip mahkemeye sunmalı, iddialarını somut bilgi ve belgeyle dayandırmalıdır. Davalı idareler de hukuka saygılı bir anlayışla hareket edip, konuya ilişkin tüm bilgi ve belgeleri eksiksiz olarak ve zamanında mahkemeye sunmak suretiyle yargılamaya katkı vermelidir. İdari yargıda tam yargı davalarının miktar bakımından kesinleşme sınırına dikkat edilerek dava açılması ve gerçek zarar miktarının kesinleşme sınırının (bugün itibarıyla 6.000 TL) üzerinde olduğu uyuşmazlıklarda mümkünse kesinleşme sınırının üzerinde miktar belirtilerek dava açılması olası hak kayıplarını önleyecektir. Bedensel zararlardan doğan tam yargı davalarında esas olan idarenin hizmet kusuru esaslarına göre sorumlu tutularak tazminle yükümlü tutulmasıdır. İdarenin hizmet kusuru bulunduğu kanıtlanamadığı ve mahkemelerce de hizmet kusurunun tespit edilemediği, özellikle tıbbi müdahale sonucu önceden beklenmeyen bir zararın söz konusu olduğu durumlarda kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazminat ödenmesi mümkündür. Ancak, bedensel zararların ortaya çıkışında hizmet kusurunun söz konusu olmadığı her durumda koşulsuz olarak kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazminat ödenmesi gerçekçi değildir. İdari yargıda dava değerinin artırılması olanağının getirilmesiyle birlikte bu konuda yaşanan hak ihlalleri büyük ölçüde giderilmiştir. Ancak, dava süreci içinde ıslah hakkının ne zaman kullanılacağına ilişkin bir kural bulunmaması, bilirkişi incelemesi ve bilirkişi raporuna itiraz süreçleri her davada farklı bir seyir izleyebildiği için ıslah hakkının uygun zamanda kullanılmaması hak kayıplarına yol açmaktadır. Davacı tarafın ihmal veya hatasından kaynaklanmayan durumlarda ıslah hakkının kullanılmasında mahkemelerin esnek davranması ve ıslah hakkının özüne uygun içtihatlar üretilmesi gerekir. Destekten yoksun kalma nedeniyle idari yargı da açılan tazminat davalarında genellikle Adli Tıp Kurumunun bilirkişiliğine müracaat edilmektedir. Adli Tıp Kurumunun bilirkişi raporlarını bir yıldan uzun bir sürede göndermesi, tıbbi müdahalelerden kaynaklanan zararlara ilişkin uyuşmazlıkların tamamına yakınında olayın komplikasyon olarak değer-

lendirilmesi ve adli tıp raporlarında uyuşmazlıkla ilgili uzman hekimin genellikle bulunmaması nedenleriyle Adli Tıp Kurumu tarafından hazırlanan raporlara güven giderek azalmaktadır. Bu nedenle, Danıştay ve idare mahkemeleri üniversitelerin ilgili ana bilim dalı başkanlıklarında görevli öğretim üyelerinin bilirkişiliğine giderek daha fazla müracaat etmektedir. Bilirkişi raporlarının usule ve hesap tekniğine uygun hazırlanıp hazırlanmadığının incelenmesi ve raporun etkin bir şekilde denetimi için yargıçların bu konuda uzmanlaşması gerekmektedir. İdare mahkemelerinin iş çeşitliliği ve iş yoğunluğu mevcut haliyle tam yargı davalarında uzmanlaşmaya olanak tanımamaktadır. Bunun için de tam yargı davalarına bakan mahkemelerin bu alanda uzman mahkemeler olması, Ankara idare mahkemeleri başta olmak üzere üç büyük il'de (Ankara, İstanbul ve İzmir) bulunan idare mahkemelerinin konu bazlı olarak uzmanlaşması, ayrıca kısa vade de idare mahkemesi hakimlerinin bedensel zararlar nedeniyle uğranılan zarara ilişkin tazminat davalarında tazminat hesaplaması ve bilirkişi raporlarının denetimi konularında meslek öncesi ve hizmet içi eğitime tabi tutulması, uzmanlaşma sağlanıncaya kadar bu konudaki aksaklıkları asgariye indirecektir.

Hiç kimsenin kusura dayalı ya da kusursuz olarak bir bedensel zarara uğramaması dileğimle..

**BEDENSEL ZARARLARDAN
DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK**

*“CEZAI SORUMLULUK VE
BEDENSEL ZARARLARDAKİ ETKİSİ”*

2. Gün

7. Oturum

KIBRIS'TA MALPRAKTİS

*Kemal BOLAYIR**

Malpraktis, "Tıp hukuku" içinde "tıbbi malpraktis", bir başka deyişle "Tıbbi kötü uygulama" kavramı olarak tanımlanıyor. Dünyada ve özellikle Kıbrıs gibi küçük bir yerde kötü tıbbi uygulamalardan kaynaklanan malpraktis sansasyonel yönüyle yazılı ve görsel medyada sürekli gündemde tutulmaktadır. Buna karşın, toplum ve sağlık kamuoyu özünde ne olup bittiğinden haberdar değildir. Günümüzde, malpraktis olguları hekimlerin aldıkları cezalar ve ödenen tazminat tutarları gibi ilgi çekici sonuçlar konuşulmakta ama sağlık sistemi sorunları ve etik yön ele alınmamaktadır.

Tıbbi malpraktis iddiası ortaya atıldığı zaman doktorun sorumlu tutulması için hastada bir zarar olması ve hekim eylemiyle kişide meydana gelen zarar arasında bir illiyet (nedenellik, sebep sonuç ilişkisi) kurulması gerekir. Bir diğer ayrıntı ise, hukuki işlemlerde, tıbbi uygulamalarda hekimin cezalandırılması için her zaman bir zararın doğması aranmaz; ortada hukuka aykırı bir eylem ve kusurlu davranış olması da yeterlidir.

Malpraktis olgularının hukuki yanına yönelik uygulamaları hukukçulara bırakıp doktor bakış açısıyla malpraktisi değerlendirdiğimiz zaman değişik sonuçlara varabiliriz.

Malpraktis olgularında Tabipler Birliği'nin, tıp mesleği kurallarına göre evrensel mesleki değerleri ve deontolojiyi koru-

* Doç. Dr., Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi

mak amacı vardır. Hekimin görev ve sorumluluklarını tüzük ve yönetmenlikler doğrultusunda yapması deontolojik kural-lara uyması gerekliliktir. Aslında birbirinden farklı iki kavram-lar zinciri olan malpraktis ve deontoloji çoğunlukla karıştırıl-maktadır.

Malpraktisi yansıtan iki örnek:

- 1- Bir ameliyat sonrasında hastanın karnında unutulmuş ameli-yat aleti. Hasta ağrı çekebilir, ateşler içinde olabilir. Bu olay-da yalnız operatörün sorumlu görülmesine karşın, operatör kadar hemşire ve ameliyathane teknikeri suçludur: Ziira ameliyat sonunda aletler sayılmalıydı. Bunun için ekip ça-lışması içinde olunmalıydı.
- 2- Hastaneye apandisit patlaması ile gelen bir hastayı ameliyat etmeyip, güçlü antibiotiklerle tedavi etmeye çalışan ve ölen hastada doktor suç işlemiştir. Ama bu doktora deontolojik yönden bir ceza verilemez, çünkü hekim çalıştığı hastaha-nenin tüm çalışma kurallarına uymuş olabilir.

Her iki örnekte hekim hukuksal sorumluluktan kurtulamaz.

Malpraktis olguları ve komplikasyonlar da çoğu kez karış-tırılıyor. Bilimsel kurallara uygun tanı ve tedavi edilen hasta-larda oluşan komplikasyonlar yüzünden doktorlar sürekli ola-rak suçlu sandalyesine oturtulduğunu görüyoruz. Oysa çoğu olguda uygulanan modern tedavi yöntemlerine karşın hasta-nın zarar gördüğü varsayımı ile doktor sorumlu tutulması ve doktorun malpraktis yaptığı söylenemez. Günümüzde tüm hastalıkların ve tedaviye dayalı komplikasyonların oluşum ne-denleri net olarak bilinmiyor. Sağlık uygulamalarında ve has-talıkların oluşumlarında bilinmeyen pek çok faktörler olduğu ve hastalarda oluşan beklenmedik durumlardan zarar gördük-leri görülmelidir.

Komplikasyonlara yönelik örnekler.

- 1- Ameliyat olacak bir hastaya hiçbir cerrahi girişim yapılmadan uygulanan anestetik ilaçlara dayalı allerjik reaksiyon

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

sonucu hasta hemen şoka girebilir ve hasta ölebilir. Hastanın kurtarılmasına karşı yapılan tüm girişimler sonuç veremeyebilir.

2- Bir hastaya önceden çok kez penisilin veya analjezik ilaç uygulanabilir ve olumsuz bir sonuç ortaya çıkmayabilir. Daha sonra yapılan aynı ilaçlar olmasına karşın hasta allerjik şoka girebilir ve ölebilir.

Bu iki örnekte de hekim hukuksal sorumluluk içinde olmaz.

Kıbrıs'taki malpraktis olgularına bakmak gerekirse şunları söylemek mümkündür:

Kıbrıs'taki malpraktis olguları daha sansasyonel bir görünüm sergiliyor. Kıbrıs Rum ve Türk kesiminde malpraktisi televizyon ve medya sürekli ve acımasızca gündemde tutuyor. Bu haberler polis kaynaklı olmaktadır.

Kıbrıs'ta İngiliz döneminden kalma kanunlar çerçevesinde şikayet konusu olan tüm ölüm olgularını araştıran polistir.

1960 öncesinde Kıbrıs'ta polis olmak ayrıcalıklı bir meslekti. İyi eğitim ve çok iyi İngilizce koşuldu. İngiliz disiplini içinde polis okulu eğitimi almış kişiler polis olabilirdi. İngiliz disiplinini öğrenmiş ve polis sınavlarında başarılı olmuş genç polisler iyi maaş ve önünde parlak bir gelecek vardı. Ne yazık ki, 1974 sonrasında bir dizi sorunların temelinde yetersiz eğitim ve lisan sorununu görüyoruz. Ne yazık ki, günümüzde, polis atamalarında ortaokul veya devlet lise okullarında eğitimi almış gençlerin polis olması yeterli görülüyor.

Kuzey ve Güney Kıbrıs'ta malpraktis uygulamaları; İngiliz döneminden gelen yasalarla değerlendirilir. Kişinin ölümü veya tedavi sonucu önemli zarar görmesi söz konusu olduğu zaman, kişi veya yakınları polise sözlü ve yazılı şikayet eder.

Malpraktis olgularında olay yeri araştırmaları yapan polis, malpraktisle ilintili şikayetleri araştırır ve raporunu savcılığa iletir. Başsavcı, uygun görmesi durumunda bunu yargıya taşır.

Kıbrıs'ta malpraktis olguları alt mahkemede görülür. Raporu değerlendiren yargıç, kendisi de araştırma ve daha detaylı bilgiler toplayabilir. Raporda yer alan tüm uzmanların, tanıkların ve olayda ismi geçen kişilerin hakim önünde görüşlerinin sunma zorunluluğu olmaktadır. Bunlar yurt içinde ve yurt dışından uzman ve kişiler olabilir.

Sonuç olarak; sağlık hizmetlerinde hekim ve hastanın karşı karşıya getirildiği ve her türlü olumsuz sonucun hekime mal edildiği bir anlayış biçiminin olmaması gerekiyor. Bu davranış, malpraktis olgularının çözüme yönelik ilk adım olmalıdır. Bir başka deyişle, bilinmelidir ki, malpraktis olgularına bütüncül anlayış içinde yaklaşılmalı ve sadece hekimlerin cezalandırılmalarına yönelik girişimler tıbbi malpraktiste öncelikli hedef olmadığıdır. Bu da, malpraktis olgularının ortadan kaldırılmasında asıl amaç olduğu bilinmelidir.

Öte yanda sağlık sisteminin aksayan yanları ve sağlık çalışanlarının deontolojik kurallara uyum sağlamaları ve ülke ekonomisinde sağlığa ayrılan payın üzerinde durulması gereken kavramlar olduğu bilinmelidir.

BEDENSEL ZARARLARDA CEZA SORUMLULUĞU

*Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK**

I. GİRİŞ

Kişinin maddi varlığını koruma hakkı ve vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı Anayasa'nın 17. maddesiyle güvence altına alınmış olup¹, vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleler, bir başka ifadeyle kişinin beden sağlığına zarar verecek hareketler, yasaklanarak ceza normlarıyla koruma sağlanmıştır.

Türk Ceza Kanunu'nda, kişinin beden bütünlüğüne yönelik müdahaleleri yasaklayan ve kişinin beden sağlığını başlı başına korunan bir hukuksal değer olarak kabul ile bedensel zararları doğrudan önleyen suçlar, kasten yaralama ve taksirle yaralama suçlarıdır. Bununla birlikte, işkence, eziyet, çevre suçları, kamunun sağlığına karşı suçlar ile de kişinin beden sağlığı korunmaktadır². Beden bütünlüğüne yönelik müdahaleler sonucu oluşan zararların varlığı, bazı suçlar bakımından ise cezanın ađırlaŐtırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak ön-görölmüŐtür³.

* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı başlıklı Anayasa'nın 17. Maddesine göre; " (1)Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. (2)Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz."

² Bkz. TCK m. 90; TCK m. 94; TCK m. 96; TCK m.176; TCK m.179; TCK m.181/4, TCK m.182/2.

³ Bkz. TCK m.99/3-4; TCK m.95.

Bu makalede, mağdurda meydana gelen bedensel zararı cezalandıran kasten ve taksirle yaralama suçları ele alınacak, ceza sorumluluğunun belirlenmesinde Yargıtay'ın yaklaşımı ortaya konulacaktır.

II. YARALAMA SUÇLARI

A. Genel Olarak

Yaralama, vücuda acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulması durumudur⁴. Vücuda acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan hareketler sonucunda meydana gelen yaralama, Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenmiştir. Yaralama suçları ile herhangi bir kimse tarafından bir başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi cezalandırılmaktadır. Suçun kasten işlenen şekli TCK m.86'da, taksirle işlenen şekli ise TCK m.89'da öngörülmüştür.

Kasten yaralama suçunun düzenlendiği TCK m. 86'a göre; *“(1) Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur. (3) Kasten yaralama suçunun; a) Üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı, b) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, d) Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, e) Silahla, İşlenmesi halinde, şikâyet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında artırılır.”.*

Kasten yaralama suçunun öngörüldüğü TCK'nın 86. maddesinin birinci fıkrasında, kasten yaralama suçunun temel şekli düzenlenerek, kişinin vücuduna acı veren veya sağlığının ya

⁴ Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler,135.

da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan her türlü hareketin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, kasten yaralama fiili nedeniyle mağdurda meydana gelen yaralanmanın basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olması hali, daha az ceza verilmesini gerektiren bir hal olarak kabul edilmiş, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı tutulmuştur. Maddenin üçüncü fıkrasında ise cezanın artırılmasını gerektiren suçun nitelikli halleri öngörülmüş, soruşturma ve kovuşturmanın şikayet şartı aranmaksızın yapılacağı düzenlenmiştir.

Kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış halini düzenleyen TCK m.87' de⁵ ceza ağırlaştırılmış, suçun ihmali hareketle işlenmesi şeklinin düzenlendiği TCK m.88' de ise cezanın indirilerek verileceği öngörülmüştür⁶.

Taksirle yaralama suçunun düzenlendiği TCK m.89'a göre; *“(1) Taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Taksirle yara-*

⁵ Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama başlıklı TCK m.87'e göre; *“(1) Kasten yaralama fiili, mağdurun; a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına, b) Konuşmasında sürekli zorluğa, c) Yüzünde sabit ize, d) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına, Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren hallerde üç yıldan, üçüncü fıkraya giren hallerde beş yıldan az olamaz. (2) Kasten yaralama fiili, mağdurun; a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine, c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, d) Yüzünün sürekli değişikliğine, e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine, neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, iki kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren hallerde beş yıldan, üçüncü fıkraya giren hallerde sekiz yıldan az olamaz. (3) Kasten yaralamanın vücutta kemik kırılmasına veya çıkığına neden olması halinde, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, kırık veya çıkığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre, yarısına kadar artırılır. (4) Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hallerde sekiz yıldan oniki yıla kadar, üçüncü fıkrasına giren hallerde ise oniki yıldan onaltı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”.*

⁶ Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi başlıklı TCK m.88'e göre; *“(1) Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte ikisine kadar indirilebilir. Bu hükmün uygulanmasında kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesine ilişkin koşullar göz önünde bulundurulur.”.*

lama fiili, mağdurun; a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına, b) Vücudunda kemik kırılmasına, c) Konuşmasında sürekli zorluğa, d) Yüzünde sabit ize, e) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, f) Gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına, Neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, yarısı oranında artırılır. (3) Taksirle yaralama fiili, mağdurun; a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine, c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, d) Yüzünün sürekli değişikliğine, e) Gebe bir kadının çocuğunun düşmesine, Neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, bir kat artırılır. (4) Fiilin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması halinde, altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (5) Taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır. Ancak, birinci fıkra kapsamına giren yaralama hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikâyet aranmaz.".

Taksirle yaralama suçunun öngörüldüğü TCK'nın 89. maddesinin birinci fıkrasında, kişinin vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan her türlü hareketin cezalandırılacağı belirtilerek, suçun temel şekli düzenlenmiştir. Maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasında, cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hallere yer verilmiştir. Maddenin dördüncü fıkrasında ise özel bir içtima hükmü öngörülerek, taksirle yaralama fiilinin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması halinde cezanın daha ağır verileceği belirtilmiştir. Maddenin beşinci fıkrasında ise soruşturma ve kovuşturma usulü düzenlenmektedir.

Her iki suç, birbirinden manevi unsuru bakımından ayrılmaktadır. Yaralama suçlarında manevi unsurun tespiti, yaralamanın taksirle veya kasten işlenen şeklini ayırt etmek açısından önemli olduğu gibi, kasten öldürme suçuna teşebbüs halini belirlemek bakımından da önem arz etmektedir.

Kasten yaralama suçunun maddi unsurunu oluşturan fiil ise taksirle yaralama suçunun maddi unsurunu oluşturan fiil ise aynıdır. Kasten yaralama suçu ve taksirle yaralama suçunun cezanın artırılmasını nitelikli halleri de benzerlik göster-

mektedir (TCK m.87/1-2-3 ile TCK m.89/2-3). Ancak kasten yaralama suçunun nitelikli hali olan TCK m.86/3'deki haller - suçun belli kimselere karşı işlenmesi, kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi, kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, silahla işlenmesi halleri- ile netice sebebiyle ağırlaşmış yaralamanın düzenlendiği TCK m.87/4'deki yaralama sonucunda ölüm meydana gelmesi haline taksirle yaralama suçunda yer verilmemiştir. Taksirle yaralama fiilinin sonucunda ölümün meydana gelmesi halinde, nedensellik bağının kurulabildiği durumda, failin sorumluluğu taksirle öldürme suçundan (TCK m.85)⁷ olacaktır. Nitekim Yargıtay, geri geri manevra yaparken 80 yaşındaki mağdura çarptığı, mağdurun kaldırıldığı hastanede olaydan 7 gün sonra vefat ettiği olayda, mağdurun ölümü ile fiil arasında nedensellik bağı tespit edildikten sonra, failin taksirle öldürme suçundan sorumlu olup olmayacağını tartışılması gerektiğine karar vermiştir⁸.

Basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralama, kasten yaralama suçu bakımından cezanın hafifletilmesini gerektiren bir hal oluşturmaktadır. Ancak taksirle yaralama suçu bakımından, kanunda böyle bir düzenleme öngörülmemiştir⁹. Taksirle yaralamanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olması hali, taksirle yaralama suçunun cezasının tespitinde dikkate alınır ve cezanın alt sınırdan verilmesi söz konusu olur.

⁷ Taksirle öldürme suçunun düzenlendiği TCK m.85'e göre; "(1) Taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Fiil, birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuş ise, kişi iki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

⁸ Taksirle öldürme suçundan sanığın mahkumiyetine karar verilen olayda "mağdur ...'ın ölümü ile bahse konu kaza arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığının tespiti için tedavi gördüğü hastanedeki hasta dosyasının da dahil edilerek dosyanın İstanbul Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kuruluna gönderilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması", Y12.CD,5.2.2019, E. 2017/6315, K.2019/1370.

⁹ Taksirle yaralamanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olmasının kanunda düzenlenmemesinin yerinde olmadığı görüşü için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, 239.

B. Maddi Unsur - Fiil

Kasten yaralama ve taksirle yaralama suçunda hareket, vücuda acı veren veya sağlığın bozulmasına veya algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan hareketlerdir. Bu bakımdan yaralama suçları, seçimlik hareketli/seçimlik neticeli suç olarak düzenlenmiştir¹⁰.

Yaralama suçunun oluşması için, yapılan bu hareketlerin yaralama neticesini doğurmuş veya kasten yaralama suçu bakımından en azından yaralama neticesini doğurmaya elverişli olması gerekir¹¹. Bir başka ifadeyle yaralama neticesinin, vücuda acı verme veya sağlığı bozma ya da algılama yeteneğini bozma biçiminde ortaya çıkması gerekir¹². Yaralama suçları, serbest hareketli suçlardır¹³.

Bir kimsenin beden bütünlüğü üzerinde maddi anlamda acı duymasına neden olan her türlü hareket, vücuda acı verme kapsamında değerlendirilir¹⁴. Hareketin vücuda acı verip vermediği ve yaralama suçunu oluşturup oluşturmadığını tespit etme, objektif bir değerlendirme esas alınır¹⁵.

Sağlığın bozulması, kişinin fiziksel ve ruhsal yönden iyilik durumunu bozan her hangi bir hareketle gerçekleşebilir. Sağlığın bozulması geniş anlaşılmalı, hastalık sayılmayan hallerin de sağlığı bozucu nitelikte olduğu kabul edilmelidir¹⁶. Mevcut bir rahatsızlığı artıran, patolojik bir duruma sebebiyet veren veya bir hastalığın bulaştırılması şeklinde gerçekleşen hareket-

¹⁰ Tezcan/Erdem/Önok, 234; Yaşar/Gökcan/Artuç, 3090.

¹¹ "Failin yaptığı hareket sonucu, maddede belirtilen sonuçlardan biri meydana gelirse, kasten yaralama suçunun oluşacağına tereddüt bulunmayıp, bu sonuçları doğurmaya elverişli her türlü hareketle kasten yaralama suçunun işlenmesi mümkündür.", YCGK, 14.5.2019, E.2017/234, K.2019/418.

¹² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, 201.

¹³ Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, 135; Yaşar/Gökcan/Artuç, 2947; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, 201.

¹⁴ Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, 136;

¹⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, 203.

¹⁶ Erman/Özek, 99; Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, 137; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, 203.

ler bu kapsamdadır¹⁷. Sağlığın bozulduğundan söz edebilmek için, sağlığın bozulma süresi önemli olmadığı gibi, mağdurun sağlığında ortaya çıkan zararın mutlaka tedaviyle giderilmesi de gerekmemektedir. Tıbbi bir müdahaleye gerek kalmaksızın kendiliğinden iyileşen yara, şişlik gibi neticelere yol açan hareketler sağlığın bozulması olarak kabul edilir¹⁸.

Algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan hareket¹⁹, akıl hastalığı sayılmamakla birlikte, bir kimsenin algılama, düşünme ve iradi olarak hareket etme yeteneğinde bir bozukluk meydana getiren herhangi bir harekettir²⁰.

Kasten yaralama suçu, icrai veya ihmali bir hareketle işlenebilir. Kasten yaralamanın ihmali hareketle işlenmesi halinde verilecek ceza, üçte ikisine kadar indirilebilir (TCK m.88/1). Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi halinde, cezada indirim yapma zorunluluğu söz konusu olmamakla birlikte²¹, failin neticeyi önleme hukuksal yükümlülüğü altında olması (garantör) gerekir (TCK m.88/1.c.2).

Taksirle yaralama suçu, icrai veya ihmali bir hareketle işlenebilir²². Önemli olan hareketin iradi olmasıdır. İradi bir hareket bulunmadığı takdirde taksirden bahsedilemeyeceği gibi, öngörülemeyecek bir sonucun gerçekleşmesi halinde de failin taksirli suçtan sorumluluğuna gidilemeyecektir.

¹⁷ Önder, 105; Tezcan/Erdem/Önok, 236; Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, 137; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, 203; Koca/Üzülmez, Özel, 202.

¹⁸ Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, 137; Yıldız, 201.

¹⁹ Algılama yeteneğini bozulması, kişinin psikolojisinin, sinir sistemini olumsuz etkilenmesi olarak tanımlanarak, algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan her türlü davranışın, aynı zamanda kişinin ruhsal sağlığının bozulmasına neden olacağından hareketle yaralama suçları bakımından algılama yeteneğinin bozulması kavramına yer verilmesinin tekrar niteliğinde olduğu görüşü için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, 238; Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, 138; Keskin Kızıroğlu, 130.

²⁰ Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, 138; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, 204.

²¹ Tezcan/Erdem/Önok, 234.

²² Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, 194; Yaşar/Gökcan/Artuç, 3090; Hakeri, Genel, 267; "Taksirli suçlarda, gerek icrai, gerekse ihmali hareketin iradi olması ve meydana gelen neticenin öngörülebilen olması gerekmektedir.", YCGK, 27.6.2019, E.2018/12-545, K.2019/504.

Kasten yaralama ve taksirle yaralama, bir “zarar” suçudur²³. Yukarıda da belirtildiği üzere failin gerçekleştirdiği hareketin sonucunda mağdurun yaralanması, suç tipinde belirtilen vücuda acı verme, sağlığın veya algılama yeteneğinin bozulması sonuçlarından birinin gerçekleşmesi gerekir. Gerek kasten yaralama gerek ise taksirle yaralama suçunun oluşabilmesi için, failin iradi hareketinin sonucunda mağdurun yaralanması, bir başka deyişle failin hareketi ile yaralama sonucu arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekir²⁴. Nitekim kasten yaralama ve taksirle yaralama suçlarının tanımlarında, neticenin failin hareketinin sonucu olması gerektiği belirtilerek, nedensellik bağına vurgu yapılmaktadır²⁵.

Nedensellik bağının tespiti, çözümü uzmanlığı, özel ve teknik bilgiyi gerektiriyorsa bilirkişi görüşünden yararlanılır (CMK m.63/1). Yargıtay’ın uygulaması da bu yöndedir. Yargıtay, polikistik böbrek ve böbrek taşı öyküsü olan hastaya kontrast madde vermek suretiyle IVP olarak adlandırılan ilaçlı görüntüleme işlemi uygulamasının böbrek yetmezliğine yol açıp açmadığının, yani kontrast maddenin verilmesi şeklindeki hareket ile bu hareketin neticesi olan sağlığın bozulması kapsamında değerlendirilmesi gereken böbrek yetmezliği arasında nedensellik bağının tespiti için Adli Tıp Üst Kurulundan rapor alınmasına, raporun sonucuna göre, hekimlerin taksirle yaralama suçundan sorumluluğunun doğup doğmayacağını belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir²⁶.

²³ Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, 233; Yıldız, 199.

²⁴ Nedensellik bağının tespiti hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Zafer, 250 vd.

²⁵ Zafer, 262.

²⁶ “Sanığın kusuru olup olmadığının ve işlemlerinin tıp kurallarına uygun olup olmadığının tereddüte yer bırakmayacak şekilde tespiti amacıyla dosyanın küll halinde... Adli Tıp Üst Kuruluna gönderilerek öncelikle katılana yapılan tetkik ve tedavi ile IVP işlemi uygulamasının kullanılan kontrast maddelerinin seçiminin tıp kurallarına uygun olup olmadığı ile IVP işlemi için kullanılan kontrast maddelerin katılarda böbrek yetmezliğine yol açıp açmadığı yani eylem ile netice arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı dolayısıyla söz konusu işlemler sebebiyle sanığın kusurlu olup olmadığına ilişkin rapor tanzim edilmesi istendikten sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken yazılı şekilde eksik araştırmayla sanığın beraatine karar verilmesi”, Y12.

Taksirle işlenen suçtan kaynaklanan netice, failin hareketi olmasaydı gerçekleşmeyecek denilebiliyorsa, nedensellik bağının varlığı kabul edilir. Yargıtay, taksirli suçlarda nedensellik bağını tespitinde objektif isnadiyet teorisini kabul etmektedir²⁷. Taksirli suçlarda aranacak olan objektif isnat edilebilirlik, dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sonucunda neticeye sebebiyet verilmesidir. Failin gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmesi halinde, netice gerçekleşmeyecek ise netice faile isnat edilebilecektir.

Yaralama neticesinin gerçekleşmesinde, mağdur veya başka bir kişinin taksirli davranışının da etkili olması durumunda, diğer taksirli davranış nedensellik bağını kesmediği sürece, fail taksirli yaralama suçundan sorumlu tutulur. Ancak bu durum, Türk Ceza Kanunu'nda taksirle işlenebilen suçlarda kusurun derecelendirilmesi suretiyle herhangi bir ceza indirimi söz konusu olmaması nedeniyle, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınır²⁸.

C. Yaralamanın Niteliğinin/Bedensel Zararın Tespiti

Yaralama suçlarını oluşturan hareketlerden, vücuda acı veren ve fiziksel olarak sağlığı bozucu hareketler, yaralamaya

CD, 15.1.2019, E.2017/4983, K.2019/578.

²⁷ "Sol şeritte yaklaşık 110-120 km/saat hızla seyreden sanığın kendisini geçmek isteyen diğer sanık ...'ye yol vermek amacıyla sağ şeride geçmesi hâlinde önünde yaklaşık 30 km/saat hızla seyreden tanık ... idaresindeki kamyonu kendisinin çarpması tehlikesinin bulunması karşısında, sanık ...'ten diğer sanık ...'ye yol vermesinin beklenemeyeceği, kendisiyle yarış hâlinde olan sanık ...'nin önünde seyreden kamyonu arkadan çarpması şeklinde gerçekleşen neticenin sanık ...'in hükmedebileceği alanın dışında kaldığı, sanığın dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmiş olması durumunda diğer sanık ...'nin yaptığı kazanın kesinlikle meydana gelmeyeceğinin, olayın sanığın yasal hız sınırlarının üzerinde seyretmek suretiyle oluşturduğu risk nedeniyle meydana geldiğinin ve gerçekleşen neticenin sanığın eseri olduğunun söylenemeyeceği, dolayısıyla katılanın organlarından birinin işlevinin yitirilmesine neden olacak şekilde yaralanmasıyla sonuçlanan trafik kazasının objektif olarak sanığa isnat edilemeyeceği, buna bağlı olarak sanığın meydana gelen olayda kusurunun bulunmadığı kabul edilmelidir. YCGK, 14.3.2019, E. 2017/269, K. 2019/210.

²⁸ Bkz. YCGK, 14.3.2019, E.2017/269, K.2019/210; YCGK, 27.6.2019, E.2018/12-545, K.2019/504.

neden olmakta, kişide bedensel zarar sonucunu doğurmaktadır. Bedensel zarar sonucunu doğuran hareket, bir kişiye yönelik vurma, bıçaklama, ateş etme, arabayla çarpma, bir yerden itme, nefes almasını önleme şeklinde doğrudan bedene yönelik olarak gerçekleşebileceği gibi, bedene temas etmeksizin de gerçekleşebilir. Örneğin, yüksek gürültünün duyma işlevinde bozukluğa neden olması hali, yaralama suçu kapsamında cezalandırılabilir²⁹. Yapılan enjeksiyon sonucu enfeksiyon kapma, vücutta kemik kırılması, organ veya uzuvlardaki kayıplar, bedensel zarar kapsamındadır.

Kasten yaralama ve taksirle yaralama suçunda yaralamanın niteliği, bir başka deyişle vücuda acı veren veya sağlığı bozan hareketin mağdurun bedeninde oluşturduğu zarar, suçun ve cezanın tespiti bakımından önem taşır. Failin iradi hareketinin bedende meydana getirdiği zararın tespitinde, tıp biliminin verileri dikkate alınır³⁰. Nitekim Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından 22.9.2005 tarih ve 2005/143 sayılı “Adli Tabiplik Hizmetlerinin Yürütülmesinde Uygulacak Esaslar”a ilişkin genelge ekinde yer alan “Yeni TCK’da Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi ve Adli Rapor Tanzimi İçin Rehber”de yaralanmaların tanımlanması yapılmaktadır³¹. Uygulamada bir farklılığa yol açmamak için, yaralamanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek bir yaralama mı, yoksa cezanın artırılmasını gerektiren nitelikte bir yaralama mı olduğunu tespitte, bu rehberden ya-

²⁹ Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, 235; Yıldız, 200; Önder, 104.

³⁰ “Sanık sürücünün yönetimindeki otomobil ile meskun mahalde gece vakti, caddede seyir halindeyken olay mahalline geldiğinde orta refüj bitiminden sola manevra yaptığı esnada, arkasından aynı istikamette seyir halinde olan katılanın idaresindeki motosikletle çarpışması şeklinde meydana gelen olayda; katılanın 27.05.2014 tarihli özel hastaneden alınan raporuna göre yüzünde sabit iz olduğu, mental sinir hasarına bağlı alt dudak ve çene bölgesinde kalıcı his kaybı mevcut olduğu ve hayat fonksiyonlarını orta (3) derecede etkileyecek nitelikte kırık olduğu, sanık müdafinin, katılanın yüzünde sabit iz oluşmadığına yönelik beyanları dikkate alındığında katılana ait tüm tedavi evrakları ile doktor raporlarının Adli Tıp Kurumuna gönderilerek kati raporunun temini sonrasında, sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması”, Y12.CD, 3.4.2019, E.2017/8450, K.2019/4500.

³¹ Bkz. <http://www.ttb.org.tr/mevzuat/> (10.10.2019).

rarlanılmakta, bu rehber dikkate alınarak yaralanmalara ilişkin düzenlenen rapor uyarınca failin ceza sorumluluğu tespit edilmektedir³². Örneğin, yaralamanın yüzde sabit ize neden olup olmadığı hususunun değerlendirilmesinde, iyileşme sürecinin tamamlanmış olması gerektiğinden, adli tıp uygulamalarında bu konudaki değerlendirme yaralanmadan en az altı ay sonra yapılmaktadır. Nitekim Yargıtay da yaralamanın yüzde sabit bir ize neden olup olmadığı hususunun, olaydan en az altı ay sonra Adli tıp Kurumundan rapor aldırılarak tespit edilmesi gerektiğine dikkat çekerek, failin hukuki durumunun buna göre belirlenmesi gerektiğini kabul etmektedir³³.

Yaralamanın, vücutta kemik kırılmasına neden olması şeklinde gerçekleşmesi halinde, bedensel zararın ağırlığı dikkate alınarak, faile verilecek ceza daha ağır şekilde öngörülmüştür (TCK m.87/3, TCK m.89/2). Adli tıp kriterleri açısından kemik kırıklarının hayat fonksiyonlarına etkisi derecelendirilerek sınıflandırılmakta olup -adli tıp uygulamasında kemik kırıkları hayat fonksiyonlarına etkisi bakımından hafif (1), orta (2-3) ve ağır (4-5-6) olarak sınıflandırılmaktadır- kemik kırıklarının tıbbi bir raporla tespit edilmesi gerekmektedir. TCK m.87/3 uyarınca failin ceza sorumluluğu belirlenirken, bu hususa ilişkin rapor dikkate alınır³⁴.

³² Y1.CD, 27.5.2019, E.2019/1301, K.2019/2988.

³³ “Adli Tıp kriterlerine göre yaralanmanın yüzde sabit ize neden olup olmadığına olaydan en az altı ay sonra değerlendirilmesinin gerektiği, katılanın olayın üzerinden en az altı ay geçtikten sonra mevcut raporları ile birlikte Adli Tıp Kurumuna sevk edilerek yüz bölgesinde tespit edilen yaralanmaların yüzde sabit ize neden olup olmadığı hususunda rapor aldırılması gerektiği gözetilmeden, olayın üzerinden belirtilen süre geçmeden düzenlenen 30.12.2014 tarihli rapor hükme esas alınmak suretiyle eksik inceleme ve yetersiz rapor ile hüküm kurulması”, Y3.CD, 6.5.2019, E.2019/1261, K.2019/9522; “Katılan Mahmut hakkında düzenlenen İstanbul Adli Tıp Şube Müdürlüğünün 09.10.2014 tarihli adli raporunda, kulak burun boğaz uzmanı notunda nazal piramidin sola deviye olduğunun bildirilmesi karşısında, katılına ait tüm tıbbi evrakın ve raporların temini ile birlikte katılanın Adli Tıp Kurumuna sevki sağlanarak 5327 Sayılı TCK'nin 86. ve 87. maddelerinde belirtilen ölçütlere uygun olarak mevcut yaralanmanın yüzde sabit iz niteliğinde olup olmadığı hususunda rapor aldırılıp, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması”, Y3.CD,11.4.2019, E.2019/1972, K.2019/8000.

³⁴ “Adli tıp kriterleri açısından kemik kırıklarının hayat fonksiyonlarına et-

Failin ceza sorumluluğunu tespit bakımından, yaralama neticesinde mağdurun bedeninde meydana gelen zararın kesin şekilde belirlenmesi gerekir. Mağdurun maruz kaldığı bedensel zarar bakımından farklı raporlar söz konusuysa, mağdur hakkında yeniden rapor alınarak sonucuna göre karar verilmelidir. Bir başka deyişle somut olayda mevcut raporlar arasında çelişki söz konusuysa, bu çelişki giderildikten sonra failin hukuki durumu tespit edilmelidir. Bu husus, Yargıtay tarafından denetlenmekte olup, raporlar arasındaki çelişkinin giderilmemesi eksik inceleme olarak kabul edilmektedir³⁵. Nitekim Yargıtay, mağdurun tüm tıbbi evrakları, raporları, film ve grafileri temin edilerek ve mağdurun bizzat muayenesi sağlanarak, yaralanmanın yüzde sabit ize ve yaşamsal tehlikeye neden olup olmadığı³⁶, mağdurun yaralanmasının duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına ya da yitirilmesine neden olup olmadığı³⁷ hususlarında, durak-

kisinin hafif (1) ila ağır (6) derece şeklinde sınıflandırılması ve 5237 Sayılı TCK'nin 87/3. maddesinde kemik kırığının hayat fonksiyonlarına etkisine göre cezanın en fazla (1/2) oranında artırılmasının öngörülmüş olması karşısında, katılan Mahmut hakkında düzenlenen İstanbul Adli Tıp Şube Müdürlüğü'nün 09.10.2014 tarihli adli raporunda, vücudundaki kemik kırığının hayat fonksiyonlarına etkisinin orta (2.) derece olduğunun belirtilmesine rağmen, TCK'nin 3. maddesine göre orantılılık ilkesine aykırı olarak sanıkların cezasında (1/3) oranında artırım yapılması suretiyle fazla ceza tayini", Y3.CD,11.4.2019, E.2019/1972, K.2019/8000.

³⁵ YCGK, 3.7.2018, E.2017/12-267, K.2018/320.

³⁶ "Mağdurun yaralanmasına ilişkin Adli Tıp Kurumu Gaziosmanpaşa Şube Müdürlüğü'nün 19.08.2009 tarih, 2009/4699 numaralı raporunda "Kafatasının sol tarafında, sol alna doğru 10 cm derin kesi ve ayrı aks boyunca sol göz yanında, göz altında sol dudak bölgesine kadar 15 cm'lik derin kesi olduğu, sol frontalde çökme fraktürü, epidural hematoma olduğunun" bildirildiği, Adli Tıp Kriterlerine göre, çökme kırığı ve epidural hematoma yaşamsal tehlikeye neden olduğunun bilinmesine karşın, söz konusu raporda kişinin yaşamını tehlikeye sokan bir durum olmadığı belirtilmediği, ayrıca dosyada mağdurun yüz sınırları içerisinde meydana gelen yaralanmasına ilişkin sabit izi yönünden rapor almadığı ve hükme esas alınan yüzde sabit iz raporunun sanık...e ait olduğunun anlaşılması karşısında, mağdurun tüm tıbbi evrak, varsa grafileri temin edilerek ve mağdurun bizzat muayenesi sağlanarak, yaralanmanın yüzde sabit ize ve yaşamsal tehlikeye neden olup olmadığı hususunda tereddüte yer bırakmayacak şekilde Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairelerinden kati rapor alırdıldıktan sonra, sanığın hukuki durumunun tespit edilmesi gerektiğinin gözetilmemesi", Y3.CD, 13.5.2019, E.2019/2588, K.2019/10162.

³⁷ "Katılanın tüm tedavi evrakları, raporları, film ve grafileri ile birlikte Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kuruluna sevk edilerek yaralanmasının duyuru-

samaya yer vermeyecek şekilde Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesinden kesin rapor alınmasından sonra, sanığın hukuki durumunun tespit edilmesi gerektiğine karar vermektedir.

D. Manevi Unsur

1. Kasten Yaralama Suçu

Kasten yaralama suçunun manevi unsuru kast olup, failin bilerek ve isteyerek mağdurun vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olması gerekir. Suç, olası kast ile de işlenebilir³⁸. Failin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast söz konusu olur ve bu durumda ceza indirilerek verilir (TCK m.21/2).

larından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına ya da yitirilmesine neden olup olmadığı hususunda duraksamaya yer vermeyecek ve 5237 Sayılı TCK'nin 86. ve 87. maddelerindeki tüm unsurları kapsayacak şekilde kesin raporu aldırılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden yetersiz nitelikteki rapor hükme esas alınarak yazılı şekilde hüküm kurulması", Y3.CD, 30.4.2019, E.2018/12521, K.2019/9127.

³⁸ "Olay tarihinde dokuz yaşını ikmal etmiş olan katılan çocuk ...'in olay günü ailesi ile birlikte evlerinde kahvaltı yaptıktan sonra, sofraya oturmak için evlerini önüne çıkan annesinin yanına gittiği, bu sırada sanık ...'in aralarında husumet bulunan şahıslarla yaşanan tartışma sırasında av tüfeği ile havaya doğru ateş etmeye başladığı, silah seslerini duyan katılan ...'in babası.....'in evden çıkarak sanığı, etrafta çocukların bulunduğunu belirterek ateş etmemesi hususunda uyardığı, sanığın bu uyarıya rağmen iki el daha havaya ateş ettiği,.....'in ikazını tekrarlaması üzerine sanığın bu kez tüfeğini 3-4 metre ilerisinde bulunan.....'e doğrultarak bir el ateş ettiği, atıştan sakınmak için yana dönen.....'in isabet almadığı ancak arkasında bulunan kızı katılan ...'in göğsüne, karnına ve koluna yaklaşık 200 saçma tanesinin isabet ettiği, ince bağırsağının saçma taneleri ile delinmesi sonucu katılanın yaşamsal tehlike geçirdiği olayda; yoğun yerleşimin bulunduğu mahalle arasında av tüfeği ile rastgele ateş eden sanığın, katılanın babası ...'in "Etrafta çocukların bulunduğu, bu şekilde ateş etmemesi" şeklindeki uyarısına karşın iki el daha havaya ateş ettikten sonra hedeflediği..... dışında, etrafta bulunan kişilerin de yaralanabileceğini veya ölebileceğini öngörmesine rağmen, öngördüğü neticeyi göze alıp kabullenerek elindeki atışa elverişli tüfekle ve tüfeğin etki alanı içerisinde olacak şekilde 4-5 metre mesafeden.....'i öldürmek kastıyla bir el ateş etmesi sonrasında, sakınması nedeniyle isabet almaktan kurtulan.....'in arkasında bulunan ve atış mesafesi ile kullanılan silahın niteliği göz önüne alındığında,.....'i öldürmek kastıyla av tüfeğiyle bir el ateş eden sanığın, açılan ateş sonucu dağılacak saçma taneleri ile yaralanması hayat tecrübelerine göre mutlak olmayan ancak beklenebilecek bir sonuç olan katılan çocuk ...'i yaralamaktan ibaret eyleminin olası kastla yaralama suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.", YÇGK, 5.2.2019, E.2018/310, K.2019/62.

Kast ve olası kast arasındaki fark, hareketin neticesinin fail tarafından bilinmesi ve istenmesine ilişkindir. Öğreti³⁹ ve Yargıtay⁴⁰ tarafından benimsendiği üzere, doğrudan kastta fail öngördüğü neticeyi bilmekte ve istemekte iken, olası kastta fail öngörülen muhtemel neticenin meydana gelmesine kayıtsız kalmakta, bu neticenin meydana gelmesi fail tarafından kabul edilmekte, neticenin gerçekleşebileceğini “olursa olsun” düşüncesi ile göze almakta; neticenin gerçekleşmemesi için herhangi bir çaba göstermemektedir. Özetle, gerçekleşmesi muhakkak görünen neticenin failce bilinmesi ve istenmesi halinde doğrudan kast, öngörülen muhtemel neticenin meydana gelmesine kayıtsız kalınması durumunda ise olası kast söz konusu olacaktır.

Suçun kanuni tanımındaki unsurlarının bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olarak TCK m.21/1’de tanımlanan kast, failin iç dünyasına ilişkin olup, dış dünyaya yansıyan davranışlarına bakılarak belirlenir. Kastın varlığını belirlemede, failin olay esnasındaki davranışları kadar, olay öncesi ve sonrasındaki davranışları da önem arz eder⁴¹.

³⁹ Bkz. **Hakeri**, Genel, 242 vd.; **Zafer**, Genel, 294 vd.

⁴⁰ “Olası kast ile doğrudan kast arasındaki farkı ortaya koyan en belirgin unsur, doğrudan kasttaki bilme unsurudur. Fail hareketinin kanuni tipi gerçekleştireceğini biliyorsa doğrudan kasıtlı hareket ettiği kabulü gerekmektedir. Yine failin hareketiyle hedeflediği doğrudan neticelerle birlikte, hareketin zorunlu veya kaçınılmaz olarak ortaya çıkan sonuçları da, açıkça istenmese dahi doğrudan kastın kapsamı içinde değerlendirilmelidir. Belli bir sonucun gerçekleşmesine yönelik hareketin, günlük hayat tecrübelerine göre diğer bir kısım neticeleri de doğurması muhakkak ise, failin bu sonuçlar açısından da doğrudan kastla hareket ettiği kabul edilmelidir. Olası kastı doğrudan kasttan ayıran diğer ölçüt; suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşmesinin muhakkak olmayıp muhtemel olmasıdır.”, YCGK, 27.6.2019, E.2018/12-545, K.2019/504.

⁴¹ “Sanık ... ile katılan ...’nın evlenmelerinden kısa bir süre sonra aralarında yaşanan sorunlar nedeniyle sanık ...’nin evi terk ettiği, sanığın başka bir kadınla ilişkisi olduğundan şüphelenen katılanın, kendisi adına kayıtlı olan ancak sanığın kullandığı cep telefonu kayıtlarını incelediğinde sanığın yoğun bir şekilde görüşme yaptığı iş yeri arkadaşı’ı fark ettiği, bunun üzerine sanığı takibe başlayan katılanın, sanığı’ı evine bırakırken gördüğü, 04.09.2013 tarihinde gece saat 02.00 sıralarında eniştesi tanık İsa ile birlikte arabayla İzmir ilinden dönen katılanın,’ın kaldığı evin önünde sanığa ait aracı park halinde gördüğü, bunun üzerine eniştesi tanık İsa ile birlikte’ın evinin ziline bastıkları, bir süre sonra kapıyı açan olmayınca katılanın bağırarak polisi arayacağını söylediği, yaklaşık 2-3 dakika sonra sanığın evden dışarı çıkarak katılanın yanın-

Kastın, yaralamaya veya öldürmeye yönelik olması failin ceza sorumluluğunu belirlemek açısından önemlidir⁴². Zira kasten yaralama suçu ile kasten öldürme suçuna teşebbüs arasındaki ayırıcı ölçüt, manevi unsurun farklılığına dayanmaktadır. Yargıtay, istikrar bulunan ve süregelen kararlarında bir eylemin kasten öldürmeye teşebbüs mü, yoksa kasten yaralama suçunun mu oluştuğunun belirlenmesinde; *“fail ile mağdur arasında husumet bulunup bulunmadığı, varsa husumetin nedeni ve derecesi, failin suçta kullandığı saldırı aletinin niteliği, darbe sayısı ve şiddeti, mağdurun vücudunda meydana getirilen yaraların yerleri, nitelik ve nicelikleri, hedef seçme imkânı olup olmadığı, failin fiiline kendiliğinden mi, yoksa engel bir nedenden dolayı mı son verdiği gibi ölçütleri”* esas almakta, kastın belirlenmesi açısından her bir olayda kullanılması gereken ölçütler farklılık gösterebileceğinden, tüm bu olguların somut olay dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğine dikkat çekmektedir⁴³. Nitekim somut olaya göre bu ölçütler dikkate alınarak, failin kastının öldürmeye⁴⁴

dan geçip uzaklaştığı, bu sırada sanık tarafından iteklendiğini iddia eden katılanın, adli muayene raporuna göre sağ humerus orta iç yanda 1x1 cm ebadında travmatik ekimoz oluşacak şekilde ve basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde yaralandığı olayda; katılanın sanık tarafından iteklenmek suretiyle yaralandığına dair aşamalardaki istikrarlı beyanları, katılanın bu anlatımlarını doğrulayan ve özünde bir değişiklik bulunmayan tanık İsa'nın aşamalardaki ifadeleri ile katılan ve tanığın beyanlarına uygunluk gösteren doktor raporu karşısında, sanık ...'nın katılanı yaralamadığına ilişkin cezadan kurtulmaya yönelik soyut savunmasına itibar edilemeyeceği ve sanığa atılı kasten yaralama suçunun sabit olduğu anlaşıldığından, sanığın beraatine karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır.”, YCGK, 21.5.2019, E. 2017/376, K. 2019/446.

⁴² “Olay kapsamında iştirak halinde hareket ederek katılan ...'i hayati tehlike geçirmesine neden olacak şekilde, katılan ...'ı basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralayan sanıkların üzerlerinde tabanca, bıçak ve sopa gibi son derece vahim yaralanmalara yol açabilecek silahlarını kullanmaksızın yalnızca yumruk atmak suretiyle katılan ...'ı yaralamaları nazara alındığında kasten yaralama suçundan hüküm kurulması yerine yazılı şekilde suçun nitelendirilmesinde yanlışlığa düşülerek nitelikli kasten öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi”, Y1.CD, 8.5.2019, E.2018/318, K.2019/2643.

⁴³ YCGK, 25.6.2019, E.2019/59, K.2019/493; YCGK,22.1.2019, E. 2016/135, K. 2019/32; YCGK, 24.2.2015, E.2014/270, K.2015/12.

⁴⁴ “Sanık ile katılanlar arasında öldürmeyi gerektirecek ölçüde önceye dayalı bir husumet bulunmamakla birlikte, katılanların kendisini öldürmek isteyen hasımları olabileceğini düşünen sanığın bu endişeyle hareket ederek silahıyla birlikte katılan ...'ın yanına gidip tartışması, sanığın suçta kullandığı silahın elverişliliği, sanığın beyanları ve olay yerinden elde edilen kovan sayısına göre belirlenen çok sayıdaki atış sayısı, sanığın kaç-

veya yaralamaya⁴⁵ yönelik olduğu belirlenmektedir.

Kasten yaralama suçunun cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hali bakımından (TCK m.86/3), failin kastının meydana gelen ağır neticeleri de kapsamı gerekir. Aksi halde fail, ağır neticelerden sorumlu tutulamaz.

Kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin (TCK m.87) söz konusu olduğu durumlarda, failin yaralama fiili nedeniyle oluşan ağır neticelerden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticeler bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir (TCK m.23)⁴⁶. Burada dikkat edilmesi gereken

makta olan katılanların arkalarından mermisi bitinceye kadar ateş etmeyi sürdürerek eylemine ısrarla devam etmesi, katılan ...'ın hayati öneme sahip yerlerden yaralanmadığı sabit ise de sanığın kendisine doğrulttuğu silahı tutan katılanın, sanığın ateş etmesine engel olmak istediği sırada yaralanması hususları birlikte değerlendirildiğinde sanığın kastının öldürmeye yönelik olduğunun kabulü gerekmektedir.", YÇGK, 25.6.2019, E.2019/59, K.2019/493; "Aralarında husumet bulunan karşılıklı iki grup arasında yaşanan ve en az yedi adet tabancanın kullanıldığı silahlı çatışma ortamında, maktulün sırt bölgesinden almış olduğu isabete bağlı olarak öldüğü, maktulün arkadaşı olan mağdurun ise sol uyluk bölgesinden almış olduğu isabete bağlı olarak basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek şekilde yaralandığı olayda; sanıkların bulunduğu grup ile asıl husumetli olan kişinin mağdur olduğu, bu nedenle yaşanan olayda maktule yönelik kasten öldürme kastı ile hareket ettiği iddia edilen sanık ...'nin mağdura yönelik gerçekleştirdiği iddia edilen eyleminde suç kastını bölmeyi gerektirir hukuki ve fiili bir durum bulunmadığı anlaşılmakla, yazılı şekilde kasten yaralama suçundan hüküm kurulması suretiyle suçun nitelendirilmesinde yanılığa düşülmesi", Y1.CD,15.4.2019, E.2017/2601, K.2019/2245.

⁴⁵ "Şikâyetçiyle arkadaş olan ve aralarından husumet bulunmayan sanığın, ani gelişen hareketli kavga ortamında şikâyetçinin karın bölgesini bileerek ve isteyerek hedeflediğine ilişkin kesin bir belirlemenin yapılamayışı, şikâyetçide yaşamsal tehlikeye neden olacak şekilde sadece bir adet yaranın bulunması, sanığın engel neden bulunmamasına karşın şikâyetçiye yönelik eylemlerini devam ettirmemesi ve eylemine kendiliğinden son vererek olay yerinden uzaklaşması hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığın kastının yaralamaya yönelik olduğunun kabulü gerekmektedir.", YÇGK, 22.1.2019, E.2016/135, K.2019/32.

⁴⁶ TCK m.23'e göre; "Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.". ; Netice sebebiyle ağırlaşmış suçta, istenmeyen neticenin veya doğrudan doğruya istenmeyip ancak kabul iradesi bulunan olası neticenin gerçekleşmesi söz konusu olduğundan, netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunun doğrudan kastla işlenebilir şeklinin kanunda yer almamasının bir eksiklik olduğu konusundaki görüş için bkz. Keskin Kiziroğlu, 136.

husus, netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama hükümlerinin uygulanabilmesi için, kasten yaralama fiilinin suçun temel şekli olan TCK m.86/1 kapsamındaki yaralama olmasıdır. Zira TCK m.87’de, TCK’nun 86. maddelerinin birinci ve üçüncü fıkraları uyarınca belirlenecek cezada artırım yapılması ve cezanın alt sınırı öngörülmüştür.

Basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olan kasten yaralama fiilinin sonucunda, TCK m.87’de sayılan ağır neticelerin meydana gelmesi halinde, fail, TCK m. 87’den sorumlu tutulamayacaktır. TCK m.87 hükmü dikkate alındığında, yaralamanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek derecede hafif olması halinde, TCK’nun 87. maddesinde belirtilen, kemik kırılması, yüzde sabit iz, duylardan veya organlardan birinin işlevinin yitirilmesi veya sürekli zayıflaması şeklindeki sonuçlara yol açmayacağı kabul edildiği anlaşılmaktadır. Basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olan kasten yaralama fiillerinden dolayı TCK m.87’de sayılan ağır neticelerin meydana gelmesi halinde, faile taksir derecesinde bir kusur yüklenebiliyorsa, fail taksirle yaralama suçundan sorumlu olacaktır. Yargıtay’ın bu yönde kararının yanında, fikri içtima hükmünü uygulamak suretiyle failin en ağır cezadan sorumlu tutulması gerektiğine ilişkin kararı da mevcuttur.

Yargıtay, basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek bir yaralama sonucunda gerçekleşen mağdurun kalp krizi sonucu yaşamının tehlikeye girdiği olayda, failin gerçekleşen bu neticeye yönelik kasten hareket ettiğinden söz etmenin mümkün bulunmadığını tespitle, failin, mağdurun 80 yaşında olması gözetildiğinde kalp krizi geçirebileceğinin objektif olarak öngörebildiği halde, dikkat ve özen yükümlülüğüne uymayarak kasten vurması sonucu mağdurun yaşamının tehlikeye girmesinde en azından taksirle hareket ettiğini kabul etmiş, mağdurdaki kalp rahatsızlığının sanık tarafından önceden bilinip bilinmediği hususunun araştırılarak, kalp rahatsızlığının failce bilinmemesi halinde taksirle yaralama suçundan TCK’nun 89/1-2. maddesi gereğince, bilmesi halinde ise bilinçli taksirle yaralamadan

TCK'nin 89/1 sorumlu tutulması gerektiğine karar vermiştir⁴⁷.

Bununla birlikte YCGK, failin paspas sopasıyla vurma şeklindeki hareketinin sonucunda mağdurun vücudunda herhangi bir travmatik lezyon bulunmama ile birlikte meydana gelen kavgadan kaynaklı efor ve stresin mağdurun kendisinde bulunan kalp damar hastalığını aktive ederek kalp krizi geçirmesine neden olduğu, meydana gelen olay ile kalp krizi arasında illiyet bağı bulunduğu ve katılanın yaşamını tehlikeye sokan bir duruma neden olacak şekilde yaralandığı olayda; failin basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde mağduru yaralama şeklinde tek olan fiilin, hem TCK m.86/2, m.86/3-e'de düzenlenen yaralama suçunu hem de TCK m. 89/2-e'de düzenlenen taksirle nitelikli yaralama suçlarını oluşturması karşısında TCK'nın 44. maddesindeki farklı neviden fikri içtima hükmünü dikkate alarak en ağır cezayı gerektiren suç sebebiyle cezalandırılması gerektiğine karar vermiştir⁴⁸.

⁴⁷ "Olay günü sanığın kasten darp ettiği katılanı, TCK'nin 86/2. maddesi kapsamında yaralaması sonucunda gerçekleşen ağır ve başka netice (myokard infarktüsü / kalp krizi sonucu yaşamın tehlikeye girmesi) bakımından kasten hareket ettiğinden söz etmenin mümkün bulunmadığı, ancak müştekinin yaşı da gözetildiğinde kalp krizi geçirebileceğinin objektif olarak öngörebildiği halde, sanığın dikkat ve özen yükümlülüğüne uymayarak kasten vurması sonucu, buna bağlı ve buna özgü olarak beklenen tehlikenin değil ve fakat daha farklı, daha ağır ve daha başka bir sonuç doğuran olayla ilgili en azından taksirle hareket ettiği kabul edilerek, katılandaki kalp rahatsızlığının sanık tarafından önceden bilinip bilinmediği araştırılmak, bilmediği takdirde sanığın taksirle yaralama suçundan TCK'nin 89/1-2. maddesi gereğince, bilmesi halinde ise bilinçli taksirle yaralamadan TCK'nin 89/1-2, 22/3. maddeleri gereğince cezalandırılması gerekirken, sanığın olası kastla hareket ettiğinin kabulüyle yazılı şekilde hüküm kurulması, Y3.CD, 4.4.2019, E.2019/79, K.2019/7315; Bu kararın muhalefet şerhinde "Aralarında alacak verecek meselesi nedeniyle husumet bulunan sanık ... ile müşteki ...'ın karşılaştıklarında tartışmaları, sanığın ittirmediği sonucu şikayetçinin yere düşerek BTM ile giderilebilecek şekilde yaralandığı, ancak bu durumun şikayetçinin kalp krizi geçirmesinde etken olduğu tespit edilen olayda; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 14.03.2019 gün ve 2018/3-95 Esas, 2019/207 Karar sayılı kararında da belirtildiği gibi, sanığın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde katılanı yaralama şeklinde tek olan fiilin hem TCK'nin 86/2. maddesinde düzenlenen yaralama suçunu hem de aynı Kanun'un 89. maddesinin ikinci fıkrasının (e) bendinde düzenlenen taksirle nitelikli yaralama suçlarını oluşturması karşısında TCK'nin 44. maddesindeki farklı neviden fikri içtima hükmü de gözetilerek en ağır cezayı gerektiren maddelerinden cezalandırılması" gerektiği belirtilmiştir. Y3.CD, 4.4.2019, E.2019/79, K.2019/7315.

⁴⁸ "Bu cihetle, sanığın paspas sopası ile katılana vurma şeklinde tek fiil ile

Basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek kasten yaralama sonucu ölümün meydana gelmesi hususunun da burada ele alınması gerekmektedir. Kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olan TCK m.87(4)'e göre; *“Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hallerde sekiz yıldan oniki yıla kadar, üçüncü fıkrasına giren hallerde ise oniki yıldan onaltı yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.”* TCK m.87/4'ün açık hükmü karşısında, ölüme neden olan yaralamanın suçun temel şeklinin düzenlendiği TCK'nın 86. maddesinin birinci ve üçüncü fıkra kapsamında bir yaralama olması gerekir. Basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek bir yaralama sonucunda ölümün meydana gelmesi halinde, failin sorumluluğunun tespitine ilişkin kanunda açık bir hükme yer verilmemiştir. Ancak TCK m.87'deki hükmün

işlediği eyleminin; a)TCK'nın 86. maddesinin ikinci fıkrası ile üçüncü fıkrasının (c) ve (e) bentleri kapsamındaki kasten yaralama suçunu, b) Paspas sopasıyla darbetme şeklindeki bir fiilin kalp krizi doğurmaya elverişli bir hareket olması, yaralama fiilinin taksirle de işlenebilen bir suç olması, sanığın olay tarihinde tartıştığı katılanı darbetmesi şeklindeki hareketinin iradi bir hareket olması, kalp krizi sonucu yaşamsal tehlikeye neden olacak nitelikteki yaralama neticesini istediğine dair bir tespitin yapılamaması ve hareketiyle katılanın kalp krizi geçirmesi sonucu arasında nedensellik bağının bulunması hususları ile Fen Fakültesi Biyoloji Bölümü öğrencisi olan ve olay tarihi itibarıyla 23 yaşındaki sanığın yaşam tecrübesi ve eğitim düzeyi gözetilip ortak tecrübeler de dikkate alındığında, 39 yaşındaki bir kişinin paspas sopası ile darbedilmesi neticesinde kalp krizi sonucunun meydana gelebileceğinin öngörülebilir olduğu, sanığın ise öngörülebilir neticeyi öngörememesi nedeniyle eyleminin TCK'nın 89. maddesinin ikinci fıkrasının (e) bendi kapsamındaki taksirle bir kişinin yaşamsal tehlike geçirecek şekilde yaralanmasına neden olma suçunu oluşturduğu, Bu durumda, sanığın paspas sopası ile katılanı yaralama şeklindeki tek olan fiilinin hem TCK'nın 86/2, 86/3-c-e maddelerinde düzenlenen ve 6 aydan 1 yıl 6 aya kadar hapis veya adli para cezası gerektiren kamu görevlisini silahla basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte yaralama suçunu hem de aynı Kanun'un 89. maddesinin ikinci fıkrasının (e) bendinde düzenlenen ve 4 ay 15 günden 1 yıl 6 aya kadar hapis veya adli para cezası gerektiren taksirle nitelikli yaralama suçlarını oluşturması ve kişiyi yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle silahla basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde kasten yaralama suçu için öngörülen cezanın, sonucu bakımından ağır olan taksirle nitelikli yaralama suçu için öngörülen cezadan daha fazla olması karşısında; TCK'nın 44. maddesindeki farklı neviden fikri içtima hükmü de gözetilerek en ağır cezayı gerektiren TCK'nın 86/2, 86/3-c-e maddeleri kapsamındaki kasten yaralama suçundan TCK'nın 86/2 maddesi uyarınca belirlenecek olan temel cezanın, aynı Kanunun 86. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) ve (e) bentleri uyarınca yarı oranında artırılarak sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulması gerektiği kabul edilmelidir.”, YCGK,14.3.2019, E.2018/95, K. 2019/207.

netice sebebiyle ağırlaşmış yaralamayı düzenlemesi sebebiyle, netice sebebiyle ağırlaşmış suçu düzenleyen genel hüküm niteliğindeki TCK m.23 hükmü uyarınca failin sorumluluğu tespit edilecektir. Basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek bir yaralama sebebiyle ölümün meydana gelmesi halinde, failin taksir derecesinde bir kusuru var ise, failin taksirle öldürme suçundan sorumluluğu söz konusu olacaktır⁴⁹. Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir. Yargıtay, sanığın, ölenin ensesine yumruk vurması şeklinde gerçekleşen darp olayında, ölenin otopsi sonucu alınan patoloji raporunda belirtilen beynindeki meningom tümörünü etkileyip beyin kanamasına neden olup olmadığı hakkında görüş bildirilmediğini tespitle, dosyanın Adli Tıp Kurumuna gönderilerek kasten yaralama kapsamında rapor alınması, eğer yaralama kasten yaralamanın temel şeklini (TCK m.86/1) oluşturuyor ise TCK m.87/4 uyarınca kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçundan, yaralama basit tıbbi müdahale TCK m.86/2 maddesi kapsamında kaldığı takdirde ise, sanığın ölenin beynindeki tümörü önceden bilip bilmediği hususunun araştırılması gerektiğine, biliyor ise yasanın 85 maddesi uyarınca bilinçli taksirle öldürme suçundan (TCK m.22/3, m.85/2), bilmiyor ise taksirle öldürme suçundan cezalandırılması gerektiğine karar vermiştir⁵⁰.

⁴⁹ Keskin Kızıroğlu, 182.

⁵⁰ "Ölen ...'ın ölüm olayı dışındaki ensesine aldığı darp nedeniyle meydana gelen yaralanma ile ilgili olarak 5237 sayılı TCK nun 86. maddesi kapsamında rapor alınarak sonucuna göre; A) Yaralanma 5237 sayılı TCK'nun 86/1. maddesi kapsamında kaldığı takdirde, 5237 Sayılı TCK'nun 23. maddesi yollamasıyla 87/4. maddesi uyarınca kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçundan, B) Yaralanma 5237 sayılı TCK'nun 86/2. maddesi kapsamında kaldığı takdirde ise, sanığın, ölenin beynindeki tümörü önceden bilip bilmediği hususu araştırılarak sonucuna göre;1) Bildiği tespit edildiği takdirde 5237 sayılı TCK'nun 22/3 ve 86/2 maddeleri yollamasıyla aynı yasanın 85 maddesi uyarınca bilinçli taksirle öldürme suçundan, 2) Bilmediği tespit edildiği takdirde ise 5237 sayılı TCK'nun 22/2 ve 86/2 maddeleri yollamasıyla aynı yasanın 85. maddesi uyarınca taksirle öldürme suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi yerine, esik soruşturma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması", Y12.CD, 6.3.2019, E.2016/3085, K. 2019/3061.

2. Taksirle Yaralama Suçu

Suçun manevi unsurunu, taksir oluşturmaktadır. Bu suçun oluşabilmesi için, failin taksirli hareket etmiş olması gerekir. TCK m.22/2'e göre; *"Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir."* Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde ise bilinçli taksir söz konusu olup, ceza artırılarak verilir (TCK m.22/3)⁵¹.

YCGK, bir kararında taksir ile bilinçli taksir arasındaki farkı şöyle ifade etmektedir: *"Basit taksir ile bilinçli taksir arasındaki ayırt edici ölçüt; taksirde failin öngörülebilir nitelikteki neticeyi öngörmemesi, bilinçli taksir halinde ise bu neticeyi öngörmüş olmasıdır. Bilinçli taksirde gerçekleşen sonuç, fail tarafından öngörüldüğü halde istenmemiştir. Gerçekten neticeyi öngördüğü halde, sırf şansına veya başka etkenlere, hatta kendi beceri veya bilgisine güvenerek hareket eden kimsenin tehlikelilik hâli, bunu öngörememiş olan kimsenin tehlikelilik hâli ile bir tutulamayacaktır. Neticeyi öngören kimse, ne olursa olsun bu sonucu meydana getirecek harekette bulunmamakla yükümlüdür."*⁵².

⁵¹ " Sanık ...'nin diğer sanık ... ile meskûn mahalde yasal hız limitinin iki katından fazla bir hızla birbirleriyle yarış hâlinde oldukları bir sırada önlerinde yasal hız limitleri dahilinde seyreden tanık ...'in sevk ve idaresindeki kamyona çarpması şeklinde gerçekleşen ve katılanın yaralanmasıyla sonuçlanan olayda; aracının hızını yol ve trafik durumunun gerektirdiği şartlara uydurmamak suretiyle Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 100. maddesinde belirlenen yasal hız sınırlarını aşır 2918 sayılı Kanun'un 52. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde öngörülen yükümlülüklerini de yerine getirmeyen ve aynı Kanun'un 84. maddesi gereğince "arkadan çarpma»dan dolayı asli kusurlu olan sanığın, meskûn mahalde yasal hız sınırlarının çok üzerinde bir hızla ve diğer sanık ...'in sevk ve idaresindeki araçla yarışır vaziyette seyrederken istememekle birlikte neden olabileceği bir trafik kazasını ve buna bağlı olarak üçüncü kişilerin zarar görebileceğini öngörmesi gerektiği, sanığın buna rağmen hareketlerine devam ederek katılanın yaralanmasıyla sonuçlanan trafik kazasına neden olması karşısında meydana gelen neticeyi 5237 sayılı TCK'nun 22. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında öngördüğü ancak istemediği, dolayısıyla da olayda bilinçli taksir hâlinin bulunduğu kabul edilmelidir.", YCGK, 14.3.2019, E.2017/269, K.2019/210.

⁵² YCGK, 27.6.2019, E.2018/12-545, K.2019/504.

Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır (TCK m.22/1)⁵³. Yaralamanın taksirle işlenmesi halinin cezalandırılması, TCK m.89'da öngörülen hüküm gereğince. Fail, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle yaralama neticesini gerçekleştirdiği, dikkatli, tedbirli ve öngörülü davranmamış olduğu için cezalandırılmaktadır. Bu bakımdan failin cezai sorumluluğun nedeni, dikkat ve özen yükümlülüğünün varlığına rağmen, suç tipinde belirtilen yaralama neticesini öngörmeyerek iradi bir hareketle bu neticeyi meydana getirmesidir⁵⁴. Bir başka deyişle, failin gerçekleştirdiği iradi davranışın TCK m.89'da düzenlenmiş neticeye neden olabileceğini, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle öngörmemiş olması, bu suçtan sorumluluğunu doğurmaktadır.

Dikkat ve özen yükümlülüğü, hukuksal normlardan, idari nitelikteki işlemlerden, gerçek kişilerin koyduğu bazı kurallardan ve toplumun ortak tecrübelerinden kaynaklanabilir⁵⁵. Bu kaynakların belirlediği davranış şeklini göstermeyen kişi taksirli hareket etmiş olur⁵⁶.

⁵³ Ceza Genel Kurulunun birçok kararında vurgulandığı ve öğretide de benimsendiği üzere taksirli suçlarda aranması gereken hususlar; 1) Fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması, 2) Hareketin iradi olması, 3) Sonucun istenmemesi, 4) Hareket ile sonuç arasında nedensellik bağının bulunması, 5) Sonucun öngörülebilir olmasına rağmen öngörülmemiş olmasıdır.; YCGK, 13.3.2018, E.2017/12-633, K.2018/92.

⁵⁴ "Taksirli suçlarda da, gerek icrai hareketin gerekse ihmali hareketin iradi olması ve meydana gelen neticenin öngörülebilir olması gerekmektedir. İradi bir davranış bulunmadığı takdirde taksirden bahsedilemeyeceği gibi, öngörülemeyecek bir sonucun gerçekleşmesi halinde de failin taksirli suçtan sorumluluğuna gidilemeyecektir.", YCGK, 13.3.2018, E.2017/12-633, K.2018/92.

⁵⁵ Yıldız, 204; ayrıca bkz. Zafer, 328-330.

⁵⁶ Zafer, 328; Dikkat ve özen yükümlülüğünün tespiti bakımından öğretide değişik görüşler benimsenmektedir. Failin şahsi kabiliyetleri göz önünde bulundurulmaksızın, objektif esastan hareket edilmesi gerektiği ileri sürüldüğü gibi (Özgenç, 252; objektif ölçütü esas almakla birlikte, somut olayda failin bilgisinin de dikkate alınması gerektiği hakkında bkz. Koca/Üzülmez, Genel,194), failin kişiliği, bilgisi, tecrübesi ile somut olayın koşullarını esas alan subjektif ölçü (Hakeri, Genel, 266) ve olayın objektif koşulları içerisinde failin özelliklerine sahip makul ve tedbirli bir insanın davranışını esas alan karma ölçüden (Zafer, 330 vd.) hareket edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.

Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza, failin kusuruna göre belirlenir (TCK m.22/4). Failin meydana gelen yaralama neticesi açısından kusurunun bulunmaması halinde, failin sorumluluğundan söz edilemez. Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda ise, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur ve her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir (TCK m.22/5).

Kusurun belirlenmesinde, meydana gelen sonucun fail tarafından öngörülebilir olup olmadığı dikkate alınır⁵⁷. Failin kusurlu sayılabilmesi, failin kişisel kabiliyetine göre, objektif olarak mevcut olan dikkat ve özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmasına bağlıdır⁵⁸. Failin kusurlu olup olmadığı tespit edilirken, bilirkişi görüşüne başvurmak gerekebilir. Yargılamayı gerçekleştiren hakim, bilirkişilerin belirledikleri kusurun varlığı ya da yokluğu ile ilgili olmayıp, bilirkişilerin yapacakları teknik belirlemeler çerçevesinde failin kusurunun bulunup bulunmadığı, varsa kusurunun ne olduğu ve bu kusurun cezanın belirlenmesinde ne derece etkin olacağını, her olayın özelliklerine göre ve kanuni gerekçelerle belirlemelidir. Olayın gerçekleşme şeklini belirleme görevi de hakime ait olup, bilirkişi ancak bu hususta ortaya koyacağı teknik veriler ile hakime yardımcı olacak ve tarafların taksirli davranışlarının ve kusur durumlarının nelerden ibaret olduğunu gösterecektir⁵⁹.

⁵⁷ Yıldız, 225; Demirbaş, 390; Hakeri, Tıp Hukuku, 811.

⁵⁸ Özgenç,256; Zafer, 337; Hakeri, Genel, 269.

⁵⁹ "16.09.2009 tarihinde saat 18.53 sıralarında yerleşim yerinde, her bir platformu 7 metre genişliğinde olan ikişer şeritli bölünmüş yolda, içerisinde ölenler ve mağdurun bulunduğu otomobil ile seyir halinde olan ölenin, Mergen çayı köprüsüne yaklaştığı sırada, önünde seyir halinde olan sanığın yönetimindeki otobüsü sollamaya çıktığı, bu esnada köprü girişindeki korkuluklara çarpıp yolun karşı yön bölümüne geçtiği ve karşı yönde nizami şekilde seyir halinde olan, içerisinde ölenin bulunduğu ölen yönetimindeki kamyonet ile çarpıştığı, kaza sonucunda beş kişinin öldüğü, mağdurun ise nitelikli şekilde yaralandığı olayda; mağdurenin sanığın yönetimindeki otobüsün, ölenin sevk ettiği araca aniden yaklaştığını beyan etmesi, Jandarma personeli tarafından düzenlenen bilirkişi raporunda sanığın tali kusurlu olduğunun belirtilmesi ve Ceza Genel Kurulunca izlenen görüntü kayıtlarına göre sanığın yönetimindeki otobüs ile sağ şerit ağırlıklı, kısmen de sol şeritte seyir halinde iken, sol şeride doğru yönelmesi üzerine, otomobil sürücüsünün sola manevra yapıp, karşı

Kusurun yokluğu halinde, failin taksirli hareketinden söz edilemez. Bu durumda beraat kararı verilmesi gerekir⁶⁰. Örneğin, karın ağrısı şikayeti üzerine yapılan enjeksiyon sonucunda kişide sinir hasarının oluşması şeklindeki yaralama, her türlü özene rağmen oluşabilecek herhangi bir kusur ve ihmalden kaynaklanmayan komplikasyon -enjekte edilen ilaçların doku içi yayılımı ile sinir hasarına neden olabileceğinin tıbben bilinmesi, bu durumun enjeksiyonların tekniğine uygun yapılması durumunda da daha önceden öngörülemeyecek ve önlenemeyecek arazlara sebep olabileceği dikkate alınmak suretiyle olarak nitelendirildiğinde, hekim ve sağlık personeline bir kusur yüklenemeyeceğinden, meydana gelen sağlık sorununun oluşmasında sanıkların kusurlarının bulunmamasından dolayı taksirle yaralama suçundan beraat kararı verilmesi gerekir⁶¹.

vol bölümüne geçmesi sonucu kazanın meydana geldiğinin anlaşılması hep birlikte değerlendirildiğinde; sanığın 2918 Sayılı Kanun'un 55 ve 56. maddelerinde yer alan kurallara göre bölünmüş karayollarında bulunduğu şeridi izlemek ve hızını artırmamak zorunluluğu ile sürücülerin geçme, dönme, duraklama, durma ve park etme gibi haller dışında şerit değiştirmemesi ve iki şeridi birden kullanmaması gerekirken bu kuralları ihlal etmesi sebebiyle kazanın meydana gelmesinde kusurlu olduğunun kabulü gerekmektedir.", YCGK, 13.3.2018, E.2017/12-633, K.2018/92.

⁶⁰ "Sanık ...'nun kullandığı konteynır taşıma makinesi ile konteynırları yüklemek için bu alana geldiği, aracın kolları açık vaziyette kullanırken araçla katılana çarparak katılanın vücudunda hayati fonksiyonlarını ağır (6) derecede etkileyecek kemik kırığı oluşacak ve işlev kaybı niteliğinde yaralandığı olayda; sanık ...'ın olayın gerçekleştiği sahanın çevre güvenliğinden sorumlu firma yetkilisi olup iş güvenliği ile görevi bulunmadığından kusuru bulunmadığı, sanık ...'nun, olayın gerçekleştiği sahada sanık ...'ü K... Denizcilik Mersin Kara terminali yetkilisi olarak görevlendirmesi sebebiyle iş güvenliği önlemleri alınmaması nedeniyle kusur atfedilemeyeceği, sanık ...'in ise sanık ...'u sahada vardiya amiri olarak görevlendirdiği, vardiya amirinin iş güvenliği kurallarına uyulup uyulmadığını denetlemekle yükümlü olduğu anlaşılma ile sanıklardan ..., ... ve ...'in beraati yerine dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçeler ile mahkumiyetlerine karar verilmesi, Y12.CD,14.3.2019,E.2017/1269, K.2019/3582.

⁶¹ "İstanbul Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 2. İhtisas Kurulu tarafından düzenlenen 07.03.2014 tarihli ve 1563 sayılı kararda, "Dava konusu olayda kişiye gluteal bölgeden intramuskuler enjeksiyon yapıldığının belirlendiği, enjekte edilen ilaçların doku içi yayılımı ile sinir hasarına neden olabileceklerinin tıbben bilindiği, bu durumun enjeksiyonların tekniğine uygun yapılması durumunda da daha önceden öngörülemeyecek ve önlenemeyecek arazlara sebep olabileceği, bu durumun her türlü özene rağmen oluşabilecek herhangi bir kusur ve ihmalden kaynaklanmayan komplikasyon olarak nitelendirildiği, enjeksiyonun yapılma tekniği ve uygulanan bölgenin uyumsuzluğu yönünden tıbbi bir delil de tanımlanmadığından, tüm bulgular bir bütün olarak değerlendirildiğinde, enjeksiyonu uygulayan sağlık personeline ve enjeksiyon yapılma talimatı veren

Kusurun varlığı kesin bir şekilde tespit edilmelidir. Örneğin, bel fıtığı ameliyatı için gittiği hastanede takılan tıbbi malzemenin kişinin sağlığını bozması halinde, eylemi gerçekleştiren kişilerin tıbbi açıdan kusurlu olup olmadığının bilirkişi raporu ile tespit edilmesi gerekir⁶². Yargıtay, hatalı tıbbi müdahalelerde hekimin kusurlu olup olmadığının ve işlemlerinin tıp kurallarına uygun olup olmadığının kuşkuya yer bırakmayacak şekilde tespiti amacıyla, raporlar arasında çelişki söz konusu olduğunda Adli Tıp Kurulu raporunu dikkate almaktadır⁶³.

Burada ceza mahkemesinin kusur değerlendirmesine ilişkin kararlarının hukuk hakimini bağlamayacağı belirtilmelidir. Borçlar Kanunu m.74'e göre; *"Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz."* Dolayısıyla ceza hakimi tarafından failin temyiz kudreti, sorumsuzluk ve kusur değerlendirmesine ilişkin kararları, hukuk hakimini hiçbir surette bağlamayacak ve hukuk hakimi önündeki sorun ve talebi, özel hukuk kaynaklarına göre değerlendirecektir. Bu düzenlemeden çıkan sonuç, diğer konu-

ilgili hekime herhangi bir kusur izafe edilemediği oy birliği ile mütalaa olunur." şeklinde görüş içeren rapora itibarla katılında meydana gelen sağlık sorununun oluşmasında sanıkların kusurlarının bulunmamasından dolayı sanıklar hakkında CMK'nın 223/2-c maddesi gereğince beraat kararı verilmesine dair yerel mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir.", Y12.CD, 16.6.2016, E.2016/1258, K.2017/5302.

⁶² "Müşteki ...'nın bel fıtığı ameliyatı için ... Hospital Hastanesine yattığı, şüpheli ...'in temin ettiği ve Op.Dr. ...'in müştekiye takmış olduğu tıbbi malzemenin müştekinin sağlığının bozulmasına sebebiyet verdiği iddiası üzerine başlatılan tahkikat sonucunda, İzmir Cumhuriyet Başsavcılığınca şüpheliler hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş ise de; şüphelilerin tıbbi açıdan kusurlu olup olmadıkları hususunda kusurun tartışmayı gerektirmeyecek şekilde kesin bir biçimde tespitine ilişkin olarak, Adli Tıp Kurumundan rapor alınmasından sonra şüphelilerin hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden eksik soruşturma sonucu verilen kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karara yönelik itirazın kabulü yerine, delillerin hatalı değerlendirilmesi sonucu yazılı şekilde reddine karar verilmesi", Y12.CD, 24.1.2019, E.2018/7531, K.2019/1199.

⁶³ Y12.CD, 15.1.2019, E.2017/4983, K.2019/578.

larda hukuk hakiminin ceza hakiminin verdiği ve kesinleşen hükümlerle bağlı olduğudur⁶⁴.

III. CEZANIN BELİRLENMESİ

A. Kasten Yaralama Suçunda Cezanın Belirlenmesi

Kasten yaralama suçunun işlendiğinin sabit olması halinde, fail hakkında mahkumiyet kararı verilir (CMK m.223/5). YCGK, boşanma aşamasındayken kocanın karısını basit tıbbi müdahale ile yaraladığı olayda, suçun işlendiği sabit olmasına rağmen, yerel mahkemenin farklı gerekçelerle verdiği beraat kararını isabetli olarak yerinde bulmamıştır. YCGK'na göre; *“adli rapor içeriği, sanığın olay günü mağdurla yaşanan tartışma sırasında mağdurun yüzünü sıkıca tuttuğunu kabul etmesi, mağdurun bu sırada yaralanmış olabileceğine dair savunması bir bütün hâlinde değerlendirildiğinde, sanığın üzerine atılı kasten yaralama suçunun sübuta erdiği; Yerel Mahkemece mahkûmiyet hükmü kurulması durumunda sanıkla mağdurun evliliklerinin ve aile yapılarının bozulabileceği ihtimalinden hareketle ve açık kanun hükmünü dışlayarak adil olanı saptama iddiasıyla sanığın beraatine karar verilmesinde isabet bulunmadığı kabul edilmelidir.”*⁶⁵.

Suçun temel şekli için öngörülen ceza, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. (TCK m.86/1). Kasten yaralamanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olması hâlinde, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur. Kasten yaralama sonucunda TCK m.86'nın 3. fıkrasında öngörülen nitelikli hallerden birinin gerçekleşmesi halinde, birinci veya ikinci fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu nitelikli hallerden birden fazlasının somut olayda gerçekleşmesi halinde – örneğin, eşin bıçakla yaralanması – ceza tek bir kez artırılacaktır. Ancak bu durum temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınır.

⁶⁴ Ünver/**Hakeri**, 104. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver/**Hakeri**, 103-105.

⁶⁵ YCGK,14.5.2019, E.2017/234, K. 2019/418.

Kasten yaralama suçunda, temel ceza belirlenirken TCK m.3'de öngörülen orantılılık ilkesinin dikkate alınması gerekir⁶⁶. TCK m.86'de öngörülen cezanın alt ve üst sınırları arasında ceza belirlenirken işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olacak şekilde alt sınırdan uzaklaşılır⁶⁷. Somut olayda – örneğin, silahlardan sayılan satır ile yüzde sabit iz oluşacak ve kemik kırığına neden olacak şekilde yaralanması- birden fazla nitelikli halin bir arada bulunması halinde orantılılık ilkesi gözetilerek TCK m.61 gereğince alt sınırdan uzaklaşarak cezanın belirlenmesi gerekir⁶⁸.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunun düzenlendiği TCK m.87'nin değişik fıkralarına giren yaralanmalardan birden fazlası aynı suçta gerçekleşirse, en ağırından dolayı

⁶⁶ “Mağdur ...’ın kalça ve uyluk bölgelerinden üç bıçak darbesi ve iki adet mermi çekirdeği isabetiyle basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek şekilde yaralanmış olması karşısında; yara yerleri ile niteliğine göre mağdurun dayısı olan sanık ...’ın eyleminin kasten yaralama olarak nitelendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemiş ise de olayın oluş şekli, sanığın kastının yoğunluğu, kullanılan silahların niteliği ile yara sayısı birlikte değerlendirildiğinde, sanık ... hakkında mağdur ...’a yönelik kasten yaralama suçundan 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası öngören TCK’nin 86/1. maddesi uyarınca aynı kanunun 61. maddesindeki ilkeler gözetilerek üst sınırdan ceza tayini gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde temel cezanın 2 yıl hapis olarak belirlenmesi suretiyle eksik ceza tayini”, Y1.CD, 27.5.2019, E.2019/1301, K.2019/2988.

⁶⁷ “Katılanın yaralanmasına ilişkin Bitlis Adli Tıp Şube Müdürlüğü tarafından düzenlenen adli rapor içeriğine göre, katılanın sol oksipitoparietalde 9 cm.’lik, sol yanaktan sol sternokleidomastoid kasına uzanan 8 cm.’lik, sol kaş lateralinden sol angulus mandibulaya uzanan 9 cm.’lik nedbe nedeniyle yüzünde sabit ize neden olacak şekilde yaralandığı olayda, sanığın cezaevinde hükümlü olarak bulunduğu sırada, kalemtraş jiletini çakmağa monte ederek silah haline getirdiği cisimle, katılanın yüzünde birden fazla kesi oluşturacak şekilde yaralandığının anlaşılması karşısında, suçun işleniş biçimi, işlendiği yer, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı, sanığın kastının yoğunluğu da dikkate alınarak, sanık hakkında 5237 Sayılı TCK’nin 61. maddesi gereğince temel cezaya hükmedilirken, TCK’nin 3. maddesindeki orantılılık ilkesi de dikkate alınarak, hakkaniyete uygun ve sonuca etkili şekilde alt sınırdan uzaklaşılması gerektiğinin gözetilmemesi”, Y3.CD, 29.4.2019, E.2018/8410, K.2019/8905.

⁶⁸ “Sanığın, kardeşi olan mağduru, TCK’nin 6/1-f.4 maddesine göre silahlardan sayılan satır ile yüzde sabit iz oluşacak ve kemik kırığına neden olacak şekilde yaralandığı olayda, birden fazla nitelikli halin bir arada bulunması nedeniyle, TCK’nin 3. maddesinde belirtilen orantılılık ilkesi gözetilerek temel ceza tayininde, sonuca etkili olacak şekilde TCK’nin 61. maddesi gereğince alt sınırdan uzaklaşılması gerektiğinin gözetilmemesi”, Y3.CD, 13.5.2019, E.2019/2588, K.2019/10162.

artırım yapılacaktır⁶⁹. Kasten yaralamanın sonucunda TCK m.86/3'te öngörülen nitelikli hallerden biri ile TCK m. 87'deki nitelikli hallerden biri gerçekleşirse, m.86/3'e göre verilecek ceza, TCK m.87'de öngörülen şekilde artırılır⁷⁰.

Yaralamanın vücutta kemik kırılmasına veya çıkığına neden olması halinde TCK'nın 87. maddesinin 3. fıkrası uyarınca artırım oranı belirlenirken, alınan tıbbi rapor doğrultusunda kırık veya çıkığın mağdurun hayat fonksiyonlarına etkisi dikkate alınarak artırım oranı tespit edilecek, ancak bu artırım oranı TCK'daki düzenlemeye göre en fazla yarı oranında belirlenebilecektir. YCGK bu hususa ilişkin verdiği kararda "*kemik kırığı doğuran yaralanmalarda kırığın derecesine göre sanığın cezasında yarı oranına kadar artırım öngören TCK'nın 87/3. maddesi gereğince uygulama yapılırken kırığın yaşamsal fonksiyonlara etkisi ile orantılı olarak makul bir oranda artırım yapılması yerine Yerel Mahkemece 5237 sayılı TCK'nın 3. maddesinde düzenlenen orantılılık ilkesini de ihlal edecek şekilde artırım oranının 1/3 olarak fazla tespitinde*" isabet bulunmadığına karar vermiştir⁷¹.

Kasten yaralama suçunda ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olan haksız tahrikin (TCK m.29)⁷² varlığı iddia edildiğinde, bu husus mahkemece tartışılmalı ve kararda belirtilme-

⁶⁹ Tezcan/Erdem/Önok, 245; Yaşar/Gökcan/Artuç, 3066; ayrıca bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, 227-228.

⁷⁰ Tezcan/Erdem/Önok, 246; aksi görüş Soyaslan, 167; ayrıca bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, 205.

⁷¹ YCGK, 5.2.2019, E.2017/308, K.2019/61; Yaralama eylemi sonucu TCK'nın 87. maddesindeki neticesi sebebiyle ağırlaşmış sonuçlar gerçekleşirse, bu durumda TCK'nın 86/1. maddesi uyarınca temel ceza belirlenecek, eğer üçüncü fıkrada sayılan hususlardan birisi var ise bu fıkraya göre artırım yapılacak, daha sonra da 87. maddenin birinci fıkrasındaki yaralanmalar için bir kat, aynı maddenin ikinci fıkrasındaki yaralanmalar için ise iki kat artırılacağı hususunda bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, 3065.

⁷² TCK m.29'a göre; "*Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezadan dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir*". Haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için; a) Tahriki oluşturan haksız bir fiil bulunmalı, b) Fail öfke veya şiddetli elemin etkisi altında kalmalı, c) Failin işlediği suç, bu ruhsal durumunun tepkisi olmalı, d) Haksız tahrik teşkil eden eylem, mağdurdan sadır olmalıdır.

lidir⁷³. Ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenen haksız tahrik, kişinin haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddet ya da şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesi durumunda kusur yeteneğindeki azalmayı ifade etmektedir. Yargı kararlarında kabul edildiği üzere; gerek fail gerekse mağdurun karşılıklı haksız davranışlarda bulunması halinde, kural olarak haksız bir eylem ile mağduru tahrik eden fail, karşılaştığı tepkiden dolayı tahrik altında kaldığını ileri süremez, haksız tahrik hükmünden yararlanamaz⁷⁴. Ancak maruz kaldığı tepki, gerçekleştirdiği fiille karşılaştırıldığında aşırı bir hal almışsa, başka bir deyişle tepkide açık bir oransızlık varsa⁷⁵, bu tepkinin artık başlı başına haksız bir nitelik alması sebebiyle fail bakımından haksız tahrik oluşturduğu kabul edilmelidir⁷⁶.

⁷³ “Karşılıklı iki grup arasında yaşanan silahlı çatışmada ilk saldırının hangi taraftan geldiği hususunun tereddüte mahal vermeyecek şekilde tespitinin sağlanması, gerektiğinde olay yerinde temsili ve tatbiki keşif de yapılmak suretiyle tarafların olay sırasındaki konumları, olay yerinde bulunan boş kovanlara mesafeleri ile maktul ve mağdurun bulunduğu gruptan mobesenin görüş alanı dışında ateş edilip edilmediğinin tespiti, sonucuna göre sanıklar hakkında meşru savunma hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılması gerektiği, taraflar arasında yaşanan silahlı çatışmanın kim tarafından başlatıldığının tespit edilememesi halinde ise hükmolunan cezalarda makul oranlarda haksız tahrik indirimi yapılması gerektiği gözetilmeden, mahkeme yazı işleri müdürünün bilirkişi olarak atanması ve içeriğinde numara olarak belirtilen kişilerin tespiti yönünden maddi hatalar da barındıran yetersiz rapora dayalı olarak ilk silahlı saldırı eyleminin sanık ...’ın bulunduğu araçtan geldiğinin kabulüyle yazılı şekilde hüküm kurulması, Y1.CD,15.4.2019, E.2017/2601, K.2019/2245.

⁷⁴ “Olay günü sanıklar ... ve ...’ın katılan ...’ın ağabeyi müşteki ...’a ait arpa ekili tarlasında küçükbaş hayvanlarını otlatarak mala zarar verdiği ve akabinde olayların başlamasına sebebiyet verdikleri halde sanık hakkında 5237 Sayılı TCK’nin 29. maddesi gereğince haksız tahrik indirimi uygulanması suretiyle eksik ceza verilmesi”, Y3.CD, 30.4.2019, E.2018/12521, K.2019/9127.

⁷⁵ “Katılanların sopa ve balta ile saldırımları üzerine sanıkların karşılık verdikleri anlaşıldığından haksız tahrik hükümlerini düzenleyen 5237 Sayılı TCK’nin 29. maddesi uyarınca sanıklar hakkında asgari oranda indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi”, Y1.CD, 8.5.2019, E.2018/318, K.2019/2643.

⁷⁶ YCGK, 3.4.2018, E.2018/3-17, K.2018/136; “Katılanın batına nazif iki ayrı bıçak yaralanması sonucu mide ön ve arka duvarı ile ince bağırsakta iki ayrı yerde perforasyona neden olacak ve yaşamsal tehlike geçirecek şekilde yaralandığı ve tıbbi müdahaleler sonucu sağlığına kavuşabildiği olayda; sanığın, ayrıldığı eşi ve çocuklarına iş bulduğu gerekçesiyle katılana husumet beslemesi, öldürmeye elverişli nitelikteki kesici delici aletle katılana saldırması, saldırı başladığı sırada ayakta sabit durmakta olan katılanın doğrudan karın bölgesini hedef alması, katılanın vücudunda

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Ceza Genel Kurulunun çeşitli kararlarında tartışmasız olarak benimsendiği üzere, tahrik nedeniyle yapılacak indirimin oranı belirlenirken, haksız tahriki oluşturan hareketin işleniş şekli, yeri, niteliği, zamanı, yöresel şartlar ve tahrik eden ile edilenin durumları göz önüne alınıp değerlendirilmelidir⁷⁷.

Kasten yaralama suçunda haksız tahrikin uygulandığı durumlarda, verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilmesi söz konusudur (TCK m.29/1 c.2). Haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasında ilk haksız hareketin kimden

meydana gelecek yaralanmayı artırmak için gerinerek güç alıp hızla ileri savurduğu bıçakla katılanın karın bölgesine birçok kez hamle yapması, batin bölgesine iki kez isabetle vurması ve yine yaralanmanın düzeyi, iç organlardaki tahribatı artırmak maksadı ile katılanın vücuduna saplanan bıçağa bastırması, elinden kurtulmaya çalışırken yere düşen katılana yönelik saldırısını ısrarla sürdürmesi, olay yerinden geçmekte olan bir şahsın önce sözlü sonra fiili müdahalesi ve katılanın etkin direnmesi üzerine eylemlerine son vermesi hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığın eyleme bağlı olarak ortaya çıkan kastının öldürmeye yönelik olduğu; ayrıca, her ne kadar olaydan sonra kaçan ve yaklaşık sekiz ay sonra yakalanan sanık çocukları ile görüşürmesi için yardım istediği katılanın kendisine hakaret etmesi üzerine katılana bıçakla vurduğunu iddia etmiş ise de, olay günü sanığın katılanın oturduğu kahvehaneye gitmesi, kendisini görmesi üzerine rahatsız olup kahvehaneden ayrılan katılanın peşinden giderek takip etmesi, yolda durdurduğu katılanın izahta bulunmasına karşın ısrarla katılana hesap sorması ve yanında taşıdığı bıçakla katılana aniden saldırması hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığın eyleminin bir haksızlığa tepki olarak değerlendirilemeyeceği, katılanın kendisine hakaret ettiğine dair iddialarının soyut nitelikte kaldığı ve katılıandan sanığa yönelen haksız bir fiilin söz konusu olmadığı anlaşıldığından, olayda sanık lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanma şartlarının oluşmadığının kabulü gerekmektedir. YCGK, 3.4.2018, E.2018/3-17, K.2018/136.

⁷⁷ "Sanık ile mağdurun kardeş oldukları, olay günü mağdurun telefonla, sanıktan para istemesi üzerine sanığın vermek istemediği, karşılıklı küfürleştikleri, alkollü olan sanık ve mağdurun farklılık arz eden anlatımlarına göre, karşılaşmaları sonrası birbirlerini yaraladıkları olayda, olayı gören tarafsız tanığın bulunmadığı ve adli raporlara göre her iki tarafında yaralandığı gözetildiğinde, sanık hakkında TCK'nin 29. maddesine göre asgari düzeyde indirim yapılması gerekirken yazılı şekilde (1/2) oranında indirim yapılarak eksik ceza tayin edilmesi", Y3.CD, 13.5.2019, E.2019/2588, K.2019/10162; "Sanık ...'in, şikâyetçi tarafından darp edildiğini iddia etmesine rağmen vücudunda darp cebir izine rastlanılmadığına dair adli muayene raporu, sanığın savunmasında kendisine hakaret eden kişinin şikâyetçinin yanında bulunan tanımadığı 3. bir kişi olduğunu beyan etmesi, sanığın cezadan kurtulmaya yönelik soyut savunmalarının adli muayene raporu ve tanıklar tarafından doğrulanmaması bir bütün olarak değerlendirildiğinde, şikâyetçiden sanığa yönelen ve haksız tahrik oluşturan söz ve davranış bulunmadığı anlaşıldığından haksız tahrik hükümünün uygulanma koşullarının oluşmadığı kabul edilmelidir". YCGK, 22.1.2019, E. 2016/135, K. 2019/32.

geldiğinin belirlenemediği durumda asgari oranda indirim yapılır⁷⁸. Yargıtay, karşılıklı saldırı şeklinde başlayan kavgada, haksız tahrikte etki ve tepki arasındaki dengenin hangi tarafça hangi aşamada bozulduğu hususunun her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı delille tespit edilemediği hallerde, her iki taraf bakımından da haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermektedir⁷⁹.

Haksız tahrikin varlığı hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişi hatasından yararlanır (TCK m.30/3)⁸⁰. Kaçınılmazlık hali takdir edilirken, failin gereken dikkat ve özeni göstermesi durumunda bu hataya düşüp düşmeyeceği belirlenmelidir. Hata kaçınılabilir bir hata ise, yani failin kişisel özellikleri göz önüne alındığında, daha dikkatli ve özenli davranması durumunda hatasından kaçınılabilecekse, failin haksız tahrik hükümlerinin

⁷⁸ “Taraflar arasında karşılıklı kavga şeklinde yaşanan ve ilk haksız hareketin kimden geldiğinin belirlenemediği olayda, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 22.10.2002 tarih ve 2002/4-238 Esas - 367 Karar sayılı kararı ve bu kararlar uyumlu Ceza Dairelerinin yerleşmiş ve süreklilik gösteren içtihatlarında benimsendiği üzere, ilk haksız hareketin kimden kaynaklandığının şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirlenemediği hallerde, sanık lehine 5237 Sayılı TCK’nin 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik indirimi uygulanırken, TCK’nin 3. maddesinde belirtilen orantılılık ilkesi gereğince asgari haddenden (1/4) oranında indirim yapılması gerekirken; (1/2) oranında indirim yapılmak suretiyle sanık hakkında eksik ceza tayini edilmesi”, Y3.CD, 6.5.2019, E.2019/1261, K.2019/9522; benzer yönde Y3.CD,6.5.2019, E.2019/1343, K.2019/9509; “İlk haksız hareketin kimden kaynaklandığı şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirlenemediğinde, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 22.10.2002 tarih ve 2002/4-238 Esas - 367 Sayılı kararı uyarınca, 5237 Sayılı TCK’nin 29. maddesi gereğince asgari seviyede (1/4) oranında haksız tahrik indirimi uygulanması gerekirken, yazılı şekilde (1/2) oranında indirim yapılması suretiyle eksik ceza tayini”, Y3.CD, 29.4.2019, E.2018/8410, K.2019/8905.

⁷⁹ “Sanık ...’in sebepsiz yere mağdur ...’ı bıçakla yaralaması eyleminden sonra iki grup arasında tabanca ve bıçakların da kullanıldığı karşılıklı saldırı şeklinde başlayan kavganın gelişiminde haksız tahrikte etki ve tepki arasındaki dengenin hangi tarafça hangi aşamada bozulduğu hususunun her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı delille tespit edilemediği olayda, her iki grupta yer alan ve temyiz davasına konu suçlar yönünden mahkum olan sanıklar ..., ... ve ... hakkında haksız tahrik hükümlerini düzenleyen TCK’nin 29. maddesi uyarınca asgari oranda ceza indirimi yapılması gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde her iki grup yönünden de haksız tahrik hükümleri uygulanmaksızın fazla cezalara hükümlenmesi”, Y1.CD, 27.5.2019, E.2019/1301, K.2019/2988.

⁸⁰ TCK m.30/3’e göre; “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır”.

den yararlanması söz konusu olmayacaktır⁸¹.

B. Taksirle Yaralama Suçunda Cezanın Belirlenmesi

Suçun temel şekli için öngörülen yaptırım, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezasıdır (TCK m.89/1). Taksirli yaralama sonucunda TCK'nun 89. maddesinin 2. fıkrasındaki neticelerden biri gerçekleşmişse birinci fıkraya göre belirlenen ceza, yarısı oranında artırılır; 3. fıkrasındaki neticelerden biri gerçekleşmişse birinci fıkraya göre belirlenen ceza bir kat artırılır.

İşlenmiş herhangi bir suç sebebiyle alt ve üst sınırlar arasında bir ceza belirlenmesi gerektiğinde, kural olarak göz önünde bulundurulması gereken ölçüt, TCK m.61/1. madde olmakla birlikte, taksirle işlenen suçlar açısından TCK m.61/1 ile birlikte TCK m.22/4'e göre; *"Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek*

⁸¹ "Sanığın atışlarının, iş yerinin tam karşısında bulunan tatlıcıdan alışveriş yapan mağdurlar ... ve ...'e isabet ederek ...'ın hayatı tehlike geçirecek şekilde yaralanmasına, ...'ün ise basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif nitelikte yaralanmasına sebebiyet verdiği anlaşılan olayda; ...'nın, olay yerine tüfekle gitmediği, elinde ve aracında silah bulunmadığı yönündeki ısrarlı beyanları, olaydan sonra araçta tüfek bulunmadığına dair araç arama tutanağı içeriği, olayın meydana geldiği iş yerinin yanında dükkânı bulunan ve olayı net olarak gördüğünü ifade eden tanık ...'un olay sırasında ...'nin elinde ve aracında silah bulunmadığına dair beyanları, yaralandıktan sonra ...'ya ait aracın bagaj kısmında hastaneye kaldırılan mağdur ...'ın bagajda silah görmediği şeklindeki ifadesi, yaralıların araca bindirilmesine yardımcı olan tanık taksi şoförü ...'nin ...'nin aracının içerisinde ve bagaj kısmında silah görmediğine dair beyanları ile sanığın çalışmanı tanık ...'nin olay sırasında ...'nin elinde tüfek bulunduğunu görmediğine dair ifadesi birlikte değerlendirildiğinde; sanığın suçtan kurtulmaya yönelik, "Olay sırasında aracının bagajından pompalı tüfek alan ...'nin, tüfeği kendisine doğrultup namluya fişek sürmesi üzerine, gerçekleşmesi muhakkak bu saldırıdan kurtulmak maksadıyla ve içinde bulunduğu şokun tesiriyle, meşru savunma koşulları içerisinde ateş ettiği" şeklindeki savunmasına ve bu sanığın beyanlarını desteklemeye yönelik bir kısım çalışanlarının dosya kapsamı ile doğrulanamayan beyanlarına itibar edilmesi mümkün olmadığı gibi, sanığın, gündüz vakti, yaklaşık 5 metre mesafeden, Ulus Hal çevresi gibi yoğun yaya trafiğinin bulunduğu ortamda, çevredeki kalabalığa aldırmaaksızın, tabancayla peş peşe 9 el ateş ederek, olayla ilgisiz ve sanığa yönelik hiçbir haksız söz ve davranışları bulunmayan 2 kişinin ölümüne ve 2 kişinin de yaralanmasına yol açması karşısında; 5237 Sayılı TCK'nun 30/3. maddesinde düzenlenen "Ceza sorumluluğunu kaldırın veya azaltın nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin bu hatasından yaralanacağı" yönündeki hükmün de uygulama imkânının bulunmadığı", YCGK, 13.2.2018, E.2017/1-893, K.2018/33.

olan ceza failin kusuruna göre belirlenir." hükmü de göz önüne alınır⁸².

Taksirli suçlar açısından temel cezanın belirlenmesinde, TCK'nın 61/1 ve 22/4. madde ve fıkralarında yer alan ölçütlerden olan failin kusuru, meydana gelen zararın ağırlığı, suçun işleniş biçimi ile suçun işlendiği yer ve zaman nazara dikkate alınarak, TCK m. 3/1 uyarınca işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olacak şekilde maddede öngörülen cezanın alt ve üst sınırları arasında belirlenir⁸³.

Taksirli suçlarda temel cezanın belirlenmesinde, öncelikle failin kusurunun değerlendirilmesi zorunludur⁸⁴. Taksire dayalı kusurun ağır olduğu durumlarda, alt sınırdan uzaklaşarak, hafif olduğu durumlarda ise alt sınırdan veya alt sınıra yaklaşılarak temel ceza tayin edilecektir⁸⁵. Yargıtay'a göre; her-

⁸² TCK m.61/1'e göre; "Hâkim, somut olayda; a) Suçun işleniş biçimini, b) Suçun işlenmesinde kullanılan araçları, c) Suçun işlendiği zaman ve yeri, d) Suçun konusunun önem ve değerini, e) Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, f) Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, g) Failin güttüğü amaç ve saiki, göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel ceza-yı belirler". TCK m.61/1'in, ancak kasıtlı suçlarda uygulanması mümkün olan (b) bendinde yer alan "suçun işlenmesinde kullanılan araçlar", (f) bendinde yer alan "failin kasta dayalı kusurunun ağırlığı" ve (g) bendinde yer alan "failin güttüğü amaç ve saik" ölçütler, taksirli suçlarda uygulanamayacaktır.

⁸³ "TCK'nın 3/2. maddesi uyarınca "Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz" hükmünün belirlendiği göz önüne alınmaksızın, temel cezanın tayinine ilişkin birinci hüküm fıkrasında "sanığın şahsi, sosyal ve ekonomik durumu" gerekçe gösterilerek ceza tayin edilmesi, Y12.CD, 19.12.2018,E.2016/9837, K.2018/12352.

⁸⁴ "Sanık sürücünün yönetimindeki otomobil ile meskun mahalde gece vakti, caddede seyir halindeyken olay mahalline geldiğinde orta refüj bitiminden sola manevra yaptığı esnada, arkasından aynı istikamette seyir halinde olan katılanın idaresindeki motosikletle çarpışması şeklinde meydana gelen olayda; "asli kusurlu olarak meydana getirdiği kaza sonucu katılanın nitelikli şekilde yaralanmasına neden olan sanık hakkında, adalet ve hakkaniyet kuralları uyarınca cezada orantılılık ilkesi gözetilerek alt sınırdan daha fazla uzaklaşmak suretiyle ceza tayini gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurularak sanık hakkında eksik cezaya hükmolünmesi", Y12.CD, 3.4.2019, E.2017/8450, K.2019/4500.

⁸⁵ "Sanığın sevk ve idaresindeki otomobille, meskûn mahaller için öngörülen 50 km/saat hız limitinin çok üzerindeki bir hızla diğer sanık ...'la ya-

halde ağır kusurlu fail hakkında en üst sınırdan, hafif kusurlu fail hakkında ise alt sınırdan ceza tayin edilmesi gerektiği sonucu çıkarılmamalı, TCK m.61/1'deki olaya uyan diğer ölçütler ve TCK m.3'deki "orantılılık" ilkesi bir bütün halinde değerlendirilerek haklı ve ölçülü bir ceza belirlenmelidir⁸⁶.

Taksirli yaralama suçunun düzenlendiği TCK'nın 89. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında sonuçlardan birisinin gerçekleştiği haller, cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli haller olup, tek taksirli fiille her iki fıkradaki nitelikli halin gerçekleşmesi söz konusu olduğunda - örneğin, yaralamanın neticesinde hem mağdurun konuşmasında sürekli zorluğa, hem de yüzünün

rışır vaziyette seyir hâlinde iken asli ve tam kusurlu olarak neden olduğu trafik kazası neticesinde katılanın uzun sayılabilecek bir süreçte yoğun bakım şartlarında tedavi görekerek defalarca operasyon geçirdiği, her iki alt ekstremitede ezilmeye, sağ tibia açık parçalı kemik kırığına, sol tibia açık kemik kırığına, sağ kalkaneus parçalı kemik kırığına ve sol kalkaneus kırığına neden olan yaralanmanın katılanın yaşamını tehlikeye soktuğu, saptanan kemik kırıklarının müştereken hayat fonksiyonlarını (6) ağır derecede etkilediği, sol alt ekstremitedeki fonksiyonel bozukluğun uzvun işlevinin sürekli zayıflamasına yol açtığı, sağ alt ekstremitede kalan nörolojik arazın ise organın işlevinin yitirilmesi niteliğinde olduğu ve TCK'nın 89/1. maddesi gereğince temel cezanın 4 ay hapis cezası olarak belirlendiği anlaşılan olayda; suçun işleniş biçimi, meydana gelen zararın ve sanığın taksire dayalı kusurunun ağırlığı dikkate alınarak üç aydan bir yıla kadar hapis cezasını gerektiren taksirle bir kişinin yaralanmasına neden olma suçundan sanık hakkında dosya muhtevası ile adalet ve hakaniyet kurallarına uygun şekilde TCK'nın 89/1. maddesi uyarınca makul bir ceza tayin edilmesi gerekirken TCK'nın 3. maddesindeki "orantılılık" ilkesi ihlal edilerek alt sınırdan çok az uzaklaşıp temel cezanın 4 ay hapis cezası olarak belirlenmesinde isabet bulunmamaktadır. YCGK, 14.3.2019, E.2017/269, K.2019/210.

⁸⁶ "Sanığın, yönetimindeki çekiciye bağlı dorseyi gündüz vakti, meskûn mahaldeki bölünmemiş, çift yönlü stabilize sokakta bulunan boş arsaya park etmek için geriye doğru manevra yaptığı sırada dorsenin arka kısmı ile mağdura çarptığı ve kazanın oluşumunda tam kusurlu olduğu olayda, Adli Tıp Kurumu Bursa Grup Başkanlığınca düzenlenen rapora göre mağdurdaki kemik kırığının hayati fonksiyonlarını orta derecede etkileyecek nitelikte olduğunun, Şevket Yılmaz Eğitim ve Araştırma Hastanesince düzenlenen rapora göre ise, mağdurdaki yaralanmanın % 39 oranında vücut fonksiyon kaybına neden olduğunun belirtilmesi karşısında; yaralanmasının niteliğinin belirlenmesine dair mağdur hakkında yeniden rapor alınarak sonucuna göre, 3 aydan 1 yıla kadar hapis veya adli para cezasını gerektiren taksirle bir kişinin yaralanmasına neden olma suçundan dolayı sanık hakkında temel cezanın, TCK'nun 22. maddesinin 4. fıkrası ve 61. maddesinin 1. fıkrasındaki ölçütler ile aynı Kanunun 3. maddesinde yer alan "orantılılık" ilkesi bir bütün halinde değerlendirilip alt haddin makul oranda uzaklaşılarak belirlenmesi gerektiği gözetenmeden, üst haddin ceza tayin edilmesinde isabet bulunmamaktadır.", YCGK, 3.7.2018, E.2017/12-267, K.2018/320.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

sürekli değişikliğine neden olunmuşsa - her iki fıkraya göre ayrı ayrı artırım yapılmayacak, sadece 3. fıkraya göre bir kez artırım yapılacaktır. Bununla birlikte 2.fıkra kapsamında gerçekleşen yaralama - örnekteki mağdurun konuşmasında sürekli zorluğa neden olunması - temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır⁸⁷.

Türk Ceza Kanunu m.89/4'de, taksirli fiilin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması halinde, altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı öngörülmüştür. İki veya daha fazla kişinin yaralanması halinde, cezanın daha ağır olarak öngörüldüğü bu nitelikli hal uygulanacaktır. Bu madde uygulandığında, artık TCK'nın 89/2 ve 89/3 maddelerinden artırım yapılmaz.

Suçun, bilinçli taksir şeklinde işlenmesi halinde ceza artırılabilecektir. TCK m.89/1 ve TCK m.89/4 uyarınca temel ceza belirlendikten sonra bilinçli taksirden artırım yapılır⁸⁸.

Taksirli hareket sonucu neden olunan yaralama, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez, bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir (TCK m.22/6).

KAYNAKÇA

CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem Yenerer, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C.I, 3. Bası, İstanbul 2016.

DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016.

ERMAN, Sahir/ ÖZEK, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994.

HAKERİ, Hakan: *Tıp Hukuku*, 10. Baskı, Ankara 2015.

⁸⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç, 3096; Yıldız, 231.

⁸⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, 3096.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

- HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017.
- KESKİN KIZIROĞLU, Serap, “ Kasten Yaralama”, Özel Ceza Hukuku, C.II, Kişilere Karşı Suçlar, İstanbul 2017.
- KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2015.
- KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2018.
- ÖNDER, Ayhan: Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAĞSIZ, Pınar/TEPE, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2018.
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8.Baskı, Ankara 2013.
- SOYASLAN, Doğan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8.Baskı, Ankara 2010.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2018.
- TOROSLU, Nevzat; Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2005.
- ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan; Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2019.
- YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 3. Cilt, 2. Baskı, Ankara 2014.
- YILDIZ, Ali Kemal, “ Taksirle Yaralama”, Özel Ceza Hukuku, C.II, Kişilere Karşı Suçlar, İstanbul 2017.
- ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, Beta Basım Yayım, İstanbul 2019.
- Yargıtay Kararları için bkz. www.kazanci.com, www.yargitay.gov.tr (10.10.2019).

**TÜZEL KİŞİ HASTANE YÖNETİMLERİNİN
TIBBİ MÜDAHALELERDE CEZA
SORUMLULUĞU**
(LEGAL PERSON HOSPITAL MANAGEMENT
CRIMINAL RESPONSIBILITY IN MEDICAL
INTERVENTIONS)

© *Dr. Öğ. Üy. Hakan KIZILARSLAN**

GİRİŞ ve METEDOLOJİ

Tıbbi müdahalelerle ilgili sorumluluk konusu, hukuk ve tıp bilimlerinin yer aldığı disiplinlerarası alanda en çok üzerinde konuşulan konulardan birini oluşturmaktadır.

Tıbbi deontoloji, tıp biliminin zorunlulukları, tıbbi müdahalelerdeki ana referans noktalarını oluşturmakta ve bu referans noktaları ceza hukuku açısından da tıbbi nitelikli müdahalelerdeki sorumluluğun ana çerçevesini teşkil etmekte, bu müdahalelerin yasalarda suç olarak adlandırılan bir nitelik alması hallerinde ise ceza hukukunun ana kuralları devreye girmektedir.

Çalışmamızın konusu olan alan ise daha karmaşık bir kesiti oluşturmaktadır. Ceza sorumluluğu doğurduğu iddia edilen tıbbi müdahalelerin, bir tüzel kişiliğin sahibi ve işletmeciliğindeki hastanelerde yapılması durumunda, hangi ölçütlerle sorunun çözülmesi gerektiği ve bu noktada tüzel kişi olan hastanelere ne şekilde bir cezai yaptırım uygulanabileceği

* Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Öğretim Üyesi, hkizilarслан@ufuk.edu.tr, hakankizilarслан@gmail.com, ÖRCID no; 0000-0002-5620-4234, "Bedensel Zararlardan Dolayı Hukuki Sorumluluk Uluslararası Kongresi 1-2 Kasım 2019 (International Congress on Liability of Physical Damages November, 1-2 2019) ,Tebliğ sunum tarihi 02.10.2019,

çalışmamızın ana konusunu oluşturacaktır. Biz bu çalışmada hastane yönetimlerinin malpraktis noktasındaki kuramsal sorumluluklarını incelemekle yetinerek, malpraktisin o geniş ve kıvrımlı alanlarına girmekten kaçınacağız.

Özel hukuk, tazmini noktada yaşama ve vücut bütünlüğüne verilen zararların mağdur noktasında giderilmesi aşasında niceden sonra devreye girerken, ceza hukuku kendi anlayış ve kuralları çerçevesinde, henüz suç işlenmeden caydırıcılık sağlayarak hukuka aykırılık yoluna hiç girilmemesini ağılamaya çalışmaktadır. Ancak her iki sistem de kusurluluğun belirlenmesi noktasında benzeşen kural ve anlayışları kullanmaktadır.

Bu nedenle, konunun net olarak belirlenebilmesi, tıbbi müdahalelerin niteliklerinin tıp bilimi açısından ortaya konulması konusundaki mevcut bilgilerle yetinilerek, taksir konusunda açıklamalar yapılacak, devamında hastane yönetimlerinin, “vücut bütünlüğüne ve yaşama el uzatan karakterli tıbbi müdahalelerde” ceza hukuku açısından kusurluluk kriterlerini ortaya koymaya çalışacak, aynı zamanda kamuya ait ve özel kişilere ait hastanelerle ilgili kuruluş kanunlarında yer alan sorumluluk hallerinin belirtilmesine ve bu alanda tüzel kişi hastanelerin ceza sorumluluklarının aktarılmasına gayret edilecektir.

Bu çalışmanın bir tebliğ niteliğinde olması nedeniyle, ayrıntılı anlatımlara girilmeksizin araştırmacılara yardımcı olacak kaynakların dipnot şeklinde referans verilmesiyle ve araştırılması gereken konularda satır başlarının aktarılmasıyla yetinilmiştir.

I- CEZA HUKUKU AÇISINDAN KUSURLULUK;

1- Temel negatif statü hakları olarak yaşam ve vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakları;

“Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi” ve “Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi” kapsamında yaşam, vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı ve sağlık hakları, doğuşla gelen ve insanın kendisinin bile üzerinde tasarruf edemeyeceği

negatif statü hakları niteliğindedir. Bu nedenle, insanın yaşamını ve sağlığını tehlikeye sokacak veya vücut bütünlüğünün korunmasına tehlike oluşturacak her türlü fiil ve girişim yasalar tarafından şiddetle korunma altına alınmış bulunmaktadır. Bu alanda da insan haklarıyla yakın ilişki içinde olan sağlık hakkı¹ haklar sıralamasında en önde gelen haklardan birisini oluşturmuştur. Bu hak, günümüze kadar gelişmeler göstereyerek gelmiş bir hak niteliğinde olup, gelişme süreciyle birlikte normlara ve pozitif hukuka da yansımıştır.

2- Suçların şahsiliği ilkesi ve tüzel kişilerde ceza sorumluluğu;

Ceza hukukunun en önemli temel ilkelerinden olan ve "TCK. nun 20. maddesinde tanımlanmakta olan bu ilke "*ceza sorumluluğunun şahsi olduğunu ve kimsenin başkasının fiilinden dolayı cezalandırılmayacağını*" belirtmektedir. Suçların şahsiliği ilkesi; her bireyin kendi fiilinin sorumluluğunu kendisinin taşımasını ve fiilde sorumsuz olan kişilerin başkalarının hukuka aykırı eylem ve fiillerinin yaptırımlarına maruz bırakılarak mağdur edilmemelerinin altını çizen temel bir ceza hukuku ilkesidir.² Bu nedenle hastane yönetimlerinin tıbbi malpraktis olaylarında sorumluluklarının altının çizilebilmesi, "*yönetimi oluşturan organ ve temsilcilerin nereye kadar bu kusurdan sorumlu tutulabileceklerinin belirlenmesiyle*" mümkün olabilecektir.

TCK. m. 20 ikinci fıkrasında genel olarak tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamayacağını, ancak suç hallerinde kanunda öngörülen güvenlik tedbiri nitelikli yaptırımların saklı olduğu belirtilmektedir.³ Hukukumuzda güvenlik tedbirleri uygulanması sadece özel hukuk tüzel kişilerine özgü olup, kamu tüzel kişi-

¹ BOZKURT Enver; "İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı", "*Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 Ankara*", Ankara Barosu Yayınları, 2008, sh. 13

² "Bu ilke cezanın verilmesini, failin isnat edilebilir durumda olması yani fiili işlediği sırada isnat yeteneğine sahip bulunması ile bağlantılı kılınmıştır." HA-FİZÖĞÜLLARI Zeki-ÖZEN Muharrem; "*Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*", 4. Baskı, Eylül-2011, U-S-A- Yayıncılık, sh. 401

³ Tüzel kişilere uygulanacak güvenlik ve koruma tedbirleri için Bkz. KIZILARSLAN Hakan, "*Türk Ceza Hukukunda Tüzel Kişilere Uygulanacak Koruma ve Güvenlik Tedbirleri*", Seçkin yayınevi, Ocak-2020

leri için güvenlik tedbiri yaptırımları ve idari cezalar öngörülmemiştir. Ancak bu konu kamu tüzel kişisi hastane yönetimleri için tazminat davası açılmasına engel bir konu değildir.⁴

AY m. 129/5 “memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kötüye kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, -kendilerine rücu edilmek kaydıyla- kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olmak şartıyla, idare aleyhine yani devlete karşı açılabilceğini” düzenlemektedir. Aynı şekilde AY’nın 40/3 madde ve fıkrası da “kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradıkları zararların da devlet tarafından tazmin edileceğini, devletin ilgililere rücu hakkı olduğunu” belirtmektedir.

Kamu tüzel kişileri hakkında uygulanan bu hükümlerin, özel hukuk tüzel kişisi hastaneler bünyesinde kişilere karşı verilen zararlar konusundaki yansıması Borçlar Kanunu’nun kusursuz sorumluluk kuralları bünyesinde olacaktır. Hastane yöneticisi sorumlularının, ceza sorumluluğunda ise, (gene suçların şahsiliği ilkesi gereği), sorumluluğa dolaylı veya dolaysız bir şekilde herhangi bir ceza sorumluluğunun yükletilebileceği hallerde ceza hukuku anlamında ceza sorumlulukların bahsedilebilecektir.

3- Ceza Hukukunda Kusurluluk,

Ceza hukuku anlamında bir suçtan bahsedilebilmesi için, tipiklikte belirtilen hareketin “iradi bir şekilde gerçekleştirilmesi yani hareketin bilerek ve istenerek yapılması” gereklidir.⁵ Kusurluluk için, kişinin isnat kabiliyetinin bulunması, yani kişinin algılayabilme ve davranışlarına yön verme kabiliyetinin olması, yaptığı fiilin anlam ve önemini bilebilecek akli yeterliliğinin ve olgunluğunun bulunması gereklidir.⁶ Kusurluluk, ceza hukukunda aynı zamanda suçun ana unsurlarından olan “manevi unsur” olarak da adlandırılmakta ve kusurluluğun oluşmadığı

⁴ HAKERİ Hakan, “Hastane Yönetiminin Sorumluluğu”, “Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 Ankara”, Ankara Barosu Yayınları, 2008, sh.161-170

⁵ SOYASLAN Doğan; “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara-2012, sh. 426

⁶ SOYASLAN, a.g.e., sh. 428

yerde suçun da oluşmayacağı kabul edilmektedir.⁷ Kusurluluk faildeki karakter bozukluğu demek değildir.⁸ Kusur genel olarak, failin eylemiyle, hukuk düzenine sadakatsizlik göstermesinden dolayı kınanabilirliğidir.⁹

Kusur, hukukumuzda kast ve taksir olarak iki ana dala ayrılmaktadır. Buradaki fark manevi unsurdan,¹⁰ (taksirde iradenin neticeye yönelik olmamasından¹¹) kaynaklanmaktadır. Kast, kanunda yaptırımı belirlenmiş tipik hareketin kanunda belirtilen neticeyi gerçekleştirmek amacıyla bilerek ve isteyerek yapılması” demek olup,¹² “normal kast” ve “dolaylı kast”¹³ olarak kanunda düzenlenmiş¹⁴, gene TCK’da kastın yoğun hali olarak “tasarlamak-teammüd” birtakım maddelerde suça etki eden veya suçun unsuru olan haller şekilde düzenlenmiştir. Taksir ise TCK’nın 22. maddesinde tanımlanmış olan bir kusurluluk halidir.¹⁵ Taksir; failin neticeyi istememesine karşın kendisinden beklenen ve göstermek zorunda olduğu özeni göstermemek suretiyle suç tipinde gösterilen neticenin gerçekleşmesine sebebiyet vermesi halidir.¹⁶

⁷ “Kusurluluk suçun tipiklik ve hukuka aykırılık unsurlarının fail ile olan ilişkisidir. ÖZBEK Ö.Veli, KAMBUR M. Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker; **“Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, Eylül-2015, sh. 429

⁸ İÇEL Kayıhan; DONAY Şüheyl: **“Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku- Genel Kısım”**, İstanbul, Beta Yayınevi, Mayıs-1987, sh. 76

⁹ MERAĞLI Serkan, **“Ceza Hukukunda Kusur”**, Seçkin Yayınevi, Ankara-Ekim-2017, sh.32

¹⁰ ÖNDER Ayhan; **“Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II”**, Beta yayınevi, 1. Bası Eylül-1989, sh. 330
APAYDİN Cengiz, **“Ceza Hukukunda Kusurluluk”**, Seçkin yayınevi, Temmuz-2018, sh.13

¹¹ CENTEL Nur; ZAFER Hamide, ÇAKMUT Özlem; **“Türk Ceza Hukukuna Giriş”**, 5237 s. TCK ile ilgili mevzuata göre yenilenmiş ve gözden geçirilmiş Altıncı bası, Ekim 2010, sh.398

¹² TCK m. 21; (1) *Suçun oluşumu kastın varlığına bağlıdır. Kast suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*

¹³ TCK m. 21/(2) *Kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır.*

¹⁴ Olası kastta fail unsurların gerçekleşebileceğini kabullenmektedir. (YN)

¹⁵ ÖZBEK-KAMBUR-DOĞAN-BACAKSIZ-TEPE taksirin suçun özel görünüş hallerinden biri olduğunu savunmaktadırlar. Bkz. ÖZBEK-KAMBUR-DOĞAN-BACAKSIZ-TEPE, a.g.e., sh. 508 vd.

¹⁶ ÖZBEK-KAMBUR-DOĞAN-BACAKSIZ-TEPE, a.g.e., sh. 508

Taksir halleri 22. maddede ayrı ayrı sayılmıştır.¹⁷ Aynı şekilde, taksir genel bir kusurluluk hali olmayıp sadece kanunda taksirle işlenebileceği belirtilen suçlarda geçerlidir. Taksir hukukumuzda 5327 s. TCK sonrasında “Basit Taksir” ve “Bilinçli Taksir” olarak ikiye ayrılmış olup, bilinçli taksir “kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın neticenin meydana gelmesi” halinde söz konusu olan ve olası kasta yaklaşan¹⁸ taksir halidir. (TCK m. 22/(3) İleriki anlatımlarımızda konuların üzerinde ayrıntılı olarak durulacaktır.

4- Tıbbi Malpraktisin Hukuki Anlamı- Taksirin Hukuki Niteliği,

a- Tıbbi malpraktis kavramının hukuki karşılığı;

Malpaktis, “bir meslek grubunun mesleğini uyguladığı alanlarda hatalı hareketleriyle kişi kurum ve kuruluşlara zarar vermesi” olarak tanımlanmakta, tıbbi malpraktis ise, “hekimin tıp uygulamaları sırasında, standart uygulamalar yapmayarak (taksiri nedeniyle) hastada oluşturduğu zarar halleri” için kullanılmakta olan bir kavramdır. Uygulamada, “malpraktis” kavramıyla yerleşmiş olan ve “hekimin tedavi nedeniyle ceza sorumluluğu” anlamını taşımakta olan bu kavramın özü, doğrudan doğruya ceza hukukunda kusurluluğun alt dallarından olan “taksir” kavramına dayanmaktadır. Bu nedenle, malpraktis kavramının temel anlamı ve hukuktaki sınırlarının belirlenebilmesi, doğrudan doğruya taksir kavramı ve olayda taksirin ve derecesinin belirlenmesi konularıyla ilintilidir.

Tıpta “komplikasyon” olarak belirtilen ve “beklenmeyen gelişmeler” olarak özetlenebilecek durumlar, eğer bir kusur neticesinde meydana gelmediyse, taksir veya tıbbi adıyla malpraktis

¹⁷ 765 s. Mülga TCK m. 45; Kast kuralının istisnası olarak, “failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahval müstesnadır” diyerek taksiri tanımlamaktaydı. (YN) Bkz. DÖNMEZER Sulhi-ERMAN Şahir, “Nazarı ve Tatbiki Ceza Hukuku, II.” Cilt, sh. Fakülteler Matbaası, 9. Baskı İstanbul, 283

¹⁸ ÖZBEK-KAMBUR-DOĞAN-BACAKSIZ-TEPE, a.g.e., sh. 520

olarak değerlendirilmemekte, ceza hukukundaki kaza¹⁹, hata, tesadüf gibi kusursuzluk halleri kapsamında sayılmaktadır. Komplikasyonla tıbbi malpraktis çoğu zaman birbirlerine karışmaktadır.

Hekimin tıbbi nitelikli muayene ve tedavi amaçlı işlemlerinde davranması gereken konuları, öncelikle tıp bilimi (tıbbi propedötik) ve devamında tıp etiği (tıbbi deontoloji) kuralları belirlemektedir. Tıbbın sadece bir bilim dalı olmadığı, tıp sanatı olarak adlandırıldığı şekliyle bir tür sanat dalı olduğu ve hekimin de bu sanatı icra eden kişi olduğu insanlık tarihiyle birlikte dile getirilmektedir.²⁰ Hekim tıp biliminin gerektirdiği bilimsel pozitif değerlerle tedavi işlemlerini yapmalı, ama bu işlemlerde her zaman tıp etiğince kabul edilen ana değerlere uygun hareket etmelidir. Hekim öncelikle hastasına zarar vermemeli (*primum non nocere*), devamında ise artık pek çok uluslararası sözleşme ve temel tıp normlarıyla da belirlenmiş birtakım kural ve kaidelere uygun hareket etmelidir.

Tıbbi alandaki malpraktis hekimin tedavisi sırasında sadece bilgi ve birikimiyle mesleğinde yeterli olup-olmaması ve yeterli dikkat ve özeni gösterme derecesi değil, aynı zamanda, hekimin tıp sanatının genel kurallarına uyup-uyumadığı ve hastasıyla ilişkilerinde önceliği hastasının menfaatlerine verip-vermediğiyle de ilgili bir değerlendirmedir. Son dönemlerde, pek çok bildirge, sözleşme, kanun ve yönetmeliklerle hekime getirilen aydınlatma yükümlülüğü vs. gibi konular artık hem hekim hem de hekimi istihdam eden hastane yönetimlerinin de en çok üzerinde titizlikle durmaları gereken konular arasında yer almaktadırlar.

¹⁹ “Kaza zararlı sonuç doğuran dış olaydır ve aniden gelişir” Ayrıntılı bilgi için Bkz. EREN Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Fikret Eren)⁸, Yetkin Yayınevi, Ekim 2019

²⁰ KIZILARSLAN Hakan; “Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma”, Çetin Ofset, 2007, sh. 14

Tıbbi müdahalenin²¹ hukuki niteliği ve tıbbi müdahalede tedavi nitelikli işlemlerle adli nitelikli müdahale işlemler arasındaki farklar pek çok yazarca ele alınmış ve alınmaktadır.²²

Hekim ve hastane yönetiminin bu sorumlulukları, sadece ceza hukuku alanında değil özel hukukta tazminata ilişkin olan konularda da öncelikle kusurluluğun olup-olmadığının ve devamında tazmini sorumluluk doğup-doğmadığının belirlenmesi konularında önem taşımaktadırlar.

b- Taksir Kavramı ve Unsurları;

Önceden de belirtildiği gibi, taksir ceza hukukunda kusurluluğun bir çeşidi olarak sadece kanunda düzenlenen hallerde söz konusu olan bir kusurluluk halidir.²³ Taksir sorumluluğunun kaynağı, *“topluma karşı bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi”* olarak belirtilmektedir.²⁴ Kanun koyucu, kişilerin ihmale ve acemiliğe düşerek, topluma zarar vermemelerini sağlamak istemekte, kişi suç işlemeyi ve dolayısıyla hukuka aykırılık sınırına girmeyi istemediği için taksirli suçların cezası kasti suçlara göre daha az belirlenmektedir. Başka bir anlatımla taksir; özen gösterme zorunluluğu oluşturan normu ihlalle gerçekleştiren, bu normu bilme mecburiyetine rağmen fark etmeyen veya norm ihlalinin olası olduğunun görülmesine karşın zo-

²¹ “Tıbbi müdahale; kişinin bedensel, fiziksel, ruhsal yönden oluşan bir eksikliği gidermeye yönelik, teşhis, tedavi ve bakım süreçlerinden oluşan ve tıp bilimi kurallarına gere icra edilen her türlü uğraştır.” KICALIOĞLU Mustafa, “Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları”, Adalet Yayınevi, Ankara-2011, sh.3, “Tıbbi müdahale; insan üzerinde tıp biliminin uygulanması ile bağlantılı her türlü müdahale” HAKERİ Hakan; “Tıp Hukuku”, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara-Kasım, 2013, sh.38

²² Adli muayeneyle ilgili ayrıntılı bilgilendirme için Bkz. KIZILARSLAN; a.g.e

²³ “Taksir denilince objektif olarak öngörülen özen yükümlülüğünün ihlal edilmesi suretiyle işlenen suçlar anlaşılmaktadır.” KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan; “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler” Seçkin Yayınevi, Gözden geçirilmiş ve güncellenmiş 4. Baskı, Ankara-2011, sh. 161, “Taksir sadece bir kusurluluk değildir, aynı zamanda başlı başına bir haksızlığı da ifade eder.” ÖZTÜRK Bahri; ERDEM M. Ruhan; “Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku” TCK değişikliklerine göre yenilenmiş 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara -Ekim-2015, sh. 314

²⁴ SOYASLAN, a.g.e., sh. 438

runluluklarına da aykırı şekilde neticenin gerçekleşmeyeceğine güvenen failin hareketi²⁵ olarak tanımlanmaktadır. Taksir; “*istenen bir davranışın istenmeyen sonucu*” olarak da tanımlanmaktadır.²⁶

Taksir TCK m. 22’ye göre karşımıza, tedbirsizlik, dikkatsizlik ve meslek ve sanatta acemilik olarak çıkmaktadır. Taksirin esası örf-adet gibi yaşam normları ve yetkili makamların koyduğu kurallara aykırılıktır.²⁷ Yargıtay bir kararında taksirli suç; “*insanı daha basiretli ve başkalarının haklarına daha fazla koruyucu davranmaya zorlayan kuralların ihlali*” olarak tanımlanmaktadır.²⁸

Tedbirsizlik; ortak tecrübenin yüklediği tedbir görevini ihlal ederek belli bir neticenin gerçekleşmesini engelleyecek tedbirleri almamak şeklinde ihmali bir hareketi, **dikkatsizlik**; ortak bir tecrübenin yüklediği dikkat ve özen görevine aykırı icrai bir hareketi, **meslek ve sanatta acemilik**; belirli bir meslek üyesinin kanun, düzen ve örf Adet kuralları gereği icra ettiği meslek ve sanatla ilgili sahip olması gereken bilgi ve tecrübelere sahip olmamasını ve **nizamata, evamir ve talimatlara riayetsizlik** ise; bireysel veya sosyal bir faaliyeti düzene sokmak için yetkili mercilerce konulmuş olan kurallara aykırı davranmayı ifade etmektedir.²⁹ Kısaca; hekimin meslek ve sanatında acemiliği, dikkatsizliği, talimatlara ve yetkili mercilerin emirlerine hareket etmesi ve tedbirsizliği taksirini göstermektedir.

Taksirin var olabilmesi için; fiilin yasa da taksirle işlenebileceği belirtilen fiillerden biri olması, hareketin iradi bir hareket

²⁵ JESCHECK Hans-Heinrich-SIEBER Ulrich, “**Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş- Ceza Hukukunun Sınırları**”, (Tercüme Eden; Feridun YENİSEY), Beta Yayınevi, İstanbul-2007, sh. 47

²⁶ HAFIZOĞULLARI Zeki- ÖZEN Muharrem; “**Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**”, 4. Baskı, Eylül-2011, U-S-A- Yayıncılık, sh. 286

²⁷ SOYASLAN, a.g.e., sh. 443

²⁸ YCGK, 13.12.1993 tarih, 221-317 Bkz. DÜZGÜN-ELMACI, a.g.e., sh. 64

²⁹ ÖZBEK-KAMBUR-DOĞAN-BACAKSIZ-TEPE, a.g.e., sh.520

olması,³⁰ neticenin iradi olmaması,³¹ hareketle netice arasında nedensellik bağı ve neticenin öngörülebilmesi³² şartlarının oluşması gereklidir.³³

Taksirli suçlara iştirak ve teşebbüs mümkün değildir.³⁴ Birlikte taksirli suçun işlenmesi halinde, her failin kendi takdiri ölçüsünde cezalandırılması mümkündür. Birlikte ameliyat yapan birden fazla hekimin veya aynı hastaya el uzatmış birden çok hekimin her birinin taksiri ayrı ayrı derecelendirilip o saptamaya göre ayrı ayrı cezalandırılacaklardır. Aynı şekilde hastane yöneticilerinden birden fazlasında taksirin bulunması halinde de her yönetici kendi sorumluluğundaki taksir derecesi oranında ayrı ayrı cezalandırılacaklardır.

Hekimin veya hastanelerin ceza sorumluluğu bu taksir öğretisi üzerinde değerlendirilmesi gereken konulardır. Hekimden beklenen meslek ve sanatında yeterlilik, tedbir ve özeni hekimin göstermemesi ve keza hastane yönetiminin bu şekilde davranmamaları sonrasında meydana gelen neticelerden sorumlu tutulacaklarını söylememiz mümkün olacaktır.

c- Taksirin ve derecesinin belirlenmesi

Hekimin taksirinin olup-olmadığı ve varsa derecesinin belirlenmesi tıbbi malpraktisin en önemli alanlarından birini oluşturmaktadır. Hekimin tedavi sürecinin ve dolayısıyla hekimin becerisi ve mesleğini ifadaki yeterliliğinin belirlenmesi,

³⁰ "Kişi objektif özen yükümlülüğünün mevcudiyetini ve muhtevasını anlayabilecek ve bu doğrultuda davranabilecek durumda olmalıdır." ÖZGENÇ İzzet; "Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler", Seçkin yayınevi, Gözden geçirilmiş ve güncellenmiş 11. Bası, Eylül-2015, sh. 389, JESCHECK, a.g.e., sh.51

³¹ KOCA-ÜZÜLMEZ, a.g.e., sh.181

³² YCGK, 11.05.2004 tarih, 2/97/115, DÜZGÜN Nuri, ELMACI Şerafettin, "5237 s. Türk Ceza Kanunu'na Göre Olası kast- Bilinçli Taksir ve Taksirle İşlenen Suçlar", Adalet yayınevi, Ankara-2007, sh. 63, DEMİRBAŞ Timur; "Ceza Hukuku Genel Hükümler", 13. Baskı Seçkin Yayınevi, Eylül-2018

³³ DÖNMEZER-ERMAN, a.g.e., sh. 295-305, ÖZBEK-KAMBUR-DOĞAN-BACAĞIZ-TEPE, a.g.e., sh.514, . DÜZGÜN-ELMACI, a.g.e., sh. 63 vd.

³⁴ HEINRICH Bernd, "Ceza Hukuku Genel Kısım II" (Editör Yener ÜNVER), Adalet yayınevi, Ankara-2015, sh. 79

bir diğ er anlatımla malpraktiste bilirkiş ilik süreci bu alanın en önemli tartış ma alanlarından birini oluşt urmaktadır. İş in iç ine hastanelerin yönetici ve organlarının sorumluluklarının da belirlenmesi girdiğ inde, iş daha da karmaş ıklaş an ve ç özümü tıp ve ceza hukuku bilimlerinin multidisipliner alanında ç özölmesi gereken bir sorun halini almaktadır.

Taksirin derecesinin belirlenmesinde, taksirin ana unsurlarını oluşt uran hallerin, yani failin meslek ve sanatta acemiliğ inin, dikkatsizi ve ö zensizliğ inin, merci emir ve talimatlarına aykırılığ ının bir büt ün halinde değ erlendirilmesi gerekmektedir. Hekim ve hastanelerin taksirlerinin olup-olmadı ğ ı konusunda bu aş amada uygulama ve doktrinde önemli zorluklar yaşanmaktadır. Zorluklardan en önemlisi bu konuda halâ açık ve net bir şekilde otorite bir bilirkiş ilik kurumunun kurulamış olmasıdır.

1219 s. Kanun'un 75. maddesiyle tıbbi malpraktis olaylarında ceza davalarında resmi ve tek yetkili bilirkiş i olarak görev yapmakta olan tek sesli ve otoriter bir inceleme yeri olarak Yüksek Sağ lik Ş urası görevliyken, Anayasa Mahkemesinin 22.10.2010 tarihli Resmî Gazete 'de yayımlanan 3/6/2010 tarih ve E. 2009/69, K. 2010/79 sayılı kararı ile ceza mahkemelerini Yüksek Sağ lik Ş urasından rapor almakla zorunlu tutan madde iptal edilmiştir.³⁵ Halen ceza hukukunda adli tıp kurumu, hastaneler bu konularda bilirkiş ilik görevi üst lenmiş bulunmaktadırlar.

³⁵ AYM; "ceza davasında amaç maddi gerçeğ in ortaya çıkarılmasıdır. İtiraz konusu kuralla, bu amaca hizmet edecek şekilde 1930'lu yıllarda Yüksek Sağ lik Ş urasına resmi bilirkiş ilik görevi verilmiştir. Söz konusu kuralda, mahkemelerin görüş ünü alabileceğ i üniversitelerin tıp fakülteleri, eğitim veren devlet hastaneleri veya Adli Tıp Kurumu gibi donanımlı tıbbi kurumlara başvuru olanağ ının bulunmasına karş ın, belirtilen yapısıyla faaliyet gösteren Yüksek Sağ lik Ş urasının görüş ünü almaya mahkemelerin zorlanması ve söz konusu Kurulun görüş ünün alınması için belli bir süre de ö ngörülmemesi davaların gereksiz yere uzamasına neden olacaktır. Bu durumun Anayasadaki mahkemelerin bağımsızlığ ı ve adil yargılama ilkeleriyle bağ daş madı ğ ı açıktır, kuralın iptali gerekir." gerekçesini kullanmıştır.HAKERİ Hakan, Yüksek Sağ lik Ş urasının Resmi Bilirkiş ilik Görevi Sona Erdi, <https://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-yuksekk-saglik-srasinin-resmi-bilirkisilik-gorevi-sona-erdi-72-64-2592.html>, Eriş im tarihi, 28.10.2019, Çevrimdiş ı

II- HUKUKUMUZDA HASTANELERLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

Ülkemizde tıpla ilgili temel kanun 1219 s. “*Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun*”³⁶’dur. Bu kanun, tıp sanatıyla ve hekimlikle ilgili temel konuları düzenlemekte ve hasta hekim ilişkisiyle muayene süreçlerine, tıp görevlilerinin görev ve sorumluluklarına dair temel düzenlemeleri içermektedir. Bu temel yasanın yanında çok sayıda kanun ve diğer norm düzenlemeleri bulunmaktadır. 1987 tarihli 3359 s. “Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu”³⁷ idari açıdan sağlık teşkilatının yapılanmasını içermektedir. Süreç içerisinde, bu kanunun pek çok hükmü kaldırılmış ve tadil edilmiş bulunmaktadır. Bunun yanında 5258 s. “Aile Hekimliği kanunu”, Adli Tıp Kanunu gibi yasal metinlerde temel hükümler içermektedir. 2219 s. 24.05.1933 tarihli “Hususi Hastaneler Kanunu”³⁸ özel hastaneleri düzenlemektedir.

Sağlık hizmeti veren yataklı, yataksız sağlık kurum ve merkezleriyle ilgili olarak çok sayıda yönetmelik mevcut olmakla birlikte, konumuzla ilgili olarak iki önemli yasal metin bize yol gösterici olmaktadır. Bunlardan ilki; 1983 tarihli “Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği”,³⁹ diğeri ise 2002 tarihli “Özel Hastaneler Yönetmeliği”⁴⁰’dir. Bunlara ek olarak “Ayakta Tedavi Yönetmeliği” de sayılabilir. Yataklı tedavi kurumları yönetmeliği tüm yatarak tedavi görülen sağlık birimlerine ait temel düzenlemeleri içerirken, özel hastaneler yönetmeliği sadece gerçek kişilere veya özel hukuk tüzel kişilerine ait olan hastanelere ilişkin düzenlemeler içermektedir.

2219 s. “Hususi Hastaneler Kanunu”; “özel hastanelerin gerçek kişilerce veya özel hukuk tüzel kişilerin kurulabilmesine izin veren” bir kanundur. Bu Kanun’un 1. maddesinde;

³⁶ RG, 14.04.1928 Sayı, 863

³⁷ RG 15.05.1987 Sayı; 19461

³⁸ RG 05/06/1933 Sayı: 2419

³⁹ RG 13.01.1983, Sayı; 17927

⁴⁰ RG 27.03.2002, Sayı; 24708

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

“Devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka, yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları “hususi hastaneler” den sayılır.” demek suretiyle özel hastaneleri tanımlamaktadır. Bunların dışında kalan ve aynı kanunun ikinci maddesinde belirtilen yerler bu kanun kapsamında sayılmamaktadır.

III- HASTANE YÖNETİMLERİNİN CEZA SORUMLULUĞU

Hukukumuzda, kamu hastaneleriyle özel hastaneler farklı hukuki yapılarda düzenlenmiş ve her iki kurumun da genel denetim ve gözetimleri T.C. Sağlık Bakanlığı'na verilmiştir. Devlet hastaneleri doğrudan devletin hiyerarşik kuralları çerçevesinde kendi iç düzen ve anlayışlarıyla yönetilmektedir. Önceden de belirttiğimiz ve ileriki bölümlerde de belirteceğimiz gibi; hukukumuzda kamu hukuku tüzel kişilerinin ceza sorumlulukları ve kamu tüzel kişilerine TCK ve Kabahatler Kanunu kapsamında cezai yaptırımlar ve güvenlik tedbirleri uygulanması kabul edilmemektedir. Ancak bu, tazminat taleplerinde bulunulmasına engel değildir. Tazminat talepleri Devlet'e karşı açılmak zorundadır. Devlet'in de sorumlulara rücu hakkı vardır.

Özel hastaneler ise, hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler tarafından kurulabilmektedir.

“Hususi Hastaneler Kanunu” en önemli sorumluluk yükünü hastane mesul müdürleri için getirmektedir. 2219 s. Kanun her özel hastanenin bir “mesul müdürü” olması zorunluluğunu 9. maddesiyle getirmektedir. Mesul müdür, Türkiye’de hekimlik yapabilme vasfına sahip ve 5 yıl hekimlik yapmış ve sabıkasız ve yasaklı olmayan biri olmalıdır. Mesul müdür, özel hastanelerin tüm idari ve tıbbi işleyişinden sorumlu olan ve kamu otoritesi olan bakanlık ve uzantılarına karşı doğrudan kişisel ve kurumsal sorumluluk altında olan kişidir. Mesul müdür aynı zamanda özel hukuk tüzel kişilerine ait özel hastanelerde

fiili ehliyet ayağını oluşturan ve söz konusu hastane tüzel kişiliğinin temsilcisi konumunda da olan bir kişidir. Genel olarak medeni, idare ve ticaret hukuklarında, tüzel kişiliğin organlarını yönetim kurulu oluşturmaktadır. Eğer mesul müdür aynı zamanda tüzel kişiliğin organı durumundaysa yine mesul müdürlükten doğan sorumlulukları öne geçecektir. Genel hukuk anlayışı içinde, mesul müdür yönetim kurulu üyesi olmasa da hastane sahibi özel hukuk tüzel kişisinin aynı zamanda bir temsilcisi de sıfatındadır.

2219 s. Kanun'a göre, mesul müdürün, bu kanuna göre sorumluluğu, tüzel kişi temsilcilerinin sorumluluklarından daha farklı ve daha öznel (tanımlanmış) bir sorumluluk niteliğindedir. Mesul müdür, hastane faaliyetleri kapsamında, sadece bir yönetici olarak değil, aynı zamanda bir tıp mesleği mensubu hekim olarak da kendi yetki ve sorumluluk alanına giren konulardan sorumludur. Burada mesul müdürün sorumluluk alanı içinde tıbbi müdahalelerin işleyişiyle bağlantılı olarak ortaya çıkan taksir hallerinde sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Örneğin, hastanenin genel veya tıbbi cihazlarının bakım ve kalibrasyonları, sterilizasyonu konularında ihmal göstererek, kişilerin yaşam veya vücut bütünlüklerine zarar veren olan mesul müdür, sadece bir yönetici sıfatıyla değil şahsi olarak bir hekim sıfatıyla da sorumlu olacaktır.

Mesul müdürün sorumluluğunun hukuki temeli, hizmet nedeniyle sorumluluk ve şahsi sorumluluk esaslarıyla bir arada izah edilebilir. Bir hastane mesul müdürünün görevi dahilinde olup ihmal ettiği alanlarda oluşan zararlardan hizmet nedeniyle sorumluluğu olduğu gibi, bir tıp mesleği mensubu kimliğiyle tıbbi işlemler sırasındaki işlem ve kararlarından da şahsen sorumluluğu bulunmaktadır.

Özel hastaneler kanununda "Dördüncü Fasıl" da belirtilen 34, 36, 37, 38, 39, 40 ve 41. maddelerde mesul müdürleri için idari yaptırımlar ve ruhsat iptaline kadar varan tedbirler öngörülmüş, 42. maddede hastane işleticisi için idari para cezası, 42 ve 43. maddelerde de uzman hekimler için yaptırımlar düzenlenmiştir. Bu fasılda düzenlenen cezai hükümlerin genel ola-

rak hastanelerin işleyişi ve hastalara yeterli bakımın gösterilmesiyle ilgili zorlayıcı hükümler niteliğinde oldukları 42 ve 43. maddelerin özellikle uzman cerrah ve diğer hekimlerin tedavi sırasındaki kusurlarına ve özellikle ihmallerine yönelik önleyici amaçlı düzenlemeler niteliğinde oldukları görülmektedir. Özellikle 43. madde, ön incelemeleri yapmadan cerrahi ameliye icra eden hekimlere öncelikle idari para cezası verileceğini, eğer bu suretle ve bu nedenle cerrahi ameliye yapılan hastanın ölmesi durumunda icra eden tabip hakkında TCK 'nun ilgili maddelerinin uygulanacağını belirtmektedir.

Başlangıçta da kısmen değinildiği gibi, hukukumuzda tüzel kişilerin fiil ehliyetleri olmadığı kabul edildiğinden, ceza hukuku anlamında sorumlulukları olmadığı TCK. madde 20' de açıkça belirtilmektedir. Tüzel kişilerin soyut nitelikte kişilikleri olduğu ve organ ve temsilcileri eliyle hukuki ve fiili ehliyetle sahip olabildikleri kabul edilmekte, tüzel kişiler bünyesinde işlenen suçlarda tüzel kişilerin doğrudan cezai sorumluluk sahibi olamayacakları, suça karışan organ veya temsilcilerinin ceza muhakemesinin süjeleri olabilecekleri kabul edilmekte, aynı maddenin ikinci fıkrasında ise tüzel kişilere TCK m. 60. da öngörülen güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği belirtilmektedir.

Konumuzla ilgili açısından önemli olan husus ise, TCK'da güvenlik tedbiri uygulanabilecek tüzel kişilerin sadece özel hukuk tüzel kişileri olabileceği ve sadece kastı suçlarda bu tedbirlerin uygulanabilmesi kuralıdır. TCK m. 60 "sadece kasıtlı suçlarda tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin özel hukuk tüzel kişilerine uygulanabileceği" şeklinde bir düzenleme içermektedir. Bu noktada taksir anlamında olan tıbbi malpraktis konularında özel hastane sahibi olan özel hukuk tüzel kişilerine TCK m. 60 kapsamında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbiri uygulanması mümkün değildir. TCK. da kamu tüzel kişilerinin ceza sorumlulukları kabul edilmediği için zaten kamuya ait hastaneler nedeniyle bu tedbirlerin uygulanması olanaksızdır. Her iki halde de mağdur tarafın yönetime ve hastane sahibi gerçek, kamu hukuku tüzel kişisi ve özel hukuk tüzel

kişilerine ve ayrıca tıbbi müdahaleyi yapan kusurlu hekime karşı borçlar hukuku kapsamında tazminat talepli dava açma hakkı bulunmaktadır.⁴¹

Bu aşamada ileride oluşacak tazminat kararlarının infazı noktasında, hastane sahibi özel hukuk tüzel kişinin malvarlığının muhafazası özel hukuk kalmakla birlikte, bu noktada ve bu amaçla ceza muhakemesi araçlarının da kullanılabilirliğinin tartışılması da bir başka konu başlığı olmalıdır.

Eğer, özel hastane bir gerçek kişiye aitse, bu durumda, özel hastane sahibi gerçek kişinin taksir oluşturan eylemle ilgili olarak herhangi bir kusurunun bulunup-bulunmadığının saptanması gerekmektedir. Burada aranması gereken kusur, mesul müdürün sorumluluğu kapsamı dışında olan ve işletmeci sıfatıyla oluşan kusur olmalıdır.

Özel hastane sahibi kişi, aynı zamanda suçlamaya konu oluşturan tıbbi işlemi yapmış bir hekim de olabilir. Bu halde hekim olarak taksirinin belirlenmesi öne çıkacak ve hastane sahibi kimliğinin önüne geçecektir. Eğer olayda aynı zamanda hastane sahibi olarak da sorumluluğuna ilişkin kusur halleri mevcutsa, bu kusurluluk halleri de taksirin derecesini belirleyen göz önüne alınmalıdır.

Tıbbi müdahaleyi yapan hekim aynı zamanda hastane mesul müdürü de olabilir. Bu halde de yukarıdaki fıkrada belirttiğimiz kurallara göre hareket edilmeli, kusurun belirlenmesinde öncelikle tıbbi müdahaleden sorumlu bir hekim olarak sorumluluğu belirlenip, mesul müdür de olmasının getirdiği sorumluluk halleri oluşmuşsa bunlarda taksirin derecesini belirlemede dikkate alınmalıdır.

Her ne kadar kasıtlı işlenen suçlara ilişkin olsalar ve konumuzla teorik olarak birebir örtüşen yanları tam olmasa da, tüzel kişilerin cezai sorumluluklarını belirleme konularındaki

⁴¹ YILMAZ Yasemin, "Özel Hastane İşleticisinin Hastaneye kabul Sözleşmesi Çerçevesinde Yürütülen Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğu", Onikilevha Yayınları, İstanbul-Eylül-2019, sh. 39 vd.

gelişmelerle paralel olarak, son dönemde uluslararası hukukta özel hukuk tüzel kişisi ticari şirketlerin, küresel suçlarda ceza sorumluluklarını belirlemek amacıyla konuşulmakta olan ve özellikle terör ve uluslararası suçlarda BM Güvenlik Konseyince alınan malvarlıklarının dondurulması kararlarının alınmasında dikkate alınmaya başlayan bir anlayış gelişmektedir.

Üzerine düşen denetim ve gözetim yükümlülüğünü yeterli şekilde ifa etmeyerek, organ ve temsilcilerinin suç işlemlerine olanak tanıyan özel hukuk tüzel kişileri için “Avrupa Birliği’nde Suç Gelirlerinin Dondurulması ve Müsaderesi Konulu Avrupa Konseyi ve Parlamentosu Direktifi”nin 5. maddesinde kabul edilmiş bulunan “mahkumiyete dayalı olmayan müsadere (*Non Conviction-Based Confiscation in Europe (NCBC)*)” hallerinin⁴² ve benzeri bir şekliyle hekim üzerinde yeterli denetim oluşturmayan ve hastane şartlarını yeterli hale getirmemesi nedeniyle tıbbi müdahale öncesi, sırası ve sonrasında zarara ve komplikasyonlara veya sair kusurluluk hallerine sebep olan hastane yönetimlerinin de dolaylı faillik olarak da adlandırılacak⁴³ olaylarda taksir noktasında sorumluluk yükletilebilmesinin olanaklı olup-olamayacağı, hekime tıbbi müdahalelerde hangi oranda risk alma izni verildiği ve hastane yönetiminin bu konudaki belirleyiciliğinin niteliği ve sorumluluk doğurup-doğurmadığı⁴⁴ konularının tartışmaya açılmasında fayda bulunmaktadır.⁴⁵

⁴² Ayrıntılı bilgi için Bkz.; RUI Peter Jon, SIEBER Ulrich, Bringing the Picture Together- Chapter 10, NCBC in Europe” **“Non Conviction-Based Confiscation in Europe, Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction-**, Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht Strafrechtliche Forschungsberichte, Herausgegeben von Ulrich Sieber, Duncker & Humblot, Berlin, 2015

⁴³ Ayrıntılı bilgi için Bkz. ÖNÖK R. Murat, “Müşterek Suç Girişimi (*Joint Criminal Enterprise*) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri”, Seçkin yayınevi, Mart-2019

⁴⁴ ÜNVER Yener, “Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk”, Beta Yayınevi, İstanbul-1998, sh. sh.168 vd.

⁴⁵ Ayrıntılı tartışmalar için Bkz. “AKİT DIŞI KUSURSUZ SORUMLULUKTA BEDENSEL ZARARLAR (Uluslararası Kongre) Editörler; Sema UÇAKHAN GÜLEÇ, Necdet BASA), Ankara- 2018

Halen, büyük çoğunluğu özel şirketlere ait ve özel ticari şirketlerce yönetilen özel hastanelerin, daha fazla para kazanabilmek amacıyla bir takım tıbbi zorunlulukları yerine getirmek için kaçınarak tıbbi müdahalelerde hastaların zarar görmesine neden oldukları olaylarda, -yukarıda kısaca aktardığımız hukuki yapı içinde- isnadın taksirli suçu kapsıyor olması nedeniyle, TCK m. 60'da belirtilen güvenlik tedbirlerine muhatap olamayacakları açıktır. 2219 s. Kanun 34-43. maddeleri arasında getirilen idari para cezaları ve ruhsatın iptali yaptırımları bir yere kadar caydırıcı sayılsa da bu hükümler daha çok mesul müdür gerçek kişi üzerinde etkili olması ve tüzel kişiliğin tamamına etkili olmaması nedeniyle asıl yönetici olan tüzel kişiliğin organları ve devamında mal sahibi paydaşları üzerinde etkisi bulunmadığı açıktır. Bu maddelerde yer alan para cezası miktarları zaten caydırıcılık taşımayacak miktarlardadır. Günümüzde tazminat davalarını ne denli yavaş işlediği ve sorunu çözmekte uzak ve caydırıcılığı olmayan bir yol olduğu da bellidir.

Bu nedenlerle özellikle büyük ölçekli özel hastaneler zinciri işletmekte olan küresel ticari şirketlerin tıbbi malpraktis hallerinde de cezai yaptırımlar noktasında sorumluluklarını getiren yasal düzenlemeler yapılması konularında tartışma başlığı açılarak bu yönde harekete edilmesinde fayda bulunmaktadır. Özellikle uluslararası sözleşmelerle tanınan hasta haklarına aykırı hareket ettiği belirlenen küresel ölçekli hastane sahibi ticari şirketlerin bu noktada mercek altına alınması doğru olacaktır.

SONUÇ

Tıbbi müdahalede kusuru bulunan hekimler ve tıp personeliyle ilgili olarak, TCK kapsamındaki taksirin derecesiyle ve neticesiyle orantılı işlem ve anlatımlar çalışma konumuzun dışında olduğundan, çalışmamızda bu konulara ayrıntılı şekilde yer verilmemiştir.

Hukukumuzda, hastane yönetimlerinin tıbbi müdahaleden doğan kusurluluk hallerinde sorumlulukları daha çok tazminat talepleriyle muhataplık noktasında kalmaktadır. Ceza hu-

kukumuzda tüzel kişilerin ceza sorumlulukları kabul edilmediği gibi, TCK m. 60 'da öngörülen güvenlik tedbirleri sadece özel hukuk tüzel kişilerinin organ veya temsilcilerinin tüzel kişi lehine kanunda gösterilen kasti suçlara karışmış olmaları söz konusudur. Ceza muhakemesi hukukunda, CMK 128 ve 133. maddelerde söz konusu olan söz konusu olan elkoyma, kayyım atanması gibi koruma tedbirleri de aynı şekilde sadece bu hallerde söz konusu olabilmektedir. Kamuya ait hastanelerle ilgili olarak zaten hukukumuzda devlete karşı tazminat dışında tanımlanmış bir ceza veya idari yaptırım bulunmamaktadır.

Özel hastanelerle ilgili kanunlar ve yönetmeliklerde “mesul müdür” ve “mesul müdürün sorumlulukları” ön plana çıkmakta, aslen mesul müdür, hastane yönetimi sırasında, kanun ve yönetmelikte belirtilen durumlarda idari yaptırımlarla muhatap olmakta, hastane işleticisinin de bir iki durumda sorumlulukları kabul edilmektedir. Özel hastanelerle ilgili en kuvvetli idari yaptırım “ruhsatın geçici veya kalıcı olarak iptali ve hastane faaliyetinin durdurulması” gibi yaptırımlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Mesul müdürün tıbbi müdahalelerde oluşan kusurluluk hallerinde şahsi olarak tıbbi müdahaleye el attığı ve karıştığı haller dışında ceza sorumluluğu kanunda yer almamaktadır. Ancak hastane yönetimindeki bir takım tıbbi hatalar veya genel hasta hekim ilişkilerinin doğru yürümemesi, hastane sterilizasyonuna riayet edilmemesi, kabul ve sevk işlemlerinde ihmal gösterilmesi gibi sebeplerle ölüm veya vücutsal zararların oluşması hallerinin de tıbbi kusur kabul edilerek hastane yönetimimin bu eylemleri nedeniyle de taksiri olup-olmadığı ve derecesi araştırılmalıdır.

Tıbbi müdahalelerde hekimin taksiri ve bu taksirini derecesi üzerinde çok tartışılan ve artık genel hatları belirlenmiş konulardan birisidir. Ancak, hastane yönetimlerinin gerek hastane sahibinin özel kişi olması ve gerekse özel hukuk tüzel kişisi olması halinde hizmetten soğan sorumlulukları konusu tam olarak bilinmemekte ve bu konuda yasal yaptırımlarda yeterlilik

bulunmamaktadır. Özellikle yönetimin ihmali veya ekonomik nedenlerle risk alarak bir takım tıp biliminin gereklerini yerine getirmemesi, hekim hasta ilişkilerinde kanunlar ve uluslararası metinlerdeki yükümlülükler aykırı etmesi hallerinde, hekim kadar kusurlu olacağı, bu konuda hizmet nedeniyle kusursuz sorumluluk gibi özel hukuk kavramının ceza hukuku temel ilkelerine aykırı olmayan bir şekilde bu alana özgü olmak üzere kabul edilmesinde fayda görmekteyiz.

Hukukumuzda mesul müdüre verilen sorumluluklar ne kadar çok olsa da ileri ki bir tazminat talebi noktasında mesul müdürün şahsi yeterliliğiyle birtakım zararların karşılanamayacağı açıktır. Aynı şekilde mesul müdürle ilgili yetkilerle sorumluluk arasında bir oran mevcut görülmemektedir. Özel hukuk tüzel kişinin yönetim kurulunun takdiriyle atana ve bütün varlığı ticari şirket yönetiminin takdirinde olan mesul müdürün bir takım yönetsel taleplere karşı koyamaması ve ticari nitelikli taleplerde yönetimin güdümüne girmesi ve bunun tıbbi gerekliliklerle çatışması doğaldır ve zaten uygulamada bu tür yapılara sıkça rastlanmaktadır. Bu gerçeklikle bir arada düşünüldüğünde, ticari şirket tüzel kişilerine ait hastanelerde, tüzel kişi organ veya temsilcilerinin de sebep oldukları kusura dayalı zararlardan sorumlulukları söz konusu olmalı, bu sorumluluk özel hukuk tüzel kişisine de teşmil edilebilir bir hukuki yapı oluşturulmalıdır.

Ticari kaygılarla temel yaşam hakkını ve sağlık haklarını hiçe sayan küresel ticari şirketlerin sadece tek başlarına çalıştırdıkları hekimlerin sorumlu tutulmalarıyla taksirlerinden sorumsuz bırakılmaları doğru değildir. Elbetteki gerçek kişilere uygulanan fiili yaptırımların muhatabı olamasalar da idari para cezaları artırılmak ve TCK m. 60'ta belirtilen "iznin iptali" gibi güvenlik tedbirlerine de hükmedilebilmesinin sağlanması doğru olacaktır. Bu noktada hastane sahibi ticari şirketin kusurluluğunun "bilinçli taksirle olası kast arasında kalan noktaya gelmiş olması" şartını aramak ceza hukuku sistematğine de aykırılık oluşturmayacaktır.

KAYNAKÇA;

“AKİT DIŞI KUSURSUZ SORUMLULUKTA BEDENSEL ZARARLAR (Uluslararası Kongre) Editörler; Sema UÇAKHAN GÜLEÇ, Necdet BASA), Ankara- 2018

APAYDIN Cengiz, **“Ceza Hukukunda Kusurluluk”**, Seçkin yayınevi, Temmuz-2018

CENDEL Nur; ZAFER Hamide, ÇAKMUT Özlem; **“Türk Ceza Hukukuna Giriş”**, 5237 s. TCK ile ilgili mevzuata göre yenilenmiş ve gözden geçirilmiş Altıncı bası, Ekim 2010

DEMİRBAŞ Timur; **“Ceza Hukuku Genel Hükümler”**, 13. Baskı Seçkin Yayınevi, Eylül-2018

DÜZGÜN Nuri, ELMACI Şerafettin, **“5237 s. Türk Ceza Kanunu’na Göre Olası kast- Bilinçli Taksir ve Taksirle İşlenen Suçlar”**, Adalet yayınevi, Ankara-2007

DÖNMEZER Sulhi- ERMAN Sahir, BAYRAKTAR Köksal, KİZİROĞLU Serap Keskin, ZAFER Hamide, SINAR Hasan, ÖNOK R. Murat, ERMAN Barış; **“Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt I Giriş-Tarihçe-Kaynaklar-TCK’nun Uygulaması”**, DER Yayınları, 14. Baskı İstanbul.

DÖNMEZER Sulhi- ERMAN Sahir, **Nazarı ve Tatbiki Ceza Hukuku, II. Cilt**, sh. Fakülteler Matbaası, 9. Baskı İstanbul.

EREN Fikret; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Fikret Eren)”**, Yetkin Yayınevi, Ekim 2019

EROL Gültezer HATIRNAZ, **“Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları”**, 3. Baskı, Seçkin yayınları, Ağustos-2013, Ankara

HAFIZOĞULLARI Zeki- ÖZEN Muharrem; **“Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”**, 4. Baskı, Eylül-2011, U-S-A- Yayıncılık

HAKERİ Hakan; **“Tıp Hukuku”**, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara-Kasım, 2013

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

- HAKERİ Hakan, "Yüksek Sağlık Şûrasının Resmi Bilirkişilik Görevi Sona Erdi", <https://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-yuksek-saglik-srasinin-resmi-bilirkişilik-gorevi-sona-erdi-72-64-2592.html>, Erişim tarihi, 28.10.2019, Çevrimdışı
- HEINRICH Bernd; **"Ceza Hukuku Genel Kısım I"** (Editör Yener ÜNVER), Adalet yayınevi, Mart, 2014
- HEINRICH Bernd; **"Ceza Hukuku Genel Kısım II"** (Editör Yener ÜNVER), Adalet yayınevi, Ankara-2015
- İÇEL Kayıhan; DONAY Süheyl: **"Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku- Genel Kısım"**, İstanbul, Beta Yayınevi, Mayıs-1987
- JESCHECK Hans-Heinrich-SIEBER Ulrich, **"Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş- Ceza Hukukunun Sınırları"**, (Tercüme Eden; Feridun YENİSEY), Beta Yayınevi, İstanbul-2007
- KARAN GÖZPINAR Gülşah, **"Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu"**, Seçkin yayınevi, Nisan-2015
- KAYMAZ Seydi, GÖKCAN Hasan Tahsin, **"5237 s. Türk Ceza Kanunu'nda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçlar"**, Seçkin Yayınevi, Ankara-2006
- KICALIOĞLU Mustafa, **"Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları"**, Adalet Yayınevi, Ankara-2011
- KIZILARSLAN Hakan; **"Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma"**, Çetin Ofset, 2007
- KIZILARSLAN Hakan, "Türk Ceza Hukukunda Tüzel Kişilere Uygulanacak Koruma ve Güvenlik Tedbirleri", Seçkin yayınevi, Ocak-2020 de yayınlanacak taslak metin.
- KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan; **"Türk Ceza Hukuku Genel Hükmümler"** Seçkin Yayınevi, Gözden geçirilmiş ve güncellenmiş 4. Baskı, Ankara-2011

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

- MERAKLI Serkan, "Ceza Hukukunda Kusur", Seçkin Yayınevi, Ankara- Ekim-2017
- ÖNDER Ayhan; "Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II", Beta yayınevi, 1. Bası Eylül-1989
- ÖNOK R. Murat, "Müşterek Suç Girişimi (*Joint Criminal Enterprise*) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri", Seçkin yayınevi, Mart-2019
- ÖZBEK Ö. Veli, KAMBUR M. Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker; "Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler", Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, Eylül-2015
- ÖZGENÇ İzzet; "Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler", Seçkin yayınevi, Gözden geçirilmiş ve güncellenmiş 11. Bası, Eylül-2015
- ÖZKAN Hasan, AKYILDIZ Sunay (ÖNER), "Açıklamalı İçtihatlı Hasta Hekim Hakları ve Davaları", Seçkin yayınevi, Ankara-2008
- ÖZTÜRK Bahri; ERDEM M. Ruhan; "Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku" TCK değişikliklerine göre yenilenmiş 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara-Ekim-2015
- ÖZTÜRK Bahri; ERDEM M. Ruhan; "Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku" TCK değişikliklerine göre yenilenmiş 18. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara-Eylül-2018
- SAVAŞ Halide, "Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları- Tıbbi Malpraktis-Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları", Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara-2011
- RUI Peter Jon, SIEBER Ulrich, Bringing the Picture Together- Chapter 10, NCBC in Europe" "Non Conviction-Based Confiscation in Europe, Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction-, Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

für ausländisches und internationales Strafrecht
Strafrechtliche Forschungsberichte, Herausgegeben
von Ulrich Sieber, Duncker & Humblot, Berlin, 2015

SOYASLAN Doğan; **“Ceza Hukuku Genel Hükümler”**, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara-2012

“Tıp ve Ceza Hukuku”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi-2, (Proje Yöneticisi; Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan Yener ÜNVER), Seçkin Yayınevi, Ankara-2004

“Tıp ve Sağlık Hukuku”, Hakan HAKERİ’ye Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi-14, (Editör; Yener ÜNVER), Seçkin Yayınevi, Ankara-Mart, 2014

ÜNVER Yener, **“Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk”**, Beta Yayınevi, İstanbul-1998

YILMAZ Yasemin, **“Özel Hastane İşleticisinin Hastaneye kabul Sözleşmesi Çerçevesinde Yürütülen Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğu”**, Onikilevha Yayınları, İstanbul-Eylül-2019

YÜCEL Özge, **“Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbi kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları”**, Seçkin Yayınları, Şubat-2018, Ankara

BEDENSEL ZARARLAR BAĞLAMINDA CEZA MAHKEMESİ KARARLARININ HUKUK MAHKEMESİNE ETKİSİ

İbrahim İLHAN

Yargıtay 1. Ceza Dairesi

Türk yargı sistemi, adli yargı mahkemeleri, idari yargı mahkemeleri, askeri yargı mahkemeleri ve yüksek mahkemelerden oluşmaktadır. 26.09.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun'un ikinci maddesi gereğince adli yargı ilk derece mahkemeleri, hukuk ve ceza mahkemeleridir.

Hukuk ve ceza mahkemeleri farklı davaları konu edindiklerinden kural olarak vermiş oldukları kararların birbirini etkilemesi söz konusu değildir. Fakat bazı istisnai hallerde ceza mahkemesinin vermiş olduğu bir kararın hukuk mahkemesini etkileyip etkilemeyeceği sorusu akla gelmektedir. Bu istisnai hallerin başında, suç teşkil eden fiilin aynı zamanda borçlar hukuku bağlamında haksız fiil teşkil etmesi ve tazminat davasına konu olması gelmektedir.

Suç ve haksız fiil teşkil eden bir eylemin özel hukuk ve ceza hukukundaki sonuçları çeşitli ve farklı olacaktır. Hukuk ve ceza muhakemesinin amacı, konusu, yargılama yöntemi gibi konularda temel farklılıkları olması nedeniyle, bu durumda esas itibariyle bir anormallik yoktur. Ancak hukuk düzeninin

bir bütün olması karşısında, uyumsuzluğun temeline (özellikle olayın varlığına veya yokluğuna ya da meydana geliş şekline) ilişkin hususlarda zıt kararların çıkması çeşitli hukuki sorunlara neden olabilir.

Bu gibi durumlarda çelişkili kararlar çıkmasının önüne geçilmesi önemlidir. Bunun sağlanması için ilk akla gelen, bir mahkemenin (uygulamada ceza mahkemesi) kararının beklenmesidir. Ancak bu durumda ilk olarak, yargılamaların makul süre içinde sonuçlandırılmaması gibi bir sorun ortaya çıkmaktadır. Diğer taraftan hukuk hâkiminin bağımsız karar verememesi, bir tür memur haline gelmesi söz konusu olabilmektedir.

Karşılaştırmalı hukukta bu durum karşısında, benimsenen hukuk politikasına göre temel olarak üç sisteminin ön plana çıktığı görülmektedir. Bunlardan birincisi ceza mahkemesi kararlarına öncelik tanımak olup, bunlara örnek olarak Fransız ve İtalyan hukuk gösterilmektedir. Bu sistem daha çok kamusal menfaatin bireysel menfaatten ön planda tutulduğu ülkeler için geçerlidir. İkincisine göre, hukuk mahkemesinin ceza mahkemesi kararıyla bağlı olmamasıdır. Alman ve Anglosakson sistemi bu doğrultudadır. Üçüncüsü ise, bunların karması kısmi bağıllık (veya esasen bağımsızlık, ancak geniş istisnası olan model) diyebileceğimiz sistemdir. Türk ve İsviçre sistemleri de buna örnek gösterilmektedir.

11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nin 74. maddesi ceza hukuku ile medeni hukukun ilişkisini ortaya koymakta ve mülga 22.04.1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK)'nin 53. maddesinin birebir karşılığını teşkil etmektedir. TBK'nın genel hükümleri düzenleyen birinci bölümünün "Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri" başlıklı ikinci ayrımında yer alan "Ceza hukuku ile ilişkisinde" başlıklı 74. madde "Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hu-

kuk hâkimini bağlamaz.” hükmünü içermektedir. Maddenin lafzi yorumundan hareketle, zarar verenin kusurunun olup olmadığı ve ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı konularında hukuk hâkiminin ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı söylenebilir. Bununla birlikte, hukuk hâkimi ceza mahkemesinin beraat kararı, kusur değerlendirilmesine ilişkin kararı ya da zararın belirlenmesine ilişkin kararıyla da bağlı değildir.

Yargıtay’ın bu konuda yıllardır yerleşmiş içtihadı da BK md. 53 ve TBK md. 74’e paralellik göstermektedir. Yargıtay 17. Hukuk Dairesi’nin 22.12.2014 tarihli ve E. 2014/18755, K. 2014/19112 sayılı kararında bu husus, önceki tarihli emsal teşkil eden Hukuk Genel Kurulu kararlarına atıf yapılarak “*Bu açık hüküm karşısında, Ceza Mahkemesince verilen beraat kararı, kusur ve derecesi, zarar tutarı, temyiz gücü ve yükletilme yeterliği, illiyet gibi esasların Hukuk Hâkimini bağlamayacağı konusunda duraksama bulunmamaktadır. Ceza Mahkemesinde bir maddi olayın varlığı ya da yokluğu konusundaki kesinleşmiş kabule rağmen, aynı konunun Hukuk Mahkemesinde yeniden tartışılması olanaklı değildir (Y.II.G.K. 11.10.1989 gün ve E.1989/11-373, K.472 sayılı ilamı). Bunun nedeni, ceza yargılamasındaki ispat araçları bakımından Ceza Hâkiminin Hukuk Hâkiminden çok daha elverişli konumda bulunmasıdır. O halde bir Ceza Mahkemesinin uyuşmazlık konusu olayın tespitine; diğer bir söyleyişle maddi olgulara ilişkin kesinleşmiş saptamasının, aynı konudaki Hukuk Mahkemesinde de kesin delil oluşturacağı açıktır. (Hukuk Genel Kurulu - 2008/4-564 E, 2008/536 K.)*” şeklinde ifade edilmiştir.

04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)’nun 223. maddesinde düzenlenen karar türleri, beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararları düzenlenmektedir. Fakat TBK m. 74, bu hüküm çeşitlerini gözetmemiş olması nedeniyle ciddi çelişkilere sebep olabilecek niteliktedir. Maddenin içeriği yanında, ortaya çıkan olumsuzluğun bir nedeni de özensiz/kötü yargısal uygulamadır. Bu konuda, Anayasa Mahkemesi’nin 2012/1254 numaralı bireysel başvuruya

ilişkin olarak 07.03.2014 tarihinde vermiş olduğu karar örnek niteliği taşımaktadır. Söz. konusu karara konu olan olayda, başvuran internet üzerinden hakaret fiilini işlemiş; hukuk mahkemesi manevi tazminat davasında ceza mahkemesinde görülmekte olan hakaret davasını bekletici sorun yapmıştır. Bunun neticesinde, manevi tazminat davası yaklaşık altı yıl sürmüş; Anayasa Mahkemesi BK md. 53'ü göz önünde bulundurarak hukuk mahkemesinin ceza mahkemesinin kararını bekletici sorun yapmasını hukuka aykırı bulmuş ve başvuranın makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vererek kendisine manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir.

TBK md. 74'ü, CMK md. 223'ten bağımsız olarak yorumlamak mümkün değildir. Hukukun genel ilkeleriyle bu iki kanun birlikte yorumlandığında, ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesi bakımından bağlayıcı olabilmesi için iki unsurun bir arada bulunmasının zorunlu olduğu görülmektedir. Bu unsurlar, kararın esasa ilişkin olması ve maddi bir olgunun varlığını ya da yokluğunu tereddütsüz bir şekilde tespit etmiş olmasıdır. Bu bağlamda, doktrinin çoğunlukla kabul ettiği ve Yargıtay uygulamasıyla desteklenen görüşe göre, ceza mahkemesi tarafından verilen mahkumiyet kararları hukuk mahkemeleri için bağlayıcıdır.

CMK m. 223/2'ye göre, beraat kararı;

- a) Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması,
- b) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması,
- c) Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması,
- d) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması,
- e) Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olması hallerinde verilir.

Ceza hâkiminin delil yetersizliği sebebiyle vermiş olduğu beraat kararı ceza hâkimini bağlamaz; hukuk hâkimi haksız fiilinin unsurlarının oluşup oluşmadığını yeniden inceleme konusu yapabilir. Fakat ceza hâkiminin fiilin sanık tarafından işlenmediğini kesin karara bağlaması halinde bu karar, hukuk hâkimini bağlar. Doktrindeki baskın görüş ve Yargıtay uygulaması da bu doğrultudadır.

Öte yandan, ceza mahkemesinin fiilin tipik olmamasından dolayı vermiş olduğu beraat kararı ise hukuk hâkimini bağlamayacaktır. Nitekim eylem suç niteliği taşımasa dahi haksız fiilin şartları oluşmuş olabilir.

Yargıtay, fiilin sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması durumunda verilen beraat kararının hukuk hâkimi için bağlayıcı kabul etmemektedir. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 15.01.2014 tarihli ve E. 2013/15850, K. 2014/346 sayılı kararında bu husus "*...Davalı hakkında açılan ceza davasında 'yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmadığı' gerekçesiyle beraat kararı verilmişse de bu husus mutlak anlamda hukuk hâkimini bağlamaz (6098 sayılı TBK'nın 74.mad).*" şeklinde ifade edilmektedir. Kanımızca, re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu ceza muhakemesinde daha geniş bir araştırma ile ispat edilemeyen bir isnadın, taraflarca getirilme ilkesinin hâkim olduğu ve dolayısıyla daha sınırlı bir inceleme yapan hukuk mahkemesinde ispat edilmesi mantıklı görünmemektedir. İspat edilebilmesi ihtimalinde ise, bu durum hukuk güvenliği ilkesine aykırılık arz etmektedir.

Ceza hâkiminin kendiliğinden araştırma ilkesi neticesinde çok daha ayrıntılı bir muhakeme yapabilmesi bir başka sonucu da beraberinde getirmektedir. Ceza mahkemesinin maddi bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediğine dair verdiği kararın hukuk mahkemesinde yeniden tartışılması mümkün değildir. Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin 08.07.2014 tarihli ve E. 2013/3296, K. 2014/10883 sayılı kararında bu husus "*...Ceza Mahkemesinde bir maddi olayın varlığı ya da yokluğu konusundaki kesinleşmiş kabule rağmen, aynı konunun Hukuk Mahkemesinde yeniden tartışılması olanaklı değildir (Y.H.G.K. 11.10.1989 gün ve*

E.1989/11- 373, K.472 sayılı ilamı). Bunun nedeni, ceza yargılamasındaki ispat araçları bakımından ceza hâkiminin hukuk hâkiminden çok daha elverişli konumda bulunmasıdır...” şeklinde ifade edilmektedir.

TBK md. 74 “Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ... hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı...” kuralını içermektedir. Failin kusuru kast veya taksir derecesine varmasa dahi borçlar hukuku anlamında haksız fiilin koşulları oluşmuş olabilecektir. TBK md. 74 uyarınca, ceza hâkiminin kusur bakımından yaptığı değerlendirme hukuk hâkimini bağlamaz.

Ceza hukukunda suçun meydana geldiğinden bahsedilebilmesi için mutlaka bir zararın ortaya çıkmış olması aranmaz. Söz konusu suç, neticesiz suç olabileceği gibi tehlike suçları arasında da yer alabilir. Öte yandan, borçlar hukuku bağlamında haksız fiilden bahsedebilmek için mutlaka bir zararın meydana gelmesi gerekir. Bu sebeple, ceza hâkiminin zarar konusunda yapmış olduğu değerlendirme hukuk hâkimini bağlamaz. Bununla birlikte, haksız fiiller bakımından illiyet bağının varlığı, fiille zarar arasında aranacağından ve zarar konusunda ceza hâkiminin yaptığı değerlendirme hukuk hâkimi açısından bağlayıcı olmadığından, hukuk hâkimi illiyet bağı hakkındaki değerlendirme ile de bağlı değildir.

Eylemin hukuka uygunluğu sebebiyle verilen beraat kararları ise hukuk hâkimi açısından bağlayıcıdır. Zira ceza hukukunda genel hukuka aykırılık kabul edilmekte ve ceza hâkiminin hukuka uygun bulduğu fiil aslında bütün hukuk düzenine uygun olmaktadır. Bu sebeple, ceza hâkiminin fiili hukuka uygun bularak beraat kararı vermesinin ardından hukuk hâkiminin fiili hukuka aykırı bularak tazminata hükmetmesi mümkün değildir. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’ünün 17.12.2013 tarihli ve E. 2013/14424, K. 2013/18046 sayılı kararında bu husus, “Gerek öğretide ve gerekse Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatlarında, ceza hâkiminin tespit ettiği maddi olaylarla ve özellikle “fiilin hukuka aykırılığı” olgusu ile hukuk hâkiminin tamamen bağlı olacağı kabul edilmektedir. Diğer bir anlatımla, maddi olayları ve

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

yasak eylemleri saptayan ceza mahkemesi kararı, taraflar yönünden kesin delil niteliğini taşıyacağından hukuk hâkimini de bağlayacaktır.” şeklinde ifade edilmektedir.

Bu konuda bazı özel düzenlemeler önem arz etmektedir. Bunlardan ilki, sahtelik hakkında verilen hukuk ve ceza mahkemesi kararlarının birbirine etkisidir. 12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (IIMK) md. 214'e göre, belgenin sahte olmadığına dair hukuk mahkemesince verilen karar kesinleştikten sonra, söz konusu belge hakkında ceza mahkemesinde de sahtelik iddiası dinlenmez. Ancak ceza mahkemesince belgeyi düzenleyen hakkında ceza verilmesine yer olmadığı ya da beraat kararı verilmiş olması, hukuk mahkemesinin belgenin sahteliğini incelemesini engellemez.

İkinci ise, HMK'nın 239. maddesinde yer alan düzenlemedir. İlgili hükme göre, yemin edildikten sonra, yalan yere yemin nedeniyle açılan ceza davası, esas dava bakımından bekletici sorun yapılamaz. Bu durumda tahkimde yemin edildikten sonra tanık hakkında açılan kamu davası bekletici sorun yapılmayacaktır. Bununla birlikte tanığın bu söz konusu suçtan mahkûm olması halinde yargılamanın yenilenmesi gündeme gelecektir (HMK md. 375,443).

Sonuç olarak, hukuk ve ceza mahkemeleri adli yargı mahkemelerinin iki farklı kolu olmasına rağmen bazı durumlarda kararlarının birbirini etkilemesi söz konusu olabilmektedir. Bu durum, hukukun bütünlüğü ilkesi ile paralellik göstermekte; özel hukuk-kamu hukuku ayrımının ise teoride kaldığını gözler önüne sermektedir.

**BEDENSEL ZARARLARDAN
DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK**

*“TEKNOLOJİK GELİŞMELERİN BEDENSEL
ZARARLARA ETKİSİ - BEDENSEL ZARARLARA
FÜTÜRİSTİK YAKLAŞIMLAR”*

2. Gün

8. Oturum

VERSCHULDENSUNABHÄNGIGE HAFTUNG AUFGRUND ERHEBLICHER GEFAHRENANALGEN DER UNTERNEHMENSTÄTIGKEIT

Prof. Dr. Ali YARAYAN

I. Einleitung

Der technische Fortschritt in vielen Bereichen unseres Lebens gebietet es, für Schäden, die infolge des Betriebs gefährlicher Anlagen in Unternehmen entstanden sind, auch verschuldensunabhängige Haftungsmöglichkeiten vorzusehen. Während das türkische Recht in Art. 71 TOGB eine Generalklausel für eine Gefährdungshaftung vorsieht, ist eine solche dem deutschen Recht fremd. Mangels einer generalklauselartigen Gefährdungshaftung bestehen in Deutschland nach wie vor viele Gefährdungshaftungstatbestände in verschiedenen Spezialgesetzen und im BGB. Diese können in zwei Kategorien gegliedert werden, zum einen in die Haftung für Anlagen, Sachen oder Substanzen, zum anderen in die Haftung für Handlungen.

In die Kategorie der Haftung für Anlagen, Sachen oder Substanzen fallen etwa

- die Haftung des Kraftfahrzeughalters (§ 7 StVG),
- die Haftung des Luftfahrzeughalters (§ 33 LuftVG),
- die Haftung für kerntechnische Anlagen (§ 25 AtomG) und

- die Haftung für fehlerhafte Produkte (§ 1 ProdHaftG).

In der zweiten Kategorie der Haftung für Handlungen Platz nehmen demgegenüber

- die Haftung des pharmazeutischen Unternehmers (§ 84 AMG),
- die Haftung des Betreibers (§ 32 GenTG),
- die Haftung des Bergunternehmers (§ 114 Abs. 1 BBergG) und
- die Haftung des Jagdausübungsberechtigten (§§ 29, 33 BJagdG).

In beide Kategorien fallen schließlich die Haftung für Wasserverunreinigung (§ 89 Abs. 1 WHG) und die Betreiberhaftung (§ 89 Abs. 2 WHG), sofern eine Wasserverunreinigung durch eine Anlage ohne Handlung erfolgt.

- 1) Bei all diesen Haftungstatbeständen muss sich das herausforderungstypische Gefährisiko und nicht lediglich das allgemeine Lebensrisiko im Schaden verwirklicht haben.
- 2) Schließlich sind in vielen Gefährdungshaftungstatbeständen betragsmäßige Haftungsbegrenzen normiert (§ 12 StVG, § 37 LuftVG, §§ 9, 10 HPflG, § 88 AMG, § 15 UmweltHG, § 31 AtG und § 33 GenTG), wobei diese unterschiedlich hoch und diversifiziert geregelt sind, so dass sie im Einzelnen hier nicht erörtert werden können.
- 3) Haftungshöchstgrenzen bestehen demgegenüber nicht bei der Tierhalterhaftung (§ 833 BGB) und der Haftung für Gewässerschäden (§ 89 WHG).
- 4) Neben dem materiellen Schaden ist schließlich seit der Gesetzesreform im Jahre 2002 (§ 253 Abs. 2 BGB) auch der Ersatz des immateriellen Schadens möglich.
- 5) Gänzlich ausgeschlossen wird die Gefährdungshaftung indes etwa bei höherer Gewalt nach § 89 Abs. 2 WHG, § 4 Um-

weltHG, § 7 Abs. 2 StVG und §§ 1 Abs. 2 S. 1, 2 Abs. 3 Nr. 3 HaftPflG).

- 6) Ferner bestehen zum Teil Haftungs-minderungsregelungen, wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Verletzten mitgewirkt hat (§ 85 AMG, § 9 StVG, § 27 AtG, § 34 LuftVG und § 11 UmweltHG).

II. Kategorien der verschuldensunabhängigen Haftung aufgrund erheblicher Gefahrenanlagen der Unternehmenstätigkeit im Detail

1. Verschuldensunabhängige Haftung für Anlagen, Sachen oder Substanzen:

a) Haftung für Schienenbahnen oder Schwebbahnen (§ 1 HPflG)

Wird bei dem Betrieb einer Schienenbahn oder einer Schwebbahn ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist nach § 1 Abs. 1 HPflG der Betriebsunternehmer dem Geschädigten zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

Die Ersatzpflicht ist ausgeschlossen, wenn der Unfall durch höhere Gewalt verursacht ist.

Die Ersatzpflicht ist ferner ausgeschlossen, wenn eine

1. zur Aufbewahrung angenommene Sache beschädigt wird;
2. beförderte Sache beschädigt wird, es sei denn, dass ein Fahrgast sie an sich trägt oder mit sich führt.

b) Haftung für Anlagen (§ 2 HPflG)

Wird durch die Wirkungen von Elektrizität, Gasen, Dämpfen oder Flüssigkeiten, die von einer Stromleitungs- oder Rohrleitungsanlage oder einer Anlage zur Abgabe der bezeichneten Energien oder Stoffe ausgehen, ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist nach § 2 Abs. 1 HPflG der Inhaber der Anlage

verpflichtet, den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Das gleiche gilt, wenn der Schaden, ohne auf den Wirkungen der Elektrizität, der Gase, Dämpfe oder Flüssigkeiten zu beruhen, auf das Vorhandensein einer solchen Anlage zurückzuführen ist, es sei denn, dass sich diese zur Zeit der Schadensverursachung in ordnungsmäßigem Zustand befand. Ordnungsmäßig ist eine Anlage, solange sie den anerkannten Regeln der Technik entspricht und unversehrt ist.

Diese Ersatzpflicht ist etwa ausgeschlossen, wenn der Schaden durch höhere Gewalt verursacht worden ist, es sei denn, dass er auf das Herabfallen von Leitungsdrähten zurückzuführen ist.

c) Haftung des Tierhalters (§ 833 BGB)

Wird durch ein Tier ein Mensch getötet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist nach § 833 BGB derjenige, welcher das Tier hält, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Schaden durch ein Haustier verursacht wird, das dem Beruf, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalt des Tierhalters zu dienen bestimmt ist, und entweder der Tierhalter bei der Beaufsichtigung des Tieres die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.

d) Haftung des Kraftfahrzeughalters (§ 7 StVG)

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

Die Ersatzpflicht ist ausgeschlossen, wenn der Unfall durch höhere Gewalt verursacht wird.

e) Haftung für im Anhang 1 genannte Anlagen (§ 1 UmweltHG)

Wird durch eine Umwelteinwirkung, die von einer im Anhang 1 von § 1 UmweltHG genannten Anlage ausgeht, jemand getötet, sein Körper oder seine Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Inhaber der Anlage verpflichtet, dem Geschädigten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Anlagen in diesem Sinne sind etwa

- Kraftwerke, Heizkraftwerke und Heizwerke mit Feuerungsanlagen für den Einsatz von festen, flüssigen oder gasförmigen Brennstoffen, soweit die Feuerungswärmeleistung
 - o bei festen oder flüssigen Brennstoffen 50 Megawatt oder
 - o bei gasförmigen Brennstoffen 100 Megawattübersteigt
- Verbrennungsmotoranlagen für den Einsatz von Altöl oder Deponiegas
- Gasturbinen zum Antrieb von Generatoren oder Arbeitsmaschinen mit einer Feuerungswärmeleistung von 10 Megawatt oder mehr, ausgenommen Gasturbinen mit geschlossenem Kreislauf
- Anlagen zur Erzeugung von Generator- oder Wassergas aus festen Brennstoffen
- Verfahrenstechnische Anlagen innerhalb von Urananreicherungsanlagen (Isotopentrennanlage oder Produkthanlage) einschließlich Lager- und Hantierungsanlagen für Behälter mit Uranhexafluorid (UF₆)
- Einrichtungen zur Aufbewahrung von Kernbrennstoffen in Form von löslichen Uranverbindungen und
- Einrichtungen zur Behandlung radioaktiver Abfälle

f) Haftung des Luftfahrzeughalters (§ 33 LuftVG)

Wird beim Betrieb eines Luftfahrzeugs durch Unfall jemand getötet, sein Körper oder seine Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist nach § 33 LuftVG der Halter des Luftfahrzeugs verpflichtet, den Schaden zu ersetzen.

Benutzt jemand das Luftfahrzeug ohne Wissen und Willen des Halters, so ist er an Stelle des Halters zum Ersatz des Schadens verpflichtet. Daneben bleibt der Halter zum Ersatz des Schadens verpflichtet, wenn die Benutzung des Luftfahrzeugs durch sein Verschulden ermöglicht worden ist. Ist jedoch der Benutzer vom Halter für den Betrieb des Luftfahrzeugs angestellt oder ist ihm das Luftfahrzeug vom Halter überlassen worden, so ist der Halter zum Ersatz des Schadens verpflichtet; die Haftung des Benutzers nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften bleibt unberührt.

g) Haftung für kerntechnische Anlagen (§ 25 AtomG)

Beruhet ein Schaden auf einem von einer Kernanlage ausgehenden nuklearen Ereignis, so gelten für die Haftung des Inhabers der Kernanlage ergänzend zu den Bestimmungen des Pariser Übereinkommens und des Gemeinsamen Protokolls die Vorschriften des Atomgesetzes (§ 25 Abs. 1 S. 1 AtomG). Das Pariser Übereinkommen ist unabhängig von seiner völkerrechtlichen Verbindlichkeit für die Bundesrepublik Deutschland innerstaatlich anzuwenden, soweit nicht seine Regeln eine durch das Inkrafttreten des Übereinkommens bewirkte Gegenseitigkeit voraussetzen.

Hat im Falle der Beförderung von Kernmaterialien einschließlich der damit zusammenhängenden Lagerung der Beförderer durch Vertrag die Haftung anstelle des Inhabers einer im Geltungsbereich dieses Gesetzes gelegenen Kernanlage übernommen, gilt er als Inhaber einer Kernanlage vom Zeitpunkt der Haftungsübernahme an. Der Vertrag bedarf der Schriftform.

Der Inhaber einer Kernanlage haftet unabhängig vom Ort des Schadenseintritts.

h) Haftung für fehlerhafte Produkte (§ 1 ProdHaftG)

Wird durch den Fehler eines Produkts jemand getötet, sein Körper oder seine Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist nach § 1 ProdHaftG der Hersteller des Produkts verpflichtet, dem Geschädigten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Im Falle der Sachbeschädigung gilt dies nur, wenn eine andere Sache als das fehlerhafte Produkt beschädigt wird und diese andere Sache ihrer Art nach gewöhnlich für den privaten Ge- oder Verbrauch bestimmt und hierzu von dem Geschädigten hauptsächlich verwendet worden ist.

Nach § 1 Abs. 2 ProdHaftG ist die Ersatzpflicht des Herstellers ausgeschlossen, wenn

- 1) er das Produkt nicht in den Verkehr gebracht hat,
- 2) nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Produkt den Fehler, der den Schaden verursacht hat, noch nicht hatte, als der Hersteller es in den Verkehr brachte,
- 3) er das Produkt weder für den Verkauf oder eine andere Form des Vertriebs mit wirtschaftlichem Zweck hergestellt noch im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit hergestellt oder vertrieben hat,
- 4) der Fehler darauf beruht, dass das Produkt in dem Zeitpunkt, in dem der Hersteller es in den Verkehr brachte, dazu zwingenden Rechtsvorschriften entsprochen hat, oder
- 5) der Fehler nach dem Stand der Wissenschaft und Technik in dem Zeitpunkt, in dem der Hersteller das Produkt in den Verkehr brachte, nicht erkannt werden konnte.

Für den Fehler, den Schaden und den ursächlichen Zusammenhang zwischen Fehler und Schaden trägt der Geschädigte die Beweislast. Ist streitig, ob die Ersatzpflicht gemäß § 1 Absatz 2 oder 3 ProdHaftG ausgeschlossen ist, so trägt der Hersteller die Beweislast.

2. Verschuldensunabhängige Haftung für Handlungen

a) Haftung des pharmazeutischen Unternehmers (§ 84 AMG)

Wird infolge der Anwendung eines zum Gebrauch bei Menschen bestimmten Arzneimittels, das im Geltungsbereich dieses Gesetzes an den Verbraucher abgegeben wurde und der Pflicht zur Zulassung unterliegt oder durch Rechtsverordnung von der Zulassung befreit worden ist, ein Mensch getötet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen nicht unerheblich verletzt, so ist nach § 84 Abs. 1 AMG der pharmazeutische Unternehmer, der das Arzneimittel im Geltungsbereich dieses Gesetzes in den Verkehr gebracht hat, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen. Die Ersatzpflicht besteht nur, wenn

1. das Arzneimittel bei bestimmungsgemäßem Gebrauch schädliche Wirkungen hat, die über ein nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft vertretbares Maß hinausgehen oder

2. der Schaden infolge einer nicht den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft entsprechenden Kennzeichnung, Fachinformation oder Gebrauchsinformation eingetreten ist.

Ist das angewendete Arzneimittel nach den Gegebenheiten des Einzelfalls geeignet, den Schaden zu verursachen, so wird nach § 84 Abs. 2 AMG vermutet, dass der Schaden durch dieses Arzneimittel verursacht ist. Die Eignung im Einzelfall beurteilt sich nach der Zusammensetzung und der Dosierung des angewendeten Arzneimittels, nach der Art und Dauer seiner bestimmungsgemäßen Anwendung, nach dem zeitlichen Zusammenhang mit dem Schadenseintritt, nach dem Schadensbild und dem gesundheitlichen Zustand des Geschädigten im Zeitpunkt der Anwendung sowie allen sonstigen Gegebenheiten, die im Einzelfall für oder gegen die Schadensverursachung sprechen. Die Vermutung gilt nicht, wenn ein anderer Umstand nach den Gegebenheiten des Einzelfalls geeignet ist, den Schaden zu verursachen. Ein anderer Umstand

liegt nicht in der Anwendung weiterer Arzneimittel, die nach den Gegebenheiten des Einzelfalls geeignet sind, den Schaden zu verursachen, es sei denn, dass wegen der Anwendung dieser Arzneimittel Ansprüche nach dieser Vorschrift aus anderen Gründen als der fehlenden Ursächlichkeit für den Schaden nicht gegeben sind.

Demgegenüber ist die Ersatzpflicht des pharmazeutischen Unternehmers nach § 84 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AMG ausgeschlossen, wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass die schädlichen Wirkungen des Arzneimittels ihre Ursache nicht im Bereich der Entwicklung und Herstellung haben.

b) Haftung des Betreibers (§ 32 GenTG)

Wird infolge von Eigenschaften eines Organismus, die auf gentechnischen Arbeiten beruhen, jemand getötet, sein Körper oder seine Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist nach § 32 Abs. 1 GenTG der Betreiber verpflichtet, den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt, so gilt § 254 BGB (§ 32 Abs. 3 GenTG); im Falle der Sachbeschädigung steht das Verschulden desjenigen, der die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt, dem Verschulden des Geschädigten gleich. Die Haftung des Betreibers wird nicht gemindert, wenn der Schaden zugleich durch die Handlung eines Dritten verursacht worden ist.

Im Falle der Tötung ist Ersatz der Kosten der versuchten Heilung sowie des Vermögensnachteils zu leisten, den der Getötete dadurch erlitten hat, dass während der Krankheit seine Erwerbsfähigkeit aufgehoben oder gemindert war oder seine Bedürfnisse vermehrt waren (§ 32 Abs. 4 GenTG). Der Ersatzpflichtige hat außerdem die Kosten der Beerdigung demjenigen zu ersetzen, der diese Kosten zu tragen hat. Stand der Getötete zur Zeit der Verletzung zu einem Dritten in einem Verhältnis, aus dem er diesem gegenüber kraft Gesetzes unterhaltspflichtig war oder unterhaltspflichtig werden konnte

und ist dem Dritten infolge der Tötung das Recht auf Unterhalt entzogen, so hat der Ersatzpflichtige dem Dritten insoweit Schadensersatz zu leisten, als der Getötete während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen wäre. Die Ersatzpflicht tritt auch ein, wenn der Dritte zur Zeit der Verletzung gezeugt, aber noch nicht geboren war. Der Ersatzpflichtige hat zudem dem Hinterbliebenen, der zur Zeit der Verletzung zu dem Getöteten in einem besonderen persönlichen Näheverhältnis stand, für das dem Hinterbliebenen zugefügte seelische Leid eine angemessene Entschädigung in Geld zu leisten. Ein besonderes persönliches Näheverhältnis wird vermutet, wenn der Hinterbliebene der Ehegatte, der Lebenspartner, ein Elternteil oder ein Kind des Getöteten war.

Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit ist nach § 32 Abs. 5 GenTG Ersatz der Kosten der Heilung sowie des Vermögensnachteils zu leisten, den der Verletzte dadurch erleidet, dass infolge der Verletzung seine Erwerbsfähigkeit zeitweise oder dauernd aufgehoben oder gemindert oder eine Vermehrung seiner Bedürfnisse eingetreten ist. Wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann auch eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.

c) Haftung des Bergunternehmers (§ 114 Abs. 1 BBergG)

Wird infolge der Ausübung eines Bergbaubetriebs ein Mensch getötet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt (Bergschaden), so ist nach § 114 Abs. 1 BBergG für den daraus entstehenden Schaden nach den §§ 115 bis 120 BBergG Ersatz zu leisten.

d) Haftung des Jagdausübungsberechtigten (§§ 29, 33 BJagdG)

Wird ein Grundstück, das zu einem gemeinschaftlichen Jagdbezirk gehört oder einem gemeinschaftlichen Jagdbezirk angegliedert ist (§ 5 Abs. 1 BJagdG), durch Schalenwild, Wild-

kaninchen oder Fasanen beschädigt, so hat nach § 29 Abs. 1 BJagdG die Jagdgenossenschaft dem Geschädigten den Wildschaden zu ersetzen. Der aus der Genossenschaftskasse geleistete Ersatz ist von den einzelnen Jagdgenossen nach dem Verhältnis des Flächeninhalts ihrer beteiligten Grundstücke zu tragen. Hat der Jagdpächter den Ersatz des Wildschadens ganz oder teilweise übernommen, so trifft die Ersatzpflicht den Jagdpächter. Die Ersatzpflicht der Jagdgenossenschaft bleibt bestehen, soweit der Geschädigte Ersatz von dem Pächter nicht erlangen kann.

Wer die Jagd ausübt, hat dabei die berechtigten Interessen der Grundstückseigentümer oder Nutzungsberechtigten zu beachten, insbesondere besäte Felder und nicht abgemähte Wiesen tunlichst zu schonen (§ 33 Abs. 1 BJagdG). Die Ausübung der Treibjagd auf Feldern, die mit reifender Halm- oder Samenfrucht oder mit Tabak bestanden sind, ist verboten; die Suchjagd ist nur insoweit zulässig, als sie ohne Schaden für die reifenden Früchte durchgeführt werden kann.

Nach § 33 Abs. 2 BJagdG haftet der Jagdausübungsberechtigte dem Grundstückseigentümer oder Nutzungsberechtigten für jeden aus missbräuchlicher Jagdausübung entstehenden Schaden; er haftet auch für den Jagdschaden, der durch einen von ihm bestellten Jagdaufseher oder durch einen Jagdgast angerichtet wird.

7) Schließlich hat der deutsche Gesetzgeber für den Kraftfahrzeughalter eine Pflichtversicherung zugunsten Geschädigter vorgeschrieben (§ 1 PflVG). Zudem haben die Haftpflichtversicherer die Pflicht, eine Deckungsvorsorge mindestens in der Höhe ihrer gesetzlichen Verpflichtungen bei einer Schadensersatzleistung vorzuhalten (§ 13 AtG, § 19 UmweltHG, § 36 GenTG und § 94 AMG).

8) Neben diesen Bestimmungen sind auch die Regelungen über die Vertrags- und Deliktshaftung unbeschränkt anwendbar. Wenngleich diesbezüglich keine generell auf alle Ge-

fährdungshaftungstatbestände bezogene gesetzliche Regelung besteht, so bestehen teilweise ausdrückliche Vorschriften in den Spezialgesetzen, so etwa in § 16 StVG und § 15 ProdHaftG. Gleichwohl gilt nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung des BGH auch darüber hinaus die Anspruchskonkurrenz.

ÖNEMLİ ÖLÇÜDE TEHLİKE ARZEDEN İŞLETMENİN FAALİYETİNDEN DOĞAN KUSURSUZ SORUMLULUK

Prof. Dr. Ali YARAYAN

Friedrich-Alexander Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I. Giriş

Hayatımızın birçok alanındaki teknolojik ilerlemelerden dolayı, şirketlerdeki tehlike arzeden işletmenin faaliyetleri nedeniyle ortaya çıkan zararlar için kusursuz sorumluluk öngörülmelidir. Türk Borçlar Kanunu'nun 71. maddesi zarar sorumluluğu için genel bir düzenleme öngörürken, Alman hukukunda böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Almanya'da zarar sorumluluğu için genel bir düzenleme yoksunluğu nedeniyle çeşitli özel kanun ve Alman Medeni Kanunu'nda birçok zarar sorumluluğu durumları için çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlar, bir yandan tesisler, eşyalar ya da maddeler için sorumluluk olarak, diğer yandan da fiiller için sorumluluk olmak üzere iki kategoriye ayrılabilir.

Tesisler, eşyalar ya da maddeler kategorisinin örnekleri şöyledir:

- Motorlu taşıt sahibinin sorumluluğu (Alman Karayolları Trafik Kanunu md. 7),
- Uçak sahibinin sorumluluğu (Alman Hava Trafik Kanunu md. 33),
- Nükleer tesisler için sorumluluk (Alman Atom Enerjisi Kanunu md. 25) ve

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

- Ayıplı ürünler için sorumluluk (Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu md. 1).

İkinci sorumluluk kategorisinde ise diğer taraftan fiiller yer alır, örnek olarak

- İlaç şirketi sahibinin sorumluluğu (Alman Tıbbi Ürünler Kanunu md. 84),
- İşletmecinin sorumluluğu (Alman Genetik Teknoloji Kanunu md. 32),
- Maden şirketi sahibinin sorumluluğu (Alman Federal Maden Kanunu md. 114 f. 1) ve
- Avlanma hakkı olan kişinin sorumluluğu (Alman Federal Av Kanunu md. 29, 33) olarak sayılabilir.

Son olarak, örneğin bir tesiste herhangi bir eyleme dayanmadan gerçekleşen su kirliliği nedeniyle, su kirliliği için sorumluluk (Alman Su Yönetimi Kanunu md. 89 f. 1) ve işletmecinin sorumluluğu (Alman Su Yönetimi Kanunu md. 89 f. 2) olduğundan, her iki kategoride sorumluluk bulunur.

- 1) Tüm bu sorumluluk durumlarında, zarar anında sadece tipik yaşam tehlikesi değil, tipik görevsel tehlike riski de gerçekleşmiş olmalıdır.
- 2) Nihayet de pek çok tehlike sorumluluğu durumunda, tutarı ile ilgili sorumluluk sınırları standartlaştırılmıştır (Alman Karayolları Trafik Kanunu md. 12, Alman Hava Trafik Kanunu md. 37, Alman Sorumluluk Kanunu md. 9, 10, Alman Tıbbi Ürünler Kanunu md. 88, Alman Çevre Sorumluluğu Kanunu md. 15, Alman Atom Enerjisi Kanunu md. 31 ve Alman Genetik Teknoloji Kanunu md. 33), bunlar farklı ve çeşitlendirilmiş olarak düzenlenmiş olduklarından dolayı burada ayrıntılı olarak tartışılmayacaklar.
- 3) Buna karşılık, tutar bakımından sorumluluk sınırı, hayvan sahibi sorumluluğu (Alman Medeni Kanunu md. 833) ve su

hasarı sorumluluğu (Alman Su Yönetimi Kanunu md. 89) durumlarında bulunmamaktadır.

- 4) Maddi zararın yanı sıra 2002'deki yasa reformundan sonra (Alman Medeni Kanunu md. 253 f. 2) manevi zararın tazmini de mümkün hale gelmiştir.
- 5) Ancak, Alman Su Yönetimi Kanunu md. 89 f. 2, Alman Çevre Sorumluluğu Kanunu md. 4, Alman Karayolları Trafik Kanunu md. 7 f. 2 ve Alman Sorumluluk Kanunu md. 1 f. 2 c. 1, md. 2 f. 3 b. 3 düzenlemeleri uyarınca, mücbir sebep hallerinde kesinlikle sorumluluk kabul edilmemektedir.
- 6) Ayrıca, zarar gören tarafın olayda kusurlu olması durumunda bazı sorumluluk indirim düzenlemeleri de bulunmaktadır (Alman Tıbbi Ürünler Kanunu md. 85, Alman Karayolları Kanunu md. 9, Alman Genetik Teknoloji Kanunu md. 27, Alman Hava Trafik Kanunu md. 34 ve Alman Çevre Sorumluluğu Kanunu md. 11).

II. Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmenin Faaliyetinden Doğan Kusursuz Sorumluluk Kategorilerinin Detayları

1. Tesisler, eşyalar ya da maddeler için kusursuz sorumluluk

a) Demiryolları veya asman ray sistemleri için sorumluluk (Alman Sorumluluk Kanunu md. 1)

Eğer bir kişinin bir demiryolu ya da bir demiryolunun işletilmesi sırasında ölümüne sebebiyet verilirse, bir kişinin vücut bütünlüğü ya da sağlığı zarar görecektir ya da bir eşyaya zarar verilirse o zaman işletme sahibi Alman Sorumluluk Kanunu'nun 1. maddesinin 1. fıkrasına göre, mağdurun zararını tazmin etmekle yükümlüdür.

Kaza, mücbir sebepten kaynaklandıysa tazminat ödeme yükümlülüğü kabul edilmez.

Ayrıca,

- 1) Saklamak için teslim alınan bir eşya zarar gördüyse;
- 2) Yolcunun üzerinde bulunduğu veya beraberinde götürdüğü bir eşya hariç, taşıma sırasında bir eşya zarar gördüyse, tazminat ödeme yükümlülüğü kabul edilmez.

b) Tesisatlar için sorumluluk (Alman Sorumluluk Kanunu md. 2)

Eğer, bir elektrik hattından veya boru hattı tesisatından çıkan elektrik, gaz, buhar veya sıvıların etkileriyle veya belirtilen enerji veya maddelerin dağıtımına yönelik bir sistemden dolayı, bir kişinin ölümüne sebebiyet verilecek olursa, bir kişinin cismani bütünlüğü veya sağlığı zarar görürse veya eşyaya ilişkin bir zarar meydana gelmişse, tesisin sahibi, Alman Sorumluluk Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasına göre ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Tesisin, zararın meydana geldiği sırada nizami durumda olmaması hali hariç, elektriğin, gazların, buharların veya sıvıların etkilerine dayanmaksızın, tesisin varlığından kaynaklanan zarar oluştuysa da aynı durum geçerlidir. Bir tesis, teknolojinin genel kabul gören kurallarına uygun ve bozulmamış olduğu sürece nizami durumdadır.

Zarar, tellerin düşmesinden kaynaklanmadığı sürece, mücbir sebepten kaynaklanıyorsa tazmin yükümlülüğü kabul edilmez.

c) Hayvan sahibinin sorumluluğu (Alman Medeni Kanunu md. 833)

Eğer bir hayvan bir kişiyi öldürür veya bir kişinin vücuduna veya sağlığına zarar verirse veya bir eşyaya zarar verirse, Alman Medeni Kanunu'nun 833. maddesine göre hayvan sahibi, yaralanan kişinin ortaya çıkan zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Zarar, hayvan sahibinin mesleğine, faaliyetine veya bakımına hizmet etmeyi amaçlayan bir evcil hayvandan kaynaklanıyorsa veya hayvan sahibi, hayvanı gözetirken muamelede gerekli olan özeni gösterdiyse ya da bu özen gösterilse bile zarar meydana gelecektiyse tazminat yükümlülüğü bulunmaz.

d) Motorlu taşıt işletenin sorumluluğu (Alman Karayolları Trafik Kanunu md. 7)

Eğer bir motorlu taşıtın veya bir römorkun taşınmasına tahsis edilen bir motorlu taşıtın işletilmesi sırasında, bir insan öldürülürse, bir kişinin bedeni veya sağlığı zedelenirse veya bir maddi zarar meydana gelirse, Alman Karayolları Trafik Kanunu'nun 7. maddesine göre, araç işleteni, yaralanan kişinin ortaya çıkan zararını tazmin etmekle yükümlüdür.

Kaza, mücbir sebepten kaynaklandıysa tazminat ödeme yükümlüğü kabul edilmez.

e) Ek 1'de belirtilen tesislerin sorumluluğu (Alman Çevre Sorumluluğu Kanunu md. 1)

Eğer, Alman Çevre Sorumluluğu Kanunu'nun 1. maddesinin 1. ekinde belirtilen tesislerden kaynaklanan bir çevresel etkiden dolayı, bir kişinin ölümüne sebebiyet verilir, bir kişinin bedeni veya sağlığı zarar görürse veya bir eşyada zarar meydana gelmişse, tesisin sahibi, zarar gören kişinin ortaya çıkan zararını tazmin etmekle yükümlüdür.

Bu anlamdaki tesisler örneğin,

- Elektrik santralleri, kojenerasyon tesisleri ve katı, sıvı veya gaz yakıtların kullanımlı yanma tesislerine sahip ısı santralleri, eğer ateşleme ısı gücü
 - * Katı veya sıvı yakıtlar için 50 megavatı veya
 - * Gazlı yakıtlar için 100 megavatıaşarsa,
- Atık yağ veya çöp gazı kullanımı için yanmalı motor sistemleri,
- Kapalı devrelerle gaz türbinleri hariç, 10 megavat veya üzeri ateşleme ısı gücü jeneratörlerin veya çalışma makinelerinin tahrik edilmesi için gaz türbinleri,

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

- Katı yakıtlardan jeneratör gazı veya su gazı üretim tesisleri,
- Uranyum zenginleştirme tesisleri (izotop ayırma tesisi veya ürün tesisi) içinde uranyum hekzaflorid (UF) içeren tanklar için depolama ve taşıma tesisleri dahil olmak üzere proses mühendisliği tesisleri,
- Nükleer yakıtın çözünür uranyum bileşikleri şeklinde depolanması için tesisler ve
- Radyoaktif atıkların işlenmesi için tesislerdir.

f) Hava aracı işletenin sorumluluğu (Alman Hava Trafik Kanunu md. 33)

Hava aracının işletmesi sırasında kaza ile bir kişi öldürülürse, bir kişinin bedeni veya sağlığı zarar görürse veya bir maddi zarar meydana gelmişse, Alman Hava Trafik Kanunu'nun 33. maddesine göre hava aracının sahibi ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlüdür.

Birisi hava aracını, işletenin bilgisi ve rızası olmadan kullanırsa, zararı, hava aracının işleteni yerine tazmin etmekle yükümlüdür. Bununla birlikte, hava aracının işleteni, uçağın kullanımını kendi kusuru ile mümkün kıldıysa, meydana gelen zararı tazmin etmekle yükümlü kalır. Ancak, kullanıcı, hava aracı sahibi tarafından uçağın işletilmesi için işe alındıysa veya uçak, hava aracının işleteni tarafından kullanıcıya teslim edilmişse, uçağın işleteni zararı tazmin etmekle yükümlüdür; hava aracı işletenin zararı tazmin etmekle yükümlüğü, genel kanuni hükümlere göre kullanıcının yükümlülüğünü etkilemez.

g) Nükleer tesisler için sorumluluk (Alman Atom Enerjisi Kanunu md. 25)

Bir nükleer tesisattan kaynaklanan nükleer bir olaydan dolayı hasar meydana gelirse, Alman Atom Enerjisi Kanunu hükümleri, Paris Sözleşmesi ve Ortak Protokol hükümlerine ek olarak, nükleer tesis sahibinin sorumluluğu da geçerli olacaktır (Alman Atom Enerjisi Kanunu md. 25 f. 1 c. 1). Paris Sözleşmesi, kuralları Sözleşme'nin yürürlüğe girmesiyle ortaya çıkan

karşılıklılık öngörmediği sürece, uluslararası hukuk kapsamındaki yükümlülüğünden bağımsız olarak, Federal Almanya Cumhuriyeti'nde uygulanacaktır.

İlgili depolama dâhil olmak üzere, temel malzemelerin taşınması durumunda, taşıyıcı, bu kanun kapsamında bir nükleer tesis sahibi yerine sözleşme kapsamındaki yükümlülüğü üstlendiyse, yükümlülüğün kabul edildiği tarihten itibaren bir nükleer tesis sahibi sayılır. Bu sözleşmenin yazılı yapılması şarttır.

Bir nükleer tesisin sahibi, hasarın meydana geldiği yerden bağımsız olarak sorumludur.

h) Ayıplı ürünler için sorumluluk (Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu md. 1)

Ayıplı ürünler nedeniyle bir kişinin ölümüne sebebiyet verilir, bir kişinin bedeni veya sağlığı zarar görürse veya eşyaya ilişkin maddi bir zarar meydana gelmişse, Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu'nun 1. maddesine göre ayıplı ürünün üreticisi, zarar görenin, bu üründen dolayı ortaya çıkan zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Bu, eşyaya ilişkin zarar meydana geldiği durumlarda sadece ayıplı üründen başka bir eşya zarar görmüşse ve diğer eşya türü itibariyle özel tüketim veya genel tüketim amaçlıysa ve çoğunlukla bu amaç için zarar gören tarafça kullanılmışsa, geçerlidir.

Eğer

- 1) ürünü henüz piyasaya sürmediyse,
- 2) mevcut duruma göre, üretici ürünü piyasaya sürdüğü sırada, ürünün zarara neden olan ayıbına sahip olmadığı varsayılırsa,
- 3) ürününü, satış veya başka bir ticari dağıtım şekil amacıyla üretmediği gibi, kendi mesleki faaliyeti sırasında da üretip dağıtmamışsa,

- 4) ayıbın, üreticinin ürünü piyasaya sürdüğü sırada ürünün zorunlu mevzuata uygun olduğu gerçeğine dayanırsa veya
- 5) üreticinin ürünü piyasaya sürdüğü sırada, bilim ve teknolojiadaki gelişmelerle ayıp tespit edilememişse,

Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasına göre üretici zarar tazmin yükümlülüğünden muaftr.

Ayıp, zarar ve ayıp ile zarar arasındaki nedensellik bağı'nın ispat yükümlülüğünü zarar gören taraf taşır. Eğer, Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu'nun 1. maddesinin 2. veya 3. fıkrasına göre, tazminat yükümlülüğünün bulunmadığı çekişme-lyse, bu durumda ispat yükü üreticidedir.

2. Fiillerden doğan kusursuz sorumluluk

a) İlaç şirketi sahibinin sorumluluğu (Alman Tıbbi Ürünler Kanunu md. 84)

Bu Kanun kapsamında tüketiciye sağlanan ve lisans veya düzenleyici muafiyete tabi olan, insani kullanıma yönelik bir tıbbi ürünün kullanılmasının sonucu olarak bir insan ölürse, bir insanın bedeni veya sağlığı önemli ölçüde zarar görürse Alman Tıbbi Ürünler Kanunu'nun 84. maddesinin 1. fıkrasına göre, bu kanun kapsamında tıbbi ürünü pazarlayan ilaç şirketinin sahibi, zarar gören tarafın bu zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Tazmin yükümlülüğü sadece, eğer

1) tıbbi ürün, amaçlandığı gibi kullanıldığında, tıbbi bilim-
de makul olanın ötesinde zararlı etki ortaya çıkmışsa veya

2) zarar, tıbbi bilimlerin bulgularına uymayan etiketleme,
teknik bilgiler veya kullanım talimatları sonucunda meydana
gelmişse,

vardır.

Eğer kullanılan tıbbi ürün, münferit olayın koşullarına göre zarara neden olmaya uygunsa, Alman Tıbbi Ürünler

Kanunu'nun 84. maddesinin 2. fıkrasına göre bu ilacın zarara neden olduğu karinesi bulunur. Zarar sebebinin lehine ya da aleyhinde olan münferit olayın, kullanılan tıbbi ürünün bileşimi ve dozajı, kullanım amacının türü ve süresi, zararın meydana gelmesiyle birlikte zamansal ilişki, ilacı kullanım sırasında zarar durumu ve zarara uğrayan tarafın sağlığı ve diğer tüm durumlara göre münferit olayın uygunluğu değerlendirilmelidir. Münferit olayın koşullarına göre, başka bir durumun zarara neden olmaya uygun olması halinde, bu karine geçerli değildir. Bu anlamda 'başka bir durumdan' zararı meydana getirebilecek başka ilaçların kullanımında bahsedilemez, eğer bu ilaçların kullanımından dolayı meydana gelen zarar ile ilgili nedensellik bağının bulunmaması sebebinden hariç bu kanun hükmüne dayanarak bir hakkın bulunmazsa.

Diğer yandan, şartlara göre ilacın zararlı etkilerinin gelişim ve üretimden kaynaklanmadığı durumlarda, Alman Tıbbi Ürünler Kanunu'nun 84. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendine göre, ilaç şirketi sahibinin tazminat yükümlülüğü bulunmamaktadır.

b) İşletmecinin sorumluluğu (Alman Genetik Teknoloji Kanunu md. 32)

Genetik mühendisliğine dayanan bir organizmanın özelliklerinden dolayı bir kişi ölür, bir kişinin bedeni veya sağlığı zarar görürse veya eşyaya ilişkin zarar meydana gelmişse, Alman Genetik Teknoloji Kanununun 32. maddesinin 1. fıkrasına göre işletmeci, zarar görenin, bu üründen dolayı ortaya çıkan zararını tazmin etmekle yükümlüdür.

Zarar görenin zararın meydana gelmesinde kusuru varsa Alman Medeni Kanunu'nun 254. maddesi (Alman Genetik Teknoloji Kanunu md. 32 f. 3) uygulanır; eşyaya ilişkin zarar durumunda, eşya üzerinde fiili hakimiyeti bulunan kişinin kusuru, zarar gören tarafın kusuruna eşittir. Zarar, üçüncü bir tarafın fiili yüzünden de meydana geldiğinde, işletmecinin sorumluluğu azalmayacaktır.

Ölüm meydana gelmişse, denenen tedavi masrafları ve hastalık sırasında çalışma yeteneği ortadan kalktığından ya da azaldığından ya da ihtiyaçları arttığından dolayı ölenin uğradığı maddi dezavantajları tazmin edilir (Alman Genetik Teknoloji Kanunu md. 32 f. 4). Tazminat yükümlüsü olan ayrıca, cenaze masraflarını ödeyen kişiye, cenaze masraflarını ödemek zorundadır. Öldürülen kişi, yaralanma sırasında, yasal olarak bakmakta yükümlü veya ileride bakmakta yükümlü duruma gelecek şekilde üçüncü bir kişi ile ilişki vardysa ve bu üçüncü kişi bu ölüm ile bakım hakkından mahrum bırakıldıysa, tazminata yükümlü kişi, bu üçüncü kişiye, öldürülen kişinin muhtemel yaşam süreci boyunca bakmakta zorunlu olduğu süre boyunca tazminat öder. Tazminat yükümlülüğü, üçüncü tarafın yaralanma anında ana rahmine düştüğü, ancak henüz doğmadığı durumlarda da geçerlidir. Buna ek olarak, tazminat yükümlülüğünden sorumlu kişi, öldürülen kişinin yaralı olduğu zamanında özel yakın bir kişisel ilişki içinde olan ve bu yakın ilişkisi nedeniyle hayatta kalan yakının uğradığı manevi açıdan dolayı, hayatta kalan yakınına uygun parasal tazminat ödemek zorundadır. Hayatta kalan kişi öldürülenin eşi, hayat partneri, bir ebeveyni veya bir çocuğu ise özel yakın bir kişisel ilişki varsayılır.

Vücudun ya da sağlığın zarar görmesi durumunda, Alman Genetik Teknoloji Kanunu'nun 32. maddesinin 5. fıkrasına göre, iyileşmenin masrafları ve de yaralanması sırasında çalışma yeteneği kısmen veya tamamen ortadan kalktığından ya da azaldığından ya da ihtiyaçları arttığından dolayı yaralanın uğradığı maddi dezavantajları tazmin edilir. Maddi zarar haricindeki zarar için de uygun bir parasal tazminat istenebilir.

c) Maden şirketi sahibinin sorumluluğu (Alman Federal Maden Kanunu md. 114 f. 1)

Maden işletmeciliğinden dolayı bir insanın ölümüne yol açılır, bir insanın bedeni veya sağlığı zarar görürse veya eşyaya ilişkin zarar meydana gelmişse (maden zararı), Alman Federal Maden Kanunu'nun 114. maddesinin 1. fıkrasına göre bundan

dolayı ortaya çıkan zarar Alman Federal Maden Kanunu'nun 115 ila 120. maddelerine göre tazmin edilir.

d) Avlanma hakkı olan kişinin sorumluluğu (Alman Federal Av Kanunu md. 29, 33)

Ortak bir avlanma bölgesine ait olan veya ortak bir avlanma bölgesine bağlı olan bir mülkün (Alman Federal Av Kanunu md. 5 f. 1) toynaklı hayvanlar, yabani tavşanlar veya sülünler tarafından zedelenmesi durumunda, Alman Federal Av Kanunu'nun 29. maddesinin 1. fıkrasına göre avlanma kooperatifi, hasar gören tarafın av zararı için tazminat ödemek zorundadır. Kooperatif Fonu tarafından ödenen tazminat, katılımcı mülklerin alan oranına göre avlanma topluluğunun bireysel üyeleri tarafından karşılanacaktır. Av sahası kiracısı, av zararının tamamını veya bir kısmının tazminini üstlenmişse, tazminat ödeme yükümlülüğü av sahası kiracısına aittir. Eğer zarara uğrayan, saha kiracısından tazminat alamazsa avlanma kooperatifinin tazminat yükümlülüğü devam eder.

Ava çıkan herkes, mülk sahiplerinin veya kullanan kişilerin meşru menfaatlerini, özellikle de ekili arazileri ve kesilmemiş çayırları mümkün olduğunca korumak için (Alman Federal Av Kanunu md. 33 f. 1) elinden geleni yapmak zorundadır. Saman ya da taneli ekin ya da tütün ile ekili tarlalarda avlanma uygulaması yasaktır; arama avcılığına, sadece olgunlaşan ürünlere zarar vermeden gerçekleştirilebileceği ölçüde izin verilir.

Alman Federal Av Kanunu'nun 33. maddesinin 2. fıkrasına göre avlanma hakkını kullanan, kötü niyetli avlardan kaynaklanan herhangi bir zarar için arazi sahibine veya izinli kullanıcıya karşı sorumludur; ayrıca kendisi tarafından atanan av korucusunun ya da bir av misafirinin neden olduğu avlanma zararından sorumludur.

7) Son olarak belirtilmesi gerekir ki, Alman kanun koyucusu, motorlu araç sahibi için, zarar gören tarafın lehine zorunlu bir sigorta öngörmüştür (Zorunlu Sigorta Kanunu md. 1). Ayrıca, mali sorumluluk sigortacıları, zarar yüzünden taz-

minat ödeme durumunda en az yasal yükümlülüklerinin kapsamı kadar finansal güvence bulundurma yükümlülüğüne sahiptirler (Alman Atom Enerjisi Kanunu md. 13, Alman Çevre Sorumluluğu Kanunu md. 19, Alman Genetik Teknoloji Kanunu md. 36 ve Alman Tıbbi Ürünler Kanunu md. 94).

8) Bu hükümlerin yanısıra, sözleşme ve haksız fiil hükümleri de sınırsız olarak uygulanabilir. Bu konuda tüm tehlike sorumluluklarla ilgili genel bir yasal düzenleme olmamasına rağmen bazı durumlarda özel yasalarda açık hükümler bulunmaktadır, örneğin Alman Karayolları Trafik Kanunu md. 16 ve Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu md. 15'inde olduğu gibi. Bununla birlikte, Alman Yargıtayı'nın içtihadına göre burada hakların yarışması söz konusudur.

MORFOLOJİK ÖZGÜRLÜK VE HUKUKUN GELECEĞİ

*Dr. Özgür KÜÇÜKTAŞDEMİR**

Yeni bir çağın arifesindeyiz. Bu yeni çağa girerken bilimin önderliğiyle teknoloji, tüm varoluşumuzu gündelik yaşantımızın herhangi bir kesitinden hücrelerimize kadar, her yönüyle kapsıyor. Öyle ki bu kapsam insan türünün kendine has biyolojik yapısını bütünüyle içine alacak yönde genişliyor. Artık felçli insanlar, beyin dalgalarıyla kontrol edilebilen yapay dış iskeletler aracılığıyla yürümeyi başarabiliyor.¹ Amputelere nöral stimüle edilmiş, yapay mekanik uzuvlar takılabiliyor ve eskisinden farksız yürümelemleri sağlanabiliyor.² Gelecekte organ naklinin ortadan kalkacağından ve üç boyutlu yazıcıların kullanıldığı teknolojilerle veya genetiğiyle oynanmış hayvanlardan elde edilerek üretilebilecek, doku ve organlardan söz ediliyor.³ Tüm bunların uygulamaya kavuşacakları günü, kimi

* Dr. Öğretim Üyesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksekokulu, Ceza İnfaz ve Güvenlik Hizmetleri Programı, (kucuktasdemir@ankara.edu.tr)

¹ Bkz. The Guardian, "Paralysed man walks using mind-controlled exoskeleton-French patient's breakthrough could lead to brain-controlled wheelchairs, say expert", 4/10/2019,10:38, (<https://www.theguardian.com/world/2019/oct/04/paralysed-man-walks-using-mind-controlled-exoskeleton>)

² Bkz. Petrini Franseco, et. al, "Enhancing functional abilities and cognitive integration of the lower limb prosthesis", Science Translational Medicine, Vol. 11, Issue 512, 02 Oct 2019, (<https://stm.sciencemag.org/content/11/512/eaav8939>)

³ Bkz. The Economist, "3D printing makes it easier to create tissue for medical research", 5/2019, (<https://www.economist.com/science-and-technology/2019/05/16/3d-printing-makes-it-easier-to-create-tissue-for-medical-research>)

zaman hayret ve merakla, kimi zamansa huşuyla bekliyoruz. İnsanların beyinlerine takılacak yongalarla hâlihazırda Alzheimer gibi hastalıkların etkisini büyük oranda giderebiliyoruz.⁴ Hatta tüm bunlara ek olarak genetiğiyle oynanmış bebeklerin doğumuna Çin’de tanıklık ettik bile.⁵ Buraya kadar sözü edilen gelişmeler, değinebileceklerimizin ve gözlemleyebildiklerimizin küçük bir bölümü. Bilim ve teknolojideki bu gelişmelerin tümü bize, insan makina arayüzlerinin⁶ insan zihniyle bütünleşeceği, böylelikle insanla makinaların belki de bir olacağı, insanlar üzerinde kimi genetik müdahalelerin daha rahatlıkla yapılabileceği, insanın değişip yeteneklerinin artacağı kaçınılmaz bir geleceği müjdeliyor. Gerçekten de bilim ve teknoloji “insan” kavramının içeriğini ve türümüzü algılayışımızı kökten değiştirmeye ilk defa bu kadar yakın.⁷

Kıscacası, insanın, kendi türüne has yapısını değiştirme gizil gücünü taşıdığını açıkça görebiliyoruz. Bilim ve teknoloji insanın biyolojik yapısına egemen oldukça, onu disipline edip kontrol altına alabilecek yeni yöntemlere de kapı aralıyor. Çin’de okullarda, çocukların çalışma yeteneklerini arttırılması savıyla, onların beyin dalgalarını ve jestlerini gözlemleyip yorumlayabilen, yapay zekânın kullanıldığı sistemler deniyor.⁸ Yapay zekadan yararlanan güvenlik kameralarıyla şehirler donatılıyor. Böylece, insanın özel hayatının gizliliğinin ve

⁴ Wilson, C, “Can a brain implant treat Alzheimer’s? It might just be placebo”, *New Scientist*, 30/10/2018, (<https://www.newscientist.com/article/2159754-can-a-brain-implant-treat-alzheimers-it-might-just-be-placebo/#ixzz62HLukuD4>)

⁵ Bkz. Cyranoski, D, “The CRISPR-baby scandal: what’s next for human gene-editing”, *Nature*, 566, 2019, (ss.440-442), (<https://www.nature.com/articles/d41586-019-00673-1>)

⁶ “İnsan Makine Arayüzü” kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zhang Peng, *Advanced Industrial Control Technology*, Elsevier, 2010, s.527-555

⁷ Konuyla ilgili olarak ve “benlik” bilinci taşıdığı sürece, hümanizmin her çağda küllerinden farklı biçimlerde de olsa yeniden doğacağı üzerine bkz. Benedikter, R./Giardano, J./ Fitzgerald, K., “*The future of the self-image of the human being in the Age of Transhumanism, Neurotechnology and Global Transition*”, *Futures* V.42, 2010, (ss.1102-1109), s.1108 vd.

⁸ *Wallstreet Journal*, “Under AI’s Watchful Eye, China Wants to Raise Smarter Students”, 9/19/2019 5:30AM, (<https://on.wsj.com/330KHw7>)

irade özgürlüğünün dahi yeniden ele alınıp tartışılabileceği bir zaman dilimine ilk adımlarımızı atıyoruz. Gelecekte belki de “insanı”, yeniden tanımamız ve tanımlamamız gerekebilecek.

Nanoteknoloji, moleküler biyoloji, nörobilim, yapay zekâ ve başta bilgisayar olmak üzere mühendislik alanındaki gelişmelerin insanı tanımlayıpta değerler dizisi (paradigma) değişimine yol açmaması düşünülemezdi ve bilimle teknolojinin ulaştığı noktada, insan türüne olası etkileri düşünsel düzlemde ilk meyvelerini verdi: *Trans-hümanizm (insan aşkıncılık)* akımı. Trans-hümanizm, insanın fiziksel ve biyolojik sınırlarını aşmayı amaçlayan bir akımdır. Kimine göre ilerleme ideolojisi olan trans-hümanizm radikalleşmiş bir hümanist anlayıştır.⁹ İnsan türünün yeteneklerini evrimsel kısıtlarından kurtarmayı, yeni bir evrimsel gelişim sürecini bilim ve teknolojinin ışığında, mühendislik aracılığıyla başlatmayı hedefler. Bu nedenle “evrimsel hümanizmin” bir alt türevi olarak değerlendirilebilir. Hedeflediği yolda hastalıkların, hatta yaşlanmanın ve ölümün yenilebileceği, insanın bilişsel yeteneklerinin, beynin sınırlarını aşılabileceği, insan biyolojisinin, yapay zekanın ve makinelerin birleşip tekillik meydana getirebileceği, insanın doğadan bütünüyle bağımsızlığını ilan edebileceği bir devri öngörür. İnsan bedeninin yeniden ve farklı biçimlerde makineler ve yapay zekâyla bütünleşik bir biçimde üretilebilir olduğu, insanın kendi evrimine doğrudan müdahale edebileceği bir çağda, insanı aşan ve insan sonrası bir türü betimler.¹⁰

Trans-hümanizm akımının ele aldığı konulardan en önemlisi de *morfolojik özgürlüktür*.¹¹ Hatta morfolojik özgürlüğün hukuksal varlığı, trans-hümanistlerin hedeflerinin bir önkoşulu

⁹ Trans hümanizm konusu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dağ, Ahmet, “*Hümanizmin Radikalleşmesi Olarak Transhümanizm*”, Felsefi Düşün, Ekim 2017, Sayı 9, (ss.47-68), s 51

¹⁰ Bkz. Demir, Aysel, “*Ölümsüzlük ve Yapay Zekâ Bağlamında Transhümanizm*”, *Online Academic Journal of Information Technology*, C.9, S.30, 2018, (ss.95-103), s.102

¹¹ Bkz. Dolezal, L, “*Morphological Freedom And Medicine: Constructiong The Posthuman Body*”, *The Edinburgh Companion to the Critical Medical Humanities*, 2016, (ss.310-324), s.313

olarak düşünülebilir. Morfolojik özgürlük, insanın kendi biyolojik yapısı üzerinde değişiklik yapabilme serbestisini ifade eder. Aslında trans-hümanizm akımı tarafından medeni bir hak olarak talep edilen morfolojik özgürlüğün gündemi çok da yeni değildir. Cinsiyet değiştirme, ten rengi değişimi, estetik ameliyatlar bu özgürlüğün ilk ortaya çıkış biçimleri arasında sayılabilir. Morfolojik özgürlük, kural olarak kişinin bedensel bütünlüğü üzerinde iradesi doğrultusunda istediği girişimlerde, uygulamalarda bulunabilmesidir ve bunlara bağlı olarak yaptığı sözleşmeler geçerli olmalıdır. Ayrık olan kişinin bedensel bütünlüğü üzerinde gerçekleştirilemeyeceği değişikliklerdir. Dolayısıyla morfolojik özgürlük bir kişinin kendisine zarar vermediği, rızası bulunduğu sürece bedeni üzerinde istediği girişim ve müdahalelerde bulunabilmesini açıklar. Bunun dışında üstün bir amaç (örn. sağlık) aranmaz.¹² Bu yönüyle tıbbi tedavilerden ayrılır. Morfolojik özgürlüğünü kullanan bir birey teknolojinin yardımıyla, kendi varlığı üzerinde iradesi doğrultusunda bilişsel, duygusal ve fiziksel değişikliklerde bulunabilir. Morfolojik özgürlüğün altında yatan temel düşünce kişisel özerkliği en yüksek seviyeye çıkarmaktır. Bu bağlamda morfolojik özgürlüğün kullanımı, kişinin, üzerindeki girişimlerin olası etkileriyle riskleri hakkında aydınlatılmasına ve mutabakatına bağlıdır.¹³ Morfolojik özgürlüğün temel bir hak olarak kabul edilmesi savunulduğunda, bu hakkın kısıtlanması ve özgürlüğün kapsamına girmeyen ayrık durumların belirlenmesi ancak yasalarla olanaklı olabilir.

Morfolojik özgürlük, kullanımı yeni yeni gözlemlenebilir bir özgürlük olduğundan, sosyal etkilerinin belirlenebilmesi zordur ve dolayısıyla hangi gereksinimlerle kısıtlanabileceğine ilişkin değerlendirmeler için henüz erkendir.¹⁴ Morfolojik özgürlüğün temel bir hak olarak tanınmasını savunanlar, bir değişim özgürlüğü olarak kaynağını insanların mutluluğu

¹² Dolezal, a.g.m, s.310

¹³ Szabados, Krisztian, "Morphological Freedom as a Basic Human Right: Three Arguments". *SSRN Electronic Journal*. 2017, (10.2139/ssrn.3091656) , s.4

¹⁴ Buna karşın ORLAN ve Sterlarc gibi sanatçılar bu özgürlüğü eserlerinde kavramsal olarak dışa vurmaktadır. (Peidra, s.320)

arayışından (*pursuit of happiness*), insanın gelişiminden, insanın özünü gerçekleştirme (*self-actualization*) gereğinden aldığından söz ederler ve özgürlükçü bir tutumla kişisel otonominin merkezine insan bedenini koyarlar.¹⁵ Böylelikle morfolojik özgürlük, trans-hümanistler tarafından insanın teknolojinin kullanımıyla yeteneklerini geliştirmesine ve kendi hayatı üzerindeki kontrolünü arttırmasına yönelik manevi bir hak olarak ele alınır; morfolojik özgürlüğün erdemiyse kişiyi mükemmelleme yöneltmesindedir.¹⁶ Aslında morfolojik özgürlüğü gündeme getirenlerin sağlam temellere dayandıkları söylenebilir. Örneğin, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin "İnsanın Önceliği" başlıklı 2'inci maddesinde "İnsanın menfaatleri ve refahı, bilim veya toplumun menfaatlerinin üstünde tutulacaktır." denmektedir.¹⁷ Morfolojik özgürlüğün kullanımının özünde insanın menfaatine olduğu rahatlıkla söylenebilir. Tıp artık, palyatif, şifa verici ve önleyici görünümünün yanında insanı takviye edici (*augmentation*) bir nitelik kazanmaktadır.¹⁸ Böylelikle morfolojik özgürlükle birlikte, tıbbın karşısında insanlar "hasta" olarak nitelendirilmez, hastalıklarının sağaltımı dışında da hayat konforlarının arttırılması adına sürecin aktif katılımcıları olarak daha fazla yer alırlar.¹⁹ Buna karşın morfolojik özgürlüğün, özelde bireyler temelinde, geneldeyse tür olarak "*homo sapiens*" üzerinde biyolojik değişiklikler yapılabilmesine yönelik iki ayrı sonucunun olacağı öngörülebilmektedir.²⁰ Bu durum, çok farklı etik tartışmalara kapı aralamaktadır.²¹

¹⁵ Bkz. Dolezal, a.g.m, s.312

¹⁶ Bkz. Piedra, J, "Technological Enhancement and Happiness, A Review of Morphological Freedom", *Cosmos and History: The Journal of Natural and Social Philosophy*, vol. 15, no. 1, 2019, (ss.275-291), s.279 vd.

¹⁷ Bkz. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (<https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html>)

¹⁸ Bkz. Sandberg, Andreas, A. (2013). "Morphological Freedom – Why We Not Just Want It, but Need It". In *The Transhumanist Reader* (eds M. More and N. Vita-More). doi:10.1002/9781118555927.ch5

¹⁹ Kapitalizme göre, böylece tıbbi hizmetleri satın alacak yeni müşteriler ortaya çıkar. Örneğin saç ekimi, estetik ameliyatlar bu durumun ilk görünümüdür.

²⁰ Bu paralelde bkz. Piedra, s.278

²¹ Bu bağlamda morfolojik özgürlüğün karşısındaki görüşler için bkz. Slotat, Sarah, "Why Morphological Freedom Is a Fantasy: Your Body Isn't

Morfolojik özgürlükle insanı geliştirmemize veya başka bir deyişle yükseltebilmemize yönelik teknikler üç gruba ayrılabilir: genetik mühendisliği, her türlü cerrahi operasyonla insan vücuduna takılabilecek çeşitli implantlar ile farmakolojik ve tıbbi uygulamalar.²² Yukarıda sözü edilen teknolojik gelişmeler insanın kendi biyolojik yapısı üzerinde kurabileceği egemenliği arttırmış ve daha önce hayal dahi edilemeyen olanakların önünü açmıştır. Örneğin ileride insanlar beyin sinyalleri ile çalışan elektro-mekanik ya da mekatronik uzuvlarla fiziksel yeteneklerini yükseltebilir, belki de daha ileriki yıllarda beyne takılan elektronik parçalar aracılığıyla insanın yeni bilişsel yetenekleri ortaya çıkabilir.

Morfolojik özgürlüğün kullanımı, ileri gelecekte hem gerçekliğe hem de türümüze atfettiğimiz anlamı değiştirebilecek niteliktedir. Böylelikle, bir yandan morfolojik özgürlüklerini kullanarak kendi yeteneklerini yükseltmiş insanlar söz konusu olduğunda insan onurunun kavramsal içeriğiyle ilgili, diğer yandan bu özgürlüğü kullanamayan diğer insanlarla aradaki uçurum düşünüldüğünde eşitliğin de sorgulanmasıyla, temel hak ve özgürlükler üzerine farklı bir pencereden tartışmalar yürütebilmemiz olasıdır.²³ Bu bağlamda doğaldır ki kişilik haklarının kapsamında kimi farklılıklar söz konusu olabilecektir. Başka bir anlatımla, günümüz hukukunun, geleceğin insanıyla beraber kökten değişimi hayal edilebilir. Öyle ki devletlerin anayasalarında, sadece bir negatif statü hakkı olarak değil, aynı zamanda bir pozitif statü hakkı olarak vatandaşlarına morfolojik özgürlüklerini kullanabilecekleri imkânları yaratmalarını üstlenebilecekleri düşünülebilir. Bunlara bağlı olarak organların ve uzuvların yeniden üretilebildiği bir çağda tazminat hukukunun yeni bir çehre kazabileceği göz önüne alınabilir.

Just Your Own", Inverse, January 2016, (<https://www.inverse.com/article/10479-why-morphological-freedom-is-a-fantasy-your-body-isn-t-just-your-own>)

²² Bkz. Piedra, s.278

²³ Bkz. Jouglex, P, "Frankenstein and the law: some reflexions on transhumanism", ResearchGate, 2015. 10.13140/RG.2.1.3528.2089, (<https://www.researchgate.net/publication/278714983>), s.6

Geleceğin teknolojilerinin geleceğin hukukuna ve kişilik haklarına yapabileceği etkilere geçmeden önce, bir kişi olarak insanın hangi ontolojik bağlamda morfolojik özgürlüğünü kullanabileceğine ilişkin çeşitli çıkarımlarda bulunmak gerekiyor.²⁴ Çıkarımları üç evreye ayırıyorum ve buna göre geleceğin hukukunun değişebileceğini savlıyorum. Bu üç evreye göre hukuk sistemlerinin farklı bir yöne everilebileceğini ifade edebilirim. Evrelerin yakın gelecekte uzak geleceğe doğru sıralarsak, birinci aşamada insanın uzuvları ve organları üzerinde morfolojik özgürlüğünü kullanacağını, bunu duyu organlarının takip edeceğini söyleyebiliriz. İkinci aşamada, yapay zekanın gelişim göstermesi ve insan üzerinde genetik mühendislik uygulamalarının ivmeleneceği beklenebilir. Kanımızca üçüncü ve son aşamada, teknolojinin insan biyolojisi üzerindeki egemenliği beynin fethiyle tamamlanacaktır. Bu evreleri ve evrelere göre oluşabilecek hukuksal değişimleri, başka bir anlatımla ilk defa ortaya çıkabilecek veya içeriği değişebilecek hakları aşağıdaki biçimiyle aşamalarla değerlendirmek düşünülebilir.

- 1) İnsanın fiziksel yapısı üzerinde (ve bununla sınırlı) gerçekleştirilebilecek yakın gelecekteki değişiklikler ve bunun üzerinden morfolojik özgürlüğün tartışılması.
 - a. Organ ve uzuvlarının yeniden üretiminin başlaması ya da yakın bir gelecekte işlevsel olarak onları aratmayacak beyin dalgalarıyla kontrol edilebilen makinelerin kullanılması.
 - b. İnsan DNA'sı üzerinde gerçekleştirilen kimi değişikliklerin etik ve hukuki açıdan onaylanması.
 - c. Girişimlerin uzuvlarla sınırlı kalmaması ve duyu organlarının çeşitli yollarla yükseltilmesi sonucunda insan algısının değişimiyle yeni epistemolojik yaklaşımların benimsenmesi.

²⁴ Bu çıkarımları bağlamında kanımızca geleceğin dünyasını yansıtmada başarılı bulduğum iki filmi belirtmek isterim: *Elysium* (2013) ve *Ghost In The Shell* (2017)

- d. Genetik değişikliklerle yaşlanmanın geciktirilmesi.
- 2) İnsan üzerinde gerçekleştirilen fiziksel değişimlerin beyne taşınması, genetik değişiklikler, yapay zekanın gelişimiyle beraber hukukta “kişi” statüsünün ve dolayısıyla temel hakların içeriğinin tartışılır hale gelmesi.
- a. Çok sınırlı bir alan üzerinde de olsa genetik olarak beyin üzerinde çalışmalar gerçekleştirilmesi.²⁵
- b. Beyindeki nörol aktivitelerin yüksek oranda determine edilmesi ve öngörülebilir duruma getirilmesi.
- c. Beyinle bütünleştirilebilecek çiplerle insan zihninin değişimi.
- d. İnsan beyninin nörobilim ve mühendislik yardımıyla dijital hale getirilmiş modellerinin yaratımı.²⁶
- e. İnsan üzerinde gerçekleştirilecek değişimlerde yapay zekâdan yararlanılması.
- f. Yapay zekânın insana doğrudan bağlı ve onun kontrolünde nesnelerin interneti ile gündelik işleri bütünüyle üstlenmesi.
- 3) Gelişmiş yapay zekâların bir özne olarak belirmesi, maddi hukuk kurallarının yerini şekli hukuk kurallarının alması, irade özgürlüğünün önkabul olmaktan çıkması.
- a. Yapay zekâ ile insanın bütünleştirilmesi
- b. İnsan bedeninin giderek bilişim sistemleriyle bütünleşmesi ve hatta bir bilişim sistemi gibi ele alınması.
- c. Teknolojik tekillik²⁷

²⁵ İnsan beyninin yapısını değiştirebilecek genetik değişikliklerin kısıtlılığı üzerine bkz Franco, s.216

²⁶ Beyinde ters mühendislik işleminin ivmelenen hızı hakkında bkz. Kurzweil, s.282; ayrıca bkz. Human Brain Project, Brain Models and Simulation, (<https://www.humanbrainproject.eu/en/brain-simulation/>)

²⁷ Kurzweil, s. 543 vd.

Bu gelişmelerin hukuk dünyasındaki ilk etkilerinin, doğal olarak önce medeni hukuk alanında gözlemleneceğini ve bu alanda tartışılacağı görüşündeyiz. Zira tüm bu yolun bizi çıkardığı ilk kavşak morfolojik özgürlüktür. Bunu transhümanistlerin yeni insanı izleyecek ve son olarak varabileceğimiz noktaysa insan sonrası olacaktır. (Post-hümanizm)²⁸ Böylece insan, kendi üzerinde gerçekleştireceği değişikliklerle kendisiyle çok cılız kökensel bağları kalmış, yeni bir türün doğumuna vesile olacaktır.

Morfolojik özgürlüğe ilişkin tartışmalar kanımızca yukarıda değindiğimiz birinci aşamaya ait kalacaktır. Birinci ve ikinci aşamalar arasındaki kavşak noktasında kişi ve kişilik kavramlarını tartışmaya başlayacağımızı düşünüyorum. Bu aşamada bir varlığı neye göre insan olarak tanımlayabileceğimiz ve neye göre bir varlığa hukuken kişilik tanıyacağımız ciddi sorular olarak karşımıza çıkar. Örneğin, o varlığın insana ait genetik materyali taşıması mı yoksa insanla eşdeğer bilişsel yeteneklerle donatılmış olması mı ya da bilinci mi göz önüne alınacaktır?²⁹ Hak ve fiil ehliyeti neye göre belirlenecektir? Bu durumda, insan algımız, başta eşitlik ve özel hayatın gizliliği olmak üzere birçok temel insan hakkı üzerinde daha derinlemesine tartışmaların doğacağı açıktır. Üçüncü aşama ve kavşaktaysa belki de yapay zekânın kendisine kişilik tanınıp tanınmayacağı, insan sonrası (post-human) varlıkların diğer varlıklarla ilişkileri, irade özgürlüğünün varlığı tartışılacaktır. Bu aşamanın kendisi çalışmamızın sınırlarını aşmakla birlikte, beklenen gelişmeler yaşandığında maddi hukuk kurallarının yerini şekli hukuk kurallarının alacağını, bir süre sonra geriye

²⁸ Bkz. İnsan sonrası varlıkların ne insanın alçılması anlamına geldiğini ne de insan türünün kendisine karşı bir tehlike oluşturacakları hakkında bkz. Bolstrom, N, "In Defense of Posthuman Dignity", *Bioethics*, V.19, N.3, 2005, (ss.202-214), s.204

²⁹ Konuyla ilgili tartışmalar için bkz. Franco, Alexandra M. "Symposium Article: Transhuman Babies and Human Pariahs: Genetic Engineering, Transhumanism, Society and the Law." *Children's Legal Rights Journal*, Vol. 37, no. 2, 2017, (ss.185-218), s.214 vd.

sadece çeşitli prosedürlerin veya daha doğru bir ifadeyle protokollerin kalacağını düşünüyorum.³⁰

Mevcut gelişmelerin bizi ilk adımda getirdiği yer olan morfolojik özgürlük ve kişilik hakları doğrudan birbirleriyle ilişkilidir. Bu yüzden morfolojik özgürlüğün temel bir kişilik hakkı olarak tanınması savunulmaktadır. Morfolojik özgürlüğe göre insanlar bedenleri üzerinde başkalarına ve kendilerine zarar vermedikleri sürece istedikleri değişiklikleri yapabilir, diğer taraftan da herhangi bir kültürel, sosyal veya dini baskıyla değişiklik yapmaya ya da yapmamaya zorlanamazlar.³¹ Bu bağlamda morfolojik özgürlük savunucularının bir an için en güzel rüyalarının içinde yer aldığımızı düşünelim. Tarihin akışı bizi, belirli usul kuralları çerçevesinde insanların bedenleri üzerinde istedikleri değişiklikleri gerçekleştirebilecekleri bir düzene/zamana taşısın. Bu uç örnekten yola çıkarak hukuksal olguların nasıl karşımıza çıkabileceğini artık tartışabiliriz.

Öncelikle beden üzerinde istenilen değişikliğin yapılabilir olması, insana ilişkin algının zihin-beden Kartezyen ikiciliğinde bedeni geri plana atacaktır.³² Artık beden, insanın sahip olduğu ama şekillenmesinde istediği gibi karar alınabilen, uzuvların ve sağlıklı bulunan organların değiştirilebildiği, hatta kimi zaman tercih bile edilmeyip biyolojik uzuvlar yerine biyonik uzuvların kullanılmasının yeğlendiği koşullarda anlam kazanmaktadır. Gerçekten de hukuk sistemi gelecekte kişilere, mevcut uzuvları yerine mekanik uzuvlar takmayı tercih etme hakkı tanıyacak mıdır? Benzer bir soru, teknolojinin gelişimiyle birlikte duyu organları için de sorulabilir. İşte bu durumda, bedenin giderek eşya durumuna indirgenmesi, hatta bir son-

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Küçüktaşdemir, Özgür, "Yeni İnsanla Tanışmak, Hukukun Genel İlkeleri ve Ceza Hukukunun Geleceği Üzerine Bir Deneme", (https://www.academia.edu/38739257/YEN%C4%B0_%C4%B0NSANLA_TANI%C5%9EMAK_HUKUKUN_GENEL_%C4%B0LKELER%C4%B0_VE_Ceza_HUKUKUNUN_GELECE%C4%9E%C4%B0_%C3%9CZER%C4%B0NE_B%C4%B0R_DENEME?fbclid=IwAR2vN8CIQob9_rDLA0_DAvKGf3C3us_GrKP20y3LQSTI8YQr3WidawdpRTA)

³¹ Bkz. Piedra, s.282

³² Bu bağlamda bkz. Peidra, s.321

raki adımda özel sektör tarafından genetik bilimi yardımıyla ve biyonik parçalarla çeşit çeşit tür ve modellerde üretilerek metalaşması söz konusu olabilecektir. Bu düzlemede, cesetler üzerinde deneysel kafa nakli çalışmalarının sürdüğünü de hatırlayalım.³³ Böylece, bedensel zararlarla şeye ilişkin zarar arasındaki sınır giderek kaybolmaya başlayabilir.

Özetle, düşüncemize göre, morfolojik özgürlük ne kadar mutlaklaşırsa insan bedeni o kadar metalaşacaktır. Bu yönelim, kanımızca beyin ile makineler arasında ara birim oluşturmakla³⁴ doruk noktasına ulaşabilir. Bu doğrultuda kişilik hakları içinde yer alan fiziki kişilik ve onun uzantısı olan maddi bedensel değerlerden beden bütünlüğü³⁵ yeni bir görünüm kazanacaktır. Bilhassa beden bütünlüğü kişiye sıkı sıkıya bağlı mutlak bir hak olarak kalmakla birlikte vücudun değiştirilebilir bölümleri açısından mameleki bir niteliğe bürünebilir. Bu yönüyle, para ile ölçülebilir, devredilebilir hale gelebilir. Örneğin kendisine biyonik kollar takmayı seçmiş ve onlarla kendisini geliştirmiş/yükseltmiş (*enhanced/upgraded*) bir insan, yeni modelini almak için mevcut biyonik kollarını satabilir. Çünkü bilhassa implantlar aracılığıyla insan beyniyle bütünleşik insan makine arayüzleriyle bedene, ondan rahatlıkla ayrılabilir ve sonradan eklenebilir uzuvlar yapmak olanaklı hale gelecektir. Bu doğrultuda morfolojik özgürlüğün başka bir sonucu gözlemlenebilir. Morfolojik özgürlük insanlara, bedenleri aracılığıyla kendilerini ifade etmenin yeni yollarını kullanma olanağını verebilir.³⁶ Böylece morfolojik özgürlüğün gelecekte, insanların kendilerini gerçekleştirmesine, hoşgörüyü ve çoğulculuğa katkıda bulunacağı düşünülmektedir. Örneğin belki de gelecekte insanlar kendilerini farklı ten renkleriyle ifade ede-

³³ Bkz. Habertürk, "Dünyanın İlk Kafa Nakli Başarıyla Gerçekleştirildi", 17.11.2017, (<https://www.haberturk.com/dunyanin-ilk-kafa-nakli-basariyla-gerceklestirildi-1718430>)

³⁴ Kurzweil, Ray, *İnsanlık*, 2.0, 3. Baskı, Alfa, İstanbul, 2018, s.281 vd.

³⁵ Zevkliler, Aydın, "Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları", (Dice Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1982-1983 Öğretim Yılı Açılış Deri Metni), (<https://dergipark.org.tr/download/article-file/213595>), s.4

³⁶ Bkz. Sandberg, a.g.m

bilecektir. Bu özellikleriyle morfolojik özgürlük, kozmopolitane ve liberteryen bir anlayış olarak karşımıza çıkar.

Morfolojik özgürlük kapsamında değerlendirilmesi gereken başka bir soru da genetik müdahalelerin bu özgürlük kapsamında olup olmadığıdır.³⁷ Morfolojik özgürlük, insanların kendi genleri üzerindeki mutlak egemenliklerini destekler ve dolayısıyla devlet müdahalesi olmadan genetik olarak tasarlanmış çocuklara sahip olabilmeye serbestisini tanır.³⁸ Başka bir anlatımla, başta da değinildiği üzere, morfolojik özgürlük insanın kendi türüne ilişkin bir kısıt imlemez. Belki de insana ait tek şey, burada, bedeni üzerinde değişiklik yapmaya yönelmiş iradesidir. Dolayısıyla morfolojik özgürlük kanımızca etik içeriğine kavuşturulmak isteniyorsa, gelecek kuşakları etkileyecek beden üzerindeki genetik değişiklikler konusunda sınır çizilerek hem bireysel hem de insan türüne ait olanaklarını net bir biçimde belirlenmesi zorunludur. Düşüncemize göre, genetik uygulamalar morfolojik özgürlüğün kapsamına alınabilir. Bu durumda örneğin, geç yaşlanacaklarından çok uzun yaşam aralığına sahip insanlar ortaya çıkabilir. Böyle bir varsayımın gerçekleşmesiyle, aile hukukunun, miras hukukunun, iş hukukunun bu koşullardan etkilenmemesi düşünülemez.³⁹ Ek olarak, genetik müdahaleler serbestleştirilince hukukta kişi ve soybağı kavramlarının yeniden ele alınması gerekebilecektir.⁴⁰

Sorulabilecek diğer bir soru da morfolojik özgürlüğün nasıl sağlanabileceğinin yanında, bu özgürlüğün nasıl korunabileceğidir. Bunun başlıca yolu, kişinin bilincinin devamlılığının garanti altına alınması için yaşam hakkını korumaktan geç-

³⁷ Bkz. CRISPR Teknolojisi hakkında, Alp, Tahir, "Yüzyılın Nobellik keşfi: CRISPR", Herkese Bilim ve Teknoloji, 4.Ekim.2018, (<https://www.herkesebilimteknoloji.com/gunun-yorumu/yuzyilin-nobellik-kesfi-crispr>)

³⁸ Böylelikle, herhangi bir bedensel veya zihinsel özür sahibi olmayan, fiziksel olarak üstün insanlar doğabilecek, onlar ve aileleri daha mutlu bir yaşam sürebilecektir.

³⁹ Juggleux, s.11

⁴⁰ Bkz. New Scientist, "First 3-parent baby born in clinical trial to treat infertility" 11/4/2019, (<https://www.newscientist.com/article/2199441-first-3-parent-baby-born-in-clinical-trial-to-treat-infertility/#ixzz62MDDR9g4>)

mehtedir. Diğer yandan morfolojik özgürlüğün kişilik hakları üzerinde yaratabileceği olası sonuçların tazminat hukuku bakımından etkileri neler olabilir sorusu da akla gelmektedir. Düşüncemize göre ilk elde şunu söylemek olanaklıdır: teknoloji gelişip insan kendi yapısı üzerinde egemenlik kurdukça insan olmak bir nitelikten ziyade bir nicelik olarak ele alınabilir. İnsanın biyolojik yapısına tam olarak egemen bir yapay zekanın ileri teknoloji alıcılarıyla sizi tarayarak vücudunuzdaki süreçleri izleyip sayısal değerlere döktüğünü hayal edebilirsiniz. Böylece, teknoloji geliştikçe ve insanların morfolojik özgürlüğünün sınırlarının kapsamı arttıkça, beden üzerinde daha fazla objektif veriye ulaşabileceğimiz ileri sürülebilir. Objektif verilerle birlikte, *hukukun ekonomik analizi* çok daha etkin bir biçimde kullanılabilir ve böylelikle ortaya çıkan zararlar için net bir tazminat miktarı bulunabilecektir. Bu durum yukarıda sözü geçen giderek bedenin eşyaya indirgenmesi sürecini hızlandırabilir.

Kanımızca, morfolojik özgürlüğün tazminat hukukuna en büyük etkisi, manevi tazminatlarda karşımıza çıkacaktır. Zira beden, mutlak olarak değiştirilebilir olduğunda geriye insanın bilinci kalacaktır. İnsanlar bilinçlerine ve bunun sürekliliğine daha fazla önem verecektir ve beden sözü edilen gelişmeler ışığında giderek eşyaya indirgendikçe kişiye ilişkin zararın hesaplanmasında ruh bütünlüğü ve ihlali odak alınacaktır. Böylelikle manevi tazminat, tatmin ve denkleştirmede önemli bir fonksiyon üstlenecek, sübjektif teori öne çıkacaktır. Buna karşın yine de belirtmek gerekir ki manevi tazminatın belirlenmesinde uzun dönemde nörobilimin ve gözetleme teknolojilerinin gelişimiyle birlikte somut olaya ilişkin doğrudan, tümüyle objektif verilere ulaşılabilmesi ve irade özgürlüğünün tartışılması dahi olanaklı olabilir. Başka bir anlatımla, örneğin kişinin duyduğu acı ve ıstırap, objektif kriterlerle belirlenebilir, beyin dalgalarının, hormonlarının ve diğer metabolik faaliyetlerinin kapsamlı bir biçimde yapay zekayla gözlemlenebilir duruma gelmesiyle niceliğe dökülebilir. Diğer yandan, morfolojik özgürlüğün kullanımı sırasında, insanın kendine “yaratacağı” bedenin yapımına birçok üreticinin katılımı öngörülebilir. Hatta insan ve

makine birleştikçe yazılımlar da kısmen biyolojik ama kısmen de biyonik bedeninde işlev görebilir. Dolayısıyla böyle bir durumda “sorumluluk sebeplerinin” çoğalabileceği düşünülebilir. Yeni teknolojilerin kullanımıyla birlikte -örneğin gelişmiş bir yapay zekanın- tehlike sorumluluğunun kapsamının, gelecekte ivmelenerek genişleyeceği de rahatlıkla ileri sürülebilir.⁴¹

Son olarak belirtmek gerekir ki gelecekteki gelişmeler, kişiler hukukuna ilişkin eşitlik ilkesi, özgürlük ilkesi ve kişiliğin korunması gibi ilkelerin farklı bir gözle ele alınmasına yol açabilir.⁴² Çalışmanın başında değindiğimiz üçüncü aşamada, süper zeki makinelerin ortaya çıktığı, insan türünün değiştiği ve hatta makinelerle bütünleştiği bir çağda kişilik kavramının içeriği yeniden değerlendirilecektir. Örneğin bir insan, biyonik parçalarla donattığı bedeniyle morfolojik özgürlüğünü kullanır ve bu sayede bir internet ağına bağlanarak başka ülke ve yerlerdeki çeşitli nesnelere kontrol edebilir. Gene başka bir insan kimi zihinsel süreçlerini, bilincini kopyalayıp başka makinelere aktarabilir.⁴³ Tüm bu örneklerde kişiye ait bedeni, manevi ve hukuksal nitelikteki varlıkları yeniden değerlendirmemiz gerekecektir. Öte taraftan kanımızca geleceğin dünyasında, kişiliğe ilişkin en önemli varlık, kişisel veriler olacaktır. Zira makinelerle insanların birleşimiyle, dijital olanla somut olan bütünleşecektir. Kişilik kavramının içeriğinin değişime uğramasıyla birlikte eşitlik ilkesi de tartışmaya açılacaktır.⁴⁴ Çünkü insanla, trans-insan ve insan sonrası arasında belki de maymunlarla insanlar arasında bulunandan çok daha ciddi biyolojik ve bilişsel farklılıkların belireceği açıktır. Hatta kötümser bir tahminle, eski çağlardaki statü hukukuna dönüş dahi düşünülebilir. Bu durum sözleşme özgürlüğünü ortadan kaldırabilir.

⁴¹ Tehlike sorumluluğu için bkz. Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin, Ankara, 2012, s.500 vd.

⁴² Bu ilkelerle ilgili olarak bkz. Öztan, Bilge, **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, Turhan, Ankara, 2010, s.220 vd.

⁴³ *Black Mirror* adlı dizinin ikinci sezonundaki *Beyaz Noel* adlı bölüm aklı gelebilir.

⁴⁴ Morfolojik özgürlüğün kendisinin eşitsizliğe yol açmayacağı ve temel bir inan hakkı olarak tanınması yönünde bkz. Szabados, a.g.m

Bu paralelde özgürlük ilkesinin de yeniden değerlendirilmesi gerekecektir. Böylece, makine ve insan bütünleşmesiyle birlikte daha önce de belirttiğimiz gibi sanalla maddi gerçeklik birbirleriyle iç içe geçebilecektir.⁴⁵ Dolayısıyla birbirinden farklı ama birbiriyle iç içe geçmiş her iki dünyada aynı anda var olabilmek özgürlüğe ilişkin anlayışlarımızı da yeniden ele almamızı gerektirebilir. Özgürlük, artık fiziksel bir serbestlikten çok daha fazlasına dönüşebilir. Böyle bir gelecekte, verilerin korunması ve özgürlük aynı anlama gelebilir. Çünkü nesnelerin internetinden yararlanan, biyonomik parçalarla ve/veya yapay zekayla yükseltilmiş verilerini koruyamayan insanların hacklenmeleri, başka bir anlatımla onların yaşamlarının bütününe yetkisiz erişimde bulunulması işten bile değildir.

Çalışmanın sonlarına yaklaşırken, morfolojik özgürlüğün öngörülen kullanımları gerçekleştiğinde, değerler sistemimiz içindeki diğer değerlere etkilerini ve geleceğin insanları tarafından nasıl değerlendirileceği bilmenin imkânsız olduğunu hatırlamalıyız. Hatta, morfolojik özgürlüğünü kullanacak bir insanın dünyayı nasıl deneyimlediğini kavramamız da imkânsız. Dolayısıyla morfolojik özgürlüğün aynı zamanda kişilerin değişmeme serbestisini de ifade ettiğini aklımızdan çıkarmamamız gerekir. Tüm genetik müdahalelere rağmen bir cücenin, cüce bir eşten cüce bir çocuk sahibi olmasını istemesi örneğinde olduğu gibi. Çoğulcu ve özgürlükçü bir öz taşımadığında, morfolojik özgürlük bizi ayrımcılığa, yükseltilmemiş/geliştirilmemiş insanların bastırılmasına veya onlara kaynak aktarılmayıp bir köşede terk edilmelerine yol açabilir. İsaiah Berlin'in deyişiyle kurtlar için özgürlük, kuzular için ölüm anlamına gelebilir.⁴⁶ Bu yüzden morfolojik özgürlüğün nasıl

⁴⁵ Halihazırda insanlar, günümüzde dahi sanal gerçekliği, yaşadıkları dünyaya yeğleyebiliyorlar. Bu düzlemde artık sanal dünyaları da haklar ve özgürlükler yönüyle tartışmaya başlıyoruz. Bu tartışmalarla ilgili olarak bkz. Gemalmaz, Burak, **Sanal Dünyalarda İktidar ve Özgürlük**, Beta, İstanbul, 2011.

⁴⁶ Tans-hümanistlerin bakış açısıyla morfolojik özgürlüğün içeriğinde taşıdığı tehlikeler hakkındaki ayrıntılı tartışmalar için bkz. Bradshaw, Heath/ Ter Meulen, Rudd, "A Transhumanist Fault Line Around Disability: Morphological Freedom and the Obligation to Enhance", **Journal of Medicine and Philosophy**, 35, 2010, (ss.670-684), s.673 vd.

ve hangi yönde kullanılacağı geleceğin insanı için biçimleyici olacaktır. Morfolojik özgürlüğün, özürli hakları hareketiyle keşiştiği noktada olduğu gibi bir umut ışığı mı olacağı, yoksa geleceğin dayatmalarına veya ayrımcılığına aracı olarak insan türünün geri kalanı üzerinde bir gölge mi oluşturacağı, günümüzden kök salmış geleceğin tartışmalarıyla belirlenecektir.

Bilim ve teknoloji geldiği aşamada, ilk defa insanın doğaya tam olarak egemen olabileceğini, bütün yaşamı etkileme gücüne sahip olabileceğini müjdeliyor. Bu doğrultuda Heidegger'in de belirttiği gibi, insan bedeni, teknoloji tarafından bütünüyle çerçevesleniyor. (*gestell*) Böylelikle belki de insan, kendi evrimini yönlendirebilme olanağına ilk defa kavuşacak. Bunun sonucunda "insan" türü ve kavramı için temel ortak referanslardan geriye nelerin kaldığını belirlememiz gerekecektir.⁴⁷ Bu durum trans-hümanistlere göre "insanın" gerçekten "özgür" (kendi biyolojisinden dahi) olabileceği, olası bambaşka bir çağın yepyeni dünyasını haber veriyor. Diğer yandan da şimdiden medeni bir hak olarak insanların morfolojik özgürlüğünden söz edebilmemize neden oluyor. Gelecek çağın hayallerimizden ve beklentilerimizden çok daha farklı olması da olası. Buna karşın, geleceğin insanların veya insan sonrası varlıkların çeşitli düzenlemelere ve kurallara her zaman gereksinim duyacakları açık. Her şeyin insan için iyi olması dileğiyle.

KAYNAKÇA

Alp, Tahir, "Yüzyılın Nobellik keşfi: CRISPR", **Herkese Bilim ve Teknoloji**, 4.Ekim.2018, (<https://www.herkesebilimteknoloji.com/gunun-yorumu/yzuyilin-nobellik-kesfi-crispr>)

Benedikter, R./Giardano, J./ Fitzgerald, K., "The future of the self-image of the human being in the Age of Transhumanism, *Neurotechnology and Global Transition*", **Futures** V.42, 2010, (ss.1102-1109), s.1108 vd.

⁴⁷ Bu bağlamda bkz., Braidotti'de aktaran Çelik, Ezgi Ece, "İnsan ve Sonrası", **Felsefi Düşün**, S.9, 2017, (ss.1-15), s.5

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

- Bolstrom, N, “*In Defense of Posthuman Dignity*”, **Bioethics**, V.19, N.3, 2005, (ss.202-214)
- Bradshaw, Heathe/Ter Meulen, Rudd, “A Transhumanist Fault Line Around Disability: Morphological Freedom and the Obligation to Enhance”, **Journal of Medicine and Philosophy**, 35, 2010, (ss.670-684)
- Cyranoski, D, “The CRISPR-baby scandal: what’s next for human gene-editing”, *Nature*, 566, 2019, (ss.440-442), (<https://www.nature.com/articles/d41586-019-00673-1>)
- Çelik, Ezgi Ece, “*İnsan ve Sonrası*”, **Felsefi Düşün**, S.9, 2017, (ss.1-15)
- Dağ, Ahmet, “*Hümanizmin Radikalleşmesi Olarak Transhümanizm*”, *Felsefi Düşün*, Ekim 2017, Sayı 9, (ss.47-68),
- Demir, Aysel, “*Ölümsüzlük ve Yapay Zekâ Bağlamında Transhümanizm*”, **Online Academic Journal of Information Technology**, C.9, S.30, 2018, (ss.95-103)
- Dolezal, L, “*Morphological Freedom And Medicine: Constructiong The Posthuman Body*”, **The Edinburgh Companion to the Critical Medical Humanities**, 2016, (ss.310-324)
- Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin, Ankara, 2012
- Franco, Alexandra M. “*Symposium Article: Transhuman Babies and Human Pariahs: Genetic Engineering, Transhumanism, Society and the Law.*” **Children’s Legal Rights Journal**, Vol.
- Gemalmaz, Burak, **Sanal Dünyalarda İktidar ve Özgürlük**, Beta, İstanbul, no. 2, 2017, (ss.185-218)
- Habertürk, “*Dünyanın İlk Kafa Nakli Başarıyla Gerçekleştirildi*”, 17.11.2017, (<https://www.haberturk.com/dunyanin-ilk-kafa-nakli-basariyla-gerceklestirildi-1718430>)
- Human Brain Project, Brain Models and Simulation, (<https://www.humanbrainproject.eu/en/brain-simulation/>)

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

- Jougleux, P, “*Frankenstein and the law: some reflexions on trans-humanism*”, **ResearchGate**, 2015. 10.13140/RG.2.1.3528.2089, (<https://www.researchgate.net/publication/278714983>)
- Kurzweil, Ray, **İnsanlık, 2.0**, 3. Baskı, Alfa, İstanbul, 2018, s.281 vd.
- Küçüktaşdemir, Özgür, “Yeni İnsanla Tanışmak, Hukukun Genel İlkeleri ve Ceza Hukukunun Geleceği Üzerine Bir Deneme”, (https://www.academia.edu/38739257/YEN%C4%B0_%C4%B0NSANLA_TANI%C5%9EMAK_HUKUKUN_GENEL_%C4%B0LKELELER%C4%B0_VE_CEZA_HUKUKUNUN_GELECE%C4%9E%C4%B0_%C3%9CZER%C4%B0NE_B%C4%B0R_DENEME?fbclid=IwAR2vN8CIQob9_rDLA0_DAvKGf3C3us_GrKP20y3LQSTI8YQr3Widawdp-RTA)
- New Scientist, “*First 3-parent baby born in clinical trial to treat infertility*” 11/4/2019, (<https://www.newscientist.com/article/2199441-first-3-parent-baby-born-in-clinical-trial-to-treat-infertility/#ixzz62MDDR9g4>)
- Öztan, Bilge, **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, Turhan, Ankara, 2010
- Petrini Franseco, et. al, “*Enhancing functional abilities and cognitive integration of the lower limb prosthesis*”, **Science Translational Medicine** , Vol. 11, Issue 512, 02 Oct 2019, (<https://stm.sciencemag.org/content/11/512/eaav8939>)
- Piedra, J, “*Technological Enhancement and Happiness, A Review of Morphological Freedom*”, **Cosmos and History: The Journal of Natural and Social Philosophy**, vol. 15, no. 1, 2019, (ss.275-291)
- Sandberg, Andreas, Sandberg, A. (2013). Morphological Freedom – Why We Not Just Want It, but Need It. In *The Transhumanist Reader* (eds M. More and N. Vita-More). doi:10.1002/9781118555927.ch5

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

- Sloat, Sarah, “*Why Morphological Freedom Is a Fantasy: Your Body Isn’t Just Your Own*”, *Inverse*, January 2016, (<https://www.inverse.com/article/10479-why-morphological-freedom-is-a-fantasy-your-body-isnt-just-your-own>)
- Szabados, Krisztian. (2017). “*Morphological Freedom as a Basic Human Right: Three Arguments*”. **SSRN Electronic Journal**. 10.2139/ssrn.3091656
- The Economist, “3D printing makes it easier to create tissue for medical research”, 5/2019, (<https://www.economist.com/science-and-technology/2019/05/16/3d-printing-makes-it-easier-to-create-tissue-for-medical-research>)
- The Guardian, “*Paralysed man walks using mind-controlled exoskeleton*—French patient’s breakthrough could lead to brain-controlled wheelchairs, say expert”, 4/10/2019,10:38, (<https://www.theguardian.com/world/2019/oct/04/paralysed-man-walks-using-mind-controlled-exoskeleton>)
- Wallstreet Journal, “*Under AI’s Watchful Eye, China Wants to Raise Smarter Students*”, 9/19/2019 5:30AM, (<https://on.wsj.com/330KHw7>)
- Wilson, C, “*Can a brain implant treat Alzheimer’s? It might just be placebo*”, **New Scientist**, 30/10/2018, (<https://www.newscientist.com/article/2159754-can-a-brain-implant-treat-alzheimers-it-might-just-be-placebo/#ixzz62HLukuD4>)
- Zevkliler, Aydın, “*Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları*”, (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1982-1983 Öğretim Yılı Açılış Deri Metni), (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/213595>)
- Zhang Peng, **Advanced Industrial Control Technology**, Elsevier, 2010, s.527-555

**TEKNOLOJİNİN
BEDENSEL ZARARLARA ETKİSİ
THE EFFECT of TECHNOLOGY
TO BODILY INJURIES**

*Doç. Dr. Armağan Ebru BOZKURT YÜKSEL**

ÖZET

Teknolojinin hayatın her alanına olduğu gibi bedensel zararlara da hem olumlu hem olumsuz etkileri bulunmaktadır. Teknolojinin salt olumsuz etkilerine odaklanmak yerine olumlu etkilerinden faydalanmak, olumsuz etkilerinin farkında olmak ve teknolojiyi doğru yönetmek gerekmektedir. Teknolojiden doğru bir şekilde faydalanmaya yönelik akıllı toplum felsefesi olan Toplum 5.0'ın da odaklandığı nokta budur. Hukukun buradaki işlevi teknolojik ürünlerin üretim ve kullanım kuralları bakımından düzenleyici ve bunların kullanılması nedeniyle oluşan zararların giderilmesi bakımından etkin ve caydırıcı olmaktır. Bunun için de hukukçular ve kanun koyucu tarafından teknolojinin olumlu ve olumsuz etkilerinin yakın olarak takip edilmesi gerekmektedir.

Anahtar kelimeler : Robotlar, yapay zeka, otonom araçlar, 5G, radyasyon.

* Dokuz Eylül Üniversitesi, İİBF, İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi, armaganbozkurt@yahoo.com

ABSTRACT

Technology has positive and negative effects in the field of bodily injuries as well as in all areas of life. Instead of focusing solely on the negative effects of technology, it is necessary to benefit from its positive effects, to be aware of its negative effects and to manage the technology in a right way. This is the focus of Society 5.0, the smart community philosophy which is for the right use of technology. The function of the law here is to be regulative in terms of production and use policy of technologic products and to be effective and deterrent in terms of eliminating the damages arised from their use. For this aim the jurists and the legislators should closely follow the technology and its positive and negative effects.

Keywords : Robots, artificial intelligence, autonomous vehicles, 5G, radiation

I.GİRİŞ

Teknolojinin insan hayatında daha çok yer edinmeye başlaması insan hayatını kolaylaştırmaktadır. Bununla birlikte teknolojinin hayatın her alanına olduğu gibi bedensel zararlara da hem olumlu hem olumsuz etkileri bulunmaktadır. Bu çalışmada öne çıkan bazı teknolojik gelişmelerin öncelikle bedensel zararlar bakımından olumlu yönlerine daha sonra olumsuz yönlerine değinilecek ve yeri geldikçe hukuki bakımdan durum değerlendirilmeye çalışılacaktır.

II. BEDENSEL ZARARLAR BAKIMINDAN OLUMLU ETKİSİ OLABİLECEK TEKNOLOJİK GELİŞMELER

A.Robotik Teknolojisi

1. Endüstriyel Robotlar

Bedensel zararlar bakımından olumlu etkisi olabilecek teknolojilerden ilki robotik teknolojisidir. Bunları gruplandırmak gerekirse ilk grupta endüstriyel robotlar bulunmaktadır.

Robotların endüstriyel üretimde kullanılması bedensel zararların azaltılması bakımından olumlu etkiye sahiptir. Örneğin ağır metal levhaların robotlar tarafından kaldırılması, işçilerin ağır kaldırma nedeniyle uğrayabileceği bedensel zararları azaltmaktadır¹. Yine robotların kaynak yapabilmesi, gözde oluşabilecek hasarlardan işçileri koruyacaktır. Robot kullanımı, işçilerin monoton işlerde aynı kasları kullanmaları nedeniyle ortaya çıkabilecek bedensel zararları azaltmaktadır².

2. Robot Cerrahlar

İkinci grupta ise robot cerrahlar bulunmaktadır. Robotik cerrahide el titremesi veya hata olmaksızın cerrahi müdahale

¹ BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, "Robot Hukuku", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 7, Sayı 29, Ocak 2017, s.87, https://www.academia.edu/32452626/ROBOT_HUKUKU_Robot_Law (Erişim 30.11.2019).

² Üretimde kullanılan robotlar hakkında bkz. BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, Yapay Zeka, Endüstri 4.0 ve Robot Üreticiler-Hukuki Bakış, Aristo Yayınevi, İstanbul 2019, s.55 vd.

yapılabilmektedir. Kesi miktarı az olduğundan iyileşme süreci daha hızlı olmakta ve yara izi daha az kalmaktadır³.

3. Askeri Robotlar

Üçüncü grupta ise askeri robotlar bulunmaktadır. Askeri alanda robot kullanımının bedensel zararları azaltan bir etkisi vardır. Örneğin kara mayınlarının tespitinde veya bomba imhasında robot kullanımı askerlerin bedensel zarara uğrama tehlikesini azaltmaktadır⁴.

B. Artırılmış Gerçeklik Teknolojisi

Bedensel zararlar bakımından olumlu etkisi olabilecek ikinci teknoloji, artırılmış gerçeklik teknolojisidir. Artırılmış gerçeklik, gerçek dünyada görülen görüntülerin üzerine bilgisayar tarafından oluşturulan seslerin, görüntülerin ve metinlerin eklenmesine ilişkindir⁵. Örneğin robotun herhangi bir görevi yerine getirirken hangi yöne gideceğini ışık şeklinde bir okla işçiye göstermesi, işçinin robotun hareket alanını anlamasını ve beden bütünlüğünü korumasını sağlamaktadır⁶.

C. Yapay Zekâ Teknolojisi

Olumlu etkisi olabilecek üçüncü teknoloji yapay zekâ teknolojisidir. Yapay zekâ özelliğini taşıyan yazılımlar tıp alanında teşhis koymada, makine öğrenmesi tekniği sayesinde tıbbi görüntü analizi ve raporlamada radyologlara yardımcı olmaktadır. Örneğin metastaz olup olmadığının tespitinde kullanılabilir⁷.

³ Fw:THINKING, "Robot Surgeons are the Future of Medicine", Yayınlanma tarihi 02.04.2014, https://www.youtube.com/watch?time_continue=243&v=vb79-_hGLkc (Erişim 03.10.2019).

⁴ HEPAMALA, Manjula Udayanga, "Robots for Humanitarian Demining", <https://www.intechopen.com/books/robots-operating-in-hazardous-environments/robots-for-humanitarian-demining> (Erişim 30.11.2019), s.2.

⁵ EMSPAK, Jesse, "What is Augmented Reality?", Yayınlanma tarihi 01.06.2018, <https://www.livescience.com/34843-augmented-reality.html> (Erişim 03.10.2019).

⁶ BOZKURT YÜKSEL, Endüstri 4.0, s.42.

⁷ HOSNY, Ahmed/PARMAR, Chintan/QUACKENBUSH, John/SCHWARZ, Lawrence H./AERTS, Hugo J.W.L., "Artificial Intelligence

D. Otonom Araçlar

Olumlu etkisi olabilecek dördüncü teknoloji ise otonom araçlardır. Otonom araçların kullanılmasının trafik kazalarının ve trafik kazaları nedenli bedensel zararların azalması yönünde etkisi olacağı ifade edilmektedir⁸.

E. Nesnelerin İnterneti

Olumlu etkisi olan beşinci teknoloji nesnelerin İnterneti teknolojisidir. Örneğin nesnelerin İnterneti teknolojisi içeren akıllı tıbbi cihazların kullanılması durumunda kalp krizi, şeker yükselmesi gibi toplanan anlık veriler, akıllı telefon uygulaması ile bağlantılı olarak bir uzmana veya sağlık merkezine iletilebilmektedir⁹. Özellikle yalnız ve yaşlı hastalar bakımından nesnelerin İnterneti teknolojisi bedensel zararların azaltılması bakımından önem taşımaktadır.

F. Diğer Teknolojiler

Yukarıda sayılanlardan başka bedensel zararlar bakımından olumlu etkisi olan diğer teknolojiler; akıllı ilaçlar, robotik protezler, organ basan biyoyazıcılar, görme engellilerin hayatını kolaylaştıran teknolojiler, beyindeki sinyalleri anlama ve bunları konuşmaya çevirme teknolojisi, elleri titreyen insanların yazı yazmasına ve ellerini daha iyi kullanmalarına yardımcı olan teknoloji şeklinde sayılabilir.

in Radiology”, Nature Reviews Cancer, Yıl 2018, Sayı 18(8), s.500-510; <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6268174/> (Erişim 04.10.2019); Makine öğrenmesi tekniği ve yapay zeka hakkında geniş bilgi için bkz. BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, “Yapay Zekanın Buluşlarının Patentlenmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 6, Sayı 11, Haziran 2018, s.585 vd.; BOZKURT YÜKSEL, Endüstri 4.0, s.50 vd.

⁸ GOODMAN, Paul, “Advantages and Disadvantages of Driverless Cars”, Yayınlanma tarihi 15.05.2019, <https://axleaddict.com/safety/Advantages-and-Disadvantages-of-Driverless-Cars> (Erişim 04.10.2019).

⁹ PEERBITS, “Internet of Things in Healthcare: Applications, Benefits, and Challenges”, <https://www.peerbits.com/blog/internet-of-things-healthcare-applications-benefits-and-challenges.html> (Erişim 05.10.2019).

III. BEDENSEL ZARARLAR BAKIMINDAN OLUMSUZ ETKİSİ OLABİLECEK TEKNOLOJİK GELİŞMELER

A. Otonom Araçlar (Self Driving Cars)

Bedensel zararlar bakımından olumsuz etkisi olabilecek teknolojik gelişmelere gelince, bunlardan ilki otonom araçlardır. Otonom araçların olumlu etkisi olduğu gibi bedensel zararlar bakımından olumsuz etkisi de bulunmaktadır. Otonom araçların uzaktan bilgisayar korsanları tarafından kötünietli yazılımlarla yönlendirilip kaza yaptırılması mümkündür¹⁰. Otonom araçlar sürücüsüz gidebildiği için, terör olaylarında bomba olarak kullanılma ihtimalleri vardır¹¹. Otonom araçların neden olduğu bedensel zararlarda sorumluluğun kime ait olacağı ile ilgili hukuki tartışmalar devam etmektedir.

B. Uçan Kaykaylar (Hoverboards) ve Kendi Kendini Dengeleyen Kaykaylar (Self Balancing Scooters)

Olumsuz etkisi olabilecek ikinci teknoloji ise elektrikli kaykaylardır. Bu kaykaylar özellikle hatalı piller nedeniyle yaralanmalara neden olmaktadır. Türkiye’de Ankara’da şarja takılan bir kaykay patlayarak yangına neden olmuştur¹².

C. İnsansız Hava Araçları/Drone

Bedensel zararlar bakımından olumsuz etkisi olabilecek üçüncü teknoloji insansız hava araçlarıdır. Bunların uçarken insanlara çarpma veya insanların üzerine düşme tehlikesi bulunmaktadır. Örneğin 2013 yılında Amerika Birleşik Devletleri’nde fotoğraf çekmek üzere dolaşan bir insansız hava aracının festivalde kurulan stantlara çarpması üzerine pek çok

¹⁰ CARTER, Jamie, “Hacked Driverless Cars Could Cause Collisions And Gridlock in Cities Say Researchers”, Forbes, Yayınlanma tarihi 05.03.2019, <https://www.forbes.com/sites/jamiecartereurope/2019/03/05/hacked-driverless-cars-could-cause-collisions-and-gridlock-in-cities-say-researchers/#69063b062a09> (Erişim 09.10.2019).

¹¹ YETİM, Servet, “Sürücüsüz Araçlar ve Getirdiği/Getireceği Hukuki Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, 2016/1, <http://www.ankarabarusu.org.tr/sites/ankarabarusu/tekmakale/2016-1/3.pdf> (Erişim 16.10.2019), s.174 vd.

¹² HABERTÜRK, “Elektrikli Kaykay Bomba Gibi Patladı!”, Yayınlanma tarihi 12.12.2015, <https://www.haberturk.com/video/haber/izle/elektrikli-kaykay-bomba-gibi-patladi/158849> (Erişim 09.10.2019).

kişi yaralanmıştır¹³.

Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü İnsansız Hava Aracı Sistemleri Talimatı madde 2 uyarınca 500 gram ve daha fazla ağırlığı bulunan insansız hava araçlarının kayıtlı olması zorunludur¹⁴. Ayrıca Sivil Hava Araçları Üçüncü Şahıs Mali Sorumluluk Sigortası Hakkında Yönetmelik¹⁵ uyarınca, Türk hava sahasında uçuş gerçekleştiren insansız hava araçlarını işletenlerin üçüncü şahıslara verebilecekleri zararlara karşı mali sorumluluk sigortası yaptırması gerekmektedir (Yönetmelik m.1).

D. Robotlar

1. Robot İşçiler

Bedensel zararlar bakımından olumsuz etkisi olabilecek teknolojiler içinde dördüncü olarak robotik teknolojisini saymak gerekir. İlk grup olan endüstriyel robotlar insanların bedensel zararlara uğramasına neden olabilir. Örneğin Almanya'da Volkswagen Şirketi'ne ait otomobil fabrikasında kullanılan bir robot bir işçiyi kavrayıp, metal bir levhaya çarptırmak suretiyle hayatını kaybetmesine neden olmuştur¹⁶. Bu nedenle robotların gücü ve teknik özellikleri hakkında işçilerin düzenli olarak bilgilendirilmesi, robotların bakımlarının yapılması gerekmektedir. Aksi halde işverenin işçiyi gözetme borcuna aykırı davrandığı iddia edilebilir.

2. Robot Cerrahlar

İkinci grupta yer alan robot cerrahların yaptıkları ameliyatlarda hastanın bedensel zarara uğrama ihtimali olabilir. Örne-

¹³ FORREST, Connor, "17 Drone Disasters That Show Why the FAA Hates Drones", Yayınlanma tarihi 13.06.2018, <https://www.techrepublic.com/article/12-drone-disasters-that-show-why-the-faa-hates-drones/> (Erişim 19.09.2019).

¹⁴ Talimat metni için bkz. https://iha.shgm.gov.tr/public/document/SHT-IHA_REV1.pdf (Erişim 19.09.2019).

¹⁵ Sivil Hava Araçları Üçüncü Şahıs Mali Sorumluluk Sigortası Hakkında Yönetmelik, RG.27.07.2017 T., 30136 S.

¹⁶ GANDER, Kashmira, "Worker Killed By Robot at Volkswagen Car Factory", Independent, Yayınlanma tarihi 01.07.2015, <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/worker-killed-by-robot-at-volkswagen-car-factory-10359557.html> (Erişim 10.10.2019).

ğin Birleşik Krallık'ta bir kalp ameliyatında robot kullanılmış ve hasta hayatını kaybetmiştir. İlk belirlemelerde hastanın geleneksel açık kalp ameliyatı yapılmış olsaydı hayatta kalma şansının daha fazla olacağı ifade edilmiştir¹⁷. Yine Da Vinci cerrahi sistemi ile yapılan ameliyatlarda ameliyat sırasında robotik kolların dokuyu koterize etmek için kullandığı elektrik akımının koruyucu kılıflarda oluşabilecek mikroçatlıklar nedeniyle yanıklara neden olabileceği ve özellikle bunların doktorun baktığı alanın dışında oluşması durumunda daha tehlikeli olabileceği de ifade edilmiştir¹⁸.

Robotik cerrahi müdahale hekimlerin özen yükümlülüğünü genişletmektedir. Hekimin sadece hekimlik mesleğinin gerektirdiği ölçüde dikkat ve özen göstermesi yeterli olmamakta, aynı zamanda bilgi ve deneyimlerini geliştirerek cerrahi müdahalede kullanılan teknolojik aletlerin kullanımı konusunda da bilgi sahibi olması gerekmektedir¹⁹.

3. Robot Askerler

Üçüncü grupta yer alan askeri robotların, özellikle öldürücü etkiye sahip ve otonom olanlarının neden olabilecekleri bedensel zararlar ve hayat kaybı endişe uyandırmaktadır²⁰.

4. Robot Polisler

Bedensel zararlar bakımından olumsuz etkisi olabilecek dördüncü grupta yer alan robotik teknoloji örneği ise robot

¹⁷ DONALD, Kevin/O'BRIEN, Zoie, "Coroner Says Decision to Use Robot in UK-First Heart Op Led to Patient's Death As It Emerges Blundering Surgeon Now Has New Job at Another Hospital", Mailonline, Yayınlanma tarihi 08.11.2018, <https://www.dailymail.co.uk/news/article-6367481/Patient-died-robot-used-heart-op-surgeon-99-chance-surviving.html> (Erişim 10.10.2019).

¹⁸ IMPACT LAW, "Da Vinci Robotic Surgery Law Suit-Alleged Side Effects of Robotic Surgery", <https://www.impactlaw.com/defective-medical-devices/robotic-surgery> (Erişim 28.10.2019).

¹⁹ OĞUZ, Fatma, "Robotik Cerrahi Müdahalelerde Meydana Gelen Malpraktis Sonucu Hukuki Sorumluluk", Teknolojik Gelişmeler Işığında Tıp Hukuku ve Güncel Sorunlar, Editör Selin Sert Sütçü, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s.157 vd.

²⁰ FUTURE of LIFE INSTITUTE, "Autonomous Weapons: An Open Letter from AI & Robotics Researchers", <https://futureoflife.org/open-letter-autonomous-weapons/?cn-reloaded=1> (Erişim 30.11.2019).

polislerdir. Robotların polis olarak veya kolluk kuvvetlerine destek olarak kullanılması durumunda bunların silah ve zor kullanmalarında hukuki ve etik sınırların belirlenmesiyle ilgili sorunlar bulunmaktadır. Robotların polis olarak kullanılması durumunda bunların kullanımına ve güç uygulamalarına ilişkin kanuni düzenlemeler yapılmalıdır.

E. Elektronik Spor

Bedensel zararlar bakımından olumsuz etkisi olabilecek beşinci teknolojik gelişme elektronik spor veya kısaca e-sporudur. E-spor, mücadeleci video oyunlarını ifade etmektedir. E-sporunda oyuncular, uzun süre ve sıklıkla parmak, el, bilek kullanmakta ve ekrana bakmaktadır. Bu da karpal tünel sendromu ve göz bozukluğuna neden olabilmektedir. Sürekli olarak aynı pozisyonda ve uzun süre oturmak, kasların dejenere olmasına, kan akışının yavaşlamasına, tip iki diyabete, sırt ve boyun ağrısı gibi rahatsızlıklara neden olabilmektedir²¹.

F. Kablosuz İnternet, Cep Telefonu ve 5G Teknolojisi

Bedensel zararlar bakımından olumsuz etkisi olabilecek son teknoloji ise cep telefonu ve kablosuz İnternet teknolojisidir. Cep telefonlarında, radyo dalgaları kullanılmaktadır. Baz istasyonları sayesinde, cep telefonları hem veri alabilmekte hem de gönderebilmektedir. Radyasyon, iyonlaştırıcı ve iyonlaştırıcı olmayan radyasyon şeklinde ikiye ayrılır. Radyo dalgaları, iyonlaştırıcı olmayan radyasyon çeşididir. Cep telefonları ve baz istasyonları tarafından kullanılan radyo dalgaları, iyonlaştırıcı olmayan radyasyon içermektedir²². Dolayısıyla cep telefonları ve baz istasyonlarının, elektromanyetik dalgalarının, hücrelerin genetik yapısını değiştirerek, kansere yol açan iyonlaştırıcı elektromanyetik ışınlardan olmadığını ifade eden bir görüş bulunmaktadır²³.

²¹ CAMERON Stuart, "Top 10 Negative Effects of Gaming & Esports", Cyber Athletiks, 02.01.2019, <https://cyberathletiks.com/top-10-negative-effects-of-gaming-esports/> (Erişim 11.10.2019).

²² AYKAÇ, Aslı, "Radyasyon ve Tipleri", http://docs.neu.edu.tr/staff/asli.aykac/Radyasyon2_38.pdf (Erişim 11.10.2019).

²³ NATIONAL CANCER INSTITUTE, "Cell Phones and Cancer Risk",

Yukarıdaki paragrafta ifade eden görüşün aksi yönde görüşler de vardır. Mobil cihazların bağlantı kapasitelerinin ve sayılarının artması nedeniyle bağlantı hızını ve veri aktarım hızını artırmak üzere 5G teknolojisinden söz edilmektedir. 5G kablosuz altyapı hakkındaki kanunların Amerika Birleşik Devletleri'nde Senato'da görüşülmesi sırasında, Doktor *Sharon GOLDBERG*, itirazlarını dile getirmiştir. Doktor *GOLDBERG*, 5G teknolojisinin canlıların üzerindeki etkisinin nasıl olacağına yeterince araştırılmadığını ve sağlık üzerinde kronik etkileri olabileceğini belirtmiştir. *GOLDBERG*, bu etkinin insanlarda kanser oluşturabilecek DNA hasarı, kalp yetmezliği, nöropsikiyatrik etkiler şeklinde olduğunu ifade etmiştir²⁴. Aynı görüşte olan *HAVAS*, iyonlaştırıcı olmayan radyasyonun serbest radikalleri azaltarak kansere neden olduğunu ifade etmiştir. Yazar, iyonlaştırıcı radyasyon DNA'ya doğrudan zarar verirken, iyonlaştırıcı olmayan radyasyon onarım mekanizmalarını engelleyerek, DNA dâhil hücresel bileşenlere ve kansere neden olacak şekilde hücresel süreçlere zarar vermektedir demiştir²⁵.

<https://www.cancer.gov/about-cancer/causes-prevention/risk/radiation/cell-phones-fact-sheet> (Erişim 30.11.2019); U.S.FOOD & DRUG ADMINISTRATION, "Current Search Results", <https://www.fda.gov/radiation-emitting-products/cell-phones/current-research-results>, Yayınlanma tarihi 05.02.2019, (Erişim 30.11.2019).

²⁴ Doktor Sharon Goldberg'in 5G'nin etkisine ilişkin açıklamaları için bkz. STOP5G, "Dr.Sharon Goldberg on Wireless Radiation", Yayınlanma tarihi 05.11.2019, <https://stop5g.cz/us/dr-sharon-goldberg-on-wireless-radiation/> (Erişim 11.10.2019); 5G'nin sağlık üzerine etkileri hakkında Amerika Birleşik Devletleri'nde haber bültenindeki açıklamalar için bkz. RT AMERICA, "5G Wireless: A Dangerous Experiment on Humanity", News with Rick Sanchez, Yayınlanma tarihi 14.01.2019, https://www.youtube.com/watch?v=H_f9gpg4t6c (Erişim 11.10.2019).

²⁵ *HAVAS*, Magda, "When Theory and Observation Collide: Can Non-Ionizing Radiation Cause Cancer?", Environmental Pollution, Volume 221, February 2017, s.501-505, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0269749116309526> (Erişim 12.10.2019); Aynı yönde görüşler için bkz. MOUSTAFA, Y.M. / MOUSTAFA, R.M. / BELACY, A. / ABU-EL-ELA, S.H. / ALI, F.M., "Effects of Acute Exposure to the Radiofrequency Fields of Cellular Phones on Plasma Lipid Peroxide and Antioxidase Activities in Human Erythrocytes", Journal of Pharmaceutical and Biomedical Analysis 2001, Nov, 26(4), s.605-608, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11516912> (Erişim 12.10.2019); CELLAT, Mustafa / KILINÇ KILIÇALP, Dide, "Elektromanyetik Radyasyona Maruz Bırakılan Kobayların Böbrek Dokusunda Prooksidan-Antioksidan Düzeylerine Yeşil Çayın Etkisi", Fırat Üniversitesi Sağlık Bilimleri Veteriner Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, Yıl 2010, s.17-21, <http://veteriner.fusabil.org/text.php3?id=700> (Erişim 12.10.2019).

GIBBS, elektromanyetik dalgaların kansere dönüşme süresinin otuz yıl veya daha fazla olarak hesaplandığı ifade etmiş, kablosuz İnternet, cep telefonu gibi cihazların asıl etkisinin görülmesinin sonradan ortaya çıkacağını belirtmiştir²⁶.

Londra’da bulunan önde gelen sigorta şirketi grubu olan Lloyds’un kablosuz teknolojilere ilişkin ileri sürülecek sağlığa ilişkin talepleri sigorta etmeyeceğini açıklamış olması dikkat çekici bir gelişmedir²⁷. Bu açıklamadan sonra başka sigorta şirketleri de aynı yolu seçmeye başlamıştır. Amerika’daki Pasifik Gaz ve Elektrik Şirketi, kablosuz bağlantı nedeniyle sağlık sorunlarından sorumlu olmayacağını açıklamıştır. Kablosuz bağlantı sunan okulların veya binalarına kablosuz bağlantı imkânı sunan kuruluşların bundan kendilerinin sorumlu olacağını belirtmiştir²⁸.

Konu ile ilgili yargıya yansımış ilk olay İtalya’da gerçekleşmiştir. İtalyan Yüksek Mahkemesi, 2012 yılında bir işadammın beyin tümörünün, cep telefonu radyasyonu kaynaklı olduğuna ilişkin ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Yüksek Mahkeme, İsveçli onkolog *Lennart HARDELL*’in raporlarına, mobil telefonu üreten şirketlerin finanse ettiği araştırmalardan bağımsız şekilde hazırlanmış olması nedeniyle dayanarak, ilk derece mahkemesinin kararının onanması yönünde karar vermiştir²⁹.

²⁶ GIBBS, Mark, “Is Wi-Fi Killing Us...Slowly?”, Network World, Yayınlanma tarihi 21.08.2014, <https://www.networkworld.com/article/2466509/is-wifi-killing-us-slowly.html> (Erişim 12.1.2019).

²⁷ Rapor metni için bkz. LLOYDS, Electro-magnetic Fields from Mobile Phones: Recent Developments - Lloyds Emerging Risks Team Report, November 2010, file:///C:/Users/Armagan%20Bozkurt/Desktop/DEVAM%20EDEN%20%C3%87ALI%20C5%9EMALAR/EMF%20Final%20November%202010.pdf (Erişim 12.10.2019).

²⁸ PHIBETA IOTA.NET, “Lloyds Insurers Refuse to Cover 5G Wifi Illnesses”, Yayınlanma tarihi 12.02.2019, <https://principia-scientific.org/lloyds-insurers-refuse-to-cover-5g-wi-fi-illnesses/> (Erişim 12.10.2019); 1990-2014 yılları arasında yapılmış olan radyo dalgaları ve cep telefonu radyasyonunun biyolojik etkisi ve uzun süre elektromanyetik alana maruz kalmanın hücrenin fonksiyonlarına hasar verdiğine ilişkin çalışmalar için bkz. BIOINITIATIVE REPORT, “The Bioinitiative Report 2012 - A Rationale for Biologically-based Public Exposure Standards for Electromagnetic Fields (ELF and RF)”, <https://bioinitiative.org/> (Erişim 12.10.2019).

²⁹ İtalyan Yüksek Mahkemesi’nin karar metni için bkz. <http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato1850707.pdf> (Erişim 14.10.2019).

Cep telefonları ve kablosuz bağlantıların kanserojen olma ihtimali konusunda Kolombiya Bölgesi Üst Mahkemesi hâkimi Frederick Weisberg'in kararında geçen ifadeye katılmak gerektiği düşüncesindeyiz. Buna göre *“cep telefonu radyasyonunun kanserojen olduğu hakkında bir tane bile makul ihtimal varsa, halk sağlığı ve hukuki düzenlemeler konusunda harekete geçmek gerekmektedir. Bu tür cihazları kısıtlamanın finansal ve sosyal maliyeti olsa da, bu maliyet hiçbir şey yapmayı otuz kırk yılsonunda insan hayatının alacağı zarara kıyasla sönük kalacaktır. Kanserojen olma olasılığı düşük, ancak potansiyel zararın büyüklüğü yüksekse, iyi bir kamu politikası riskin göz ardı edilmemesi gerektiğini belirtir”*³⁰.

SONUÇ

Teknoloji kaçınılmaz bir şekilde üstelik artan oranda hayatımızın içinde yer almaya devam edecektir. Yukarıda belirtildiği üzere teknolojinin bedensel zararlar bakımından olumlu yönlerinin yanında olumsuz yönlerinin de bulunduğu açıktır. Öyleyse hukuki düzenlemelerin teknolojiyi çok yakından takip etmesi gerekmektedir. Teknolojik gelişmeler hakkında hukuki düzenlemeler, bunların avantajlarının yanında dezavantajları da dikkatli bir şekilde ele alındıktan sonra yapılmalıdır. Ayrıca toplumda her yaştaki kişiye teknolojiyi bilinçli kullanacak şekilde okullarda eğitim verilmeli, halkta televizyon, radyo ve İnternet'te bilgilendirici yayınlar vasıtası ile farkındalık oluşturulması gerekmektedir. Çünkü en değerli olan insan sağlığı ve hayatıdır. Teknoloji de tüm canlılar için ama en çok insan için, insan tarafından geliştirilmektedir.

³⁰ “If there is even a reasonable possibility that cell phone radiation is carcinogenic, the time for action in the public health and regulatory sectors is upon us. Even though the financial and social cost of restricting such devices would be significant, those costs pale in comparison to the cost in human lives from doing nothing, only to discover thirty or forty years from now that the early signs were pointing in the right direction. As the inconclusive results of the IARC Monograph make clear, more research is necessary to answer definitively the fundamental question of carcinogenicity. If the probability of carcinogenicity is low, but the magnitude of the potential harm is high, good public policy dictates that the risk should not be ignored.” Judge Frederick H. Weisberg Case No. 2001 CA 008479 B <https://ehtrust.org/wp-content/uploads/2014/08/Expert-Order.pdf>, (Erişim 27.10.2019), s.29.

KAYNAKLAR

- AYKAÇ, Aslı**, “Radyasyon ve Tipleri”, http://docs.neu.edu.tr/staff/asli.aykac/Radyasyon2_38.pdf (Erişim 11.10.2019).
- BIOINITIATIVE REPORT**, “The Bioinitiative Report 2012 - A Rationale for Biologically-based Public Exposure Standards for Electromagnetic Fields (ELF and RF)”, <https://bioinitiative.org/> (Erişim 12.10.2019).
- BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru**, “Robot Hukuku”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 7, Sayı 29, Ocak 2017, https://www.academia.edu/32452626/ROBOT_HUKUKU_Robot_Law (Erişim 30.11.2019).
- BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru**, “Yapay Zekanın Buluşlarının Patentlenmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 6, Sayı 11, Haziran 2018.
- BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru**, Yapay Zeka, Endüstri 4.0 ve Robot Üreticiler-Hukuki Bakış, Aristo Yayınevi, İstanbul 2019.
- CAMERON Stuart**, “Top 10 Negative Effects of Gaming & Esports”, Cyber Athletiks, 02.01.2019, <https://cyberathletiks.com/top-10-negative-effects-of-gaming-esports/> (Erişim 11.10.2019).
- CARTER, Jamie**, “Hacked Driverless Cars Could Cause Collisions And Gridlock in Cities Say Researchers”, Forbes, Yayınlanma tarihi 05.03.2019, <https://www.forbes.com/sites/jamiecartereurope/2019/03/05/hacked-driverless-cars-could-cause-collisions-and-gridlock-in-cities-say-researchers/#69063b062a09> (Erişim 09.10.2019).
- CELLAT, Mustafa / KILINÇ KILIÇALP, Dide**, “Elektromanyetik Radyasyona Maruz Bırakılan Kobayların Böbrek Dokusunda Prooksidan-Antioksidan Düzeylerine Yeşil Çayın Etkisi”, Fırat Üniversitesi Sağlık Bilimleri Veteriner Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, Yıl 2010, <http://veteriner.fusabil.org/text.php3?id=700> (Erişim 12.10.2019).
- DONALD, Kevin/O'BRIEN, Zoie**, “Coroner Says Decision Decision to Use Robot in UK-First Heart Op Led to Patient's

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Death As It Emerges Blundering Surgeon Now Has New Job at Another Hospital”, Mailonline, Yayınlanma tarihi 08.11.2018, <https://www.dailymail.co.uk/news/article-6367481/Patient-died-robot-used-heart-op-surgeon-99-chance-surviving.html> (Erişim 10.10.2019).

EMSPAK, Jesse, “What is Augmented Reality?”, Yayınlanma tarihi 01.06.2018, <https://www.livescience.com/34843-augmented-reality.html> (Erişim 03.10.2019).

FORREST, Connor, “17 Drone Disasters That Show Why the FAA Hates Drones”, Yayınlanma tarihi 13.06.2018, <https://www.techrepublic.com/article/12-drone-disasters-that-show-why-the-faa-hates-drones/> (Erişim 19.09.2019).

FUTURE of LIFE INSTITUTE, “Autonomous Weapons: An Open Letter from AI & Robotics Researchers”, <https://futureoflife.org/open-letter-autonomous-weapons/?cn-reloaded=1> (Erişim 30.11.2019).

Fw:THINKING, “Robot Surgeons are the Future of Medicine”, Yayınlanma tarihi 02.04.2014, https://www.youtube.com/watch?time_continue=243&v=vb79-_hGLkc (Erişim 03.10.2019).

GANDER, Kashmira, “Worker Killed By Robot at Volkswagen Car Factory”, Independent, Yayınlanma tarihi 01.07.2015, <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/worker-killed-by-robot-at-volkswagen-car-factory-10359557.html> (Erişim 10.10.2019).

GIBBS, Mark, “Is Wi-Fi Killing Us...Slowly?”, Network World, Yayınlanma tarihi 21.08.2014, <https://www.networkworld.com/article/2466509/is-wifi-killing-us-slowly.html> (Erişim 12.1.2019).

GOODMAN, Paul, “Advantages and Disadvantages of Driverless Cars”, Yayınlanma tarihi 15.05.2019, <https://axleadict.com/safety/Advantages-and-Disadvantages-of-Driverless-Cars> (Erişim 04.10.2019).

HAVAS, Magda, “When Theory and Observation Collide: Can Non-ionizing Radiation Cause Cancer?”, Environmental

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

- Pollution, Volume 221, February 2017, s.501-505, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0269749116309526> (Erişim 12.10.2019).
- HEPAMALA, Manjula Udayanga**, "Robots for Humanitarian Demining", <https://www.intechopen.com/books/robots-operating-in-hazardous-environments/robots-for-humanitarian-demining> (Erişim 30.11.2019).
- HOSNY, Ahmed/PARMAR, Chintan/QUACKENBUSH, John/SCHWARZ, Lawrence H./AERTS, Hugo J.W.L.**, "Artificial Intelligence in Radiology", *Nature Reviews Cancer*, Yıl 2018, Sayı 18(8), <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6268174/> (Erişim 04.10.2019).
- IMPACT LAW**, "Da Vinci Robotic Surgery Law Suit-Alleged Side Effects of Robotic Surgery", <https://www.impactlaw.com/defective-medical-devices/robotic-surgery> (Erişim 28.10.2019).
- LLYODS**, *Electro-magnetic Fields from Mobile Phones: Recent Developments - Lloyds Emerging Risks Team Report*, November 2010, file:///C:/Users/Arman%20Bozkurt/Desktop/DEVAM%20EDEN%20C3%87ALI%C5%9EMALAR/EMF%20Final%20November%202010.pdf (Erişim 12.10.2019).
- MOUSTAFA, Y.M. /MOUSTAFA, R.M. / BELACY,A. / ABOU-EL-ELA, S.H. / ALİ, F.M.**, "Effects of Acute Exposure to the Radiofrequency Fields of Cellular Phones on Plasma Lipid Peroxide and Antioxidase Activities in Human Erythrocytes", *Journal of Pharmaceutical and Biomedical Analysis* 2001, Nov, 26(4), s.605-608, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11516912> (Erişim 12.10.2019).
- NATIONAL CANCER INSTITUTE**, "Cell Phones and Cancer Risk", <https://www.cancer.gov/about-cancer/causes-prevention/risk/radiation/cell-phones-fact-sheet> (Erişim 30.11.2019).
- OĞUZ, Fatma**, "Robotik Cerrahi Müdahalelerde Meydana Gelen

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Malpraktis Sonucu Hukuki Sorumluluk”, Teknolojik Gelişmeler Işığında Tıp Hukuku ve Güncel Sorunlar, Editör Selin Sert Sütçü, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.

PEERBITS, “Internet of Things in Healthcare: Applications, Benefits, and Challenges”, <https://www.peerbits.com/blog/internet-of-things-healthcare-applications-benefits-and-challenges.html> (Erişim 05.10.2019).

PHIBETAİOTA.NET, “Lloyds Insurers Refuse to Cover 5G Wifi Illnesses”, Yayınlanma tarihi 12.02.2019, <https://principia-scientific.org/lloyds-insurers-refuse-to-cover-5g-wi-fi-illnesses/> (Erişim 12.10.2019).

RT AMERICA, “5G Wireless: A Dangerous Experiment on Humanity”, News with Rick Sanchez, Yayınlanma tarihi 14.01.2019, https://www.youtube.com/watch?v=H_f9gpg4t6c (Erişim 11.10.2019).

STOP5G, “Dr.Sharon Goldberg on Wireless Radiation”, Yayınlanma tarihi 05.11.2019, <https://stop5g.cz/us/dr-sharon-goldberg-on-wireless-radiation/> (Erişim 11.10.2019).

U.S.FOOD & DRUG ADMINISTRATION, “Current Search Results”, <https://www.fda.gov/radiation-emitting-products/cell-phones/current-research-results>, Yayınlanma tarihi 05.02.2019, (Erişim 30.11.2019).

YETİM, Servet, “Sürücüsüz Araçlar ve Getirdiği/Getireceği Hukuki Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, 2016/1, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2016-1/3.pdf> (Erişim 16.10.2019).

YARARLANILAN İNTERNET SİTELERİ

<http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato1850707.pdf> (Erişim 14.10.2019).

<https://ehtrust.org/wp-content/uploads/2014/08/Expert-Order.pdf>, (Erişim 27.10.2019).

https://iha.shgm.gov.tr/public/document/SHT-IHA_REV1.pdf (Erişim 19.09.2019).

<https://www.haberturk.com/video/haber/izle/elektrikli-kaykay-bomba-gibi-patladi/158849> (Erişim 09.10.2019).

TEKNOLOJİK GELİŞMELERİN VE DEĞİŞEN YAŞAM KOŞULLARININ BEDENSEL ZARARLARA ETKİSİ

Çelik Ahmet ÇELİK

ÖZET:

Teknolojik gelişmelerin, teknolojinin yarattığı ürünlerin, tehlikeli işletmelerin ve her alanda teknolojinin kullanılmasının, insan sağlığı üzerindeki etkileri, çoğu kez kanıtlanması zor ya da tartışmalı dava konuları olabilmektedir. Kişileri bedence ve ruhça etkileyen, organ yitimine veya zayıflamasına ya da çeşitli hastalıklara yakalanmalarına neden olabilen, ayrıca sinirsel ve ruhsal sarsıntılara uğratan etkenlerin başında tehlike saçan, havayı, suyu, toprağı kirleten işletmeler ile teknoloji ürünü aygıtlar gelmekte; bunu doğal yapısı değiştirilmiş besinler ile kanserojen içeren giysiler, takılar, kozmetikler, temizleme maddeleri, okul araç ve gereçleri; tarımda kullanılan yapay gübreler ve tarım ilaçları, plastikler ve çeşitli ambalaj malzemeleri izlemektedir.

Bugün için insan sağlığını tehdit eden tehlikelerin yanı sıra, her geçen gün gelişen ve değişen teknolojinin yarattığı ürünlerin de ilerde zararlı etkileri olabileceği üzerinde de durulmalıdır. Örneğin bugün yaygın bir biçimde kullanılan tıbbi araç ve gereçlerin, hastalığı belirleme amaçlı tomografi, ultrason gibi aygıtların; zararsız denilen bazı besinlerin ve eşyaların; tehlike sınırının altında olduğu ileri sürülen bazı istasyonlarının, radyo

ve televizyon antenlerinin, yüksek gerilim hatlarının, cep telefonlarının, bazı mutfak araç ve gereçlerinin uzun yıllar sonra zararlı sonuçlarının ortaya çıkabileceği, insanların bütün bu teknoloji ürünleri yüzünden bir takım hastalıklara yakalanabilecekleri olasılıkları üzerinde durulmalı; bilimsel ve deneysel araştırmalar sonucu olası tehlikeleri belirlenmişse, önlenmesi yönünde yetkili makamlara başvurulabilmeli; sonuç alınmaması durumunda bütün bunlar dava konusu edilebilmeli; Devlete ve sorumlulara karşı davalar açılabilirdir.

I- GENEL OLARAK BEDENSEL ZARARLAR

1- Tanım

Haksız eylem veya hukuka aykırı bir olay sonucu yararlanan kişinin geçici veya kalıcı olarak organ yitimine veya organ zayıflamasına uğraması ile meslek hastalığına yakalanmasına “**bedensel zarar**” denilmektedir.

Ancak bu tanım eksik olup, buna günümüz koşullarında tehlikeli işletmelerden, teknolojinin yarattığı araç, gereç ve aygıtlardan, çevre (hava, su, toprak) kirlenmelerinden, sanayi ürünlerinden ve doğal yapısı değiştirilmiş besinlerden kaynaklanan ve zamanla ortaya çıkan hastalıkları da eklemek ve bunları da “bedensel zarar” kapsamında değerlendirmek gerekmektedir.

2- Bedensel zarar türleri

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 54.maddesine ve önceki 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 46.maddesine göre, tazminat istemeyi gerektirecek bir olay sonucu yaralanan kişinin maddi zararları, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 18-19 maddelerindeki ve ondan önceki 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun 16-20.maddelerindeki tanımlardan yararlanılarak şöyle bölümlendirilebilir:

- 1) **Geçici işgöremezlik** nedeniyle güç ve kazanç kaybı
- 2) **Sürekli işgöremezlik** (kalıcı sakatlık) nedeniyle çalışma ve beden gücü kaybı

- a) Sürekli kısmi işgöremezlik
- b) Sürekli tam işgöremezlik
- 3) Yaşam boyu bakım giderleri
- 4) **Tedavi giderleri** ve tüm iyileşme süresince yapılan **her türlü masraflar.**
- 5) **Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar**
- 6) **Meslek hastalıkları**

Yukardaki bedensel zarar türlerine, meslek hastalıklarına neden olan koşulları örnekseyerek, **teknolojinin yarattığı** makine, araç, gereç ve aygıtlardan, **çevre (hava, su, toprak) kirlenmelerinden**, düzensiz ve denetimsiz kentleşmelerden, **sanayi ürünlerinden, doğal yapısı değiştirilmiş besinlerden** kaynaklanan ve zamanla ortaya çıkan **hastalıkları** da eklemeliyiz.

Aşağıda ana konumuz olarak bunların üzerinde durulacaktır.

3- Bedensel zararların oluşu, belirlenmesi ve öğrenilmesi

- a) Bedensel zararlar çoğu kez yaralanma anında belli olur. Kol ve bacak gibi bir **organın kaybı**, anında belli olan bedensel zarar türüdür. **Organ zayıflaması** ise, yaralanan kişinin geçirdiği ameliyat ve tedavi sonrasında belli olan bedensel zarar türüdür. **Meslek hastalığı**, iş yeri koşullarından kaynaklanan ve zamanla ortaya çıkan bedensel zarar türüdür.
- b) Tüm bedensel zarar türlerinde **öğrenme olgusu**, dava koşulları ve zamanaşımı yönünden önem taşır. Yargıtay'ın yerleşik kararlarına göre, bedensel zararlar (organ kaybı gibi) hemen olay anında belli olsa bile, zamanaşımının işlemeye başlaması için, beden gücü kaybına ilişkin **kesin rapor** verilmiş ve bunun zarar gören tarafından "**öğrenilmiş**" olması gerekir.
- c) Öğrenme olgusu, zamanla ortaya çıkan bedensel zarar türü olarak "**meslek hastalıklarında**" farklı değerlendirilmek

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

gerekmektedir. Meslek hastalığı, işçinin çalıştırıldığı işin niteliğine ve işyeri koşullarına göre tekrarlanan bir nedenle veya işin yürütüm koşulları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, sakatlık veya ruhsal bozukluk durumlarıdır. (5510 sayılı Yasa m.14)

İleriki bölümlerde ana konumuz olarak işleyeceğimiz, teknolojiden, çevre zararlarından ve doğal yaşamı etkileyen her türlü koşullardan kaynaklanan hastalıkların dava konusu edilip edilemeyeceğini, meslek hastalıklarını örnekseyerek ele alacağımız için, yasa ve yönetmeliklerdeki meslek hastalığı sayılma koşullarını gözden geçirmeliyiz.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 14.maddesine ve ondan önceki 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 18.maddesine, Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü'nün 62-66.maddelerine, Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespiti İşlemleri Yönetmeliği'nin 17-21.maddelerine göre, meslek hastalığı sayılma koşulları:

- 1) Meslek hastalığı yapılan işle ilgili olmalı ve işyeri tehlikelerinden kaynaklanmalıdır.
- 2) Meslek hastalığı önceden varolan bünyesel bir rahatsızlık olmayıp, işe alınma sırasında alınan rapora göre işçi sağlıklı iken, sonradan işyeri koşullarından kaynaklanan bir rahatsızlık ve hastalık biçiminde ortaya çıkmalıdır.
- 3) İşe sağlam olarak başladıktan sonra ortaya çıkan hastalık, bünyesel bir durum olmayıp, yapılan iş ve işyerinin özellikleri ile hastalık arasında "uygun nedensellik bağı" kurulabilmelidir.

Bedensel zararlara ilişkin bu genel açıklamalardan sonra, aşağıda ana konumuz olarak, teknolojik gelişmelerin bedensel zararlara etkisini (günümüzün ve geleceğin çevre ve yaşam koşullarını) inceleyerek değerlendirmeye çalışacağız.

II- TEKNOLOJİDEN KAYNAKLANAN SAĞLIK SORUNLARI

1- Geçmişten bugüne yaşam koşulları ve sağlık sorunları

Geçmiş bilmeden bugünü değerlendirmenin bizi yanlış sonuçlara götüreceği, bugünü anlayıp kavramadan gelecekte olacakları kestirmenin güç olacağı kanısındayız.

Dünyamız sanayi devrimiyle değişmeye başlamıştır. Geçmişte insanlar sıtma, verem, tifo, tifüs, cüzzam, trahom, figengi gibi hastalıklara yakalanırken, bilim ve teknolojideki gelişmelerle bu hastalıkların önü alınabilmiş; veba ve kolera gibi toplu kırımlara neden olan salgınlar, gemilerin sintinelerine buharlı makinelerin yerleştirilmesiyle sona ermiştir.

Sanayi devrimi sonrasında, bilim ve teknolojideki gelişmelerle bir yandan sağlık sorunlarına çözüm bulunup hastalıkların önü alınırken, öte yandan değişen yaşam koşullarıyla birlikte, yeni hastalıklar ortaya çıkmaya başlamıştır. Hızlı kentleşmenin, düzensiz ve plansız sanayileşmenin yarattığı hava, su, toprak kirlenmeleri, sanayi ürünleriyle birlikte değişen üretim-tüketim ilişkileri, daha fazla ürün alma amacıyla bitki ve hayvan türlerinin doğal yapılarının değiştirilmesi, ham madde ihtiyaçlarını karşılamak için doğanın insafsızca tahribi, başta petrol ve kömür olmak üzere fosil yakıtların yaygın biçimde kullanımı gibi günümüze kadar gelen ve günümüzde daha büyük sorunlar yaratan yaşam ve çevre koşulları, sağlık sorunlarının farklılaşması sonucunu doğurmuştur. Günümüzde **teknolojik gelişmelerden ve çevre sorunlarından kaynaklandığı kabul edilen hastalıkların en başında kanser ve sırasıyla kalp, damar, solunum ve diyabet hastalıkları ile ruhsal ve sinirsel bozukluklar** gelmektedir.

Ancak ne var ki dünyamıza hükmeden teknoloji devleri, faaliyetlerinin ve ürünlerinin söz konusu hastalıklarla bir ilgisi bulunmadığını ileri sürmekte; önlem almada ve çevreyi korumada isteksiz davranmakta; daha doğrusu maliyetleri artırıcı masraflardan kaçınmakta ve sınırsız kazanç uğruna her şeyi

göze almaktadırlar. Bunlara karşı yapılması gereken, anılan hastalıkların kalıtsal olmayıp, çevreden ve teknolojiyen kaynaklandığını kanıtlamak olacaktır. Bunu ilerdeki bölümlerde örneklerle açıklayacağız.

2- Teknolojiden ve çevreden kaynaklanan sağlık sorunları dava konusu olabilmeli

Yukarda açıklandığı gibi, sanayi devriminden sonra teknolojinin gelişmesi ve yaygınlaşmasıyla birlikte yaşam koşulları değişmiş; yeni ve yaygın sağlık sorunları ortaya çıkmıştır. Ancak ne var ki, değişen yaşam koşullarının insan sağlığı üzerindeki etkileri kimi çevrelerce abartılı bulunmakta; teknoloji devlerinin etkisi altında ülkeleri yönetenler, önlem almada çekingen ve sakıngan davranmakta; yargı çevreleri de **kanser, kalp, solunum, diyabet** hastalıklarının çevre zararlarından ve doğal yapısı değiştirilmiş ürünlerden kaynaklandığı savlarını kabul etmemekte; hastalığın kalıtsal olup olmadığını araştırmamakta; açılan davaları kanıtlanmadığı gerekçesiyle reddetmektedirler.

Oysa mahkemelerin yapması gereken, meslek hastalığı benzeri bir araştırma olmalıdır. Nasıl ki meslek hastalığı çalışılan ortamdan kaynaklanıyor ve zamanla ortaya çıkıyorsa, aynı biçimde **kişilerin yaşadığı çevredeki yaşam koşullarına** bakılmalı; hastalanan kişilerde önceden var olan **bünyesel ve kalıtsal bir rahatsızlık olup olmadığı** araştırılmalı; eğer çevre koşulları ile hastalıklar (örneğin kanser, kalp, solunum hastalıkları) arasında **“uygun nedensellik bağı”** kurulabiliyorsa, çevreyi kirletenlerle birlikte, yeterli önlemler almayan Devlete karşı açılan davalar kabul edilmelidir.

3- Yasal düzenlemeler

- a) Anayasa'nın 56.maddesi 1.fıkrasında “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir” ve 2.fıkrasında “Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek, Devletin ve vatandaşların ödevidir” denilmiş; gene Anayasa'nın 17.maddesinde çevre hakkı “Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” biçiminde tanımlanmıştır.

- b) İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 3.maddesine göre “Yaşamak herkesin hakkıdır.” Birleşmiş Milletler Çevre Konferansı 1972 Stockholm Bildirgesi 1.maddesinde “Yeterli yaşam şartları sağlanmış olarak yaşamak, insanların temel haklarıdır. İnsan aynı zamanda, bugünkü ve gelecek kuşaklar için çevreyi koruma ve iyileştirme sorumluluğu taşır” denilmiştir.
- c) Çevre Kanunu’nun 14.maddesine göre, kişilerin huzur ve sükununu, beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde ilgili yönetmeliklerle belirlenen standartlar üzerinde gürültü ve titreşim oluşturulması yasak olup, ulaşım araçları, şantiye, fabrika, atölye, işyeri, eğlence yeri, hizmet binaları ve konutlardan kaynaklanan gürültü ve titreşimin yönetmeliklerle belirlenen standartlara indirilmesi için faaliyet sahipleri tarafından gerekli tedbirlerin alınacağı öngörülmüştür.
- c) Gene Çevre Kanunu’nun 30.maddesi 1.fıkrasında “Çevreyi kirleten veya bozan bir faaliyetten zarar gören veya haberdar olan herkes ilgili mercilere başvurarak faaliyetle ilgili gerekli önlemlerin alınmasını veya faaliyetin durdurulmasını isteyebilir” denilmiştir.
- d) Biyogüvenlik Kanunu’nun 14.maddesine göre “insan, hayvan ve bitki sağlığı ile çevrenin ve biyolojik çeşitliliğin korunmasına, sürdürülebilirliğinin sağlanmasına aykırı olarak (izin almış olsalar dahi) GDO’lu ürünleri üreten ve satan kişiler dava edilebilirler.”
- e) 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 71.maddesi 1.fıkrasına göre “Önemli ölçüde tehlike taşıyan işletmelerin faaliyetinden doğan zararlardan sorumlu kişiler “işletme sahibi” ve varsa “işleten” olup, bunlar ortaklaşa sorumlu olacaklardır. Maddenin 3.fıkrasına göre “Özel yasalarda, benzeri tehlikeler taşıyan işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, yukardaki koşullardan ayrı olarak veya onlarla birlikte, özel yasadaki hükümler uygulanır.”

Maddenin gerekçesinde “Önemli ölçüde tehlike taşıyan bir işletme, **beklenmedik durumlarda dahi**, sık olarak ya da

zaman zaman ağır zararlar doğurmaya elverişli ise, söz konusu işletmeyi işleten kişiler sorumlu olurlar” denilerek işletme sahibine hemen hemen “kurtuluş kanıtı” tanınmamış; zararı doğuran olayın işletmenin kendisine özgü niteliğiyle ilişkili olması sorumluluğun kabulü için yeterli bulunmuştur.

Bize göre, “önemli ölçüde tehlikeli” işletme sahiplerinin maliyet yüksekliliğini ileri sürerek ve masraftan kaçınarak arıtma tesisi kurmamaları, bacalara en son teknolojiye uygun filtre taktırmamaları nedeniyle bilinçli olarak havayı, suyu, toprağı, denizi kirletip dünyamızı yaşanmaz hale getirmelerine, ölümlere ve onulmaz hastalıklara neden olmalarına; siyanürle altın ve gümüş arayıcılarının toprağı ve yer altı sularını zehirlemelerine, artık ağırlaştırılmış nesnel sorumluluk, tehlike sorumluluğu demek pek hafif kalmakta; bütün bunlara kusursuz sorumluluk değil “kasıt derecesinde ağır kusur” ve giderek insanlık suçu bile denilebilmelidir.

- f) Tehlikeli işletmelerden henüz zarar doğmadan önce, zarar tehlikesine karşı önlem alınmasını isteme Yasa'nın “**zarar tehlikesini önleme**” başlıklı 70.maddesinde yer almış; “Zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını isteyebilir” denilmiştir.
- g) Ülkemizde tehlike sorumluluğuna ilişkin özel yasalar: 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu, Türk Ticaret Kanunu'nun yolcu taşıma ile ilgili hükümleri, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu, 2872 sayılı Çevre Kanunu (m.28), 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu (m.62/1), 6326 sayılı Petrol Kanunu (m.86).
- h) 6098 sayılı TBK'nun zamanlaşımına ilişkin 72.maddesinin gerekçesinde, öğrenme olgusu ve zamanlaşımının işlemeye başlaması yönünden, **teknolojiden kaynaklanan ve uzun yıllar sonra ortaya çıkan bedensel zararlardan** sözedilmiş; zarar türlerinden örnekler verilmiştir. Bundan, aşağıdaki bölümlerden birinde, gelecekte ortaya çıkabilecek zararlar yönünden bir kez daha söz edeceğiz.

4- Tehlikeli işletmelere karşı davalar ve kanıtlama zorlukları

Teknolojik gelişmelerin, teknolojinin yarattığı ürünlerin, tehlikeli işletmelerin ve her alanda teknolojinin kullanılmasının, insan sağlığı üzerindeki etkileri, çoğu kez kanıtlanması zor ya da tartışmalı dava konuları olabilmektedir. Kişileri bedence ve ruhça etkileyen, organ yitimine veya zayıflamasına ya da çeşitli hastalıklara yakalanmalarına neden olabilen, ayrıca sinirsel ve ruhsal sarsıntılara uğratan etkenlerin başında tehlike saçan, havayı, suyu, toprağı kirleten işletmeler ile teknoloji ürünü aygıtlar gelmekte; bunu doğal yapısı değiştirilmiş besinler ile kanserojen içeren giysiler, takılar, kozmetikler, temizleme maddeleri, okul araç ve gereçleri; tarımda kullanılan yapay gübreler ve tarım ilaçları, plastikler ve çeşitli ambalaj malzemeleri izlemektedir.

Bunların büyük bir bölümü kanıtlama zorlukları nedeniyle dava edilememekte; edirse bile sonuç alınmamaktadır. Bunların en başında termik santrallerin ve sanayinin yoğun olduğu bölgelerdeki hava, toprak ve su kirliliğinden etkilenenlerin açtıkları davalar gelmektedir. Örneğin, Yatağan termik santralının uzun yıllardan beri bölgeyi yaşanmaz hale getirdiği, kanser, kalp damar, solunum hastalıklarına neden olduğu savıyla açılan dava retle sonuçlanmıştır. Gebze ile Derince arasındaki Dilovası'nda boya fabrikalarının yarattığı zehirli hava nedeniyle çok sayıda kanser hastalıkları görülmekte, önlenmemektedir. Ergene havzası da aynı durumdadır. Siyanürle altın arayanların yörenin su kaynaklarını zehirlediği savları ciddiye alınmamaktadır. Örnekler pek çoktur.

Aşağıda açılan davalardan ve sonuçlarından ve dava konusu edilemeyen olaylardan örnekler vereceğiz.

- a) Yatağan Termik Santralı'nın yarattığı kirli hava nedeniyle sağlığının bozulduğu, kalp ve solunum hastalığına yakalandığı savıyla davacının açtığı maddi ve manevi tazminat davasıyla ilgili Yargıtay kararında, davalı işletmenin neden olduğu kirli havanın, davacının sağlığı yönünden bir tehlike, yani **ihhtimal** oluşturduğu; bunun tazmin borcunun doğabil-

mesi için yeterli olmayıp “zarar”ın doğmuş olması gerektiği biçiminde bir gerekçe ile yerel mahkeme kararı bozulmuş; buna karşı Daire Başkanının son derece duyarlı “karşı oy yazısında şu açıklamalar yapılmıştır:¹

“Kişi, sağlıklı ve doğanın sağladığı olanaklardan yararlanmak hakkına sahiptir. Bu halde, kişinin mutluluğundan ve sağlıklı yaşamından söz edilebilir. Ancak bu halde kişi, kendini geliştirebilir, sağlıklı düşünebilir ve üretici konumuna gelebilir. Kişi bu değerleri, sağlıklı olmayan bir çevrede elde edemez. Çünkü çevre, insanı etkileyen dış koşulların bütünüdür. Her canlı varlık, hatta cansız varlıklar da, çevredeki fiziksel ve kimyasal ortama göre biçimlenirler, sağlıklı ya da sağlıklı olurlar. Bunun içindir ki, Stockholm Konferansında; “insan, onurlu ve iyi bir yaşam sürmeye olanak veren nitelikli bir çevrede, özgürlük, eşitlik ve yeterli yaşam koşulları temel hakkına sahiptir” ilkesini kabul etmiştir. Bu bildiri bağlayıcı olmasa da, önemli bir belge olarak gözönünde tutulması gereklidir. Çünkü bütün insanlar, özellikle doğanın sağladığı olanaklardan yararlanma hakkına sahiptir. Bu bir çevre hakkıdır.

Temyiz dilekçesinde ve bozma ilamının gerekçesinde yer aldığı üzere **davalının, yürüttüğü iş itibariyle çevre halkına iş olanağı sağladığı, çevre ile birlikte ülke ekonomisine yarar sağladığı konusuna gelince**, böyle bir olgudan dolayı **davacının ve bu bağlamda çevre halkının sağlığının tehlikeye sokulması ve olumsuz etkilenmesine hoşgörü ile bakılması sonucunu doğurmaz.** Çevre halkı üzerinde ekonomik yarar sağladığı kabul edilse dahi, bu yarardan dolayı davacının sağlığının tehlikeye girmesini hukuka uygun hale getirmez. Diğer bir anlatımda başkasına yarar sağlanacak diye, davacının zarar görmesi hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz. Kaldı ki, davalı kurum, alacağı önlemlerle zararları önleme olanağına da sahiptir. Çağın gelişmiş teknik olanakları, bu sonucu sağlayacak güçte ve yeterliktedir. Bu tür çalışma ve önlemlerin alınmadığı da dosyadaki raporlarla sabittir.

¹ Yargıtay 4.HD. 11.7.2002 gün ve E.2001/12708 K.2002/8915 sayılı kararı ve bu karara karşıoy yazan Daire Başkanı Bilal Kartal'ın görüşleri.

Somut olayda **davacının, doğal dengesi bozulan bir ortamda yaşadığı açıktır.** Bu husus, Türk Tabipler Birliği tarafından hazırlanan rapor ile sabittir. Çok geniş kapsamlı olan bu raporda, **Yatağan şehir merkezinde kirlilik oranının normalin çok üzerinde bulunduğu, solunum sistemi hastalıklarının, Muğla iline göre iki kat fazla olduğu, bunun baca gazından kaynaklandığı geniş bir şekilde açıklanmıştır.** Yine dosya içinde hava kirliliğini ve bunun sağlık üzerindeki olumsuz etkileri ile ilgili olarak pek çok yayınlar yer almakta ve bu yüzden idari yargı tarafından verilmiş kararlar bulunmaktadır.

Olayımızda davacı, davalıya ait ve davalının işletici olduğu Yatağan Termik Santralının çevreye önemli ölçüde zararlar verdiğini, bu bağlamda kendisinin de aynı çevrede ve ortamda yaşadığını, **aynı yerde yaşayanlar gibi önemli ölçüde solunum rahatsızlığı bulunduğunu,** tanıklar ve dosyadaki diğer kanıtlarla da bu iddia doğrulanmıştır. Böyle kişisel bir doğrulama olmasa dahi, davacının aynı çevrede yaşadığı, oturma yerinin ve işinin aynı kentte olduğu bu kentinde davalının eylemi nedeniyle kirletildiği açıktır. Böyle bir durumda davacının zarar görmediğini, hatta yaşamında, verimli çalışmasında ruh dengesinde bir olumsuzluğun bulunmadığı söylenemez. Bu denli açık bir olguyu davacının kanıtlaması da gerekmez. Davacının zarar görmediğinden söz edilemeyeceği gibi, davalı tarafından da davacının zarar görmediği kanıtlanmış değildir. Bu nedenlerle, yerel mahkeme kararı hukuka uygun bulunmakla onanması gerektiğinden, bozma kararına katılamıyorum” demiştir.

Ancak ne var ki bu dava retle sonuçlanmış; Türk yargısında kötü bir örnek olmuştur. Yatağan Termik Santrali hakkında açılan davadan 50-60 yıl kadar önce İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında, radyasyon yayan bir fabrikanın yakınında uzun yıllar oturan kişinin, o yöreden ayrıldıktan beş yıl sonra kansere yakalanması nedeniyle açtığı dava kabul olunmuş; davalının zamanaşımı defi reddedilmiştir.²

² BGE. 106 II 134

- b) Geçmişte, Çernobil nükleer santralının patlayıp çevreye yayılan radyasyonun tâ Karadeniz kıyılarına kadar geldiği; bu olaydan sonra bölgede kanser hastalıklarının arttığı, çay ve fındık ürünlerinin zarar gördüğü iddialarına karşı, o dönemde ülkeyi yönetenler halka aydınlatıcı bilgiler vermedikleri, radyasyon ölçüm sonuçlarını açıklamadıkları, âdeta olayı ört bas ettikleri için, kanser hastalıklarının artıp artmadığı, artmışsa nükleer santraldan kaynaklanıp kaynaklanmadığı, çayda ne oranda radyasyon olduğu öğrenilememiş, anlayışlamamış; bir dava açmaya elverişli kanıtlar elde edilememiştir.
- c) Yerleşim yerleri içinde ve okulların yakınlarında kurulan baz istasyonlarıyla ilgili açılan davalar Yargıtay'ca kabul edilmiş ve kararlarda:

“Hiçbir hizmet, insan yaşamı kadar öncelik ve önem taşımaz. Diğer bir anlatımla, yararlı bir hizmetin karşılığı olarak insanın ölümü uygun bir sonuç olarak kabul edilemez. İnsan yaşamında tehlike yaratan bir hizmetin, kişi yaşamının önüne geçmesi ve ona üstünlük tanınması doğru bir yaklaşım olarak düşünülemez” denilmiş; yıllar sonra ortaya çıkabilecek etkileri üzerinde durulmuş; dava konusu baz istasyonlarının buldukları yerlerden kaldırılmasına karar verilmiştir.³

- d) Çevre Kanunu'nun 14.maddesine dayanılarak, davalının işyeri olarak kullandığı bağımsız bölümdeki makinelerin çalışması sırasında çıkardıkları gürültü ve titreşimin önlenmesi istemiyle açılan davada, söz konusu durumun oturanlara rahatsızlık verecek boyutlarda olduğu saptanmış; bilirkişiden gürültünün Gürültü Kontrol Yönetmeliğinin izin verdiği ölçünün altına çekilebilmesi için alınması gereken önlemlerin belirlenmesi konusunda ek rapor alınması ve bu önlemlerin davalı tarafça alınması suretiyle davacı tarafa verilen rahat-

³ Yargıtay 4.HD.29.01.2004,E.2003/16434-2004/971 sayılı kararı ve çok sayıda benzer kararlar.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

sızlığın bu yolla önlenmesine hükmedilmesi gerektiği” sonucuna varılmıştır.⁴

- e) Benzin istasyonları, kent içinde mahalle aralarına kurulmuş olan patlayıcı madde ve havai fişek üretim ve depolama yerleri, binaların üzerine konulan veya camilerin bahçelerine kurulan baz istasyonları “önemli ölçüde tehlike taşıyan” işletme ve tesisler olarak kabul edilmiş; bunların verdikleri veya verebilecekleri zararlarla ilgili davalar kabul edilmiştir.
- f) Bir fabrikanın bacasından çıkan duman ve zehirli gazların, asitli ve zehirli suların insan sağlığına; et, süt ve kümes hayvanlarına; bahçelerdeki meyve ağaçlarına, tarlalardaki ürüne verdiği zararlar nedeniyle açılan davalara Medeni Yasa’nın komşuluk hukukuna veya taşınmaz malikinin sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanmıştır.
- g) Çevreyi kirlettiği açıkça görülebilen ve kanıtlanması gerekmeyen pek çok olay vardır. Örneğin deniz, göl ve ırmak kıyılarında kurulan fabrikaların asitli ve zehirli atıklarının sulara karıştığı; fabrikaların bacalarından çıkan yakıcı ve kurutucu gaz ve dumanların insanlara ve tarım ürünlerine zarar verdiği; termik santrallerin yarattığı hava kirliliğinin yöreyi yaşanmaz hale getirdiği; çimento fabrikalarının bacasından çıkan çimento tozu ve artıkların, yakındaki tarım alanlarındaki ürünlere zarar verdiği, bilinen, görülen ve kanıtlanması gerekmeyen çevre olaylarıdır. Kirletenlerin de aksini ileri sürüp, kirlenmenin kendilerinden kaynaklanmadığını kanıtlamaları neredeyse olanaksızdır. Bütün bu örneklerini verdiğimiz kirlenme olayları ile ortaya çıkan zararlar arasında “nedensellik bağı” bulunduğu kabul edilmeli; başka kanıt aranmamalıdır.

⁴ Yargıtay 18.HD.13.6.2005 gün E.2005/5044 K.2005/6179 sayılı kararı.

III-GELECEKTE ORTAYA ÇIKABİLECEK SAĞLIK SORUNLARI

1- Gelişen teknolojinin gelecekteki olası etkileri

Bugün için insan sağlığını tehdit eden tehlikelerin yanı sıra, her geçen gün gelişen ve değişen teknolojinin yarattığı ürünlerin de ilerde zararlı etkileri olabileceği üzerinde de durulmalıdır. Örneğin bugün yaygın bir biçimde kullanılan tıbbi araç ve gereçlerin, hastalığı belirleme amaçlı tomografi, ultrason gibi aygıtların; zararsız denilen bazı besinlerin ve eşyaların; tehlike sınırının altında olduğu ileri sürülen baz istasyonlarının, radyo ve televizyon antenlerinin, yüksek gerilim hatlarının, cep telefonlarının, bazı mutfak araç ve gereçlerinin uzun yıllar sonra zararlı sonuçlarının ortaya çıkabileceği, insanların bütün bu teknoloji ürünleri yüzünden bir takım hastalıklara yakalanabilecekleri olasılıkları üzerinde durulmalı; bilimsel ve deneysel araştırmalar sonucu olası tehlikeleri belirlenmişse, önlenmesi yönünde yetkili makamlara başvurulabilmeli; sonuç alınmaması durumunda bütün bunlar dava konusu edilebilmeli; Devlete ve sorumlulara karşı davalar açılabilmelidir.

2- Çevre kirlenmelerinin zamanla ortaya çıkabilecek zararlı sonuçları

a) Çevre kirliliğinin **can zararlarına** (hastalıklara, beden gücü kayıplarına ve ölümlere) neden olması; örneğin, tehlikeli işletmelerden ve nükleer santrallardan sızan radyasyonun, başta termik santrallar olmak üzere fabrika bacalarından çıkan zehirli gazların **kanser, solunum, kalp damar, diyabet** hastalıklarına neden olması; çimento fabrikasının çıkardığı zehirli gaz, toz ve çimento artıklarının kent üzerine dağılıp yayılmak suretiyle insan, hayvan ve bitkilere zarar vermesi;⁵ baz istasyonlarının, referans değerlerin altında olsa bile, yerleşim alanlarında yarattığı uzun süreli radyasyonun insanların sağlığını olumsuz yönde etkilemesi;⁶ büyük kentlerde çok sayıda mo-

⁵ Yargıtay 1.HD.25.12.1981 gün E.1981/14350-K.1981/14955 sayılı kararı.

⁶ Yargıtay 4.HD. 29.5.2003, E. 2003/2278 - K. 2003/7119 sayılı, 27.9.2004, E.2004/2954 -K.2004/10516 sayılı, 29.11.2007, E.2007/1801-K.2007/15148

torlu taşıtlardan salınan egzoz gazlarının, tekerleklerin asfaltta sürtünmesi ile havaya yayılan partiküllerin çeşitli sağlık sorunlarına neden olması vb.

Bütün bunlar, hemen değil, **zamanla ortaya çıkabilecek sağlık sorunları** olup, zararlı sonuçlar ortaya çıktıktan ve “**dava edilebilir**” nitelik kazandıktan sonra kanıtlanması gerekmektedir.

b) Geçmişte bir ürünün veya tehlikeli işletmenin zararlarının tespiti istendiğinde, mahkemeler anlaşılmaz bir inatla “hukuki yarar” bulunmadığı gerekçesiyle tespit davalarını reddetmekte idiler. 6100 sayılı Hukuk Yargılama Yasası’nun 107.maddesindeki “belirsiz alacak davası” ile bu engel aşılmıştır. Ayrıca 107.maddenin 3.fıkrasına göre açılacak bir dava ile bir ürünün insan sağlığı yönünden zararlı olup olmadığının (henüz bir zarar ortaya çıkmadan) tespitinin istenebileceği kanısındayız. Aynı biçimde fabrika bacalarından çıkan dumanların zehirli gaz içerip içermediğinin, havayı kirletip kirletmediğinin tespiti de istenebilir. Fabrikalardan denizlere, göllere ve akarsulara salınan asitli sular ve atıklar, 6098 sayılı TBK’nun 70.maddesine dayanılarak durdurulabilir. Bunun için bir zarar doğduğunun kanıtlanması gerekli olmayıp, suların kirlendiğinin tespiti yeterlidir.

3- Doğal yapısı değiştirilmiş yiyeceklerin zamanla ortaya çıkabilecek zararlı sonuçları

a) Doğal yapıları (genetiği) değiştirilmiş, tohumları melez hale getirilmiş; daha fazla ürün elde etmek, raf ömrünü uzatmak ve zararlı böceklerden korumak amacıyla zehirli kimyasallar kullanılarak üretilmiş endüstriyel ve tarımsal yiyeceklerin insan sağlığını bozduğu, kanser, kalp damar, diyabet gibi hastalıklara neden olduğu; genetiği değiştirilmiş ürünlerin giderek yaygınlaşmasıyla kronik hastalıkların önlenemez hale geldiği; beslenme değeri az, kalorisi yüksek teknoloji ürünü kimyasal gıdaları, binlerce yıl içinde evrilmiş

sayılı, 27.11.2008,E.2008/4841-K.2008/14685 sayılı ve benzer kararları.

vücudumuzun tanımadığı, sindiremediği; bunun da bağırsıklık sisteminin yıkılmasına neden olduğu; genler ve yiyecekler arasındaki bu uyumsuzluğun anılan hastalıkların son yıllarda çok sayıda artışına neden olduğu ileri sürülmektedir. Genetiği değiştirilmiş hibrit-melez tohumlardan üretilen buğdaydaki katkı maddesi (gluten) yüzünden, halkımızın beslenme alışkanlıkları yönünden önemli bir yeri olan ekmeğin “çölyak” hastalığına neden olduğu; bu hastalığın hazımsızlık, iştahsızlık, halsizlik, depresyon, baş ağrısı, kas spazmları, anemi, kısırlık gibi sağlık sorunları yarattığı; ekmeğin üretiminde kullanılan potasyum bromat’ın troid ve böbrek kanserine yol açtığı söylenmektedir.

Bütün bunlarla başa çıkmanın yolu, yukarıda çevre zararlarıyla ilgili bölümde belirttiğimiz gibi, doğal yapıları değiştirilmiş ve kimyasallar kullanılarak üretilmiş GDO’lu ürünlerin, nişasta bazlı şekerin, yapay tatlandırıcıların ve tüm endüstriyel ürünlerin **kanser, solunum, kalp damar, diyabet, çölyak hastalıklarına** neden olduğunun; kişideki bu hastalıkların **kalıtsal (genetik)** olmadığı ve bünyesel rahatsızlıklardan kaynaklanmadığının kanıtlanması gerekmektedir. Bunun için güvenilir tıp ve gıda teknolojisi bilim çevrelerinden, anılan hastalıkların “**kalıtsal**” olmadığına ve **endüstriyel ürünlerden kaynaklandığına** ilişkin sağlam gerekçeli bir rapor alınabilirse, belirsiz alacak davası veya tespit davası açılmalı ve zararlı yiyeceklerle mücadele yolu denenmelidir.

- b) Yiyeceklerin doğal yapılarının değiştirilmesi sonucu, insan sağlığına zararlı ürünler haline gelmeleri, iki yoldan gerçekleşmektedir:

Birincisi, kapitalist sistemin yarattığı acımasız pazar ve rekabet koşullarında, dünyamıza egemen olan gıda devleri, daha çok kazanmak, daha fazla ürün elde etmek, raf ömrünü uzatmak, giderek geri kalmış toplumlarda bağımlılık yaratmak gibi amaçlarla besinlerin doğal yapılarını değiştirerek, melez tohumlar üreterek, bunların pazarlanmasını tekel haline getirerek, insan yaşamına ve sağlığına bilerek zarar vermektedirler.

İkincisi dünyamızın doğal yapısını değiştiren, bozan, yaşam alanlarını daraltan çevre zararlarıdır. Çevreyi oluşturan ve yaşam koşullarını sağlayan dünyamızın havası, suyu, toprağı, gökleri, denizleri, yer altı ve yerüstü yapısı, bitki örtüsü, insan, hayvan, canlı, cansız varlıkları gibi unsurlarının fiziksel, kimyasal, biyolojik yapılarının bozulması ve kirletilmesi, **insanları besleyen bitki ve hayvan türlerinin azalması, genetik yapılarının değiştirilmesi, besinlerin zararlı ürünler haline getirilmeleri** sonucunu doğurmakta; bu yüzden insan sağlığı bozulmaktadır.

c) Çevre Kanunu'nun 9.maddesinde: "Doğal çevreyi oluşturan **biyolojik çeşitliliğin** sürdürülebilirliğinin sağlanması ile bu çeşitliliği barındıran **ekosistemin** korunması esas olup, mevzuata aykırı biçimde **ticarete konu edilmeleri** yasaktır" denilmiştir;

Biyogüvenlik Kanunu'nun 3.maddesi 5.bendinde "GDO ve ürünlerinin **insan, hayvan ve bitki sağlığı ile çevre ve biyolojik çeşitliliği tehdit etmesi**, çevrenin ekolojik dengesinin ve **ekosistemin bozulmasına** neden olması, biyolojik çeşitliliğin devamlılığını tehlikeye düşürmesi gibi tehlikelerden sözedilmiş; Yasa'nın 14.maddesinde "GDO ve ürünleri ile ilgili faaliyetlerde bulunanların, (izin almış olsalar dahi) **insan, hayvan ve bitki sağlığı ile çevrenin ve biyolojik çeşitliliğin korunması, sürdürülebilirliğinin sağlanmasına karşı oluşan zararlardan** sorumlu oldukları" açıklanmıştır;

Ürünlerle İlişkin Kanun'un 5.maddesinde de "Üretici, piyasa **güvenli ürünler arz etmek zorundadır**" denilmiş olmasına göre,

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un "amaç"ları arasında yer alan, ama nedense üzerinde pek durulmayan "**tüketicinin çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı önlemleri alma**" konusu işlenmeli, geliştirilmeli, dava konusu edilmelidir.

- d) Dünyamıza egemen olan gıda devlerinin, yiyeceklerin doğal yapılarını değiştirmeleri sırasında kullandıkları kimyasallar arasında çeşitli hormonlar, pestisitler, kloropirifos, toksik ve teratojen maddeler, aspartam, mono sodyum glutamad, gluten, glifosat gibi tarım ilaçları ve çeşitli kimyasal zehirler sayılmaktadır. Tarımda zararlı böcekleri yoketmek amacıyla kullanılan tarım ilaçları yüzünden toprak, hava, su kirlenmekte, besinlerin doğal yapıları değişmektedir.
- e) 5977 sayılı Biyogüvenlik Yasası'nın 3'üncü ve 5'inci maddelerinde (10) bent halinde GDO'lu ürünlerin zararları sayılmış olup, GDO'lu ürünleri savunanlar, besin kalitesini artırdığını, raf ömrünü uzattığını, bitkisel ve hayvansal ürün verimini artırdığını ileri sürmekte iseler de, zararları ve tehlikeleri daha ağır basmakta; sağlığa zararlı olduğu, tarım topraklarını bozduğu; biyolojik ve genetik çeşitliliği tehdit ettiği söylenmektedir.
- f) Zararlı yiyecekler arasında **nişasta bazlı şeker (mısır şurubu)** en tehlikeli olanlar arasında sayılmakta; bilim çevrelerinin hemen tamamına yakını, mısır nişastasından elde edilen şekerin (mısır şurubunun) kanserden kalp hastalıklarına, diyabete ve karaciğer yetmezliğine kadar bir çok kronik hastalığa yol açtığını; NBS'de yüksek oranda bulunan fruktozun insülin direncini tetikleyerek şeker hastalığına ve siroza neden olduğunu, hormonal sistemleri bozduğunu, kanser hücrelerini artırdığını ileri sürmekte; "**ölümcül zehir**" olarak nitelemektedirler.

Son yıllarda mısır şurubu (NBS), yaygın biçimde ve giderek kullanım alanı artarak neredeyse tüm şekerli ürünlerde kullanılmakta; başta şekerlemeler, çikolata, gofret, bisküvi, kek, hamur tatlıları olmak üzere, kolalar, gazlı ve şekerli içecekler, ketçap vb. mısır şurubu içermekte; kimse bilim çevrelerinin uyarılarına kulak asmamaktadır.⁷

⁷ Gökhan Günaydın, Türkiye Şeker Sektörü Analizi, Ziraat Mühendisleri Odası Yayını, Ankara 2001- Metin Aydoğan, Türkiye'yi Bekleyen Tehlikeler -Bitmeyen Oyun, Kum Saati Yayınları, İstanbul 2002 -

4- Yiyeceklerden kaynaklanan bedensel zararlar nedeniyle açılacak davaların yasal dayanakları neler olmalıdır

4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanması Hakkında Kanun'un 1.maddesinde "Bu kanunun amacının, **ürünlerin piyasaya arzı, uygunluk değerlendirmesi, piyasa gözetimi ve denetimi** ile bunlarla ilgili olarak yapılacak bildirimlere ilişkin usul ve esasları belirlemektir" denilmiştir; 10.maddesinde, piyasa **gözetimi ve denetiminin**, yönetmeliklerde belirtilen usul ve esaslara göre yapılacağı; 11.maddesinde, **bir ürünün güvenli olmadığı**nın saptanması halinde **yasaklanacağı** açıklanmıştır.

Ürün Yasası uyarınca çıkarılan Ürünlerin Piyasa Arzı Gözetim ve Denetimine Dair Yönetmeliğin 7.maddesinde:

"Piyasaya arz edilen ürünlerin güvenli olması zorunludur. Bir ürünün güvenli kabul edilmesi için; ürünün bileşimi, ambalajlanması, montaj ve bakımına ilişkin talimatlar da dahil olmak üzere özellikleri; başka ürünlerle birlikte kullanılması öngörülüyorsa bu ürünlere yapacağı etkiler; piyasaya arzı, etiketlenmesi, kullanımı ve bertaraf edilmesi ile ilgili talimatlar ve üretici tarafından sağlanacak diğer bilgiler ve ürünü kullanabilecek **risk altındaki tüketici grupları** açısından değerlendirildiğinde, temel gerekler bakımından azami ölçüde koruma sağlanması gerekir" denilmiştir

5977 sayılı Biyogüvenlik Yasası'nın 1.maddesinde "Bu kanunun amacı, bilimsel ve teknolojik gelişmeler çerçevesinde, modern biyoteknoloji kullanılarak elde edilen genetik yapısı değiştirilmiş organizmalar ve ürünlerinden kaynaklanabilecek riskleri engellemek, **insan, hayvan ve bitki sağlığı ile çevrenin ve biyolojik çeşitliliğin korunması**, sürdürülebilirliğinin sağlanması amacıyla biyogüvenlik sisteminin kurulması ve

Taylan Kıymaz, Türkiye'de ve Dünyada Şekerin Geleceği, Tarım ve Mühendislik, sayı:64-65, Ankara 2003 - B.Remzi Suiçmez, Tarımla İlgili Değerlendirmeler, Türkiye Sempozyum Kitabı, Ankara 2003 - Dr.Yavuz Dizdar, Pankobirlik Dergisi

uygulanması, bu faaliyetlerin **denetlenmesi, düzenlenmesi** ve **izlenmesi** ile ilgili usul ve esasları belirlemektir” denilmiştir.

Uluslararası Biyotıp Sözleşmesinin onaylanmasına ilişkin 6212 sayılı yasa gereği 20.04.2004 gün 25439 sayılı RG’de yayınlanan Kararın 1.maddesinde, sözleşmeyi imzalayanların “tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve **biyoloji ve tıbbın uygulanmasında**, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına alacakları” kararlaştırılmıştır.

6502 sayılı Tüketiciyi Koruma Yasası’nın “amaç” başlıklı 1.maddesinde “Bu Kanunun amacı; kamu yararına uygun olarak **tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu**, zararlarını tazmin edici, **çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı**, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak...” denilmiştir.

Ve bütün bunların üstünde, Anayasa’nın 56.maddesi 3.fıkrasında “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla” yükümlü tutulmuştur.

Bütün bu yasalara dayanılarak, zararlı ürünlerden kaynaklanan bedensel zararların kanıtlanmasından sonra, tazminat isteminin yasal dayanakları 6098 sayılı TBK’nun 54,55,56 maddeleri olacaktır.

5- Ürün zararlarından dolayı kimler dava edilebilir

Ürünlerin genetik yapısını değiştirenler, yurt dışında ve dünyamıza egemen çok güçlü bir örgütlenme yapısına sahip olduklarına göre, zararlı ürünleri satanların, üretenlerin, ithal edenlerin ve daha önemlisi yukarıda açıklanan yasalara göre gerekli önlemleri almayan Devletin ilgili birimlerinin dava edilebileceği kanısındayız.

IV-GELECEK ÜZERİNE VARSAYIMLAR

1- Akıllı teknoloji ve insanın geleceği

Akıllı teknolojinin gelişimiyle birlikte insanların fiziksel dünyadan kopuşu ve daha da kopacağı; bu durumun birey-

lerde **zihinsel gerilemeye** yolaçtığı; gelecekte yapay beyinlerin tüm çalışma ve yaşam alanlarına egemen olmasıyla, **insan beyninin düşünme ve karar verme yetisinin köreleceği** söylenmektedir. Adli Tıp dilinde bedensel zararlar organ kaybı ve organ zayıflaması olarak ikiye ayrıldığına göre, “insan beyninin düşünme ve karar verme yetisinin körelmesi ve zihinsel gerileme” **organ zayıflaması** biçiminde gerçekleşecek bir bedensel zarar değil midir ?

Öte yandan akıllı teknolojinin geliştirilmesinin ve üretiminin parasal yükünü; Devletler değil, büyük sermaye sahipleri üstlendiğine göre, bunların dünyamızı tümüyle ele geçirecekleri, yaşam koşullarını diledikleri gibi değiştirecekleri; yapay zeka, kontrol edilemeyen mekanik sistemlerin dünyayı işgali olarak değerlendirildiğinde, kapitalizmin elinde etkili bir güç olacağı; bunun sonucu insanların köleleşeceği söylenmektedir. Bu söylentiye, akıllı aygıtlara aşırı bağımlılıkla birleştirdiğimizde “mankurtlaşmış” bir insan tipinin ortaya çıkması tehlikesi bulunmaktadır. Bu da bir beden gücü kaybıdır.

2- Bilimin teknolojiye bağımlı hale gelmesinin sakıncaları

Bilimin teknolojiye bağımlı hale gelmesiyle birlikte, bilimle felsefe arasındaki bağın kopacağı; insan beyninin makinelerden öğrenilmiş ve bir çaba harcanmadan elde edilmiş bilgilerin bir deposu haline geleceği; böylece insan aklının yaratıcı gücünü yitireceği; sevgi ve mutluluk arayışından kopuşun ruhsal dengesizliklere neden olacağı da varsayımlar arasındadır. **Ruhsal dengesizlikler** de bir bedensel zarar türü olduğuna göre, bu da konumuzun bir parçasıdır.

3- Teknoloji ürünlerine bağımlılığın tehlikeleri

Bugün akıllı telefonları elinden düşürmeyen insanlar, sosyal yaşamdan kopmuş durumdadırlar. Özellikle, çocuklar tehlikenin içindedir. Mavi balina olayı bunun tipik bir örneğidir. Buna bakarak gelecekte daha büyük ve korkunç tehlikelerden de söz edilebilir. Bu da teknolojiyi yaratan ve geliştirenlerin

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

insanlığı dilediklerince yönetip yönlendireceklerinin bir kanıtı olmalıdır.

Bugünün insanının akıllı telefonlara ve internete aşırı bağımlılığı da, bir anlamda, uyuşturucu ve alkol bağımlılığından farksız bir hastalık olduğuna göre, bu da konumuz olan bedensel zararlar kapsamında kabul edilmelidir.

İŞLETME FAALİYETİNDE ROBOT KULLANIMINDAN KAYNAKLANAN ZARARLAR BAKIMINDAN AYRI BİR SORUMLULUK NORMUNA İHTİYAÇ VAR MIDIR?

Dr. Dila OKYAR KARAOSMANOĞLU

I. Giriş

Hukuk, dinamik yapısı gereği, zaman içerisinde ortaya çıkan toplumsal, ekonomik ve teknolojik gelişmelere daima uyum sağlayacak mekanizmaları bünyesinde bulundurmalıdır. Hukukun dinamikliğine olan bu ihtiyacı, günümüzde belki de en güçlü şekilde hissettiren, 21. yüzyıla damgasını vuran “Endüstri 4.0” devriminin baş döndürücü teknolojik gelişmeleridir. Robotik ve yapay zekâ teknolojisi, insanoğluna muazzam imkânlar ve kolaylıklar sunmakla birlikte, etik ve felsefi sorunlar yanında, çeşitli hukuk dallarını ilgilendiren birçok sıra dışı hukuki sorunu da kaçınılmaz olarak beraberinde getirmektedir. Öyle ki, bu tür hukuki sorunlara çözüm arayışı neticesinde, “robot hukuku” (*robot law*) adı altında yeni bir hukuk dalı bile ortaya çıkmıştır.

Bilim kurgu yazarı Isaac Asimov’un, 1942 yılında yayımladığı “Runaround” isimli eserinde ortaya koyduğu Robotiğin Üç Kanunu’ndan ilkinine göre, “bir robot insana zarar veremez ya da hareketsiz kalmak suretiyle zarar görmesine seyirci kalmaz”. Günümüzde ise sorumluluk hukukunun belki de en meşhur tartışma konusu, robot kaynaklı zararlardan, kimin/kimlerin, hangi ölçüde ve hangi hukuki zeminde sorumlu tutulabileceğidir.

Çalışma konumuz, bir işletme faaliyetinde robot kullanımı nedeniyle üçüncü kişilerin uğradığı zarardan sözleşme dışı hukuki sorumluluk ile sınırlandırılmıştır. Bu çerçevede öncelikle bazı temel kavramlara kısaca değinildikten sonra [II], genel olarak robot kaynaklı zararlardan sorumluluğun hukuki dayanağı konusundaki farklı yaklaşımlar incelenecek [III] ve ardından, bir işletme faaliyetinde robot kullanımı nedeniyle meydana gelen zararlardan sözleşme dışı hukuki sorumluluk meselesi, Avrupa ve Türk sorumluluk hukuku bakımından değerlendirilecektir [IV].

II. Robot, Yapay Zekâ ve Otonomi Kavramları

Robot, etimolojik köken itibariyle, Çekçe “angarya, zorla çalıştırma, kölelik” anlamlarına gelen *robota* kelimesinden türetilmiştir. Günümüzde ise robot kelimesinin üzerinde uzlaşıl-mış, yeknesak bir tanımı bulunmamaktadır. Modern robotik biliminin babası kabul edilen Joseph Engelberger’ın “*robotun ne olduğunu tanımlayamam ancak bir robot gördüğümde onu tanı-rım*” şeklindeki ünlü deyişi de bu hususa işaret etmektedir. En basit tanımıyla robot, sensörleri aracılığıyla çevresini algıla-ma ve fiziksel hareket kabiliyeti olan ve bir çeşit zekâyâ sahip olan makinelerdir¹. Diğer bir ifadeyle, robot, biyolojik bir canlı olmamakla birlikte, fiziksel ve zihinsel faaliyetler sergilemek üzere oluşturulmuş sistemi ifade eder².

Yapay zekâ (*artificial intelligence-AI*) ise bilgisayar biliminin bir alt dalı olup, insan zekâsını taklit eden, insanlara özgü ye-tenekler sergileyen (akıl yürütme, problem çözme, plan yapma gibi zihinsel yetenekler ve insanların duygu, düşüncelerini an-lama, onlarla sosyal etkileşime geçme gibi sosyal yetenekler) bir bilgisayar programıdır³. Makine öğrenimi (*machine learning*) ve derin öğrenme (*deep learning*) ise yapay zekâ yöntemleridir. Makine öğrenimi, makinelerin insanlar gibi öğrenmesi an-la-mına gelmekte olup, bilgisayarların kendi deneyimlerinden

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Bozkurt Yüksel**, s. 86-89.

² **Richards/Smart**, s. 5.

³ Yapay zekâ kavramı hakkında bkz. **Bak**, s. 212-215; **Akkurt**, s. 41-43.

ve çevrelerinden öğrenerek performanslarını geliştirmek suretiyle daha zeki hâle gelmelerini sağlayan bir yöntemdir. Derin öğrenme ise, çok katmanlı (derin) yapay sinir ağları kullanan, işlem gücü oldukça yüksek bilgisayarlarda uygulanan, devasa büyüklükteki verileri (*big data*) işleyerek karmaşık problemlerin çözülmesini sağlayan bir makine öğrenimi tekniğidir.

Yapay zekâ yazılımlarının fiziksel varlığı bulunmamaktadır⁴. Robotlar ise, bir fiziksel varlığa sahip olup, yapı itibariyle, donanım (*hardware*) ve yazılım (*software*) olmak üzere iki ana birleşenden oluşur⁵. Donanım, robotun elektronik ve mekanik aksamı olması itibariyle fiziksel kısmını; yazılım ise, bilgisayarda işletilmek üzere, programlama diliyle yazılıp tasarlanmış bilgisayar programı olması itibariyle, donanımı kontrol eden iç işleyişini ifade etmektedir. Kısacası, her makine bir robot olmadığı gibi, her robot da yapay zekâ değildir. Bir robotun zekâsının yapay zekâ seviyesinde olması durumunda ise, otonomi seviyesinin yüksekliğinden bahsedilir.

Otonomi (özerklik, *autonomy*) kavramı, bir makinenin, kendisine tanımlanan görevi yürütürken insan kontrolünden bağımsızlık derecesidir. Bir robotun, görevini kendi kendine yerine getirmesi için insan müdahalesine ne kadar az ihtiyacı varsa, çevresine ve değişen koşullara uyum sağlama ve inisiyatif alma yeteneği ne kadar yüksekse, otonomi seviyesi de o kadar yüksektir⁶. Bu doğrultuda robotlar, otonomi seviyelerine göre sınıflandırılmaktadır. Yapay zekâlı tam otonom bir robot, insan müdahalesi olmaksızın deneyimlerinden ve çevresi ile etkileşiminden kendi kendine öğrenme, bağımsız karar alma ve uygulama mekanizmasına sahip olan robotlardır. Günümüzde bu tür robotlar bakımından, "*bir robotun her hareketini programı belirler, dolayısıyla makine sadece neye programlandıysa onu yapar*" anlayışının artık fazla basitleştirilmiş kaldığı belirtilmektedir⁷.

⁴ Richards/Smart, s. 5.

⁵ Zornoza et al., s. 64; Ersoy, s. 5.

⁶ Ersoy, s. 22.

⁷ Guidelines on Regulating Robotics, s. 23, <https://www.eu-robotics.net>, Erişim Tarihi: 10.09.2019.

III. Genel Olarak Robot Kaynaklı Zararlardan Sorumluluğun Hukuki Dayanağı Konusuna Farklı Yaklaşımlar

Genel olarak robot kaynaklı zararlardan sözleşme dışı sorumluluğun hukuki dayanağı konusunda farklı uçlarda yer alan iki temel yaklaşım bulunmaktadır⁸. Bunlardan “geleneksel yaklaşım”, robotik ve yapay zekâ teknolojisindeki gelişmelerin zaman içerisinde ortaya çıkardığı yeni hukuki sorunların, hâlihazırda mevcut, geleneksel sorumluluk normları çerçevesinde çözümlenebileceğini ileri sürerken, aksi yönde gelişen “radikal yaklaşım” ise, mevcut hukuk kurallarının yetersizliğinden ya da en azından yakın gelecekte yetersiz kalacağı düşüncesinden hareketle, *lex robotica* olarak adlandırılan, robotlara özgü birtakım yeni hukuk kurallarına ihtiyaç olduğunu savunmaktadır.

Esasında bu yaklaşım farklılığı, özünde, robotların hukuki statüsü konusundaki görüş farklılığına dayanmaktadır. Geleneksel yaklaşıma göre, robotların, insan üretimi birer “eşya” statüsünde olduğu kabul edilerek hukuki sorunların mevcut sorumluluk normları çerçevesinde çözümlenmesi mümkündür. Radikal yaklaşım ise, en azından tam otonom robotlara yeni bir hukuki statü kazandırılması gerektiğini savunmaktadır.

A. Geleneksel Yaklaşım

Hukuki bir kavram olan kişi, hukuk düzeni tarafından kendisine hak sahibi olabilme ve borç altına girebilme iktidarı tanınmış olan varlığı ifade eder. Bu bakımdan kişilik kavramı, hak ehliyeti ile eş anlamlıdır⁹. Modern hukuk düzenlerinde kişiler, gerçek kişiler ve tüzel kişiler olmak üzere iki tür ile sınırlı olarak düzenlenmiştir. Gerçek kişiler insanları, tüzel kişiler ise belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmeye yönelmiş kişi ya da mal topluluklarını ifade eder. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (“TMK”) m.8 gereği her insan hak ehliyetine sahip olup, bütün

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Dyrkolbotn, s. 120 vd.

⁹ Dural/Öğüz, N.177; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 268.

insanlar hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olma bakımından eşittir. Tüzel kişiler de yaradılış gereği sadece insanlara özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki tüm hak ve borçlara ehildir (TMK m.48). Bir kişinin kendi fiilleriyle hak sahibi olabilmesi ve borç altına girebilmesi ise fiil ehliyeti olarak adlandırılır. Haksız fiil sorumluluğu da fiil ehliyetinin bir görünümü olup, haksız fiili gerçekleştiren kişinin meydana gelen zarardan bizzat kendi malvarlığı ile sorumlu olmasını ifade eder¹⁰.

Modern hukuk düzenlerinde, robotlar bağımsız bir hak süjesi olarak kabul edilmemektedir. Bu nedenle ilgili hukuk düzeninde değişiklik yapmak suretiyle robotlara bir kişilik atfedilmediği sürece, kişilerin robot kaynaklı olarak uğradıkları zararlar bakımından *per se* robotları sorumlu tutmalarının yolu kapalıdır. Öte yandan, hukuken eşya statüsündeki robotlar bir ürün (*robots-as-product*)¹¹ ya da bir araç (*robots-as-tool*)¹² niteliğinde olduğundan, robot kaynaklı zararlar bir insan fiiline atfedilebildiği ölçüde, mevcut sorumluluk normları çerçevesinde bu kişi/kişilerin hukuki sorumluluğuna başvurulması mümkündür.

B. Radikal Yaklaşım

Radikal yaklaşım, özellikle yeni nesil otonom robotların doğrudan sorumluluğuna başvurmayı sağlayacak bir hukuki zemine ihtiyaç olduğundan hareketle, bu tür robotlara yeni bir hukuki statü kazandırılması gerektiğini savunur¹³.

¹⁰ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 284-285. Hukukun hiç kimseye hukuka aykırı davranma yetkisi vermesi söz konusu olamayacağından, "haksız fiil ehliyeti" ifadesinin isabetli olmadığı hakkında bkz. Dural/Öğüz, N.256.

¹¹ Yapay zekâli sistemlerden kaynaklanan zararlardan sorumluluk meselesinin ürün sorumluluğuna ilişkin kurallar çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği görüşü için bkz. Dyrkolbotn, s. 131.

¹² Zornoza et al., s. 63; Richards/Smart, s. 22; robotların şimdilik "insan üretimi birer eşya" konumunda olmakla birlikte, yakın gelecekteki teknolojik gelişmelerin bu kabulü geçersiz hale getirebileceği hakkında bkz. Ersoy, s. 77.

¹³ Yapay zekânın bir kişi gibi değerlendirilmesi gerektiği görüşü için bkz. Bak, s. 219; giderek daha otonom ve akıllı hale gelen yapay zekâ bakımından hukuk kişiliğin tartışmasız olarak kabul edilmesi gerektiği görüşü için bkz. Kara Kılıçarslan, s. 385.

Robotlar bakımından önerilen farklı hukuki statülerden¹⁴ en çarpıcı olanı ve en çok ses getireni, “elektronik kişilik” (*electronic personality*) modeli olmuştur. Robotlara özgü olarak, gerçek kişilik ve tüzel kişilik yanında üçüncü bir tür olarak öngörülen bu kişilik modelinden öncelikle Avrupa düzeyinde robotik hukuku alanında yürütülen çeşitli proje çalışmalarında bahsedildiği görülmektedir. Endüstri ve akademi arasındaki işbirliğini geliştirmeyi ve Avrupa robot teknolojisi konusunda toplumsal algıyı güçlendirmeyi hedefleyen euRobotics¹⁵ adlı çalışma grubu tarafından hazırlanan “Robotik Alanındaki Hukuki Meselelere İlişkin bir Yeşil Kitap için Öneri” (2012) başlıklı çalışmada¹⁶; makinelerin şimdilik insanlarla aynı hukuki statüye sahip olmasına gerek olmadığı, ancak en azından, kendi kendine hareket etme ve karar alma yeteneği olan, insanlarla etkileşime geçen yapay zekâyla donatılmış otonom robotlara özel bir tür hukuki statü olarak elektronik kişilik tanınmasının makul olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, hukuk düzeni tarafından yaratılan tüzel kişilik modelinin ticaret şirketleri bakımından oldukça başarılı bir şekilde uygulandığı vurgulanarak, elektronik kişilik bakımından da benzer bir sistem kurulabileceği, böylelikle otonom robotların bir sicile kaydı, çeşitli kişilerden (üretici, satıcı, kullanıcı vb.) oluşacak bir hukuki sorumluluk paketi ve bu kişilerin katkılarıyla bir tazminat fonu oluşturmak suretiyle ayrı bir malvarlığı tahsisi önerilmiştir.

Benzer şekilde Avrupa Komisyonu tarafından desteklenen RoboLaw adlı projenin “Robotik Alanındaki Düzenlemelere İlişkin Kılavuz İlkeler” (2014) başlıklı sonuç raporunda¹⁷; hukuku değiştirmek suretiyle robotlara kişilik atfetmenin teorik

¹⁴ Bkz. Ersoy, s. 87 vd.

¹⁵ SPARC, Avrupa'nın robotik alanındaki lider konumunu muhafaza etmek ve geliştirmek amacıyla kurulmuş bir kamu-özel ortaklığı olup, bu ortaklığın, Avrupa Komisyonu kamu sektörü, euRobotics ise özel sektör ortağı konumundadır. <https://www.eu-robotics.net>, Erişim Tarihi: 10.09.2019.

¹⁶ Leroux, Christophe/Labruto, Roberto (eds.), The European Robotics Coordination Action, “Suggestion for a green paper on legal issues in robotics”, 2012, (euRobotics).

¹⁷ Guidelines on Regulating Robotics, s.19.

olarak mümkün olduğu, insan dışındaki varlıkların hukuken kişi olarak tanınabilmesinin temel şartlarının bir sisteme kayıtlı olmak ve malvarlığına sahip olmak olduğu, bu yönde düzenlemeler yapılabileceği belirtilmiştir.

Avrupa Birliği düzeyinde elektronik kişilik modelinin önerildiği ilk resmî belge ise, Avrupa Parlamentosu'nun 27.01.2017 tarihli Tavsiye Raporudur¹⁸ (§59/f). Bunu takiben, Avrupa Parlamentosu, 16.02.2017 tarihli "Robotik Hakkında Medeni Hukuk Kurallarına İlişkin İlke Kararı"¹⁹; robotların otonomlaştıkça kişilerin kullandığı basit birer araç olmaktan uzaklaştıklarını ve bunun da, zararın belli bir insan fiiline atfedilemediği durumlar bakımından yeni hukuki kurallara ihtiyaç olup olmadığı sorusunu beraberinde getirdiğini (§Z/AB) belirterek, Avrupa Komisyonu'nu, robotik hakkında medeni hukuk kurallarına ilişkin bir direktif önerisi hazırlamaya davet etmiştir (§65). Söz konusu kararında Avrupa Parlamentosu'nun tavsiye ettiği başlıca hukuki çözümler kısaca şöyledir: En azından şu anki aşamada sorumluluğun bir robota değil, insana ait olması gerektiği; birden fazla sorumlu kişinin tespit edilmesi durumunda, bu kişilerin robota verdikleri talimatın derecesine ve robotun otonomi seviyesine göre sorumluluğu paylaşmaları (§56); otonom robotların neden olduğu zararlar bakımından tazminat fonu ile desteklenmiş bir zorunlu sigorta sistemi kurulması (§57-58) ve uzun vadede, en azından en karmaşık yapıdaki otonom robotlara özel bir hukuki statü olarak "elektronik kişilik" tanınması (§59/f).

Öte yandan, 26 Haziran 2019 tarihinde Avrupa Komisyonu Yapay Zekâ Üst Düzey Uzman Grubu tarafından yayımlanan

¹⁸ European Parliament, Report with recommendation to the Commission on Civil Law Rules on Robotics ((2015/2103(INL)), 27.01.2017, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html Erişim Tarihi: 01.10.2019.

¹⁹ European Parliament Resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, (2015/2103(INL)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html?redirect Erişim Tarihi: 01.10.2019.

“Güvenilir Yapay Zekâ için Politika ve Yatırım Önerileri”²⁰ başlıklı çalışmada, yapay zekâ sistemlerine ve robotlara hukuki kişilik tanınmanın, temelde insan unsuru, hesap verebilirlik ve sorumluluk ilkeleriyle çelişeceği ve ciddi bir ahlaki çöküntü yaratacağı endişesi vurgulanarak, karar mercileri yapay zekâ sistemlerine ve robotlara hukuki kişilik tanımaktan kaçınmaya davet edilmiştir (§29.7).

IV. Geleneksel Yaklaşım Çerçevesinde Bir İşletme Faaliyetinde Robot Kullanımı Nedeniyle Üçüncü Kişilerin Uğradığı Zararlardan Hukuki Sorumluluk Bakımından Avrupa ve Türk Sorumluluk Hukukunun Değerlendirilmesi

Robot kullanımından kaynaklanan zararlardan hukuki sorumluluk meselesinin kişi/kişilere atfedilebildiği ölçüde mevcut sorumluluk normları çerçevesinde çözümlenebileceğini savunan geleneksel yaklaşım doğrultusunda akla ilk gelen olası sorumluluk sүйeleri; üretici, yazılımcı ve işleten/kullanıcıdır.

Çalışmamızın bu kısmında; Avrupa sorumluluk hukuku bakımından, robot üreticisinin ve yazılımcının sorumluluğu AB Ürün Sorumluluğu Direktifi²¹ (“Direktif”) çerçevesinde, işletme faaliyetinde robot kullanımı nedeniyle üçüncü kişilerin uğradığı zarardan işletme sahibinin sorumluluğu ise Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri (*European Principles of Tort Law-PETL*) çerçevesinde değerlendirilecektir. Türk sorumluluk hukuku bakımından ise, çalışma konumuz doğrultusunda, işletmeler bakımından arz ettiği önem nedeniyle, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (“TBK”) çerçevesinde, üreticinin sorumluluğu, işletme faaliyetinde robot kullanan işletme sahibinin adam

²⁰ European Commission, Independent High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, Policy and Investment Recommendations for Trustworthy AI, 26.06.2019. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/policy-and-investment-recommendations-trustworthy-artificial-intelligence> Erişim Tarihi: 01.10.2019.

²¹ 25.07.1985 tarihli Hatalı Ürün Nedeniyle Sorumluluk Hakkında Üye Devletlerin Hukuki ve İdari Düzenlemelerinin Uyumlaştırılması Hakkında Direktif (85/374/EEC).

çalıştıran sıfatıyla sorumluluğu ve genel tehlike sorumluluğu bakımından değerlendirme yapılması tercih edilmiştir²².

A. Üreticinin ve Yazılımcının Sorumluluğu

1. AB Ürün Sorumluluğu Direktifi Bakımından

a. Robot Üreticisinin Sorumluluğu

Genel olarak üreticinin sorumluluğu, üretici tarafından piyasaya sürülen ve haklı güvenlik beklentilerini karşılamayan hatalı ürünün neden olduğu zararları tazmin yükümlülüğünü ifade eder. Direktif, üreticinin, üründeki hatanın neden olduğu zararlardan kusursuz sorumluluğunu öngörmektedir²³. Sorumluluğun süjesini üretici, objesini ise hatalı ürün oluşturur. Zarar görenin, uğradığı zararı, üründeki hatayı ve bu ikisi arasında illiyet bağı bulunduğunu ispatlaması yeterlidir (m.4). Burada düzenlenen sorumluluk, üründeki hatanın neden olduğu ölüm veya bedensel bütünlüğün ihlâli neticesinde ortaya çıkan maddi zararlar ile hatalı ürün dışındaki, kişisel kullanım veya tüketim amacına tahsis edilmiş ve zarar gören tarafından bu amaçlarla kullanılmış olan eşyanın uğradığı maddi zararları kapsar; manevi zararlar ise sorumluluğun kapsamı dışında bırakılmıştır (m.9). Bu doğrultuda, tazminat talebinde bulunabilecek kişi çevresi, kişiye ilişkin zararlar bakımından tüketici sıfatından bağımsız olarak üçüncü kişiler de dâhil olmak üzere herkesi kapsarken, eşyaya ilişkin zararlar bakımından kullanım ve tahsis amacına göre daraltılmıştır²⁴.

Çalışma konumuz bakımından önem arz eden mesele, üretici tarafından piyasaya sürülen bir robotta bulunan üretim hatasından kaynaklanan zararlar bakımından robot üreticisinin Direktif çerçevesinde sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. Bunun için ilk olarak, robotların “ürün” kavramına dâhil olup

²² Genel olarak robot kullanımı nedeniyle üçüncü kişilerin uğradığı zarardan sorumluluğun hukuki dayanağı olarak Türk pozitif hukukunda bulunan başkaca sorumluluk normlarına ilişkin değerlendirmeler için bkz. **Bak**, s. 222-223; **Akkurt**, s. 48-51.

²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Havutçu**, s. 93 vd.

²⁴ **Havutçu**, s. 108-109.

olmadığı değerlendirilmelidir. Direktif m.2 hükmüne göre, bir başka taşınır ya da taşınmazla birleşmiş olsa bile her türlü taşınır eşya “ürün” teşkil eder. Söz konusu ürün, ticari veya mesleki amaçla üretilmiş olabileceği gibi kişisel kullanıma da tahsis edilmiş olabilir²⁵. İnsanlar tarafından üretilen her şey, ürün kavramına dâhildir²⁶. Böylelikle -en azından şimdilik- insan üretimi birer eşya olarak nitelendirilen robotlar Direktif anlamında ürün olarak kabul edilmektedir²⁷.

Öte yandan, yapay zekâyla donatılmış yeni nesil tam otonom robotlar bakımından bu soruya aynı rahatlıkla cevap vermek güçleşmektedir. Bu noktada başlıca hukuki sorun, deneyimleri ve çevreyle etkileşimleri neticesinde kendi kendilerine öğrenme ve insan müdahalesi olmaksızın karar alıp davranış geliştirme yeteneğine sahip olan bu akıllı robotların öngörülemez hareketler sergilemesinin Direktif çerçevesinde ne ölçüde “hata” olarak değerlendirilebileceğidir²⁸. Zira bu tür öngörülemez hareketler, otonom robotun doğasına içkindir. Bir çözüm önerisi, otonom robotlar bakımından üreticinin sorumluluğunun, robotun otonomi seviyesi ile ters orantılı olarak tayin edilmesidir²⁹.

b. Yazılımcının Sorumluluğu

Otonom robotlar bakımından ileri sürülen çekinceler saklı kalmak üzere, fiziksel varlığı bulunan robotların Direktif kapsamında bir ürün teşkil ettiği kabul edilirken, asıl sorun, herhangi bir fiziksel varlığa sahip olmayan yazılımlar bakımından ortaya çıkmaktadır. Bunun nedeni, Direktif’te, gayri maddi

²⁵ Havutçu, s. 69; Akçura Karaman, s. 282.

²⁶ Havutçu, s. 68.

²⁷ Turner, s. 96; Zornoza et al., s. 64-65; euRobotics, s. 55.

²⁸ European Commission, Commission Staff Working Document, Evaluation of Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, 07.05.2018, s. 56-57. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/european-commission-staff-working-document-liability-emerging-digital-technologies> (Evaluation) Erişim Tarihi: 01.10.2019.

²⁹ euRobotics, s. 55.

malların “ürün” kavramının kapsamı dışında bırakılmış olmasıdır³⁰. Ancak söz konusu yazılımın bir maddi varlıkta (örneğin; cd, usb bellek) cisimleştiği³¹ ya da bir taşınır eşyanın ayrılmaz parçasını oluşturduğu durumlarda (örneğin, uçağın uçuş kontrol yazılımı) Direktif anlamında bir ürünün varlığı kabul edilmektedir³². Direktif kapsamında üretici, nihai ürünün bir bütün olarak güvenli olmasından sorumludur³³. Dolayısıyla üretici tarafından gömülü yazılım (*embedded software*) ile birlikte piyasaya sürülen bir robotta bulunan yazılım hatasının neden olduğu zararlardan üreticinin Direktif çerçevesinde sorumluluğuna başvurulması mümkündür.

Ancak bir diğer sorun, herhangi bir fiziksel varlığı bulunmayan, yazılım tabanlı yeni dijital teknolojiler bakımından ortaya çıkmaktadır. Gömülü olmayan yazılım (*non-embedded softwares*) teşkil ettiği ölçüde (örneğin, online ortamda sağlanan) uygulamalar (*applications*), akıllı yazılımlar (*intelligent softwares*), yapay zekâ yazılımları (*AI softwares*), bulut teknolojileri (*cloud technologies*) Direktif anlamında “ürün” olarak değerlendirilememektedir³⁴. Benzer şekilde, IoT (*Internet of Things*) gibi yeni dijital teknolojilerin hem mal hem de hizmet unsurlarını bünyesinde barındıran hibrit nitelikleri “ürün” kavramının, tedarik zincirlerinin çok aktörlü karmaşık yapısı da “üretici” kavramının yeniden yorumlanması ihtiyacını doğurmaktadır³⁵.

2. Türk Sorumluluk Hukuku Bakımından

Türk hukukunda, üretici tarafından piyasaya sürülen bir üründeki hatanın neden olduğu zarardan üreticinin sorumluluğunu açıkça öngören bir sorumluluk normu bulunmamak-

³⁰ Direktif m.2 hükmünde elektriğin ürün kavramına dâhil edilmesinden hareketle, *a contrario*, gayri maddi malların kapsam dışında kaldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bkz. **Straetmans/Verhoeven**, s. 41.

³¹ **Akçura Karaman**, s. 288.

³² **Straetmans/Verhoeven**, s. 47.

³³ **Evaluation**, s. 52.

³⁴ **Straetmans/Verhoeven**, s. 47; **Turner**, s. 96.

³⁵ **Evaluation**, s. 51-54.

tadır³⁶. Doktrinde söz konusu sorumluluğun hukuki dayanağı olarak çeşitli hükümler gösterilmekle birlikte³⁷, yargı uygulamasında, üreticinin piyasaya güvenli olmayan ürün sürmesi, tehlikeyi uzaklaştırma yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilerek, üründeki hatanın neden olduğu zarardan üretici, genel haksız fiil sorumluluğu (TBK m.49 vd.) çerçevesinde sorumlu tutulmaktadır³⁸. Söz konusu hükümde sorumluluğun kusura dayanmasının zarar gören bakımından getirdiği ispat güçlükleri ise birtakım fiili karineler yardımıyla hafifletilmeye çalışılmaktadır³⁹.

B. İşletme Faaliyetinde Robot Kullanan İşletme Sahibinin Sorumluluğu

1. Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri (PETL) Bakımından

Avrupa özel hukukunu uyumlaştırma amacıyla haksız fiil hukuku alanında yürütülen önemli çalışmalardan biri de

³⁶ 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun'un yerini almak üzere hazırlanan ancak kanunlaşmadan hükümsüz kalan Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Tasarısı'nın (1/934) "Ürün Sorumluluğu Tazminatı" başlıklı 6. maddesinde üreticinin kusursuz sorumluluğu öngörülmüştü. Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss551.pdf> Erişim Tarihi: 01.08.2019.

³⁷ Türk hukukunda üreticinin sorumluluğunu, 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun m.5 hükmüne dayandıran görüş için bkz. **Öğuzman/Öz**, s. 233-236; **Zevklier/Özel**, s. 194-195; **Aydoğdu**, s. 72. Ürün sorumluluğunun, 4703 sayılı Kanun ile net bir düzenlemeye kavuşturulamadığı, hatalı ürün sebebiyle uğranılan zararların tazmininde TBK hükümlerinin uygulanacağı görüşü için bkz. **Akipek**, s. 37-38; üreticinin sorumluluğunun genel kusur sorumluluğu (eBK m.41 vd.) hükümlerine tâbi olacağı görüşü için bkz. **Akçura Karaman**, s. 154. Doktrindeki bir diğer görüş TBK m.71 hükmünü üreticinin sorumluluğunun hukuki dayanağı olarak kabul ederken (**Bak**, s. 222, dn.31; yürürlükteki hukuk bakımından ilaç üreticisinin sorumluluğuna TBK m.71 hükmünün uygulanması gerektiği hakkında bkz. **Dönmez**, s. 392); aksi görüş, söz konusu hükümde nesnelere kapsam dışında bırakılmış olmasından hareketle (**Nomer**, s. 183), işletme faaliyeti neticesinde ortaya çıkan üründeki hatanın neden olduğu zararın TBK m.71 çerçevesinde değerlendirilemeyeceği yönündedir (**Öğuzman/Öz**, s. 192).

³⁸ Y4HD, T.05.07.1977, E.1977/2921, K.1977/7745; YHGK, T.27.11.1996, E.1996/4-588, K.1996/831; Y4HD, T.11.04.2000, E.2000/517, K.2000/3348; YHGK, T.13.02.2002, E.2002/4-114, K.2002/84 (Kazancı).

³⁹ **Akçura Karaman**, s. 155.

Avrupa Haksız Fiil Grubu tarafından hazırlanan “Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri”dir (*Principles of European Tort Law-PETL*)⁴⁰. Söz konusu çalışmada, klâsik anlamda adam çalıştıranın sorumluluğunu karşılayan “yardımcı kişilerden sorumluluk” (Art.6:102 PETL) yanında, Art.4:202 PETL hükmünde “işletme sorumluluğu” adı altında, geleneksel haksız fiil hukuku bakımından farklı ve yeni bir kusursuz sorumluluk normuna da yer verilmiştir. Buna göre; “(1) Ekonomik veya mesleki amaçla süreklilik arz eden bir işletmede yardımcı kişilerden yararlanan veya teknik teçhizat kullanan kişi, gerekli özeni gösterdiğini ispat etmediği takdirde, işletme ya da işletme çıktılarındaki eksiklik nedeniyle meydana gelen zarardan sorumludur. (2) “Eksiklik”, işletme ya da mal veya hizmetten makul olarak beklenen standarttan her türlü sapmayı ifade eder”.

Art.4:202 PETL hükmünde düzenlenen işletme sorumluluğu, kusur karinesine dayanan bir kusur sorumluluğu niteliğindedir⁴¹. Sorumluluğun süjesi ise, yardımcı kişi çalıştırmak ve/veya teknik teçhizat kullanmak suretiyle bir işletme faaliyeti yürüten işletme sahibidir. Bu sorumluluğun işletme sahibine yükletilmesinin sebebi, işletme faaliyetinden fayda sağlaması ve gerekli tedbirleri almak suretiyle yürüttüğü faaliyetten kaynaklanabilecek zararları engelleme bakımından ilk dereceden muhatap konumunda olmasıdır. “İşletme” kavramı akla ilk olarak ticari işletmeleri getirmekle birlikte, kâr amacı gütmeye şartı aranmadığından, ekonomik veya mesleki amaçla faaliyet yürüttükleri ölçüde ideal amaçlı kuruluşlar da bu sorumluluğa tâbi tutulmuştur. Ayrıca, söz konusu sorumluluk, işletme faaliyeti nedeniyle meydana gelen zararlarla sınırlandırılmamıştır; işletme faaliyeti neticesinde ortaya çıkan işletme çıktıları da birer zarar kaynağı olarak sorumluluğun kapsamına dâhil edilmiştir.

⁴⁰ Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri, haksız fiil hukuku alanında çalışan akademisyenlerden oluşan bir çalışma grubu tarafından, karşılaştırmalı hukuk çalışmalarına dayanarak hazırlanan, *soft law* niteliğinde, bağlayıcılığı bulunmayan model ilkelerdir.

⁴¹ Koch, Art.4:202 PETL, N.1.

Söz konusu hükümde, işletmede çalışan yardımcı kişilerin fiillerinin de zarar olgusu olarak düzenlenmiş olması, Art.4:202 PETL ile klâsik anlamda adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin Art.6:102 PETL arasındaki uygulama ilişkisinin incelenmesini gerektirmektedir. Bu husus, adam çalıştırmanın sorumluluğunun hukuki niteliği ile yakından ilgilidir. Art.6:102 PETL hükmünde benimsenen sorumluluk modeli, Avrupa ülkelerinde hâkim olan, adam çalıştırmanın çalışanın fiilinden sorumlu tutulduğu başkasının fiilinden sorumluluk (dolaylı sorumluluk) niteliğindedir. Bu modelde sorumluluk, adam çalıştırmanın kanun tarafından kendisine yükletilen objektif özen yükümlülüğünü ihlâl etmesine değil, çalışanın şahsi sorumluluğuna yol açan hukuka aykırı bir fiilin varlığına dayanır. Diğer bir ifadeyle adam çalıştırın, çalışanın fiilinden *kendi fiiliymiş gibi* sorumlu tutulur. Adam çalıştırmanın sorumluluğu, çalışanın sorumluluğuna bağlandığından, çalışanın (örneğin, kusuru bulunmadığı gerekçesiyle) şahsi sorumluluğuna başvurulamayan durumlarda, çalışanın fiili neticesinde üçüncü kişinin uğradığı zarardan adam çalıştırın da bu sıfatla sorumlu tutulamamaktadır. Örneğin, adam çalıştırın tarafından çalışana görüldüğü iş kapsamında sağlanan bir robotun görülen işe elverişli olmaması/bozuk olması nedeniyle üçüncü kişinin uğradığı zarardan çalışan, kusuru bulunmadığı gerekçesiyle şahsen sorumlu olmayacağından, adam çalıştırının da Art.6:102 PETL uyarınca sorumluluğuna başvurulamamaktadır. Oysa çalışanın kusurunun bulunmaması, zarar görenin, Art.4:202 PETL hükmüne göre işletme sahibinin sorumluluğuna başvurusuna engel değildir.

Art.4:202 PETL hükmünde öngörülen bir diğer zarar olgusu ise, teknik teçhizatır. İşletme faaliyetinde kullanılan teknik teçhizatın düzgün çalışması ve zarara neden olmasını engellemek için gereken tüm makul tedbirleri almak da böylelikle işletme sahibinin özen yükümlülüğünün kapsamına dâhil edilmiştir⁴². Teknik teçhizat kavramı, işletme amacına tahsis edilmek suretiyle işletme organizasyonuna dâhil olan en basit nitelikteki alet

⁴² Koch, Art.4:202 PETL, N.6.

edevattan en karmaşık yapıdaki makineye kadar geniş bir yelpazede yer alan her türlü şeyi ifade eder. Robotlar da birer makine olarak teknik teçhizat kapsamında değerlendirilebilecektir.

Art.4:202 PETL hükmünün temelinde yatan düşünce, zarar göreni, zararın sebebinin işletmede çalışan bir yardımcı kişinin fiili mi yoksa teknik teçhizat mı olduğunu tespit etme zorluluğundan, bir nebze de olsa, kurtarmaktır⁴³. Ancak zarar gören, işletmenin hangi unsurunun zarara neden olduğunu ispatlamak zorunda olmamakla birlikte, işletmedeki ya da işletme çıktısındaki eksikliği ortaya koymak suretiyle zararın kaynağının işletme dâhilinde bulunduğunu ispat yükü altında bırakılmıştır⁴⁴.

2. Türk Sorumluluk Hukuku Bakımından

a. İşletme Sahibinin Adam Çalıştıran Sıfatıyla Sorumluluğu

Adam çalıştıranın sorumluluğu; bir kimsenin, kendisi ile bağımlılık ilişkisi içerisinde iş gören çalışanın gördüğü iş dolayısıyla üçüncü kişilere hukuka aykırı fiili ile verdiği zarardan sorumlu tutulmasını ifade eder. Türk hukukunda adam çalıştıranın sorumluluğu bakımından genel norm teşkil eden TBK m.66 hükmü, hâkim görüşe göre, özen sorumluluğu (olağan sebep sorumluluğu) niteliğinde bir kusursuz sorumluluk öngörmektedir⁴⁵.

Yardımcı kişinin fiilinden sözleşme dışı sorumluluk bakımından Avrupa'da hâkim olan sorumluluk modelinden farklı olarak, TBK m.66 hükmünde adam çalıştıran, *kendi fiilinden* sorumlu tutulmaktadır (doğrudan sorumluluk). Burada adam çalıştıranın sorumluluğuna yol açan, objektif özen yükümlülüğünü ihlâl etmesi şeklinde ortaya çıkan kendi menfi fiildir.

⁴³ Koch, Art.4:202 PETL, N.4.

⁴⁴ Koch, Art.4:202 PETL, N.9.

⁴⁵ Tandoğan, s. 53; Eren, s. 643; Oğuzman/Öz, s. 138; Nomer, s. 162. İsviçre doktrininde Art.55 OR hükmü bakımından aynı yönde bkz. Brehm, Art.55 OR N.31-32; Fellmann/Kottmann, N.733; Werro, Art.55 OR, N.1; Kessler, Art.55 OR N.1.

Adam çalıştırmanın, böyle bir ihlâlin varlığına ilişkin sorumluluk karinesini, kurtuluş kanıtı getirmek suretiyle çürütmesi de esasında hukuka aykırı bir fiilin bulunmadığını ortaya koymasından ibarettir. Çalışanın, hukuka aykırı fiilinden şahsen sorumlu tutulabiliyor olması ise sorumluluğun bir şartı değildir. Dolayısıyla çalışanın kusurunun bulunmadığı durumlarda da adam çalıştırmanın sorumluluğuna başvurulması mümkündür⁴⁶.

TBK m.66 hükmünde düzenlenen sorumluluk, Art.6:102 PETL hükmünden farklı olarak, adam çalıştırmanın kanun tarafından kendisine yükletilen objektif özen yükümlülüğüne dayanır. TBK m.66/3 hükmü, hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, çalışana ilişkin geleneksel özen ölçütlerine (seçme, talimat verme, gözetim ve denetim) ek olarak, işletmeler bakımından işletme organizasyonuna özen yükümlülüğünü de öngörmek suretiyle adam çalıştırmanın sorumluluğunu ağırlaştırmıştır. Ayrıca TBK m.66 bakımından, Art.4:202 PETL hükmünden farklı olarak, zarar gören, işletmedeki organizasyon eksikliğini ispatlamak zorunda değildir; böyle bir eksikliğin varlığı karineten kabul edilmektedir.

TBK m.66/3 hükmünde, Art.4:202 PETL hükmünden farklı olarak, teknik teçhizatın bir zarar olgusu olarak açıkça belirtilmemiş olması da eksiklik oluşturmamaktadır. Zira TBK m.66/3 hükmünde yer alan “işletmenin çalışma düzeni” (işletme organizasyonu) kavramı, insan kaynaklı iş gücü yanında işletme amacına tahsis edilen teknik teçhizatı da kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Böylelikle, işletme faaliyetine elverişli ve kaliteli cihazlar seçmek, bu cihazların düzenli bakımını yaptırtmak, sadece ehil çalışanlar tarafından kullanımını sağlamak ve somut olay bakımından değerlendirilebilecek başkaca makul tedbirleri almak işletmelerde adam çalıştırmanın özen yükümlülüğüne dâhildir. Adam çalıştırmanın sorumluluğu, doğrudan bir çalışanın fiilinden kaynaklanan zararlar yanında

⁴⁶ Tandoğan, s. 55; Eren, s. 651; Oğuzman/Öz, s. 143; Nomer, s. 173. İsviçre doktrininde Art.55 OR hükmü bakımından aynı yönde bkz. Brehm, Art.55 OR N.40a; Fellmann/Kottmann, N.770; Werro, Art.55 OR, N.12; Kessler, Art.55 OR N.14.

dolaylı olarak bir çalışana izafe edilebilecek zararları da kapsar. Dolayısıyla robotlar hukuken eşya statüsünde değerlendirilmeye devam etse bile, işletme sahibinin, işletme faaliyetine tahsis ettiği bir robot kullanımı nedeniyle üçüncü kişilerin uğradığı zararlar, bir çalışanın fiiline (kullanma hatası, bakım hatası vb.) izafe edilebildiği ölçüde adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında değerlendirilebilecektir.

b. İşletme Sahibinin Genel Tehlike Sorumluluğu

Türk hukukunda tehlike sorumluluğunun ilk defa genel nitelikte bir norm ile düzenlendiği TBK m.71 hükmünde, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme faaliyetine özgü karakteristik (tipik) rizikonun⁴⁷ gerçekleşmesi neticesinde meydana gelen zararlardan işletme sahibinin (ve varsa işletenin) sorumluluğu öngörülmüştür. TBK m.71/2 hükmünde yer verilen “önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme” ifadesindeki “işletme” kavramı, hükmün amacına uygun olarak, “işletme faaliyeti” olarak anlaşılmalıdır⁴⁸.

TBK m.71 hükmünde işletme faaliyetinin önemli ölçüde tehlikeliliğinin belirlenmesinde esas alınmak üzere iki ölçüte yer verilmiştir. Bunlardan ilki, “sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişlilik” olarak ifade edilen yoğun tehlike (objektif ölçüt), diğeri ise, “uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile” şeklinde ifade edilen önlenemeyen tehlikedir (sübjektif ölçüt)⁴⁹. TBK m.71 hükmüne göre ayrıca, önemli ölçüde tehlikeliliğinin tespitinde, “işletme faaliyetinin mahiyeti” veya “işletme faaliyetinde kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler” göz önünde tutulur. Bir işletme faaliyetinde “ileri teknoloji ürünü araçların” kullanılması, söz konusu faaliyetin TBK m.71 kapsamında değerlendirilmesine yol açabilir⁵⁰.

⁴⁷ TBK m.71 hükmünde karakteristik riziko kavramına yer verilmemiş olmasına rağmen, burada öngörülen sorumluluk, amacına uygun olarak, karakteristik rizikonun gerçekleşmesi neticesinde meydana gelen zararlar ile sınırlandırılmalıdır (Yücel, s. 71; Nomer, s. 183; Erişgin, s. 68).

⁴⁸ Yücel, s. 118.

⁴⁹ Yücel, s. 122 vd.

⁵⁰ Erişgin, s. 76.

Bir işletme faaliyetinde her türlü robot kullanımının yoğun tehlike oluşturduğundan bahsedilmesi pek mümkün gözükmemektedir. Ancak özellikle insan müdahalesinden tamamen bağımsız olarak, kendi kendine öğrenme ve davranış geliştirme yeteneğine sahip yeni nesil tam otonom robotların bir işletme faaliyetinde kullanılmasının söz konusu faaliyeti TBK m.71 anlamında önemli ölçüde tehlike arz eder hâle getirip getirmedigi değerlendirilebilir. Tehlike sorumluluğunda, tüm özenin gösterilmesine rağmen ortaya çıkan öngörülebilir bir zarar, önüne geçilemez olduğu durumda tazmin edilmektedir⁵¹. Bu tür yeni nesil robotların, kullanım veya bakımlarında herhangi bir özen eksikliği bulunmamasına rağmen, öngörülemez hareketler sergilemeleri doğaları gereği gerçekleştiğinden, bu tür hareketler neticesinde meydana gelen zararların esasında öngörülebilir nitelikte olduğundan bahsedilebilecektir.

V. Sonuç

Genel olarak teknolojik gelişmelerin yarattığı hukuki sorunları değerlendirmenin ve ihtiyaç hâlinde çözüme yönelik yeni hukuki düzenlemeler yapmanın başlıca zorluğu, birtakım teknik kavramların henüz üzerinde uzlaşmış tanımlarının bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Özellikle otonomi seviyeleri bakımından arz ettikleri çeşitlilik nedeniyle yeknesak bir robot tanımı yapmak zorlaşmıştır. Ayrıca, teknolojinin beraberinde getirdiği hukuki sorunlar hem çeşitli hukuk disiplinlerini hem de mühendislik bilimleri başta olmak üzere başkaca bilim dallarını da yakından ilgilendirdiğinden, bu konuda disiplinler arası çalışma yürütülmesi önem arz etmektedir.

Otonom robotlara “elektronik kişilik” olarak tabir edilen yeni bir hukuki statü tanıma heyecanı, Avrupa Komisyonu’nun Haziran 2019 tarihli çalışması ile Avrupa Birliği düzeyinde şimdilik durulmuş gözükmemektedir. Robotlar, insan üretimi birer eşya olarak değerlendirilmeye devam edildiği takdirde, robotun zarara sebep olan hareketi kişi/kişilere izafe edilebildiği

⁵¹ Yücel, s. 128.

ölçüde, geleneksel sorumluluk hukuku normları çerçevesinde çözümler üretmek -en azından şimdilik- mümkün gözükmemektedir. Böylelikle, günümüzün ihtiyaçlarına hukukun kendi dinamikleri içerisinde çözüm arayan bir yaklaşım benimsenmiş olacaktır. Ancak yeni teknolojilerin kullanımından kaynaklanan zararlar bakımından geleneksel sorumluluk normlarının uygulanmasında iki temel zorluk dikkat çekmektedir. Bunlardan ilki, zararın kimin fiilinden kaynaklandığını tespit etmeyi zorlaştıran çok aktörlü karmaşık nedensellik zinciridir. Diğer ise, yeni nesil robotların doğaları gereği sergiledikleri otonom hareketlerin sorumluluk hukuku bakımından nasıl değerlendirileceğidir.

Kaynakça

- AKÇURA KARAMAN, Tuba: Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2008.
- AKİPEK, Şebnem: “Bedensel Zararların Tazmini Kapsamında Tüketici Hukuku Yönünden Ürün Sorumluluğu”, Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre, C.2, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2016 s. 23-38.
- AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medenî Hukuku: Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, 14. Baskı, İstanbul 2018.
- AKKURT, Sinan Sami: “Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Sorumluluk”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl.7, Sayı.13, Haziran 2019, s. 39-59.
- AYDOĞDU, Murat: Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015.
- BAK, Başak: “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl.9, Sayı.35 (Temmuz 2018), s. 211-232.
- BOZKURT-YÜKSEL, Armağan Ebru: “Robot Hukuku”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.7, S.29, Ocak 2017, s. 85-112.

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

- BREHM, Roland: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen Art.41-61 OR, 4. Auflage, Bern 2013. [Brehm, Art.55 OR]
- DÖNMEZ, Ünsal: "Türk ve Alman İlaç Hukukunda Hatalı Üretilen İlaçtan Doğan Sorumluluk ve Özel Sorumluluk Halleri", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1, 2016, s. 381-406.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, Cilt. II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2013.
- DYRKOLBOTN, Sjur: "A Typology of Liability Rules for Robot Harms" in A World with Robots, International Conference on Robot Ethics: ICRE 2015, M. I. Aldinhas Ferreria et al. (eds.), Springer 2017, s. 119-134.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017.
- ERİŞGİN, Nuri: "Türk Borçlar Kanunu Madde 71: Genel Tehlike Sorumluluğu", TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Makaleler-Tebliğler), İstanbul 2013, s. 59-101.
- ERSOY, Çağlar: Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk, İstanbul 2017.
- FELLMANN, Walter/KOTTMANN, Andrea: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012.
- HAVUTÇU, Ayşe: Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2005.
- KARA KILIÇARSLAN, Seda: "Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Yıl.4, Sayı.2019/2, s. 363-389.
- KESSLER, Martin A.: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.) 6. Auflage, Basel 2015. [Kessler, Art.55 OR]

BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

- KOCH, Bernhard A.: European Group of Tort Law, Principles of European Tort Law, Text and Commentary, Wien 2005, s. 93-100. [Koch, Art.4:202 PETL]
- NOMER, Halûk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul 2015.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2, 10. Baskı, İstanbul 2013.
- RICHARDS, Neil M./SMART, William D.: "How should the law think about robots?", file:///C:/Users/Samsung/Downloads/SSRN-id2263363.pdf Erişim Tarihi: 10.09.2019.
- STRAETMANS, Gert/VERHOEVEN, Dimitri: "Product Liability Directive" (Section IVA-C) in Piotr Machnikowski (ed.), European Product Liability, An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies, Intersentia 2017.
- TANDOĞAN, Halûk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981.
- TURNER, Jacob: Robot Rules, Regulating Artificial Intelligence, Palgrave Macmillan 2019.
- YÜCEL, Özge: Türk Borçlar Kanununa Göre Genel Tehlike Sorumluluğu, Ankara 2014.
- WERRO, Franz: Commentaire Romand, Code des obligations I, Art.1-529 CO, Luc Thévenoz/Franz Werro (eds.), 2^e édition, Bâle 2012. [Werro, Art.55 OR]
- ZEVKLİLER, Aydın/ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016.
- ZORNOZA, Alejandro/MORENO, José C./GUZMAN, José L./RODRIGUEZ, Francisco/SANCHEZ-HARMOSILLA, Julián: "Robots Liability: A Use Case and a Potential Solution" in Robotics: Legal, Ethical and Socioeconomic Impacts, George Dekoulis (ed.), Zagreb 2017, s. 57-75.

