



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta

BEDENSEL ZARARLAR

Uluslararası Kongre

EDİTÖRLER

AV. SEMA UÇAKHAN GÜLEÇ

AV. PROF. DR. NECDET BASA

ANKARA 2018

Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 370

*Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta
Bedensel Zararlar Uluslararası Kongre*

ISBN: 978-605-9446-98-3
Yayıncı Sertifika No: 15566

© Türkiye Barolar Birliği
Mart 2019, 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

Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta

BEDENSEL ZARARLAR

Uluslararası Kongre

EDİTÖRLER

AV. SEMA UÇAKHAN GÜLEÇ

AV. PROF. DR. NECDET BASA

ANKARA 2018

İÇİNDEKİLER

AÇIŞ KONUŞMASI	3
<i>Av. Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU</i> <i>Türkiye Barolar Birliği Başkanı</i>	
AÇIŞ KONUŞMASI	7
<i>Prof. Dr. Halil NADİRİ</i> <i>Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Rektörü</i>	
AÇIŞ KONUŞMASI	11
<i>Prof. Dr. Georg CASPERS</i> <i>Friedrich-Alexander Üniversitesi</i>	

“ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU”

ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNDA İŞLETMENİN ÇALIŞMA DÜZENİ İLE ZARAR ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	25
<i>Prof. Dr. Fikret EREN</i>	
İŞ HUKUKU VE TOPLUMSAL CİNSİYET BAKIŞ AÇILARINDAN “ADAM” ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU	38
<i>Prof. Dr. Kadriye BAKIRCI</i>	
ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNDA (TBK mad. 66) ÖZEL SORUNLAR	51
<i>Prof. Dr. Zariye ŞENOCAK</i>	
ALMAN HUKUKUNDA ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU	73
<i>Prof. Dr. Georg CASPERS</i>	
ALMAN HUKUKUNDA ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU	87
<i>Prof. Dr. Georg CASPERS</i>	

ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUKTAN KURTULMASINI SAĞLAYABİLECEK HUKUKİ İMKANLAR	101
<i>Doç. Dr. Murat TOPUZ</i>	

“ARAÇ İŞLETENİN SORUMLULUĞU”

GEMİ İŞLETENİNİN BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI AKİT DIŞI SORUMLULUĞUNA UYGULANACAK HUKUK	117
<i>Ar. Gör. Kübra VAR TÜRK</i>	
<i>Prof. Dr. Hakan KARAN</i>	

DENİZ ARACI İŞLETENİNİN AKİT DIŞI SORUMLULUĞU	140
<i>Prof. Dr. Emine YAZICIOĞLU</i>	

KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE HATIR İÇİN TAŞINANIN UĞRADIĞI ZARARLARDAN SİGORTA ŞİRKETİNİN SORUMLULUĞU	166
<i>Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT</i>	

ALMAN KANUNLARINDA ARAÇ SAHİBİNİN SORUMLULUKLARI AYNI ANDA ALMAN SUÇ KANUNUNA VE BORÇLARA GİRİŞ	181
<i>Prof. Dr. Franz HOFMANN</i>	

DIE KFZ-HALTERHAFTUNG IM DEUTSCHEN RECHT ZUGLEICH EINE EINFÜHRUNG IN DAS DEUTSCHE DELIKTSRECHT UND DIE ROLLE DES VERSCHULDENS	194
<i>Prof. Dr. Franz HOFMANN</i>	

İNGİLİZ HUKUKUNDA HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU VE SORUMLULUĞU SİGORTALANMASI	207
<i>Dr. Özlem GÜRSES</i>	

DEVLETİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU

TERÖR OLAYLARI VE TERÖRLE MÜCADELE
KAPSAMINDA YÜRÜTÜLEN FAALİYETLERDEN
İDARENİN SORUMLULUĞU237
Prof. Dr. Metin GÜNDAY

KOLLUK YETKİSİ KULLANIMI NEDENİYLE DOĞAN
BEDENSEL ZARARLARDAN İDARENİN
KUSURSUZ SORUMLULUĞU259
Prof. Dr. Müslüm AKINCI

SAĞLIK HİZMETLERİNDE İDARENİN
KUSURLU SORUMLULUĞUNDAN
KUSURSUZ SORUMLULUĞUNA DOĞRU287
Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ
Doç. Dr. Bayram KESKİN

İDARENİN BEDENSEL ZARARLAR BAĞLAMINDA
İMAR HUKUKUNDAN DOĞAN SORUMLULUĞU326
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ

YAPI MALİKİNİN SORUMLULUĞU

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN
YAPI MALİKİNİN SORUMLULUĞU'NU
DÜZENLEYEN 69 VE 70. MADDELERİ HAKKINDA.....420
Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU

YAPI MALİKİNİN SORUMLULUĞUNDA
ZAMANAŞIMI SORUNU434
Doç. Dr. İpek Yücer Aktürk
Dr. Ümit Vefa Özbay

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN 69. MADDESİ
ÜÇÜNCÜ FIKRASI UYARINCA YAPIMDAKİ
BOZUKLUK VE BAKIMDAKİ EKSİKLİK
KAVRAMLARI IŞIĞINDA RÜCU İLİŞKİSİ451
Dr. Öğretim Üyesi Bahar ÖCAL APAYDIN

SORUMLULUKLARIN YARIŞMASI BAĞLAMINDA YAPI MALİKİNİN SORUMLULUĞU	488
<i>Dr. Öğr. Üyesi Derya ATEŞ</i>	

SORUMLULUK SİGORTALARI

SORUMLULUK SİGORTALARINDA RİZİKONUN GERÇEKLEŞMESİNE KASTEN SEBEBİYET VERMEK	510
<i>Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK</i>	

DENİZ ARACI İŞLETENİN SORUMLULUK SİGORTASI	519
<i>Doç. Dr. Ecehan YEŞİLOVA ARAS</i>	

SORUMLULUK SİGORTALARINDA BEDENSEL ZARARLAR TEMİNATI HAKKINDA GENEL DEĞERLENDİRME	542
<i>Doç. Dr. Serap AMASYA</i>	

SORUMLULUK SİGORTALARINDAN DOĞAN TALEPLERİN İLERİ SÜRÜLECEĞİ SÜRELER.....	597
<i>Dr. Öğr. Ü. Aslıhan SEVİNÇ KUYUCU</i>	

NÜKLEER SİGORTA HAVUZU VE FELAKET BONOLARI.....	625
<i>Dr. Öğr. Üyesi Semih Sırrı Özdemir</i>	

GELİŞİM KUSURU NEDENİYLE İŞLETMENİN SORUMLULUĞU

ÖNEMLİ ÖLÇÜDE TEHLİKE ARZEDEN İŞLETMENİN FAALİYETİNDEN DOĞAN KUSURSUZ SORUMLULUK.....	658
<i>Prof. Dr. Ali YARAYAN</i>	

(RECHTSANWALT UND DIREKTOR
DER FORSCHUNGSSTELLE FÜR TÜRKISCHES RECHT
AN DER FRIEDRICH-ALEXANDER-UNIVERSITÄT
ERLANGEN-NÜRNBERG):
„VERSCHULDENSUNABHÄNGIGE
HAFTUNG AUFGRUND ERHEBLICHER
GEFAHRENANLAGEN DER UNTERNEHMENSTÄTIGKEIT“ .. 669
Prof. Dr. Ali YARAYAN

TÜRK HUKUKUNDA GELİŞİM KUSURU
NEDENİYLE İŞLETMENİN SORUMLULUĞU 681
Doç. Dr. Hayrumisa ÖZDEMİR

TÜZEL KİŞİ TEMSİLCİSİNİN
KAZALARDAN DOĞAN CEZAI SORUMLULUĞU 691
Prof. Dr. Çetin ARSLAN

RADYOAKTİF ATIKLARIN SEBEP OLDUĞU
BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİNE
İLİŞKİN TAM YARGI DAVALARI..... 699
Doç. Dr. Süheyla Suzan Gökalp ALICA

TEHLİKE SORUMLULUĞUNA
ÜST SINIR GETİRİLMESİ.....731
Arş. Gör. Ayça ZORLUOĞLU YILMAZ

SINIR AŞAN ZARARLARDAN SORUMLULUK

ALMAN ULUSLARARASI ÖZEL HUKUKUNDA (IPR)
SÖZLEŞME DIŞI KUSURSUZ SORUMLULUK.....766
Prof. Dr. Mathias ROHE

DIE AUSSERVERTRAGLICHE
VERSCHULDENSUNABHÄNGIGE HAFTUNG
IM DEUTSCHEN INTERNATIONALEN PRIVATRECHT (IPR) ...777
Prof. Dr. Mathias ROHE

SONRADAN ORTAYA ÇIKAN ZARARLARDA
ZAMANAŞIMI SORUNU788
Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

CİSMANİ ZARARLARA İLİŞKİN
YABANCI MAHKEME KARARLARININ
TANINMASI VE TENFİZİ..... 813
Doç. Dr. Sema ÇÖRTOĞLU KOCA

ÜRÜN SORUMLULUĞUNDA ZARAR VE
TAZMİNAT MİKTARININ SINIRLANDIRILMASI 834
Doç. Dr. Özlem TÜZÜNER

BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİNE
ORTAK BİR YAKLAŞIM:
HUKUKUN BİRLEŞTİRİLMESİ ÇALIŞMALARI 884
Dr. Öğr. Üyesi Selin ÖZDEN MERHACI

BEDENSEL ZARARLAR YÖNÜNDEN HESAPLAMA TEKNİKLERİNİN DAYANAKLARI

TAZMİNAT HESAPLARINA AKTÜERYAL YAKLAŞIM 905
Prof. Dr. Meral SUCU

TÜRKİYE'DE HAYAT SİGORTALARI VE
HAYAT TABLOLARI..... 921
Dr. Öğr. Üyesi. Şeref HOŞGÖR

CİSMANİ ZARAR HESABINDA AKTÜERYA..... 938
Yrd. Doç. Dr. Uğur KARABEY

BEDENSEL ZARARLARDA İSPAT- İSPAT VASITALARI 943
Levent BÖRÜ

FARKLI HESAP YÖNTEMLERİNİN UYGULANMASININ
ADİL YARGILANMA HAKKINI İHLALİ..... 960
Av. Sema UÇAKHAN GÜLEÇ

ÖLÜMLERDE VE BEDENSEL ZARARLARDA
TAZMİNAT HESAPLARI 984
Çelik Ahmet ÇELİK

*AKİT DIŞI KUSURSUZ SORUMLULUKTA
BEDENSEL ZARARLAR ULUSLARARASI KONGRESİ*

AÇIŞ KONUŞMASI

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

Noterler Birliğinin Çok Değerli Başkanı, Sayın Rektör, Hakkari Baromuzun Çok Değerli Başkanı, yabancı konuklarımız Friedrich Alexander Üniversitesiinden gelen sayın konuşmacılar, çok değerli hukukçular, değerli meslektaşlarım, öğrenci arkadaşlarımız var aramızda, Ankara Hukuk'tan olduklarını gördüm, farklı üniversitelerden, Atılım'dan var, Başkent'ten var, hanımefendiler, beyefendiler, hepinizi saygıyla selamlıyorum, hoş geldiniz.

“Bedensel Zararlar” ana başlığıyla düzenlediğimiz bilimsel çalışmalarımızın ikincisi bu, bunun için bir aradayız. Bu yıl kongrenin başlığı bu etkinliğin çok değerli mimarları tarafından *“Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar”* olarak belirlenmiş durumda. YurtdıŐından ve yurtiçinden çok değerli konuklarımız var, hocalarımız var, hocalarımızın hocaları var aramızda; dört gün boyunca bu önemli konu masaya yatırılacak. Hukuksal kavramları ve onların yasalardaki yer alıŐ biçimlerini analiz ederken dünyadan ve Türkiye'den örnekler dinleyeceğiz. Mahkeme ve yüksek yargı kararlarıyla ufumuz açılacak kuşkusuz, kendilerine Őimdiden Őükranlarımı sunuyorum.

Biz Türkiye Barolar Birliği olarak *“Bedensel Zararlar”* ana başlığı altındaki bilimsel çalışmaları son derece önemsiyoruz. Çünkü sosyal hukuk devletinin hayata geçirilmesi açısından verdiğimiz mücadelenin bilimsel ayağını teşkil ediyor bu çalışmalar. Önümüzdeki yıllarda da aynı ana başlık altında yeni kongreler yapmayı bir görev biliyoruz. Peki, bedensel zararlar konusu bizim için neden bu kadar önemli? Şimdi size iç açıcı olmayan rakamlarla bunu kısaca anlatmak istiyorum. Türkiye İstatistik Kurumunun verilerine göre Türkiye'de sadece 2017

yılında meydana gelen trafik kazası sayısı 1 202 716, 7 427 kişi hayatını kaybetmiş durumda bir yılda trafik kazalarından, yaralıları saymıyorum. Onlar çünkü yaralı denilip geçiliyor. Belki 300 000, belki 500 000. Büyük çaplı denilen savaşlarda bu kadar çok ölü ve yaralı yok ve çok sayıda insanımız bedensel zarara uğruyor ve bunu da sanki kabullenir gibi “trafik canavarı” demeye başladık. Sanki bir canavar geliyor ve trafik kazasını yaptırıyor, insanları öldürüyor, yaralıyor, vesaire. Oysa hepimiz biliyoruz ki hukukun olduğu yerde canavar olmaz. Aracı üreten firma kurallara uygun üretse, yolları inşa edenler bilimsel kurallara uygun davranrsa, kurallara uygun personel çalıştırılsa, müteahhitler doğru düzgün denetlense, her şeyden önce dilimizden düşürmediğimiz ahlâk kavramı iş ahlâkı olarak bir somutlaŐsa, sürücü kurallara uygun araç sürse yine belki kaza olur, ama 500 000 yaralı, 7 000 ölü bir yılda olmaz. Sadece karayollarından örnek verdim. Çorlu’da geçtiğimiz aylarda yaŐadığımız bir başka tren kazası 25 canımız yitti, 340 kişi öldü. İlkokul çocuğuna sorsanız der ki: “Menfezin altına yığdığımız toprak yağmur yağınca akar gider” Bunun adı kaza diye geçiyor. Bu kaza değil, bu hukuksuzluk. İş kazaları dünyada büyük sorun, her yıl iş kazalarında dünyada 320 000’in üzerinde ölümün gerçekteŐtiđini biliyoruz resmi rakamlar, ülkemizdeki durum trajik, Avrupa birinciliğini yakalamıŐ durumdayız iş kazalarında, dünyada da üçüncüyüz. Her gün 217 ortalama iş kazası oluyor Türkiye’de, bunun içinde işverenin işçinin canı üstünden kâr marjını arttırması da var, işçinin bize bir şey olmaz bilgisizliği de var, eğitimsiz işçinin ilk gün en tehlikeli işe koŐulması da var. Ortalama 4 işçimizi kaybediyoruz iş kazalarında günde, 5 kişi de iş göremez hale geliyor. İskele çöktü, asansör boşluğundan düŐtü, mazeret çok. Kimi canını yitiriyor, kimi altta hızlıca geçen yaralı sınıfına geçiyor. O sırada “neyse ölmemiş” diyoruz, ama ölümden beter oluyor. 301 madencimizi Soma’da daha birkaç sene önce yitirdik, kaza denildi. Biz iş kazası değil, artık iş cinayeti diyoruz. Hukukun olduğu yerde cinayet de olmaz. İnşaat Şirketleri, maden işletmeleri, farklı iş alanlarında faaliyet gösteren firmalar, denetçiler, iş sağlığı güvenliği uzmanları, onları denetleyenler görevlerini huku-

ka uygun yapsalar bunlar olmaz. İŐ kazalarına en çok maruz kalanlar, en çok ölenler, yaralananlar da ucuz işgücünü oluşturan tecrübesiz işçilerimizdir. Başka felaketler de yaşıyoruz. Afyonkarahisar'da birkaç sene önce acemi erlere cephanelik taŐıtırken sorumsuz komutanlar 25 askerimiz el bombasının patlaması sonucunda Őehit düŐtü. Tabutları vardı, cenazeleri yoktu. Daha yeni Őemdinli'de arızalı mühimmattan olduğu söylenen bir infilakta 7 askerimizi Őehit verdik, 26 askerimiz ağır yaralandı. Deprem bölgesinde yaşıyoruz, bunun için sadece etrafımıza bakmamız yeter; kurulan tüm uygarlıklar depremdede yıkılmış. Depreme rağmen, yönetmeliklere, kanunlara rağmen biraz daha alan kazanmak için en yüksek binaları yapıyoruz, sel yataklarına inŐaatlar yapıyoruz, yatay büyümek yerine daha fazla para kazanmak uğruna ölüp duruyoruz.

Değerli konuklar, sayın dinleyenler, Türkiye Barolar Birliği olarak, barolar olarak, avukatlar olarak nerede kimin canı yanıyor, biz oradayız. Olmaya da devam edeceğiz. Ancak bu yetmez, her gün canımızı yakan, içimizi kavuran haberlerle uyanmak artık istemiyoruz. Avrupa'nın herhangi bir ülkesinde bunun yüzde 1'i olsa aylarca haber değeri teşkil eder, bir sonraki kaza denilen cinayet bir öncekini maalesef unutturuyor. İŞte bu yüzden bu önemli kongreyi düzenledik. Avukatlarımızı, hakimlerimizi, savcılarımızı, hukuk uygulayıcılarını daha da bilinçlendirmek, kanunların insana değer verir Şekilde yazılmasını ve uygulanmasını sağlamak için daha çok tartıŐmalıyız, sorunları tespit etmeliyiz, kader buymuş deyip geçmemeliyiz, deveyi sağlama bağladıktan sonra tevekkül etmeliyiz.

Burada konunun uzmanı çok önemli isimler var. İnanıyorum ki 4 gün sürececek olan kurultaydan çıkacak sonuç hem konun koyucuya, hem kamu idaresine, hem de hukuk uygulayıcılarına önemli ışık tutacak. Kongreyi takip eden meslektaşlarımız da buradan mesleki bilgilerini zenginleŐtirecekler. Muhakeme dediğimiz üçlü bir faaliyet, bu üçlü faaliyette avukat bilgili olup, donanımlı olursa, hâkim de, savcı da bilgili olmak, donanımlı olmak zorundadır. Bizim görevimiz öncelikle avukat meslektaşlarımızı bilgi yönünden de muhakemenin

eşit parçası haline getirmek. Bu sebeple kongreyi son derece önemsiyorum.

Bu etkinliğin organizasyonunu gerçekleştiren tüm arkadaşlarıma en içten teşekkürlerimi sunuyorum. Saymakla bitmez arkasındaki ekip, ama öncelikle Prof. Dr. Necdet Basay'a -aylardır bu kongreye yatıp kalkıyor, ona- çok teşekkür ediyorum, kusursuz bir alıŐma; Av. Sema Uçakhan Güleç'e çok teşekkür ediyorum, tüm titizliğiyle Şimdi de yüreği nerede aksilik çıkacak diye pır pır atarak ayakta hazır olda bekliyor. 4 gün boyunca uyumayacak, ben biliyorum. Prof. Dr. Kemal Şenocak Osmangazi Üniversitesi Rektörümüzün çok büyük emeği var. Prof. Dr. Halil Nadiri Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Rektörümüzün çok büyük emeği var, sağ olun değerli Hocam, Prof. Dr. ağlar zel Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanımız inanılmaz emek harcadı. Prof. Dr. Ali Yarayan Friedrich Alexander Üniversitesi Hukuk Fakültesinden çok emek harcadı, teşekkür ediyorum. Prof. Dr. Georg Caspers yine Friedrich Alexander'dan ve Friedrich Alexander'ın bu konuda emek veren tüm kadrosuna teşekkür ediyorum. Hacettepe niversitesi de aramızda aslında olacaktı. Anlamadığımız bir sebeple tüm resmi yazıŐmalar yapıldı, tüm resmi yazıŐmalarda bilgi sahibi olunduğuna dair cevaplar alındığı halde herhalde bir iletiŐimsizlik oldu, Sayın Rektrden evvelki gün bir yazı aldık "*bizim böyle bir kongreden haberimiz yoktur*" diye, ama niversitenin evraktan sayı almış onlarca yazısına göre Rektörlüğün elbette ki haberi var. Sayıyorum danıŐmanları kendisini yanlış bilgilendirmiŐler ki "*Hacettepe niversitesinin bilgisi yoktur*" diye bir resmi yazı yazdı. Oysa böyle büyük bir uluslararası etkinlikte Hacettepe niversitemiz gibi Türkiye'nin en büyük üniversitelerinden birinin fiilen de burada olmasını biz arzu ederdik. Bir iletişim kopukluğuna bağlıyorum, o taraftan, bizden kaynaklanmadı. Hepinize saygılar sunuyorum efendim.

AÇIŞ KONUŞMASI

Prof. Dr. Halil NADİRİ

Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Rektörü

Sayın Başkan Feyzioğlu, çok değerli hukukçular, değerli katılımcılar, değerli meslektaşlarım, sevgili konuklar ve sevgili öğrenciler; öncelikle yavru vatan Kuzey Kıbrıs'tan kucak dolusu sevgilerimizi buraya yansıtmak istiyorum, tekrardan hepimize hoş geldiniz diyorum. *"Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar Uluslararası Kongre'sine hoş geldiniz. Öncelikle Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi olarak böylesi önemli bir kongrenin düzenleyicilerinden biri olmaktan duyduğumuz memnuniyeti belirtmek isterim.*

Sayın Başkan Feyzioğlu detaylı bu alandaki gereklilikleri ortaya koydu, yaşananları belirtti. Ben hem kendi alanım olmaması nedeniyle bunun gerekliliğini, böyle bir organizasyonun içerisinde olmanın bizlere verdiği memnuniyeti vurgulayarak biraz da üniversitemizle ilgili bilgi vererek bu açılış konuşması kısmındaki kendi payıma düşen konuşmayı yapacağım.

Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi, Hacettepe Üniversitesi, Friedrich Alexander Üniversitesi ve Türkiye Barolar Birliği işbirliğiyle gerçekleşen bu yılki kongre daha önceki yıllarda olduğu gibi alanın önde gelen akademisyen ve uzmanlarının katılımıyla gerçekleşmektedir. 4 gün boyunca burada konu değişik açılardan incelenerek değerlendirilecek ve sonuçlarının alanda çalışan hukuk uzmanlarına ve karar vericilerine önemli katkılar sağlayacağına olan inancımı öncelikle belirtmek istiyorum.

Uluslararası Kıbrıs Üniversitesinin en köklü, en güçlü fakültelerinden biri olan Hukuk Fakültemizin akademisyenlerinin katkısı ve katılımının olduğu bu uluslararası etkinlik tüm akademik birimlerimizden beklediğimiz kendi bilim dallarında akademik çalışmalara katkı koymak vizyonuylay uyumludur. Bu doğrultuda açılışını yaptığımız bilimsel etkinliğin gerek

akademik, gerekse pratik anlamda hukuk alanında yapıcı ve yararlı bir kongre olacağına inancım tamdır.

Saygıdeğer konuklar, bu vesileyle sizlere biraz da üniversitemizden bahsetmek istiyorum. Yavru vatan Kıbrıs'ın en köklü yükseköğretim kurumlarından biri olan Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi kurulduğu 1997 yılından bu yana her yıl daha da gelişerek büyümüştür. Bugün geldiğimiz noktada 109 farklı ülkeden 19 000'e yakın öğrencimizle sahip olduğumuz uluslararası kimliğimiz ve uluslararası standartlardaki eğitim modelimize yalnızca kendi ülkemizin kalkınmasına değil, mezun ettiğimiz yabancı uyruklu öğrencilerimizle birçok farklı ülkenin kalkınmasına ve gelişmesine de katkı koymaktayız.

Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi üç temel misyonu olan eğitim-öğretim, araştırma-geliştirme ve topluma hizmet çalışmalarına büyük önem vermektedir. Üniversitemiz 10 fakülte, 8 yüksekokulda toplam 165 ön lisans, lisans, yüksek lisans ve doktora programında eğitim vermektedir. Çok kültürlü öğrenci yapımız yanında 35 farklı ülkeden 650 öğretim üyemizle uluslararası standartlarda kaliteli eğitim hizmeti sunmaktayız. Araştırmaya önem veren üniversitemiz bünyesinde yürütülen akademik ve bilimsel araştırmalar neticesinde yayınlanan bilimsel makaleler üniversitemizde verilen eğitimin uluslararası standartlarda olduğunun en önemli göstergeleridir. Öğrenci sayısı ve fiziki gelişme yanında üniversitemiz uluslararası işbirlikliklerine de büyük önem vermekte olup, dünyanın saygın 220'yi aşkın üniversitesiyle akademik işbirliği anlaşmalarımız bulunmaktadır. Üniversitemiz söz konusu akademik işbirlikleri yanında İngiltere ve Avrupa'nın saygın yüksek eğitim kurumlarıyla çift diploma programları da yürütmektedir. Sürdürülebilir başarının kaliteye yatırım yapılmasıyla mümkün olabileceği vizyonu doğrultusunda uluslararası akreditasyon çalışmalarına önem veren üniversitemizin birçok akademik biriminin uluslararası bağımsız bilimsel kurumlardan alınmış akreditasyonları mevcuttur.

Saygıdeğer konuklar, sözlerime son verirken bu önemli ve zamanlı etkinliğin düzenlenmesine katkı koyan başta Türki-

ye Barolar Birliği Başkanı Sayın Prof. Dr. Metin Feyzioğlu'na, üniversitemiz öğretim üyesi ve Türkiye Barolar Birliği Başkanı Başdanışmanı Prof. Dr. Necdet Basa'ya, Hukuk Fakóltesi Dekanımız Sayın Prof. Dr. Çağlar Özel'e, Hacettepe Üniversitesi Rektörlüđüne, Friedrich Alexander Üniversitesine ve tüm organizasyon komitesine özverili ve başarılı çalışmalarından dolayı teşekkür ediyorum. Kongreye çalışmalarıyla katkı koyan tüm bilim insanlarına, çalışmalarını burada sunacak olan tüm katılımcıları selamlıyor ve tekrardan hoş geldiniz diyorum. Etkinliğin verimli geçeceğine ve hukuk alanına önemli katkılar yapacağına olan inancımı belirtir, hepinize en derin saygılarımı sunarım. Teşekkür ederim.

AÇIŞ KONUŞMASI

Prof. Dr. Georg CASPERS
Friedrich-Alexander Üniversitesi

Saygıdeğer Başkan,
Sayın Bayan ve Baylar,
Sevgili Meslektaşlarım

Uluslararası Kongremizin açılışında size hitap edebilmek, benim için büyük bir mutluluk ve onurdur. Üniversitemin Başkanı, Erlangen-Nürnberg Friedrich-Alexander Üniversitesi Başkanı Profesör *Joachim Hornegger*, size en içten saygılarını sunmamı istedi. Ayrıca, Hukuk ve Ekonomi Fakültesi Prodekanı ve Hukuk Bölümü sözcüsü Profesör *Jan-Reinard Sieckmann* adına da burada hepimiz selamlıyorum.

Bu kongre ile iki ülkemizin hukukunu ve hukuk pratiğini onlarca yıldan beri birleştiren ve bizi birbirimize yakınlaştıran geleneksel ortak toplantılarımızın devamını sağlamaktayız. Buradaki sunumlar, genel medeni hukuk ve medeni muhakeme hukuku ile ilgili olmakla birlikte, ticaret hukuku ve özellikle de iş ve sosyal hukuk meseleleriyle de ilgilidir.

Akademik öğretmenim Profesör Dr. *Manfred Löwisch* - burada bazıları onu mutlaka tanıyor - kısa bir süre önce, 1990'ların başlarında Türkiye'de kendisinin de katıldığı ortak toplantıların gerçekleştiğini bizlere anlatmıştır. O dönemde "Anayasa Işığında İş Hukuku" ve "Sosyal Piyasa Ekonomisinde İşçi Özgürlüğü" konulu bir konferans vermiş ve bir Türk iş hukuku dergisinde her iki konferansı da yayımlanmış.

Bir asistan olarak, Ekim 2004'te Freiburg im Breisgau'daki Uluslararası Çalışma ve Sosyal Güvenlik Kurumu'nun (IG-RASS) Türk ve Alman bölümlerinin bir toplantısına katıldım, metal işçileri derneği Südwestmetall'in binasında gerçekleştirilen bu toplantıda Türk ve Alman hukukçuları, mahkeme baş-

kanları, hâkimler, avukatlar ve dernek temsilcileri ve sendika avukatları, Türk ve Alman iş ve sosyal hukukundaki güncel gelişmelere ilişkin konuşmalar yapmışlardır. O zamanlar ayrıca, Freiburg Üniversitesinde doktora eğitimini tamamlayan Profesör Dr. *Ali Yarayan* tanıştım.

Takip eden yıllarda iletişimimiz yoğunlaştı. Avrupa İş Hukuku Dergisi'nde (EuZA) Profesörler *Doctores Franzen, Wolfgang Hromadka* ve *Abbo Junker* tarafından hazırlanan konferans raporlarının yanı sıra önemli konferans raporları, 2010 ve 2013 yılları arasında Türk üniversitelerinde, çok sayıda tanınmış bilim adamı, yüksek mahkeme hâkimleri ve Türk ve Alman tarafının tanınmış avukatlarının katılımıyla gerçekleştirilen beş Türk-Alman iş hukuku sempozyumuna tanıklık etmişlerdir.

Tam olarak beş yıl önce, 20 Kasım 2013'te uzun adı nedeniyle kısaca FAU diye anılan, Erlangen-Nürnberg Friedrich-Alexander Üniversitesinde Türk Hukuk Araştırma Merkezi'nin kurulmasıyla Almanya ve Türkiye arasındaki hukuk bilimi değişimi kurumsal olarak güçlendirilmiştir. Örneğin, Erlangen'deki FAU'da Profesör Doktorlar *Mathias Rohe, Kemal Şenocak* ve *Ali Yarayan* tarafından mesleki yabancı dil seminerlerin yanı sıra Türk hukuku dersler verilmektedir, karşılaştırmalı hukuk uygulanmaktadır ve örneğin Alman mahkemeleri için Türk hukukuyla ilgili hukuki görüşler de hazırlanmaktadır. FAU, Hacettepe Üniversitesi, Ankara Üniversitesi ve diğer tanınmış Türk üniversiteleri ile Türk Barolar Birliği'nin ortaklaşa başlattığı toplantı ve kongrelerde, 2014 ve 2015 yıllarında Türk ve Alman hisse senedi ve sermaye piyasası kanunu, marka kanunu, sigorta kanunu ve tıp kanunu ile en son kişisel yaralanma hukukunun çeşitli yönleri ele alınmıştır. Mart 2017'de, FAU'nun Türk Hukuk Araştırma Merkezi ile yoğun bir bilimsel değişim içinde olan Ankara Üniversitesi'nde bir Türk-Alman hukuk merkezi kurulmuştur.

Bugün başlayan kongre ile mevcut temaslar ve işbirlikleri ele alınmalı ve sürdürülmelidir. Kişisel yaralanmalardan kaynaklanan sözleşme dışı kusursuz sorumluluk hukuku konusuyla, hem yargı çevrelerinin hem de tanınmış uzmanların

görüşüyle sonraki günlerde birçok farklı yönü vurgulayacak olan büyük bir medeni hukuk alanı seçmiş bulunmaktayız. Hepimize çok ilginç sunumlar, tartışmalar ve aynı zamanda diğer hukuk sistemine ve hatta kendi hukuk sistemimize iyi içgörüler dilerim. Sevgili Profesör *Metin Feyzioğlu*, size burada bizzat teşekkür etme fırsatını bulmuş bulunmaktayım, size içten teşekkürlerimi sunarım ve ayrıca, Türk Barolar Birliği'nin daveti ve büyük misafirperverliği için de meslektaşlarım adına buradan teşekkürlerini sunarım.

Aynı şekilde kongrenin düzenlenmesinde yer alan üniversitelerin rektörlerine ve önemli şahsiyetlerine de teşekkürlerimi sunarım. Sayın Bayanlar ve Beyefendiler, burada olmaktan ve sizlere, Alman hukukunda kişisel yaralanmalar için sözleşme dışı mali sorumluluk içgörülerini vermekten ve aynı zamanda Türk hukukunun ilgili çözüm ve kararlarını tanımak, birbirimizden bir şeyler öğrenmek ve kendi bilimsel çalışmalarımız için bu impulsları yanınızda götürmekten mutluluk duyuyoruz. Meslektaşlarım ve ben, gelecekte bu işbirliğimizi geliştirmeyi ve daha da derinleştirmeyi umuyoruz.

Sizlere çok teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Georg CASPERS
Friedrich-Alexander Universität

Sehr geehrte Herren Präsidenten,
meine sehr geehrten Damen und Herren,
liebe Kolleginnen und Kollegen,

es ist mir eine große Freude und Ehre, anlässlich der Eröffnung unseres Internationalen Kongresses zu Ihnen sprechen zu dürfen. Der Präsident meiner Universität, der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, Professor Dr. Joachim Hornegger, hat mir aufgetragen, Ihnen seine herzlichen Grüße zu übermitteln. Auch im Namen des Prodekans der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät und Sprecher des Fachbereichs Rechtswissenschaft, Professor Dr. Jan-Reinard Sieckmann, darf ich Sie alle grüßen.

Mit diesem Kongress knüpfen wir an die gute Tradition gemeinsamer Tagungen an, die die Rechtswissenschaft und juristische Praxis unserer beiden Länder schon seit Jahrzehnten miteinander verbindet. Die Vorträge handelten vom allgemeinen Zivilrecht und Zivilprozessrecht, aber auch von wirtschaftsrechtlichen und insbesondere von arbeits- sowie sozialrechtlichen Fragestellungen.

Wie mir mein akademischer Lehrer, Professor Dr. Manfred Löwisch – der eine oder andere von Ihnen wird ihn kennen – noch vor kurzem berichtet hat, haben bereits in den frühen 1990iger Jahren gemeinsame Tagungen in der Türkei stattgefunden, an denen er mitgewirkt hat. Damals hat er über die „Arbeitsrechtsordnung im Lichte der Verfassung“ und über die „Freiheit des Arbeitnehmers in der sozialen Marktwirtschaft“ referiert und beide Vorträge in einer türkischen Arbeitsrechtszeitschrift veröffentlicht.

Als sein Assistent habe ich selbst im Oktober 2004 an einer Tagung der türkischen und der deutschen Sektion der Internationalen Gesellschaft für das Recht der Arbeit und der Sozialen Sicherheit (IGRASS) in Freiburg im Breisgau teilgenommen, bei der türkische und deutsche Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler, Gerichtspräsidenten, Richter, Rechtsanwälte sowie Verbandsvertreter und Gewerkschaftsjuristen Vorträge zu den damals aktuellen Entwicklungen im türkischen und deutschen Arbeits- und Sozialrecht in den Räumen des Metallarbeitgeberverbandes Südwestmetall gehalten haben. Um dieselbe Zeit habe ich übrigens Herrn Professor Dr. Ali Yarayan kennengelernt, der damals an der Universität Freiburg promoviert wurde.

In den folgenden Jahren wurden die Kontakte intensiviert. Tagungsberichte der Professoren Doctores Martin Franzen, Wolfgang Hromadka und Abbo Junker in der Europäischen Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA) sowie gehaltvolle Tagungsbände legen Zeugnis über fünf türkisch-deutsche Arbeitsrechtssymposien ab, die in den Jahren 2010 bis 2013 an türkischen Universitäten durchgeführt worden sind und an denen zahlreiche renommierte Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler, Richter der obersten Gerichte und namhafte Rechtsanwälte von türkischer und deutscher Seite teilgenommen haben.

Vor genau fünf Jahren, am 20. November 2013, hat der rechtswissenschaftliche Austausch zwischen Deutschland und der Türkei durch die Gründung der Forschungsstelle für türkisches Recht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg – aufgrund des langen Namens abgekürzt FAU – eine institutionelle Stärkung erfahren. So werden an der FAU in Erlangen von den Herren Professoren Doctores Mathias Rohe, Kemal Şenocak und Ali Yarayan neben der Vermittlung fachspezifischer Fremdsprachenkenntnisse Lehrveranstaltungen zum türkischen Recht angeboten, Rechtsvergleichung betrieben und Rechtsgutachten zum türkischen Recht erstellt, beispielsweise für deutsche Gerichte. Mehrere gemeinsam von der FAU, der Hacettepe Universität, der Universität Ankara

und weiterer namhafter türkischer Universitäten sowie der türkischen Rechtsanwaltskammer initiierte Zusammenkünfte und Tagungen haben in den Jahren 2014 und 2015 zu verschiedenen Aspekten des türkischen und deutschen Aktien- und Kapitalmarktrechts, des Markenrechts, des Versicherungsrechts und Medizinrechts und schließlich des Personenschadensrechts stattgefunden. Im März 2017 ist ein türkisch-deutsches Rechtszentrum an der Universität Ankara gegründet worden, das sich in einem intensiven wissenschaftlichen Austausch mit der Forschungsstelle für türkisches Recht der FAU befindet.

Mit dem heute beginnenden Kongress sollen die bestehenden Kontakte und Kooperationen aufgegriffen und fortgesetzt werden. Mit der verschuldensunabhängigen außervertraglichen Haftung für Personenschäden haben wir ein großes zivilrechtliches Thema gewählt, von dem zahlreiche unterschiedliche Facetten über mehrere Tage hinweg aus dem Blickwinkel beider Rechtsordnungen von ausgewiesenen Expertinnen und Experten beleuchtet werden. Ich wünsche uns allen viele interessante Vorträge, Diskussionen und gute Einblicke in die jeweils andere und gerne auch in die eigene Rechtsordnung. Zugleich nutze ich die Gelegenheit, Ihnen, sehr geehrter Herr Präsident Professor Dr. Metin Feyzioglu, meinen herzlichen Dank und den Dank meiner Kollegen für die freundliche Einladung in die Räume der türkischen Rechtsanwaltskammer und die große Gastfreundschaft auszusprechen.

Der gleiche Dank gilt den Herren Rektoren und Persönlichkeiten der an der Organisation des Kongresses beteiligten Universitäten. Wir freuen uns sehr, hier zu sein und Ihnen, meine Damen und Herren, Einblicke in das deutsche Recht der außervertraglichen Haftung für Personenschäden geben zu können, zugleich aber auch die jeweiligen Lösungen und Wertungen des türkischen Rechts kennenzulernen, voneinander zu lernen und Impulse für die eigene wissenschaftliche Arbeit mitzunehmen. Meine Kollegen und ich hoffen, die Kooperation auch in der Zukunft pflegen und weiter vertiefen zu können.

Ich danke Ihnen!

SUNUCU- Sayın Caspers'a konuşmalarından dolayı teşekkür ediyoruz. Şimdi de plaketlerini almak üzere Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Rektörü Sayın Prof. Dr. Halil Nadiri'yi ve Friedrich Alexander Üniversitesi'nden Sayın Prof. Dr. Georg Caspers'ı sahneye davet ediyorum. Plaketlerini vermek üzere Türkiye Barolar Birliği Başkanı Sayın Metin Feyzioğlu'nu da sahneye davet ediyorum.

**AKİT DIŞI KUSURSUZ SORUMLULUKTA
BEDENSEL ZARARLAR ULUSLARARASI KONGRESİ**

1. GÜN

1. Oturum

"ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU"

SUNUCU- Saygıdeğer hanımefendiler, beyefendiler, çok değerli misafirlerimiz; şimdi de oturumlarımıza geçiyoruz. “*Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*” konu başlıklı 1. Oturumun başkanlığını yapmak üzere Türkiye Barolar Birliği Başkan Başkan danışmanı Sayın Av. Prof. Dr. Necdet Basa’yı, konuşmacılarımız “*Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunda İşletmenin Çalışma Düzeniyle Zarar Arasındaki İlişki*” konu başlıklı sunumunu yapmak üzere Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Prof. Dr. Fikret Eren’i, “*İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet Perspektifinden Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*” konu başlıklı sunumunu yapmak üzere Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Sayın Prof. Dr. Kadriye Bakırcı’yı, “*Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunda Özel Sorunlar*” konu başlıklı sunumunu yapmak üzere Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Sayın Prof. Dr. Zarife Şenocak’ı, “*Alman Hukukunda Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*” konu başlıklı sunumunu yapmak üzere Friedrich Alexander Üniversitesinden Prof. Dr. Georg Caspers’ı, “*Adam Çalıştırmanın Sorumluluktan Kurtulmasını Sağlayabilecek Hukuki İmkanlar*” konu başlıklı sunumunu yapmak üzere Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Sayın Doç. Dr. Murat Topuz’u sahneye davet ediyorum. Söz Sayın Av. Prof. Dr. Necdet Basa’dadır, buyurun Sayın Basa.

Av. Prof. Dr. NECDET BASA- Sayın Başkan, çok değerli konuklar; huzurlarınızda onurlandırdığınız bu Türkiye Barolar Birliğinin Kongre Merkezinde çok önemli bir konuyu ele alacağız bugün, bu konu hattı zatında 2015 yılında “*Bedensel Zararların Tazmini*” başlığıyla düzenlediğimiz, o tarihlerde Hacettepe Üniversitesi ve yine Erlangen’da bulunan Friedrich Alexander Üniversitesi işbirliğiyle düzenlediğimiz ve çok yoğun bir katılımı başarıyla bir biçimde gerçekleşmiş olan bilimsel kongrenin devamı niteliğindedir. Bu kez “*Akit Dışı Sorumluluk*” bölümünü ele alarak çok değerli yetkin konuşmacılar ve siz değerli katılımcılarla birlikte konuyu incelemeye karar verdik. O tarihlerde toplantıyı birlikte düzenlediğimiz paydaşlarla, arkadaşlarımızla ki o zamanki Hacettepe Hukukun Dekanı Prof. Çağlar Özel burada zaten, Friedrich Alexander Üniversitesinin yetkilileri, işte Prof. Ali Yarayan dostum ve diğer yetki-

liler aramızdaki görüş birliğine göre bu toplantıları periyodik hale getirmeye karar vermiőtik. İşte o kararın sonucu ve 2015 Uluslararası Bilimsel Kongresinin devamı olarak bugün bu konuyu “*Akit Dışı Kusursuz Sorumluluk*” başlığıyla ele alıyoruz.

Değerli konuşmacılar, ađılıő konuşmasını yapan değerli konuşmacılar konunun önemini belirttiler. Metin Hoca açık bir biçimde birçok misallerle konuyu ortaya koydu. Ben konunun bir başka boyutuna işaret ederek değerli konuşmacılara sözü vereceğim. Oturum başkanı olunca korsan bildiri sunma hakkı vardır biliyorsunuz, ama ben korsan bildiri sunmayacağım, Fikret Hocam kızar sonra, kızar mısın? Efendim, Őaka bir tarafa, hocaların hocası Fikret Eren Hocayla biz Kemal Gürüz’ün başkanlığı döneminde 4 yıl YÖK üyesi olarak birlikte görev yaptık, o keyfi yaőadım ben Değerli Hocamla birlikte olmak için, onun için o kadarını söyleme lüksüm var diye düşünürüm.

Evet, değerli katılımcılar, tarım ve endüstri devriminden sonra insanlığın bugün yaşadığı üçüncü büyük devrim biliőim devrimi malum, biliőim devrimi de küreselleőmenin asıl kaynaklarından bir tanesi, öbürü Sovyetler Birliğinin çöküőü, vesaire. Bu süreçte biliőim devriminin tabii çok daha etken olduğu çok açık. Teknolojik gelişmelerin vardığı son noktada iletiőimin ve üretimin Şekli hızla deđiőiyor biliyorsunuz, artık ürünler ve makineler birbirleriyle konuőuyor. Yeni sanayi devrimi olarak adlandırılan endüstri 4.0 dünyayı yeniden kuruyor. 4.0 sona eriyor neredeyse, Şimdi 5.0'lara doğru gidiyoruz, onları konuşuyoruz. Türkiye bunun henüz daha yarısı mertebesinde, bunu da üzölerek ifade etmiş olalım.

Günümüzde dijital dünyayla gerçek dünyanın yollarının keőiőmesi hayatımıza birçok kolaylığı beraberinde getiriyor. Kabul, 20 sene evvel birbirimize mektup yazıyorduk, Şimdi düşünün; Facebook’unu düşünün ve diğer onunla ilgili Whatsapp’ını düşünün ve diğerleri, akıllı telefonlar yani hatırlayın, yeter. Objeler, insanlar ve bilgi sistemlerinin arasında internete bağlanarak oluşan bu iletişim ağları “*nesnelerin interneti*” Şeklinde tanımlanıyor. Günlük yaşamı baştan aşağı değiştiren bu yeni iletişim biçiminin sanayiye katkısı da endüstri 4.0 ola-

rak adlandırılıyor. Bunun bizim konumuzla alakası ne diye düşünenler olabilir. Hemen konumuzla alakasını çok açık bir biçimde birkaç cümleyle ifade edeceğim. Yepyeni toplumsal biçimlerin ve şekillerin ortaya çıktığı ve daha da çıkacağına bu çağda üstün teknoloji mal ve hizmet sellerinin oluşturduğu o büyük güç ulusal sınırları altüst ediyor malum, en yüksek büyüme hızına sahip üretim kapasitesiyle eşanlamlı olan bilgi temelli endüstri ağırlıklı dünya sanayine geçiliyor. Geçildi bile, bütün bunların yanında çok zorlu geçeceği anlaşılan bu iş yapış yöntemlerinden iş tanımlarına, yaşam tarzından organizasyonel yapılara kadar ekonomik düzenin tüm katmanlarının değiştiği bu sürecin hakimi değişimin dinamiğini sinerjiye dönüştürerek ülke kalkınmasında güç çarpan etkisiyle devreye sokabilen insanlar olacaktır hiç tartışmasız.

Geldim şimdi bizim konumuzla doğrudan önemine, yapay zekâdan söz ediyoruz. Bulut diyoruz, nesnelere interneti diyoruz ve bu yapay zekânın önümüzdeki dönem tüm üretim zincirlerini, dolayısıyla ekonomik ve toplumsal hayatın tüm kesimlerini derinden etkileyeceği çok açık. Geleceği belirleyen anahtar teknolojinin adıdır bir bakıma yapay teknoloji, işte bunun sonucu şoförsüz arabalar var biliyorsunuz. Milyonlarca şoförün işsiz kalmasıyla sonuçlanacak bir gelişmenin adı bu, işte buradan geldik doğrudan doğruya bugün tartışacağımız sorumluluğun bir başka biçimine: Robotları sorumlu tutacaksınız. Nasıl tutacaksınız? Hukuk alanında özellikle çok köklü değişikliklerin bizi beklediğini kabul etmek mecburiyetindeyiz. En son olarak bu konuda bir tespiti sizlerle paylaşmak istedim. Şu anda şu dakika itibarıyla Avrupa Parlamentosunun gündemindeki bir teklif var değerli arkadaşlar, bütün hazırlıkları teferruatıyla tamamlanmış bir teklif. Bu robotların hukuki kişiliklerine ve muhtemel sorumluluklarına ilişkin bir yasayla eşanlamlı olan bir değişiklik teklifidir. Bunun hayata geçtiğini, bunun gerçekleştiğini düşünün, dünyanın dört bir bucağında sorumlulukların yeniden tanımlanması gereği ortaya çıkacaktır. Türkiye'nin ve diğer ülkelerin bundan etkilenmemeleri tabii ki düşünülemez. Öyle zannediyorum ki önümüzdeki toplantıyı belki de bu ve benzeri bir başlık altında yapacağız.

Evet, lafı çok fazla uzatmıyorum. Gördüğünüz gibi korsan bildiri değil, sadece yapay zekâyla sorumluluk arasındaki o doğrudan ilişkiyi iki cümleyle ifade etmek istedim. Programdaki sırasına göre değerli konuşmacılara söz vereceğim. Konuşma süremiz 15 dakika, bitmesine bir-iki dakika kala belki hoşgörünüze sığınarak *“süremiz tamamlanıyor, son iki dakika”* diyebilirim. Hiç lafı uzatmıyorum, Metin Hoca ne demişti? *“Hocaların Hocası”* demişti. Kastettiği Fikret Eren ağabeyimdi tabii, evet Değerli Hocam, buyurunuz efendim, söz sizin.

ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNDA İŞLETMENİN ÇALIŞMA DÜZENİ İLE ZARAR ARASINDAKİ İLİŞKİ*

*Prof. Dr. Fikret EREN***

I- Genel Bilgi:

TBK m. 66/III'e göre,

“Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.”

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, bu suretle madde 66, fıkra 3'ü yeni bir hüküm olarak düzenleyerek 818 sayılı eski Borçlar Kanunu m. 55'te mevcut olmayan yeni, çağdaş ve modern bir düzenleme getirmiştir. Böylece eBK m. 55'te adam çalıştıranın çalışanlarının yalnız işin görülmesi sırasında bu iş nedeniyle üçüncü kişilere verdikleri zarardan kusursuz, olağan sebep (özen) sorumluluğu düzenlenmişken, TBK m. 66/III ile bu düzenlemeye ilâve olarak ayrıca bir işletmede adam çalıştıranın, o işletmenin faaliyetleri, özellikle organizasyon ve ça-

* Jaeggi, Peter, “Diskussionsvotum am Schweizer Juristentag” ZSR Neue Folge Band 86, Zweiter Halbband, 1967, ss.754-757;Widmer/Wessner, Art 49a VE für eine Revision und Vereintlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht. Bern 2000, sh. 129; Huguenin/Hilty (Hrsg), Fellmann/Müller/Werro, Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich/BaselGenf 2013, sh.185 vd.; Waespi, Oliver, Organisationshaftung Risiko und Unsorgfalt bei der Geschäftsherrenhaftung, Bern 2005; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara 2018; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.2, 12 Baskı, İstanbul 2016; Antalya, Gökhan; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, İstanbul 2015; Ünlütepe, Mustafa, Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III), İstanbul 2016; Kara Kılıçarslan, Seda, Adam Çalıştıranın Sorumluluğu, (Adam Çalıştıranın Çalışanın Davranışlarından ve İşletmenin Organizasyonundan Dolayı sorumluluğu), Ankara 2017; Kılınc, Ayşe Nur, Adam Çalıştıranın Organizasyon Sorumluluğu, Ankara 2018; Türkmen, Ahmet, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III).

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

İşma düzenindeki olumsuzluk, objektif özensizlik nedeniyle üçüncü kişilere verilen zarardan yine (kusursuz) olağan sebep (özen) sorumluluğu düzenlenmiştir. Böylece kanun koyucu, 21. Yüzyılın modern çalışma ve işletme yapısına uygun olarak daha önce genellikle esnaf işletmeleri ya da küçük işletmelerde adam çalıştıran, çalışanın üçüncü kişilere verdiği zarardan sorumlu olmamak için sadece çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, gerekli özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulurken, bu yeni 3. fıkra hüküm ve düzenlemesi ile de bu klasik özen sorumluluğunun yanına ek olarak, adam çalıştıran (işleten) kurduğu işletmenin organizasyon ve çalışma düzeninin amaca uygun, dolayısıyla zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat ederek üçüncü kişilerin işletme organizasyonundaki özen eksikliğine dayanarak açacakları sorumluluk davasından kurtulmaktadır¹.

Yukardaki açıklamalardan da anlaşıldığı gibi, kanun koyucu TBK m. 66'da adam çalıştıran hakkında farklı iki tür kusursuz, olağan sebep sorumluluğu öngörmüştür. Bunlardan birinci sorumluluk, münhasıran adam çalıştıranın çalışanın işini yaparken üçüncü kişilere verdiği zarardan kurtuluş kanıtı getirme imkanı tanınan olağan sebep sorumluluğu hali olup,

-TBK m. 66/I ve II'ye göre,

adam çalıştıranın, çalışanın kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı, çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.

İkinci sorumluluk ise, adam çalıştıranın işletme organizasyonu sorumluluğu olup,

-TBK m. 66/III'e göre,

"Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat eder-

¹ Eren, sh.654 ; Oğuzman/Öz, sh. 152; Antalya, sh. 281; Ünlütepe, sh.30 vd.; Kılınç, sh.339; Kara Kılıçarslan, sh. 121 vd.; Türkmen, sh. 257 vd.

se, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zarardan sorumlu olmaz.

AŞağıda bu sempozyum dolayısıyla sunacağımız Tebliğde adam çalıştırının yalnız bu ikinci tür sorumluluğu, yani işletmenin çalışma düzenindeki (organizasyonundaki-örgütlenmesindeki) objektif özensizlikten doğan olağan sorumluluk hali incelenecektir.

Kanun koyucu TBK m. 66/III'te adam çalıştırının (işletenin) işbu organizasyon sorumluluğunu düzenlerken İsviçreli yazarlar Widmer/Wessner tarafından 2000'lı yıllarda kaleme alınan Sorumluluk Hukukunun Birleştirilmesi ve Revizyonu Öntasarısı m. 49a ile yine bazı hukukçular tarafından hazırlanan, "İsviçre Borçlar Hukuku 2020, Yeni Bir Genel Hükümler Tasarısı" adlı çalışmanın 59. maddesinden önemli ölçüde yararlanmıŐ bulunmaktadır. Ne var ki, İsviçre'de hazırlanmış olan Öntasarı ve Tasarı kanunlaşma imkanını bulamamıŐtır².

II-TBK m. 66/III'daki organizasyon sorumluluğunun hukuki niteliği:

Adam alıŐtırının TBK m. 66/III'e göre bu yeni işletme (organizasyon) sorumluluğunun hukuki niteliği de, birinci tür sorumluluk gibi olağan özen sorumluluğu, başka bir deyişle kurtuluş kanıtı getirilebilen olağan sebep sorumluluđudur³.

² Öntasarı m. 49a

³ Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 24.06.2016 tarih, 2016/10333 Esas ve sayılı 2016/9982 Kararına göre, "Dava, belediyeye ait düğün salonu bahçesinde oynadığı esnada üzerine demir kapı düşmesi sonucu vefat eden küçük Süleyman KarataŐ'ın ailesi için talep edilen maddi manevi tazminat istemine ilişkindir. Haksız fiil niteliğindeki eylemler kamu hizmeti kavramı içinde düşünülemez. Bu noktada, adli yargı bakımından, Borçlar Kanunu ve diğer ilgili yasal düzenlemelerde yer alan "kusursuz sorumluluk" halleri kapsamında değerlendirilecek olan bu olayda, TBK'nın ilgili hükümlerine de değinmek gerekmektedir. Denetleme ve gözetimde özen (cura in custodio) gereği kusur, unsur olarak aranmaz. TBK 66. maddesinde düzenlenen kusursuz sorumluluk hallerinden biri de adam çalıştırının sorumluluğu olarak düzenlenmiştir. Bu madde hükmüne göre, "Adam çalıştırın, çalışanın, kendisine verilen iŐin yapımı sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür." "Adam çalıştırın, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz." "Bir işletmede adam çalıştırın, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını

Gerçekten de, söz konusu maddeye göre bir işletmede adam çalıştıran işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat ederse, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlü değildir. Burada söz konusu olan özen, yani işletmede adam çalıştırmanın çalışma düzenini kurup oluştururken göstermek zorunda olduğu özen yükümlülüğü, objektif özen yükümlülüğü olup, işletmenin çalışma düzeninde iş akışının, ekonomik işbölümünün, iş planlamasının ve özellikle de çalışma düzeninin unsurlarını oluşturan insan, araç gereç ve malzeme ile çıktı olarak kullanılan ürün ve hizmetin işletmenin amacına ulaşmasına uygun nitelik ve nicelikte olmasını gerektirir. Adam çalıştıran işletmesinde zararın meydana gelmemesi için bu tür objektif özen önlemlerini içeren bir özen paketi oluşturup bunu uyguladığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur⁴. Bununla birlikte, doktrinde bazı yazarlar, adam çalıştıran, işletme organizasyonunu, yani işletmenin çalışma düzenini objektif özen içinde bu şekilde müstakil özen önlem paketleriyle kurabileceği gibi, aynı yükümlülüklerin, TBK m. 66/II'deki seçme, talimat verme ve denetleme ödevlerinin içinde zaten yer aldıklarını, onların birer parçası olduklarını, dolayısıyla bu tür organizasyon özen ve önlemlerinin onlar içinde de alınabileceğini ileri sürmektedirler⁵. Bilhassa ilk üç özen yükümlülüğünün yanında organizasyon özeni giderek büyük önem kazanmakta, özellikle de üretilen veya satılan ürün bir zarara sebep olmuşsa, üretici (adam çalıştıran) işletmenin ve çalışma düzen ve akışının amaca uygun biçimde düzenlendiğini ispat etmek zorundadır⁶.

İsviçre Federal Mahkemesinin bu konuda verdiği tırmanma kemeri kararı (Steiggurt Fall), fritöz kararı (Frituese Fall) ve menfez çerçevesi kararı (Schachtrahman Fall) önemli kararlardır⁷,

önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.”

⁴ Eren, sh. 654.

⁵ Brehm-BK OR Art.55, N. 77; Kessler-BSK OR Art. 55, N. 21; Keller/Gabi, sh. 163; Keller, I, sh. 176 vd.; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, sh. 69; BGE 64 II 262.

⁶ Brehm-BK OR Art.55, N. 87 vd.; Kessler-BSK OR Art.55, N.22.

⁷ Bu kararlar için bkz. Kılınç, sh. 247 vd.

III-Sorumluluğun Şartları:

A-Sorumluluğun genel Şartları:

1)Zarar:

Bir işletmede adam çalıştırının sorumlu olması için her Şeyden önce, işletme faaliyetleri dolayısıyla nc bir kişinin zarar görmesi gerekir. Bu zarar, sözleşme dıŐi ilişkiden doğmalıdır. Sözleşme ii ilişkilerden doğan zararlarda ise, borunun yardımcı kişilerin fiillerinden TBK m. 116'ya göre sorumluluğu söz konusu olur.

Zarar, kişinin malvarlığında veya kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilmedir. Malvarlığında irade dışında meydana gelen eksilme, maddi zararı; kişilik değerlerinde meydana gelen eksilme de manevi zararı oluşturur.

2)Uygun nedensellik (uygun İlliyet) Bağı:

Adam alıŐtırının sorumlu olması için sebep olunan zarar ile işletme faaliyeti arasında uygun illiyet bağı (uygun nedensellik bağı) mevcut olmalıdır⁸. Öğreti ve yargı kararlarına göre uygun nedensellik (uygun illiyet) bağı, olayların normal akışına ve genel yaşam deneylerine göre, gerçekleşen türden bir so-

⁸ Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 24.06.2016 tarih, 2016/10333 Esas ve sayılı 2016/9982 Kararına göre, "Türk Borçlar Kanununun 66. maddesi hükmü gereğince adam çalıştırının sorumlu tutulabilmesi için; zararın çalışanın hukuka aykırı eyleminden doğması ve zarar ile çalışanın eylemi arasında uygun illiyet bağının bulunması yeterlidir. Adam alıŐtırının sorumluluğu bir kusur sorumluluğu olmayıp, olağan sebep sorumluluğudur. Burada yasa adam çalıştırana genel nitelikte objektif bir zen yükümlülüğü, bir gözetim devi yüklemiştir. Adam alıŐtırının sorumluluğu kendisinin veya emrinde çalışan yardımcı kişinin kusurlu olup olmamasına bakılmaksızın, kusurdan bağımsız olarak doğmaktadır. Sorumluluğun doğması için objektif zen ykmllğnn ihlaliyle meydana gelen zarar arasında, uygun illiyet bağının bulunması yeterli kabul edilmiştir. Somut olayda, dava konusu olayın davacıların çocuğu ...'ın belediyeye ait düğün salonunun bahçesinde arkadaşları ile gün içerisinde oyun oynadığı sırada meydana geldiği, davacılar ile davalı ... arasında bir hizmet ilişkisi (herhangi bir düğün ya da organizasyon) bulunmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim, davacı taraf dava dilekçesinde, davalı belediyenin meydana gelen olayda diğer davalı bekçi ... istihdam eden kurum olarak sorumlu tutulması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, davalı belediyenin olaydaki sorumluluğu hizmet kusuruna dayanmamakta olup, olayın yukarıda açıklandığı Şekilde haksız fiilin özel düzenlenme hallerinden olan kusursuz sorumluluk il-keleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşünülerek, davanın adli yargıda ozmlenmesi gerekirken, mahkemece; idari yargının görevli olduğundan görev yönünden davanın reddine karar verilmesi doğru grlmemiŐtir."

nucu meydana getirmeye elverişli olan sebep, sorumluluğu doğuran uygun sebeptir. Böylece bu sonucun gerçekleşmesi, söz konusu sebeple kolaylaştırılmış olur. Böyle bir sebebe, uygun sebep; sonuca ise, uygun sonuç, bu nitelikteki illiyet bağına da uygun illiyet bağı denilir⁹. İsviçre Federal Mahkemesine göre ise, “...bir olayla sonuç arasında uygun illiyet bağının bulunması, olayların olağan akışına ve hayat tecrübesine göre, olayın o tür bir sonuç yaratmaya elverişli bulunmasına, bu yüzden de bu olaydan o sonucun doğmasına genel olarak uygun görülmesine bağlıdır...”¹⁰. Yargıtay da kökleşmiş kararlarında, “Bir olay hayattaki genel denemelere ve olayların tâbiî akışına göre diğer bir olayı meydana getirmeye elverişli bulunur, diğer deyimle, olayın ortaya çıkması görünüşte söz konusu diğer bir olayın meydana gelmiş olmasıyla kolaylaşmış bulunursa, ilk olay, uygun sebep ve sonuç ölçüsüne göre, ikincisinin nedeni sayılır” demektedir¹¹.

3) Hukuka aykırılık:

Hukuka aykırılık, adam çalıştırmanın sorumluluğunun üçüncü genel şartını oluşturmaktadır. Katıldığımız hâkim teoriye göre, hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunmaması halinde, başkalarına zarar vermeyi yasaklayan veya zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranışı emreden hukuk kurallarına aykırı her davranış, hukuka aykırıdır. Şu halde, zarar verici fiil, başkasının hukukça korunan bir varlığına müdahaleyi yasaklayan veya böyle bir müdahaleden kaçınmayı emreden hukuk normuyla çatıştığı zaman, hukuka aykırılık

⁹ Bkz. Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, sh. 110-111; Eren, sh.646.

¹⁰ Bkz. BGE 89 II 232 (Kaneti, Selim, İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları 1955-1964, I, sh. 116). Keza bkz. BGE 95 II 107; 93 II 337; 91 II 210. 87 II 127; 83 II 411; 81 II 445; 80 II 342; 96 II 397; 98 II 291; 101 II 69; 102 II 237; 107 II 276 vd.; Keller/Gabi, sh. 27.

¹¹ Bkz. YHGK. 9.4.1964 T. 538 Sa. (Karahasan, Mustafa Reşit, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 1981, sh. 285-286), Keza YHGK. 24.6.1964 T.. 508/D-4 E. 48İ K. (Karahasan, sh. 281-285); Y4HD.. 13.9.1988 TL.. E. 4147, K. 7408 (Uygur, Turgut, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Genel Hükümler, C.1, 22 Ankara 1990, sh. 344).

gerçekleşmiş olur. Başka bir deyişle, kişilerin mal ve şahıs varlıklarını doğrudan doğruya veya dolaylı bir şekilde koruma amacı güden, yazılı ya da yazılı olmayan emredici davranış kurallarının ihlâlîne, hukuka aykırılık denir¹². Görülüyor ki, sorumluluk hukuku açısından hukuka aykırılık, hukuk normuna aykırılıktan daha dar bir anlam ve içerik taşımaktadır. Böylece sorumluluk hukuku yönünden hukuka aykırılık kavramı, belirli hak ve hukukî varlıkları zarar verici müdahaleden korumayı amaçlayan hukuk normlarının ihlâlîyle sınırlıdır.

B-Sorumluluğun özel şartları:

1)Zarar, adam çalıştırının (İşletenin) işletme faaliyetleri dolayısıyla meydana gelmelidir :

Zarar, adam çalıştırana ait işletmenin faaliyetleri dolayısıyla meydana gelmelidir. Kanun koyucu, işletme faaliyetinin gerçekleştirildiği “İşletme” sözcüğünü genel anlamda kullanmış, ticari işletme, mesleki işletme, esnaf işletmesi, büyük işletme, küçük işletme gibi herhangi bir işletme türünü veya işletme tanımını esas almamıştır. Dolayısıyla, adam çalıştırana ait ekonomik bir faaliyette, özellikle müşterilerine mal ve hizmet sağlamaya yönelik kazanç elde etme amacıyla veya ideal amaçla kurulmuş sürekli faaliyette bulunan bağımsız her türlü organizasyon, işletme kavramının kapsamına girer^{13,14}. İsviçre hu-

¹² Oftinger, I, sh. 128; Engel, sh. 449; Guhl/Merz/Koller, sh. 174; Keller/Gabi, sh. 36; Yung, sh. 110; Merz, sh. 364 vd.; Deschenaux/Tercier, sh. 70; Tandoğan, Responsabilité, sh. 15; Von Tuhr/Peter, sh. 408 vd.; Brehm, Art. 41, N. 33 vd.; Schnyder-BSK OR, Art. 41, N. 31; Rey, N. 670; Honsell, sh. 40; Schwenger, sh. 286; Kaneti, Kusur. sh. 39; Antalya, sh. 425; BGE 82 II 28; 90 II 279; 94 I 643; 115 II 15. 18; 116 II 367.373-374.

¹³ Ünlütepe, sh. 221 vd., 230 vd.; Türkmen, sh. 268; Sanlı, Kerem Cem; Kusursuz Sorumluluk Halleri, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler. (Derleyen: İnceoğlu, Murat) İstanbul, XII Levha, 2012 s. 67, 77; Altay, Sabah, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştırının İşletme Faaliyeti (Organizasyonu) Dolayısıyla Sorumluluğu (TBK m.66/3)”, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. CevdetYavuz’a Armağan, 2. Bası, İstanbul Legal, 2012, sh.181.

¹⁴ Ticari işletme, TTK m.11/I’de şu şekilde tanımlanmıştır:“Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin

kukunda Öntasarı m. 49a’da ekonomik işletmeler ile mesleki işletmeler, Borçlar Hukuku 2020 m.59’da ise ticari işletme esas alınmış iken, TBK. m. 66/III’de kanun koyucu bu şekilde özel bir tanımlama ve sınırlamadan kaçınmıştır.

Sorumluluk süjesi, işletme değil, işletme sahibi, yani adam çalıştırandır. İşleten, adam çalıştıran, gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi, hatta kamu tüzel kişisi ya da bir şirket, dernek, sendika veya vakıf da olabilir¹⁵. İşletmenin herhangi bir sicile tescil edilmesi şart değildir. Aynı şekilde, işletmenin, işletme sahibinin malvarlığı dışında bir mal varlığına sahip olması gerekmediği gibi, adi ortaklıklarda olduğu gibi kişilik sahibi olması da şart değildir. Esasen işletme, bir kişiliğe sahip olmadığı gibi, işletme sahibine ait malvarlığı dışında bir malvarlığı da yoktur. Söz konusu işletme bir ticari işletme olabileceği gibi, avukatlık, hekimlik, diş hekimliği, mühendislik, mimarlık, borsa işleri, bankerlik, yüklenicilik, mali müşavirlik, muhasebecilik, simsarlık, emlakçılık gibi serbest meslek faaliyeti yapan bir mesleki işletme de olabilir.

Organizasyon sorumluluğunda sorumlu kişi, işletmeyi işleten kişi, yani adam çalıştırandır. Ancak, adam çalıştıranın (işletenin) işletme faaliyetinden doğan zarardan sorumlu olması için işletmede en az bir kişinin, bir çalışanın “bağımlı çalışma ilişkisi içinde çalışması” gerekir¹⁶. Gerçekten de, TBK m. 66/III’e göre “Bir işletmede adam çalıştıran” deyiminden o işletmede adam çalıştıran dışında en azından “bir çalışan”ın da bulunması gerektiği sonucu çıkmaktadır¹⁷. Dolayısıyla, işletmede işleten, yani adam çalıştıran dışında bir bağımlı çalışan, yani adam çalıştıran-çalışan ilişkisi yoksa, üçüncü kişi işletme faaliyeti dolayısıyla bir zarara uğrasa bile, bu olaya TBK m. 66/III uygulanmaz. Buna karşılık, doktrinde “yalnız işletenin=adam çalıştıran”ın yer aldığı işletmelerin, hiçbir “çalışanı” olmasa da,

devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir.”

¹⁵ Widmer/Wesner, sh.130; Antalya, sh. 281; Altay, sh. 184; Türkmen, sh. 268;Kılınç, sh.293; Kılınçarşlan, sh.144 vd.

¹⁶ Ünlütepe, sh. 230. Aksi görüşte: Kılınç, sh.294;

¹⁷ Kılınç, sh.293.

organizasyon yükümlülük ve sorumluluğuna tâbi olduğunu” ileri süren görüş ve yazarlar mevcuttur. Dolayısıyla, bu görüşü savunan yazarlara göre işletme, tek başına adam çalıştıran tarafından yürütüle bile, yine de bir organizasyonu vardır ve bu işletmenin faaliyetinden bir zarar doğarsa, sorumluluk TBK m. 66/III’e göre adam çalıştırana (işletene) ait olur¹⁸.

Organizasyon sorumluluğunda işletenin sorumlu olduğu zararın kaynağı işletme faaliyetidir. İşletme faaliyeti, bir olgu (unsur) değil, olgular (unsurlar) bütünüdür. Zarar, işletme faaliyetini oluşturan bu olgular (unsurlar) bütünü veya bu bütünü oluşturan bir ya da birden çok unsurdan (olgudan) oluşan faaliyetten kaynaklanmalıdır.

Faaliyeti meydana getiren olgular (unsurlar) işletmede çalışan bir kişinin fiil ve davranışı olabileceği gibi, işletme faaliyetinde kullanılan araç ve gereç, malzeme gibi taşınır ve taşınmaz maddi işletme unsurları, hatta ürün (mal) ve hizmet gibi üretilen ya da sunulan çıktılar da olabilir¹⁹. Nitekim, bir Yargıtay kararına göre,

“En önemli olarak da seçim, talimat ve nezaretten maada, istihdam eden kişi, işin organizasyonunu esaslı ve doğru bir şekilde kurmakla da ödevli ve yükümlüdür. Çünkü bu yükümlülük doğması muhtemel zararı önleyecek olan en önemli faktörlerdendir. İstihdam eden işin kuvvetine ve önemine nazaran kifayetsiz personel kullanırsa veya işin yapılmasını ve yürütülmesini tehlikeli bir şekilde düzenlerse organizasyon bakımından kusurlu hareket etmiş olur. İstihdam edenin, işin yürütülmesini sağlayan çalışma aletlerinin ve kullandığı malzemenin işe yararlı olması lazımdır. Eğer çalıştırdığı adamlara tevdi ve teslim ettiği araç ve gereçler ve işte kullandığı malzemeler bozuk ve hatalı ise yine organizasyon bakımından kusurlu davranmış olur. İstihdam eden, işçinin kullandığı araç ve gereçlerden başka ayrıca inşaatta kullandığı malzemenin de

¹⁸ Antalya, sh. 282;Kılınç, sh.294.

¹⁹ Antalya, sh.281 vd.; Nomer Haluk, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul 2015, sh. 173; Ünlütepe, sh. 309; Türkmen, sh. 260, 269

hatasız olmasını sağlamak, hiç olmazsa bozuk ve ayıplı malzemeyi kullanmamak zorundadır. ...Bütün bu nedenlerden ötürü adam çalıştırının, müstahdem ve işçisini seçmede, talimatta, denetim ve gözetimde dikkat ve özen göstermediği, en önemli olarak da işin organizasyonunu yeterli bir şekilde kurmadığı, hatalı malzeme kullandığı ya da malzemenin hatalı olup olmadığını gereği ve yeteri kadar denetlemediği ve böylece davacının cismani zarara uğramasına neden olduğu anlaşılmaktadır.”²⁰

İşletme faaliyeti bir çalışan tarafından yapılan davranış olduğu takdirde olumlu bir insan faaliyeti olur ya da olumsuz bir faaliyet, bir yapmama faaliyeti olabilir.

TBK m 66/I’de adam çalıştırının, çalışanın üçüncü kişilere verdiği zarardan sorumluluğunda olduğu gibi, çalışanın yaptığı işle verilen zarar arasındaki işlevsel (fonksiyonel) bağın mevcut olmasına, organizasyon sorumluluğunda gerek yoktur²¹. Burada sorumluluğun doğması için sadece faaliyet ile zarar arasında yer ve zaman bağlantısının bulunması yeterlidir²². Zararın işin yapılması sırasında meydana gelmesi şart değildir, daha sonra da gerçekleşebilir. Mesela bir fabrikadaki arteziyen kuyusunun gerekli özen gösterilmeden yapılması nedeniyle etraftaki arazilere bol miktarda su sızdırması sonucu komşu arazideki ekili alan su altında kaldığı için kurumuş ya da hindi veya tavuk çiftliği suya gömüldüğü için tavuklar hindiler ve civcivler ölmüşse zarar, tipik bir organizasyon, dolayısıyla objektif özen eksikliği sebep olduğundan, kuyu sahibi işletmeci bu bozukluktan sorumludur. Bunun gibi kendi kum ve taş ocağındaki arazisinden çevre alıcılara kamyonuyla kum ve taş satış sevkiyatı yapan bir işletme, kamyonun her defasında giderkenyoldan kaldırdığı tozların komşu arazideki evleri ve ekili alanları toz kirliliğine uğratıp zarar vermesi de işletme-

²⁰ Y4HD 2.10.1978 T., E.11751, k.10809 sayılı karar (Uygur, Turgut, Açıklamalı-İçti-hatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.3, Ankara 2003, Madde. 55, sh. 2665 vd).

²¹ Widmer/Wessner, sh. 130; Türkmen, sh.269; Ünlütepe, sh. 367. Bkz. Krş. Antalya, sh.282.

²² Antalya, sh. 282; Altay, sh.185; Ünlütepe, sh. 366 vd.

nin aracının, dolayısıyla organizasyon bozukluğunun verdiği zarar olup, adam çalıştıran işletme sahibi bundan sorumludur.

Zarara sebep olan işletme faaliyeti, işletmenin hukuki ve coğrafi alanı içinde gerçekleşebileceği gibi işletme alanı dışın-
da da, mesela yukarıdaki taşıma işlerinde olduğu gibi taşıma araçlarının, meselâ kamyonların işletme alanı dışına gidiş gelişleri sırasında da gerçekleşebilir. Yolculuk ister uzun ister kısa olsun, faaliyet halindeki her yer işin görülmesiyle işlevsel bağ içindeyse işletme alanı sayılır. Dinlenme halindeyken üçüncü kişilere verilen zararlar da fonksiyonel bağ devam ettiği süreçte işletme faaliyeti dolayısıyla verilmiş sayılır. Uzun aralar ve dinlenmelerde durumun özelliklerine bakıp zarar meydana gelmişse ona göre karar vermek gerekir.

Çalışanın yetkisini aşması, yeni yetkiler ihdas etmesi, verilen talimata uymaması, mevcut çalışma talimatını genişletmesi, yanlış yorumlaması, bir organizasyon eksikliği ve ihlâli olup, zaman ve yer bağlantısı içinde gerçekleşmişse, işleteni sorumlu kılar²³.

Çalışanın, iş ve işletmeyle hiçbir işlevsel ilişkisi olmayan adam öldürme, adam dövme, hırsızlık, terör gibi kasta dayalı suç teşkil eden fiillerinden doğan zararların giderilmesinde adam çalıştıranı sorumlu tutmama yoluna gitmek mümkündür²⁴.

3)Adam çalıştıran kurtuluş kanıtı getirememiş olmalıdır:

Adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür. Görülüyor ki, burada adam çalıştıran (işleten) işletmenin çalışma düzeninin, yani organizasyonunun zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu kanıtlamak zorunda-

²³ Keller/Gabi/Gabi, Haftpflichtrecht, 3. Auflage, Basel 2012, sh.170; BGE 95 II 106, E.a; 57 II 40; 46 II 126.

²⁴ Meselâ, bir çalışanın başka bir çalışanın veya müşterinin evini gezerken parasını veya başka bir eşyasını çalması veya kavga edip yaralaması, işletme faaliyeti ile işlevsel ilişki içinde olmayıp tamamen arızı ve tesadüfi bir bağlantı içinde olduğu için adam çalıştıran sorumlu tutulmamalıdır. Keller/Gabi/Gabi, sh.170.

dır. Bu, işleten yararına yasada özel olarak düzenlenmiş bir kurtuluş kanıtı olup, burada adam çalıştıran, zararın oluşmasını önleyecek her türlü objektif özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat ederse, yasal karine gereğince meydana gelen zararı gidermek zorunda değildir. Bu ispatı getiremediği takdirde ise “özensizlik karinesi” gerçekleşmiş olur ve işleten (adam çalıştıran) üçüncü kişinin zararını gidermek zorunda kalır²⁵. Dolayısıyla, zararın önlenmesi için alınması gereken önlemlerle gösterilmesi gereken özen subjektif, yani adam çalıştıranın subjektif durumu, bilgisi, öğrenimi, ahlaki formasyonu, beceri ve edimlerinden çok, üçüncü kişilerin zarar görmelerini önleyecek şekilde çevrede bu tür bir işletmeyi işleten kişilerce alınan önlemleri alabilecek, objektif özeni gösterebilecek objektif bilgi, deney, öğrenim, beceri ve ahlaki formasyona sahip olmak, ona göre de işletmenin faaliyetleri dolayısıyla üçüncü kişilerin zarar görmemeleri için çalışma ve organizasyon düzeyini, objektif ölçülerde bilim ve teknolojiye, fenne göre ileri düzeyde belirlemektir²⁶.

İllyet bağının, başka bir sebep devreye girerek, özellikle de mücbir sebep, üçüncü kişinin ya da zarar görenin ağır kişisel

²⁵ Widmer/Dressner, sh, 131-132; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, sh. 65; Eren, sh. 652; Oğuzman/Öz, C.2, sh. 149; Antalya, sh.283; Ünlütepe, sh.392 vd.; Altay, sh. 179; Kılınç, 330 vd.;Kara Kılıçarslan, sh. 149 vd.

²⁶ Y3HD., 04.05.2017 T., 2015/17982 E. ve 2017/6600 sayılı kararında şu görüşü savunmuştur:“Adam çalıştıran, görülecek işe uygun fikri, mesleki bilgi ve yeteneklere sahip bir kişi seçmekle yükümlüdür. Seçeceği yardımcı kişinin göreceği iş için vasıflı, yeterli eğitim görmüş, yeni bilgi, yöntem ve tekniği, özümsemiş ve izlemiş olması gerekir. Bilindiği gibi adam çalıştıranın sorumluluğu bir kusur sorumluluğu olmayıp, olağan sebep sorumluluğudur. Burada yasa adam çalıştırana genel nitelikte objektif bir özen yükümlülüğü, bir gözetim ödevi yüklemiştir. Adam çalıştıranın sorumluluğu kendisinin veya emrinde çalışan yardımcı kişinin kusurlu olup olmamasına bakılmaksızın, kusurdan bağımsız olarak doğmaktadır. Sorumluluğun doğması için objektif özen yükümlülüğünün ihlaliyle meydana gelen zarar arasında, uygun illiyet bağının bulunması yeterli kabul edilmiştir. Davacı ... Yavşanın olayın ardından alınan ve davalı Mauronun çalışanı olduğu ve Diğer davalı talimatları doğrultusunda bahçedeki kuru otları yaktığına ilişkin beyanları ve bu beyanları teyit eden tanık anlatımları birlikte değerlendirildiğinde ; zarara yol açan yangının davalı ... ya ait evde çalışan diğer davalı ...’ın, davalı Mauronun talimatları doğrultusunda bahçedeki kuru otları temizlemek, amacıyla yakması sonucu meydana geldiği anlaşılmaktadır. Mahkemece, davalı ... ’nın eylemi nedeniyle davalı ... B.K.’nun 55. (T.B.K. 66.) maddesi hükmü gereğince sorumlu tutulması gerekirken, iş bu davalı açısından davanın reddine karar verilmesi isabetsizdir.”

kusuruyla kesilmesi halinde de, zarara başka bir sebep yol açtığı için adam çalıştıran sorumlu olmaz²⁷.

4)Adam çalıştıranın (İşletenin) işletme faaliyetinden doğan zarardan sorumluluğunda zamanaşımı:

Adam çalıştıranın işletme faaliyetinden doğan zarardan sorumluluğunda uygulanacak zamanaşımı süreleri, TBK m. 72'de düzenlenmiştir. Söz konusu maddede üç türlü zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Bunlar, iki yıllık kısa süreli, on yıllık uzun süreli ve on yıldan daha uzun süreli ceza zamanaşımı süreleridir.

İki yıllık kısa süreli zamanaşımı, TBK m. 72/I'e göre, zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihte işleme başlar ve iki yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Burada zarar görenin hem zarar miktarını hem de tazminat yükümlüsünü öğrenme gibi iki subjektif olgunun birlikte gerçekleşmesi gerekir. Burada subjektif nitelikli, nispi süreli bir zamanaşımı vardır. İki yıllık sürenin en üst sınırı, on yıllık sürenin sonudur. Dolayısıyla, zarar görenin zararın giderilmesini isteme hakkı, her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Burada on yıllık süre öğrenme gibi subjektif bir şarta değil, fiilin işlenmesi gibi objektif bir şarta bağlanmıştır. Bu yüzden bu amanaşımı objektif ve mutlak niteliktedir. Ancak, kanun koyucu ceza yasalarının koyduğu daha uzun zamanaşımı sürelerini de göz önünde tutmak zorunda kalmıştır. Buna göre tazminat, ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, zararın tazminine uzun süreli bu ceza zamanaşımı uygulanır.

TBK m. 72/II, zarar görene süresiz, her zaman ileri sürüle-bilen bir daimi def'i hakkı tanımıştır. Gerçekten de, söz konusu fıkraya göre, haksız fiil nedeniyle zarar görenbakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir.

²⁷ Oftungner/Stark, II/1, sh. 349 vd.; Brehm-BK OR Art. 55, N.91 vd.

İŞ HUKUKU VE TOPLUMSAL CİNSİYET BAKIŞ AÇILARINDAN “ADAM” ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU*

*Prof. Dr. Kadriye BAKIRCI***

I. GİRİŞ

“Adam çalıştırmanın sorumluluğu”, 2011 tarihli 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun¹ (BK) 66. maddesinde²; benzer bir kurum olan “yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk” ise BK’nun 116. maddesinde düzenlenmiştir³.

6098 sayılı BK’nun “Adam çalıştırmanın sorumluluğu” başlıklı 66. maddesi uyarınca, “Adam çalıştırın, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür (f.1); Adam çalıştırın, çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz (f.2); Bir işletmede adam çalıştırın, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğma-

* Bu çalışmayı, 6 Kasım 2018 tarihinde aramızdan ayrılan Prof. Dr. Rona Serozan’ın anısına ithaf ediyorum.

** Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

1 RG. 4.2.2011, S. 27836.

2 BK’nun 66. maddesindeki sorumluluk kusursuz sorumluluk türlerinden özen sorumluluğudur (Örneğin bkz. Fikret Eren (2016), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara; Kemal Oğuzman/Turgut Öz (2013), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt.2, 10. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul; Aytekin Ataay (1981), Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Yarım, 1. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul; YHGK, T. 1.11.2000, E. 2000/21-1333, K. 2000/1594).

3 BK m.66’ya göre yardımcı kişi, üçüncü kişiye sözleşme dışı sorumluluk çerçevesinde zarar verir. Burada gerçekleşen zarardan önce, iş yaptırın ile üçüncü kişi arasında hiçbir hukuki ilişki, özellikle sözleşmeye dayalı bir ilişki yoktur. BK m.116’da ise iş yaptırın ile zarar gören kişi arasında daha önce kurulmuş bir sözleşme ilişkisi mevcuttur. Buradaki sorumluluk, yardımcı kişinin davranışından ötürü bir sorumluluk olmakla birlikte sadece borca aykırılıkta uygulanır. Eğer yardımcı kişinin fiili hem borca aykırılık hem haksız fiil hükümlerine aykırılık oluşturuyorsa, iş yaptırının BKm.116 uyarınca olan sorumluluğu ile BK m.66 uyarınca olan sorumluluğunun yarışacağı kabul edilir (Bkz.Eren (2016);Oğuzman/Öz (2013); Ataay (1981)).

sını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür (f.3); **Adam çalıştırın**, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir (f.4)”.

Bu kurum 1926 tarihli 818 sayılı mülga BK’nun⁴ 55. maddesinde **“istihdam edenlerin mesuliyeti”** başlığı altında düzenlenmişti. Bu madde uyarınca **“Başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin** hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mesuldür. Şu kadar ki böyle bir zararın vuku bulmaması için hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse mesul olmaz (f.1); İstihdam eden kimsenin, zamin olduğu şey ile zararı ika eden şahsa karşı rücu hakkı vardır (f.2)”⁵.

6098 sayılı BK’nda, 818 sayılı mülga BK’ndan farklı olarak, **“istihdam edenlerin mesuliyeti”** başlığı yerine Türk Hukuk öğretisinde baskın olarak kullanılan **“Adam çalıştırının sorumluluğu”** başlığı kullanılmış, 818 sayılı BK’nda yer alan **“maiyetinde istihdam ettiği kimseler ve “amele”**⁶ terimlerinin yerine ise **“çalışan”** terimi kullanılmıştır.

6098 sayılı BK’nun **“yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk”** başlıklı 116. maddesi uyarınca ise, **“ Borçlu**, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, **birlikte**

⁴ RG.29.4.1926, S.359.

⁵ 818 sayılı mülga BK’nun, Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu tarafından Türkçeleştirilmiş ve Türk Dil Kurumu (TDK) tarafından basılmış olan metninde 55. maddenin Türkçeleştirilmiş metni Şu biçimdedir:

“Çalıştırınların sorumluluğu

Madde 55 - Başkalarını çalıştırın kimse, yanında çalıştırdığı kimselerin ve işçilerinin işlerini gördükleri sırada yaptıkları zarardan sorumludur; Şu kadar ki böyle bir zararın doğmaması için durumun gerektirdiği bütün dikkat ve özeni gösterdiğini veya dikkat ve özeni göstermiş olsaydı bile zararın doğmasına engel olamayacağını kanıtlarsa sorumlu olmaz.

Çalıştırının ödenca olarak verdiği şeyi, zararı yapan kimseye dönüp isteme hakkı vardır”.

(Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu tarafından Türkçeleştirilmiş Borçlar Kanunu, Cilt:II, Üçüncü Baskı, Türk Dil Kurumu, Ankara, 1979).

⁶ “Amele” teriminin karşıliğı **“işçi”** dir.

yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür (f.1); **Yardımcı kişilerin** fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir (f.2); Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, **borçlunun yardımcı kişilerin** fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür (f.3)”.

Bu kurum 818 sayılı mülga BK’nun 100. maddesinde **“muavin şahısların mesuliyeti”** başlığı altında düzenlenmişti. Bu madde uyarınca **“Bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara** velev kanuna muvafık surette **tevdi eden kimse**, bunların işlerini icra esnasında ika ettikleri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mesuldür (f.1); Bunların fiilinden mütevellit mesuliyeti, evvelce iki taraf arasında yapılan bir mukavele tamamen veya kısmen bertaraf edebilir (f.2); **Alacaklı, borçlunun hizmetinde ise** veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa; **borçlu** mukavele ile ancak hafif bir kusurdan mütevellit mesuliyetten kendisini beri kılabilir (f.3)”⁷.

6098 sayılı BK’nda, 818 sayılı mülga BK’ndan farklı olarak, **“muavin şahısların mesuliyeti”** başlığı yerine **“yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk”** başlığı kullanılmış, 818 sayılı BK’nda yer alan **“maiyetinde çalışanlara”** teriminin yerine **“yanında çalışanlar gibi yardımcılara”** terimi kullanılmıştır.

⁷ 818 sayılı mülga BK’nun, Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu tarafından Türkçeleştirilmiş ve TDK tarafından basılmış olan metninde 100. maddenin Türkçeleştirilmiş metni şu biçimdedir:

“Yardımcı kişiler için sorumluluk

Madde 100- Bir borcun yerine getirilmesini veya bir borçtan doğan bir hakkın kullanılmasını kendisiyle birlikte yaşayan kişilere veya yanında çalışanlara bırakan kimse, bu bırakma yasaya uygun olsa bile, onların işlerini görme sırasında yaptıkları zarardan dolayı öteki tarafa karşı sorumludur.

Onların eyleminden doğan sorumluluğun tümü veya bir bölümü, daha önce iki taraf arasında yapılan bir sözleşme ile ortadan kaldırılabilir.

Alacaklı, borçlunun hizmetinde ise veya sorumluluk hükümetçe gedik (imtiyaz) yoluyla verilen bir sanatla uğraşmaktan doğuyorsa; borçlu sözleşmeyle ancak hafif kusurdan doğan sorumluluktan kendisini kurtarabilir” (Velidedeoğlu, 1979).

Madde baŐlıklarından ne olduğu anlaŐılmayan bu iki kurumdan “**Adam alıŐtıranın sorumluluğu**”, BK m 66’daki ifadeyle “alıŐan”ın haksız fiiliyle “**başkalarına verdiği zarar**”dan ötürü “**adam çalıştıran**”ın sorumluluğunu düzenlerken; “**yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk**” ise, BK m.116’daki ifadeyle “**alıŐan**”ın borca aykırılık oluşturan davranışıyla “**diğer tarafa verdiği zarar**”dan ötürü “**borçlu**”nun sorumluluğunu düzenlemektedir.

Grldğ gibi her iki kurum bu haliyle de anlaşılamamaktadır.

Aslında 66. maddede düzenlemeye tabi tutulan, birisine iŐ yaptıran kişinin, iŐ yaptırdığı yardımcı kişinin üçüncü kişilere verdiği hukuka aykırı (sözleşme dışı) zarardan ötürü sorumluluğunu düzenlemektedir. 116. madde ise, borçlunun, yardımcı kişilerin borca aykırılık oluşturan davranışlarıyla alacaklısına verdiği zararlardan ötürü sorumluluğunu düzenlemektedir.

2011 tarihli olan BK’nda bu tür açık düzenlemelere yer verilmesi veya mehaz İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki (İBK) metnin tercümesine yer verilmesi veya en azından 1926 tarihli 818 sayılı mülga BK’nun metnine sadık kalınması beklenirken, Türk Hukuk öğretisinde 1926 tarihli mülga BK’ndan bu yana hiç eleŐtirilmeden tekrarlanarak savunulan ancak günümüzde kabul edilmesi olanaksız veya günümüz ihtiyaçlarına cevap vermeyen görüşler, BK’nun 66. maddesine aktarılıp yasal zemine oturtularak,

-cinsiyetçi,

-madde kapsamına giren kişilerin kimler olduğu konusunda yanlış izlenim uyandıran,

-günümüzün ihtiyaçlarına cevap vermeyen,

-kendi içinde çelişkili,

-mehaz İBK’nun ve 818 sayılı mülga BK’nun gerisinde bir metin ortaya konmuştur.

Konuşma srelerimiz sınırlı olduğu için, tebliğimde İŐ Hukuku ve toplumsal cinsiyet bakış açılarından 6098 sayılı BK’nun

66. ve 116. maddelerindeki terminoloji sorunu ve BK'nun 66. maddesi kapsamındaki sorumluluğun özel koşulları üzerinde duracağım.

II. TERMİNOLOJİ SORUNU

1.İŐ Hukuku Bakış AçıŐından BK'ndaki Terminoloji

BK'nun 66. ve 116. maddelerinde öngörölmüş olan sorumluluğun kapsamına, iŐ mevzuatında yer alan özel sorumluluk halleri dışındaki "işverenin sorumluluğu" da girmektedir.

BK'nun 66. ve 116. maddeleri, işveren sıfatına sahip kişileri kapsadığı gibi, işveren sıfatına sahip olmayan iŐ yaptırnanları da kapsamaktadır. Dolayısıyla BK'nun 66. ve 116. maddelerinde yer verilen terminolojinin, iŐ hukukunun veya daha geniş kapsamıyla çalışma hukukunun terminolojisinden farklı ve daha kapsayıcı olması gerekir.

Bu açıdan bakıldığında, birincisi 818 sayılı mülga BK, 6098 sayılı BK ve mehz İBK'nda kullanılan konuyla ilgili terminolojinin birbirinden farklılık gösterdiği göze çarpmaktadır.

İkincisi, mehz İBK'ndaki terminolojiyi kullanmak yerine, tıpkı mülga 818 sayılı BK'ndaki gibi çalışma hukuku terminolojisinin kullanılması, ve buna ayrıca Türk Hukuk öğretisinde kullanılan terminolojinin eklenmesi, söz konusu sorumluluğun adeta işverenin sorumluluğuyla sınırlı olduğu görünümü yaratmıştır.

818 sayılı mülga BK'nun 55. maddesinde kullanılan "istihdam eden kimse" ve "maiyetinde istihdam (edilen) kimse" terimleri, "ücretli alıŐtran" ve "ücretli çalışan" terimlerine karşılık geldiği için, bu terimler madde ile gerçekleştirilmek istenen amaç açısından sorunluyken ve bu terimlerin 6098 sayılı BK'nda düzeltilmesi gerekirken; 6098 sayılı BK'nun 66. maddesinde yine sorunlu bir terminoloji kullanılmıştır. Bu kez yine "ücretli alıŐtran" anlamına gelen "adam alıŐtran" ve hukukumuzda hem bağımsız çalışanları ve hem de kamu hukukuna ve özel hukuka tabi bağımlı ve ücretli çalışanları kapsayacak

şekilde kullanılan “çalışan” kavramları kullanılmıştır. Oysa, 818 sayılı BK’nun 55. maddesi gibi, 6098 sayılı BK’nun 66. maddesi de özel hukuka tabi yardımcı kişilerin haksız fiillerinden ötürü sorumluluğu düzenlemektedir. Mevcut düzenleme uyarınca bağımsız çalışanlar 66. maddenin bir başka deyişle “yardımcı kişiler” tanımının kapsamı dışındadır⁸. Öte yandan bağımlı çalışan terimi de, işçiler dışında memur ve sözleşmeli personeli de kapsamaktadır. İdare hukukuna tabi olan memur ve sözleşmeli personel de⁹ 6098 sayılı BK’nun 66. maddesinin kapsamı dışındadır.

Bu anlamda, BK’nun 100. maddesinde yer alan “borçlu”nun...**maiyetinde çalıştırılanlar**” terimi gibi, BK’nun 116. maddesinde kullanılan “borçlu”nun...**yanında çalışanlar**” terimi de sorunludur.

Oysa 6098 sayılı BK’nun 66. maddesinde, yardımcı kişinin haksız fiilinden sorumlu tutulan kişi, “iş yaptıran kişi” dir. Bu kişi, İŞK çerçevesinde işveren sıfatına sahip olabileceği gibi, işveren dışında, eş, ebeveyn veya yardımcı kişinin hizmet ediminden yararlanan herhangi bir kişi olabilir¹⁰.

BK m.66 kapsamında **yardımcı kişi** ise, iş yaptıranla arasında sözleşme ilişkisi olan (örneğin işçi¹¹, çırak¹² veya stajyer gibi hukukumuzda öğrenci statüsünde kabul edilen işçi benze-

⁸ Örneğin bkz. Yarg. 4. HD., T. 20.11.2007, E. 2006/12772, K. 2007/14555; Yargıtay’ın aksi yönde kararları için bkz. dipnot 23 ve 24.

⁹ Örneğin bkz. Yarg. 4. HD., T. 6.5.2013, E. 2015/10428, K. 2016/10917.

¹⁰ İş yaptıran, gerçek veya tüzel kişi (kamu tüzel kişisi veya özel tüzel kişi) olabilir. Memur veya sözleşmeli personelin işlerini yaparken verdikleri zararlardan ötürü kamu tüzel kişilerinin sorumluluğu, idare hukuku kapsamındadır. Ancak kamu tüzel kişileri, çalıştırdıkları işçilerinin işlerini yaparken verdiği zararlardan, gerçek ve özel tüzel kişi işverenler gibi özel hukuk çerçevesinde sorumludurlar (Örneğin bkz. Yarg. 3. HD., T. 24.6.2016, E. 2016/10333, K. 2016/9982). Özel tüzel kişinin organını (genel kurul, yönetim ve yürütme kurulu, yönetici/başkan) oluşturan kişiler, iş sözleşmesiyle bile çalışsa MK’nda (m.50) haklarında özel bir düzenleme mevcut olduğu için, kusurlarından dolayı MK m.49 çerçevesinde kişisel olarak sorumludurlar. MK m. 50 uyarınca organın davranışı tüzel kişinin davranışı sayılır (f.1). “Organlar, hukukî işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar (f.2). Organlar, kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludurlar (f.3)”. Dolayısıyla bu kişiler hakkında BK m.66 veya m.116 uygulanmaz (Bkz. Eren (2016); Oğuzman/Öz (2013); Ataay (1981)).

¹¹ Örneğin bkz. Yarg. 4. HD., T. 10.10.2013, E.2012/17211, K.2013/16195.

¹² Örneğin bkz. Yarg. 3. HD., T. 27.02.2013, E. 2013/1398, K. 2013/3157.

ri) kişiler veya iş yaptırana hiçbir sözleşme ilişkisi olmayıp iş yaptıranın verdiği işi gönüllülük esasına göre (ücretsiz olarak) yapan kişiler veya aile yardımlaşması çerçevesinde ücretsiz olarak iş yaptırana (eşe veya ebeveyne) yardım eden aile bireyleri gibi kişilerdir.

Dolayısıyla 6098 sayılı BK'nda değişiklik yapılmalı, işçi-işveren ilişkisi çağrışımı yapan ve cinsiyetçi olan 66. maddedeki **“adam çalıştıran”** terimi **“iş yaptırana”** olarak düzeltilmeli, 66. ve 116. maddelerdeki **“çalışan”** terimi yerine **“yardımcı kişi”** terimi kullanılmalıdır¹³. Ayrıca BK'nun 66. maddesindeki **“başkaları”** terimi de **“üçüncü kişi”** olarak düzeltilmelidir.

Nitekim mehzaz İBK'nun, 818 sayılı mülga BK'nun 55. ve 6098 sayılı BK'nun 66. maddelerine karşılık gelen 55. maddesinin başlığı **“iş yaptırana”** veya **“iş gördürenin”** (**geschäftsherrn**) sorumluluğudur. Bu madde uyarınca, **“iş yaptırana, işçilerinin veya diğer yardımcı kişilerin** işlerini gördükleri sırada verdikleri zarardan sorumludur; şu kadar ki böyle bir zararın doğmaması için koşulların gerektirdiği bütün dikkat ve özeni gösterdiğini veya dikkat ve özeni göstermiş olsaydı bile zararın doğmasına engel olamayacağını kanıtlarsa sorumlu olmaz (f.1). İş yaptırana, ödediği tazminat için, zarar verene, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir” (f.2).

İBK'nun, 818 sayılı mülga BK'nun 100. maddesine ve 6098 sayılı BK'nun 116. maddesine karşılık gelen 101. maddesinin başlığı **“yardımcı kişiler”** (**hilfspersonen**) için sorumluluktur. Bu madde uyarınca, **“Bir borcun yerine getirilmesini veya söz-**

¹³ 6098 sayılı BK'nundaki sorunlu düzenlemeler bunlarla sınırlı değildir. Örneğin BK'nun **“Ev düzeni içinde çalışmada”** başlıklı 418. maddesinin 2. fıkrasında yer alan **“İşçi, kusuru olmaksızın hastalık veya kaza gibi sebeplerle işgörmeye edimini yerine getiremezse işveren, sosyal sigortalar yardımlarından yararlanamayan, bir yıla kadar çalışmış işçinin bakımını ve tedavisini, iki hafta süreyle sağlamak zorundadır. İşçinin bir yılı aşan her hizmet yılı için söz konusu süre, dört haftayı aşmamak üzere ikişer gün artırılır”** şeklindeki düzenleme de, bu konunun Türkiye’de 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun (RG. 16.6.2006 S.26200) kapsamında düzenlendiği ihmal edilerek, mehzaz İBK'nun tercüme edilmesi yoluyla aktarılmıştır.

leşmesel bir borçtan doğan bir hakkın kullanılmasını kendisiyle **birlikte yaşayan kişiler** veya **işçileri gibi yardımcı kişilere** bırakan kimse, bu bırakma yasaya uygun olsa bile, onların bu görevi (işi) yerine getirme sırasında verdikleri zarardan dolayı öteki tarafa karşı sorumludur (f.1). Bu sorumluluğun tümü veya bir bölümü, daha önce iki taraf arasında yapılan bir sözleşme ile ortadan kaldırılabılır (f.2). **Alacaklı, borçlunun hizmetinde ise** veya sorumluluk resmi olarak lisanslanmış ticari faaliyetlerden (işletmenin faaliyetinden) doğuyorsa; borçlu sözleşmeyle ancak hafif kusurdan doğan sorumluluktan kendisini kurtarabilir” (f.3).

2. Toplumsal Cinsiyet Bakış Açısından BK’ndaki Terminoloji

“**Adam çalıştıran**”¹⁴ terimi, iş veya çalışma hukuku bakış açısından sorunlu bir terim olduğu gibi, toplumsal cinsiyet bakış açısından da cinsiyetçi bir kavramdır. 1926 tarihli BK’nda bile kullanılmamış olan bu kavramın, 2011 tarihli yeni bir Kanun’da yer alması son derece yadırgatıcıdır ve kabul edilemez.

Bu terim, ayrımcı olduğu, kadınları ikincilleştirdiği ve kadınlara yönelik olumsuz önyargıları beslediği için, Türkiye’nin onaylamış olduğu kadın haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelere ve Anayasa’ya (m.10) aykırıdır¹⁵.

Dolayısıyla 6098 sayılı BK’nun 66. maddesinde yer alan “adam çalıştıran” terimi, cinsiyetçi olduğu için de değiştirilmelidir.

¹⁴ 854 sayılı Deniz İş Kanunu’nda da “gemiadamı” terimi kullanılmaktadır. Ancak bu Kanun 1967 tarihli eski bir Kanun olduğu için, o günün koşulları düşünülerek olağan karşılanabilir (RG. 29.4.1967, S.12586). Kuşkusuz DenizK’nda yapılacak bir değişiklikte bu terim yerine “gemi işçisi” veya “deniz işçisi” terimlerinden birinin kullanılması gerekir.

¹⁵ Bkz.Kadriye Bakırcı (2012), Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku İle Karşılaştırmalı Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı, Cinsiyet Ayrımcılığı, Yasağı ve Türkiye, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara; Kadriye Bakırcı (2015) “İstanbul Sözleşmesi (Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi)”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:73 Sayı:2015/4.

III. İŐ YAPTIRANIN BK m.66 ÇERÇEVESİNDEKİ SORUMLULUĞUNUN ÖZEL KOŞULLARI

818 sayılı mülga BK'ndan bu yana öğretilde, iş yaptırmanın sorumluluğunun doğması için aranan özel koőullar¹⁶, iş yaptırana yardımcı kişi arasında bağımlılık ilişkisinin varlığı ve zararın yardımcı kişinin iş yaptığı sırada hukuka aykırı bir davranışıyla meydana gelmiş olmasındır.

BK, iş yaptırana kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma olanağı tanımaktadır.

Bu koşullar ve kurtuluş kanıtı açısından da, 6098 sayılı BK'ndaki düzenlemenin, 818 sayılı mülga BK ve mehzaz İBK'ndaki düzenlemelerden farklı olduğu gözde çarpılmaktadır.

Mehaz İBK'nun, 818 sayılı mülga BK'nun 55. maddesine, 6098 sayılı BK'nun 66. maddesine karşılık gelen 55. maddesinin 1. fıkrası "iş yaptırnan, işçilerinin veya diğer yardımcı kişilerin işlerini gördükleri sırada verdikleri zarardan sorumludur; Şu kadar ki böyle bir zararın doğmaması için koşulların gerektirdiği bütün dikkat ve özeni gösterdiğini veya dikkat ve özeni göstermiş olsaydı bile zararın doğmasına engel olamayacağını kanıtlarsa sorumlu olmaz" şeklindedir.

Mülga 818 sayılı BK'nun 55. maddesinin 1. fıkrasında "Başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kişilerin ve amelesinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mesuldür. Şu kadar ki böyle bir zararın vuku bulmaması için hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse mesul olmaz" denmiştir.

Ancak, 6098 sayılı BK'nun 66. maddesinde, "Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür (f.1); Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken,

¹⁶ İş yaptırmanın BK m.66 çerçevesindeki sorumluluğunun genel koşulları, zarar, uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılıktır (Bkz. Eren (2016); Oğuzman/Öz (2013); Atay (1981)).

gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz (f.2)” denmektedir.

Böylece, mehaz İBK’nda ve 818 sayılı mülga BK’nda bulunmayan, fakat Türk Hukuk öğretisinde savunulan bağımlılık ilişkisinin ve özen yükümlülüğünün (kurtuluş kanıtının) kapsamını oluşturan yardımcı kişiyi “seçme, işle ilgili talimat verme, gözetim ve denetim” unsurlarına yasal zemin kazandırılmıştır.

Günümüz ihtiyaçlarına cevap vermesi gereken yeni tarihli bir Kanun’da böyle bir düzenlemeye yer verilmesi, aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği gibi kanaatimce isabetli olmamıştır.

1.”Bağımlılık” Ölçütü Açısından Değerlendirme

818 sayılı mülga BK’ndan bu yana öğretilde kabul edilen görüşe göre, BK’nun 66. maddesi “adam çalıştıranın, bir özel hukuk ve bağımlılık ilişkisi içerisinde çalışanlarının kendilerine bırakılan işleri gördükleri sırada hukuka aykırı bir fiille üçüncü kişilere verdikleri zarardan sorumluluğu”nu düzenlemektedir. Dolayısıyla bu görüşe göre, BK m.66 kapsamındaki yardımcı kişi, iş yaptırana bağımlı olmalı ve iş yaptıranın yardımcı kişi üzerinde seçme, işle ilgili emir ve talimat verme, gözetleme ve denetleme yetkisi bulunmalıdır¹⁷.

Oysa bu tür bir bağımlılık ilişkisi, ancak tipik veya geleneksel işçi-işveren ilişkilerinde söz konusu olabilir. Teknolojik gelişmelerin etkisiyle uzaktan, evden veya evde çalışma¹⁸ veya benzeri atipik çalışma biçimlerinin¹⁹ yaygınlaşmasıyla birlikte, iş hukukundaki işçi-işveren ilişkilerinde bile bu tür bir

¹⁷ Örneğin bkz. Yarg. 3. HD., T.14.1.2013, E.2012/23133, K. 2013/3; Yarg. 3. HD., T. 10.12.2014, E. 2014/7879, K. 2014/16302.

¹⁸ Bkz. Ö.Eyrenci / K.Bakırcı K. (2000), Dünya’da ve Türkiye’de Evde Çalışma ve Eve İş Verme, İTO Yayınları, İstanbul; Kadriye Bakırcı (2002) “Dünya’da Evde Çalışmada Hukuksal Koruma Sistemleri ve Mevzuatı”, İktisat Dergisi, S.430, Ekim.

¹⁹ Bkz. Kadriye Bakırcı (2016), “New Forms of Employment in Turkey”, New Forms of Employment in Europe (Roger Blanpain/ Frank Hendrick (Eds.)), Kluwer Law International, The Hague/ London/ New York.

bağımlılık ilişkisi her zaman mevcut değildir. Günümüzde artık bağımlılık ilişkisinin zayıf olduğu durumlarda, işçi-işveren ilişkisinin var olup olmadığının tespiti için, bağımlılık ölçütü dışındaki başka ölçütlere başvurulmaktadır²⁰.

Dolayısıyla işveren sıfatına sahip iş yaptırmanın sorumlulduğundan daha geniş bir sorumluluğı düzenleme amacı güden 66. maddede, bu tür bir sınırlamaya gidilmesi, kurumun uygulanmasını son derece güçleştirecektir ve kurumun amacına aykırıdır. İş yaptırmanın sorumluluğunun doğması için bağımlılık ölçütünün aranması, iş yaptırmanın sorumluluğunun kapsamını çok daraltmakta ve kurumu adeta işveren sıfatına sahip iş yaptırmanın yalnızca bağımlılık ölçütünü sağlayabilen bir grup işçisinin haksız fiillerinden ötürü sorumluluğuna indirgemektedir. Bu durumda örneğin, iş yaptırın, üzerinde kontrol yetkisi olmayan bir kişiden işini yapmasını istemiş ve bu kişi bir zarara yol açmışsa, iş yaptırın, bu haksız fiilden sorumlu tutulmayacak mıdır? Veya işverenle zayıf bir bağımlılık ilişkisi içinde olan işçinin verdiği zarardan işveren sorumlu tutulmayacak mıdır?

Dolayısıyla kanaatimce buradaki sorumluluk, iş yaptırının, yardımcı kişinin hizmet ediminden yarar sağlıyor olması esasından saptanmalıdır. İş yaptırın, yardımcı kişinin davranışlarının iyi sonuçlarından yararlandığı gibi kötü sonuçlarına da katlanmalıdır. Dolayısıyla iş yaptırın, iş yaptırdığı kişinin hizmet ediminden yararlandığı için, yardımcı kişi üzerinde kontrol yetkisi olup olmadığına bakılmaksızın, yardımcı kişinin verdiği zarardan sorumlu tutulmalıdır.

Nitekim Yargıtay, bu düzenlemeye rağmen, günün koşullarına uygun çözümler üretmek ihtiyacı nedeniyle olsa gerek 818 sayılı BK'nun yürürlükte olduğu dönemde 55.maddeyle ilgili geliştirdiği içtihadını²¹ 6098 sayılı BK'nun 66. maddesi

²⁰ Bkz. Kadriye Bakırcı (2017), "The Concept of "Employee": The Position in Turkey", Restatement of Labour Law in Europe: : Vol.1: The Concept of Employee (ed. / Bernd Waas; Gus Heerma van Voss), 1. ed., Oxford : Hart Publishing Ltd.

²¹ Örneğin bkz. Yarg. 7. HD, 7.4.2009, E.2008/6736, K.2009/1124; HGK, 30.5.2007, E.2007/-295, K.2007/317.

çerçevesindeki uyuşmazlıklarda da sürdürmektedir. Yargıtay, müteahhit ile yüklenici arasındaki sözleşmelerde müteahhidin yükleniciye emir ve talimat verme yetkisine sahip olduğunun belirtildiği durumlarda, yüklenicinin üçüncü kişilere verdiği zararlardan müteahhidi BK m.66 çerçevesinde sorumlu tutmaktadır. Böylece şekli emir-talimat ilişkisini de, bağımlılık ilişkisinin varlığı için yeterli kabul etmiş bulunmaktadır²². Çünkü küresel rekabet sonucu maliyetleri aşağıya çekme baskısı daha çok sayıda işin yükleniciye yaptırılması sonucunu doğurmaktadır. Yüklenici işi yaparken birisine zarar verdiği zaman bu zararı ödeme ihtimali en yüksek olan kim olabilir? Amaç, zarar görenin zararının karşılanması olduğuna göre, ekonomik olarak müteahhit daha güçlü olduğu ve yükleniciye kıyasla müteahhidin bu zararı karşılama ihtimali yüksek olduğu için müteahhitin sorumlu tutulması kaçınılmazdır.

Dolayısıyla 66. maddenin yeniden düzenlenmesi şarttır. Hatta yeni yapılacak bir düzenlemede, iş yaptırmanın iş yaptırdığı gerçek kişiler dışında, iş yaptırdığı robotların verdiği zararlardan ötürü sorumluluğunun da düzenlenmesi ihtiyacı vardır. Çünkü teknolojik gelişmeler nedeniyle yardımcı gerçek kişilerin yerini hızlı bir biçimde robotlar almaktadır.

2. Özen Yükümlülüğünün (Kurtuluş Kanıtının) Kapsamı Açısından Değerlendirme

6098 sayılı BK'nun 66. maddesinde, mehz İBK ve 818 sayılı mülga BK'ndan farklı olarak, "Adam çalıştıran, **çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz (f.2)**"²³ denmiş olması, iş yaptırmanın sorumluluktan kurtulması için, somut

²² Örneğin bkz. Yarg. 7. HD, 18.1.2011, E.2010/7458, K.2011/98; Yarg. 7. HD., 21.9.2010, E.2010/2809, K.2010/4791.

²³ Belirtmek gerekir ki, 6098 sayılı BK'nun 66. maddesine, 818 sayılı BK'nda mevcut olmayan 3. bir fıkra eklenmiştir. Bu fıkraya göre, "Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür".

olayın özelliğine göre “koşulların gerektirdiği bütün dikkat ve özeni gösterdiğini” ispatlaması yükümlülüğü yerine, iş yaptırmanın “çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini” ispat etmesi yükümlülüğüne indirgenmiştir.

Böylece bir yandan “çalışanı seçme, işle ilgili emir ve talimat verme, gözetleme ve denetleme” ölçütüyle iş yaptırmanın sorumluluğu daraltılmaya çalışılırken ve iş yaptırın korunurken, diğer yandan iş yaptırının sorumlu tutulduğu haksız fiillerde kurtuluş kanıtı getirmesi adeta imkansız hale getirilmiştir. Çünkü bağımlılık ilişkisinin zayıf olduğu ilişkilerde, iş yaptırının, işle ilgili talimat vermede ve özellikle gözetimde ve denetimde bulunmada gerekli özeni gösterdiğini ortaya koyması mümkün olmayacaktır.

Dolayısıyla kendi içinde çelişkili bir düzenleme karşımıza çıkmaktadır.

Yukarıda belirtilen nedenlerle BK'nun 66. maddesinin 2. fıkrasındaki **“Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini** ispat ederse, sorumlu olmaz” düzenlemesinin BK'ndan çıkarılması gerekmektedir.

ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNDA (TBK mad. 66) ÖZEL SORUNLAR

*Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK**

6098 Sayılı TBK'nun adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenleyen 66. maddesinin 3. fıkrasıyla, 818 sayılı BK mad. 55' de olmayan yeni bir düzenleme getirilmiş; bu düzenlemenin nasıl yorumlanacağı konusunda öğretide birbirinden farklı görüşler ortaya çıkmıştır. 6098 Sayılı Kanun'un adam çalıştırmanın sorumluluğu alanında esasa ilişkin olarak getirdiği en önemli ve tartışmalara yol açan hüküm, 66. maddenin bu üçüncü fıkrasıdır. Maddede yer alan diğer değişiklikler, adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin öğretiyi ve uygulamayı değiştirecek nitelikte olmayıp, genelde teyit edici niteliktedir.

Tebliğimizde "Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunda Özel Sorunlar" başlığı altında, "6098 Sayılı TBK mad. 66/III'deki bu yeni düzenlemenin hukuki niteliği ve özellikleri" ile "adam çalıştırmanın sorumluluğunda işlevsel bağlantı" özel koşulu ve de "adam çalıştırmanın sorumluluktan kurtulmak için getirebileceği kurtuluş kanıtı" üzerinde durulacaktır.

I.

6098 Sayılı TBK mad. 66'III'deki düzenlemenin hukuki niteliği ve özelliklerine değinmeden önce yürürlükten kalkan 818 sayılı BK mad. 55 hakkında kısa bir bilgi vermek yerinde olur:

Yürürlükten kalkan 818 Sayılı BK mad. 55'e göre:

"Başkalarını istihdam eden kimse maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelelerinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mesuldür. Şu kadar ki böyle bir zararın vukubulmaması için

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

hal ve maslahatın icap ettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse mes'ul olmaz.

İstihdam eden kimsenin zamin olduğu Şey ile zararı ika eden Şahsa karşı rücu hakkı saklıdır.”

Bu maddeye göre, adam çalıştırının sorumluluğu için, zarar gören, adam çalıştırının yardımcı bir kiŐisinin, kendisine verilen bir iŐin icrası esnasında hukuka aykırı bir davranış ile zarar verdiğini ve bu davranış ile zarar arasında uygun illiyet bağı olduğunu ispat etmelidir. Yardımcı kişinin zarara sebebiyet veren davranışı yapma ya da yapmama Şeklinde olumlu veya olumsuz bir davranış olabilir. Zarar fiili zarar (damnum emergens) ya da yoksun kalınan kar (lucrum cessans) Şeklinde veya kişiye verilen zarar, Şeye verilen zarar veyahut da manevi zarar Şeklinde ortaya çıkabilir¹. Sorumluluğunun doğabilmesi için, adam çalıştırının, ayrıca, *böyle bir zararın doğmaması için hal ve Şartların gerektirdiği bütün dikkat ve özeni gösterdiğini yahut dikkat ve özeni göstermiş olsa bile zararın doğmasına engel olamayacağını ispat edememiş olması* gerekir. Sorumluluk için yardımcı kişinin ya da adam çalıştırının kusuruna gerek yoktur. Adam çalıştırının kusuru ek kusur olarak deđerlendirilir².

İsviçre hukukunda da adam çalıştırının sorumluluğuna ilişkin düzenleme İsv. BK'nun 55. maddesinde yer almakta olup, aşağı yukarı, 818 sayılı Borçlar Kanunu'muzun 55. maddesi ile aynı içeriğe sahiptir. Türk-İsviçre hukukunda hakim olan görüşe göre, adam çalıştırının sorumluluğunun yardımcı kişinin ve de adam çalıştırının kusurunu Şart koŐmaması nedeniyle, kusursuz sorumluluk (sebeup sorumluluğu) türlerinden olup, olağan sebep sorumluluğu Şeklinde düzenlenmiŐtir³. Adam ça-

¹ Nater, Hans: Die Haftpflicht des Geschäftsherrn gemäss OR 55 angesichts der wirtschaftlich-technischen Entwicklung, Zürich 1970 ,s. 13.

² Nater, s. 7.

³ Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht/Schnyder, Anton K.: Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang, 3. Aufl., Basel-Genf-München 2003, Art. 55 OR, N. 1; Rey, Heinz : Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2008, N. 881, N. 901; BGE 97 II 221, (223); 110 II 456,(460) E. 2; Nater, s. 5; Berner Kommentar/

lıştırının 818 Sayılı BK mad. 55 (İsv. BK mad. 55) çerçevesinde kurtuluş kanıtı getirip sorumluluktan kurtulabilmesi nedeniyle, burada ispat yükü ters çevrilmiő bir kusur sorumluluğu olduğunu savunan yazarlar da vardır. Bu yazarlardan *Honsell'*e göre, İsv. BK mad. 55'de, sözleşme hukukunda olduğu gibi (OR Art. 97, TBK mad. 112) ispat yükü ters çevrilmiő bir kusur sorumluluğu söz konusu olup, adam çalıştırının kusuru, çalışanı seçme, denetleme, gözetleme ve ona talimat vermedeki kusuruyla sınırlandırılmıőtır⁴. Buna karşılık, burada olağan sebep sorumluluğu olduğunu savunan yazarlar ise, adam çalıştırının sorumluluğunda ispat edilecek kurtuluş kanıtının gereklerinin, İsv. BK md. 97'ye göre (TBK mad. 112) kusursuzluğu ispattan daha katı olduğunu, dolayısıyla ispatının daha zor olduğunu, kurtuluş kanıtında kusur sorumluluğunda olduğu gibi salt ortalama özenin değil, somut olarak hal ve şartların gerektirdiği tüm objektif özenin gösterilmesinin arandıđını⁵, adam çalıştırının özensizliğinin kusur sorumluluğuna göre daha fazla objektifleőtirildiđini, diğer taraftan adam çalıştırının kusurun sübjektif yönü olan ayırt etme gücüne sahip olmasa bile sorumlu olduđunu⁶ ifade etmektedirler.

818 sayılı BK mad. 55 (OR Art. 55) özen yükümlülüğu ihlali-ne dayalı bir sorumluluktur. Adam çalıştırın böyle bir zararın meydana gelmemesi için hal ve şartların gerekli kıldığı bütün

Brehm, Roland: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht das Obligationenrecht, Bd. VI, 1. Abt., Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilbd, 1. Unterteilbd., Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Artikel 41-61 OR, 3. Aufl. Bern 2006, OR 55, N. 32; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B. 23, Ankara 2018, s. 643-644; Antalya, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, İstanbul 2017, s. 258.

⁴ Honsell,H.: Die Haftung für Hilfspersonen, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Hrsg. von Bühler, Andrea/Müller-Chen, Markus, Bern 2011, s. 779 vd. (s. 786); aynı düşünce de Schwenzer, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009, N. 23.13; Davranış yükümü ihlali karinesine dayalı bir kusur sorumluluğu olduğu görüşünde Roberto, Vito: Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Bern 2018, N. 08.02. *Honsell'*e göre, somut olayda adam çalıştırın kusursuz olsa bile kurtuluş kanıtı getirmesi mümkün olmayabilir. Fakat bundan sorumluluğun adam çalıştırının kusurunu şart koşmadığı sonucuna varılamaz. Honsell, s. 789;

⁵ Oftinger, Karl/Stark, Emil W: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/Teilbd.I, Besonderer Teil, 4. Aufl., Zürich 1987, § 20 N 3; Keller, Max/Gabi, Sonja: Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Basel et al. 1988, s. 166.

⁶ Rey, N. 901; Keller/Gabi, s. 166.

dikkat ve özende bulunduğunu ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilmektedir. Burada, adam çalıştırandan, yardımcı kişinin zarar verici davranışını ve zararın ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olumlu bir davranış beklenmektedir. Türk ve İsviçre hukukunda öğreti ve uygulamada BK mad. 55 (OR mad. 55) çerçevesinde adam çalıştırmanın kurtuluş kanıtının, her ne kadar madde metninde açıkça ifade edilmese de, hali hazırdaki düzenlemede olduğu gibi, yardımcı kişiyi seçme (cura in eligendo), denetleme (cura in custodiendo) ve ona talimat vermede (cura in instruendo) gerekli özenin gösterilmiş olduğuna ilişkin olduğu kabul ediliyordu. Uygulama adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünün içeriği ve türünü somutlaştırmıştı. Bunun yanında adam çalıştırıcı, yardımcı kişiyi işin görülmesi için elverişli araç-gereç ve malzeme ile donatmakla yükümlü tutulduğu gibi, bir işletme söz konusu ise işletmesinin amaca uygun organizasyonundan da sorumlu tutuluyordu⁷. Yargıtay uygulamasının gelişimi de bu şekilde idi⁸.

İsviçre hukuk uygulamasında, 55. madde, motorlu araçların verdiği zararlardan sorumluluk ve lafız aşan bir yorumla üretici sorumluluğu olaylarına ilişkin olarak da uygulanarak, bu alanlara ilişkin ilişkin kanun boşluklarını dolduracak şekilde maddenin uygulama alanı genişletilmiş, bazı İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında, getirilen organizasyon yükümleriyle adam çalıştırıcının sorumluluğu ağırlaştırılmıştı⁹. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1984 yılında vermiş olduğu bir

⁷ Weber-Haeusermann, Elisabeth: Haftung für Hilfspersonen, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu neuen verantwortungsformen im deutschen und schweizerischen Recht, Zürich 1984, s.84; Wäspi, Oliver: Organisationshaftung Risiko und Unsorgfalt bei der Geschäftsherrenhaftung, Bern 2005, s.16; BGE 31 II 125; Eren, s. 652 vd.; Kara-Kılıçarslan, Seda: Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu, Ankara 2017, s.42 vd.

⁸ Bkz.Yarg. 4. HD. 18.4.1988 T, 400 E. 3633 K. Karahasan, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Notlandırılmış Yasa Maddeleri ve Yargıtay Kararları C. 4, İstanbul 2004, s. 698-699; Yarg. 4. HD. 2.10.1978 T., 11751 E. 10809 K. İçin bkz. Karahasan, s. 699 vd.; Yarg. 4. HD. 21.9.1976 T., 8787 E. 7829 K. İçin bkz. Karahasan, s. 704-705; Yarg. 15 HD. 13.3.1975 T. 2437 E. 1405 K. için bkz. Karahasan, s. 705-706; Yarg. HGK 18.12.1963 T. 4/18 K. 97 K. için bkz. Karahasan, s.706. Ayrıca bkz. Ünlütepe, Mustafa: Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III), İstanbul 2016, s.20 vd.

⁹ Bu konuda bkz. Ünlütepe, s.14 vd.

karara konu teşkil eden Menfez çerçevesi olayında¹⁰, betondan bir menfez çerçevesi yerleŐtirilirken çerçevedeki taşıma halkası yerinden sökülerek kopmuŐ ve menfez çerçevesinin yere düşmesi sonucu iŐçilerden biri yararlanmıştı. Davada, üretim esnasında taşıma halkasının çerçeveye yanlış yerleŐtirildiĐi ortaya çıkmıŐtı. Federal Mahkeme, işletmenin eksiksiz organizasyonunu sağlama yükümlülüğü kapsamında üreticilerin üretim hatasını ürünlerin sonraki kontrolleriyle tespit etme ya da böyle bir kontrol mümkün değilse üretimin en güvenli türünü seçme yükümü olduğundan bahisle, somut olayda menfez çerçevesi üreticisini İsv. BK mad. 55 çerçevesinde sorumlu tutmuŐtu. İsviçre Federal Mahkemesi diŐçi koltuğu olayında ise, diş hekiminin muayenehanesinde bulunan katlanır sandelyenin zayıf perçinlenmiŐ olması nedeniyle kırılması sonucu omiriliği yaralanan davacının açmış olduğu davada üreticinin sorumluluğunu ithalatçıya da yaymış, İtalya’da üretilmiş sandalyeyi İsviçre’ye ithal eden davalının da üretici gibi eŐyayı kontrol yükümlülüğü olduğundan, dolayısıyla organizasyon kusurunun varlığından bahisle sorumlu tutmuŐtu¹¹. Buna karşılık, Federal Mahkeme’nin daha önce, 1964 yılında vermiş olduğu karara konu teşkil eden ve “ Fritöz olayı” olayı olarak adlandırılan bir olayda, fritözün içine hatalı olarak yerleŐtirilen termostat nedeniyle yangın çıkmış, yangın sonucu zarar gören restoran sahibinin açtığı tazminat davasında Federal Mahkeme davalı (üretici) Şirket ortaklarının fritözü bizzat kontrol etmekle yükümlü olmadığı, friztözü monte eden davalı çalıŐanının ise özenli seçildiğini, doğru talimatlandırıldığını ve de genel olarak organizasyonun uygun Şekilde yapıldığını belirtilerek, davalının özen yükümlülüğüne ilişkin kurtuluş kanıtını yerine getirmiş olduğundan bahisle OR Art. 55 uyarınca sorumlu olmadığına karar vermiŐtir¹².

¹⁰ BGE 110 II 456. Ayrıca bkz. BGE 121 IV 10 (Fortlift olayı kararı).

¹¹ JdT 1986 I 571; Roberto, 08.21; Havutçu, Ayşe: Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2005, s. 56, dpn. 89; Ünlütepe, s. 19; Wäspi, s.35;

¹² BGE 90 II 86.

Bu sonuncu karar öğretide Jäggi tarafından eleştirilmiş, 1967 yılında, İsviçre Hukukçular Günü' nde Jäggi, adam çalıştırmanın sorumluluğunda tazminat sebebinin işletmede objektif özensizliğin olduğu bir organizasyon sorumluluğunu önermiştir. Jäggi'ye göre, teknik ve organizasyon, kusur sorumluluğu yanında diğer sorumluluk sebeplerinin ortaya çıkmasını haklı kılmaktadır. Jäggi'nin görüşüne göre, teknoloji tekniğin tehlikelerini kapsamına alırken, hukuk düzeni toplumsal süreçlerin asıl taşıyıcısı, sahibi olan insan ve eşyadan oluşan organizasyonları, müteşebbisleri özel olarak dikkate almaktadır. Sorumluluk hukukunun temel prensibi olarak muhafaza edilmesi gerekli olan kusur, bir organizasyon ne kadar kapsamlı ve kompleks ise o derece buharlaşmakta, ve böylece kollektif ve objektif bir özensizlik ortaya çıkmaktadır. Jäggi'ye göre, sorumluluğun bağlama noktası bir müteşebbisteki objektif özensizliktir. Sorumluluğun şartı sadece organizasyon biçimindeki işletme ve zarar arasında uygun nedensellik bağı değil, aynı zamanda müteşebbisin kınanmasıdır. Buna karşılık bir teşebbüs içerisinde objektif özensizliğe ilişkin kınamanın muhatabının kim olduğu, bir işçiye mi, işletme sahibine mi, yöneticiye mi olduğu sorumluluk için belirleyici değildir. Böylece söz konusu sorumluluk sadece OR 55 manasında tüm yardımcı kişileri değil, bir bütün olarak işletmenin kendisini, tüm üyelerini kapsar. Jäggi'nin organizasyon sorumluluğu önerisinin diğer bir gerekçesi ise OR Art. 55'in modern organizasyon formları için yetersiz olmasıdır¹³. Nater, OR 55'in modern organizasyon formları için yetersiz olduğu düşüncesine katılmamaktadır¹⁴.

İsv. BK mad. 55'in uygulamadaki bu gelişimi ve 1967 yılında İsviçre Hukukçular Günü'nde, Gillard'ın ve özellikle Jäggi'nin adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin talep ve görüşleri¹⁵,

¹³ Jäggi, Peter: Beiträge zum Schweizerischen Juristentag 1967, ZSR 1967, 2. Halbbd., s. 754 vd. (s.756); Nater, Jäggi'nin bu görüşüne, zaten OR Art. 55 aracılığıyla aynı sonuca ulaşılabilirliğini ileri sürerek karşı çıkmaktadır. Nater, s. 117-118. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Ünlütepe, s. 38 vd. ve s. 39, dpn. 113.

¹⁴ Nater, s. 117-118.

¹⁵ Gillard adam çalıştırmanın sorumluluğunda kurtuluş kanıtı getirme imkanının orta-

1998 yılında tamamlanan “İsviçre Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birleştirilmesine İlişkin Kanun Ön Tasarısı’nın 49a maddesinde yer alan organizasyon sorumluluğunun düzenlenmesinde önemli bir rol oynamıştır¹⁶. Söz konusu Ön Tasarı İsviçre’de kanunlaşma imkanı bulamamıştır, ama adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin 49 ve 49a maddesi gibi bazı düzenlemeleri, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda model alınmıştır¹⁷. Söz konusu maddeler, İsviçre Sorumluluk Hukuku Ön Tasarısı’nda *Yardımcı Kişilerden Sorumluluk* üst başlığı altında düzenlenmiştir. “Genel Olarak” başlığı altında mad 49’ da esas itibarıyla İsv. BK’nun mad. 55 düzenlemesi korunarak, gerekçede, bu düzenlemenin (*mad. 49a’ daki düzenlemenin konusunu oluşturan*) ekonomik veya mesleki faaliyet gösteren işletme dışında kalan, genelde evle ilgili faaliyetlerle bağlantılı işler (*örneğin, hizmetçi, bahçivan gibi yardımcı kişilerin yaptığı işler veya amatör müzisyenlerin bir konserinin organizasyonu veya amatör futbola takımına hazırlık yaptırılması*) esnasında sebebiyet verilen zararlarda geçerli olduğu ifade edilmiş; “İşletmelerde” başlığı altında 49a maddesinde ise, ekonomik veya mesleki amaçla faaliyette bulunan bir işletmede bir veya daha fazla yardımcı kişiden yararlanan kişinin bu faaliyetler kapsamında sebep olunan zararlardan, o işletmenin organizasyonunun zararı önlemeye elverişli olduğu ispat edilmediği sürece sorumlu olduğu düzenlenmiştir¹⁸.

dan kaldırılmasını önermektedir. Naklen, Widmer, Pierre/Wessner, Pierre: Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht, Bern 2000, s. 126.

¹⁶ Widmer/Wessner, s. 124 vd., s. 126.

¹⁷ 2012 yılında tamamlanan İsviçre Borçlar Kanunu Genel Bölüm 2020 Tasarısında da (Schweizerischer Obligationenrecht 2020-Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil (OR 2020)) “Organizasyon sorumluluğu” başlığı altında adam çalıştırmanın ve işletme sahibinin sorumluluğu düzenlenmiştir. 58. maddeye göre: “Adam çalıştırarak, çalışan veya diğer yardımcı kişilerin hizmet ya da iş ile ilgili faaliyetlerini yerine getirdikleri sırada sebep oldukları zarardan, zararın doğumunu engellemek için şartların gerektirdiği özeni gösterdiğini ya da bu tür bir özenin gösterilmesi halinde dahi zararın meydana geleceğini ispat etmediği sürece sorumludur”. 59. maddeye göre: Bir ticari işletme, işletmenin faaliyeti çerçevesinde vermiş olduğu zarardan, işletme organizasyonunun zararın doğmasını engellemeye elverişli olduğunu ispatlamadıkça sorumludur.” Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünlütepe, s.49 vd.

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.Kara-Kılıçarslan, s. 47 vd.

II.

İşte, Türk hukukunda da 1 Temmuz 2012’de yürürlüğe giren 6098 sayılı TBK mad. 66’nın, İsviçre Sorumluluk Hukuku Ön Tasarısı’ndaki 49 ve 49a maddeleri örnek alınarak düzenlenmesiyle birlikte öğretide TBK mad. 66/III’ün de Türk hukukuna ilişkin olarak, (hatta bazı yazarlarca üreticinin sorumluluğunu da kapsayacak şekilde) organizasyon sorumluluğu getirdiği görüşü savunulmaktadır¹⁹.

6098 sayılı TBK’nun, İsviçre Sorumluluk Hukuku Öntasarısı’ndaki 49. ve 49a maddelerinde yer alan düzenlemeleri model alan 66. maddesine göre:

“Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz.

Bir işletmede, adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunana zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.”

Öğretide bir kısım yazarlara göre²⁰ TBK mad. 66/III’de yer

¹⁹ Bkz. aşağıda dpn. 22-31 ve bu dipnotlara ilişkin metinler.

²⁰ Altop, Atilla: Değerlendirme Konuşması, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2. Bası, İstanbul 2012, s.203-204; Koç, Nevzat: Türk Borçlar Kanununun Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukuna İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Yaşar Üniversitesi e- Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, C.II, Özel Sayı, Vol: 8, 2013, s.1680; Sanlı, Kerem Cem: Kusursuz Sorumluluk Halleri, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu. Derleyen: Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu, İstanbul Ocak 2012, s. 67-68; Akartepe, Alpaslan: Türk Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler, EÜHFD, C.XVI, Ş.1-2, 2012, s. 163; Burcuoğlu, Haluk: Seminer: Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler, İz. BD., Yıl:77, S. 2, Mayıs 2012, s. 41; Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 22, Ankara 2018, s. 440; Oğuzman, M. Kemal/Öz M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.

alan yeni düzenleme, adam çalıştırana, çalışanın seçiminde, denetlenmesinde ve ona talimat verilmesinde göstereceği özen yanında, işletmede çalışma düzenine ilişkin olarak dördüncü bir özen yükümlülüğü getirmekte olup, sorumluluktan kurtulmak isteyen adam çalıştıran, çalışanın seçiminde, denetlenmesinde ve ona talimat verilmesinde gerekli özeni göstermiş olduğunu ispat yanında, çalışma düzenine ilişkin olarak da (*yeterli sayıda eleman çalıştırmak, çalışanlar arasındaki işletme faaliyetlerine ilişkin bilgi akışı, iletişim, amaca uygun ve etkili bir işbölümü ve çalışma saati ayarlanması gibi*) gerekli özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Şüphesiz bu dördüncü özen yükümlülüğü TBK mad. 66/III'de açıkça belirtildiği üzere, ancak bir işletmede adam çalıştıran açısından söz konusudur²¹.

Diğer bir görüşe göre ise, TBK mad. 66/III'de, TBK mad. 66/I ve II'deki adam çalıştıranın sorumluluğundan ayrı bağımsız bir organizasyon sorumluluğu düzenlenmiştir²². Dolayısıyla bu görüşe göre, TBK mad. 66/I -II ile TBK mad. 66/III'de birbirinden farklı iki sorumluluk normu yer almaktadır.

TBK mad. 66/III'deki düzenlemeyle Türk hukukuna organizasyon sorumluluğu getirildiği görüşünü savunan yazarların

2, B. 14, İstanbul 2018, N. 455 vd.; Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, B.4, İstanbul 2017, s. 153, N. 15; Zevkliler, Aydın/ Ertas, Şeref/Havutçu, Ayşe/Aydoğdu, Murat/Cumalıoğlu, Emre: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Hükümler, B. 2, İzmir 2013, s.230; Eren, s. 654; Nomer, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. B. İstanbul 2017, N. 118.13.

²¹ Bkz. Örneğin, Kılıçoğlu, s. 440; Nomer, s. 191, N. 118.13; Oğuzman/Öz, C. 2, N.463.

²² Türkmen, Ahmet: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Organizasyon Sorumluluğu, İÜHF, C. 70, S. 2, 2012, s. 260 vd.; Antalya, C. II, s.552 vd.; Sağlam, İpek: Adam çalıştıranın Sorumluluğu, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2. Bası, İstanbul 2012, s.168 vd. ; İnan, Ali Naim/Yücel, Özeğ: İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.4, Ankara 2014, s.419; Ünlütepe, s.167 ; Kara-Kılıçarslan, s. 66 ; Büyüksağış, Erdem: Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler, DE-ÜHF, C. 8, S.1; 2006, s.8, dph. 20 ; Altay, Sabah: "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştıranın İşletme Faaliyeti (Organizasyonu) Dolayısıyla Sorumluluğu (TBK mad. 66/3)", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2. Bası, İstanbul 2012, s.181.

bu görüşlerinin temelinde, TBK mad. 66/III düzenlemesinde İsviçre Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birleştirilmesine İlişkin Federal Kanun Ön Tasarısı'nın (1998-Widmer-Wessner tasarısı) 49a maddesinde yer alan düzenlemenin örnek alınmış olması yatmaktadır.

Bu yazarlardan *Antalya* adam çalıştırmanın sorumluluğunu, adam çalıştırmanın genel ve özel nitelikte sorumluluğu olmak üzere ikiye ayırmakta olup, yazara göre, "TBK mad. 66/I ve II adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin genel bir hüküm olup, TBK mad. 66/III ise çalışanın işletmedeki faaliyetinden bir zarar doğmasını düzenleyen özel nitelikte bir hükmüdür; TBK mad. 66/III, TBK mad. 66/I'deki sorumluluğa ilişkin olarak getirilmiş bir kurtuluş kanıtı değil, adam çalıştırmanın özen sorumluluğuna ilişkin olarak genel sorumluluğun yanında özel bir sorumluluk olgusunu düzenlemiştir"²³. *Antalya*'ya göre, "bu hüküm ürün sorumluluğunun kapsamına girmeyen zararlar yönünden de uygulanabilecek, özellikle ayıplı imal edilmiş bir ürünün henüz piyasaya sürülmediği veya ürünün iş (ekonomik veya mesleki faaliyet) için kullanılan mallara zarar verdiği (*üreticinin sorumluluğuna ilişkin*) durumlarda söz konusu olacaktır"²⁴.

İnan/Yücel'e göre, TBK mad. 66/III'de, organizasyon ek-sikliğine dayalı adam çalıştırmanın sorumluluğundan bağımsız bir organizasyon sorumluluğu söz konusu olmasına rağmen, sadece adam çalıştıranlara ilişkin olarak ve adam çalıştırma sorumluluğu içerisinde düzenlemek suretiyle bu hükmün uygulama alanını daraltmıştır²⁵.

Kara-Kılıçarslan'a göre ise, "TBK m. 66/f.1-2 ve TBK m. 66/f.3 hükümleri, emsal İsviçre Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Yeknesaklaştırılmasına İlişkin Federal Kanununa İlişkin Ön Tasarısında kabul edildiği gibi, adam çalıştırmanın sorumluluğunu farklı katılıkta kurtuluş kanıtlarıyla düzenleyen ve uy-

²³ *Antalya*, C. II, s. 261 vd.

²⁴ *Antalya*, C. II, s. 283.

²⁵ İnan/Yücel, s. 419.

gulama alanı birbirinden farklı iki genel hükümdür. Adam çalıştırmanın işletmenin organizasyonu dolayısıyla sorumluluğu, adam çalıştırmanın TBK m.66/f.1-2 çerçevesinde çalışanın zarar veren davranışı dolayısıyla sorumluluğuna göre daha katı biçimde özen ölçüsü öngörmektedir. Zira TBK m. 66/f.1 karmaşık nitelik arz etmeyen, işletme faaliyeti seviyesine gelmemiş daha basit düzeyde çalışma ilişkilerinde uygulama alanı bulurken, TBK m. 66/f.3, adam çalıştırmanın üretim, seyahat, taşıma, sağlık vb. alanlarda yürütölen birden çok kişinin işbölümüyle gerçekleşen ekonomik ve mesleki faaliyetlerin söz konusu olduğu işletmelerde organizasyon etkinliğinden dolayı olağan sebep sorumluluğunu düzenlemektedir”²⁶.

Ünlütepe’ye göre de, “TBK mad. 666/III’de yer verilen sorumluluk her ne kadar adam çalıştırana ilişkin hüküm içerisinde yer verilmiş olsa da organizasyon sorumluluğunu ifade eder ve adam çalıştırmanın sorumluluğundan ayrı ve bağımsız nitelik taşır. Dolayısıyla, TBK mad. 66 hükmü iki ayrı sorumluluk hükmünü bünyesinde barındırır. Hükümde yer verilen “çalışma düzeni” kavramı da organizasyon olarak değerlendirilir. Kurtuluş kanıtı bakımından özen yükümlölüğünün kapsamı açıkça düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğu yanında (TBK mad. 66/I-II) objektif organizasyon eksikliğine dayalı organizasyon sorumluluğu esası tayin edilir. Bu iki sorumluluk hükmü, özen yükümlölüğünün ihlal edilmesinin şart koşulduğu bir olağan sebep sorumluluğu tarzında, özellikle sorumlu kişi ve kurtuluş kanıtı bakımdan ayırım yapılarak adam çalıştırmanın üst başlığı altında bağlantılı olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan TBK mad. 66/III hükmü işletmeler bakımından genel bir organizasyon sorumluluğu öngörür”²⁷...”Organizasyon sorumluluğunun doğmasında, mutlaka çalışanın zarara sebep olan bir fiilinin bulunması şart değildir”²⁸...”Öte yandan, TBK mad. 66/III uyarınca organizasyon sorumluluğu ifade edilen çerçevesinde hizmet

²⁶ Kara-Kılıçarslan, s. 66.

²⁷ Ünlütepe, s.167.

²⁸ Ünlütepe, s. 168.

ve ürün hatalarının sebep olduğu zararlar alanında uygulanma imkanına sahip genel sorumluluk düzenlemesi niteliğini taşıır”²⁹. Ünlütepe’ye göre, “adam çalıştırmanın sorumluluğu ve organizasyon sorumluluğu arasında, esas olarak, sorumlu kişi ve kurtuluş kanıtı bakımından farklılık mevcuttur. Çalışanın (kusuru aranmaksızın) haksız fiil niteliğinde bir davranışı söz konusu değılse adam çalıştırmanın sorumluluğuna başvurulması mümkün olmaz. TBK mad. 66/III’e dayalı organizasyon sorumluluğunda ise zarar bir çalışanın sebep olması mümkün olduğu gibi, işletme faaliyeti kapsamındaki araç, makine, malzeme vb. taşınır ile taşınmaz maddi unsurlar ya da işletme çıktılarının (ürün ve hizmet) vermiş olduğu zararlar da sorumluluğa kaynaklık edebilir. Benzer şekilde işletenin, işletme faaliyeti ile ilgili fiilleri de organizasyon sorumluluğunun ortaya çıkmasına neden olur. Dolayısıyla, zarar mutlaka çalışanın sebep olması aranmaz.³⁰ TBK m.66/II hükmünde, adam çalıştırmanın fiili nedeniyle sorumluluktan sıyrılabilmesi, çalışanın seçiminde, talimatlandırılmasında, gözetim ve denetiminde özen gösterdiğini ispat etmesine bağlı tutulur. Organizasyon sorumluluğuna ilişkin kurtuluş kanıtı ise TBK mad. 66/III hükmüne göre, işletme organizasyonuna özen gösterdiğini ispat etmesini gerektirir”³¹.

TBK’nun 66’ncı maddesinin gerekçesine bakıldığında ise, aynen şu husus ifade edilmektedir.” 818 sayılı Borçlar Kanununun’da yer verilmeyen üçüncü fıkrasında ise, sahibi olduğu işletmede adam çalıştırmanın, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat edemezse, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlü olduğu öngörülmüştür. Böylece, işletmesinde zararın doğmasını önlemeye elverişli bir çalışma düzeni kurduğunu ispat edemeyen adam çalıştıranların, ikinci fıkradan yararlanamayacakları kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu yeni düzenleme uygulama ve öğretide savunulan görüşü yansıtmış bulunmaktadır.”

²⁹ Ünlütepe, s. 169.

³⁰ Ünlütepe, s.193.

³¹ Ünlütepe, s. 195.

Gerekçe dikkate alındığında, 6098 sayılı TBK mad. 66/II-I'deki düzenlemenin, bir işletme söz konusu olduğunda adam çalıştırana çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olmasını sağlama yönünde, çalışana seçme, talimat verme ve denetleme yükümünü aşan bir özen yükümlülüğünü getirdiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle işletmelerde adam çalıştırana çalışana seçme, denetleme ve ona talimat verme yükümünü özenli yerine getirdiğini ispatla sorumluluktan kurtulamamakta, sorumluluktan kurtulmak için somut olayın hal ve şartları çerçevesinde işletmede çalışma düzeninin üçüncü kişilere zarar verme riskini önlemeye elverişli şekilde planlandığını ispat etmesi gerekmektedir.³² Bu açıdan TBK mad. 66/III hükmünün, adam çalıştırana sorumluluğunun şartlarını esas itibarıyla değiştirmede, işletmeler açısından yeni bir organizasyon sorumluluğu getirmediği, sadece işletmedeki adam çalıştırana açısından şimdiye kadarki mevcut hukuk uygulamasını teyid eder şekilde, özel bir kurtuluş kanıtı getirdiği düşüncesindeyiz. Esasen, 818 sayılı BK mad. 55'deki adam çalıştırana sorumluluğuna ilişkin düzenleme, o zamanki haliyle de, daha dar kapsamda olsa da, *“organizasyondaki, bir başka ifade ile, organize etmedeki özen eksikliğinden dolayı sorumluluk anlamında”* bir organizasyon sorumluluğu şeklindeydi³³.

Gerekçede ve tebliğimizin başında ifade edildiği üzere, Yargıtay uygulamasında ve öğretilerde, 818 sayılı BK mad. 55 çerçevesinde adam çalıştırana özen yükümlülüğünün, çalışana seçimi, denetimi ve ona talimat verilmesi yanında, çalışana iş için elverişli araç ve gereçler ile malzemeyi sağlamada ve de işin organizasyonunun esaslı ve doğru şekilde yapılmasında gösterilmesi gereken özeni de içerdieği kabul edilmekteydi³⁴.

³² Diğer taraftan, çalışana seçme, denetleme ve onlara talimat vermede özen yükümü, kanımızca, bir işletme söz konusu olduğunda, çalışma düzeninin üçüncü kişilere zarar verme riskini önlemeye elverişli şekilde planlanmasını sağlamada özen gösterme yükümünün kapsamına dahildir. Aynı görüşte Ünlütepe, s. 195.

³³ Karş. Kara-Kılıçarslan, s. 141 vd.

³⁴ Örneğin, 4. HD.'nin 2.10.1978 tarihli kararına göre, adam çalıştırana sorumluluğunun kaynağı, adam çalıştırana göstermekle yükümlü olduğu özenle iş görme ödevinin ihlalidir. Özen ödevi, a) Çalıştırılanın veya işçinin seçiminde dikkat ve özeni gösterme b) Talimata özen gösterme c) Denetim ve gözetimde özen gösterme d) İşin organizasyonunu esaslı ve doğru bir şekilde kurma unsurlarından

Öğretide, Altop da³⁵ bu hususa işaret ederek adam çalıştırmanın sorumluluğu alanındaki uygulamada yerleşmiş hususların 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na konulduğunu, İsviçre'deki Widmer/Wessner Tasarı'sına bakılarak işletmedeki çalışan kişilerin faaliyetleri dışında bir zarar meydana geldiğinde aynı madde uyarınca işletme sahibinin kusursuz sorumluluğunu kabulün yerinde olmayacağını, yorum yoluyla zorlamalarla kusursuz sorumluluğun kabul edilemeyeceğini, kanun koyucunun kusursuz sorumluluk kabul etmek isteseydi bunu açık ve ayrı bir hükümle yapacağını ifade etmektedir.

Şu husus da açıkça belirtmek gerekir ki adam çalıştırmanın sorumluluğunda zarar sadece olumlu davranışlarla değil, ihmal, yani yapmama şeklinde gösteren davranışlarla da ortaya çıkabilir. Bu nedenle adam çalıştırmanın sorumluluğunda zarar sebebiyet veren çalışanın, yardımcı kişinin tespiti, özellikle karmaşık ilişki ve işbölümüne dayalı işletmelerde mümkün olmayabilir; öğretide ifade edildiği üzere bir kolektif özensizlik söz konusu olabilir³⁶. Bu durum, yani zarar sebebiyet verenin somut olarak tespit edilememesi adam çalıştırmanın sorumluluğuna engel değildir. Esasen İsviçre hukukunda öğretide hakim olan görüşe göre de, İsv. BK mad. 55 çerçevesinde adam çalıştırmanın sorumluluğu için yardımcı kişinin zarar veren şahsı ispat etmesine gerek yoktur. Zararın kaynağının adam çalıştırmanın iş ve faaliyet sahasında olduğunu ispat yeterlidir³⁷.

Diğer taraftan TBK mad. 66 çerçevesinde adam çalıştırmanın sorumluluğuna, çalışanın kendisine tevdi edilen işin görülmesinde kullandığı ya da işletme faaliyetleri esnasında kullanılan bir malzeme veya araç-gereç sebep olabilir³⁸. Burada zarara

oluşur. Yarg. 4 HD. 2.10.1978 T. 11751 E. 1089 K. sayılı kararı için bkz. Karahasan, s. 699 vd. Ayrıca bkz. yukarıda dpn. 7-8 ve buna İlişkin metin.

³⁵ Altop, s.203-204; aynı zamanda bkz. Burcuoğlu, s.41.

³⁶ Kara-Kılıçarslan, s.158 vd.; Jäggi, s.755; Ünlütepe, s.38.

³⁷ Rey, 898; Handkommentar zum Schweizer Privatrecht/Christof, Müller: Obligationenrecht-Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Hrsg. Furrer, Andreas/Schnyder, Anton K., 3. Aufl., 2016, Art. 55 OR, N. 15; Oftinger/Stark, II/1, § 20, N.109; Berner Kommentar/Brehm, OR 55, N. 20; BGE 59 II 155 E. 4.

³⁸ Bkz. Yarg. . 4. HD. 15.8.1972 T., E.1977/11751, K. 1978/10809 sayılı kararı için YKD Ocak 1979, C.5, S.1, s. 39 vd. (Bir anonim şirkete ait bulunan fabrika tesisinde eser

doğrudan doğruya sebep olan eksik ya da bozuk malzeme, araç-gereç de olsa, dolaylı sebebin adam çalıştırmanın, o malzeme, araç ve gerecin bakım veya kontrolünü ihmal eden çalışanı veya kendisi olduğunu, yani temelde zararın sebebinin ihmale dayalı bir insan davranışı, bir organizasyon eksikliği olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

III.

Adam çalıştırmanın sorumluluğunda tartışma doğuran hususlardan bir diğeri, sorumluluk için aranan “çalışana verilen işle çalışanın üçüncü kişiye verdiği zarar arasında işlevsel (fonksiyonel) bir bağlantının olması” özel şartına ilişkindir. Öğreti ve uygulamada hakim görüşe göre, adam çalıştırmanın sorumluluğu için, çalışanın üçüncü kişiye kendisine tevdi edilen işin görülmesi esnasında bir zarar vermesi gerekir.³⁹ Bu şart, çalışana verilen işle çalışanın üçüncü kişiye verdiği zarar arasında işlevsel bir bağlantının olması şeklinde ifade edilmektedir⁴⁰. İsv. BK. mad. 55 açısından, adam çalıştırmanın, sadece bu şartın varlığı halinde talimat verme ve denetleme suretiyle ve de iş için elverişli araç ve gereçleri yardımcı kişinin tasarrufuna sunarak zarara sebebiyetin önüne geçebileceği belirtilmektedir⁴¹.

Hakim görüş, işlevsel bir bağlantının varlığını kabul için zarar verici davranış ile çalışana tevdi edilen iş arasında salt

sözleşmesi ile inşaat işini üstlenmiş olan yüklenicinin çalışanın, vinç ile kaldırdığı beton direğin taşıma halkasının kopması nedeniyle düşmesi ve işsahibi şirketin çalışanın zarar uğramasına sebep olması). Karar için bkz. ayrıca Ünlütepe, s.20 vd.

³⁹ Nater, s.16; Roberto, N. 08.11; Oftinger/Stark, II/1, § 20, N. 88 vd.; Eren, s. 650; Oğuzman/Öz, C.2, N. 452;

⁴⁰ Nater, s. 16; Oftinger/Stark, II/1, § 20, N. 88; Roberto, N. 08.11; Basler Kommentar/Schnyder, OR 55, N. 13; Handkommentar zum Schweizer Privatrecht/ Müller, Art. 55 OR, N.13; Eren, s. 650; Oğuzman/Öz, C.2; N. 452; ayrıntılı bilgi için bkz. Ünlütepe, s. 362 vd.; Kara-Kılıçaraslan, s.76 vd.; Ögüz, T.: Adam çalıştırmanın Sorumluluğu Açısından “Emir-Talimat Altında Çalışma” ve “Zarar ile Görülen İş Arasında İşlevsel Bağlılık Bulunması” Unsurları Hakkında Değerlendirme, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 841 vd.

⁴¹ Nater, s.16.

zamansal ya da mekânsal ilişkiyi yeterli görmemektedir⁴². Bir başka deyişle çalışanın kendisine tevdi edilen işi vesile kılarak üçüncü kişiye vermiş olduğu zararlar adam çalıştırmanın sorumluluğu dışında tutulmaktadır⁴³. Bununla birlikte bazen çalışanın kendisine tevdi edilen iş esnasında mı yoksa iş vesilesiyle mi üçüncü kişiye zarar vermiş olduğunu, dolayısıyla adam çalıştırmanın çalışanın vermiş olduğu zarardan sorumlu tutulup tutulmayacağını tespit zor olabilmekte, bu konuda farklı görüşler ortaya çıkabilmektedir. Örneğin bir işçinin boyama işi esnasında evde bulunan saati çalmasını bir görüş çalışana tevdi edilen iş esnasında verilen zarar olarak nitelendirirken, diğer görüş çalışana tevdi edilen iş vesilesiyle verilen zarar olarak nitelendirmektedir. İsviçre uygulaması işlevsel bağlılık şartını geniş uygulamaktadır⁴⁴. Bu çerçevede, örneğin, çalışan kendi insiyatifiyle görev ve yetki alanını aşmışsa⁴⁵, kasti davranmışsa⁴⁶ ya da adam çalıştırmanın talimatlarına aykırı davranmış veya bunları yanlış anlamışsa, zarar ve çalışanın gördüğü iş arasında işlevsel bir bağlantı olduğu sürece, çalışanın bu durumda da verdiği zararlardan adam çalıştırmanın sorumlu tutulabileceği kabul edilmektedir⁴⁷. Hatta öğretilerde bir görüş⁴⁸ bu noktada verilen zararın, yapılması çalışana bırakılan işin riskleri arasında olup olmadığına bakılması gerektiğini savunmaktadır. Bu çerçevede örneğin, yardımcı kişi tamir için

⁴² Nater, s. 16; Oftinger/Stark, II/I, § 20, N. 89; Roberto, N. 08.12. Çalışana tevdi edilen işe eşlik eden, kolaylaştırıcı her şey tevdi edilen işin çerçevesine dahildir. Nater, s. 17; karşı Oftinger/Stark, II/1, N. 91; Ünlütepe, s. 367.

⁴³ Eren, s. 651; Nater, s. 16; Oftinger/Stark, II/1, § 20, N. 88; Berner Kommentar/Brehm, OR 55, N. 23; Keller/Gabi, N. 168; Rey, N.914.; BGE 43 II 181 (187 vd.); 46 II 122 (126); 56 II 24 (34 vd.); 58 II 23, (28); 61 II 339 (342 vd.); 75 II 225 (226); 99 II 46 (48).

⁴⁴ Nater, s.1; Eren, s.651.

⁴⁵ Oftinger/Stark, II/1, § 20, N. 93; Keller/Gabi, s. 168; Berner Kommentar/Brehm, OR 55, N. 25; Rey, N. 919; Roberto, 08.14; Basel Kommentar/Schnyder, OR 55, N.13; Handkommentar zum Schweizer Privatrecht/ Müller, Art. 55 OR, N. 16; Oğuzman/Öz, C.2, N. 453.

⁴⁶ Berner Kommentar/Brehm, OR 55, N. 27 vd. ; Şüphesiz çalışanın kasti davranması halinde adam çalışanın kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulması daha kolaydır. Nater, s.16, dpn. 53.

⁴⁷ Eren, s. 651; Roberto, N. 08.14.

⁴⁸ Werro, Franz: Responsabilité Civile, 2e éd. Bern 21011, N. 459, naklen Handkommentar zum Schweizer Privatrecht/ Müller, Art. 55 OR, N. 14.

bir müşteriye gönderilir ve o orada bir mücevher çalarsa yardımcı kişinin bir eve gönderilmesi halinde, bu durum çalışanın çalma riskini içermesi sebebiyle bu hırsızlıktan adam çalıştıran sorumludur⁴⁹. Ama inşaat yerinde bir vinç sürücüsünün üçüncü bir kişiyi bıçağıyla öldürmesi, vinç sürme faaliyetinin risklerine dahil olmadığından, bu ölümden adam çalıştıran TBK mad. 66'ya göre sorumlu tutulamaz⁵⁰.

İşletmede adam çalıştıranlar açısından bu şartın nasıl ele alınacağı konusuna gelince, öğretilerde TBK mad. 66/III düzenlemesinin işletmelerde bir organizasyon sorumluluğunu düzenleyen ve TBK mad. 66/I-II' den ayrı bir hüküm olduğunu ileri süren bazı yazarlar tarafından, adam çalıştıranın sorumluluğu için koşul olarak zarar ile işletme faaliyeti arasında zamansal ve mekânsal ilişki yeterli görülmektedir⁵¹.

Biz bu konuda ister TBK mad. 66/III anlamında bir işletme söz konusu olsun ister olmasın, adam çalıştıranın sorumluluğu için katı olmayan bir işlevsel bağıllık koşulunun aranması gerektiği görüşündeyiz. Bir işletmede adam çalıştıran açısından, zarar sebebiyet veren kişinin tespit edilememesi durumunda dahi TBK mad. 66 çerçevesinde sorumluluk doğabileceğinden, işlevsel bağıllık koşulundan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak, şöyle bir ayırım yapmayı uygun görmekteyiz:

Zarara sebebiyet veren yardımcı kişinin belli olması durumunda, yardımcı kişiye verilen iş ile zarar arasında işlevsel bağın olması (geniş yorumlanacak bir işlevsel bağ); zarar sebebiyet veren kişinin belirlenememesi durumunda ise zarar sebebiyet veren işletme faaliyeti ve zarar arasında işlevsel bağlantının olması⁵².Örneğin çalışanın işyeri anahtarlarının kendisinde olması sebebiyle gece işyerine girip, bir meslektaş ile ilgili gizli verileri alıp buna karşı kullanması halinde, zarar verici davranış ile işletme faaliyeti (çalışana tevdi edilen iş) ara-

⁴⁹ Berner Kommentar/Brehm, OR 55, N. 28 .

⁵⁰ Handkommentar zum Schweizer Privatrecht/ Müller, Art. 55 OR, N. 14.

⁵¹ Ünlütepe, s.364 vd., s. 366, vd., s. 564; Türkmen, s.269; Altay, s. 181; Antalya, C.II, s.282: aksi görüşte bkz. Kara-Kılıçaraslan, s. 147.

⁵² Karş. Kara-Kılıçaraslan, s. 147.

sında zamansal bir ilişki olmamasına rağmen kanımızca, zarar verici davranış ile işletme faaliyeti (çalışana tevdi edilen iş) arasında, çalışanın sadece bu faaliyet ve konumu dolayısıyla meslektaşının verilerini alma imkanına sahip olması nedeniyle, işlevsel bağlantının varlığı kabul edilmelidir⁵³.

IV.

TBK mad. 66'da adam çalıştıranla çalıştırma ilişkisi bulunan çalışanın kendisine verilen işin görülmesi /işletme faaliyeti esnasında hukuka aykırı bir davranış ile üçüncü kişiye bir zarar vermesi/verilmesi ve bu zarar ile çalışanın davranışı/işletme faaliyeti arasında uygun nedensellik bağının bulanması halinde, adam çalıştıranın özen yükümlülüğünü ihlal etmiş olduğu ve özen yükümlülüğünü ihlal ile zarar arasında nedensellik bağı odluğu karine olarak kabul edilmektedir. Adam çalıştıranın sorumluluğunun söz konusu şartlarının varlığını ispat, zarar görene düşer. Bununla birlikte tebliğimizin başında da ifade ettiğimiz üzere, adam çalıştıran TBK mad. 66/II çerçevesinde *"çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini"* ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

Bunun yanında bir işletme söz konusu ise, adam çalıştıran, TBK mad. 66/III'e göre, *"işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu"* ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkanına sahiptir. İşletmesinde zararın doğmasını önlemeye elverişli bir çalışma düzeni kurduğunu ispat edemeyen adam çalıştıran, salt çalışanınını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken özen gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz.

Yürürlükten kalkan 818 sayılı BK mad. 55'de adam çalıştıranın kurtuluş kanıtı, metni sadeleştirecek olursak, *"Şu kadar ki böyle bir zararın vuku bulmaması için hal ve şartların gerektirdiği bütün dikkat ve özende bulunduğunu yahut dikkat ve özende bulunmuş olsaydı bile zararın vukuuna engel ola-*

⁵³ Örnek için bkz. Wäspi, s.307.

mayacađını ispat ederse sorumlu olmaz Őeklinde dűzenlenmiŐti. Yeni dűzenlemede “bu dikkat ve űzeni gűstermiŐ olsa bile zararın vukuuna engel olamayacađını ispat ederse sorumlu olmaz” hűkmű madde metnine alınmamıŐ olup, madde gerekçesinde bu durum ayrı bir kurtuluŐ kanıtı olarak dűzenlenmiŐ gűzűkmekle birlikte nedensellik bađı ile ilgili olmasının gűz űnűnde tutulduđu ifade edilmiŐtir. Yani nedensellik bađının bulunmaması her tűrlű sorumluluđu űnleyen bir durum olduđundan bu hűkűm yeni madde metnine alınmamıŐtir. Burada, műcbir sebep, zarar gűren veya űçűncű kiŐinin ađır kusuru gibi adam çalıŐtırının TBK mad. 66/II ve III çerçevesinde gűstermesi gerekli űzen ile zarar arasında uygun illiyet bađını kesen sebeplerin varlıđını ispat sűz konusudur⁵⁴.

Adam çalıŐtırının gűstereceđi űzen objektif kriterler çerçevesinde belirlenir⁵⁵. Adam çalıŐtırının kiŐisel durumu dikkate alınmaz. Ŭrneđin adam çalıŐtırın, hasta olması veya ayırt etme gűcűne sahip olmaması sebebiyle objektif aıdan gerekli űnlem ve tedbirleri alamadıđını ileri sűremez. Fakat adam çalıŐtırının gűstermesi gerekli űzen somut olayın hal ve Őartları çerçevesinde belirlenir. Buna gűre, çalıŐana tevdi edilen iŐ ne kadar űnemli ve tehlikeli ise gűsterilecek űzen o kadar fazladır⁵⁶. Bununla birlikte adam çalıŐtırının gűstereceđi űzenin űlçűsű ona yűklenebilir makullukta olmalıdır.

ÇalıŐanın seıiminde gűsterilecek űzenin űlçűsű ona tevdi edilen iŐin zarar verme potansiyeline bađlıdır⁵⁷. ÇalıŐan, bilgi yetenek beceri, gűvenilirlik, eđitim, tecrűbe aıısından űçűncű kiŐilere zarar vermeden kendisine tevdi edilen iŐi yapabilecek durumda olmalıdır⁵⁸. Ŭzen sadece iŐe alırken deđil, ona yeni

⁵⁴ Oğuzman/Ŭz, C.2, N. 466.

⁵⁵ Eren, s. 652; Basel Kommentar/Schnyder, OR 55, N.16; Berner Kommentar/Brehm, OR 55, N. 46.

⁵⁶ Handkommentar zum Schweizer Privatrecht/ Műller, Art. 55 OR, N. 18; Berner Kommentar/Brehm, OR 55, N. 46; Eren, s.652- 653.

⁵⁷ Berner Kommentar/Brehm, OR 55, N. 55; Handkommentar zum Schweizer Privatrecht/ Műller, Art. 55 OR, N. 20.

⁵⁸ Oftinger/Stark, Ő 20, N. 132; Basel Kommentar/Schnyder, OR 55, N.18; Handkommentar zum Schweizer Privatrecht/ Műller, Art. 55 OR, N.20.

bir iş verirken de gösterilmelidir⁵⁹. Adam çalıştıran, çalışanın göreceği işe uygun yetenek, nitelik, beceri ve dürüstlüğü haiz olduğunu, bu işte mesleki tecrübesinin bulunduğunu, bu husustaki diploma, eğitim belgesi, tavsiye mektupları, iş karnesi, referanslar, sertifikalarla, daha önce çalıştığı yerlerden bilgi alınması, deneme süresi kararlaştırılması, sınava tabi tutulması suretiyle araştırıldığını ve incelendiğini ortaya koyarak veya tanık beyanları ve diğer ispat araçlarıyla ispatlayabilir⁶⁰.

Adam çalıştıranın çalışana talimat vermede göstereceği özen, talimatın içeriği ve ayrıntı derecesi de somut olayın hal ve şartlarına, özellikle yardımcı kişinin vasıflarına ve yardımcı kişiye tevdi edilen işin ağırlığı ve tehlikeliliğine bađlıdır⁶¹. Çalışanın işiyle ilgili bilgisi ne kadar azsa, talimatın önemi o kadar fazladır⁶². İş ağır ve tehlikeliyse, çalışan özel eğitimli ve tecrübeli bile olsa özel talimatlar verilmelidir⁶³. Bir işte çalıştırılan kişi uzmansa ve işiyle ilgili adam çalıştırandan daha bilgiliyse kural olarak talimata gerek yoktur. Basit, tehlikesiz ve rutin işler talimat gerektirmeyebilir; tehlikesi çok açık olan işler de talimat gerektirmeyebilir⁶⁴. Çalışanın, kendisine tevdi edilen iş için elverişli araç gereç ve malzemelerle donatılması da, yardımcı kişiye talimat vermede gösterilecek özen kapsamında deđerlendirilmektedir⁶⁵.

Adam çalıştıranın çalışanın denetiminde gösterilecek özenin ölçüsü de, diğer özen yükümleri gibi çalışanın vasıflarına, görülecek işin ağırlığına ve tehlikesine bađlıdır⁶⁶. Adam çalıştı-

⁵⁹ Eren, s.653; Berner Kommentar/Brehm, OR 55, N. 56; Handkommentar zum Schweizer Privatrecht/ Müller, Art. 55 OR, N. 20.

⁶⁰ Eren, s. 653; Oğuzman/Öz, C. 2, N. 461; Nater, s.28; Handkommentar zum Schweizer Privatrecht/ Müller, Art. 55 OR, N. 20.

⁶¹ Eren, s. 653; Basel Kommentar/Schnyder, OR 55, N.19; Berner Kommentar/Brehm, OR 55, N. 65; Handkommentar zum Schweizer Privatrecht/ Müller, Art. 55 OR, N. 21; Basel Kommentar/Schnyder, Art. 55, N. 19.

⁶² Basel Kommentar/Schnyder, Art. 55 OR, N. 19.

⁶³ Basel Kommentar/Schnyder, OR 55, N.19; Handkommentar zum Schweizer Privatrecht/ Müller, Art. 55 OR, N. 21.

⁶⁴ Basel Kommentar/Schnyder, Art. 55 OR, N. 19.

⁶⁵ Handkommentar zum Schweizer Privatrecht/ Müller, Art. 55 OR, N. 21.

⁶⁶ Basler Kommentar/Schnyder, OR 55, N.20; Handkommentar zum Schweizer Privatrecht/ Müller, Art. 55 OR, N. 22; Eren, s. 654.

ranın tüm çalışanları sürekli denetlemesi kendisinden beklene-
mez. İş basit ve yardımcı kişi gerekli niteliklere sahipse denetim
minimumla sınırlandırılabilir⁶⁷. Adam çalıştıran, güvenilir ve
uzun süreden beri çalışan bir kişiyi sürekli denetlemeyebilir. İş
ne kadar tehlikeli, yardımcı kişi ne kadar tecrübesizse denetim
o kadar yoğun olmalıdır⁶⁸. Yardımcı kişinin uzmanlığı sebebiyle
denetimin mümkün olmadığı hallerde adam çalıştıranı de-
netim için ikinci bir uzmana başvurması önerilmektedir⁶⁹.

Daha büyük işletmelerde adam çalıştıran bu özen yüküm-
lerini personel sorumlusu, yönetici ya da bölüm şeflerine dev-
rederek yerine getirmek zorundadır. Söz konusu özen yüküm-
lülüklerinin işletme içerisinde başka yardımcı kişilere devri
İsviçre hukuk öğretisi ve uygulamasına göre ve Türk hukuku
açısından kabul görmesi gereken görüşe göre adam çalıştıranı
sorumluluktan kurtarmamalıdır. Daha açık bir ifade ile adam
çalıştıran gerçek ya da tüzel kişi, yardımcı kişilerin seçimi, de-
netimi ve onlara talimat verilmesi işini bu konuda yetkin kişi-
lere devrederek somut olayın gerektirdiği tüm özen ve dikkati
yerine getirmiş olduğunu ileri sürememeli, bu surette sorum-
luluktan kurtulamamalıdır⁷⁰.

Bunun dışında işletmede adam çalıştıran, salt çalışanı seç-
me, gözetleme, denetlemede ve de ona talimat verme, hal ve
şartların gerektirdiği özeni gösterdiğini ispat ederek sorum-
luluktan kurtulamaz. Gerekçede ve Kanun'da ifade edildiği
üzere, sorumluluktan kurtulabilmek için o, işletmenin çalışma
düzeninin zararın doğmasını engellemeye elverişli olduğunu
ispat etmelidir. Öğretide adam çalıştıranın bu konuda göster-
mesi ve yerine getirdiğini ispat etmesi gerekli özen, organizas-
yon yükümlülüğü veya işletmenin organizasyonunda özen
veya çalışma düzenine ilişkin özen olarak ifade edilmektedir⁷¹.

⁶⁷ Berner Kommentar/Brehm, OR 55, N. 70.

⁶⁸ Nater, s. 28; Berner Kommentar/Brehm, OR 55, N. 70.

⁶⁹ Basler Kommentar/Schnyder, OR 55, N.20; Berner Kommentar/Brehm, OR 55, N. 72.

⁷⁰ Berner Kommentar/Brehm, OR 55, N. 52; Oftinger/Stark, § 20, N. 122.

⁷¹ Bkz. örneğin, Kara-Kılıçarslan, s. 151 vd.; Ünlütepe, s.392 vd., 405 vd.; karşı. İnan/ Yücel, s. 420; Kılıçoğlu, s. 440.

Bu çerçevede adam çalıştıran işletme düzenini, organizasyonunu üçüncü kişilere zarar verme riskini ortadan kaldıracak en aza indirgeyecek şekilde oluşturmak zorundadır. İşletmede amaca uygun bir organizasyon yapılmış olması, işbölümü, yetki-görev durumu ve dağılımının açık bir şekilde yapılmış olması, işletme süreçlerinin özenli yapılması, işletme faaliyetlerine uygun, elverişli ve yeterli sayıda personel çalıştırılması, işletme faaliyetlerine uygun araç gereç ile makinelerin bulundurulması, kalite kontrolü, tehlike yaratan durumlar için gerekli tedbirlerin alınması, işletmenin açılmasından, işletme faaliyetlerinin yürütülmesine kadar hukuki ve yasal koşul ile prosedürlere uyulması bu kapsamda değerlendirilmesi gereken özen yükümleridir⁷². Adam çalıştıranın çalışma düzenine ilişkin özeni ne şekilde ve ne zaman yerine getirmiş olacağı TMK mad. 4 çerçevesinde hakimin takdir yetkisi çerçevesinde belirlenecektir. Ancak bu belirleme zarar meydana geldikten sonra yapılacağından, zarar verici davranışın meydana geldiği andaki hal ve şartlar ile bilgi, teknoloji ve standartlar dikkate alınmalı; adam çalıştıranın bu konudaki özen yükümlülüğünü, adam çalıştıran açısından kurtuluş kanıtının kaldırılması anlamına gelebilecek, adam çalıştıranın bu kurtuluş kanıtıyla özen borcuna aykırılık karinesini çürütme imkanını elinden alacak şekilde yorumlamaktan kaçınılmalıdır.

⁷² Oftinger/Stark, § 20, N. 114; Berner Kommentar/Brehm, OR 55, N. 78; Widmer, / Wessner, s. 132; Ünlütepe, s. 454 vd.; karş. Oğuzman/Öz, C.2, N. 463; Eren, s. 65; Kara-Kılıçarslan, s. 152 vd; Antalya, C. II, s. 283-284; İnan/Yücel, s. 420.

ALMAN HUKUKUNDA ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU

*Prof. Dr. Georg CASPERS**

Gerçekleştirme Görevlisinin Mali Sorumluluğu

Giriş

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

* Friedrich-Alexander Üniversitesi

¹ *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil (Kusurluluk Hukuku Özel Bölüm), 12. Baskı 2017 Rn. 1320.

² BGH 25.10.1951 - III ZR 95/50, BGHZ 4, 1 (4); *Staudinger/Caspers*, BGB, Neubearbeitung (Alman Medeni Kanunu, güncellenmiş) 2014, § 278 Rn. 8; *Palandt/Grüneberg*, BGB, 77. Baskı 2018, § 278 Rn. 2; *MüKoBGB/Grundmann*, 7. Baskı 2016, § 278 Rn. 15.

Alman Medeni Kanununun 831. maddesi kapsamında gerçekleştirme görevlisinin mali sorumluluğunun yanı sıra ve bu mali sorumluluğundan bağımsız olarak yine de bir çalışan, yaralama gibi üçüncü tarafa karşı işlediği izinsiz bir eylemden dolayı mali sorumlu olduğu durumlarda, sınırlı çalışan yükümlülüğü ilkesine başvurularak - dolaylı olarak - taciri mali sorumlu tutulabilir. Bu nedenle, çalışan, işvereninden tamamen ya da en azından kısmen zarara uğramış üçüncü tarafa karşı mali sorumluluklarından muaf tutulmasını talep edebilir.

Bundan sonra Alman Medeni Kanununun 831. maddesi kapsamındaki özel mali sorumluluk durumunu ve aynı Şekilde muaf tutulma talebinden bahsedeceğim. Son bölümde, tacirin Alman Medeni Kanununun 831. maddesinden dolayı ve gerçekleştirme görevlisinin - örneğin Alman Medeni Kanununun 823. maddesinin 1. fıkrasından dolayı - zarar görmüş üçüncü kişiye karşı haksız fiilden ve ortaklaşa mali sorumluluk yükümlülüklerinden dolayı kısaca ortak kusur dengelemesinden bahsedeceğim.

Alman Medeni Kanununun 831. maddesi uyarınca sözleşme dışı (harici) mali sorumluluk

Mali sorumluluk Şartları

Alman Medeni Kanununun 831. maddesinin 1. fıkrasının 1. satırının lafzına göre diğer tarafın - yani gerçekleştirme görevlisinin - işi gerçekleştirdiği sırada hukuka aykırı bir Şekilde üçüncü bir tarafı zarara uğrattığı takdirde, tacir, bu zararı telafi etmekle yükümlüdür. Gerçekleştirme görevlisinin tanımı nispeten dar tutulmuştur: Gerçekleştirme görevlisi, sadece tacirin talimatlarına bağlı olan kişidir. Genel anlamda veya somut olayda, gerçekleştirme görevlisine, 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 bağ-

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. Baskı 2018, Ő 831 Rn. 5.

lamda tacirin gerçekleştirme görevlisini bu görevden mahrum bırakabilmesi veya kısıtlayabilmesi ve görevin zamanını ve kapsamını belirlemesi yeterli olmaktadır.⁴ Bu husus özellikle tacirin çalışanları için geçerlidir. Ancak, serbest çalışanlar da, yani serbest meslek sahipleri de, zarara neden olan somut olayda, gerçekleştirme görevlisi olarak sınıflandırılabilirler.⁵ Bu bağlamda Federal Yüksek Mahkemesi, bir hekimin geçici izinli olarak yokluğu sırasında, muayenehanesini iŐletmekle görevlendirmiş olan başka bir hekimi, izinli hekimin gerçekleştirme görevlisi olduğunu onaylanmıştır⁶ ya da en azından mümkün olduğunu varsaymıştır.⁷ Bununla birlikte, Alman Medeni Kanununun 831. maddesi uyarınca mali sorumluluk, tacirin görevlendirmede etkili olmasını öngörmektedir. Bu nedenle bağımsız bir işletme, genellikle işverenin gerçekleştirme görevlisi değildir.⁸

Hukuka aykırı bir zarara uğramasının özelliği ile birlikte Alman Medeni Kanununun 831. maddesi, yasadaki izinsiz eylemin hakikatlerine dayanır. Çoğu durumda, Alman Medeni Kanununun 823. maddesi doğrultusunda yaşamı, bedeni, sağlığı veya mülkiyeti gibi kesinlikle korunan bir yasal varlığın ihlali ile ilgili olmaktadır. Ancak, Alman Medeni Kanununun 823. maddesi uyarınca hemen hemen tüm diğer haksız fiillerden doğan mali sorumluluk hakikatleri de bu bağlamda dikkate alınmaktadır.⁹ Bu durumda gerçekleştirme görevlisi ilgili

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; Palandt/Sprau, BGB, 13. Baskı 2005, § 831 Rn. 19.

⁵ 15; BGH 12.6.1997 – VI ZR 36/95, NJW-RR 1998, 250 Rn. Testesser für einen Restaurantführer (Restoran için yemek denetileri); bak ayrıca BGH 5.10.1979 – I ZR 140/77, NJW 1980, 941: Handelsvertreter, der einen Verkaufsstand des Geschäftsherrn auf einer Messe betreut (Bir tacir için fuarda satış standının bakan ticari temsilci) ; 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 Rn.

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

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

⁹ Vgl. etwa BGH 12.6.1997 – I ZR 36/95, NJW-RR 1998, 250 (252) zu § 824 BGB; näher

mali sorumluluk normunun nesnel eylemini yasaya aykırı şekilde yapması yeterlidir, gerçekleştirme görevlisinin bir kusurunun bulunmasına gerek yoktur. Sadece znel unsurlar - bunlar örneğin niyet gibi unsurlar - zaten ilgili mali sorumluluk normunun haksız fiil unsurunun bir parçası ise durum farklıdır.¹⁰ Eğer gerçekleştirme kişisi tamamen uygun bir şekilde davranmışsa, yani dikkatle seçilmiş ve denetlenen her kişi gibi uygun şekilde davranmışsa, Eyalet Yüksek Mahkemesi Alman Medeni Kanununun 831. maddesi uyarınca tacirin sorumluluğu reddeder.¹¹ Normun koruma amacı gerçekleŐmemiŐtir. Bu durum özellikle gerçekleştirme görevlisinin iştiraki ile meydana gelen trafik ve tren yolu kazalarının içtihat hukukunda önem kazanmıŐtır¹², diğer taraftan ise içtihat ile literatür araŐında, ispat yükümlülüğü tacirde veya zarara uğrayanda olup olamadığı hususunda¹³ fikir ayrılığı mevcuttur.¹⁴

Hukuka aykırı zarara uğratma eylemi, tacir tarafından gerçekleştirme görevlisinin görevlendirildiği iŐin gerçekleştirmesi sırasında meydan gelmiş olmalıdır. Bu zellik, gerçekleştirme görevlisinin yalnızca işi gerçekleştirme “vesilesiyle” işlediği suçları Alman Medeni Kanununun 831. maddesinin uygulama kapsamı dışında tutmakla ilgilidir. İçtihat hukuku ve hakim doktrini, zararın, gerçekleştirme görevlisinin görevlendirildiği iŐ ile “doğrudan i bağlantı” olmasını gerektirmektedir der¹⁵,

dazu Staudinger/Bernau, BGB, güncelleme 2018, § 831 Rn. 2 ff.; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts (Kusurluluk Hukuku Bilimi Kitab), Band II 2, 13. Aufl. 1994, § 79 III 1 c (S. 476 f.); Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, (Kusurluluk Hukuku zel Bölüm), 12. Baskı 2017 Rn. 1320, 1323.

¹⁰ Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts (Kusurluluk Hukuku Bilimi Kitab), Band II 2, 13. baskı 1994, § 79 III 2 c (S. 479); Looschelders, Kusurluluk Hukuku zel Bölüm, 12. Baskı 2017 Rn. 1324; Palandt/Sprau, BGB, 77. Baskı 2018, § 831 Rn. 8.

¹¹ BGH (GroŐer 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. Baskı 2018, § 831 Rn. 8.

¹² BGH (Büyük Senat) – 4.3.1957 – GSZ 1/56, BGHZ 24, 21 = NJW 1957, 785: Tramvaya binerken kaza; OLG Hamm 27.5.1998 – 13 U 29/98, NJW-RR 1998, 1402: Toplu taşıma sırasında otobüsün ani freni nedeniyle ağır yaralanma.

¹³ So BGH (GroŐer 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 (Kusurluluk Hukuku Bilimi Kitab),,, Bant II 2, 13. baskı. 1994, § 79 III 2 c (S. 479 f.) ek kanıtlarla birlikte.

¹⁵ BGH 14.2.1989 – VI ZR 121/88, NJW-RR 1989, 723 (725); BGH 12.6.1997 – I ZR

eğer ama gerçekleştirme gevlisi, işi kapsamında sadece te-
sadüfen zarar gorenin hukuki değerleri ile teması sırasında,
kendisine verilen gevden tamamen kopuk bir Şekilde ha-
reket ederek bir eylemi gerçekleştirme imkanına sahip olacak
Şekilde izinsiz eylemi yapmıŐa, bu durum geçerli değildir.¹⁶
Bu hususta bir sınırlama çok zor olup, kesin olarak açıklığa ka-
vuŐturulmamıŐ. Gerçekleştirme gevlisinin tacirinin mıŐteri-
siyle teması sırasında kasıtlı bir suç (rneğin hırsızlık) işlediği
durumlar, özellikle sınıflandırılması zor durumlardır.

Geleneksel görüşe göre bu fiil Alman Medeni Kanununun
831. Maddesi kapsamına girmemektedir¹⁷ ama örneğin daha
geniş bir görüşe göre – rneğin *Larenz/Canaris* – sadece gerçek-
leştirme gevlisinin özel alanına atfedilen fiiller kapsam dışı
tutulmalıdır.¹⁸ *Larenz/Canaris*'e göre, görevli için grevlendir-
mesiyle birlikte haksız fiil eylemi daha kolay hale gelmiş ol-
ması yeterlidir.¹⁹ Bu nedenle, tacir Alman Medeni Kanununun
831. maddesi uyarınca gerçekleştirme gevlisinin kasıtlı bir
suçu durumunda dahi üçüncü bir Şahsın zarar görmesinden
sorumlu olmalıdır, çünkü tacirin gerçekleştirme gevlisini
dikkatli bir Şekilde seçerek ve izleyerek zararı nleme Şansı
vardır.²⁰ Zira bu husus çok geniş olarak reddedilmelidir. Tacir-
rin “görevin ifası” Şartı ile öngörülen sorumluluğun sınırlan-
dırılması için, sorumluluğun, gerçekleştirme gevlisinin özel
yükümlülüğü ve görevlerini kasıtlı izinsiz eylem ile ihlal ettiği
durumlarla sınırlı olması gerekiyor, bunların örneğin yapma-

36/95, NJW-RR 1998, 250 (252); Staudinger/*Bernau*, BGB, Güncelleme 2018, Ő 831
Rn. 124; Palandt/*Sprau*, BGB, 77. Baskı 2018, Ő 831 Rn. 9.

¹⁶ BGH 14.2.1989 – VI ZR 121/88, NJW-RR 1989, 723 (725) İçtihat Hukukunda
diğer kanıtlar („GrevlendirilmemiŐ pilot nedeniyle uağın dıŐmesi“); benzer
Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, (Kusurluluk Hukuku zel Bölüm), 12.
Baskı 2017 Rn. 1326.

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

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

¹⁹ *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil (Kusurluluk Hukuku zel Bölüm), 12.
Baskı 2017 Rn. 1327; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht (Kusurluluk Hukuku) II, 17.
Baskı 2014 Rn. 1347.

²⁰ *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil (Kusurluluk Hukuku zel Bölüm), 12.
Baskı 2017 Rn. 1327; *MüKoBGB/Wagner*, 7. Baskı 2017, Ő 831 Rn. 26, 28.

sı 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 gerçekleştirme görevlisi, korunan nesnede hırsızlık yaptığında böyle bir bu durum söz konusudur.

Aklama delilleri

Girişte daha önce bahsedildiği gibi, Alman Medeni Kanununun 831. maddesi, tacirin kendi hatası için sorumluluğu gerekçelendirir. Bu yasa tarafından kabul edilir olarak varsayılmaktadır. Alman Medeni Kanununun 831. maddesinin 1. fıkrasının 2. satırı der ki, “eğer tacir görevlendirdiği kişiyi seçerken ve şayet tertibatlar ve araçlar temin edilecekse veya işin yapımı yönetecekse, teminde veya yönetimi sırasında trafikte gerekli olan ilgiyi ve titizliği gözlemlerse veya bu ilgi ve titizlik uygulanmasıyla bile zarar meydana gelebilecekse, tazminat yükümlülüğü bulunmamaktadır. Olayın özü aslında şudur, zarar, gerçekleştirme görevlisinin seçiminde, bilgilendirilmesinde veya denetlenmesinde veya gerekli teçhizatın sağlanmasında, tacirin kusurundan kaynaklandığı varsayılmaktadır. Gerçekleştirme görevlisinin izinsiz eyleminden dolayı ortaya çıkan zarar nedeniyle tacirin sorumlu tutulması, bu gerekçeye dayanmaktadır.²² Aslında, bugünün dogmatik anlayışına göre - tahmini bir trafik yükümlülüğü ihlali söz konusudur.²³ Dikkatli seçime ek olarak, gerçekleştirme görevlisinin, mesleki nitelikleri, kişisel yetenekleri ve güvenilirliği açısından görevi yapıp yapamayacağı konusunda sürekli bir sınav gereklidir. Nihayetinde, yapılan görevin ifasının yönetimi ve denetimi de

²¹ BGH 30.10.1967 - VII ZR 82/65, BGHZ 49, 19 (23) = NJW 1968, 391 (392); Staudinger/*Bernau*, BGB, güncelleme 2018, § 831 Rn. 123 ff., 128; vgl. Pararel soranlarda § 278 BGB Staudinger/*Caspers*, BGB, Güncelleme 2014, § 278 Rn. 52 ve devamı)

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

²³ *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts (Kusurluluk Hukuku Bilimi Kitabı), Band II 2, 13. baskı 1994, § 79 III 1 a (S. 475 f.); *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht (Kusurluluk Hukuku) II, 17. Baskı 2014 Rn. 1348 ff.; *MüKoBGB/Wagner*, 7. Baskı 2017, § 831 Rn. 11.

istenmektedir.²⁴ Eyalet yüksek mahkemesinin içtihadına göre, gerçekleştirme görevlisine verilen görev, üçüncü şahısların yaşamı, sağlığı veya mülkiyeti için kamu güvenliğine veya ciddi risklere yönelik riskler içeriyorsa, bu bağlamda özellikle katı standartlar uygulanmalıdır.²⁵ Eğer Tacir bu şartları yerine getirdiğini gösteren kanıtları göstermeyi başarır, Alman Medeni Kanununun 831. maddesi kapsamında sorumlu değildir. Bu husus, varsayılan seçim veya denetleme kusuru, zarar neden olmadığını ispatlayabilirse de aynı şekilde geçerlidir.²⁶

Kaza sigortası hukuku tarafından şirkette kişisel yaralanma için mali sorumluluk reddi:

Eğer gerçekleştirme görevlisi işinin ifası sırasında kişisel yaralanmaya neden olmuşsa, kaza sigortası kanununun yasal feragatleri (VII. Sosyal Kanun Kitabının 104 de devam maddesi (§§ 104 ff. SGB VII)) dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla, VII. Sosyal Kanun Kitabının 104. maddesine göre, işverenin, medeni kanuna uyarınca, bir iş kazasının yol açtığı kişisel yaralanmaları telafi etmek için işçisine ve yakınlarına karşı hiçbir yükümlülüğü bulunmaz. İşverenler tarafından finanse edilen yasal kaza sigortası bu tür kişisel yaralanmalar için ödeme yapmak zorundadır. Örneğin, gerçekleştirme görevlisi olarak çalışan bir çalışan, tacirin başka bir çalışanın (meslektaşının) vücut ve sağlığına, hukuka aykırı zarar verdiği takdirde, işveren, Alman Medeni Kanununun 831. maddesinin 1. fıkrasına göre tahmini seçim ve denetim hususunda kusurlu bulunmuş olsa bile, tıbbi masrafların geri ödenmesinden, uğranmış gelir kaybından ve tazminattan sorumlu değildir.²⁷ Ayrıca, zarar veren olarak gerçekleştirme görevlisi de bu durumda VII. Sosyal Ka-

²⁴ BGH 8.10.2002 – VI ZR 182/01, NJW 2003, 288 (289 f.); Palandt/Sprau, BGB, 77. Baskı 2018, § 831 Rn. 13 ve devamı)

²⁵ BGH 8.10.2002 – VI ZR 182/01, NJW 2003, 288 (289 f.) Yüksek gerilim hatları için şalter işlerinin yapılması; Staudinger/Bernau, BGB, güncelleme 2018, § 831 Rn. 138.

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

²⁷ Giesen, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar (İş Hukuku-Görüş), 8. Aufl. 2018, SGB VII § 104 Rn. 6, § 105 Rn. 1; MüKoBGB/Wagner, 7. Baskı 2017, § 831 Rn. 7.

nun Kitabının 104. maddesi uyarınca kişisel yaralanmalardan sorumlu değildir. Diğer taraftan, Alman Medeni Kanununun 823. maddesinin 1. fıkraya gereklilikleri uyarınca gerçekleştirme görevlisi ve Alman Medeni Kanununun 831. maddesinin 1. fıkraya gereklilikleri uyarınca tacir, maddi zarar için mali sorumluluk taşır.

İş kazası, VII. Sosyal Kanun Kitabının 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 Kitabının 104. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesi 1, 105. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesi) bunla birlikte Federal yüksek mahkemesinin ve Federal Çalışma Mahkemesinin tartışmalı içtihatlarına göre kastın olması, sadece yükümlülük doğurucu davranışlara değil, aynı zamanda ihlalin sonuçlarına (zarar) da dayanması gerektiğine karar vermiştir.²⁸ Daha dorusu, VII. Sosyal Kanun Kitabının 104. maddesinin doğrultusunda yükümlülük ayrıcalığını uygulamak için kastın tacir kişinin kendisinde olması gerektiğini, Alman Medeni Kanununun 831. maddesi gereğince 2002 tarihli Federal İş Mahkemesinin kararıyla ilgili 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 Çalışma Mahkemesi, temsili görevlisinin kastını Alman Medeni Kanununun 278. maddesi uyarınca işverene yüklemiştir ve böylece davacının maruz kaldığı kişisel yaralanmalar için, işveren, kaza sigortasının kanunu sorumluluk imtiyazlarından mahrum bırakılmıştır.³⁰ Bu husus mantıklı

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).

³⁰ BAG 28.4.2011 - 8 AZR 769/09, NZA-RR 2012, 290 Rn. 41 ff. (zu § 636 RVO [önceki maddeler § 104 SGB VII]); bak sonrası BAG 20.6.2013 - 8 AZR 471/12, NZA-RR 2014, 63.

değildir: İşverenlerin yasal kaza sigortasının finanse edilmesinin, kişisel yaralanmalar için sorumluluktan muaf tutulmasını haklı kılan ve “finansman argümanı” olarak adlandırılan husus³¹, ayrıca burada mali sorumluluk taşımaktadır. VII. Sosyal Kanun Kitabının 110. ve 111. maddesinin sistematik çıkarımları da, bir kasıt atfedilmesine karşı bir başka argüman olarak buna eklenir.³²

Sorumluluk imtiyazına sadece tacirin kendisinin çalışanlarını dâhil değildir. VII. Sosyal Kanun Kitabının 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 Kitabının 2. maddesinin 2. fıkrasının kanun gücü ile sigorta kapsamında bulunan kişilerdir ve bu nedenle yasal kaza sigortası kapsamına dâhil kişilerdir.³⁴ Son olarak ta, VII. Sosyal Kanun Kitabının 106. maddesinin 3. fıkrasının 3. Var, 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 operasyonel 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 şirketin sigortalı kişileri aynı işyerinde sadece birlikte bulunması, bu durum için yeterli değildir.³⁶

31 Finansman sağlama argumenti *Giesen*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, *Arbeitsrecht Kommentar (İş Hukuku-Görüş)*, 8. Aufl. 2018, SGB VII Vorbem. zu §§ 104 ff. Rn. 3.

32 Näher dazu *Rolfs*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (İş Hukukuna Erfurtlu Görüş)*, 18. Aufl. 2017, SGB VII § 104 Rn. 12.

33 *Klumpp*, in: *Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht (İş Hukuku)*, 11. Baskı 2017 Rn. 536.

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

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

36 Bak ayrıntılı BGH 22.1.2013 - VI ZR 175/11, NZS 2013, 431 = VersR 2013, 460 Rn.

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

Çalışanın dış mali sorumluluğu

Eğer gerçekteŐirme görevlisi üçüncü Şahsın hayatına, bedenine, sağlığına veya mülküne ya da başka herhangi bir Şekilde mutlak korunan hakkına zarar verirse, Alman Medeni Kanununun 823. maddesinin 1. fıkraya gereklilikleri uyarınca, hak ihlalinin hukuka aykırı olması ve gerçekteŐirme görevlisi kusurlu bulunması halinde, üçüncü tarafa karşı mali sorumluluk taşır. Bu husus, tacirin, yukarıda açıklanan Alman Medeni Kanununun 823. maddesinin özelliklerine göre gerçekteŐirme görevlisinin yasadışı eyleminde sorumlu olup olmadığına bakmaksızın geçerlidir. Her ikisi de birbiriyle ortaklaşa yükümlülük taşıyorlarsa Alman Medeni Kanununun 840. maddesinin 1. fıkrasına göre müşterek kusurlu olarak mali sorumludurlar. İŐ kazası sonucu oluşan kişisel yaralanmalarda, yukarıda dile getirilen VII. Sosyal Kanun Kitabının 104. maddesinin ve devam maddelerinin sorumluluk reddi dikkate alınmalıdır.

İŞverene rücu

Eğer gerçekteŐirme görevlisi, tacirin çalışanı ise, yani tacir, gerçekteŐirme görevlisinin işvereni konumundaysa, içtihat hukukunun geliştirdiği sınırlı çalışan yükümlülüğu ilkelerine uyulmalıdır. Eğer çalışan görev ilişkisinden dolayı işletme işleyişinde işinin ifası sırasında, üçüncü kişinin kanunen korunan yasal varlığını kasıtlı ihlal ederse ve üçüncü kişiye karşı - özellikle de Alman Medeni Kanununun 823. maddesinin 1. fıkrasından - kaynaklanan hasarın tazmininden sorumlu ise, bu durumda çalışanın, işvereninden tam veya kısmen rücu hakkı bulunduğundan dolayı tacir için malı sorumluluk ortaya çıkabilir. Bu bağlamda, çalışan, işvereninden - tam ya da en azından kısmi bir meblağı - 670. madde ile bağlantılı olarak, Alman

10 birçok kanıtları ile birlikte.

Medeni Kanununun 257. maddesinin 1. cümlesine analog ya da en azından iş kanununun bakma yükümlülüğünden doğan muaf tutma yükümlülüğü nedeniyle, işvereninden - tam ya da en azından kısmi bir meblağın - 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 çalışanına karşı tazminat hakkı Alman Medeni Kanununun 254. maddesinin kullanımına analog - müşterek kusur ihmalkârlık kuralı - 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 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, hasar riskleri için koşullar oluşturabilir, bu koşulları aynen tutabilir veya değiştirebilir. Tam da bu husus, işverenin uğradığı zararlar için çalışanın sınırlı sorumluluğunu haklı çıkarmaktadır.³⁸ Burada önemli nokta, işverenin gerçek iştiraki kusuru değildir. Nihayetinde tam da burada, işverene, Alman Medeni Kanununun 254. maddesine analog atfedilen, işletme riski fikri yatmaktadır.³⁹

³⁷ Talep hakkının esası günümüze kadar nihai olarak açıklığa kavuşturulmamış, burada doğru olarak Alman Medeni Kanunun 670. Maddesi ve 257. maddesinin 1. cümlesinin düzenleme için kullanılması uygun görülmüştür. Bunun için bak *Krause*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, *Arbeitsrecht Kommentar* (İş Hukuku-Görüş), 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 (İş Sözleşmelerinden Doğan Bakma Yükümlüğü için Çözümler) BAG 23.6.1988 – 8 AZR 300/85, NJW 1989, 854.

³⁸ Daha ayrıntılı 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* (İş Hukuku), 11. Baskı 2017 Rn. 546; *Preis*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 18. Aufl. 2017, BGB § 619a Rn. 10.

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

Çalışanın ne derecede mali sorumlu olduğu, kendi suçunun derecesine bağlıdır. Küçük derecede ihmallerden dolayı çalışan hiç bir şekilde malı sorumlu tutulmaz, işveren ile çalışan 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. Niyet ve ağır ihmal durumunda, çalışan genel olarak tam sorumludur, yine de bu durumda bile, içtihat hukukuna göre, çalışanın kazancı, işindeki zarar riski ile orantısız bir şekilde karşılık geliyorsa, ağır ihmal durumunda bile mali sorumluluk azaltılmalıdır. Ortaya çıkan zarar, hayatın olağan akışına göre çalışan tarafından telafi edemeyecek kadar yüksek olması halinde, içtihat hukuku uyarınca, işverenin iş riski ile bağlantılı olarak çalışanın sosyal savunmasızlığı bulunduğundan, mali 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 mali sorumluluk dâhilinde yaralamışsa, iç hasar tazminatı ilkelere 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 tutamasa bile, işveren yine de sorumluluk taşımaktadır.

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. Baskı 2018, § 611 Rn. 157.

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

Müteselsilen sorumluluk (borç) dengelemesi

Eğer zarar gören, hem gerçekleştirme görevlisinden hem de işverenden uğradığı zarar için tazminat talep edecek durumdaysa, Alman Medeni Kanununun 840. maddesinin 1. fıkrası uyarınca müteselsilen sorumluluk (borç) bulunmaktadır. Alman Medeni Kanununun 831. maddesinin 1. fıkrası gerçekleştirme görevlisi ile işverenden arasında iç dengeleme öngörmekte, buna karşılık Alman Medeni Kanununun 840. maddesinin 2. fıkrası uyarınca gerçekleştirme görevlisini tek başına sorumlu tutmaktadır. Eğer, zarar gören taraf tacirden Alman Medeni Kanununun 831. maddesinin 1. fıkrası uyarınca tazminat talep etmişse, tacir bu tazminatın tamamını gerçekleştirme görevlisine rücu edebilir.⁴³ Eğer bu gerçekleştirme görevlisi tacirin bir çalışanıysa, bu sonuç sınırlı çalışan sorumluluğu ilkesine uymamaktadır. Bu husus Alman Medeni Kanununun 840. maddesinin 2. fıkrası düzeltmesini doğurur. Alman Medeni Kanununun 831. maddesinin 1. fıkrası uyarınca tazminat talep edilen işveren, işverenin zarar gören taraf olması halinde, çalışanın kendisine karşı sorumlu olmayacağı ölçüde iç hasarını da taşımalıdır.⁴⁴ Aynı şekilde, çalışandan, üçüncü kişi tarafından doğrudan tazminat talep edildiğinde, işverene karşı talep muafiyet hakkına sahiptir.⁴⁵

Sonuç

Doktrinde, Alman Medeni Kanununun 831. maddesinde öngörülen sorumlu lehine delil, yasama tarafından yapılan başarısız bir düzenleme olarak değerlendirilmektedir.⁴⁶ Bununla birlikte, bu hususta güne kadar istenen reform talebi henüz başarılı olmamıştır. Buna ek olarak, içtihat hukukunun, Medeni Kanunun 823. maddesinin 1. fıkrası uyarınca doğrudan artan

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

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

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

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

bağımsız organizasyon görev yükümlülüklerinin sorumluluğu altında ve Alman Medeni Kanununun 831. maddesinin 1. fıkrası uyarınca sorumlu lehine delil konusunda getirilen daha katı şartlar, tacirin sorumluluğunu artırma eğiliminde olduğu hususu göz ardı edilmemelidir.⁴⁷ İş hukukuna bakıldığında da, - tacirin, Alman Medeni Kanununun 831. maddesinin 1. fıkrası kapsamındaki herhangi bir sorumluluğu dikkate alınmaksızın - çalışanlarının üçüncü şahıslara karşı izinsiz eylemlerinden kaynaklanan zararlardan sorumlu oldukları dolaylı hak talebi, sınırlı bir işçi yükümlülüğü kurallarına tabi olabilir.

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

ALMAN HUKUKUNDA ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU

*Prof. Dr. Georg CASPERS**

Die Haftung für den Verrichtungsgehilfen

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

* Friedrich-Alexander Üniversitesi

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.

Haftung 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/*Krause*, BGB, 13. Aufl. 2005, § 831 Rn. 19.

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 objektiven Tatbestand der jeweiligen Haftungsnorm rechtswidrig verwirklicht hat, ein eigenes Verschulden des Verrichtungsgehilfen wird nicht gefordert. Anders liegt es nur

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.

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 „unmittelbaren inneren Zusammenhang“ mit der dem Verrichtungsgehilfen übertragenen Aufgabe steht¹⁵, was nicht mehr der Fall ist,

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.

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.

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“ bezweckten 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 Ver-

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.

pflichtung 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 fortgesetzte Prüfung geboten, ob der Gehilfe im Hinblick auf seine berufliche Qualifikation, seine persönliche Eignung und Zuverlässigkeit zu den Verrichtungen befähigt ist. Schließlich

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

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 Verrichtungsgehilfe 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

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.

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 (Asbest) ohne die erforderlichen Schutzvorkehrungen in Berührung kamen. Hier hat das Bundesarbeitsgericht den Vorsatz des Erfüllungsgehilfen dem Arbeitgeber nach § 278 BGB zugerechnet und ihm dadurch die Haftungsprivilegierung des Unfallversicherungsrechts für den vom Kläger erlittenen

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).

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, 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 ver-

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.

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

schiedener 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 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 – ana-

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

log § 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 veranlassenen 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 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

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.

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.

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

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

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 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.

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

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.

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.

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.

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 SORUMLULUKTAN KURTULMASINI SAĞLAYABİLECEK HUKUKİ İMKANLAR

Doç. Dr. Murat TOPUZ*

I-) Genel Olarak Adam Çalıştırmanın Sorumluluktan Kurtulabilmesi

TBK m. 66'ya göre, "Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür (f.1). Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz (f.2). Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür (f.3). Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir (f.4)."

Adam çalıştırmanın sorumluluğundan kurtulmak için yasa tarafından öngörülen kurtuluş kanıtlarını ortaya koyarak ispatlaması gerekmektedir. Buna göre, adam çalıştırmanın zararı önlemek için durum ve koşulların gerektirdiği tüm özeni gösterdiğini ispat etmesi gerekir. TBK'nun 66.maddesindeki sorumluluk, özen eksikliğine dayanır. Özen yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği hususunun tespitinde içtihatlar da ve öğretide kabul edilen ölçütler son derece kısıtlıdır. Buna göre,

Özenin ölçüsü daima **objektif** olarak değerlendirilir. Adam çalıştırın objektif olarak durum ve koşulların gerektirdiği tüm özeni göstermekle yükümlüdür.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Gerekli özenin somut olarak ve tüm koşullar göz önünde tutularak gösterilmiş olması zorunludur. Özellikle yapılacak işin niteliği ve tehlikesi hesaba katılmalıdır.

II-) Adam Çalıştırmanın Sorumluluktan Kurtulmak İçin Özen Göstermesi Gereken Hususlar

A-) Cura in eligendo: Adam çalıştırmanın çalışanın seçiminde gerekli dikkat ve özeni gösterme yükümlülüğünü vardır. Buna göre, adam çalıştırın, çalışanın mesleki bilgilerini, deneyimlerini ve kişiliklerini araŐtırmak zorundadır. Bu konuda gösterilecek titizlik, durum ve koşullara göre değişir. Çalışanın seçiminde özen, adam çalıştırmanın, çalışanın yürüteceği işin niteliğine uygun bir çalışan seçmesi gereğini ifade eder. Bu sayede, adam çalıştırın, çalışan hakkında bilgi edinerek, ilgili işe uygun olduğu düşüncesine ulaşır; diğer bir ifade ile belirli işlerin gerektirdiği nesnel yetenek ve yetişkinliği tespit eder ve bu niteliklere sahip çalışanları görevlere getirir.

Çalışanın seçimine özen gösterilmesi, sadece çalışanın işe ilk defa başlamasında geçerli değildir; işe ilk alım yanında, çalışanın yürüttüğu işin deđiŐtirilerek başka yeni bir iş verilmesi bakımından da aranır. Aynı şekilde, yürütölen işe ilişkin olarak işbölümü yapılmasında da çalışanın seçiminde özen gösterilmelidir. Her iki halde de işletenin, çalışanın, kendisine bırakılan işin, üçüncü kişiler bakımından tehlike oluŐtırmayacak şekilde, yürütüp yürütemeyeceğini belirlemelidir. Diğer yandan, çalışanın iş için gerekli bulunan niteliklerini çalıştığı süre boyunca sürekli olarak taşımalıdır. Bu açıdan, çalışanın çalıştığı süre içerisinde, işe uygunluğunun devam edip etmediğinin belirlenmesi seçime özen kapsamında yer alır.

Çalışanın seçilmesinde esas alınacak olan kriterler, yürütölecek olan işin niteliğine bağlıdır. Buna bağlı olarak çalışanın seçiminde de aranması gereken özellikler farklılık gösterir. Çalışanın yapacağı işin üçüncü kişiler için yüksek riskler barındırdığı kadar, çalışanın seçiminde de özen gösterilmeli ve çalışanın daha fazla tecrübe ve mesleki bilgiye sahip olması gerektiğinden hareket edilmelidir.

Yargıtay bir kararında bir nakliyat firmasında uzun yol şoförü olarak çalışan kişinin seyir esnasında başka bir sürücünün hatalı sollama yapması nedeniyle duruma sinirlenerek sollama yapan tır şoförünü bıçakla yaralaması ve ölümüne neden olması nedeniyle, “*Uluslararası nakliyat işi ile iştigal eden davalı şirketin uzun yol şoförü olarak seçtiği adamın trafikte bulunmanın sıkıntılarına katlanabilecek anlayış gösterebilecek nitelikte olması gerekir. Buna göre davalı şirketin sürücüyü seçme, talimat verme ve denetlemede gereken özeni göstermediği sonucuna varılmaktadır.*” Gerekçesiyle sorumlu tutmuştur. (Yarg. 4. HD, E. 2010/9216, K. 2011/10886, T. 20.10.2011).

Yargıtay bir kararında ise kriterleri şu şekilde tespit etmiş “... *Adam çalıştıran, görülecek işe uygun fikri, mesleki bilgi ve yeteneklere sahip bir kişi seçmekle yükümlüdür. Seçeceği yardımcı kişinin göreceği iş için vasıflı, yeterli eğitim görmüş, yeni bilgi, yöntem ve tekniği, özümsemiş ve izlemiş olmasını arayacaktır...*” (Yarg. 3. HD, E. 2012/23133, K. 2013/3, T. 14.1.2013).

Yargıtay “*Banka benim alıştırdığım kişi gözü ile imzaları karşılaştırdı. Sahte imza asıl imzaya çok benziyordu. Onun için kendisi yanılmıştır diyerek sorumluluktan kurtulamaz. Banka, tabi ki bir grofoloji uzmanım istihdam etmeyecektir ancak en basit tedbirlere başvurmaması Bankanın objektif özen görevini açıkça kötüye kullandığım kanıtlayan deliller olarak görülmelidir...*” (Yarg. 11. HD, E. 1998/8627, K. 1999/468, T. 4.2.1999).

Çalışanın cinsiyeti ve yaşı da önemli bir kriter olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla çalışanın almış olduğu eğitim ve işe alımda hangi belgelerin esas alındığı kurtuluş kanıtın getirilmesinde etki gösterir. Çalışanın kişiliğinin işe uygun olması, özenli, dürüst ve güvenilir olması ile ahlaki durumu da bu kapsamdadır.

Çalışanın işe uygun olup olmadığı; diğer bir ifade iş için yeterli bilgi, yetenek ve tecrübeye sahip olup olmadığının belirlenmesinde, işleten, gerekli araştırmayı yapmış olmalı ve çalışan hakkında bilgi toplamalıdır. Söz konusu araştırmanın yapılmasında, çalışan ile işe alım ve daha sonra yapılan sözlü

görüşmeler ve buna ilişkin gözlemler yol gösterir. Benzer şekilde, çalışanın mesleki bilgi ve tecrübesi ile yeterliliğini gösteren, diploma, sertifika, ehliyet, kurs belgesi, tavsiye mektupları, savcılık belgesi ve ilgili iş alanında çalışma süresi göz önünde bulundurulur. Çalışanın evvelce yanında çalışmış olduğu işvereninden bilgi alınması suretiyle de çalışanın hakkında bilgi alması yoluna gidilebilir. Bu şekilde, çalışanın önceki tutum ve davranışlarının öğrenilmesi mümkün olur.

Yargıtay bir kararında turistik bir otelde çalışan ve turistlere ahlak dışı davrandığı için işten atılan birini yine turistik bir otelin işe alması ve benzer davranışların bu otelde de sürdürülmesi sonucu mağdur olan kişinin açtığı davada, otelde işe girerken, önceki işten ayrılış gerekçesini gizlemiş olmasına rağmen, **ayrıldığı işyerinden bu işçinin genel davranış biçimi hakkında gerekli bilginin alınmamış olması nedeniyle adam çalıştıran davalının gerekli özeni yerine getirmediği sonucuna varmıştır.** Ayrıca Yargıtay, zarar verici eylem ile çalıştıranın görülen işi arasında fonksiyonel bağıllık bulunmasının yeterli olduğu ve işçinin yapması gereken iş dolayısıyla giriştiği bir faaliyetin sonunda zarar oluşması gibi özel bir durumun varlığının aranmayacağı yönünde karar vermiştir. (Yarg. 4. HD, E. 2000/2062, K. 2000/4389, T. 4.5.2000).

Sadece ilgili iş için gerekli bulunan belgelere sahip olunması her zaman yeterli olmayabilir. Bu bakımdan, işletenin ek bir araştırma yaparak; teorik ve/veya uygulamalı bir sınav icra etmesi veya bir deneme süresi tayin etmek suretiyle çalışanın iş için yeterliliğinin belirlenmesi yoluna gitmesi ya da iş için gerekli kurs veya eğitimin sağlanmış olması gerekebilir. İşleten, yeni bir çalışana, üçüncü kişiler için tehlike yaratan bir işi, önce onu test etmeksizin bırakmamalıdır.

2-) Cura in instruendo: **Adam çalıştıran çalışanın** görevlerinin yerine getirilmesi ile ilgili olan gerekli talimatları verme yükümlülüğünü mevcuttur. Adam çalıştıran, çalışana, işin nasıl yürütülmesi gerektiğine ilişkin olarak, üçüncü kişiler için risk bulunmamasını sağlamak için amaca uygun gerekli talimatları vermeli ve çalışanın işine ilişkin olarak hazırlama-

lıdır. Çalışana talimat vermede özen yükümlülüğü, işletenin, çalışana iş ve işin görülmesiyle ilgili gerekli, emir, bilgi, talimatı vermesine ve açıklamalarda bulunmasına ilişkin özen yükümlülüğünü ifade eder. Bu bakımdan, adam çalıştıran, çalışanın yürüteceği iş ile ilgili olarak gerekli bilgileri vermeli ve uyarılarda bulunmalıdır. Adam çalıştıran gerekirse, öncelikle mevcut durum hakkında bilgi almalı ve daha sonra gerekli talimatları vermelidir.

Adam çalıştıran, talimatlarının içerik ve detaylandırma ölçüsü, yürütülen faaliyetin zorluğu, tehlike potansiyeli ve çalışanın işletme faaliyetine ilişkin tecrübesine bağlı olarak belirlenir. Çalışanın bilgisi ve üstlenmiş olduğu işe hiç ya da az alışkın olması da bu kapsamdadır. Bu çerçevede, çalışanın tecrübesi ne kadar az ve faaliyet ne kadar zor ise o kadar fazla ayrıntılı talimat verilmesi gereklidir. Verilen talimatlar açık ve anlaşılır nitelikte olmalıdır. Çalışanlar için genel ve eğer gerekliyse sektörel (mesleki) bilgilendirme sistemi uygulanmalıdır.

Yürütülen faaliyetin ne kadar tehlikeli ve önemi ne kadar büyükse talimatlar da o kadar açık, ayrıntılı olmalıdır. Çalışanın tehlikeyi eksiksiz yönetmek için açık, kapsamlı ve olabildiğince yazılı olarak belirlenmesi yükümlülüğü de söz konusu olur.

Yargıtay bir kararında, *“Davalıların yaptıkları işin büyük tehlike arz eden iş olmasına karşın bunlar talimat konusunda o oranda özen ve dikkat göstermemişlerdir. Örneğin, vincin çalışma alanına (geçilmez) levhası koydurmuş olmalarına rağmen, bu alandan geçişi engellemek için adamlarına kesin talimat vermemişlerdir; eğer vermiş olsalardı bu talimatın yerine getirilmesi sağlanırdı...”* (Yarg. 4.HD. 1977/11751 E., 1978/10809 K., 10.02.1978 T.)

Yine Yargıtay bir kararında, *“Doktorun şok yapması olasılığı bulunan bir ilacı verirken, hastayı ve yardımcı personeli uyarması ve gerekirse enjeksiyonu bizzat yapması gereklidir.”* şeklinde karar vermiştir (Yarg. 4.HD. 2684 E., 2978 K., 13.03.1973 T.)

İsviçre Federal mahkemesi bir kararında kazı işinde adam çalıştıran çalışana mevcut olası elektrik hattına ilişkin uyanda

bulunmak hususunda özellikle özen göstermemiş olmasđ nedeniyle (BGE 97 II 221/227) adam çalıştırının sorumlu olduğuna karar vermiştir.

3-) **Cura in costodiendo: Adam alıŐtırının gözetim ve denetim** ödevini yerine getirme ödevini vardır. Bu ödev belki de en önemli ödevdir. Çünkü en yetenekli ve nitelikli çalışan bile, gözetilmediği ve serbest olduğu duygusuna kapılırsa işi oluruna bırakmak eğilimi gösterebilir.

Adam çalıştırın, çalışanın yürüttüğü faaliyette, gözetim ve denetimine özen göstermekle yükümlüdür. Çalışanın gözetim ve denetiminde özen, çalışanın etkili şekilde denetlenmesi ve gerekli hallerde uyarılmasını; verilen talimatlara uyulup uyulmadığının kontrolünü sağlar. İŞletmede, normal iŐ sürecinin yerine getirilmesi yanında; üçüncü kişilerin zarara uğramasını önlemek amacıyla, kapsamlı bir kontrol, denetim ve koordinasyon sağlanmalıdır. Sürekli bir denetim yapılması ve tehlikeli alanların daha iyi güvence altına alınması önem gösterir.

Denetim, gözetimin özel bir türünü oluşturur. Denetim, iŐin, doğru şekilde gerçekleştirilmesi ve üçüncü kişiler için tehlike göstermemesinin sağlanması ile daha sonra bunun gibi bir denetimin göz önünde bulundurulması ile çalışanın ileride de özenli davranmaya sevk edilmesi olmak üzere iki yönden etki gösterir.

Çalışanın gözetim ve denetiminde özen yükümlülüğü bakımından, çalışanların görevlerini gerektiği şekilde yerine getirip getirmediği ve özellikle çalışana verilen talimatlara uyulup uyulmadığının denetlenmesi ve onlara uyulmasının temin edilmesi gerekir. Çalışanlar, yanlış davranıştan nedeniyle uyarılmalıdır. Verilen talimatlara uyulmadığının görülməsi, gözetim ve denetimin daha sıkı uygulanmasını gerektirir. Gözetim ve denetimde özenin ölçüsü ve bu anlamda, kapsam ve sıklığının belirlenmesinde, çalışanın somut faaliyet bakımından sahip olduğu tecrübe ve bilgi ile niteliği yanında; iŐin niteliği, büyüklüğü, ağırlığı ve zarar potansiyeli de göz önünde bulundurulur. Faaliyetin üçüncü kişiler bakımından tehlike yarat-

makta oluşu ya da çalışanın daha tecrübesiz oluşu veya tam olarak güvenilir olmaması halinde, gözetim ve denetim uygun şekilde yoğunlaştırılmalıdır.

Adam çalıştıran, yüksek niteliklere sahip uzman çalışanları sürekli denetlemek ve gözetim altında tutmak durumunda değildir. Bu bakımdan, çalışanın mevcut niteliği, bilgi ve tecrübe düzeyinin yüksek oluşu, gözetim ve denetim ödevinin biraz daha azalmasını sağlamak imkânına sahiptir. Ancak işletenin, sadece denetim ile çalışanın gelecekte özenli çalışmasını sağlayabileceğinden; çalışanın tecrübesinin yüksek oluşu ya da uzman niteliği gözetim ödevinin tamamen ortadan kalkmasına sebebiyet vermez. Özellikle uzman kişinin yürüttüğü faaliyetin, üçüncü kişiler için tehlike doğurur niteliği söz konusu ise mutlaka denetim yapılması gereklidir. İşletenin, uzman kişinin girişmiş olduğu faaliyet bakımından yeterli bir bilgiye sahip olmaması durumunda, uzman bir kişiden destek alması yerinde görülür.

Çalışanlar, işletme merkezi dışında faaliyet yürütüyorlarsa onlar üzerinde gözetim ve denetim yükümlülüğünü yerine getirmesi zorlaşacağından, önceden daha sıkı talimat verilmesi gerektiği düşünölmelidir. Benzer şekilde, işletenin, çalışanın yetkisini aşmak suretiyle işleyeceği hukuka aykırı fiiller nedeniyle de sorumlu olması nedeniyle, çalışanın yetkisinin önleyecek nitelikte gözetim ve denetimi de sağlamalıdır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında hastayı ameliyat bittikten sonra diğer müdahaleler için başka bir ekibe hastayı teslim ederken gerekli özenin gösterilmemesi ve hastanın ölmesi nedeniyle hem doktorların hem de özel hastanenin sorumlu olduğuna karar vermiştir. Kararda “.. Özel Hastane işleteni, öncelikle tacir sıfatıyla basiretli bir tacir gibi davranması gereği yanında, yaptığı hizmetin yaşama hakkını yakından ilgilendiren kamusal nitelik taşıyan sağlık hizmeti olması nedeniyle de hastanın ve özel durumlarda yakınlarının zarar görmemesi için gerekli olan sadakat ve özeni göstermek durumundadır. Bu özen, başta doktor ve diğer yardımcı personeli

seçme ve denetleme açısından yüksek oranda gösterilmeli, diğ-er şartların hazırlanmasında da aynı ilke unutulmamalıdır.” sonucuna varılmıştır. Yarg. HGK, E. 2004/13-291, K. 2004/370, T. 23.6.2004.

Yargıtay yine bir kararında, “*Davalılar, istihdam eden sıfatıyla çalıştırdıkları adamlarını daimi bir nezaretle yükümlüdürler.* Çünkü, kural olarak adam çalıştıran tarafından verilmiş talimata, müstahdemin uymamasından ötürü işsahibi sorumludur. Özel tehlike arz ettiği anlaşılan montaj işinde davalıların nezaret ödevlerini ihmâl ettikleri dosyadaki belge ve kanıtlardan açıkça anlaşılmaktadır. Örneğın, gerek tanıkların ve gerekse tüm bilirkişilerin ortaklaşa belirttikleri gibi, vincin tehlikelerle dolu çalışma alanına girmeyi yasaklayan levha konulmuş olmasına rağmen, eylemli olarak buradan geçiş önlenememiştir. Bu yön gerektiğinde oraya bir veya birkaç görevli dikmek suretiyle fiilen ve hatta zorla gerçekleştirilebilirdi. *Bütün bu maddi olgular, nezaret görevinin yeterince özenle ve dikkatle yürütülmediğini göstermektedir...*” tespitinde bulunulmuştur.

Bu özen ödevi ve buna riayet edilmemesi olgusu, **objektif** olarak takdir olunur. Sübjektif bakımdan mazur görülebilecek bir neden iş gördüreni sorumluluktan kurtaramaz. TBK’nun 66.maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmesi durumunda özen eksikliğinin varlığı kabul edilir.

27.03.1957 gün ve 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının 4. paragrafında da belirtildiği gibi, **Kanun’un 55. maddesinin istihdam edene verdiği kurtuluş beyyinesi imkânının, kususuzluğın ispatı olmadığı** kabul edilmiştir. Sorumluluktan kurtulma nedenlerinin yasaya konuluşu ile güdülen tek amaç, iş sahiplerini sorumluluktan kurtulacakları düşüncesiyle zararları önleyici tedbirleri almaya teşvik etmek, sosyal tehlikeyi azaltma düşüncesidir; yoksa yasa metnine kusur unsurunu sokma düşüncesi değildir. O halde özetlenecek olursa, **kusur ögesi hariç haksız eylemin diğ-er üç unsuru bir zararlandırıcı olayda birleşince adam çalıştıran sorumlu tutulacaktır.** Nitekim, aynı ilkeler Hukuk Genel Kurulu’nun 14.03.2012 gün ve E:2011/4-824, K:2012/134 sayılı ilamında da benimsenmiştir.

III-) Adama alıŐtıranın Sorumsuzluk Anlaşması ile Sorumluluktan Kurtulma İmkanı Olup Olmadığı Sorunu

Adam çalıştıran yaptığı anlaŐmalarla üçüncü kişilere verilen zararlardan dolayı sorumlu olmayacağını içeren sözleşmeler yaparak sorumluluktan kurtulup kurtulamayacağına yönelik olarak Mevzuatımızda bir hüküm bulunmamaktadır. Adam alıŐtıranın sorumluluğı bir haksız fiil sorumluluğı olup bu tür sorumlulukların sorumsuzluk anlaşması ile bertaraf edilmesi oldukça tartışmalı bir konudur. Buna göre,

Bir görüşe göre, haksız fiil sorumluluğunu konu alan sorumsuzluk anlaşmasının yapılması mümkün bulunmamaktadır. Bu görüşe göre, haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümler kamu düzenini koruma amacını gütmekte ve emredici niteliktedir. Dolayısıyla bu hükümlerin ihlalinden doğan sorumluluğun bertaraf edilmesi mümkün bulunmamaktadır. Haksız fiil sorumluluğı ile kanun koyucu toplumun menfaatlerini korumak amacıyla taraf iradelerinin tasarrufuna kapalı bir alan yaratmıştır . Bu yorum neticesinde, haksız fiil sorumluluğunu konu alan sorumsuzluk anlaşmaları da batıl kabul edilmelidir.

Bir diğer görüş, haksız fiil sorumluluğunda sorumsuzluk anlaşmalarına zararın özelliğine göre izin vermektedir. Sorumsuzluk anlaşmasının kapsadığı zarar, eğer zarar görenin mal varlığına ilişkinse bu anlaşma geçerli, cismani zararlara ilişkin ise geçersiz kabul edilmektedir. Bu görüşe göre cismani zararları içeren bir sorumsuzluk anlaşması, TMK m. 23 ve TBK m. 27'ye aykırılık sebebiyle geçersiz olabilecektir.

Başka bir görüşe göre ise, haksız fiiller konusunda sorumsuzluk anlaşmalarına genel olarak hiçbir sınır getirilmemelidir. Bu görüşe göre zarar gören özel bir fayda sağlayacaksa, sorumsuzluk anlaşması yapabilmelidir. Buna kamu düzeni kavramının genişletilmesi ile engel olunmamalıdır. Üstelik zararın mal varlığında veya kişi varlığında meydana gelmesi de bir fark meydana getirmemelidir.

Bir diğer grrse göre ise, haksız fiil sorumluluğunu sınırlandıran sorumsuzluk anlaşmalarına bazı sınırlamalarla birlikte imkân tanınmalı ve bu tür sorumsuzluk anlaşmalarına TBK m. 115 kıyasen uygulanmalıdır. Nitekim hafif ihmal sonucu meydana gelen zararlardan sorumluluğun sınırlandırılmasında borçlunun ya da failin sorumluluğu açısından bir ayırım yapılmasında haklı bir gerekçe bulunmamaktadır. Zira bir taraftan hafif ihmal halinde borçlunun sorumlu olmayacağı, diğer taraftan failin sorumlu olacağı sonucu kabul edilebilir değildir, özellikle sözleşmesel iliŐkilerin kanun koyucu tarafından daha sıkı bir hukuki rejim ile korunduğu gerçeği karşısında, bu sonucu anlaşılır kılmak hiç mümkün değildir.

TBK m. 115 ya da TBK m. 99'un emredici sınırları dahilinde dŐnldđnde, haksız fiil sorumluluğunu konu alan sorumsuzluk anlaşmalarına karşı çıkmak için haklı bir gerekçe bulunmamaktadır. Bu sonucu destekleyen bir diğer düşünce, rıza ile sorumsuzluk anlaşması arasındaki benzerlik ve farklılıkların göz önünde bulundurulmasından doğar: Hukuken geçerli bir rıza sayesinde haksız fiilin oluşmadığı sonucuna varılırken, tek taraflı bir işlem olan rıza yerine iki taraflı bir işlem olan sorumsuzluk anlaşması ile sorumluluğunun doğmadığı sonucuna varılamaması mümkün görünmemektedir.

Buna göre kanaatimizce adam çalıştıran, çalışanın kendisine tevdi edilen işi yaparken zarar görme ihtimali olan nc kişilerle anlaşma yaparak çalışanın hafif ihmali sonucu veya çalışanın kusuru olmadan verdiği zararlardan dolayı kendisine "*adam alıŐtıranın sorumluluğu*" esasına dayalı olarak sorumlu tutulmayacağına yönelik anlaşmalar mümkün olabilmelidir. Örneğin bir firma zen sorumluluğu çerçevesinde işlerini yürütürken çalışanlarının kusuru olmadan veya hafif ihmali nedeniyle komşu taşınmaz malikine zarar verirse bundan sorumlu olmayacağına kanunun diğer hükümlerine aykırılık teşkil etmeyecek şekilde anlaşma yapabilecektir. Fakat belirtelim ki, söz konusu anlaşmanın tehlike esasına dayanan sorumluluk hallerinde kabulü zor gözükmektedir.

IV-) Adam alıŐtırmanın İlliyet Bağının Kesilmesi Sonucu Sorumluluktan Kurtulması

Kanun koyucu, bir adam alıŐtırma ilişkisi içerisinde, o iŐin görülmesi sırasında, o iŐ ile ilgili olarak çalışanın nc bir kişiye yapmış olduğu haksız eylemin bulunması ve bu eylem sonucu nc kişinin zarara uğraması Şartlarını aramıŐtır. Burada üzerinde durulması gereken önemli hususlardan biri de eylem ile zarar arasındaki **illiyet bağıdır**. Tazminat hukukunda sorumluluktan söz edilebilmesi için, sadece eylemin yasaya veya sözleşmeye aykırı olması yeterli değildir; eylem sonucunda bir zararın doğmuş olması ve zararla eylem arasında uygun nedensellik bağının bulunması da gerekir. Zararla eylem arasında **uygun nedensellik bağının** bulunup bulunmadığı hususu, her somut olayın kendine özgü yapısı içerisinde bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır (*Yargıtay HGK 03.10.2007 ve E. 2007/13-642, K. 2007/704; aynı yönde Yargıtay HGK 04.03.2015 ve E.2013/13-1471 - K.2015/888 vs.*).

Belirtelim ki, 818 Sayılı Eski BK m. 55' de, "*Başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mesuldür. Şu kadar ki böyle bir zararın vukubulmaması için hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse mesul olmaz (f.1).*" düzenlemesi yer almaktaydı. 6098 sayılı TBK m. 66'ya "*Şu kadar ki böyle bir zararın vukubulmaması için hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse mesul olmaz*" hükmü alınmamıştır. TBK m. 66'nın gerekçesinde bu durum, söz konusu hükmün nedensellik bağının kesilmesiyle ilgili olduğu için maddeye alınmamıştır Şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre illiyet bağının kesildiği hallerde sorumluluk zaten olmayacağı için kanunda bunun ifade edilmesine bile gerek duyulmamıŐtır.

"*Mücbir sebep*", "*zarar görenin ağır kusuru*" ve "*nc Şahsın ağır kusuru*" illiyet bağını keser. Böyle bir durumda da sorumluluk söz konusu olmaz. İlliyet bağının kesildiğini ispat yükü zarar verene aittir.

Mücbir sebep, “sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlâlüne kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır”. Söz konusu unsurları taşımaları kaydıyla, zelzele, kasırga, ihtilâl, savaş, salt politik amaç taşıyan yasadışı genel grevler, ithal ve ihraç yasakları mücbir sebep olarak değerlendirilebilir.

Zarar görenin ağır kusuru da illiyet bağına kesebilir. Örneğin, bir iş kazasında ağır şekilde yaralanan işçi intihar ederse veya tedavinin gereklerini bilerek yerine getirmese illiyet bağı kesilmiş olur. Aynı şekilde, zarar görenin eşya veya işletmesinden kaynaklanan tehlikeler ile yardımcı şahısların fiilleri de illiyet bağına kesebilir. Böyle bir durumda failin sorumluluğu illiyet bağına kesildiği ana kadar gerçekleşmiş zararlarla sınırlıdır.

İlliyet bağına kesebilecek son **hal** üçüncü şahsın ağır kusurudur. Örneğin, (A) tarafından yaralanan (B) hastane personelinin kusurlu davranışı yüzünden hayatını kaybederse illiyet bağı kesilmiş olur. Ya da bir kimsenin arkadaşını otomobilin önüne itmesi ve ölümün gerçekleşmesi durumunda illiyet bağına kesildiğinden bahsedilebilir.

*AKİT DIŞI KUSURSUZ SORUMLULUKTA
BEDENSEL ZARARLAR ULUSLARARASI KONGRESİ*

1. GÜN

2. Oturum

“ARAÇ İŞLETENİN SORUMLULUĞU”

SUNUCU- Saygıdeğer hanımefendiler, beyefendiler, çok değerli misafirlerimiz; Şimdi de 2. Oturumumuzu açıyoruz. Sayın konuklar, “*Araç İŞletenin Sorumluluğu*” konu başlıklı 2. Oturumun başkanlığını yapmak üzere Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı Sayın Av. nsal Toker’i sahneye davet ediyorum.

Av. ÜNSAL TOKER- Sayın Başkanlarım, çok değerli meslektaşlarım, kıymetli stajyer arkadaşlarım, değerli konuklar; hepimizi Őahsım, Türkiye Barolar Birliği yönetimi adına saygıyla selamlıyorum, hoş geldiniz.

Oturumumuzun konusu: “*Araç İŞletenin Sorumluluğu*” Motorlu araçlar günümüzün sosyal hayatında sağladıkları imkân ve kolaylıklar açısından hepimizin vazgeçilmez unsuru haline gelmiştir. Hiçbirimiz araçsız düşündüğümüz bir günümüz hemen hemen olmamaktadır. Her külfetin bir nimeti olduğu ve bu nimetin bir külfetle yan yana geldiği günümüzde motorlu araçların katılımıyla oluşan trafik giderek artan bir tehlike unsuru haline gelmiştir. Sabahki oturumda da belirtildiği gibi Türkiye’de 1977, 1978 ve 2017 yılına kadar olan dönemde muazzam trafik kazaları meydana gelmiş ve bu kazalarda gerçekten büyük ölümler, yaralanmalar söz konusu olmuştur. Yalnız 2017 yılında 1 200 000 trafik kazası söz konusu olmuş, bu kazalarda 7 300 kişi hayatını kaybetmiş, 320 000 kişi yaralanmıştır. Tablo gerçekten korkunç hale gelmiştir. Motorlu araçların her an çevreye ve kişilere zarar verme ihtimali göz önünde tutulduğunda gerçekleşen zararın tazmin ykmllğğn kusur ilkesine bağlamak, Borçlar Kanunu hükümlerinde bunu değerlendirmek maalesef teknolojiye, adalete ve uygarlık fikrine ters düştüğü için araç işletenin sorumluluğunda kusur sorumluluğu terk edilmiş, yerine tehlike sorumluluğu ngrlmŐtr. Bu çerçevede 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu aracı işletenin sorumluluğu hakkında yeni düzenlemeler getirmiştir. Bugün ben oturumumuzu baŐlatmadan önce sunumda bulunacak konuŐmacılarımızı ve sunum konularını sizlere takdim ederek buraya davet edeceğim. Öncelikle ilk konuŐmacımı aıkliyorum: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. Hakan Karan. Hakan Bey yalnız kendi araŐtır-

ma görevlisiyle birlikte burada sunumunu gerçekleştirecek. Buyurun Hakan Bey. Araştırma görevlisi arkadaşımız Kübra Vartürk Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, buyurun Kübra Hanım. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. Emine Yazıcıoğlu “Deniz Aracı İşletenin Sorumluluğu”, buyurun Emine Hanım. Doç. Dr. Ferhat Canbolat Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi “Hatır İçin Taşınanın Uğradığı Zararlar”, hoş geliniz. Friedrich Alexander Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. Franz Hofmann, buyurun Sayın Hofmann. Son konuşmacımız Doç. Dr. Özlem Gürses “İngiliz Hukukunda Motorlu Taşıt Kullanıcısının Sorumluluğu ve Sigortası”, buyurun Sayın Gürses. İlk sözü “Deniz Aracı İşletenin Akit Dışı Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk”, zannediyorum basımda bir hata olmuş, bunu bu şekilde düzeltmemi istediler, ben de size bu şekilde sundum. Ayrıca bu konuyu Sayın Hakan Karan araştırma görevlisi Kübra Vartürk’le birlikte sunacaklar, buyurun.

GEMİ İŞLETENİNİN BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI AKİT DIŞI SORUMLULUĞUNA UYGULANACAK HUKUK

*Ar. Gör. Kübra VAR TÜRK**

*Prof. Dr. Hakan KARAN**

GİRİŞ

A) KONU, AMAÇ VE KAPSAM

Gemi işleteninin bedensel zararlardan dolayı akit dışı sorumluluğu deniz hukukunun önemli meselelerinden olup, başta 13/01/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun¹ 1062. maddesi olmak üzere mevzuatımızda düzenlenmiştir. Eserde Türk hukukundaki bu çeşitli düzenlemelerden gemi işleteninin, kendisinin veya fiillerinden sorumlu olduğu gemi adamlarının üçüncü kişilere akit dışı bir fiille sebebiyet verdiği bedensel zararlara hangisinin uygulanacağı incelenmiştir.

Çalışmada, sunumda bulunulan oturumun ana temasının araç işleteninin sorumluluğu ile sınırlandırıldığı dikkate alınarak “donatan” kavramı yerine ondan daha geniş manaya gelen “gemi işleteni” kavramı tercih edilmiştir. Yine eserde, Türk Ti-

* Ankara Üniversitesi Deniz Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Akademik Kurul Üyesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (kvar@ankara.edu.tr)

** Ankara Üniversitesi Deniz Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdürü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı Başkanı (karan@ankara.edu.tr)

¹ Bkz. 14/02/2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmi Gazete.

caret Kanununun 931. maddesinde “gemi” kavramı tanımlanırken doğrudan “araç” a yollamada bulunulduğundan ve bu aracın büyüklüğü bakımından da anlama değeri bir sınırlama getirilmediğinden, “deniz aracı işleteni” kavramından ziyade “gemi işleteni” kavramından hareket edilmiş ve “gemi adamı” kavramı, zorunlu danışman kılavuz ve isteğe bağlı kılavuzu da içerek şekilde anlamlandırılmıştır.

B) GEMİ İŞLETENİ

Gemi işleteninin akit dışı sorumluluğunu düzenleyen en önemli hükümlerden bir tanesi Türk Ticaret Kanununun donatanın gemi adamlarının kusurlarından dolayı sorumluluğunu düzenleyen 1062. maddesidir. Donatan, deniz ticaretinin aktörlerinden en önemlisidir.

Türk Ticaret Kanununun 1061. maddesinde donatan kavramı tanımlanmıştır:

“Donatan, gemisini menfaat sağlamak amacıyla suda kullanan gemi malikidir.”

Buna göre donatanın, hem sermayedar, yani gemi maliki, hem de işleten olması gerekmektedir. Lakin, aynı maddenin devamında kendisinin olmayan bir gemiyi menfaat sağlamak amacıyla suda kendi adına bizzat veya kaptan aracılığıyla kullanan kişi de, üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde donatan olarak kabul edildiğinden, aslında, gemi işleteninin donatan sayılmak için yeterli olduğu, malik olma kriterinin aranmadığı anlaşılmaktadır².

Doktrinde “gemi işletme müteahhidi”³, “malik olmayan

² Doğanay, İ.: *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C. III, B. 3, Ankara 1990, s. 2400; Kalpsüz, T.: “Donatanın Akid Dışı Mesuliyeti ve Bunun Sınırlandırılması (Başlıca Modeller ve Türk Hukukundaki Durum)”, *Sorumluluk ile Sigorta Hukuku ve Uygulama Açısından Türkiye’de Deniz Kazaları Sempozyumu (13-15 Ekim 1982 Tarabya-İstanbul)*, Ankara 1983, s. 45.

³ Çağa, T.: *Deniz Ticareti Hukuku: Giriş, Gemi, Donatan ve Kaptan*, C. I, B. 10, İstanbul 1995, s. 101; Doğanay, Şerh, s. 2401; Kaner, İnci Deniz: *Deniz Ticareti Hukuku*, İstanbul 2013, s. 76; Kender, R. / Çetingil, E. / Yazıcıoğlu, E.: *Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler*, C. I, B. 14, İstanbul 2016, s. 99; Okay, Sami: *Deniz Ticareti Hukuku*, C. I, B. 3, İstanbul 1970, s. 221, 224; Sözer, B.: *Deniz Ticareti Hukuku - I, Giriş -*

donatan"⁴ veya "donatan sayılan kişi"⁵ olarak da ifade edilen gemi işleteni olabilmek için, geminin maliki olunmasa dahi kullanımı imkânını, yani fiili hâkimiyeti haiz olunması şartı koŐulmaktadır. Kullanım imkânı haklı bir sebebe dayanabileceği gibi, haksız da olabilir. Binaenaleyh, araç işleteni için fiili hâkimiyeti yeterli gören 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun⁶ 3. maddesindeki tanım ile Türk Ticaret Kanununun 1061. maddesindeki tanım birbirleriyle örtüşmektedir.

İŞletme unsuru, Türk Ticaret Kanununun 1061(2). maddesinde "*bizzat veya kaptan aracılığıyla kullanan kişi*" şeklinde tabir olunmuştur. Geminin işletilmesinde önemli olan geminin kullanılırken donatılması ve donatılmasına yönelik emir ve talimatın verilmesidir. Geminin donatılması geminin daha ziyade teknik idaresine yönelik olarak yürütölen faaliyetlerin toplamıdır. Bu kapsamda bilhassa geminin Türk Ticaret Kanununun denize ve yola elveriŐliliđi düzenleyen 932. maddesindeki faaliyetler, yani geminin denize elveriŐliliđinin sağlanması, teŐkilatlandırılması, yükleme durumunun kontrolü, yakıtı ile kumanyasının tedariki ve gemi adamlarının istihdamı anılabilir.

Bu tür faaliyetleri yürütebilecek kişi ancak gemi üzerinde fiilen hâkim konumdaki kişidir. Bu nevi fiili hâkimiyeti, gemi işletenine bırakan ve onu emir ve talimatı dairesinde gemiyi kullanmasına izin veren en önemli sözleşme tipi gemi kira sözleşmesidir. Ancak bu kapsamda finansal gemi kira sözleşmesi ile intifa veya rehin hakkının tesisine yönelik anlaşma da sayılabilir. Gemi üzerindeki fiili hâkimiyetin tahsis olunana bırakılmasını içermeyen zaman çarteri sözleşmesi ise tahsis olunanın gemi işleteni olarak anılabilmesi için yeterli şartları taŐımamaktadır.

Gemi - Donatan ve Navlun Sözleşmeleri, İstanbul 2014, s. 170; Tekil, F.: *Deniz Hukuku*, İstanbul 1988, s. 60;

⁴ Kalpsüz, s. 100 (Tartışmalar).

⁵ Atamer, K.: *Deniz Ticareti Hukuku - I*, İstanbul 2017, s. 795.

⁶ Bkz. 18/10/1983 tarihli ve 18195 sayılı Resmi Gazete.

Gemi işleteninin gemiyi ekonomik⁷ menfaat sağlama amacıyla kullandığı dikkate alındığında geminin Türk Ticaret Kanununun 931(2) maddesi manasında ticaret gemisi olarak nitelendirileceği Şüphesizdir. Şu kadar ki, aynı Kanunun 935(2) (a) ve (b) maddesinde gemi işleteninin gemi adamlarının kusurundan doğan sorumluluğuna ilişkin 1062. maddesi hükmünün diğer tüm Türk gemilerine uygulanacağı ifade edilmek suretiyle ekonomik menfaat amacı dışında kullanılan gemilerin işleteninin de en azından 1062. maddenin uygulanması aÇısından gemi işleteni sayılmasına sebebiyet verilmiştir. Bu kapsamda, gemi işleteni sayılabilmek için, geminin ekonomik menfaat sağlama amacıyla kullanılıp kullanılmadığının bir önemi bulunmamaktadır. Bu aÇıklamalarımız ışığında, gemi işleteni kavramı aŐađdaki Şekilde tanımlanabilir:

“Gemi işleteni, maliki olmasa dahi, fiili hâkimiyetindeki gemiyi herhangi bir menfaat doğrultusunda kullanma ve donatarak teknik idaresine yönelik tasarrufta bulunma imkânını haiz kişidir.”

C) AKİT DIŞI SORUMLULUĞA UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

1- Genel Olarak

Gemi işleteninin akit dışı sorumluluğuna uygulanacak hukuki rejim tespit edilirken, hukuki ilişkinin Türkiye'nin taraf olduğu bir uluslararası konvansiyonun uygulama alanına girip girmediğine bakılmalı; eğer Türkiye'nin taraf olduğu bir uluslararası konvansiyon mevcutsa, bu konvansiyon diğer iç hukuk kurallarına nazaran öncelikle uygulanmalıdır. Bu husus, uluslararası hukukun kaynaklarından birini teşkil eden “ahde vefa” ilkesinin doğal bir sonucudur⁸. Çağdaş bir hukuk

⁷ Her ne kadar Türk Ticaret Kanununun 1061. maddesinde donatan olabilmek için ekonomik menfaat yerine sadece menfaat kavramı kullanılmış olsa da, ilgili maddenin gerekçesinde, Türk Ticaret Kanununun 931. maddesine yollama yapıldığından menfaatin ekonomik menfaat olarak anlaşılması gerekmektedir.

⁸ Bkz. 1945 tarihli Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün hukuk kaynağı olarak hukukun genel ilkelerini sayan 38. maddesi <<http://legal.un.org/avl/pdf/ha/>

devletinin tarafı olduğu bir konvansiyonu yürürlüğe sokma ve amacı doğrultusunda yorumlayarak uygulama taahhüdü altında olduğu dikkate alındığında, bu uluslararası taahhüdünü ifadan kaçınarak ihlal etmesi düşünülemez. Ülkemizin en üst normlar dizinini oluşturan 18/10/1982 tarihli ve 2709 sayılı Anayasanın⁹ 90. maddesinde, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş olan uluslararası konvansiyonların diğer iç mevzuat düzenlemelerinin ötesinde, bizzat Anayasanın kendisine aykırılığının iddia olunamayacağı ifade edilmek suretiyle, bu taahhüdün gereği güvence altına alınmıştır.

Bir uyuşmazlık herhangi bir uluslararası konvansiyonun uygulama alanına girmiyor veya konvansiyonda bu uyuşmazlık hakkında uygulanacak bir hüküm bulunmuyorsa, yetkili hukukun tespiti bedensel zararı doğuran hukuki ilişkinin yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığına bağlıdır. Yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlık hakkında uygulanacak hukukun belirlenmesinde, hâkimin kanunlar ihtilafı kuralları esas alınır.

Akit dışı sorumluluk hakkında Türk hâkiminin yetkili olabilmesi ve dolayısıyla Türk kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanabilmesi Türk mahkemesinin 27/11/2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun (MÖHUK)¹⁰ 1. maddesi uyarınca yetkili yargı yeri olarak tanınmasına bağlıdır; şu kadar ki, Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası bir konvansiyon gereğince¹¹ Türk mahkemeleri yetkili kılınmış da olabilir.

Türk hukukunda yabancılık unsuru taşıyan akit dışı sorumluluğa dair uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk MÖHUK'un 34. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre Türk hukukunun yetkili olabilmesi için:

- (1) Haksız fiilin Türkiye'de işlenmiş olması,
- (2) Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği

sicj/icj_statute_e.pdf> e.t. 26/11/2018.

⁹ Bkz. 09/11/1982 tarihli ve 17863 sayılı mükerrer Resmî Gazete.

¹⁰ Bkz. 12/12/2007 tarihli ve 26728 sayılı Resmî Gazete.

¹¹ 1999 tarihli COTIF - CIV m. 57; 2002 tarihli Atina Konvansiyonu m. 14.

yerin farklı ÷lkelerde olması hâlinde, zararın meydana geldiği ÷lkenin Türkiye olması,

(3) Haksız fiilden doğan borç ilişkisinin Türkiye ile daha sıkı ilişkili olması veya

(4) Taraflarca, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuk olarak Türk hukukunun seçilmiş olması.

Uygulanacak hukuk Türk hukuku olduğu takdirde, hukuki iliŐkiye hangi normun tatbik edileceği araŐtırılır. Türk hukukunda sorumluluğu düzenleyen birden çok norm bulunmaktadır. Bir olayın, sorumluluğu düzenleyen birden fazla normun uygulama alanına girmesi mümkündür. Aynı olaya tatbik edilebilecek birden fazla norm, aynı ya da farklı hukuki sebeplere dayanabilir.

Böyle bir durumda, zarar görenin zararının tazminini hangi hükümlere dayanarak talep edebileceği sorunu gündeme gelir. Bu noktada, normlar arasındaki hiyerarŐinin ne olacağı; çeşitli hukuki sebeplerden birine dayanarak tazminat talep etmenin, diğerlerine başvuru hakkını ortadan kaldırıp kaldırmayacağı; tazminat talep ederken birden fazla hukuki sebebe aynı anda gidilip gidilemeyeceğinin açıklığa kavuşturulması gerekir.

2- Sorumlulukların Telahuku (Birleşmesi)

Sorumluluğu düzenleyen birden fazla norm bulunduğu takdirde bu normlar kendi arasında sıraya sokulurken dikkate alınacak en önemli hukuk prensibi, özel normun genel norma tekaddüm edeceğidir. Şu kadar ki, normlar arasında özel genel ilişkisine gidebilmek için, bunların hukuki sebeplerinin (dayanaklarının) aynı mahiyette olması gerekir. Hukuki mahiyetleri farklı hususları düzenleyen normlar arasında özel – genel ve dolayısıyla öncelik – sonralık ilişkisi bulunmamaktadır. Hukuki mahiyetindeki farklılıklara rağmen, bu nevi iki normun düzenledikleri konu aynı olabilir ve bunlar, sahibine aynı hakkı bahsedebilir. Bunun tipik örneği, normların her ikisinin de konu itibariyle sorumluluğu düzenlemesi, sahibine tazminat hakkı bahŐetmesi,

ancak hukuki mahiyetleri itibariyle birinin akit dışı sorumluluğu, diğerinin ise sözleşme sorumluluğunu ele almasıdır.

Bu takdirde, iki farklı norm, sorumluluğun hukuki dayanağını oluŐturmakta olup, iki farklı tazminat hakkı verir. Ancak, ortada tazmin olunacak tek bir zarar olduğundan, iki farklı talep, tazminat hakkı sahibinin dayanacağı sorumluluk normu altında birleŐir (hakların – taleplerin – sorumlulukların birleşmesi teorisi)¹². Zararın tazmini ölçüsünde birleşen her iki talep hakkı da sona erer¹³.

Sorumlulukların birleşmesi teorisinin sonucunda, tazminat hakkı sahibi, talebini, tercihine bağlı olarak birden fazla hukuki dayanaktan (sebepten) birine dayandırabilir. Bunun neticesinde talep sahibi, dayanılan hukuk normunun uygulanma Şartlarını, yani sorumluluk Şartlarını ispat yükü altına girer. Geniş anlamda haksız fiil sorumluluğu (sözleşme dışı sorumluluk) ile sözleşme sorumluluğunu düzenleyen normların uygulanma Şartları birbirinden farklı olduğundan, talep sahibinin, ispat açısından en elverişli olan norma dayanmak isteyeceği Őüphesizdir¹⁴.

Talep sahibinin talebini hangi hukuki sebebe dayandığını tespit etmek hukuk usulü kuralları gereğince hâkime aittir. Hâkim taraflarca ileri sürülen iddia ve vakıaların hukuki tavsifini yapmak, olaya uygulanacak mevzuat hükümlerini re’sen gözetmek, bulmak ve uygulamakla yükümlüdür. Nitekim 12/01/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun “Hukukun uygulanması” başlıklı 33. maddesi gereğince hâkimin Türk hukukunu re’sen uygulayacağı hükme bağlanmıştır.

Talep sahibinin uygulanacak hukuki rejimle ilgili tercihi, özel bir hukuk politikasının ürünü olan bir hukuki rejimle sağlanan menfaatler dengesini bozduğu ölçüde görmezden

¹² Karan, H.: *The Carrier’s Liability under International Maritime Conventions: The Hague, Hague-Visby, and Hamburg Rules*, Lewiston 2004, s. 100.

¹³ Karan, H.: *Karayolunda Uluslararası EŞya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon – CMR Şerhi*, Ankara 2011, s. 722.

¹⁴ Karan, CMR, s. 722.

gelinebilir. Hiçbir hukuk düzeni, korunmaya değer bir hukuk politikasına hizmet eden bir normun dolanılmasına müsaade etmez. Şu kadar ki, 11/01/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun¹⁵ 60. maddesinde bir kişinin sorumluluğunun, birden çok sebebe dayandırılabil-diği takdirde, hâkimin, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vereceği hükme bağlanmıştır. Maddenin bu haliyle katı ve şekli uygulanması birleşen sorumluluk rejimlerinden uygulanabilir olanının tercihini talep sahibinin menfaatine göre tespitine imkân sağlamakta, normlardan herhangi birinin oluşumuna hizmet eden hukuk politikasının göz ardı edilmesini mümkün kılmaktadır. Bu sayede çoğu kez, kamu menfaati yerine kişisel menfaat tercih edilmiş olacaktır. Dolayısıyla, Türk Borçlar Kanununun 60. maddesinin, salt tazminat talep etme hakkına sahip olan kişi ile tazminat yükümlüsü olan kişi arasındaki ilişkinin kamusal bir duyarlılığının olması halinde uygulanabilir olduğunun kabulü gerekir.

3- Sorumlulukların Yarışması

Bir olaya uygulanabilecek sorumluluğu düzenleyen birden fazla aynı hukuki mahiyeti haiz norm bulunabilir. Bu takdirde sorumlulukların yarışmasından bahsedilir ve normlar hiyerarşisi gündeme gelir. Normlar sıraya sokulurken dikkate alınacak en önemli hukuk prensibi, özel normun genel norma tekaddüm edeceğidir.

Normlar arasında özel – genel ilişkisine gidilebilmesi için, bunların hukuki sebepleri (dayanakları) aynı mahiyette olmalıdır. Hukuki mahiyeti farklı hususları düzenleyen normlar arasında özel – genel ve dolayısıyla öncelik – sonralık ilişkisi bulunmaz.

Aynı olaya uygulanacak aynı hukuki mahiyeti haiz birden fazla norm varsa, hangi normun olaya uygulanacağı belirlenirken göz önüne alınacak bir diğer husus, uygulanacak normun

¹⁵ Bkz. 04/02/2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

seçiminin tarafların tercihine bırakılmadığıdır. Aynı hukuki mahiyetteki normlardan daha özel norm olaya tatbik edilir. Örnek vermek gerekirse, araç işletenin sorumluluğunu düzenleyen Karayolları Trafik Kanunu varken, Türk Borçlar Kanununun akit dışı sorumluluğu düzenleyen 49 vd. maddelerine başvurulamaz.

Aşağıdaki açıklamalarda, gemi işletenin bedensel zararlardan doğan akit dışı sorumluluğu ele alınırken genel normdan öncelikle uygulanabilir özel norma gidilmesi yöntemi tercih edilmiştir.

I. GEMİ İŞLETENİNİN KENDİ AKİT DIŞI FİİLİNDEN KAYNAKLANAN BEDENSEL ZARARLARDAN SORUMLULUĞUNA UYGULANACAK HUKUK

Gemi işletenin akit dışı sorumluluğu incelenirken ele alınması gereken ilk husus, zararın, gemi işletenin kendi akit dışı fiilinden kaynaklanıp kaynaklanmadığını tespit etmektir. Esasen her mağdurun maruz kaldığı zarara kendisinin katlanması beklenir. Şu kadar ki, bu zararın mağdurun kendi uhdesinden alınarak bir başka kişiye yüklenebilmesi için haklı bir sebep bulunması halinde, bu ilkeden vazgeçilerek hukukun cevaz verdiği bir kişiye sorumluluk atfedilebilir. Bunun tipik örneği, kusurlu haksız fiiliyle üçüncü bir kişiye zarar veren kişinin zararı tazmin etmekle yükümlü tutulmasıdır. Sorumlu kişi, bir yandan genel bir davranış yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi, diğer yandan bu aykırı hareketinin kendisine kınanabilir bir davranış olarak atfedilmesi dolayısıyla böyle bir yükümlülük altına sokulmaktadır. Toplum halinde yaşayan kişilerden, diğerlerini zarara uğratmamak için makul, orta seviyedeki kişilerden beklenen dikkat ve özeni göstermesi beklenmektedir. Aksi takdirde, özen eksikliği kendilerine kınanabilir bir davranış, dolayısıyla kusur ve sorumluluğu gerektiren akit dışı fiil olarak yüklenebilir.

Gemi işleteni de, bu manada akit dışı sorumluluk altına girebilir. Çatmayı düzenleyen hükümler hariç¹⁶, Türk hukuk

¹⁶ Bkz. aşağıda III.

sisteminde gemi işletenin kendi akit dışı fiilinden dolayı sorumluluğunu düzenleyen başkaca bir norm bulunmadığından gemi işletenin akit dışı sorumluluğu hakkında Türk Borçlar Kanununun genel anlamda kendi fiilinden akit dışı sorumluluğu düzenleyen 49. maddesi hükmü uygulanır.

II. GEMİ İŞLETENİNİN GEMİ ADAMLARININ AKİT DIŞI FİİLİNDEN KAYNAKLANAN BEDENSEL ZARARLARDAN SORUMLULUĞUNA UYGULANACAK HUKUK

Adam çalıştırmanın çalışanın akit dışı fiiliyle sebebiyet verdiği bedensel zararlardan doğan sorumluluğu en genel manada Türk Borçlar Kanununun 66. maddesinde ele alınmıştır. Ne var ki, gemi işletenin gemi adamlarının akit dışı fiilinden kaynaklanan sorumluluğunun Türk Ticaret Kanununun 1062(1). maddesinde özel olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu maddeye göre:

“Donatan, gemi adamlarının, zorunlu danışman kılavuzun veya isteğe bağlı kılavuzun görevlerini yerine getirirken işledikleri kusur sonucunda üçüncü kişilere verdiği zararlardan sorumludur. Ancak, donatan, yolculara ve yüklerle ilgili kişilere karşı, taşıyanın gemi adamlarının kusurundan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlere göre sorumlu olur.”

Maddede, gemi işleteni, kanunun kendisine yüklediği hâkimiyeti altında çalışan gemi adamları üzerindeki objektif özen ve gözetim borcunun ihlâlinden sorumlu tutulmak istenmiştir. Borç yerine getirilmez ve bu sebeple gemi adamlarının kusurlu fiillerinden dolayı üçüncü kişiler zarara uğrarsa, gemi işleteni bu zararı tazminle yükümlüdür.

Gemi işleteni başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulmuştur. Bu kişiler Türk Ticaret Kanununun 1062. maddesinde gemi adamları, zorunlu danışman kılavuz ve isteğe bağlı kılavuz olarak belirlenmiştir. Türk Ticaret Kanununun 934. maddesinde kaptanın, gemi zabitlerinin, tayfaların ve gemide çalıştırılan diğer kimselerin gemi adamı sayılacağı zikredilmiştir. Binaenaleyh, gemide istihdam olunan tüm kişiler vermiş

oldukları hizmetin niteliği dikkate alınmaksızın gemi adamı addedilmişlerdir. Doktrinde¹⁷ gemi adamı kavramını gemicilik hizmetlerinin gemi yerine karadan da verdirilmeye başlanmasının bir sonucu olarak daha önceden gemi adamları tarafından gemide verilen hizmetleri gemi işleteninin gözetim ve denetiminde karadan gören kişilerin de gemi adamı sayılacağı kabul edilmektedir. Geminin havuza alınması sırasında gemi hizmeti gören kişiler, bağımsız istif firması elemanları, gemi bekçileri, yükleri mavnadan alan veya yükleyen kişiler örnek olarak gösterilebilir¹⁸.

Gemi işleteninin gemi adamlarının kusurundan doğan sorumluluğunu incelerken Türk Borçlar Kanununun aynı mahiyette hüküm vazedenden 66. maddesinin de olaya uygulanabilirliği iddia olunabilir. Gerek adam çalıştıranın ve gerekse gemi işleteninin sorumluluğu, kusura dayanmayan olağan sebep sorumluluğudur. Her ikisi de hâkimiyet sahalarındaki kişiler üzerindeki objektif özen yükümlülüğünü ihlâl etmeleri sebebiyle sorumlu addedilmişlerdir.

Aynı mahiyette olan, yani haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 66. maddesi ile, Türk Ticaret Kanununun 1062. maddesinin uygulama alanlarının tespit edilmesi, yani bunların birbirleriyle yarışıp, yarışmadıklarının belirlenmesi gerekir. Bu konuda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bazı yazarlar, gemi işleteninin gemi adamlarının kusurundan doğan sorumluluğunun da, netice itibariyle adam çalıştıranın, çalışanlarının fiillerinden dolayı sorumluluğunun bir çeşidi olduğundan hareketle, Türk Borçlar Kanununun 66. maddesinde öngörülen hükmün Türk Ticaret Kanununun

¹⁷ Çağa, B.: "Gemi Adamlarının Üçüncü Kişilere Verdikleri Zararlardan Donatanın Sorumluluğu", *Batider*, C. VII, S. 2, s. 453; Eriş, G.: *Açıklamalı - İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu*, C. 5, Ankara 2010, s. 5399; Kalpsüz, s. 80; Kender, R.: "Donatanın TTK m. 947'de Düzenlenen Sorumluluğun Hukukî Mahiyeti", Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 290; Sözer, B.: *Deniz Ticareti Hukuku: Gemi - Donatan - Taşıyan ve Deniz Ticareti Hukuku'nda Sorumluluk Rejimi*, İstanbul 2012, s. 408.

¹⁸ Eriş, s. 5399.

1062. maddesi ile birlikte uygulanabileceđi¹⁹ ve zarar görenin yarışan bu hükümlerden birini tercih edebileceğini savunmaktadırlar²⁰. Bunlara göre, değinilen hükümlerden birinin avantajı; ötekinin dezavantajıdır²¹. Türk Borçlar Kanununun 66. maddesinin uygulanması halinde, Türk Ticaret Kanununun 1062. maddesinden farklı olarak gemi işleteninin sınırsız şahsî sorumluluğuna gidilebilecek ve gemi adamı kusurlu olmasa dahi gemi işleteni sorumlu tutulabilecektir. Diğer yandan, Türk Borçlar Kanununun 66. maddesi uyarınca, gemi işleteni kurtuluş kanıtı getirme imkânına sahipken, Türk Ticaret Kanununun 1062. maddesinde böyle bir imkâna yer verilmemiştir. Bu itibarla, zarar gören menfaatini değerlendirerek rejim tercihini yapacaktır.

Ne var ki, daha önce değinildiği üzere, hükümler arasında yarışma olabilmesi, bunlar arasında genel - özel ilişkisinin bulunmamasına bağlıdır. Özel hüküm mahiyetindeki Türk Ticaret Kanununun 1062. maddesinin uygulama imkânı varken, genel hükme gidilemez²², Türk Borçlar Kanununun 66. maddesi uygulanamaz²³. Bu sonuç Türk Ticaret Kanununun 1(2). maddesi hükmüne de uygundur. Zira, bu hükmün karőit anlamından, hakkında ticarî hüküm bulunan ticarî işlerde mahkemenin genel hükümlere dayanamayacağı sonucu hasıl olmak-

¹⁹ Kender, s. 292, 300.

²⁰ Atamer, K.: "Donatanın TTK m. 947-948'de Sınırlı Sorumluluğu ile BK m. 55'de Düzenlenen Adam Çalıştranın Sorumluluğunun Karşılaştırılması", Murat Sarıca Armağanı, İstanbul 1988, s. 206; Çağa, Deniz Ticareti, s. 113; Hirs, E.: *Ticaret Hukuku*, İstanbul 1948, s. 775; Tekil, s. 68.

²¹ Kalpsüz, s. 92 ve 93 (Tartışmalar).

²² TD, 08/04/1965, E. 1963/5865, K. 1965/1808 (Bkz. Batider, C. III, S. 3, s. 592); Doğanay, İ.: "Üçüncü Şahıslara Verdiği Zararlardan Dolayı Donatanın Mahdut ve Gayrimahdut Sorumluluğu", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Mayıs 1977, S. 14, s. 13; Okay, s. 231.

²³ TD, 27/03/1964, E. 3837/K. 958 (Bkz. Eriş, s. 5403); Arslanlı, H.: "Donatanın Kanuni Mesuliyeti", İstanbul Barosu Dergisi, 1941, s. 394; Tandoğan, H.: Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), Ankara 1961, s. 130-131. Ancak yazar bu görüşünü daha sonra deđiőtirmiő ve hidrokarbür ve nükleer enerjiden doğan zararlar ile karadaki mal ve kişilere verilen zararlarda Türk Borçlar Kanununun uygulanabileceğini savunmuştur (Bkz. Tandoğan, H.: "Karada Meydana Gelen Zararlar Dolayısıyla Donatanın Sorumluluğu", Sorumluluk ile Sigorta Hukuku ve Uygulama Açısından Türkiye'de Deniz Kazaları Sempozyumu (13-15 Ekim 1982 Tarabya-İstanbul), Ankara 1983, s. 180).

tadır. Türk Ticaret Kanununun 1062. maddesinin, 1. madde anlamında ticarî hüküm ve Türk Borçlar Kanunu hükümlerine nazaran önceliğinin olduğu kabul edilmelidir.

Diğer bazı yazarlar ise, gemi işleteninin kusursuz sorumluluğunu düzenleyen özel hükmün uygulanabilmesi için Türk Ticaret Kanununun 1062. maddesindeki sorumluluk şartlarının oluşmaması halinde genel hüküm mahiyetindeki Türk Borçlar Kanununun 66. maddesinin uygulanabileceğini ileri sürmektedirler. Onlara göre, vazifelerini yaparken üçüncü kişilere zarar veren gemi adamları özellikle kusurlu olmadığı takdirde, Türk Ticaret Kanununun 1062. maddesinin uygulanabilme imkânı yoktur. Bu halde gemi işleteninin aynı zamanda adam çalıştıran sıfatıyla Türk Borçlar Kanununun 66. maddesi dairesinde sorumluluğuna ise gidilebilir²⁴.

Özel hükümlerle düzenlenmemiş konularda genel hükümlerin uygulanacağı genel bir kaidedir. Ancak bunun için, genel hükmün özel hükmün vaz edilmiş gayesiyle çelişmemesi gerekir. Bilindiği gibi, Türk Ticaret Kanununun 1062. maddesinin sevk edilmişinde dikkate alınan ölçü, deniz ticaretinin nevi şahsına mahsus özellikleridir. Mütesebbis ve sermayedarları gemi işletmeye teşvik için gerekli imkânlar sağlanmadıkça Türkiye'nin üç yanı denizlerle çevrili olmasına rağmen, dünya deniz ticaretinde yer alabilmesi ve diğer ülkelerle rekabet edebilmesi mümkün olamazdı. Gemi işletenlere diğerleri yanında hukuki imtiyaz tanınması küresel bir uygulama olup, Türk Ticaret Kanununun 1062. maddesine benzer düzenlemeler yabancı mevzuatta da getirilmektedir. Zaten Türk Ticaret Kanununun 1062. maddesinin menşei de Alman Ticaret Kanununun 485. maddesidir²⁵. Aynı imtiyazın Türk gemi işletenlerine tanınmaması Türk işletenleri yabancı rakiplerine karşı dezavantajlı konuma sokacak ve ticaretten uzaklaştıracaktır.

Türk Ticaret Kanununun 1062. maddesi, Türk Borçlar Kanununun 66. maddesi varken sırf yeknesak bir sorumluluk

²⁴ Çağa, Donatanın Sorumluluğu, s. 461.

²⁵ Bkz. TTK m. 1062 madde gerekçesi ve Atamer, Deniz Ticareti, s. 462 vd.

rejimi yaratabilmek maksadıyla özel olarak getirilmiştir. Bu sayede sorumlu gemi işletenlerinin sorumluluk risklerini tartabilmelerine ve aldıkları riskleri sigorta güvencesi altına sokabilmelerine imkân verilmiştir. Bu imkân gemi işleteninin elinden alındığı takdirde ya riskini sigorta ettirecek sigortacı bulamayacak, bulduğu takdirde ise ödeyeceği prim pahalılaşacaktır. Gemi işletenlerinin önceden öngörülebilir risklerini arttıran Türk Borçlar Kanununun 66. maddesine, Türk Ticaret Kanununun 1062. maddesinin uygulanmadığı hallerde başvurulmaktan kaçınılması gerekir.

Nitekim, gemi işleteninin sorumluluğuna ilişkin Türk Ticaret Kanununun 1062. maddesinin yanında, Türk Borçlar Kanununun 66. maddesinin uygulanabileceğinin kabulü halinde, onun gemi adamlarının kusurlarıyla üçüncü kişilere verdikleri zarardan dolayı sınırlı; kusursuz olarak üçüncü kişilere verdikleri zarardan dolayı ise sınırsız surette sorumlu olması gibi gayrî mantıkî bir sonuca varılır. Dolayısıyla, Türk Ticaret Kanununun 1062. maddesinin uygulama imkânı bulunmadığı ortak konularda dahi, Türk Borçlar Kanununun 66. maddesine gidilemez. Gemi işleteninin gemi adamlarının kusurundan doğan sorumluluğu 1062. maddede inhisarî surette düzenlenmiştir²⁶. Türk Borçlar Kanununun 66. maddesini uygulanması suretiyle gemi işleteninin sorumluluğunu sınırlandırmak²⁷, bir yandan yürürlükteki kanun hükümleri ile çelişen, diğer yandan gemi işleteninin gemi adamlarının fiillerinden doğan sorumluluğuna ilişkin kaidenin tarihî gelişimine, bu suretle ticarî örf ve âdete aykırı düşen bir davranış olacaktır²⁸. Ne var ki, üçüncü kişilerin maruz kaldığı zarar, gemi işleteninin gemi adamı olarak kabul edilmesi mümkün olmayan çalışanlarının akit dışı fiilinden meydana gelmişse, Türk Borçlar Kanununun adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenleyen 66. maddesine gidilebileceği şüphesizdir.

²⁶ Arslanlı, s. 394; Kalpsüz, s. 75; Tandoğan, H.: *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ankara 1981, s. 83.

²⁷ Çağa, Donatanın Sorumluluğu, s. 465.

²⁸ Kalpsüz, s. 74; Tandoğan, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 83.

III. GEMİ İŞLETENİNİN ÇATMADAN KAYNAKLANAN BEDENSEL ZARARLARDAN SORUMLULUĞUNA UYGULANACAK HUKUK

Gemi işletenin hem kendi hem de gemi adamlarının akit dışı fiilinden doğan çatma dolayısıyla ortaya çıkan bedensel zararlarından akit dışı sorumluluğu, Türk hukukunda iki kaynaktan özel olarak düzenlenmiştir. Bunlardan birincisi Türkiye'nin tarafı olduğu 1910 tarihli Denizde Çatmalara İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Uluslararası Konvansiyonun²⁹ 2 - 5. maddeleri iken, diğeri Türk Ticaret Kanununun 1287, 1288, 1290 ve 1291. maddeleridir. Konvansiyon, 12. maddesi gereğince kid devlet tabiiyetindeki gemilerin birbirleriyle çatıŐmaları halinde öncelikle uygulanacaktır. Türk Ticaret Kanununu hükümlerinin ana gerekçesinin Türkiye'nin tarafı olduğu 1910 tarihli Uluslararası Konvansiyon hükümlerinin i hukukumuzaya intikali gayreti olduğu dikkate alındığında, bu iki kaynağın eseri olan sorumluluklar arasında herhangi bir rejim farkı bulunmadığı söylenebilir.

Bu zel düzenlemelere rağmen, 1910 tarihli Uluslararası Konvansiyonun 2. maddesinde ve Türk Ticaret Kanununun 1287. maddesinde kusursuz çatma halinde, gemi işletenin sorumlu olmadığı ve zarara maruz kalanın katlanması gerektiği, 1910 tarihli Uluslararası Konvansiyonun 3 - 5. maddeleri ile Türk Ticaret Kanununun 1288, 1290 ve 1291. maddelerinde ise, akit dışı sorumluluk için kusur Şartı arandığından, gerek Türk Borçlar Kanununun gemi işletenin kendi fiilinden akit dışı sorumluluğunu düzenleyen 49. maddesinden, gerek Türk Ticaret Kanununun gemi işletenin gemi adamlarının akit dışı fiilinden sorumluluğunu hükme bağlayan 1062. maddesinden herhangi bir farklılık arz etmemektedir. Zaten sırf bu sebeple Türk Ticaret Kanununun 1296. maddesinde gemi işletenin sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin hükümler saklı tutulmuştur.

²⁹ Türkiye 09/06/1937 tarihli ve 3226 sayılı Kanunla 1910 tarihli Denizde Çatmalara İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Uluslararası Konvansiyona katılmayı uygun bulmuştur (Bkz. 23/06/1937 tarihli ve 3638 sayılı Resmî Gazete.) Konvansiyon, 16/09/1955 tarihinde Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir.

IV. GEMİ İŞLETENİNİN YOLCULARIN MARUZ KALDIĞI BEDENSEL ZARARLARDAN SORUMLULUĞUNA UYGULANACAK HUKUK

A) GENEL OLARAK

Yolcu taşıma s3zleŐmesi gereğince taşınması taahh3t olunan yolcunun bedensel zarara uğraması halinde ortaya 3ıkan zararın tazmini kural olarak s3zleŐme 3er3evesinde istenir. Şu kadar ki, yolcunun maruz kaldığı bedensel zararın taşıyan konumunda olsun ya da olmasın gemi işletenin kendisinin veya gemi adamlarının akit dışı fiilinden kaynaklanması halinde, gemi işletenin akit dışı sorumluluğuna da gidilebileceği d3Ő33n3lebilir. Bu takdirde, uygulanacak hukuki rejimin tespiti-
tine y3nelik olarak iki farklı problem ortaya 3ıkar:

Bunlardan birincisi, gemi işletenin aynı zamanda yolcu taşıma s3zleŐmesi gereğince taşıma taahh3d3 altına giren taşıyan olarak bir yandan yolcu taşıma s3zleŐmesi, diğer yandan akit dışı sorumluluk h3k3mleri gereğince sorumlu tutulabilmesine imk3n sağlayan 3eŐitli rejimlerin bulunmasıdır.

B3yle bir durumda zarar g3renin tercihine bağlı olarak maruz kaldığı zararı, sorumlulukların telahuku ilkesi doğrutusunda s3zleŐme h3k3mleri dışında, akit dışı sorumluluğu d3zenleyen h3k3mler 3er3evesinde de talep edebileceği akla gelebilir. Bu yorum, T3rk Bor3lar Kanununun 60. maddesine uygun d3Őse de, deniz ticaretinin ihtiya3larını da g3zetecek Şekilde yeknesak bir akdi sorumluluk rejimi altında menfaatler dengesi kuran kendine 3zg3 kuralların dolanılmasına yol a3abilir. Bu takdirde gemi işleteni konumundaki taşıyan, yolcu taşıması dolayısıyla s3zleŐmeden kaynaklanan ve yeknesak bir rejime tabi tutulan sorumluluğunun yanında farklı bir akit dışı sorumluluk h3k3mleriyle de muhatap kılınacağından, taşıma s3zleŐmesi 3ncesi ortaya 3ıkan sorumluluk riskini hesaplayabilme ve sigortalayabilme imk3n3ndan mahrum kalır.

Sırf bu mahrumiyeti engelleyebilmek maksadıyla T3rk Ticaret Kanununun 1268. maddesinde yolcunun bedensel zarara uğramasından dolayı, taşıyana karşı, yalnızca deniz yolu-

la yolcu taşıma sözleşmesini düzenleyen hükümler uyarınca tazminat davası açılabileceği ifade edilmiştir. Benzeri bir düzenlemeye Türk Ticaret Kanununun gemi işleteninin gemi adamlarının akit dışı fiilinden dolayı sorumluluğunu hükme bağlayan 1062. maddesinde de yer verilmiştir. Yine aynı karakterdeki düzenlemelere Türkiye'nin tarafı olduğu 9 Mayıs 1980 tarihli Uluslararası Demiryolu Taşımalarına İlişkin Sözleşme (COTIF)'ye Değişiklik Getiren 3 Haziran 1999 tarihli Protokolün³⁰ 52. maddesi ile 2002 tarihli Yolcuların ve Bagajların Deniz Yolu ile Taşınmasına İlişkin Atina Konvansiyonunun³¹ 14. maddesinde de rastlanmaktadır.

Uygulanacak sorumluluk rejiminin tespitine yönelik olarak ortaya çıkabilecek ikinci problem aynı zamanda asıl taşıyan olmayan gemi işletenine asıl yolcu tarafından yöneltilebilecek akit dışı sorumluluk ile kendisinin doğrudan sözleşmesel ilişki içinde bulunduğu asıl taşıyan / alt yolcuya karşı sorumluluk arasında farklılık olmasıdır. Bu suretle asıl taşıyan olmayan gemi işleteni icra etmiş olduğu aynı taşıma dolayısıyla kendisinin akidi olan kişiye karşı sözleşme hükümleri, buna karşılık üçüncü kişiye karşı ise akit dışı sorumluluk hükümleri çerçevesinde sorumlu olabileceği gibi gayri mantıki bir sonuç hasıl olabilmektedir. Bu sonuç, gemi işleteninin sorumluluk risklerini öngörerek buna uygun sigorta teminatı sağlayabilme imkânını elinden almakta ve ticareti pahalılaştırmaktadır. Sırf bu gerekçelerle yukarıda da açıklandığı üzere Türk Ticaret Kanununun 1268. maddesinde yolcunun bedensel zarara uğramasından dolayı, fiili taşıyan konumundaki gemi işletenine karşı, yalnızca deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesini düzenleyen hükümler uyarınca tazminat davası açılabilmesine izin

³⁰ 1980 tarihli Uluslararası Demiryolu Taşımalarına İlişkin Sözleşme (COTIF 1980), 1999 tarihli Vilnius Protokolü ile değiştirilmiş olup, Türkiye bu Protokolü 30/12/1999 tarihinde imzalamıştır. 5408 sayılı Kanun ile 9 Mayıs 1980 Tarihli Uluslararası Demiryolu Taşımalarına İlişkin Sözleşme (COTIF)'ye Değişiklik Getiren 3 Haziran 1999 Tarihli Protokolün onaylanması uygun bulunmuştur (Bkz. 12/10/2005 tarihli ve 25964 sayılı RG). Protokol, 24/11/2005 tarihli ve 2005/9709 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla onaylanmış olup, Türkçe metinleri 24/12/2005 tarihli ve 26033 sayılı 1. mükerrer Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. 1999 tarihli COTIF ve ekleri, 01/07/2006 tarihinde Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir.

³¹ Bundan böyle "2002 tarihli Atina Konvansiyonu" olarak anılacaktır.

verilmiştir. Benzeri düzenlemelere Türk Ticaret Kanununun gemi işletenini yolculara karşı, taşıyanın gemi adamlarının kusurundan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlere göre sorumlu tutan 1062. maddesinde, 9 Mayıs 1980 tarihli Uluslararası Demiryolu Taşımalarına İlişkin Sözleşme (COTIF)'ye Değişiklik Getiren 3 Haziran 1999 tarihli Protokolün 52. maddesi ile 2002 tarihli Atina Konvansiyonunun 14. maddesinde de yer verilmiştir.

Bu itibarla gemi işleteninin yolcunun maruz kaldığı bedensel zararlardan sorumluluğuna uygulanacak hukuk denizde yolcu taşıma sözleşmesini düzenleyen hükümlerdir. Mevzuatımızda yolcu taşıma sözleşmesini ve bu sözleşme gereğince taşıyanın sorumluluğunu düzenleyen çok sayıda hüküm bulunmaktadır. Bu hükümler niteliği itibariyle aynı olup, akdi sorumluluğu ele aldığından, düzenledikleri sorumlulukların yarışmasından söz edilecek ve uyuşmazlık hakkında daha özel norm ve bunlar arasından da öncelikle Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası konvansiyon hükümleri uygulanacaktır. Bu açıdan konunun ikiye ayrılarak incelenmesi yerinde olur.

B) YOLCU TAŞIMA SÖZLEŞMESİ TÜRKİYE'NİN TARAFI OLDUĞU BİR ULUSLARARASI KONVANSİYONA TABİYE

1- Demir Yolu ile Yolcu Taşımaları

Demir yolu ile yolcu taşımaları "9 Mayıs 1980 Tarihli Uluslararası Demiryolu Taşımalarına İlişkin Sözleşme (COTIF)'ye Değişiklik Getiren 3 Haziran 1999 Tarihli Protokol" ile düzenlenmekte olup, Türkiye, kısaca COTIF 1999 olarak adlandırılan bu konvansiyona taraftır. COTIF 1999'un CIV eki demir yolu ile uluslararası yolcu taşımalarına ilişkin hükümleri içermektedir.

COTIF 1999 - CIV 1(3). maddesi uyarınca, tek bir sözleşmeye konu olan uluslararası bir taşıma, demiryolu taşımasına ek olarak deniz yolu taşıması veya iç su yoluyla sınır ötesi taşıma gerektirdiğinde, söz konusu deniz yolu taşıması veya iç su

yoluyla taşıma OTIF'e kayıtlı hatlarda yapılıyorsa, taşımanın tamamına CIV'in uygulanacağı düzenlenmiştir. Türkiye bakımından iki hat OTIF'e kayıtlıdır. Bunlar Sirkeci – HaydarpaŐa ile Tatvan – Van hatlarıdır³². Dolayısıyla, tek bir demiryoluyla taşıma sözleşmesi kapsamında, taşımanın bir kısmı OTIF'e kayıtlı olan bu hatlardan birinde yapılırken yolcunun bedensel zarara uğraması halinde, deniz yoluyla yolcu taşımasına ilişkin hükümler değil, CIV'in 26 vd. hükümleri uygulanacaktır.

2- Deniz Yolu ile Yolcu Taşımaları

Deniz yolu ile yolcu taşımaları uluslararası konvansiyon olan "2002 Yolcuların ve Bagajların Deniz Yolu ile Taşınmasına İlişkin Atina Sözleşmesi" ile düzenlenmektedir. 13/12/1974 tarihinde Atina'da kabul edilen Konvansiyon, 01/11/2002 tarihli Protokol ile değiştirilmiş ve değiştirilmiş hali 23/04/2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 2002 tarihli Atina Konvansiyonuna dünya deniz ticaret filosunun %44,53'ünü oluşturan 28 devlet taraftır³³. Konvansiyonun uygulama alanına giren bir yolcu taşıma sözleşmesinde, taşıyan, Konvansiyonun 3 vd. maddeleri gereğince, yolcunun taşıma süresi içinde bedensel zarara uğramasından doğan zararlardan sorumlu tutulmuştur. Ancak sorumluluk rejimi, zararın nedenine göre değışkenlik arz etmekte olup, bedensel zararın gemi kazasından doğup doğmamasına göre farklı hükümlere tabi tutulmuştur.

Türkiye, 09/03/2017 tarihli ve 6990 sayılı Kanun³⁴ ile "1974, Yolcuların ve Bagajlarının Deniz Yolu ile Taşınmasına İlişkin Atina Sözleşmesinde Değışiklik Yapılmasını Öngören 2002 Protokolü" nün onaylanmasını uygun bulmuştur. Ancak Konvansiyon, Anayasanın 104. ve 9 numaralı Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında

³² <https://otif.org/fileadmin/user_upload/otif_verlinkte_files/07_veroeff/06_liste_CIV/CIV_Turquie_m_ar_navi_2006_fde.pdf> e.t. 13/11/2018.

³³ <<http://www.imo.org/en/About/Conventions/StatusOfConventions/Documents/StatusOfTreaties.pdf>> e.t. 10/11/2018.

³⁴ Bkz. 03/04/2017 tarihli ve 30027 sayılı Resmi Gazete.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin³⁵ 3. maddesi gereğince Cumhurbaşkanı tarafından halen onaylanıp yayımlanmadığından ve tevdi belgesi depoziter makam olan Uluslararası Denizcilik Örgütü'ne sunulmadığından Türkiye açısından bağlayıcılık kazanmamıştır. Konvansiyonun yakın bir gelecekte yürürlük kazanacağı ve uygulama alanına giren yolcu taşıma sözleşmelerine öncelikle uygulanacağı düşünülmektedir.

2002 tarihli Atina Konvansiyonunun uygulama alanı uluslararası taşımalardır. Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinde, geminin hareket ve varma yerlerinin farklı ülkeler olarak kararlaştırıldığı ya da yabancı bir uğrak limanının öngörüldüğü hallerde taşıma uluslararasıdır. Uluslararasılığın betimlenmesinde, sözleşmede kararlaştırılan hareket, varma ve uğrak limanları dikkate alınır, geminin sözleşmede öngörülen taşımayı fiilen icra edip etmediğine veya ne şekilde icra ettiğine bakılmaz.

2002 tarihli Atina Konvansiyonunun uygulanabilmesi için taşımanın uluslararasılığı dışında ayrıca aşağıdaki koşullardan birinin sağlanmış olması gerekir:

- Taşımayı yapan geminin konvansiyona taraf devletlerden birinin bayrağını taşıması veya taraf bir devletin gemi siciline kayıtlı olması,
- Yolcu taşıma sözleşmesinin taraf devletlerden birinde yapılmış olması,
- Yolcu taşıma sözleşmesinde öngörülen hareket veya varma yerinin, taraf bir devlet olarak kararlaştırılması.

C) YOLCU TAŞIMA SÖZLEŞMESİ TÜRKİYE'NİN TARAFI OLDUĞU BİR ULUSLARARASI KONVANSİYONA TABİ DEĞİLSE

Herhangi bir uluslararası konvansiyonun uygulanmadığı hallerde, gemi işletenin gemi adamlarının yolculara vermiş oldukları bedensel zararlardan doğan akit dışı sorumluluğuna Türk Ticaret Kanununun 1268. maddesindeki engelleme

³⁵ Bkz. 15/07/2018 tarihli ve 30479 sayılı Resmî Gazete.

ve 1062(1). maddesinin son cümlesinde yer alan yollama do-
layısıyla aynı Kanunun 1247 ve devamı maddeleri uygulanır³⁶.
Söz konusu maddeler, Türk Ticaret Kanununun deniz yoluyla
yolcu taşıma sözleşmesini düzenleyen hükümler olup, esas iti-
barıyla 2002 tarihli Atina Konvansiyonundan alınmıştır³⁷. Bu
nedenle tanımlar, sorumluluk ve sorumluluktan kurtuluş ne-
denleri, sorumluluk sınırları ve ispat yüküne dair Türk Ticaret
Kanununda getirilen rejim, 2002 tarihli Atina Konvansiyonu
ile örtüşmektedir.

SONUÇ

Çalışmada gemi işletenin bedensel zararlardan dolayı akit
dışı sorumluluğuna uygulanacak hukuk konusunda varılan
sonuçlar aşağıdaki tabloda gösterilmektedir:

UYGULANACAK HUKUK	SORUMLULUK TÜRLERİ	
	Gemi İşletenin Kendi Akit Dışı Fiilinden Kaynaklanan Bedensel Zararlardan Sorumluluğu	Gemi İşletenin Gemi Adamlarının Akit Dışı Fiilinden Kaynaklanan Bedensel Zararlardan Sorumluluğu
TBK m. 49 vd.		
TTK m. 1062		
Çatma Konv. m. 2-4	Kendi Fiilinden	Gemi İşletenin Çatmadan Kaynaklanan Bedensel Zararlardan Sorumluluğu
TTK m. 1287, 1288 ve 1290		
Çatma Konv. m. 2-5		Gemi Adamlarının Fiilinden
TTK m. 1287, 1288, 1290 ve 1291		
COTIF – CIV m. 26 vd.		Kendi Fiilinden
Atina Konv. m. 3 vd.		
TTK m. 1256 vd.		
COTIF – CIV m. 26 vd.		Gemi Adamlarının Fiilinden
Atina Konv. m. 3 vd.		
TTK m. 1256 vd.		

³⁶ 11. HD, 22.01.1988, E. 1987/5285, K. 1988/183 (Lexpera, e.t. 03/06/2018).

³⁷ Bkz. Türk Ticaret Kanunu Genel Gerekçesi 190. paragraf.

KAYNAKÇA

- Arslanlı, H.: “Donatanın Kanuni Mesuliyeti”, İstanbul Barosu Dergisi, 1941, s. 394.
- Atamer, K.: *Deniz Ticareti Hukuku – I*, İstanbul 2017 (Anılıő: Deniz Ticareti).
- Atamer, K.: “Donatanın TTK m. 947-948’de Sınırlı Sorumluluğu ile BK m. 55’de Düzenlenen Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun Karşılaştırılması”, Murat Sarıca Armağanı, İstanbul 1988, s. 197.
- Çağa, B.: “Gemi Adamlarının Üçüncü Kişilere Verdikleri Zararlardan Donatanın Sorumluluğu”, Batider, C. VII, S. 2, s. 449 (Anılıő: Donatanın Sorumluluğu).
- Çağa, T.: *Deniz Ticareti Hukuku: Giriş, Gemi, Donatan ve Kaptan*, C. I, B. 10, İstanbul 1995 (Anılıő: Deniz Ticareti).
- Doğanay, İ.: *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C. III, B. 3, Ankara 1990.
- Doğanay, İ.: “Üçüncü Şahıslara Verdiği Zararlardan Dolayı Donatanın Mahdut ve Gayrimahdut Sorumluluğu”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Mayıs 1977, S. 14, s. 11.
- Eriş, G.: *Açıklamalı – İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu*, C. V, Ankara 2010.
- Hirő, E.: *Ticaret Hukuku*, İstanbul 1948.
- Kalpsüz, T.: “Donatanın Akid Dışı Mesuliyeti ve Bunun Sınırlandırılması (Başlıca Modeller ve Türk Hukukundaki Durum)”, Sorumluluk ile Sigorta Hukuku ve Uygulama Açısından Türkiye’de Deniz Kazaları Sempozyumu (13-15 Ekim 1982 Tarabya-İstanbul), Ankara 1983, s. 41.
- Kaner, İ. D.: *Deniz Ticareti Hukuku*, İstanbul 2013.
- Karan, H.: *Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon – CMR Şerhi*, Ankara 2011 (Anılıő: CMR).
- Karan, H.: *The Carrier’s Liability under International Maritime Conventions: The Hague, Hague-Visby, and Hamburg Rules*, Lewiston 2004.
- Kender, R.: “Donatanın TTK m. 947’de Düzenlenen Sorumluluğunun Hukukî Mahiyeti”, Prof. Dr. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 289.
- Kender, R./Çetingil, E./Yazıcıoğlu, E.: *Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler*, C. I, B. 14, İstanbul 2016.

- Okay, S.: *Deniz Ticareti Hukuku*, C. I, B. 3, İstanbul 1970.
- Sözer, B.: *Deniz Ticareti Hukuku: Gemi – Donatan – Taşıyan ve Deniz Ticareti Hukuku’nda Sorumluluk Rejimi*, İstanbul 2012.
- Sözer, B.: *Deniz Ticareti Hukuku – I, Giriş – Gemi – Donatan ve Navlun Sözleşmeleri*, İstanbul 2014.
- Tandoğan, H.: *Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes’uliyet)*, Ankara 1961 (AnılıŐ: Mes’uliyet).
- Tandoğan, H.: *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ankara 1981 (AnılıŐ: Sözleşme Dışı Sorumluluk).
- Tandoğan, H.: “Karada Meydana Gelen Zararlar Dolayısıyla Donatanın Sorumluluğu”, Sorumluluk ile Sigorta Hukuku ve Uygulama Açısından Türkiye’de Deniz Kazaları Sempozyumu (13-15 Ekim 1982 Tarabya-İstanbul), Ankara 1983, s. 175 (AnılıŐ: Donatanın Sorumluluğu).
- Tekil, F.: *Deniz Hukuku*, İstanbul 1988.

DENİZ ARACI İŞLETENİNİN AKİT DIŞI SORUMLULUĞU

Prof. Dr. Emine YAZICIOĞLU*

1. DENİZ ARACI KAVRAMI

İnceleme konusunun “gemi işleteninin sorumluluğu” değil, “deniz aracı işleteninin sorumluluğu” olarak belirlenmiş olması sebebiyle, öncelikle “deniz aracı” kavramına açıklık getirilmesi gerekmektedir. Bazı kanun ve yönetmeliklerde “deniz aracı / vasıtası” kavramının gemi dışında bir araç anlamında kullanıldığı izlenimi veren “gemi ve deniz aracı” veya “gemi ve diğer deniz vasıtaları” ibarelerinin kullanıldığı görüldüğünden, bu düzenlemeler incelenmeden, deniz aracı kavramının her halde gemiyi ifade ettiği, gemi ve deniz aracı kavramlarının eş anlamlı olduğu sonucuna varılamayacağı açıktır.

Örneğin *Limanlar Kanunu*'nda¹ “... gemiler ve deniz araçları ... limanlara gelen gemilerin ve gemi dışında kalan her türlü deniz aracının ...” (16.07.2018 tarih ve 5790 sayılı Kanun ile değişik 2. maddesi); *Kabotaj Kanunu*'nda “... tahlisiye gemilerinin ve petrol arama ve üretim faaliyetlerinde kullanılan deniz vasıtalarının ...”; *Çevre Kanunu*'nda “... tankerden, gemiden veya diğer deniz araçlarından ...” (m. 3), “... gemi veya diğer deniz araçlarında ...” (m. 11) “... gemi ve diğer deniz vasıtalarından ...”, “...gemi veya diğer deniz araçlarından ...”, “... gemi veya deniz aracı ...” (m. 20); *Tehlikeli Maddelerin Deniz Yoluyla Taşınması Hakkında Yönetmelik*'te “... gemilerde ve deniz araçlarında ... (m. 2, 4) ibareleri kullanılmış²; fakat

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

¹ 618 sayılı Limanlar Kanunu, 16.07.2008 tarih ve 5790 sayılı Kanun (RG: 29.07.2008 -26951) ile değiştirilmiştir. Değişiklerin işlendiği güncel metin için bkz. www.mevzuat.gov.tr

² Kabotaj Kanunu, Çevre Kanunu ve Tehlikeli Maddelerin Deniz Yoluyla Taşınması Hakkında Yönetmelik metinleri için bkz. www.mevzuat.gov.tr

“gemi” ve “diğer deniz aracı” kavramları tanımlanmamıştır.

Buna karŐırlık *Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği*³ nde (BKUY) **deniz aracı** “gemi dışında, denizde yüzebilen ve tahsis edildiği gayeye uygun olarak kullanılan her türlü araç ve yapı”³ ve **gemi** ise “cinsi, tonilatosu ve kullanma amacı ne olursa olsun, denizde kürektek başka aletle yola çıkabilen her araç” (m. 4 (e) ve (f) bendi) Şeklinde tanımlanmıştır.

*Limanlar Yönetmeliği*⁴ nde⁴ de **deniz aracının** “gemi dışında, suda yüzebilen ve tahsis edildiği gayeye uygun olarak kullanılan *her türlü araç veya yapıyı*” **geminin** “adı, tonilatosu ve kullanma amacı ne olursa olsun denizde kürektek başka aletle seyredebilen her *tekneyi*” ve **küçük deniz aracının** “yolcu gemileri hariç, tam boyu 24 metreden küçük olan her türlü ticaret gemisini” ifade ettiği hüküm altına alınmıştır (m. 4)⁵.

*Gemilerin Tonilatolarını Ölçme Yönetmeliği*⁶ nde⁶ “gemi ve su araçları” ibaresi kullanılmış; **gemi** “adı, tonilatosu ve kullanma amacı ne olursa olsun denizde kürektek başka aletle seyredebilen her *tekne*” ve **su aracı**, “gemi dışında, suda yüzebilen ve tahsis edildiği gayeye uygun olarak kullanılan *her türlü araç ve yapı*”; **Gemi Acenteleri Yönetmeliği**⁷ nde ise **gemi**, “adı, tonilatosu ve kullanım amacı ne olursa olsun, denizde ve iç sularda kürektek başka bir aygıtlı yola çıkabilen deniz aracı” olarak tanımlanmıŐtır⁷.

³ BKUY'nin 4. maddesinin (i) bendine göre iç su aracı, “iç sularda kullanılan ve gemi dışındaki her türlü tekne ve yapıyı” ifade eder. BKUY için bkz. www.mevzuat.gov.tr

⁴ Bkz. www.mevzuat.gov.tr

⁵ Limanlar Yönetmeliği'nde ayrıca “kılavuzluk ve römorkörcülük teŐkilatına veya kıyı tesislerine ait gemi ve deniz araçları ile kıyı tesisi inşaatına, batık çıkarma, tarama, denizde ve kıyıda aynı projeye hizmet eden, liman başkanlığınca faaliyetine izin verilmiş gemi ve deniz araçları” Şeklinde tanımlanan “kıyı tesisleri hizmetlerinde kullanılan gemi ve deniz araçları” kavramına da yer verilmiştir.

⁶ Yönetmelik metni için bkz. www.mevzuat.gov.tr

⁷ Söz konusu yönetmeliklerden başka **Gemi Ve Deniz Araçlarının İnşa, Tadilat, Bakım, Onarım Ve Söküm İŞlemlerinde Gazdan Arındırma Yönetmeliği**⁷ nde “gemi veya deniz aracı” ibaresi kullanılmış; **gemi** “adı, tonilatosu ve kullanma amacı ne olursa olsun denizde kürektek başka aletle seyredebilen her *tekne*”, **deniz aracı** ise, “gemi, yat ve tekne dışında, suda yüzebilen ve tahsis edildiği gayeye uygun olarak kullanılan, tahrikli veya tahriksiz tek parça halinde hareket imkanına sahip her türlü araç ve yapı” (m. 4); **Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü Deniz Ve Hava Bandı Telsizha-**

Görülüyor ki, deniz aracına ilişkin bazı tanımlarda “deniz aracının gemi olduğu” ifade edilmiş iken, bazı tanımlarda “gemi dışında her türlü araç veya yapı” denilmiştir. Ancak deniz aracının “gemi dışında bir araç veya yapı olarak” tanımlandığı düzenlemelerin deniz aracı ve gemi tanımları arasında tespit edilebilen temel farklılık, gemi tanımında “tekne”, deniz aracı tanımında “her türlü yapı veya araç” denilmiş olmasıdır. Diğer bir anlatımla “gemi ve deniz aracı” ibaresinin kullanıldığı ve tanımlandığı düzenlemelere göre “suda / denizde yüzebilen ve tahsis edildiği amaca uygun olarak kullanılan” bir araç veya yapı, *tekne şeklinde ise* ve denizde kürekte başka alet ile yola çıkabiliyorsa **gemi**; *tekne şeklinde değilse* **deniz aracıdır**. Bununla birlikte temel kanun niteliğindeki TTK ve bazı düzenlemelerde yer alan farklı gemi tanımları⁸ incelendiğinde, bir aracın gemi sayılması için yapısının tekne şeklinde olmasının aranmadığı görülmektedir. Şöyle ki:

TTK anlamında gemi “*Tahsis edildiği amaç suda hareket etmesini gerektiren, yüzmeye özelliği bulunan ve pek küçük olmayan her araç, kendiliğinden hareket etmesi imkânı bulunmasa da bu Kanun bakımından gemi sayılır.*” şeklinde tanımlanmıştır (TTK m. 931 / 1). Buna göre bir aracın TTK anlamında “gemi” olarak nitelenebilmesi için, (i) pek küçük olmaması; (ii) tahsis edildiği amacın suda hareket etmesini gerektirmesi; (iii) yüzmeye özelliği bulunması zorunlu olup, (iv) aracın kendiliğinden hareket etme imkânına sahip olup olmadığının önemi yoktur. Anılan maddenin gerekçesinde “... Teknik ve iktisadî hayattaki gelişmeler göz önünde bulundurularak, “gemi” kavramının kapsamı mümkün olduğunca genişletilmeye çalışılmıştır. ... Böylece

berleşme Sistem Veya Cihazları İle Seyrüsefer Cihazlarına Kurma Ve Kullanım İzni Verilmesi, Ruhsatlandırılması İle Tarifelerinin Düzenlenmesine Dair Yönetmelik’te **deniz aracı** “*gemi dışında denizde yüzebilen ve tahsis edildiği gayeye uygun olarak kullanılan her türlü araç ve yapı*”, **gemi** ise “*cinsi, tonilatosu ve kullanma amacı ne olursa olsun, denizde kürekte başka aletle yola çıkabilen her türlü araç*” (m. 5) olarak tanımlanmıştır. Anılan yönetmelikler için bkz. www.mevzuat.gov.tr

⁸ 2010 yılından sonra TUGSK gibi bazı düzenlemelerde değişiklik yapıldığı ve 6102 sayılı TTK’nun yürürlüğe girdiği dikkate alınarak 2010 yılı itibarıyla yürürlükte bulunan mevzuat kapsamında gemi tanımları hakkında bir inceleme için bkz. Cüneyt SÜZEL, Türk Mevzuatında Gemi Tanımı, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt II, İstanbul 2010, s. 1615 - 1644.

yüzen havuzlar, mavnalar, Őatlar, hovercraftlar dahi, **tahsis ganesi suda hareket etmesini gerektirmesi Şartıyla** gemi sayılmıştır. ...” denilmiştir. Dolayısıyla bir aracın TTK anlamında gemi olarak nitelenmesinde aranan *temel unsur*, yapının Őeklinden tamamen bağımsız olarak *tahsis edildiği amacın denizde/ suda hareket etmesini gerektirmesidir*.

Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu’nda (TUGSK)⁹ **gemi**, *“kabotaj ve/veya kabotaj harici sularda ticari amaçla kullanılan her türlü yük, yolcu ve açık deniz balıkçı gemileri ile özel maksatlı ve özel yapılı gemiler”*; özel maksatlı ve özel yapılı gemi ise, *“tipleri ve evsafı Bakanlık tarafından belirlenen, özel bir amaçla iŐletilen ve bu amaçla donatılan, yüzme özelliği bulunan deniz araçları”* Şeklinde tanımlanmıŐtır¹⁰. Bakanlık tarafından belirlenen listeye¹¹ göre, örneğin soğuk depolu yük gemisi, kablo ve boru döŐeme gemileri, hava yastıklı gemi (hovercraft), tarak gemisi, dalgıç gemisi, dinamik konumlandırma gemisi¹², sondaj ve araştırma gemisi, (TTK m. 931 kapsamında olan) yüzer vinç, atık toplama

⁹ 20.08.2016 tarih ve 6745 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerin işlendiği güncel metin için bkz. www.mevzuat.gov.tr

¹⁰ TUGSK anlamında (Türk Uluslararası Gemi Sicili’ne tescili mümkün) **yat** ise “yat tipinde inşa edilmiş, gezi ve spor amacıyla yararlanılan, taşıyacakları yatçı sayısı otuzaltıyı geçmeyen, yük ve yolcu gemisi niteliğinde olmayan, turizm Şirketi envanterlerinde kayıtlı ve tonilato belgelerinde “Ticari Yat” olarak belirtilen deniz araçları” olarak tanımlanmıştır.

¹¹ 30.12.2016 tarih ve 98882 sayılı UlaŐtırma ve Altyapı Bakanlığı Oluru ile yürürlüğe giren (AB’ye uyumlu gemi cinsleri tanımları kapsamında belirlenmiş) güncel “Özel Maksatlı / Özel Yapılı Gemiler Listesi” ve önceki liste için bkz. <http://www.denizticaretodasi.org.tr/sayfalar/sirkulerdetay.aspx?duyuru=9553>

¹² Dinamik konumlandırma gemisi, dinamik konumlandırma sistemine sahip gemidir. Dinamik konumlandırma sistemi, (Dynamic Positioning System), pervaneler kullanılarak bir geminin pozisyonunu ve rotasını otomatik olarak koruyan (gemiyi belirli bir mevkie yönlendiren ya da geminin belirli bir mevki üzerinde sabit kalmasını sağlayan) bilgisayar kontrollü bir sistemidir. Bu sistem, ilk olarak demir atmanın mümkün olmadığı derinliklerde petrol kuyusu açan sondaj gemilerinde kullanılmaya başlanmış; bilgisayar teknolojisindeki gelişmelerden yararlanılarak çok iyi işleyen bir sistem haline getirilmiş; 1990 yılından itibaren kullanımı yaygınlaŐmıŐtır. DalıŐ destek gemileri, ikmal gemileri, yüzer vinçler, kablo döŐeme gemileri, açık deniz sondaj ve araştırma gemileri ile yolcu gemilerinde yaygın olarak kullanılmaktadır. IMO (Uluslararası Denizcilik Örgütü) tarafından dinamik konumlandırma sistemlerinin tasarım kriteri, gerekli ekipmanları, işletim gereksinimleri, test ve dokümantasyon sistemleri hakkında tavsiyede bulunan “Dinamik Konumlandırma Sistemlerine Sahip Gemiler Hakkında Rehber” (MSC/Circular.645) yayımlanmıştır. Bu konuda bkz. <http://www.turkloydu.org/pdf-files/turk-loydu-kurallari/cilt-c/kisim-22-chapter-22-dinamik-konumland%C4%B1rma-sistemleri-2003.pdf>

gemisi, buzkıran gemisi, yüzer havuz, TUGS'ne tescil edilecek özel maksatlı / özel yapılı gemidir.

Buna karşılık (16.07.2008 tarih ve 5790 sayılı Kanun¹³ ile değişik) 4992 sayılı Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun (DCMKK)¹⁴ anlamında **gemi**, “adı, tonlatosu ve kullanma amacı ne olursa olsun, denizde kürekten başka aletle yola çıkabilen her araç” ve **küçük deniz aracı** “yolcu gemileri hariç, tam boyu 24 metreden küçük olan her türlü ticaret gemisi” olarak tanımlanmıştır.

Örnek olarak söz edilen bu düzenlemeler dışındaki diğer düzenlemelerde yer alan gemi tanımları¹⁵, ya TTK ya da DCMKK anlamında gemi tanımının aynen ya da önemsiz ifade değişikliği ile tekrarı şeklindedir¹⁶. TTK ve DCMKK anlamında gemi tanımları karşılaştırıldığında, her iki tanımda da yapının tekne şeklinde olmasının aranmadığı; tanımlar arasındaki farklılığın, “pek küçük olmama” ve “denizde kürekten başka aletle yola çıkabilme” unsurlarından ibaret olduğu tespit edilmektedir. Dolayısıyla Türk mevzuatında yer alan tanımlar dikkate alındığında (deniz aracı tanımlanırken “gemi dışında” denilmiş olmasına rağmen) deniz aracı ve gemiyi birbirinden ayırt edici temel bir farklılığın söz konusu olmadığı söylenebilir.

Şu hâlde genel anlamda **deniz aracı** “hareket ettirici güç kendisinde olmasa bile denizin altında veya üstünde hareket edebilen ve tahsis edildiği amaç denizde hareket etmesini gerektiren her araç ya da yapı” olarak tanımlanabilir. Bu tanıma göre deniz aracı kavramı gemiyi de kapsar; her gemi deniz aracıdır. Ancak gemi veya deniz aracının hangi kayıt sistemi kapsamında yer aldığı, kullanım dolayısıyla verilen zarardan sorumluluğun hangi düzenlemeye tâbi olduğu gibi hususlar-

¹³ RG: 29.07.2008 - 26951

¹⁴ Değişiklerin işlendiği güncel metin için bkz. www.mevzuat.gov.tr

¹⁵ Türk mevzuatında gemi kavramının farklı şekillerde tanımlanması eleştirilip tanım farklılığının ortadan kaldırılmasının yerinde olacağı ileri sürülmektedir (Bkz. SÜZEL, (dn. 8), s. 1643, 1644.). Ancak ulusal ya da uluslararası bir düzenlemenin amacı ve uygulama alanı doğrultusunda gemi kavramının farklı tanımlanmasında bir isabetsizlik yoktur.

¹⁶ Bkz. SÜZEL, (dn. 8), s. 1641, 1642.

da genel anlamda deniz aracı tanımının değil, uygulanması söz konusu olabilecek düzenleme anlamında deniz aracı veya gemi tanımının esas alınacağı açıktır. Örneğin TUGS'ne tescil edilebilecek gemi TUGSK anlamında gemi tanımına göre tespit edilir ya da deniz aracı TTK anlamında gemi niteliğinde ise TTK m. 1062 hükmü uygulanabilir.

2. DENİZ ARACI İŞLETENİ KAVRAMI

Türk mevzuatında bazı düzenlemelerde gemi (deniz aracı) işleteni tanımlanmıştır. Örneğin *Gemi Acenteleri Yönetmeliği* anlamında **işleten** “geminin mülkiyeti kendisine ait olsun ya da olmasın, bir geminin zilyetliğini haiz ve gemiyi ticari olarak çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi”; *Gemilerin Genel Denetimi Ve Belgelendirilmesi Hakkında Yönetmelik* anlamında **gemi işleticisi veya işletici**, “geminin maliki olsun veya olmasın, geminin zilyetliğine sahip olan, teknik ve ticari bakımdan gemiyi kendi hesabına işleten, deniz emniyeti ve deniz kirlenmesinin önlenmesi konularında sorumluluk ve görevler taşıyan gerçek veya tüzel kişiyi”, *Dalabilir Deniz Araçları Hakkında Yönetmelik* anlamında **işleten** “mülkiyeti kendisine ait olsun ya da olmasın, dalabilir deniz aracını teknik ve/veya ticari açıdan çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi”; *Limanlar Yönetmeliği* anlamında **gemi iŐletmecisi** “geminin maliki olsun veya olmasın, geminin zilyetliğine sahip olan, teknik ve ticari bakımdan gemiyi kendi hesabına işleten, geminin işletimi ve yönetimi sorumluluğunu alan ve bu Yönetmeliğin ve ilgili diğer mevzuatın yüklediği tüm görev ve sorumlulukları devralmayı kabul eden, deniz emniyeti ve deniz kirlenmesinin önlenmesi konularında sorumluluk ve görevler taşıyan gerçek veya tüzel kişiyi”¹⁷ ifade eder. Bu tanımlara göre işleten kavramının temel

¹⁷ Limanlar Yönetmeliği anlamında “gemi iŐletmecisi”, TTK anlamında donatan veya gemi işletme müteahhidi olabilir. Anılan Yönetmelikte gemi iŐletmecisi kavramından başka “**gemi sahibi veya donatanı**” kavramına da yer verilmiş ve bu kavram “*gemi sicilinde geminin adlarına kayıtlı olduğu gerçek veya tüzel kişiler; gemi, sicilde kayıtlı değilse geminin mülkiyetine sahip olan gerçek veya tüzel kişiler; gemi, bir devletin mülkiyetinde olup da bu devlette donatan veya gemi işletme müteahhidi olarak müseccel bulunan bir şirket tarafından iŐletilmekte ise bu şirket*” şeklinde tanımlanmıştır. Ancak bu tanımın mülkiyeti devlete ait gemilere ilişkin kısmında yer alan “... bu devlette donatan ... olarak müseccel bulunan ...” ibaresi, TTK'nın donatan ta-

unsuru, “maliki olmasa da zilyedi olduğu geminin teknik ve/ veya ticari yönetim sorumluluğu kendisine ait olmak üzere gemiyi kendi hesabına işletme / kullanma” unsurudur.

Buna karşılık temel kanun niteliğindeki TTK’nda “gemi-sini menfaat sağlamak amacıyla suda kullanan gemi maliki” **donatan** olarak adlandırılmış; ayrıca “kendisinin olmayan bir gemiyi menfaat sağlamak amacıyla suda kendi adına bizzat veya kaptan aracılığıyla kullanan kişinin, üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde donatan sayılacağı” hüküm altına alınmıştır (TTK m. 1061). Maliki olmadığı gemiyi deniz ticaretinde kullanan ve üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde donatan sayılan kişiye, yaygın ve yerleşik olarak “**gemi işletme müteahhidi**” denir. Şu hâlde TTK anlamında gemi niteliğini haiz deniz aracı, denizde menfaat sağlamak amacıyla kullanılıyorsa ticaret gemisidir (TTK m. 931 / 2). Bu durumda gemiyi kazanç elde etmek amacıyla kendi hesabına işleten malik ise donatan, malik değilse gemi işletme müteahhidi sıfatını haizdir. TTK anlamında gemi niteliğindeki deniz aracı donatma iştiraki¹⁸ şeklinde işletiliyor-sa deniz aracı işleteni donatma iştirakidir¹⁹.

numu ile uyumsuzdur; zira TTK m. 1061 uyarınca maliki olduğu gemiyi kendi nam ve hesabına denizde kazanç elde etmek amacıyla kullanan kimse “donatan”, başkasına ait gemiyi kendi nam ve hesabına denizde kazanç elde etmek amacıyla kullanan kimse ise “gemi işletme müteahhidi” sıfatını haizdir. Dolayısıyla mülkiyeti bir devlete ait olan gemiyi işleten şirket “donatan” değil, gemi işletme müteahhidi ve Limanlar Yönetmeliği anlamında gemi işletmecisidir. Öte yandan Limanlar Yönetmeliği’nin “gemi sahibi veya donatanı” tanımında “... bu devlette donatan veya gemi işletme müteahhidi olarak müseccel bulunan bir şirket ...” şeklinde sınırlayıcı bir ibareye yer verilmesi de isabetli değildir; zira bu ibare, bir devlete ait gemiyi işleten şirketin, o devlette donatan veya gemi işletme müteahhidi olarak müseccel olmaması ya da başka bir devlette müseccel olması halinde malik sayılmaması sonucunu doğuracaktır. Söz konusu tanımın amacı, mülkiyeti bir devlete ait gemiyi işleten şirketin “gemi sahibi” sayılması ve bu şirkete malik görev ve sorumlulukları yüklenmesi ise, gemiyi işleten şirketin nerede (malik devlette ya da başka bir devlette) ve nasıl (donatan veya gemi işletme müteahhidi) müseccel olduğu önem taşımamalıdır. Bu nedenle Limanlar Yönetmeliği’nde “gemi sahibi veya donatanı” yerine sadece “gemi maliki” denilmeli, ayrıca tanımda yer alan “... bu devlette donatan veya gemi işletme müteahhidi olarak müseccel bulunan bir şirket ...” ibaresi çıkarılıp “gemi işleten şirketin, gemi malikinin görev ve sorumlulukları bakımından malik sayılacağı” ifade edilmelidir.

18 Birden fazla (gerçek veya tüzel) kişinin paylı mülkiyet şeklinde maliki olduğu gemiyi, aralarında yapmış oldukları sözleşme gereğince (tüzel kişilik oluşturmaksızın) menfaat sağlamak amacıyla kendi ad ve hesaplarına suda kullanması halinde “donatma iştiraki” söz konusudur (TTK m. 1064 vd.).

19 Deniz alacaklarından sorumluluğun sınırlandırılmasıyla ilgili hükümler saklı kalmak üzere, paydaş donatanlar, iştirakin (üçüncü şahıslara uğradığı zararları taz-

TTK'nun "deniz ticareti" hakkındaki 5. Kitap hükümleri, aksini öngören kanun hükümleri saklı kalmak kaydı ile ticaret gemileri hakkında uygulanır; ancak bazı hükümlerin, bu kapsamda (donatanın gemi adamı ve kılavuzun eyleminden sorumluluğu hakkındaki) TTK m. 1062 hükmünün ticaret gemisi olmayan gemilere de uygulanacağı hüküm altına alınmıştır (TTK m. 935). Dolayısıyla deniz aracının TTK anlamında gemi olması koşuluyla ticaret gemisi olmayan gemilere de uygulanan TTK hükümleri bakımından deniz aracı işleteni, **maliki olsun olmasın gemiyi kendi adına, teknik yönetim görev ve sorumluluğu kendisine ait olmak üzere bizzat veya gemi adamları vasıtasıyla denizde kullanan kişi** olarak tanımlanabilir. Bu anlamda malik olmayan gemi işletenin gemiyi kullanmasından doğan bir zarardan sorumlu tutulabilmesi için malike karşı gemiyi kullanım hakkına sahip olması aranmaz; zira TTK m. 1061 / 2 hükmünde "*Malik, geminin işletilmesinden dolayı gemi alacaklısı sıfatıyla bir istemde bulunan kişiyi, bu işletilme malike karşı haksız ve alacaklı da kötüniyet sahibi olmadıkça, hakkını istemekten engelleyemez.*" denilmiştir. Dolayısıyla zarar gören tazminat alacaklısı, kötü niyetli olmadığı (gemiyi işletenin kullanım hakkına sahip olmadığını bilmediği ve bilmesi gerekmediği) takdirde, "gemi alacaklısı hakkı" olarak adlandırılan kanuni rehin hakkına sahip olur ve bu rehin hakkını kullanarak gemiyi sattırıp bedelinden alacağını öncelikle olarak tahsil edebilir.

3. DENİZ ARACI İŞLETENİNİN BEDENSEL ZARARLARDAN AKİT DIŞI SORUMLULUĞU

3.1. Genel Olarak

Deniz aracı işletenin (maliki olsun olmasın deniz aracını kendi adına, teknik yönetim görev ve sorumluluğu kendisine ait olmak üzere bizzat veya adamları vasıtasıyla denizde kullanan kişinin) deniz aracını işletmeye ilişkin kendi eyleminden akit dışı sorumluluğu, herhangi bir şahsın akit dışı sorumluluğu

min borcu dahil) borçlarından dolayı üçüncü kişilere karşı iştirak payları oranında şahsen sorumludurlar (TTK m. 1080).

ğundan farklı değildir; Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) haksız fiilden sorumluluk hakkındaki hükümlerine (TBK m. 49 vd.) tabidir. Deniz aracı işleteninin, deniz aracının işletilmesi / kullanılması amacıyla deniz aracında istihdam ettiği kişilerin eyleminden sorumluluğu hakkında ise, deniz aracı TTK anlamında gemi niteliğinde olsun olmasın TBK m. 66 hükmü uygulanır. Ancak TTK'nun (ticaret gemisi olmayan gemilere de uygulanan) 1062. maddesinde donatanın gemi adamlarının ve kılavuzun eyleminden sorumluluğu hakkında ayrıca düzenleme getirilmiştir. Bu hüküm, deniz aracı TTK anlamında gemi ise uygulanabilir²⁰. Gemi işletenin TTK m. 1062 hükmü uyarınca sorumlu tutulabilmesi, TBK m. 66 uyarınca sorumlu tutulmasına engel deęildir²¹; zira bu hükümlerde düzenlenen sorumluluğun niteliği ve şartları farklıdır²².

TTK'nda çatma sonucu gemilere, gemilerde bulunan insanlara ve eşyalara verilen zararlardan sorumluluk düzenlenmiş (TTK m. 1286 vd.) olup, çatma hakkındaki hükümlerin bedensel zararlar bakımından uygulama alanı gemilerde bulunan insanların çatma sonucu uğradığı bedensel zararla²³ sınırlanır.

²⁰ Bu nedenle TTK m. 1062 hükmüne ilişkin açıklamalarda "deniz aracı" yerine "gemi" ve "deniz aracı işleteni" yerine "gemi işleteni" terimi kullanılacaktır.

²¹ Rayegân KENDER / Ergon ÇETİNGİL / Emine YAZICIOğLU, Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler Cilt - 1, On Dördüncü Baskı, İstanbul 2014, s. 106 vd.; Bülent SÖZER, Deniz Ticareti Hukuku - I, Giriş - Gemi - Donatan ve Navlun Sözleşmeleri, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 2014, s. 197. Alman Hukukunda da Alm.TK m. 480 hükmünün adam çalıştırının sorumluluğu hakkındaki BGB m. 831 hükmünün uygulanmasına engel teşkil etmediği hususunda bkz. Rolf HERBER, Seehandelsrecht - Systematische Darstellung, 2. Auflage, Berlin 2016, s. 200, 201; Klaus RAMMING, Seehandelsrecht, Großkommentar, Erster Band - Einleitung; §§ 476 - 480 - Mit ÖIHÜ 1992, BunkerölÜ, WBÜ, Berlin 2017, s. 502

²² Bu konuda aşağıda 3.3. paragraftaki açıklamalara bkz.

²³ TTK'nun 1290. maddesinde çarpışan gemilerin donatanlarının veya gemi adamlarının müşterek kusuru ile meydana gelen (müşterek kusurlu) çatmada "çarpışan gemilerin donatanlarının, gemilerde bulunan kişilerin çatma yüzünden ölümünden veya yaralanmasından yahut sağlığının bozulmasından doğan zararlardan müteselsilen sorumlu olduğu; duruma göre çatmada kusur oranının tespiti mümkün olmaz veya tarafların aynı derecede kusurlu olduğu ortaya çıkarsa, tarafların eşit oranda sorumlu oldukları" öngörülmüştür. TTK Tasarısı'nın 1262. ve 1290. maddelerinin "Bedensel bütünlüğü zedeleyen zarar" şeklindeki başlığı, 22. Dönem Adalet Alt Komisyonu tarafından "can kaybına, yaralanmaya, bedensel ve ruhsal sağlığın bozulmasına bağlı olarak ortaya çıkan zararlara" ifade etmek üzere "bedensel zarar" denilmesi yeterli görülerek bu maddelerin kenar başlıkları "bedensel zarar" olarak düzeltilmiştir.

lıdır. Anılan hükümler uyarınca donatan, kendisinin, gemi adamının ve (gemi zorunlu danışman kılavuz veya isteğe bağlı kılavuz tarafından sevk edilirken) kılavuzun kusuru (TTK m. 1291) sonucu meydana gelen çatmadan kaynaklanan zararlardan sorumludur. Dolayısıyla çatmadan doğan sorumluluk kusur sorumluluğudur²⁴. Bu nedenle çatma sonucu uğranılan bedensel zararlardan sorumluluk inceleme kapsamı dışında bırakılmış; inceleme TTK m. 1062 ve TBK m. 66 hükmü ile sınırlandırılmıştır.

3.2. Gemi adamı ve kılavuzun eyleminden sorumluluk

TTK anlamında gemi niteliğindeki deniz aracı işleteni (mali olsun olmasın gemiyi kendi adına, teknik yönetim görev ve sorumluluğu kendisine ait olmak üzere bizzat veya gemi adamları vasıtasıyla denizde kullanan kişi), TTK m. 1062 / 1 hükmü uyarınca “... gemi adamlarının, zorunlu danışman kılavuzun veya isteğe bağlı kılavuzun görevlerini yerine getirirken işledikleri kusur sonucunda üçüncü kişilere verdiği zararlardan sorumludur. Ancak, donatan, yolculara²⁵ ... karşı, taşıyanın gemi adamlarının kusurundan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlere göre sorumlu olur²⁶.”

²⁴ Bkz. KENDER / ÇETİNGİL / YAZICIOğLU, s. 282 vd.; Bülent SÖZER, Deniz Ticareti Hukuku – II, 1. Bası, İstanbul 2016, s. 403. Donatanın 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun çatma hakkındaki hükümleri (eTTK m. 1226 vd.) ile düzenlenen sorumluluğunun da eTTK m. 947 hükmünde düzenlenen sorumluluk gibi münzam (ek) sorumluluk olduğu görüşü için bkz. ve karşı. Tahir ÇAğA, Donatanın Ek (Mülhak) Mesuliyeti, BATİDER Cilt XV, S. 3 (s. 125 – 129), s. 127. 20.04.2013 tarihli Kanun ile değişik Alman Ticaret Kanunu’nun çatma hakkındaki 571. – 573. maddelerinde düzenlenen sorumluluğun kusur sorumluluğu olduğu hususunda bkz. Beate CZERWENKA, Das Gesetz zur Reform des Seehandelsrecht, Köln 2014, s. 274 vd. Ayrıca 23.09.1910 tarihli Çatmaya Dair Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Milletlerarası Sözleşme uyarınca donatanın sorumluluğu kusur sorumluluğu olduğundan, Alman Ticaret Kanunu’nda çatmadan doğan sorumluluğun tehlike sorumluluğu olarak düzenlenemediği hususunda bkz. HERBER, (dn. 21), s. 390.

²⁵ Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesine dayanarak veya bir navlun sözleşmesinin konusu olan aracı veya canlı hayvanları gözetmek üzere taşıyanın onayı ile gemide taşınan kişiler yolcu sayılır (TTK m. 1249 / 1). Bu konuda bkz. Melda TAŞKIN, Deniz Yolu İle Yolcu Taşıma Sözleşmesinde Taşıyanın Gemi Kazasından Sorumluluğu, İstanbul 2016, s. 64 vd.

²⁶ TTK m. 1062 / 2 hükmünde yapılan atıf sebebiyle donatanın gemi adamının veya kılavuzun kusurlu eylemi sonucu yolcunun uğradığı zararlardan akit dışı sorumluluğu da donatanın yolcu sözleşmesinden doğan sorumluluğu hakkındaki TTK m. 1256 vd. hükümlerine tabidir.

Bu maddenin gerekçesinde “Maddenin birinci fıkrası, 6762 sayılı Kanunun 947 nci maddesinden, mehz Alm. TK.nun 485 inci paragrafında 1972 yılında yapılan değişiklik de göz önünde bulundurulmak ve Yargıtay’ın 16/03/1955 tarihli ve 1954/26 Esas, 1955/4 Karar sayılı İctihadı Birleştirme Kararına uygun olarak tamamlanmak ve ifadesi düzeltilmek suretiyle alınmıştır.” denilmiştir²⁷. Ancak kaynak Alman Ticaret Kanunu’nun (eAlm.TK) “deniz ticareti” başlıklı 5. Kitap hükümleri, 20.04.2013 tarihli “Deniz Ticareti Hukuku Reform Kanunu (Gesetz zur Reform des Seehandelsrecht) ile değiştirilmiştir. Bu kapsamda eAlm.TK’nun 485. maddesinde “gemi adamı ve kılavuzun görevini ifa ederken kusurlu eylemi sonucu üçüncü şahıslara verdiği zarardan donatanın sorumlu olduğu” öngörülmüş iken, 20.04.2013 tarihli Kanun ile değişik Alman Ticaret Kanunu’nun (Alm.TK) 480. maddesinde “bir gemi adamının ya da gemide görev yapan bir kılavuzun görevini ifa ederken üçüncü bir şahsın uğradığı zararı tazmin ile yükümlü olması halinde, donatanın da bu zarardan sorumlu olduğu” hüküm altına alınmıştır. Buna göre gemi adamı veya kılavuzun zarara sebebiyet veren eylemini görevinin ifası sırasında gerçekleştirmiş olması yeterli olup, bu eylemde kusurlu olması aranmaz²⁸.

3.2.1. Sorumluluk şartları

TTK m. 1062 / 1 hükmü uyarınca gemi işletenin sorumlu tutulabilmesi için şu şartlar birlikte gerçekleşmelidir:

(i) Zarara sebebiyet veren eylemi gerçekleştiren gemi adamı veya kılavuz olmalıdır.

TTK m. 934 hükmünde gemi adamı “... kaptan, gemi zabıtları, tayfalar ve gemide çalıştırılan diğer bir kişidir.” şeklinde tanımlanmıştır²⁹. Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar

²⁷ Madde gerekçesinde sözü edilen 16.03.1955 tarihli Yargıtay İctihadı Birleştirme Kararı için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ictihatlaribirlestirme-hgk-e-1954-26-k-1955-4-t-16-03->

²⁸ Bu konuda bkz. CZERWENKA, (dn. 24), s. 79; RAMMING, (dn. 21), s. 455.

²⁹ Deniz İş Kanunu’nun 2. maddesinin (B) bendinde yer alan tanım “Bir hizmet aktine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimselere “gemiadamı” denir.” şeklindedir.

Yönetmeliği'nde³⁰ (GKKY) yer alan tanım ise gemi adamının "geminin kaptanını, zabitlerini, yardımcı zabitlerini, stajyerlerini, tayfalarını ve yardımcı hizmet personelini ifade ettiği" şeklinde (m. 3 / 1 (s) bendi) olup, ayrıca bu tanım kapsamında yer alan her bir gemi adamının yeterli isim ve dereceleri de GKKY'nde belirtilmiştir. GKKY'nin bu hükümleri, TTK m. 934 hükmünde yer alan tanımı açıklayıcı niteliktedir. Örneğin TTK m. 934 hükmünde yer alan "zabitler" kavramı, GKKY anlamında telsiz zabitleri ile sağlık zabitlerini de kapsar; kamarot ve aşı "gemide çalıştırılan diğer kimseler" kapsamındadır. Buna göre TTK m. 1062 hükmünün uygulanmasında zarara sebebiyet veren eylemi gerçekleŐtirenin gemi adamı olup olmadığının belirlenmesinde TTK m. 934 ve GKKY hükümleri esas alınır. Fakat her halde gemi adamının "geminin işletilmesi / kullanılması amacıyla kaptanın emir ve talimatı altında gemide çalıştırılan kişi" olarak anlaşılması zorunlu olup, gemi adamı kavramı, TTK m. 934 hükmüne aykırı Şekilde geniş yorumlanamaz³¹. Zarara sebebiyet veren eylemin gemi adamlarından birinin görevini yerine getirirken gerçekleŐtirebilecek bir eylem olduğunun tespiti yeterli olup, bu eylemi gerçekleştiren gemi adamının Şahsen belirlenmesi gerekli değildir.

Kılavuz, kılavuz kaptan yeterliğine sahip uzman kaptandır³². Türk hukukunda zorunlu sevk ve idare kılavuzu alınmasını öngören bir düzenleme mevcut değildir. TTK m. 1062 / 1 hükmünde de donatanın eyleminden sorumlu olduğu kılavuz, zorunlu danışman kılavuz ile isteğe bağlı (danışman

³⁰ Söz konusu Yönetmeliğin değişikliklerin işlendiği güncel metni için bkz. www.mevzuat.gov.tr

³¹ Alm.TK'nun "gemi personeli" (Schiffsbesatzung) başlıklı 478. maddesi "Gemi personeli, kaptan, gemi zabitleri, tayfalar ile donatan veya gemi işletme müteahhidi tarafından gemi işletmesi kapsamında görev yapmak üzere çalıştırılan veya üçüncü bir Şahıs tarafından donatan ya da gemi işletme müteahhidine gemi iŐlemesinde görev yapmak üzere tahsis edilen ve kaptanın talimatı altında çalışan diğer kişilerden oluşur." Őeklinindedir (Bu hüküm hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. RAMMING, (dn. 21), s. 271 vd.). Buna göre çeken geminin gemi adamları, bağımsız istifçinin adamları, güvenlik görevlisi ve palamarcının gemi personeli kapsamında olmadığı hususunda bkz. CZERWENKA, (dn. 24), s. 73.

³² Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği'nin Altıncı Kısımında (m. 69 - 72) kılavuz kaptanların yeterlikleri, yeterlik yenilemeleri ve idari tedbirler hakkında düzenleme getirilmiştir.

veya sevk ve idare) kılavuz olarak belirlenmiş olup, donatan zorunlu sevk ve idare kılavuzunun eyleminden sorumlu değildir; bu tür kılavuzun gemiyi sevk ve idare ederken kusuru ile sebebiyet verdiği zarardan kılavuzu istihdam eden idare veya işletme sorumlu olur. Türk limanlarında kılavuz kaptan ve römorkör alınmasına ilişkin esaslar Limanlar Yönetmeliği ile düzenlenmiştir. Limanlar Yönetmeliği'nde kılavuz alınmasından ve bırakılmasından söz edilmekle birlikte, kılavuzluk hizmetinin karadan ya da başka bir gemiden verilmesi de mümkündür. Alm.TK m. 480 hükmünde kılavuz³³ "görevini gemide ifa eden kılavuz" (an Bord tätige Lotse) Şeklinde ifade edilmiŐtir³⁴. Buna karşılık TTK m. 1062 / 1 hükmünde kılavuzun kılavuzluk hizmeti için gemide bulunmasını ve kılavuzluk hizmetini gemide vermesinin aranmasını gerektiren sınırlayıcı bir ifadeye yer verilmemiştir. Bu nedenle TTK m. 1062 / 1 hükmünün uygulanmasında kılavuzun kılavuzlanan gemide, başka bir gemide ya da karada kılavuzluk görevi yapması arasında bir fark olmadığı kabul edilebilir³⁵.

(ii) Gemi adamı veya kılavuz, zarara sebebiyet veren eylemi görevini yerine getirirken gerçekleştirmiş olmalıdır.

Geminin sevk ve idaresi ile tahsis edildiği amaca uygun kullanımı ile doğrudan bağlantılı olan ve donatan, kaptan veya yetkili temsilcileri tarafından verilen her tür görev, TTK m. 1062 / 1 anlamında gemi adamının görevi kapsamındadır. Buna göre örneğin gemi adamları arasındaki bir kavga sırasında bir gemi adamının diğer bir gemi adamını yaralaması göre-

³³ Alman Hukukunda kılavuzluk ve kılavuz hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. RAMMING, (dn. 21), s. 295 vd.

³⁴ Bu nedenle karadan hizmet veren kılavuzun (Radarlotse) bu madde kapsamında olmadığı; ancak (geminin çekilmesi halinde çeken gemide bulunan ve buradan çekilen geminin sevki için danıŐmanlık yapması ya da gemiye çıkmak üzere nakil botunda bulunan kılavuzun buradan danıŐmanlık yapması gibi hallerde) başka bir gemiden kılavuzluk hizmeti veren kılavuzun da kural olarak görevini gemide ifa eden kılavuz sayılabileceği hususunda bkz. RAMMING, (dn. 21), s. 448, 449.

³⁵ TTK m. 1341 / 3 hükmünde "Bu maddenin uygulamasında kılavuz terimi, gemide veya herhangi başka bir yerden gemiye kılavuzluk hizmeti veren kişiyi veya kişileri ve bu kişi veya kişilerin fiillerinden sorumlu olan bütün gerçek ve tüzel kişileri kapsar." denilmiş olması da TTK anlamında "kılavuz" kavramına kılavuzun hizmet verdiği yer bakımından sınırlama getirilmesi yönünde bir amaç bulunmadığının göstergesi olarak değerlendirilebilir.

vini yerine getirirken gerçekleştirdiği eylem değildir; buna karşılık örneğin gemi zabitanın güverteye yüklenen kerestelerin gerektiği Şekilde sabitlenip sabitlenmediğini kontrol etmemesi ve bir gemi adamının seyir sırasında kayan keresteler arasında sıkıŐarak yaralanması durumunda zarara sebebiyet veren olay, gemi adamı zabitanın görevi kapsamındaki sabitleme işinin gerektiği gibi yapılıp yapılmadığını kontrol etmemesidir.

Zorunlu veya isteğe bağlı danışman kılavuzun görevi, geminin seyir ve manevra emniyeti ile can mal ve evre emniyetinin sağlanması için gemi kaptanına danıŐmanlık yapmaktır. Dolayısıyla geminin sevk ve idaresi kaptandadır. Ancak kılavuzun danıŐmanlık yapması ve geminin sevk ve idaresinin kaptanda olması, seyir, can, mal ve evre emniyeti açısından riskli bir durumun mevcudiyetini tespit eden kılavuzun sadece olası tehlike hakkında kaptanı bilgilendirmekle yetinebileceği, böylece görevini ifa etmiş olacağı anlamına gelmez. Kılavuzladığı geminin kılavuzluk hizmet bölgesinde seyre devam etmesinin, limana demirleme, yanaŐma veya kalkmasının seyir emniyeti ve/veya evre emniyeti açısından tehdit oluŐturabileceđini gzlememesi durumunda kılavuzluk hizmeti vermeyi reddedip durumu liman başkanlığına bildirmek de kılavuzun görevi kapsamındadır³⁶. Diğer bir anlatımla kılavuzun görevi, sadece hizmet bölgesinin özellikleri ile olası seyir riskleri hak-

³⁶ **Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği**'nin 72. maddesine göre "Kılavuz kaptanlar, kılavuzladıkları geminin kılavuzluk hizmet bölgesinde seyre devam etmesinin, limana demirleme, yanaŐma veya kalkmasının seyir emniyeti ve/veya evre emniyeti açısından tehdit oluŐturabileceđini gözlemlemeleri durumunda kılavuzluk hizmetini vermeyi reddedebilir. Ayrıca, gemiye çıkış ve iniŐte kullanacakları kılavuz armılı, aydınlatma ve benzer araçların kurallara uygun ve emniyetli olmaması durumunda da hizmet vermeyi reddetme hakkına sahiptir. Böyle bir durumda kılavuz kaptan, hizmet vermeyi reddetme gerekçesi ile birlikte söz konusu olayı, varsa bölgedeki gemi trafik hizmetleri merkezlerine, ayrıca, gerekli işlemin yapılması için en kısa zamanda kılavuzluk teşkilatı vasıtasıyla ilgili liman başkanlığına yazılı olarak bildirir." **Limanlar Yönetmeliği**'nin 24. maddesi uyarınca da kılavuz kaptanlar, kılavuzluk hizmeti vermekte oldukları gemi ve deniz araçlarının seyir teŐhizatında görebildikleri eksiklik ve aksaklıkları, deniz kazalarını ve seyir gzerghları üzerindeki seyir güvenliğinin tehlikeye dŐrlmesi ve evre kirliliği ile ilgili tespit ettikleri hususları derhal liman başkanlığına bildirir ve bu bildirimini izleyen yirmi dört saat içinde de yazılı bir rapor verir. Emniyetli olarak kılavuzluk hizmeti verilemeyecek gemilere kılavuzluk hizmeti verilmez; bu gemiler liman başkanlığına bildirilir ve emniyet tedbirleri alınır. Bu gemilere izinsiz olarak kılavuzluk hizmeti verildiğinin tespiti halinde, ilgili kılavuz kaptan hakkında liman baŐkanlıđınca idari işlem yapılır.

kında gemi kaptanına bilgi vermekten ibaret değildir; kılavuzluk hizmeti verilmesinin / alınmasının amacı gereği kılavuz, bölgenin tüm özellikleri ile geminin durumu hakkında kaptandan bilgi talep edip verilen bilgi çerçevesinde can, mal ve çevre emniyeti açısından tehlike yaratabilecek bir husus olup olmadığını değerlendirmek, buna göre mevcut koşullarda yapılacak doğru manevrayı belirleyip kaptana tavsiyede bulunmak ya da kılavuzlamayı reddedip riskli seyir veya manevraya izin vermemekle de yükümlüdür. Buna göre örneğin seyir emniyeti açısından riskli manevra sonucunda rıhtım tesislerine çarpan gemiden bir gemi adamı denize düşerek hayatını kaybetmiş ise, zarara sebebiyet veren eylem, riskli manevranın yapılması yönünde tavsiyede bulunmak veya riskli manevranın yapılmasına izin vermek suretiyle kılavuzun görevini yerine getirirken gerçekleştirdiği eylemdir.

(iii) Gemi adamı veya kılavuz, zarara sebebiyet veren eyleminde kusurlu olmalıdır.

Gemi adamlarından kaptanın kusurunun tespitinde tedbirli bir kaptanın göstermesi gereken özen (TTK m. 1088), kaptan dışında gemi adamlarının kusurunun tespitinde ise, gemi adamının sahip olduğu yeterlik ve görevinin gerektirdiği özen esas alınır. Kılavuzun kusurunun tespitinde de aynı esas geçerlidir. Tedbirli bir kılavuzun göstermesi gereken özen, kılavuzluk hizmetinin amacı ve kılavuzluktan beklenen yararın, gemilerin seyir ve manevra emniyeti ile can, mal ve çevre emniyetinin sağlanması olduğu, dolayısıyla kılavuzun kılavuzluk bölgesinin gemi kaptanının bilemeyeceği seyir risklerini de bilmesi ya da öngörmesi gerektiği, özellikle de duruma göre kılavuzlamayı reddetme yetkisine sahip olduğu dikkate alınarak tespit edilmelidir. Bu kapsamda kılavuzun kılavuzluk hizmeti vermeyi reddetmesi gereken bir durumun varlığını tespit edememesi ya da tespit etmesine rağmen kılavuzluk hizmeti vermesi, mevcut hava ve deniz koşullarında yapılması gereken manevrayı tespit hataya düşmesi, duruma göre kılavuzun görevini yaparken kusurlu olduğu sonucuna varılmasını gerektirir.

(iv) Gemi adamı veya kılavuzun eylemi hukuka aykırı olmalıdır.

TTK m. 1062 / 1 hükmünde belirtilmemiş olmakla birlikte, üçüncü bir şahsın uğradığı zarardan sorumluluk, gemi adamı veya kılavuzun eyleminin hukuka aykırı olmasını zorunlu kılar. Eylemin hukuka aykırı olması, hukuka uygunluk sebepleri bulunmaksızın, başkalarına zarar vermeyi yasaklayan veya zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranışta bulunulmasını emreden hukuk kurallarına aykırı davranılmasıdır³⁷. Örneğin bir gemi adamının kaptanın talimatı ile yaptığı onarım sırasında dikkatsizlikle diğer bir gemi adamının yaralanmasına neden olması ya da kılavuzun kılavuzlamayı reddetmesi gerekirken reddetmemesi sonucu meydana gelen deniz kazasında gemi adamlarının yaralanması halinde yaralanan gemi adamlarının vücut bütünlüğü üzerindeki mutlak hakkı ihlal edildiğinden, hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiş olur.

(v) Gemi adamı veya kılavuzun kusurlu ve hukuka aykırı eylemi sonucu üçüncü bir kişi zarara uğramış olmalıdır.

Zarara sebebiyet veren eylemi gerçekleştiren gemi adamı veya kılavuz ile gemiyi işleten dışında kalan herkes üçüncü kişidir. Üçüncü kişinin uğradığı zarar ile gemi adamı veya kılavuzun görevini yaparken gerçekleştirdiği hukuka aykırı ve kusurlu eylemi arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. TTK m. 1062 / 1 hükmü anlamında zarar, uygun illiyet bağı bulunan ve gemi adamı ya da kılavuzun sorumlu tutulabildiği tüm zararları kapsar.

3.2.2. Sorumluluğun niteliği

eTTK m. 947 hükmünde olduğu gibi TTK m. 1062 hükmünde öngörülen sorumluluk, “gemi adamı veya kılavuzun sorumlu olmasına bağlı” **kanundan doğan (ek)** ve gemi adamı

³⁷ Haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırılık kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal OĞUZMAN - Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku - Genel Hükümler, Cilt 2, 14. Bası, İstanbul 2018, 12 vd.; Fikret EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017, s. 605 vd.

veya kılavuzun gerçekleşen sorumluluğuna **katılma Şeklinde gerçekleşen** sorumluluktur³⁸. Madde metni ve gerekçesi ile gerekçede kaynak olduğu belirtilen eAlm.TK m. 485 hkmine göre TTK m. 1062 / 1 hkminde, eTTK m. 947 hkminde düzenlenen sorumluluktan farklı nitelikte bir sorumluluk öngörülmemiŐtir. Sorumluluğun bu niteliği dolayısıyla gemi adamı veya kılavuz nc Şahsın uğradığı zarardan sorumlu tutulamadığı takdirde, gemi işleteni de zararı tazmin ile yükümlü olmaz. Gemi adamı veya kılavuz, kusurunun derecesine göre (TBK m. 51 / 1) veya zarar görenin müterafik kusuru sebebiyle (TBK m. 52) nc Şahsın uğradığı zarardan kısmen sorumlu ise, gemi işleteni de aynı Şekilde sorumlu olur. Sorumluluk Şartları gerçekleştiği takdirde, gemiyi işletenin (gemi adamlarını seçmede ve talimat vermede, denetim ve gözetimde gereken özeni gösterdiği gibi) herhangi bir olguyu ispat ederek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Donatanın sorumluluktan kurtulması sonucunu doğuran bir imkân öngörülmemiŐ olması da bu sorumluluğun asli sorumluluk değil, katılma yoluyla gerçekleşen sorumluluk olduğunu teyit etmektedir. Bu nedenle donatanın TTK m. 1062 hkminde düzenlenen sorumluluğunun kusurlu veya kusursuz sorumluluk, özellikle TBK m. 66 hkminde olduğu gibi “zen ykmllğnn yerine getirilmemesine dayanan kusursuz sorumluluk”³⁹ veya haksız fiil sorumluluğu olup olmadığının tartiŐılması mümkün değildir.

3.2.3. Bedensel zararlardan sorumluluğun sınırlanması

Sorumluluğun sınırlanması, sorumlu olunan zararı tazmin ykmllğnn belirli bir miktarla sınırlı olmasıdır. TTK m. 1062 / 2 hkminde “donatanın, Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin milletlerarası

³⁸ KENDER / ÇETİNGİL / YAZICIOğLU, (dn. 21), s. 105; SÖZER, (dn. 21), s. 196. Alm.TK m. 480 bakımından bkz. CZERWENKA, (dn. 24), s. 77; RAMMING, (dn. 21), s. 444; HERBER, (dn. 21), s. 200.

³⁹ TBK m. 66 hkminde düzenlenen sorumluluğun adam alıŐtranın zen ykmllğnn yerine getirmemesine dayanan kusursuz sorumluluk olduğu hususunda bkz., OğUZMAN / Z (dn. 37) s. 142 vd.; EREN, (dn. 37), s. 639 vd.

sözleşmelerden doğan sorumluluğunu sınırlandırma hakkının saklı olduğu” öngörölmüştür. TTK m. 1328 / 1 hükmü uyarınca deniz alacaklarından doğan sorumluluk, 19.11.1976 tarihli Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlandırılması Hakkında Milletlerarası Sözleşme (Sorumluluğun Sınırlandırılması Sözleşmesi - SSS)⁴⁰ ile bu Sözleşmeyi değiştiren 02.05.1996 tarihli Protokol veya onun yerine geçmek üzere hazırlanarak Türkiye Cumhuriyeti tarafından kabul edilen milletlerarası sözleşmelere göre sınırlandırılabilir (TTK m. 1328)⁴¹. 1996 Protokolü ile değişik 1976 tarihli SSS, MÖHUK m. 1 / 1 anlamında yabancılık unsuru taşımayan hallerde de uygulanır (TTK m. 1329). Deniz alacakları TTK’nun 1350. maddesinde sayılmış olup, bu alacaklar arasında *“geminin işletilmesi ile doğrudan doğruya ilgili olarak karada veya suda meydana gelen can kaybı veya diğer bedensel zararlar”* da yer almaktadır. Buna göre gemi işleten, geminin işletilmesinin doğrudan sonucu olmak koşuluyla karada veya denizde meydana gelen ölüm veya diğer bedensel zararlardan sorumluluğunu SSS hükümlerine göre sınırlandırma hakkına sahiptir. SSS’nin 3. maddesinde (zımnı kabul yöntemi ile 19.04.2012 tarihinde yapılan ve) 08.06.2015 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik uyarınca sorumluluk sınırı, yolcu⁴² ve yolcu dışındaki kişilerin ölüm ve yaralanmasından doğan zararlar için ayrı ayrı belirlenmiştir. Buna göre yolcu dışında kişilerin ölüm veya yaralanmasından ileri gelen alacaklarda sorumlu şahsın (gemi işletenin) tazmin borcu,

- 2.000 tonu geçmeyen bir gemi için 3.020.000 hesap birimi⁴³;

⁴⁰ Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976 (LLMC). 1976 tarihli SSS’nin (1996 tarihli Protokol ile değiştirilmeden önceki) resmi Türkçe çevirisi ve İngilizce metni 04.06.1980 tarih ve 17007 sayılı Resmî Gazete’de; SSS’ni Tadil Eden 1996 tarihli Protokole ekli çekince ile katılmamız hakkındaki Bakanlar Kurulu Kararı ve Protokol’ün resmi Türkçe çevirisi 13.03.2010 tarih ve 27520 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

⁴¹ TTK m. 1328 / 3 hükmüne göre “1976 tarihli Sözleşme” ibaresi, “19/11/1976 tarihli Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlandırılması Hakkında Milletlerarası Sözleşme”yi, 2/5/1996 tarihli Protokolü ve bu Sözleşmeye ilişkin değişikliklerden Türkiye Cumhuriyeti bakımından yürürlüğe girmiş olanları topluca ifade eder.”

⁴² Yolcuların ölüm ve yaralanmasından doğan alacaklar, 175.000 hesap biriminin geminin resmî belgesine göre taşıyabileceği yolcu sayısı ile çarpımı ile bulunan meblağ ile sınırlı olup, herhalde 25.000.000 hesap birimini geçemez.

⁴³ Hesap birimi, Milletlerarası Para Fonu tarafından tarif olunan Özel Çekme Hakkı

- tonajı 2.000'ni geçen bir gemi için, 3.020.000 hesap birimine ilave edilmek üzere
 - 2.001'den 30.000 tona kadar beher ton için 1.208 hesap birimi;
 - 30.001'den 70.000 tona kadar beher ton için 906 hesap birimi;
 - 70.000 tondan yukarı beher ton için 604 hesap birimi ile sınırlıdır⁴⁴.

TTK m. 1333 hkmiinde sondaj gemileri için özel düzenleme getirilmiştir. Buna göre sınırlamaya esas olan alacağın, geminin sondaj işlemi için kullanılmak üzere sondaj yerinde bulunduğu sırada doğmuş olması Şartıyla, lm ve yaralanmadan ileri gelen alacaklar için 32.000.000 özel ekme Hakkı ve diğer zararlardan doğan alacaklar için 20.000.000 özel ekme Hakkı ile sınırlıdır.

3.2.4. Bedensel zararların teminatı

Geminin işletilmesi ile doğrudan doğruya ilgili olarak karada veya suda meydana gelen can kaybı veya diğer bedensel zararlardan doğan alacakların alacaklısı, "gemi alacaklısı hakkı" olarak adlandırılan kanuni rehin hakkına sahiptir (TTK m. 1320 / 1 (b) bendi). Ancak bedensel zararlar, (i) deniz yolu ile petrol veya diğer tehlikeli ya da zararlı maddelerin taşınması ile bağlantılı olarak ortaya çıkıp da milletlerarası sözleşmelere yahut millİ mevzuata göre kusursuz sorumluluk ve zorunlu sigorta ile ya da diğer yollardan teminat altına alınması öngörülen zararların ya da (ii) radyoaktif maddelerden veya radyoaktif maddelerin zehirli ya da patlayıcı maddeler veya nükleer

(Special Drawing Rights - SDR) olup, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nın internet sitesinde döviz kurları ile birlikte bilgi için özel ekme Hakkı'nın (H) USD ve TL değerini ilan edilmektedir.

⁴⁴ Yolcu ve yolcu dışındaki kimselerin ölüm ve yaralanmasından doğan alacaklar için hesaplanan meblağ, bu alacakları tam olarak karşılamaya yetmediği takdirde, ölüm ve yaralanma dışındaki zararlar için hesaplanan meblağ, bedensel zararların ödenmeyen bakiyesini karşılamak için kullanılabilir ve ödenmemiŐ bakiye bedensel zararlar maddi zararlarla birlikte paylaŐıma katılır.

yakıt yahut radyoaktif ürünler ya da atıklardan oluşan diğer tehlikeli maddeler ile bileşiminden kaynaklanan zararların sonucunu oluşturdukları veya bu zararlardan doğdukları takdirde, tazminat alacağı alacaklısı, gemi alacaklısı hakkına sahip deđildir⁴⁵. Gemi alacaklısı hakkı, alacağın doğduğu tarihten itibaren 1 yıl içinde düşer (TTK m. 1326). Bu sürenin “borçluya yönelik istem haklarına da uygulanacağı” (TTK m. 1327) öngörüldüğünden, bedensel zarar dolayısıyla tazminat talep hakkı, doğduğu tarihten itibaren bir yıl içerisinde ileri sürülmelidir.

3.3. Çalışanın sebebiyet verdiği bedensel zararlardan sorumluluk

Türk Borçlar Kanunu’nun 66. maddesinin 1. fıkrasında “adam çalıştırmanın, çalışanın kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlü olduğu” hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm anlamında “çalışan”, çalıştırmanın işini onun emir ve talimatı altında (çalıştırana bağımlılık ilişkisi içinde) görendir; çalıştırana ile çalışan arasındaki bağımlılık ilişkisinin bir sözleşmeye dayanması zorunlu deđildir⁴⁶. Çalışanın çalıştırmanın işini görürken üçüncü kişiye hukuka aykırı eylemi ile zarar vermiş olması, çalıştırmanın sorumlu tutulması için gerekli ve yeterli olup, çalışanın hukuka aykırı eyleminde kusurlu olması aranmaz.

Sorumluluk şartlarının mevcudiyeti halinde, karine olarak çalıştırmanın kendisine yüklenen objektif özen yükümlülüğünü ihlal ettiği ve zararın bu yüzden meydana geldiği kabul edilir. Ancak çalıştırana, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ettiği takdirde sorumluluktan kurtulur (TBK m. 66 / 2). Ayrıca bir işletmede adam çalıştırana, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yüküm-

⁴⁵ Türkiye’de yargı yoluyla ileri sürülen bir alacağın gemi alacaklısı hakkı verip vermediği, Türk hukuku uyarınca belirlenir (TTK m. 1320 / 3).

⁴⁶ Bu konuda bkz. OĞUZMAN / ÖZ, (dn. 37), s. 148 vd.; EREN, (dn. 37), s. 644 vd.

ldr (TBK m. 66 / 3). Dolayısıyla bir işletmede adam çalıştıran, çalışanı seçmede, talimat vermede, gözetim ve denetimde bulunurken gerekli özeni gösterdiğini ispat yanında işletmenin çalışma düzeninin bu zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu da ispat ettiği takdirde sorumluluktan kurtulabilir⁴⁷.

TTK anlamında gemi niteliğinde olmayan deniz aracı işletenin deniz aracının işletilmesinde (kullanılmasında) alıŐtırdıĐı kişilerin eyleminden sorumluluğu hakkında TBK m. 66 hükmü uygulanır. Buna karşılık gemi niteliğindeki deniz aracı işletenin TBK anlamında çalışanın görevini yaparken başkalarına verdiği zarardan sorumluluğu hakkında koşulları gerçekleştiği takdirde zarar gören TTK m. 1062 veya TBK m. 66 hükmü uyarınca tazminat talep edebilir. Diğer bir anlatımla deniz aracı TTK anlamında gemi niteliğinde ise gemi işletenin TTK m. 1062 uyarınca gemi adamının nc Şahsın uğradığı zarardan sorumlu tutulabilmesi TBK m. 66 hükmünün uygulanmasına engel teşkil etmez; zira anılan hükümlerde öngörülen sorumluluğun niteliği ve Şartları farklıdır. Bu farklılıklar kısaca Şu Şekilde zetlenebilir:

TTK m. 1062 hükmü uyarınca gemi işletenin sorumluluğu gemi adamının veya (isteğe bağlı veya zorunlu danışman) kılavuzun sorumlu olmasına bağlı kanundan doğan ek bir sorumluluk iken, TBK m. 66 hükmü uyarınca alıŐtıranın sorumluluğu, ise, zen ykmllĞnn ihlaline dayanan kusursuz sorumluluktur⁴⁸. TBK m. 66 hükmünün uygulanabilmesi için zarar verenin çalışan olması zorunludur; TTK m. 1062 hükmünde gemi adamı (alıŐan) olmayan kılavuzun eyleminden de gemi işletenin sorumlu olduğu ngrlmŐtır. TBK m. 66 hükmüne göre çalışanın zarara sebebiyet veren hukuka aykırı eyleminde kusurlu olması aranmaz. Buna karşılık TTK m. 1062 / 1 hükmüne göre gemi adamı ve kılavuz, zarara sebebiyet veren hukuka aykırı eyleminde kusurlu olmalıdır. TBK m. 66 hükmüne göre alıŐıran sorumluluktan kurtulma imkânına

⁴⁷ alıŐtıranın sorumluluk karinesinin çürütülmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN / Z, (dn. 37), s. 1453 vd.; EREN, (dn. 37), s. 649 vd.

⁴⁸ OĞUZMAN / Z, (dn. 37), s. 143; EREN, (dn. 37), s. 640, 641.

sahip iken, TTK m. 1062 hükmüne göre gemi işleyen sorumluluktan kurtulma imkanına sahip değildir. TBK m. 66 uyarınca sorumlulukta tazminat talep hakkı, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar; ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır (TBK m. 72). TTK'nun "zamanaşımı" kenar başlıklı 1327. maddesinde TTK m. 1326 hükmünde öngörülen sürelerin "borçluya yönelik istem haklarına da uygulanacağı" öngörüldüğünden, geminin işletilmesi ile doğrudan doğruya ilgili olarak karada veya suda meydana gelen can kaybı veya diğer bedensel zararlardan doğan alacaklar, doğduğu tarihten itibaren bir yıllık zamanaşımı süresine tâbidir.

Söz konusu bu farklılıklar, TTK m. 1062 hükmünün, TBK m. 66 hükmüne göre özel hüküm⁴⁹ olmadığını sonucuna varılmasını gerektirmektedir⁵⁰. Dolayısıyla TTK anlamında gemi niteliğindeki deniz aracı işleteni, TBK m. 66 anlamında çalışan olan gemi adamının eylemi sonucu üçüncü şahsın uğradığı zarardan koşulları gerçekleştiği takdirde TTK m. 1062 uyarınca sorumlu tutulabileceği gibi, TBK m. 66 uyarınca da sorumlu tutulabilir⁵¹. Ancak gemi işleteni, kılavuzun görevini yapar-

⁴⁹ Özel hüküm ve genel hüküm kavramları ile hükümler arasında genellik - özelliik ilişkisi bulunup bulunmadığının tespitinde esas alınacak unsurlar hakkında bkz. Tahir ÇAĞA, Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder mi?, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 1991, Sayı 3, s. 366 vd.

⁵⁰ Bkz. Nil KULA DEĞİRMENCİ, Türk Deniz Ticaret Hukukunda Uygulanan Hükümler Arasındaki "Bertaraf Edici" ve "Seçimlik" İlişkiler, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Cilt 7, Yıl 2018, Sayı 2 (s. 257-293), s. 280, 281.

⁵¹ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (eTTK) yürürlüğü döneminde "donatanın gemi adamının eyleminden sorumluluğu hakkında 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (eBK) istihdam edenin sorumluluğu hakkındaki 55. maddesinin uygulanamayacağı; zira donatanın gemi adamının eyleminden sorumluluğunun eTTK'nun 947. maddesinde özel olarak düzenlendiği ve gemi adamının kusuru bulunmayan hallerde eBK 55 hükmüne başvurulması imkânını ortadan kaldırdığı; eBK m. 55 hükmünün uygulanmasının deniz hukukunun mesuliyet ilkelerine aykırı bir çözümün kabulüne neden olacağı" ileri sürülmüş ise de (Furgut KALPSÜZ, Donatanın Akit Dışı Mesuliyeti ve Bunun Sınırlandırılması, Sorumluluk ile Sigorta Hukuku ve Uygulama Açısından Türkiye'de Deniz Kazaları Sempozyumu, Bildiriler - Tartışmalar, 13 - 15 Ekim 1982 İstanbul, Ankara 1983 (s. 45 - 88), s. 73 - 75. Ayrıca bu görüş hakkındaki tartışmalar için de bkz. 89 vd.), baskın görüş, TTK m. 947 hükmünün

ken kusurlu bir eylemi ile üçüncü şahsa verdiği zarardan sadece TTK m. 1062 uyarınca sorumlu tutulabilir; zira kılavuz, kaptanın ya da gemi işletenin emir ve talimatı altında çalışan değildir⁵². Zarar gören TBK m. 66 uyarınca tazmin talep ettiği takdirde, gemi adamının kusurunu ispat etmek zorunda değilse de, gemi işleten TBK m. 66 hükmü uyarınca sorumluluktan kurtulabilir⁵³.

Gemi işletenin sorumluluğunu sınırlama hakkı bakımından tazminat talebinin TBK m. 66 ya da TTK m. 1062 hükmüne dayandırılması arasında fark yoktur; zira 1976 tarihli SSS'nin "sorumluluğun sınırlanabileceği alacaklar" hakkındaki 2. maddenin 1. fıkrasında "... mesuliyetin temeli ne olursa olsun ..." ("... whatever the basis of liability may be, ...") denilmiştir. Dolayısıyla zarar görenin TBK m. 66 uyarınca gemi işletenden tazminat talep etmesi halinde de gemi işleten SSS hükümler-

donatanın BK m. 55 uyarınca sorumlu tutulmasına engel teşkil etmediği yönündedir. Bu konuda bkz. Barbaros ÇAĞA, Gemi Adamlarının Üçüncü Kişilere Verdikleri Zararlardan Donatanın Sorumluluğu, BAİİDER Cilt VII (1973), Sayı 2, s. 449 vd.; Haluk TANDOĞAN, Karada Meydana Gelen Zararlar Dolayısıyla Sorumluluk ile Sigorta Hukuku ve Uygulama Açısından Türkiye'de Deniz Kazaları Sempozyumu, Bildiriler - Tartışmalar, 13 - 15 Ekim 1982 İstanbul, Ankara 1983, s. 179 vd.; Tahir ÇAĞA / Rayegân KENDER, Deniz Ticareti Hukuku I - Giriş, Gemi, Donatan ve Kaptan, 16. Baskı, İstanbul 2010, s. 150. Ayrıca bu hususta ileri sürülen farklı görüşler değerlendirilerek eTTK m. 947 hükmünün BK m. 55 hükmünün uygulanmasına engel teşkil etmediği sonucuna varılan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 30.12.1980 tarih ve E. 6142 - K. 7441 sayılı kararı için bkz. Gönen ERİŞ, Türk Ticaret Kanunu - Üçüncü Cilt, Deniz Ticareti ve Sigorta, Ankara 1980, s. 262 vd.

⁵² Donatanın kılavuzun eyleminden sorumluluğu hakkında da TBK m. 66 hükmünün uygulanabileceği yönünde bkz. ve karş. KULA DEĞİRMENÇİ, (dn. 50), s. 281.

⁵³ Gemi işleteni, Gemilerin Gemiadamları ile Donatılmasına İlişkin Yönerge hükümlerine uygun şekilde gemiyi (gerekli sayıda ve yeterlikte) gemi adamları ile donattığını, Gemilerin Genel Denetimi Ve Belgelendirilmesi Hakkında Yönetmelik, Gemilerin Teknik Yönetmeliği ve Uluslararası Emniyet Yönetimi Kodunun Türk Bayraklı Gemilere Ve İşletmecilerine Uygulanmasına Dair Yönetmelik ile Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği'nin özellikle "Gemiadamlarının Vardiya Tutmaları ile İlgili Kurallar ve Denizcilik İşletmelerinin Sorumlulukları" hakkındaki hükümlerinin (m. 60 vd.) gereklerinin yerine getirildiğini ispat ettiği takdirde, gemi adamlarını seçmede, talimat vermede, denetim ve gözetimde gereken özeni gösterdiğini ve geminin işletilmesinde çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmiş olur ve böylece sorumluluktan kurtulabilir. Gemi işleten birden fazla gemiyi işletmekte ise, sorumluluktan kurtulma sebepleri, zarara sebebiyet veren gemi adamının istihdam edildiği gemi ve geminin işletilmesi ile sınırlı olarak değerlendirilir. TBK m. 66 / 2 hükmü bakımından "zararın verilmiş olduğu gemideki çalışma düzenine bakılmakla yetinilmeyeceği, donatanın denizcilik işletmesinin genel organizasyonunun, çalışma düzeninin dikkate alınacağı yönünde görüş için bkz. SÖZER, (dn. 21), s. 199.

ri uyarınca sorumluluğunu sınırlandırma hakkına sahiptir⁵⁴. TTK anlamında gemi niteliğinde olmayan deniz aracı işletenler ise, sorumluluğunu sınırlama hakkına sahip değildir.

SONUÇ

Türk hukukunda bazı kanun ve yönetmeliklerde “deniz aracı / vasıtası” kavramının gemi dışında bir araç anlamında kullanıldığı izlenimi veren “gemi ve deniz aracı” veya “gemi ve diğer deniz vasıtaları” ibareleri kullanılmış olmakla birlikte, “gemi ve deniz aracı” ibaresinin kullanıldığı düzenlemelerde yer alan tanımlara göre, “suda / denizde yüzebilen ve tahsis edildiği amaca uygun olarak kullanılan” bir araç veya yapı, tekne şeklinde ise ve denizde kürekten başka alet ile yola ı-kabiliyorsa gemi; tekne şeklinde değilse deniz aracıdır. Ancak TTK ve bazı düzenlemelerde yer alan farklı gemi tanımları incelendiğinde, bir aracın gemi sayılması için yapısının tekne şeklinde olmasının aranmadığı tespit edilmektedir. Bir deniz aracının TTK anlamında gemi olarak nitelenmesinde aranan temel unsur, yapının Őeklinden tamamen bağımsız olarak tahsis edildiği amacın denizde / suda hareket etmesini gerektirmesidir. Dolayısıyla bazı düzenlemelerde deniz aracı tanımlanırken “gemi dışında” denilmiş olmasına rağmen, deniz aracı ve gemi tanımlanırken bunları birbirinden ayırt edici temel bir farklılığa yer verilmemiştir. Bu nedenle genel anlamda deniz aracı “hareket ettirici güç kendisinde olmasa bile denizin altında veya üstünde hareket edebilen ve tahsis edildiği amaç denizde hareket etmesini gerektiren her araç ya da yapı” olarak tanımlanabilir. Bu tanıma göre deniz aracı kavramı gemiyi de kapsar; her gemi deniz aracıdır. Ancak gemi veya deniz aracının hangi kayıt sistemi kapsamında yer aldığı, kullanım dolayısıyla verilen zarardan sorumluluğun hangi düzenlemeye tâbi olduğu gibi hususlarda genel anlamda deniz aracı tanımının değil, uygulanması söz konusu olabilecek düzenleme anlamında deniz aracı veya gemi tanımının esas alınacağı açıktır.

⁵⁴ BK m. 66 veya m. 116 hükümlerine dayanılarak açılan bir davada donatanın sorumluluğunun sınırsız olacağı yönünde aksi görüş için bkz. SÖZER, (dn. 21), s. 197.

Deniz aracı işleteni “maliki olsun olmasın zilyedi olduğu deniz aracını teknik yönetim görev ve sorumluluğu kendisine ait olmak üzere bizzat veya adamları vasıtasıyla denizde kullanan kişi” olarak tanımlanabilir. Ancak deniz aracı TTK anlamında gemi ise, ticaret gemisi olmayan gemilere de uygulanan TTK hükümleri bakımından gemi işleteni, maliki olsun olmasın gemiyi kendi adına, teknik yönetim görev ve sorumluluğu kendisine ait olmak üzere bizzat veya gemi adamları vasıtasıyla denizde kullanan kişidir. Deniz aracı işletenin deniz aracını işletmeye ilişkin kendi eyleminden akit dışı sorumluluğu, herhangi bir Şahsın akit dışı sorumluluğundan farklı değildir; Türk Borçlar Kanunu’nun haksız fiilden sorumluluk hakkındaki hükümlerine tâbidir. TTK’nun (ticaret gemisi olmayan gemilere de uygulanan) 1062. maddesinde donatanın gemi adamlarının ve kılavuzun eyleminden sorumluluğu hakkında ayrıca düzenleme getirilmiştir. Bu hüküm, deniz aracı TTK anlamında gemi ise uygulanabilir.

TTK m. 1062 hükmünde öngörölen sorumluluk, “gemi adamı veya kılavuzun sorumlu olmasına bağlı” kanundan doğan (ek) ve gemi adamı veya kılavuzun gerçekteşen sorumluluğuna katılma Şeklinde gerçekteşen sorumluluktur. Sorumluluğun bu niteliği dolayısıyla gemi adamı veya kılavuz üçüncü Şahsın uğradığı zarardan sorumlu tutulamadığı takdirde, gemi işleteni de zararı tazmin ile yükümlü olmaz. Gemi adamı veya kılavuz, kusurunun derecesine göre veya zarar görenin müterafik kusuru sebebiyle üçüncü Şahsın uğradığı zarardan kısmen sorumlu ise, gemi işleteni de aynı Şekilde sorumlu olur. Sorumluluk Şartları gerçekteŐtiĐi takdirde, gemiyi işletenin (gemi adamlarını Őeçmede ve talimat vermede, denetim ve gözetimde gereken özeni gösterdiği gibi) herhangi bir olguyu ispat ederek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.

TTK m. 1350 hükmünde sayılan deniz alacakları arasında “geminin işletilmesi ile doğrudan doğruya ilgili olarak karada veya suda meydana gelen can kaybı veya diğer bedensel zararlar” da yer almaktadır. Gemi işleten, geminin işletilmesinin doğrudan sonucu olmak koşuluyla karada veya denizde meydana gelen ölüm veya diğer bedensel zararlardan sorumlulu-

đunu SSS hűkűmlerine gűre sınırlandırma hakkına sahiptir. Geminin iŐletilmesi ile doğrudan doğruya ilgili olarak karada veya suda meydana gelen can kaybı veya diğer bedensel zararlarından doğan (ve istisna edilen alacaklardan olmayan) alacakların alacaklısı, “gemi alacaklısı hakkı” olarak adlandırılan kanuni rehin hakkına sahiptir.

Deniz aracı TTK anlamında gemi ise, gemi iŐleteni, kılavuzun deđil, gemi adamının vazifesini yaparken űçűncű šahuslara verdiđi zarardan koŐulları gerçekteŐtiđi takdirde TTK m. 1062 veya TBK m. 66 hűkűmleri uyarınca, deniz aracı TTK anlamında gemi deđilse, çalıŐanın kendisine verilen iŐi gűrűrken űçűncű šahsa verdiđi zarardan sadece TBK m. 66 uyarınca sorumlu tutulabilir. Kılavuz, kaptanın ya da gemi iŐletenin emir ve talimatı altında çalıŐan olmadıđından, gemi iŐleteni, kılavuzun gűrevini yaparken kusurlu eylemi ile űçűncű šahsa verdiđi zarardan TTK m. 1062 uyarınca sorumlu olur. Gemi iŐletenin TTK m. 1062 hűkmű uyarınca sorumlu tutulabilmesi, TBK m. 66 uyarınca sorumlu tutulmasına engel deđildir; zira bu hűkűmlerde dűzenlenen sorumluluđun niteliđi ve šartları farklı olup, TTK m. 1062 hűkműnűn TBK m. 66 hűkműne gűre űzel hűkűm olduđu ileri sűrűlemez.

Zarar gűren TBK m. 66 uyarınca tazmin talep ettiđi takdirde, gemi adamının kusurunu ispat etmek zorunda deđilse de, gemi iŐleten TBK m. 66 hűkmű uyarınca sorumluluktan kurtulabilir.

Gemi iŐletenin sorumluluğunu sınırlanma hakkı bakımından tazminat talebinin TBK m. 66 ya da TTK m. 1062 hűkműne dayandırılması arasında fark yoktur; zira 1976 tarihli SSS'nin 2. maddesinde “sorumluluğun sınırlanabileceği alacaklar” sorumluluk sebebinden bağımsız olarak belirlenmiŐtir. Dolayısıyla zarar gűrenin TBK m. 66 uyarınca gemi iŐletenden tazminat talep etmesi halinde de gemi iŐleten SSS hűkűmleri uyarınca sorumluluğunu sınırlandırabilir. Ancak TTK anlamında gemi niteliğinde olmayan deniz aracı iŐleteni sorumluluğunu sınırlama hakkına sahip değildir.

KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE HATIR İÇİN TAŞINANIN UĞRADIĞI ZARARLARDAN SİGORTA ŞİRKETİNİN SORUMLULUĞU

*Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT**

Hukuki Sorun: Karayolları Trafik Kanunu (KTK) çerçevesinde motorlu bir aracın sebep olduğu/karıştığı bir trafik kazasında araçta hatır için taşınan birinin zarar görmesi durumunda bu zarardan sigorta şirketinin sorumlu olup olmayacağıdır.

Bu hukuki sorunun çözümü açısından öncelikle “işletenin sorumluluğunun Karayolları Trafik Kanunu’nda düzenleniş şeklini, “işletenin hatır taşımamasından doğan sorumluluğu” ve son olarak “sigorta şirketinin hatır taşımaması sebebiyle sorumlu tutulup tutulamayacağı” sorununu açıklamak gerekir.

1-İşletenin Sorumluluğunun Karayolları Trafik Kanununda Düzenleniş Şekli

Karayolları Trafik Kanunu’nda işletenin sorumluluğu farklı hükümlerde farklı şekillerde düzenlenmiştir. Bunları inceleyecek olursak;

-Motorlu Aracın İşletilmesi Esnasında Meydana Gelen Zarar Nedeniyle Sorumluluk (KTK m. 85/1)

KTK. m.85/1’de “*Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimse- nin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, ... motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar...*” hükmü yer almaktadır.

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilimdalı Öğretim Üyesi.

Bu hüküm uyarınca bir motorlu aracın işletilmesi sırasında bir zararın ortaya çıktığı durumlarda işleten sorumlu olacaktır¹. İşleten kavramına esas itibariyle ilk olarak *motorlu aracın sahibi* girer².

Sorumluluktan söz edebilmek için zararın bulunması gerekir. Bu *zarar*, bir kimsenin *ölməsi* veya *yaralanması*, bir eşyanın *zarara uğraması*, *kullanılamaz hale gelmesi* veya *hasara uğraması* şeklinde olabilir. *KTK. m.85'de kabul edilen sorumluluk, tehlike esasına dayalı bir kusursuz sorumluluk halidir*³.

-İşletilme Halinde Olmayan Motorlu Aracın Sebep Olduğu Zarar Nedeniyle Sorumluluk (KTK m. 85/3)

KTK. m.85/3'de " *...İşletilme halinde olmayan bir motorlu aracın sebep olduğu trafik kazasından dolayı işletenin sorumlu tutulabilmesi için, zarar görenin, kazanın oluşumunda işleten veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere ilişkin bir kusurun varlığını veya araçtaki bozukluğun kazaya sebep olduğunu ispat etmesi gerekir...*" hükmü yer almaktadır.

Bu hükümde kusur esasına dayanan bir sorumluluk söz konusudur.

Kaza Sonrası Yardım Çalışmalarında Yardım Edenin Maruz Kaldığı Zarar Nedeniyle Sorumluluk (KTK. m.85/4)

KTK. m.85/4'de " *...İşleten ve araç işleticisi teşebbüs sahibi,*

¹ İşletenin sorumluluğu konusunda bkz. *Yılmaz*, Hamdi, Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuksal Sorumluluğu, İstanbul, 2014, s.107 vd.; *Kılıçoğlu* Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Ankara 2012, s.376 vd.; *Aşçıoğlu* Çetin, Trafik Kazalarından Doğan Hukuk ve Ceza Sorumlulukları, Ankara 2012, s.80 vd.; *Eren*, AÜHFD, s.166 vd.; *Eren*, Borçlar Hukuku, s. 673 vd.; *Yılmaz* Zekeriya, Karayolları Trafik Kanunu, Karayolu Taşıma Kanunu ve Sigortacılık Kanunu Hükümlerine Göre Trafik Kazaları Ve Taşımacılıktan Doğan Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta Ve Rücü Davaları, Ankara 2004, s. 31 vd.;

² İşleten kavramı için bkz. *Eren* Fikret, Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları, AÜHFD, Ankara, 1982-1987, s.175 vd.; *Eren* Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2014, s. 679 vd.; *Aşçıoğlu*, s.43 vd.; *Yılmaz* Z., s. 47 vd.

³ *Oğuzman* M. Kemal/ *Öz* M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 196-197; *Boydak* Alptekin Burak, "Karayolları Trafik Kanunu Kaynaklı Kusursuz Sorumluluk", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 17 (Nisan 2014), (S.303-330), s. 306; *Yılmaz* Z., s. 25.

hakimin takdirine göre kendi aracının katıldığı bir kazadan sonra yapılan yardım çalışmalarından dolayı yardım edenin maruz kaldığı zarardan da sorumlu tutulabilir. Ancak, bu durumda iş-letici teşebbüs sahibinin sorumlu kılınabilmesi için kazadan kendisinin sorumlu olması veya yardımın doğrudan doğruya kendisine veya araçta bulunanlara yahut kazaya taraf olan üçüncü kişilere yapılması gerekir...” hükmü yer almaktadır.

Kazadan sonra yardım çalışmalarına katılanların uğradıkları zararlar sebebiyle işletenin ve işletenin bağlı bulunduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğu, doktrindeki bazı yazarlar tarafından tehlike sorumluluğu⁴, bazı yazarlar tarafından hakkaniyet düşüncesine dayanan olağan sebep sorumluluğu⁵, diğer bazı yazarlara göre ise vekâletsiz iş görmenin özel türü⁶ olarak değerlendirilmektedir.

-Bagaj Ve Benzeri Eşyanın Haricinde Araçta Taşınmakta Olan Eşyanın Zarar Görmesi Durumunda İşletenin Sorumluluğu (KTK. m.87/2)

KTK. m.87/2’de “...Zarar görenin beraberinde bulunan bagaj ve benzeri eşya dışında araçta taşınan eşyanın uğradığı zararlardan dolayı işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğu da genel hükümlere tabidir...” hükmü yer almaktadır.

Genel hükümlerinden kastedilen TTK’nun taşıma sözleşmesine ilişkin 856 vd. hükümleridir.

Motorlu aracın çalındığını ya da gasp edildiğini bilerek araca binen yolculara karşı işletenin sorumluluğu (KTK. m.107)

⁴ Kılıçoğlu Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 380, 381.

⁵ Aras Bahattin, “Karayolları Trafik Kanununa Göre İşletenin Kusur Sorumluluğu”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 34, Sayı: 4, Ekim 2008, (S. 527-578), s. 531; Antalya Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Cilt: I, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 668; Bolatoğlu Bolat, Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu (İşleten Kavramı ve Sorumluluğun Şartları), Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1988, s. 24.

⁶ Nomer Halük N., “2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu” İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 66, Sayı: 1-3, 1992, s. 72.

KTk. m.107'de "...Bir motorlu aracı **çalan veya gasbeden kimse işleten gibi sorumlu tutulur**. Aracın çalınmış veya gasbedilmiş olduğunu bilen veya gereken özen gösterildiği takdirde öğrenebilecek durumda olan **aracın sürücüsü** de onunla birlikte müteselsilen sorumludur. İşleten, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerden birinin, aracın çalınmasında veya gasbedilmesinde kusurlu olmadığını ispat ederse, sorumlu tutulamaz. İşleten, sorumlu olduğu durumlarda diğer sorumlulara rücu edebilir.

Aracın çalındığını veya gasbedildiğini bilerek binen yolculara karşı sorumluluk, genel hükümlere tabidir..." hükmü yer almaktadır.

Bahsi geçen genel hükümler, TBK m. 49 vd. hükümleridir.

-Karayolunda Çekilen Bir Aracın Uğradığı Zararlar Nedeniyle İşletenin Sorumluluğu (KTk. m.102/1)

KTk. m.102'de "...Bir römorkun veya yarı römorkun veya çekilen bir aracın sebep olduğu zarardan dolayı, çekicinin işleteni, motorlu aracı işletenin sorumluluğuna ilişkin hükümlere göre sorumlu tutulur. **Çekilen araçla ilgili olarak sorumluluk genel hükümlere tabidir...**" hükmü yer almaktadır.

Bahsi geçen genel hükümler, TBK m. 49 vd. hükümleridir.

Yarışta, Yarışçılar veya Yarışçılarla Birlikte Araçta Bulunanların Uğrayacakları Zararlar İle Gösterilerde Kullanılan Araçların Uğradığı Zararlar Nedeniyle İşletenin Sorumluluğu (KTk. m.105)

KTk. m.105'de "...Yarış düzenleyicileri, yarışa katılanların veya onlara eşlik edenlerin araçları ile gösteride kullanılan diğer araçların sebep olacakları zararlardan dolayı **motorlu araç işleteninin sorumluluğuna ilişkin hükümler uyarınca sorumludurlar**.

Yarışçıların veya onlarla birlikte araçta bulunanların uğrayacakları zararlarla, gösteride kullanılan araçların uğradıkları zararlardan dolayı sorumluluk genel hükümlere tabidir..." hükmü yer almaktadır.

Bahsi geçen genel hükümler, TBK m. 49 vd. hükümleridir.

Manevi Zararlar Nedeniyle İŞletenin Sorumluluğu (KTK. m.90)

KTK. m.90'da " *...**manevi tazminata ilişkin olarak** bu Kanun ve genel Őartlarda dűzenlenmeyen hususlar hakkında 11/1/2011 tarihli ve **6098 sayılı Tűrk Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin hűkűmleri uygulanır...***" hűkmű yer almaktadır.

Burada **TBK m. 49** vd. hűkűmleri ve özellikle de **TBK m. 56** hűkmű uygulama alanı bulacaktır.

Motorsuz TaŐıtlar İle Motorlu Bisiklet Sűrűcűlerinin Sorumluluđu (KTK. m.103)

KTK. m.103'de " *...**Motorsuz taŐıtlar ile motorlu bisiklet sűrűcűlerinin** hukuki sorumluluđu genel hűkűmlere tabidir ...*" hűkmű yer almaktadır.

Bahsi geçen genel hűkűmler, **TBK m. 49** vd. hűkűmleridir.

Sonuç olarak, KTK'daki kanuni dűzenlemelerden hareketle;

- Sorumluluk bakımından bir sistem ۆngörűldűđű,
- Tehlike esasına dayalı kusursuz sorumluluđu sadece KTK. m.85/1'de dűzenlendiđi,
- Diđer sorumluluk dođuran haller bakımından özel dűzenlemelerle kusura dayalı sorumluluk veya genel hűkűmlere tabi kılma Őeklinde dűzenleme getirildiđi sűylenebilir.

2-İŞletenin Hatır TaŐımasından Doğan Sorumluluğu

Hatır taŐıması sebebiyle sorumluluk KTK. m.87/1'de dűzenlenmiŐtir.

KTK. m.87/1'de " *...**Yaralanan veya ۆlen kiŐi, **hatır için karŐılıksız taŐınmakta ise veya motorlu araç, yaralanan veya ۆlen kiŐiye **hatır için karŐılıksız verilmiŐ bulunuyorsa, iŐletenin** veya araç iŐleticisinin bađlı olduđu teŐebbűs sahibinin **sorumluluđu** ve motorlu aracın maliki ile iŐleteni arasındaki iliŐkide araca gelen zararlardan dolayı sorumluluk, **genel hűkűmlere** tabidir...*****" hűkmű yer almaktadır.

KTK. m.87/1’de hatır sebebiyle sorumluluk bakımından iki husus genel hükümlere tabi kılınmıştır. Bunlar;

✓ **Hatır için taşıma**; bir kimsenin herhangi bir karşılık (karşı edim, bir ivaz ilişkisi olmadan) olmaksızın taşınması,

✓ **Aracı hatır için verme**, aracın karşılıksız (karşı edim, ivaz ilişkisi olmadan) verilmesi, kullandırılması,

düzenlenmiştir. Konumuz itibariyle bu kısımda “hatır için taşınma” hususunda değerlendirme yapılacaktır. KTK. m.87/1’de işletenin sorumluluğu, genel hükümlere, yani Türk Borçlar Kanununun haksız fiile ilişkin (49 vd. md) hükümlerine tâbi tutulmuştur.

Doktrinde farklı tanımlamalar bulunmakla birlikte genel anlamda **hatır taşıması, araç işletenin, bir kimseyi nezaket, iyilik yapma, hatır gibi ulvi değerler için karşılıksız olarak aracında taşımasıdır**⁷. Bu tanımlamadan hareketle hatır taşınmasından söz edilebilmesi için “bir şahsın araçla taşınmış olması” ve “taşınmanın karşılıksız yapılması” gerekir. Karşılıksız olma, ücretsiz olma ile aynı anlamda değildir. Karşılık, taşıyanın bir menfaat sağlamasıdır. Menfaat varsa taşıma karşılıklı, menfaat yoksa karşılıksızdır.

Taşıyıcının taşıma sebebiyle elde edebileceği menfaat, maddi veya manevi nitelikte olabilir. Otobüs ile yolcu taşıma, dolmuş ve taksi ile yolcu taşıma, yolculuk paylaşımı uygulamaları ile yolcu taşıma durumlarında taşıyanın taşıma sebebiyle menfaat elde etmesi aşıkâr olup hatır taşıması yoktur.

Ayrıca; yakıt giderine taşınanın da katkı sağlaması, taşınanın yolculuk sırasında yemek ısmarlamayı üstlenmesi, market, mağaza veya AVM’lerin müşteri sayısını arttırmak için ücretsiz servis hizmeti vermesi ve bayinin aracın satılması ümidiyle deneme sürüşü yaptırması durumlarında da maddi menfaat beklentisi bulunduğundan hatır taşıması yoktur.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Franko, Nisim, Hatır Nakliyatı ve Hukuki Mahiyeti, Ankara 1992, s. 19; Durak Yasemin/ Şahin Turan, Hatır İçin Taşıma, İÜHFMC. LXXIII, S. 1, 2015, s. 341

Karşılık olarak manevi bir tatmin veya bir yükümlülüğün ifası da düşünülebilir. Örneğın, eş, anne-baba, çocukların, nişanlının veya kuzenin taşınması durumunda manevi menfaat bulunmaktadır. Manevi menfaat elde etme varsa, «hatır taşınması» bulunmayacaktır.

Sonuç olarak, KTK. m.87/1 düzenlemesi çerçevesinde;

- Hatır için taşınmada sorumluluğın, genel hükümlere tabi kılındığı,
- «Hatır taşınması» ile «menfaat» arasında ters orantı bulunduğu,
- Menfaatin bulunduğu durumlarda hatır taşınmasının bulunmayacağı ve sorumluluk bakımından KTK m.85/1 hükmünün uygulanacağı,
- Menfaatin bulunmadığı durumlarda hatır taşınmasının bulunacağı ve sorumluluk bakımından KTK m.87/1 hükmünün uygulanacağı söylenebilir.

3- Sigorta Şirketinin Hatır Taşınması Sebebiyle Sorumlu Tutulup Tutulamayacağı Sorunu

Sigorta şirketinin sorumluluğın, Sigorta Sözleşmesi⁸ (Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası) sebebiyle ortaya çıkmaktadır.

Sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi yükümlendiğı sözleşme olarak (TTK. m.1401) tanımlanmaktadır⁹.

TKK. m.91/1’de “...İşletenlerin, bu Kanununun 85 inci maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanması

⁸ Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (KZMSS) sözleşmesi konusunda ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. Ulaş Işıl, Uygulamalı Sigorta Hukuku, Mal ve Sorumluluk Sigortaları, Ankara 2010, s. 808 vd.; Aşçıoğlu, s.166 vd.; Yılmaz Z., s. 959 vd.;

⁹ Sigorta sözleşmesi konusunda ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. Kender Rayegan, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, Sigorta Müessesesi- Sigorta Sözleşmesi, 7. Bası, İstanbul 2001 s. 111 vd.

sağlamak üzere *mali sorumluluk sigortası yaptırımları zorunludur...*" hükmü yer almaktadır. KTK m.91 uyarınca *işletenlerin*, KTK. m.85/1'de öngörülen sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere *mali sorumluluk sigortası yaptırımları zorunludur*. Bu durumda işleten ile sigorta şirketi arasında kanuni zorunluluk gereğince bir sigorta sözleşmesi yapılmaktadır. *Sigorta şirketi*, sigorta ettiren durumunda olan işleten ile yapmış olduğu sözleşme uyarınca, *sözleşmede açıkça kararlaştırılan veya kanundaki düzenleme sebebiyle sözleşmenin içeriği haline gelen bir rizikonun gerçekleştiği durumlarda* zarara uğrayan kişinin zararını karşılamakla yükümlüdür.

Hatır taşıması sebebiyle sigorta şirketinin sorumlu olup olmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş¹⁰, KZMSS sözleşmesinin işletenin KTK. m.85/1'deki sorumluluğunun karşılanması amacıyla yapıldığını ve bu sebeple; KTK. m.87/1'de düzenlemenin KTK. m.91/1 kapsamına girmeyeceğini kabul eder. Ayrıca hükümler arasında uyumsuzluk bulunduğunu, uygulamaya açıklık getirmek için kanuni düzenleme yapılması gerektiği doktrinde savunulmaktadır¹¹.

Doktrinde bir başka görüş¹² ise hatır için taşımanın genel hükümlere tabi kılınmasının işletenin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığını, sorumluluğun bulunduğu bir durumda aracın işletilme tehlikesinden doğan zararın giderilmesi bakımından kanunda öngörülen zorunlu sigortanın yaptırılması gerektiğini ve sigorta şirketinin sorumlu olacağını kabul etmektedir.

Yargıtay uygulamasına bakacak olursak,

Yarg. HGK. 05.04.1995 T. Ve 1994/11-689 E., 1995/274 K. sayılı kararında¹³: "...Davacılar murislerinin ölümü nedeniyle seyahat

¹⁰ Özsunay Ergun: Araç Sahibinin Hatır İçin Ücretsiz Taşıdığı veya Aracını Hatır İçin Ücretsiz Olarak Kullandırdığı Şahıslara Karşı Sorumluluğu, İÜHFİM, 1966, C. 32, s. 182-183; Havutçu Ayşe/Gökyayla Emre, Uygulamada Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Hukuki Sorumluluk, 1. Baskı, Ankara 1999, s.96;

¹¹ Bilge, M. Emin, Hatır İçin Taşımanın Uğradığı Zararların Trafik Sigortası Kapsamında Olup Olmadığı Sorunu ve Yargıtay Kararları, AÜEHFD, C. V, S. 1-4, 2001, s. 346-347.

¹² Aşçıoğlu, s.87.

¹³ İlgili karar için bkz. www.kazanci.com.tr (erişim tarihi; 01.11.2018)

etmekte olduğu sigortalı aracın sigortasına mecburi mali mesuliyet sigortasında şahıs başına olan 2.500.000 lira tazminatın ödenmesi için dava açmışlardır.

Davacıların murisinin sigortalı araçta hatır için karşılıksız taşınan bir kişi olduğu davalı sigortacı ileri sürülmüş, davacılar da bu savunmaya karşı çıkmamışlardır. Kısacası, müteveffanın sigortalı araçta hatır için karşılıksız taşınan bir yolcu olduğu konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık yoktur.

Uyuşmazlık, hatır taşınması sırasında oluşan zarardan zorunlu trafik sigortacısının sorumlu olup, olamayacağı noktasında toplanmaktadır.

...yasakoyucu, hatır taşımacılığının özelliğini dikkate alarak zarara neden olan aracın malikini veya işletenin hukuki sorumluluk bakımından katı hükümleri içeren tehlike sorumluluğunun dışına çıkarmak ve onu genel hükümlerdeki sorumluluğa tabi tutmak istemiştir.

...zorunlu trafik sigortasının teminat kapsamı, sadece 85/1 ile sınırlıdır. Aynı maddede yer alan işletenin diğer tehlike sorumluluk halleri dahi bu sigorta türü kapsamı dışında bırakıldığına göre, 85. madde kapsamı dışına çıkarılan 87. maddedeki hatır taşımacılığı hali kendiliğinden sigorta kapsamı dışında kalmaktadır" Şeklinde hüküm vermiştir.

Aynı kararın karşı görüş yazısında;

"...Hatır taşımalarında, işletenin sorumluluğu için genel kuralların öngörülmesi, hatır taşımalarında taşınan kişiler yönünden ölüm veya yaralanmalardan doğan zararın anılan sigortanın kavramı dışında kalmasını gerektirmez. Çünkü, tehlike sorumluluğu, aracın işletilmesine bağlı olup, taşımanın türüne bağlı değildir.

Öte yandan, KTKnun 92. maddesinde, zorunlu mali sorumluluk sigortası dışında kalan haller tek tek sıralandığı halde, burada hatır taşınmasına yer verilmemiş bulunmaktadır. Bunun sonucu, hatır taşınmasının tehlike sorumluluğuna bağlı olarak zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı içinde kaldığının kabulü gerekir...." Şeklinde görüş bildirilmiştir.

Yargıtay bu kararında; zorunlu trafik sigortasının teminat kapsamının sadece 85/1 ile sınırlı olduğu ve 85. madde kapsamı dışına çıkarılan 87. maddedeki hatır taşımacılığı halinin kendiliğinden sigorta kapsamı dışında kaldığını belirterek hatır taşıması durumunda sigorta Şirketinin sorumlu olmayacağı sonucuna ulaşmaktadır.

Yarg. 11.HD. 24.11.2005 T.ve 2004/13660 E., 2005/1146 K. sayılı kararında¹⁴: «...Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporları ve tım dosya kapsamına gıre, davacıların murisi İdris Akan'ın olay tarihinde davalıların murisi Aydın Kiroğlu'nun kullandığı araçta bulunduğu sırada meydana gelen kazada İdris ve sőrücü Aydın'ın vefat ettiği, kazada Aydın'ın tam kusurlu olduğunun belirlendiği, **dinlenen tanık beyanları ile muris Aydın'ın kullandığı araç ile KöprübaŐı ilçesinden köylerine ücret karşılığı taşıma yaptığının tespit olunduğu, bu nedenle yapılan taşımanın hatır taşıması olmadığı kanaatine varıldığı...** Şeklinde hükiim tesis etmiştir.

Yargıtay kararı uyarınca, taşıyanın taşıma sebebiyle «maddi menfaat» elde etmesi halinde «hatır taşıması» bulunmayacaktır.

Yarg. 17.HD. 1.7.2014 T.ve 2013/10305 E., 2014/10436 K. sayılı kararında¹⁵: «...Somut olaya gelindiğinde davacılar desteğinin babası İ. Ő.'ün kaza olayının hemen akabinde kollukta verdiği ifade de müteveffa M. Ő.'ün içinde bulunduğu **aracın sőrücüsü E.D.'i tanımadığını, ancak E. D.'in oğlu olan M. Ő.'ü ağaç kesimi işi yapması için kendisinden izin istediğini beyan etmiştir. Buna gıre desteğin, sőrücü E. D. ile birlikte ağaç kesimi işi yaptırılmak için araçta bulunduğu, murisin E. D.'in ekonomik menfaatinin bulunduğunun anlaşılmış olmasına gıre hatır taşımasının koşulları oluŐmamıŐtır. Hal böyleyken, gerekçesi de tam olarak açıklanmadan desteğin yolcu olduğundan bahisle belirlenen zarardan indirim yapılarak yazılı Şekilde hükiim kurulması doğru görülmemiştir...**»

Yargıtay kararı uyarınca, taşıyanın «ekonomik menfaatinin» bulunması halinde «hatır taşıması» yoktur.

¹⁴ İlgili karar için bkz. www.kazanci.com.tr (erişim tarihi; 01.11.2018)

¹⁵ İlgili karar için bkz. www.kazanci.com.tr (erişim tarihi; 01.11.2018)

Yarg. HGK. 14.3.2012 T. ve 2011/4-824 E., 2012/134 K. sayılı kararında¹⁶“...hatır için taşımanın söz konusu olabilmesi için, işletenin taşımak üzere araca aldığı yolcudan karşı edim alabileceksen yolcunun hatırı için veya iyilik yapma düşüncesi ile karşı edimi almayıp yolcuyu bedelsiz taşıması gerekmektedir. Ancak ölen ile davalı-şoför zaten karı-koca olduklarından, eşlerin bir birlerinden herhangi bir karşı edim almak gibi bir durumları söz konusu olamayacağı gibi, tersine eşlerin bir birlerine yardım ve muavenet görevleri bulunmaktadır.

Hal böyle olunca, eşler arasındaki zararlandırıcı olayda Borçlar Kanunu'nun 43.maddesinin uygulanmasına olanak bulunmadığından, **hükmedilen tazminat miktarından hatır taşıması nedeniyle de yapılacak bir indirim de bulunmamaktadır.** Buna göre tazminat miktarından “hakkaniyet indirimini yapılmaması gerektiği” gözetilmeden karar verilmiş olması da bozmayı gerektirmiştir...”

Yargıtay kararı uyarınca, taşıyanın taşıma sebebiyle «**manevi menfaat**» elde etmesi halinde «**hatır taşıması**» yoktur.

Yarg. 17.HD. 9.4.2015 T. ve 2013/18383 E., 2015/5656 K. sayılı kararında¹⁷“...Somut olayda mahkemece, taşımanın hatır için olduğu değerlendirilerek tazminattan %15 oranında bir indirim yapılmış ise de, davacının damadının idaresindeki araçta bulunduğu sırada yaralandığı gözönüne alındığında ahlaki görevin ifası niteliğinde olan sözkonusu taşımanın hatır taşıması olarak değerlendirilemeyeceği dikkate alınarak BK'nun 43. maddesi gereğince indirim yapılmaması gerekirken eksik araştırma ve inceleme ile yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması isabetli görülmemiştir...”

Yargıtay kararı uyarınca, taşıyanın taşıma sebebiyle «**manevi menfaat**» varsa «**hatır taşıması**» yoktur.

¹⁶ İlgili karar için bkz. www.kazanci.com.tr (erişim tarihi; 01.11.2018)

¹⁷ İlgili karar için bkz. www.kazanci.com.tr (erişim tarihi; 01.11.2018)

Yarg. 17.HD. 22.01.2015 T. ve 2013/12217 E., 2015/857 K. sayılı kararı¹⁸: "... Davacılar vekili, müteveffanın vefat ettiği sırada yolcu olarak bulunduğu **aracı sevk ve idare eden ... ile sözlü olduğunu** ileri sürmüş ancak mahkemece bu yönde her hangi bir **araştırma yapılmaksızın taşımanın hatır için olduğu değerlendirilerek tazminattan indirim yoluna gidilmiştir.**

Bu durumda mahkemece tarafların bu husustaki delillerinin toplanması ile ceza dosyası da celp edilerek ve yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alınarak taşımanın hatır için olup olmadığı, taşımanın kimin arzusu ve ne amaçla yapıldığı, davacı yanın iddia ettiği üzere **vefat eden sürücü ve davacılar desteği arasında Medeni Hukuk anlamında bir bağ bulunup bulunmadığı gibi olayın özel şartları gözönüne alınarak araştırma ve inceleme yapılması**, BK'nın 43. maddede hükmüne göre tazminattan indirim yapıp yapılmayacağı karar yerinde tartışılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken.."

Yargıtay kararı uyarınca, «**manevi menfaat**» belirlenirken hısmılık bağı yerine «**Medeni Hukuk anlamında bir bağ**» dikkate alınmıştır.

Yarg. 11.HD. 10.7.2008 T. ve 2007/168 E., 2008/9274 K. sayılı kararında¹⁹: "...Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna göre, **davalının sigorta teminatı verdiği aracın muris Mahmut'un oğlu Soner adına kayıtlı olduğu ve diğer oğlu Rafet'in kullandığı sırada kazanın olduğu, murisin araçta hatır taşıması kapsamında bulunduğu kabulü gerektiği**, o halde bilirkişi raporu ile saptanan davacı annenin destek tazminatında **1/2 oranında hatır taşıması indirimi yapılması gerektiği...**"

Yargıtay kararı uyarınca, **taşıyanın taşıma sebebiyle «manevi menfaati» bulunmasına rağmen «hatır taşıması» kabul edilip tazminattan indirim yapılmıştır.**

¹⁸ İlgili karar için bkz. www.kazanci.com.tr (erişim tarihi; 01.11.2018)

¹⁹ İlgili karar için bkz. www.kazanci.com.tr (erişim tarihi; 01.11.2018)

Yarg. 17.HD. 14.2.2012 T. ve 2011/1460 E., 2012/1534 K. sayılı kararında²⁰: "...Hatır taşıması bir kimseyi ücretsiz olarak ve bir karşılık almadan ve bir yararı bulunmadan taşıma halidir. Yani hatır için taşımada taşımanın karşılıksız olması veya alınan karşılığın önemsiz olması gerekir. **Taşıma, işletenin veya sürücünün değil taşımanın yararına olmalıdır.** İşletenin veya sürücünün, araçta taşınandan, doğrudan doğruya ücret almassa bile taşıma, maddi veya manevi menfaati bulunuyorsa bu durumda hatır ilişkisinin varlığından söz edilemez.

Somut olayda davacıların desteğı **H.K. ile araç sürücüsü E.S.'nin arkadaş olduğu,** Çankırı'da ikamet ettikleri, olay tarihinde sürücü E.S.'nin Samsun ili Havza ilçesinde bulunan kız arkadaşı olan ve kazada vefat eden E.Z.G. ile kaçmak istediklerini murise söylemesi üzerine murisinde E.S. ile birlikte Havza'ya gittiğı, E.Z.G.'yü de alarak Çankırı'ya dönerken kazanın meydana geldiğı anlaşılmaktadır. Olayın özelliğine göre **desteğın araçta taşınmasında desteğın bir yararı olmadığı, taşıyan E.S.'ye maddi ve manevi destek olmak amacıyla araçta bulunduğu, hatır için taşınmadığı anlaşıldığından,** desteğın araçta hatır için taşındığı kabul edilerek tazminattan indirim yapılmış olması doğru görülmemiştir...."

Yargıtay kararı uyarınca, taşıyana kız kaçırmada yardımcı olma sebebiyle «taşımanın, taşımanın yararına olmaması» kısıtası ile «hatır taşıması» bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Yarg. 17.HD. 6.4.2017 T. ve 2016/15789 E., 2017/3819 K. sayılı kararında²¹: "...2018 sayılı KTK'nun 87/1. maddesinde "... düzenlemesine yer verilmiş; aracın hatır için verildiğı ya da hatır için taşıma yapılan durumda oluşacak zararlarla ilgili **değerlendirmenin genel hükümlere tabi olduğu** belirtilmiştir. Anılan kanun hükmünün atıf yaptığı **genel hükümler, Türk Borçlar Kanunu'nun sorumluluğa ilişkin hükümleri** olup, böylesi durumda 6098 sayılı TBK'nın **52. md. uygulama alanı bulacaktır.**

²⁰ İlgili karar için bkz. www.kazanci.com.tr (erişim tarihi; 01.11.2018)

²¹ İlgili karar için bkz. www.kazanci.com.tr (erişim tarihi; 01.11.2018)

Davaya konu trafik kazasında, davacı desteğinin, sigortalı araç sürücüsü G.Ö.'nün sevk ve idaresindeki araçta yolcu olarak bulunduğu görölmektedir. Kazaya ilişkin olarak yürütölen ceza soruşturmasında alınan beyanlarda, gerek davacı gerekse araç sürücüsünün annesi olan M.Ö., destek ile sürücünün arkadaş olduklarını ifade etmişlerdir. Bu durum karşısında, davacı desteği ile araç maliki ve/veya sürücüsü arasındaki ilişki ve davacı desteğinin araçta herhangi bir bedel karşılığı taşınması durumu olmadığı gözetilerek, **olayda hatır taşınması olduğu kabul edilerek tazminattan indirim yapılması gerekirken, yanılığlı değerlendirme ve hatalı gerekçe ile yazılı olduğu biçimde hüküm tesis edilmesi doğru görölmemiŐtir....”**

Yargıtay'ın **yakın tarihli bu kararında;** hatır taşınmasının kabul edilmesine ve sorumluluğun KTK. m.87/1 gereğince genel hükümlere (TBK) tabi olduğu belirtilmesine rağmen gerekçe gösterilmeden sigorta Şirketi sorumlu tutulmuş ve bir de indirim uygulanmasına karar verilmiştir.

Yargıtay kararlarını değerlendirecek olursak,

Yargıtay'ın eski tarihli kararlarında;

❖ **KTK.m.85/1 ve KTK.m.87/1 ayırımı** yapılmakta ve **hatır taşınması bakımından genel hükümlerin uygulanacağı** kabul edilmektedir.

❖ «Menfaat» kavramı geniş yorumlanmakta, «**maddi menfaat**» ve «**manevi menfaat**» ile «**taşınanın salt taşınanın yararına olmaması**» gibi kıstaslarla «**hatır taşınmasının**» alanı daraltılmaktadır.

❖ KTK.m.87/1 aleyhine KTK.m.85/1'in uygulama alanı genişletilmekte ve böylece KTK.m.91/1 ve KZMSS ile sigorta Şirketine başvuru imkanı sağlanmaktadır.

Yargıtay'ın yakın tarihli kararlarında;

❖ **Hatır taşınması** ve bu çerçevede **KTK. m.87/1** hükmü geniş bir uygulama alanına sahip bulunmaktadır.

❖ Hatır taşınmasının varlığı kabul edilmesine rağmen **gerekçe gösterilmeden sigorta Şirketinin sorumlu olacağı** kabul edilmektedir

❖ Aynı zamanda KTK. m.87/1 atfı sebebiyle TBK. m.52 gereğince tazminattan indirim uygulanmaktadır.

SONUÇ

1-Sorumluluk bakımından KTK'da bir sistem vardır. Bu çerçevede kusursuz sorumluluk KTK. m.85/1'de hatır taşıması ise KTK. m.87/1'de düzenlenmiştir.

2-Sigorta şirketi, KTK. m.91/1 gereğince kapsamında KTK. m.85/1 yer alacak şekilde sorumlu olup. Atıftaki sınırlandırma sebebiyle KTK. m.87/1 hükmü KTK. m.91/1'in kapsamında değildir.

3-Yargıtay uygulaması ile sigorta şirketinin sorumluluğuna başvurulması amacıyla menfaat kavramının geniş yorumlanması KTK. m.85/1'in uygulama alanını KTK. m.87/1 aleyhine genişletir. Bu durumda sigorta şirketi en fazla teminat limiti kadar tazminat ile sorumlu olacağından aşan kısım için işlemin sorumluluğu gündeme gelir.

4-Kanaatimizce KTK. m.87/1 hükmü, sorumluluk sistemini değiştiren değil, tazminattan indirim nedeni olarak düzenlenmelidir. Bu çerçevede KTK. m.87/1 hükmü; "...Yaralanan veya ölen kişi, hatır için karşılıksız taşınmakta ise veya motorlu araç, yaralanan veya ölen kişiye hatır için karşılıksız verilmiş bulunuyorsa hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir..." şeklinde düzenlenebilir. Böylece hatır taşımasının bulunduğu durumlarda KTK. m.87/1 hükmü, hem işlemin hem de sigorta şirketinin sorumluluğunda indirim sebebi olarak dikkate alınabilecektir.

ALMAN KANUNLARINDA ARAÇ SAHİBİNİN SORUMLULUKLARI AYNI ANDA ALMAN SUÇ KANUNUNA VE BORÇLARA GİRİŞ

*Prof. Dr. Franz HOFMANN**

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.

* Friedrich-Alexander Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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 sınırlandırma mecburiyetinde değildir, böyle bir zorunluluğu yoktur. Yani ormanda yürüyüş yapan, kendi emniyetinden sorumludur.⁶ Diğer insanları tehlikeye atma yasağı yalnız ütöpik değildir,⁷ aynı zamanda insanların özel alanlarına da müdahale anlamına gelir.⁸ 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 gerekir.⁹ Değerlendirme portallarındaki olumsuz yorumlar, örneğin bir restoranın veya

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/Sosnitzka*, *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 Besonderer Teil*, 12. Baskı 2017, § 56 Rn. 1168.

⁹ Federal Yüksek Mahkeme, Karar tarihi 26.7.2018 - I ZR 64/17 = GRUR 2018, 1044 Rn. 15 - *Dead Island*.

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 tartışmalıdır. Bundan bağımsız olarak, bir yükümlülük ihlali olmaksızın da, potansiyel tehlikeli hareketlerin eylem seviyesini düzenlemek için bir sorumluluk belirlenebilir (tehlikeye atma sorumluluğu).¹⁶ Aşağıda farklı “ilişkilendirme rejimleri” kısaca tanıtılacaktır.

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.

¹⁶ *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum Medeni Kanun, 7. Baskı 2017, Vor § 823 Rn. 20.

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 gelen 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 edilmektedir.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 sebebi-dir.²³ Böylece tüm durumlarda belirleyici soru: Zarar veren

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 Verkehrspflichtverletzung *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.

²² *Looschelders* (Fn. 8), § 56 Rn. 1170.

²³ *Kötz/Wagner* (Fn. 11), A. II. Rn. 7.

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 tartışılmasına 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 ihlalinin 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 kapsamı, rahatsızlık yaratan kişinin duruma göre ne ölçüde değerlendirilebileceği ile belirlenir.“²⁸ Dikkat yükümlülüğü, davranışların kontrolüne yol açar.²⁹

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/Sosnitza* (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.

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.

İkincisi, sorumluluk bir sebebiyet verme Őüphesine 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 suçlusunu, 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 suçlusunu, 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, gerçekleşen 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 aykırı-

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.

³³ *Wagner*, JZ 1991, 175, 176.

³⁴ *Looschelders* (Fn. 8), § 71 Rn. 1440.

dır, 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 tahlkeye atma sorumluluğu olarak adlandırılan düzenlemeler, sonuç olarak suçlunun "dikkat yükümlülüğünü 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 ögeleri bulunmaktadır.⁴¹ Böylece burada da trafik yükümlülükleri mevcuttur.⁴²

Örneğin, sebebiyet vermeden bağımsız sorumluluk, lüks bir hayvanın sahibi için geçerlidir (Medeni Kanun madde 833 I S. 1). Daha sonra daha ayrıntılı olarak tartıŐılacak olan Karayolu Trafik Yasası (StVG) kapsamındaki sorumluluk veya bir demiryolu işletmesinin sorumluluğu da tehlikeye atma sorumluluğu olarak kabul edilir. Örneğin Sorumluluk Kanunu madde

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 iyileŐtirilmiŐinin 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.

1 I: „Bir demiryolunun ya da bir teleferiğın işletilmesinde bir kişi ölürse, ya da bir kişinin yaralanması ya da bir eŐyasının 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 olduğuunca önlemek için, sorumlu taraf gerekli özeni gösterecektir.⁴⁴ Kendi çıkarları için, üçüncü tarafların ihlallerini ve bunlardan doğacak zararları mümkün olduğuunca 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 (yasadışılık 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).

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 sahibi, yaralanan kişinin zararını tazmin etmekle yükümlüdür.“

⁴³ *Wagner* (Fn. 16), Vor § 823 Rn. 19.

⁴⁴ *Wagner* (Fn. 27), A 21.

⁴⁵ *Wagner* (Fn. 16), Vor § 823 Rn. 20, 55.

Yani, araç sahibi, sebebiyet vermesinden bağımsız olarak, aracın işletilmesinden doğan yaralanmalardan veya mala gelecek zararlardan sorumludur. Federal Yüksek Mahkemeye göre, Trafik Kanunu madde 7 I kapsamındaki 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 sorumluluk 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

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/Hefß/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.

⁵³ bkz. Federal Yüksek Mahkeme Karar tarihi 2.7.1991 - VI ZR 6/91 = NJW 1991, 2568.

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 söz konusu olsa da (bkz. Trafik Kanunu madde 16), hasar görenin tazminat hakkı genel olarak Trafik Kanunu madde 7 I'ye dayandırılır. Hasarın araç sahibinin 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 sahibi, aracı masraflarını da üstlenerek kullanan ve araç kullanımında söz sahibi olan kişidir.⁵⁴ Bu nedenle kiralayan da, mal sahibinin konumuna bağlı olmadığı için araç sahibi 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 öngörülemez ve azami özenle de önlenemez olup olmadığıdır.⁵⁶ Örnek olarak heyelan veya intihar eden birinin kendisini köprüden atması gösterilebilir.⁵⁷ Çocukların hatalı davranışları ise sıradışı deęildir⁵⁸ Bu nedenle, bir sebebiyet verme unsuru, tehlike sorumluluğu için basittir. Bir kişinin araç sahibinin bilgisi ve rızası dışında aracı kullanması halinde de, araç sahibinin sorumluluğu kısıtlı olur. Sorumluluk yalnız aracın kullanımını 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 sahibi tarafından üçüncü tarafa bırakılmışsa veya kullanıcı, motorlu taşıtın çalışması için araç sahibi tarafından çalıştırılıyorsa geçerli değildir (Trafik Kanunu madde 7 III S. 2).

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.

⁵⁷ *Burnmann* (Fn. 49), § 7 Rn. 19.

⁵⁸ *Burnmann* (Fn. 49), § 7 Rn. 19.

Bir trafik kazasında birden fazla araç karıŐtıysa, sorumluluk oranlarının dñzenlenmesi gerekmektedir. Sñz konusu olan üçñncñ kişilerin gördñđñ hasarlarsa, Trafik Kanunu madde 17 I StVG uyarınca tazminat zorunluluđñ ile araç sahiplerinin sorumluluk oranları geçerli olur (iç oran) ve bu oranlar özellikle, hasarın büyük oranda hangi tarafın suçu ile gerçekteŐtiđine 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 gerekçelendirir. Bu maddede yine sebebiyet verme sorumluluđñ bulunmaktadır. Bu nedenle sürücñ, bir talebi önlemek için itiraz etmelidir. Trafik Kanunu uyarınca sorumluluk, belirli azami tutarlarla dñzenlenmiŐtir (Trafik Kanunu madde 12, 12a).

IV. Otonom araç kullanımı üzerine düşünceler

Son olarak, otonom araç kullanımının ne ölçñde gerçekteŐtiđine veya ne ölçñde sorumluluk sisteminde deđiŐikliklere neden olması gerektiğine kısaca değinilecektir. Dikkat yükñmlñlñđñ ihlalleri araç sürücñsñnñ ve sahibinin 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 kullanımın-

⁵⁹ Zur Abwägung *Heß*, in: Burnmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, 25. Baskı 2018, § 17 Rn. 10 ff.

⁶⁰ *Looschelders* (Fn. 8), § 72 Rn. 1469.

dan 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 vermekten bağımsız araç sahibi sorumluluğu bu maddeden etkilenmez.⁶² Bu durumlarda mücbir sebepler de geçersiz olur(bkz. Trafik Kanunu madde 17 III S. 2).⁶³ Sadece “gerçek” otonom sürüş söz konusu olduğunda, sürücü sorumluluğu geçersiz olur.⁶⁴

Ancak bu durumda, başka bir sorumluluk aracı önem kazanacaktır: Üreticinin ürün sorumluluğu.⁶⁵ 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 sahibi ortak suçlu olarak sorumludur. Uygulamada, hasar gören tarafın mal sahibini sorumlu görmesi en basit işlem olacaktır; ancak araç sahibi 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 sahibinin maliyetleri karşılaması gerekse de - üreticiye ansıyan masraflar, üretici tarafından araç fiyat-

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; Wagner, 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.

ları ile alıcılara 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 yükümlölükleri, hatanın giderilmesini sağlayacaktır.⁷¹ Bu, üreticinin ücretsiz güncelleme yükümlölüklerine yol açabilir.⁷²

V. Özet

Alman suçlar kanunundaki sebebiyet verme sorumluluk kanunu için önemli bir gerekçedir. Bu, sebebiyet verme, dikkat gösterme yükümlölüğünün ihlali, yani: trafik yükümlölüğünün 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 bulanabilir. 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,⁷³ diğer otomatize sistemler için de bir tehlikeye atma sorumluluğunun geçerli kılınması gerekip gerekmediği sorusu karşımıza çıkıyor.⁷⁴

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 Zum Problem der Steuerung des Aktivitätsniveaus *Wagner*, AcP 217 (2017), 707, 763 f.

⁷⁴ bkz. *Zech*, in: *Gless/Seelmann* (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, S. 163, 195 f., 196 ff.

DIE KFZ-HALTERHAFTUNG IM DEUTSCHEN RECHT ZUGLEICH EINE EINFÜHRUNG IN DAS DEUTSCHE DELIKTSRECHT UND DIE ROLLE DES VERSCHULDENS

Prof. Dr. Franz HOFMANN

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 Verkehrstote 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. „Walddtypische 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 wirtschaftlich gefährdet oder unverhältnismäßig erschwert werden dürfen.⁹ Ne-

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.*

⁹ BGH, *Urt. v. 26.7.2018 - I ZR 64/17 = GRUR 2018, 1044 Rn. 15 - Dead Island.*

gative Kommentare auf Bewertungsportalen mögen zwar ebenfalls zu UmsatzeinbuŐen 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 wertungsmäŐig geklärt werden, welche Verhaltensweisen trotz ihres Schädigungspotenzials gesellschaftlich erwünscht sind und damit nicht als pflichtwidrig gelten. Rechtsgüterschutz und Freiheitsschutz bedürfen des Ausgleichs. Ein Entfallungsbedürfnisse 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 etwa das Aktivitätsniveau potenziell gefährlicher Tätigkeiten zu regulieren (Gefährdungshaftung).¹⁶ Die unterschiedlichen „Zurechnungsregime“ werden nun kurz vorgestellt.

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.

¹⁶ Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, Vor § 823 Rn. 20.

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 Rechtsgutsverletzung beruhenden Schaden kann der Gläubiger vom Verletzer ersetzt verlangen, wenn dieser die Rechtsgutsverletzung 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 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

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 Haftungs voraussetzung 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.

²³ Looschelders (Fn. 8), § 56 Rn. 1170.

²⁴ Kötz/Wagner (Fn. 11), A. II. Rn. 7.

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 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

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.

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.

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.

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,

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.

³³ Wagner (Fn. 16), § 823 Rn. 19 m.w.N.

³⁴ Wagner, JZ 1991, 175, 176.

³⁵ Looschelders (Fn. 8), § 71 Rn. 1440.

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 daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.“). Allerdings ist der Hersteller beispielsweise von Entwicklungsrisiken freigestellt (vgl. § 1 II Nr. 5 ProdHaftG).⁴⁰ Auch ist ein Produktfehler Haftungs voraussetzung. 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

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.

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.

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 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 be-

⁴⁴ Wagner (Fn. 16), Vor § 823 Rn. 19.

⁴⁵ Wagner (Fn. 27), A 21.

⁴⁶ Wagner (Fn. 16), Vor § 823 Rn. 20, 55.

schädigt, 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 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

⁴⁷ BGH Urt. v. 26.4.2005 – VI ZR 168/04 = NJW 2018, 2081, 2082.

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.

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 seines 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 Verschuldensele-

⁵⁴ Vgl. BGH Urt. v. 2.7.1991 – VI ZR 6/91 = NJW 1991, 2568.

⁵⁵ Burnmann (Fn. 49), § 7 Rn. 5.

⁵⁶ BGH Urt. 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.

ment. Allerdings findet dies 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).

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 ausweis-

⁶⁰ Zur Abwägung Heß, in: Burnmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, 25. Aufl. 2018, § 17 Rn. 10 ff.

⁶¹ Looschelders (Fn. 8), § 72 Rn. 1469.

lich von § 1b StVG der Fahrzeugführer während der Fahrzeugführung 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 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 in Anspruch zu nehmen; dieser könnte allerdings beim Hersteller 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

⁶² Zur Neuregelung Greger, NZV 2018, 1.

⁶³ Jahnke, in: Burmann/Heß/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.

⁶⁸ Armbrüster, ZRP 2017, 83, 85; Wagner, AcP 217 (2017), 707, 760.

⁶⁹ Gomille, JZ 2016, 76, 82; Greger, NZV 2018, 1, 4 f.

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.⁷³

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 bewirken. 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

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 Wagner, AcP 217 (2017), 707, 755 ff.; vgl. Gomille, JZ 2016, 76, 81.

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.

İNGİLİZ HUKUKUNDA HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU VE SORUMLULUĞU SİGORTALANMASI

*Dr. Özlem GÜRSES**

Haksız fiil sorumluluğu

İngiliz hukukunda sözleşme dışında doğan sorumluluk haksız fiil hukuku prensipleri altında incelenir. Haksız fiil alanını inceleyen hukuk 'tort law' olarak ifade edilir. 'Tort' un kelime anlamı "wrong" yani 'yanlış' olarak açıklanmaktadır. Kişi, yaptığı bir yanlıştan dolayı sorumlu tutulmaktadır. Bu sorumluluk sözleşmesel sorumluluk ile ya da cezai sorumluluk ile paralel olabileceği gibi, onlardan bağımsız da doğabilir. Bir kimsenin yaptığı yanlıştan sözleşme dışı sorumluluğunun doğabilmesi için mahkeme kararlarının geliştirdiği dört şartın aynı anda gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlar: yanlış yapan kimsenin bu yanlıştan zarar gören kimseye karşı özen gösterme yükümlülüğünün¹ olmasıdır. İkinci şart, söz konusu özen gösterme yükümlülüğünün ihlal edilmesidir.² Bu ihlalde genellikle kusur sorumluluğu aranır, kusursuz sorumluluk istisnai hallerde kabul edilir³, üçüncü şart, bu ihlalin zarara sebep olması⁴ ve dördüncü şart da talep edilen zarar ile yapılan yanlış arasındaki mesafenin çok uzak olmamasıdır⁵. Bu dört şartın da her bir sorumluluğun tartışıldığı olayda birlikte gerçekleşmesi gerekir. Eğer bu unsurlardan bir tanesi eksik ise haksız fiil sorumluluğundan - kural olarak- bahsedemeyiz.

* Kings College Of London

1 Duty of care

2 Breach of the duty

3 Consumer Protection Act 1987

4 Causation

5 Remoteness

Özen gösterme yükümlülüğü (duty of care)

Bu hususta *Donoghue v Stevenson*⁶ kararına atıf yapmak gerekir. Bu karar özen gösterme sorumluluğunun sınırlarını belirlemiştir ve bu kararın verildiği tarihten itibaren de mahkemelerce uygulanmaktadır. Kısaca, *Donoghue v Stevenson*, kişilerin 'komşularına' karşı özen gösterme yükümlülüğü olduğu kuralını belirlemiştir. Burada bahsedilen 'komşu' sadece fiziksel anlamda mesafe olarak yakınlığı ifade etmemektedir. Kişinin, kendi yanlışlarından etkilenebileceğini öngörebildiği herkes onun komşusudur ve ona karşı özen gösterme yükümlülüğü vardır.

Donoghue v Stevenson kararına konu olan olay şöyle gelişmiştir. Davacı ve bir arkadaşı bir kafe'ye giderler ve dondurma ve bira satın alırlar. Siparişi davacının arkadaşı verir ve dondurma ve biranın ücretini de davacının arkadaşı öder. Bira koyu renkli bir şişede servis edilmiştir ve bu sebeple şişenin içini dışarıdan görmek mümkün değildir. Davacı önce bardağına biraz bira doldurur ve onu içtikten sonra şişede kalan birayı bardağına boşaltırken bira ile beraber bir salyangoz bardağa düşer. Bunun üzerine davacı mide rahatsızlığı geçirdiğini iddia ederek zararının tazminini talep eder. Olayın gerçekleştiği zaman uygulanan hukuka göre davacının sözleşmeden kaynaklanan bir talebi mümkün olmamaktadır. Sözleşmeyi davacı değil, arkadaşı yapmıştır. Davacının arkadaşı da bir talepte bulunamamaktadır, çünkü kendisi bir zarara uğramamıştır. Sorun, eğer davacı talepte bulunacaksa ve bu talep sözleşme dışı bir talep olacaksa söz konusu yanlıştan sorumlu olan kimdir? Akla ilk kafenin işleticisi gelebilir. Kafe işleticisinin müşterilerine karşı özen gösterme yükümlülüğü olduğu konusunda herhangi bir şüpheye yer olmasa da, kafe işleticisine yöneltilecek bir talepte davacı, şişenin rengi sebebi ile, kafe işletenin kusuru ile özen gösterme yükümlülüğünü ihlal ettiğini ispat edemeyecektir. Üreticinin davacıya karşı özen gösterme yükümlülüğü var mıdır? Bu konuyu tesbitte mahkemenin geliştirdiği standartlar şöyledir:

⁶ [1932] A.C. 562

Üretici, müşterinin böyle bir zarara uğrayabileceğini öngörebilir mi ?

Söz konusu davacı, üreticinin öngörebileceği kişiler sınıfına girmekte midir ?

Üreticinin bu durumda özen gösterme yükümlülüğünün kabul edilmesi halinde doğacak sonuç adil ve makul mudur ?

Bu üç aşamalı test aynı zamanda komşu prensibi olarak adlandırılır ve bu üç soruya olumlu cevap verilmesi halinde davalının özen gösterme yükümlülüğü olduğu kabul edilir. Bir tıp doktorunun hastalarına karşı göstermesi gereken özen, bir araba sürücüsünün diğer araba sürücüleri ve yayalara karşı göstermesi gereken özen, bir sigorta aracısının müvekkili sigortalıya karşı göstermesi gereken özen yükümlülükleri buna örnek olarak verilebilir.

Özen gösterme yükümlülüğünün ihlali

İhlanın kusurlu olması gerekir. Bu kusur ihmal⁷ olarak nitelendirilebilir. Burada önemli olan hangi standartlara göre ihmalin olup olmadığı belirleneceğidir. Uygulanan standard nesnel değil objektiftir. Bir diğer deyişle, davalının değil, davalı pozisyonunda olan bir makul kişinin göstermesi gereken özen dikkate alınarak davalının ihmali yani kusuru olup olmadığı belirlenir. Buna ek olarak, standartlar, davalının yapılan işte tecrübeli olup olmadığına göre değişmez. Örneğin, yeni araba kullanmayı öğrenmekte olan ve bunun için sürücü dersleri alan bir kişi⁸ kendisinin halâ öğrenme sürecinde olması sebebi ile tecrübeli bir sürücü ile aynı standartlara göre değerlendirilemeyeceğini iddia ederse bu iddiası reddedilecektir.⁹ Aynı şekilde, yeni çalışmaya başlayan bir tıp doktoru kendisinin tecrübesiz bir doktor olması sebebi ile kendisinden beklenen standartların tecrübeli doktorlarla aynı standartlarda olmaması gerektiğini ileri sürerse bu iddiasında başarısız olacaktır.¹⁰

⁷ Negligence

⁸ Learner driver

⁹ *Nettleship v Weston* [1971] Q.B. 691

¹⁰ *Wilsher v Essex AHA* [1988] A.C. 1074

İhlal ile zarar arasında sebep – sonuç ilişkisi

Sebeb sonuç iliŐkisi, bir diŐer deyiŐle yapılan yanlıŐ ile zarar arasındaki illiyet baŐı, olayla ilgili gerceklerin analiz edilmesi ile ispat edilebilecek bir husustur.¹¹ Sebeb-sonuç iliŐkisinin ispatı olasılıklar dengesine¹² gÖre belirlenir. Yüzde elli bir ve daha fazla ihtimalle yapılan yanlıŐın söz konusu zarara sebep olduğunun ispatı halinde illiyet baŐının kurulduğu kabul edilir. Davalının yanlıŐından baŐımsız olarak, eĐer o zarar her halŰkarda gercekleŐecek idi ise, yanlıŐ ile zarar arasındaki sebep sonuç iliŐkisi koptuğu iŐin davalının sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır. ÖrneĐin, kendisini iyi hissetmediği iŐin hastaneye baŐvuran bir hastanın tedavisi iŐin gerekli özeni göstermeyen doktora karŐı açılan bir davada doktor, eĐer duruma gerektiği ölçüde müdahale etse idi bile hastanın kurtulmasının mümkün olmayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulmuŐtur.¹³ Söz konusu olayda hasta içtiği çaydan zehirlendiği iŐin hayatını kaybetmiŐtir ve doktor zamanında müdahale etse idi bile o zehirlenmeye karŐı tedavi o anda mümkün olmayacağı iŐin aranan sebep-sonuç iliŐkisi ispat edilememiŐtir.

Talep edilen zarar ile yapılan yanlış arasındaki mesafe

Bu husus ‘remoteness’ olarak ifade edilmektedir. Anlaşılması gereken prensip, davalının bir zarardan sorumlu tutulabilmesinin o zararın öngörülebilirliği ile ilişkili olduğudur. Öngörülebilirlik her olayda, olayın gelişimine gÖre objektif olarak değerlendirilir.¹⁴

Motorlu taşıt kullanımından dolayı sorumluluk

Motorlu taşıt kullanan kimsenin sözleşme dışı sorumluluğu, yukarıda belirtilen genel hükümlere tabiidir. Sorumluluk iŐin kusurun ispatı gereklidir. EĞer davalı araç kullanıcısının

¹¹ Burden of proof is satisfied ‘as a matter of fact’

¹² On the balance of probabilities

¹³ *Barnett v Chelsea and Kensington Hospital Management Committee* [1969] 1 Q.B. 428

¹⁴ *Overseas Tankship (UK) Ltd v Miller Steamship Co Pty Ltd* [1967] 1 A.C. 617

kusuru ispat edilemiyorsa sorumlu tutulması da mümkün deĝildir. Örneĝin bir trafik kazası olmuş ise kazanın oluşumunu gösteren deliller (polis kayıtları, fotoĝraflar, şahit ifadeleri gibi) olasılıklar dengesine göre davalının kusurlu olup olmadığı belirlenmesinde göz önünde tutulacaktır.

Motorlu taşıt kullanımından doğan sorumluluĝun sigorta edilmesi

1988 tarihli Karayolları Trafik Kanunu'nun (Road Traffic Act 1988) 143. maddesinde öngöröldüğü üzere, bir motorlu taşıtın sorumluluk sigortası olmaksızın kullanılması cezai sorumluluk doğurur. 143. maddeye göre, sorumluluk sigortası olmadan bir motorlu aracı kullanan kimse yanında, bu kullanıma izin veren ya da bu kullanıma sebep olan kimselerin de cezai sorumluluğu bulunmaktadır. A isimli kimsenin B isimli kimseden, bir motorlu aracı kullanarak, A'yı bir noktadan başka bir noktaya götürmesini istemesi durumu, B'nin o aracı kullanmasına sebep olma durumuna bir örnektir. B'nin o aracı kullanmasından doğabilecek sorumluluğunun sigortalanmaması halinde, A ve B'nin cezai sorumluluğu doğacaktır. Eğer B aracı kullanmak üzere A'dan izin ister ve A'nın aracını sorumluluk sigortası olmaksızın kullanırsa, bu durum 'izin verme' olduğu için A ve B'nin yine cezai sorumluluğu doğacaktır. Sorumluluk sigortasının zorunlu olması durumu burada bahsedilen cezai sorumlulukla tayin edilmektedir.

Sorumluluk sigortasının kapsamını Karayolları Trafik Kanunu'nun 145. maddesi belirler. Ancak burada bahsedilen sorumluluk sigortası incelenirken Avrupa Birliği kaynaklı Direktifler'e de atıf yapmak gerekmektedir. Birleşik Krallığın söz konusu Direktifleri iç hukukuna alması gerekmektedir. 1972-2009 tarihleri arasında Avrupa Birliği tarafından toplamda altı Direktif yayımlanmıştır.¹⁵ Altıncı ve şimdilik son

¹⁵ Council Directive 72/166/EEC of 24 April 1972 on the approximation of the laws of Member States relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles, and to the enforcement of the obligation to insure against such liability (First Directive); Council Directive, Directive 84/5/EEC of 30 December 1983, on the approximation of the laws of the Member States relating to insu-

Direktif, önceki beş Direktifi birleştirmiş ve önceki beş Direktifte düzenlenen tüm husuları tek bir Direktif olarak içeriğine dahil etmiştir. İngiliz hukukunda bu alanda zorunlu sigortaya ilişkin Karayolları Trafik Kanunu'nun yorumlanmasında Direktiflerin amacınında dikkate alınması gerekmektedir. Bu sebeple şimdiye kadar Kanun'da pek çok değişiklik yapılmıştır ve bu değişikliklerin bazılarına bu sunumda değinilmektedir.

Karayolları Trafik Kanunu ve Avrupa Birliği kaynaklı Direktiflerin yanında Motorlu Taşıtlar Bürosu ile ilgili Bakanlığın imzaladıkları Motorlu Taşıtlar Bürosu anlaşmaları¹⁶ da bu hususta değinilmesi gereken bir diğer kaynaktır. Söz konusu anlaşmalar da Avrupa Birliği Direktifleri ile getirilen yenilikler ışığında yorumlanmakta ve gerektiğinde metinleri, Direktiflere uyum sağlama amacı ile, değiştirilmektedir.

Motorlu aracın kullanımı (use of the vehicle)

Motorlu taşıt kullanımından kaynaklanan sorumluluğun sigortasında mahkeme kararlarının en fazla yoğunlaştığı alanlardan bir tanesi motorlu taşıtın kullanımı ("use of the vehicle")dır. Kullanımın ne anlama geldiği, pek çok farklı kararda tartışılmıştır. Örneğin, araç sahibi aracın benzin deposu tamamı ile boş iken ve ileriki günlerde ya da haftalarda aracı kullanmaya hiç niyeti yok iken evinin önündeki yola park ederek bırakmışsa, bu durum aracın kullanımı kapsamına girer mi?¹⁷ Ya da eğer

rance against civil liability in respect of the use of motor vehicles (Second Directive); Council Directive 90/232/EEC of 14 May 1990 on the approximation of the laws of the Member States relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles (Third Directive); Directive 2000/26/EC of the European Parliament and of the Council of 16 May 2000 on the approximation of the laws of the Member States relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles and amending Council Directives 73/239/EEC and 88/357/EEC (Fourth Directive); Directive 2005/14/EC, of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 amending Council Directives 72/166/EEC, 84/5/EEC, 88/357/EEC and 90/232/EEC and Directive 2000/26/EC of the European Parliament and of the Council relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles (Fifth Directive); Directive 2009/103/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles, and the enforcement of the obligation to insure against such liability (Consolidated Directive).

¹⁶ Motor Insurers' Bureau Agreements.

¹⁷ *Elliott v Grey* [1960] 1 Q.B. 367

aracı kullanan kimse aracın yakıtı bittiği için aracı yol kenarına park ederse ve tanıdığı bir kimsenin başka bir araçla kendisine doğru geldiğini görüp yolda karşıdan karşıya geçerken bir başka aracın kendisine çarpması sonucu hayatını kaybederse, araç park edip yolda karşıdan karşıya geçmek aracı kullanmak dahilinde midir?¹⁸ Bir başka örnek de araç tamirinden verilebilir. Eğer bir kimse işverenin işyeri alanı içerisinde arabasını kendisi tamir etmeye çalışırken aracın koltuğunun kıvılcım kapması ile ateş alması ve sonuçta çıkan yangında etraftaki konutlara zarar verilmesi durumunda araç tamir edildiği sırada kullanılmakta mıdır?¹⁹

1988 tarihli Karayolları Trafik Kanunu'nun yorumlanmasında, İngiltere mahkemeleri Avrupa Adalet Divanı'nın kararlarını da dikkate almak durumundadır. *Vnuk v Zavarovalnica Triglav dd (C-162/13)*²⁰ kararında görüldüğü üzere, Avrupa Adalet Divanı, 'kullanım' kelimesini geniş kapsamlı yorumlamıştır. *Vnuk*'a konu olan olayda bir çiftlikte çalışmakta olan davacı kişi bir merdivende iken, çiftlikte çalışan bir traktörün merdivene çarpması sonucu düşerek yaralanmıştır. Traktörün kullanımını sigorta eden sigortacı, traktörün çiftlikte çiftlik işlerini yapmak üzere kullanıldığı sırada kazanın gerçekleştiğini, bu kullanımın, bir yerden başka bir yere gitmek üzere yolda kullanımından farklı olması sebebi ile zorunlu sigorta kapsamına girmediğini iddia etmiştir. Avrupa Adalet Divanı ise, 1972 tarihli Direktif in 3(1) maddesinde bahsi geçen kullanımın aracın normal fonksiyonunu içeren her türlü kullanımı kapsadığına karar vermiştir. Sonuç olarak, traktörün çiftlikte kullanımı onun normal fonksiyonları arasındadır ve bu kaza zorunlu sorumluluk sigortası kapsamında değerlendirilmektedir.

'Yol' ya da 'kamuya açık diğer alan' (road or any other public place)

¹⁸ *Dunthorne v Bentley* [1996] R.T.R. 428

¹⁹ *UK Insurance Ltd v R&S Pilling (t/a Phoenix Engineering)* [2017] Q.B. 1357

²⁰ [2015] Lloyd's Rep. I.R. 142

Karayolları Trafik Kanunu ilk olarak zorunlu trafik sigortasının motorlu aracın yolda kullanımı için öngörmüştür. Mahkemeler, kazanın örneğın bir otel ya da alışveriş merkezinin araba parkında gerçekleştiğı hallerde, araba parkının yol olmadığına ve bu sebeple de ortaya çıkan zararın zorunlu trafik sigortası kapsamına girmediğine karar vermiştir.²¹ Bunun üzerine Kanunu'nun 143(1)., maddesinde değışiklik yapılmış ve kamuya açık alanlarda meydana gelen kazalardan oluşan zararların da zorunlu trafik sigortası kapsamına girdiğı düzenlenmiştir.

Son zamanlarda bu alanda Avrupa Adalet Mahkemesi kararları ışığındaki gelişmeler bu değışikliğın de artık Avrupa Birliğı Direktiflerine uyum sağlamadığını ortaya koymaktadır. Yukarıda bahsi geçen *Vnuk* kararına konu olan olay özel bir çiftlikte gerçekleşmesine rağmen, mahkeme davacı lehine karar vermiştir. *Vnuk* kararının aynı zamanda, trafik kazasının kamuya açık bir alanda gerçekleşmemesi halinde de kazanın sebep olduğı zararın zorunlu trafik sigortası kapsamına girdiğı anlamına gelmesi sebebi ile, Karayolları Trafik Kanunu'nun 'yol ya da diğeri bir kamuya açık alan' terimine 'özel alanlar'ın da eklenmesi gerektiğı belirtilmiştir.²² *Lewis v Tindale*²³ kararına konu olan kaza kamuya açık olmayan bir alanda meydana gelmiştir. Mahkeme, bu kazanın Karayolları Trafik Kanunu'nda yer alan zorunlu sigorta kapsamına girmediğine karar vermiştir. Bu kararı verirken mahkeme, Karayolları Trafik Kanunu'nun Avrupa Birliğı Direktifleri ile uyum halinde olmadığını ve Parlamento'nun değışiklik yapması gerektiğini belirtmiştir.

'Kullanım' kelimesinin kapsadığı alanlarla ilgili olarak İngiltere mahkemelerinden verilen başka bir kararın yorumu aşığıda belirtilmektedir. O kararın anlaşılabilmesi için öncelikle Motorlu Taşıtlar Bürosu'nun işlevinin açıklanması gerekir,

²¹ [1998] 1 W.L.R. 1647

²² *Lewis v Tindale* [2018] EWHC 2376 (QB)

²³ [2018] EWHC 2376 (QB)

o sebeple, *Hardy v Motor Insurers' Bureau*²⁴ kararı aşağıda belirtilmiştir.

Zarar gören, kazaya sebep olan sürücünün sigortacısına doğrudan talepte bulunabilir mi ?

Genel prensiplere gore, trafik kazasında zarar gören kimse ile zarara sebep olan sigortalının sigortacısı arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığından, zarar görenin sigortacıya doğrudan talep hakkı bu prensipler ışığında mümkün değildir. Genel prensiplere bir istisna üçüncü kişilerin sigortacıya karşı haklarını düzenleyen bir kanun, Third Parties (Rights Against Insurers) Act 2010, ile getirilmiş ve sigortalının ancak iflas etmesi halinde, sigortalının sorumlu olduğu üçüncü kişinin sigortalının sigortacısına doğrudan talepte bulunma hakkı verilmiştir. 2010 tarihli bu kanun, motorlu taşıtlar sorumluluk sigortası dahil olmak üzere, tüm sorumluluk sigortalarına uygulanır. Buna ilaveten, sadece trafik kazalarından kaynaklanan (motorlu taşıtlar sorumluluk sigortası) sorumluluğa uygulanmak üzere, 1988 tarihli Karayolları Trafik Kanunu 151. maddesinde sigortacıya karşı, sigortalının kusuru ile meydana gelen kazadan zarar gören kimsenin doğrudan talep hakkını düzenlemektedir. 151. maddeye göre sigortacının zarar gören üçüncü kişiye karşı sorumluluğu, sigortalının üçüncü kişiye karşı sorumluluğunun ispatı n koşuluna bağlıdır. Diğer bir deyişle, sigortacıya karşı doğrudan talepte bulunabilmek için öncelikle sigortalının sorumluluğunun ispat edilmesi gerekir. Söz konusu ispat ykmllğnn yerine getirilmesi halinde davacının sigortacıya doğrudan talebi değerlendirilecektir.

Zarar gören üçüncü kişinin sigortacıya doğrudan talep hakkını düzenleyen ve Avrupa Birliği Direktiflerini iç hukuka alan bir başka düzenleme de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu düzenleme 'The European Communities (Rights Against Insurers) Regulations 2002' başlığı altında incelenmektedir. 2002 tarihli bu düzenlemeye Motorlu Taşıtlar Bürosu anlatılırken değinilecektir.

²⁴ *Hardy v Motor Insurers' Bureau* [1964] 2 Q.B. 745

Motorlu Taşıtlar Bürosu

Motorlu Taşıtlar Bürosu'nun (Motor Insurers Bureau – MIB) öncelikli görevi, trafik kazalarından zarar gören kimselerin, kazaya sebep olan sürücünün sigortasız olması ya da kazaya sebep olan araç ya da aracın kullanıcısının kimliğinin tayin edilememesi halinde zararın tazmin edilmesidir. MIB ilk olarak 1969 yılında faaliyete başlamıştır. Motorlu taşıt zorunlu sigortasını kabul eden her sigortacı MIB'ye bir katkı payı ödemektedir ve MIB de sigortalılardan alınan bu katkı sayesinde sigortasız kimsenin sebep olduğu ya da zarara sebep olan kullanıcı ve aracın tespit edilemediği kazalardan kaynaklanan zararları tazmin etmektedir.

Motorlu Taşıtlar Bürosu'nun sorumluluğu bazı şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu şartlar MIB anlaşmaları (Motor Insurers Bureau Agreements) ile düzenlenmektedir. Bu anlaşmalar, MIB ile ilgili bakanlık arasında imzalanmakta ve anlaşma gereği MIB yukarıda belirtilen tazmin yükümlüğünü gerektiğinde ifa edeceğini bildirmektedir. MIB'nin sorumluluğunu iki farklı anlaşma düzenlemektedir. Bunlardan ilki 'Uninsured Drivers Agreement'²⁵ yani sigortasız kullanıcının sebep olduğu kazalarda tazmin yükümlüğü ve diğer anlaşma da 'Untraced Drivers Agreement'²⁶ yani kazadan sorumlu olan kişi ve aracın izinin bulunamaması halindeki tazmin yükümlüğüdür.

MIB'nin sorumluluğu, ancak, Karayolları Trafik Kanunu'na göre sigorta yapılması öngörülen hallerle sınırlıdır. Bu sebeple, kanunun öngördüğü zorunlu sorumluluk sigortasının kapsamı sadece sigortacının değil, aynı zamanda MIB'nin sorumluluğunun tespitinde de önemlidir.

Trafik kazasından sorumlu kimsenin sorumluluk sigortasının olmaması ya da kazadan sorumlu kimsenin tespit edilememesi hallerinde zarar gören kimsenin zararlarının tazmini

²⁵ <https://www.mib.org.uk/making-a-claim/claiming-against-an-uninsured-driver/uninsured-drivers-agreements/>

²⁶ <https://www.mib.org.uk/making-a-claim/claiming-against-an-untraced-driver/untraced-drivers-agreements/>

için Avrupa Birliği Direktifleri her üye devletin gerekli önlemleri alması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre, ikinci Direktif (Second Directive), her ülkede bu tür zararların tazmin için başvurulabilecek bir birimin kurulması öngörölmüştür. Daha sonra, dördüncü Direktif (Fourth Directive), her sigorta şirketinin üye ülkelerde bir temsilci belirlemesi gerektiğini öngörmüştür. Buna göre, kazadan zarar gören kimse, belirlenemesi halinde sigortacının temsilcisine, belirlenemesi halinde de gerekli motorlu taşıtlar bürosuna doğrudan talepte bulunabilecektir. Yukarıda belirtilen 2002 tarihli düzenleme, Birleşik Krallık'ta, bu paragrafta belirtilen ve Avrupa Birliği Direktifleri'nden kaynaklanan gerekliliklerin iç hukukta nasıl uygulanacağını düzenlemektedir. Bu düzenlemeye göre, Avrupa Birliği ülkelerinden birisinde kayıtlı bulunan bir araç, üye bir ülkede kaza sonucu bir üçüncü kişiye zarar verirse, zarar gören kimse, kazanın meydana geldiği ülkede bulunan sigortacı temsilcisine doğrudan talepte bulunabilir. Kazanın sebep olduğu yer hukukuna göre kazadan sorumlu olan kimsenin tayini ile sigortacının zarar gören kimseye sorumluluğu da tespit edilebilir. Sigortacının temsilcisinin bulunamaması ya da temsilcinin talebe karşılık üç ay içerisinde gerekçesi ile birlikte bir cevap vermemesi halinde, tazminden sorumlu Motorlu Taşıtlar Bürosu'na da doğrudan talepte bulunulabilir. 2002 tarihli bu düzenlemeye göre, sigortacının temsilcisi ya da Motorlu Taşıtlar Bürosu'na talepte bulunmadan önce sigortalının (kazaya sebep olan kimsenin) sorumluluğunun ispat edilmesi ön şartı bulunmamaktadır. Her halükarda ilgili birim kazanın oluş şeklini araştıracaktır ancak burada önemli olan, zarar gören üçüncü kimsenin, kazadan sorumlu olan kişinin kimliği ve kusurunu ispat yükümlölüğu 2002 tarihli düzenlemede ve 2010 tarihli kanunda farklı derecelerdir.

Yukarıda belirtildiği üzere, MIB'nin sorumluluğu ancak yapılan talebin Karayolları Trafik Kanunu'na göre sigorta edilmesi zorunlu olan alanlarda olması halinde söz konusudur. O sebeple MIB'nin sorumlu olabilmesi için de aracın 'kullanımı'nın tayini gereklidir. Bu kullanımın, kullanıcının kasten zarar verdiği durumları kapsam dışında bırakması gerektiği savu-

nulmuştur. *Hardy v Motor Insurers' Bureau*²⁷ kararına konu olan olayda aracın sürücüsü, kendisine durması gerektiğini belirten polis memurunu kasten yaralamıştır. Sürücünün söz konusu aracı kullanmak için daha önceden sigorta yaptırmaması sebebi yani sigortasız olarak o aracı kullanması ve kendisinin maddi imkânlarının da polis memurunun talep ettiği zararı karşılamaya elvermemesi sebebi ile polis memurunun talebini MIB'ye yöneltmiştir. MIB, sürücünün kasten zarar verdiğini ve böyle bir durumda MIB'yi sorumlu tutmanın genel hukuk ilkeleri ile bağdaşmayacağını savunmuştur. Mahkeme ise, her hangi bir sebeple kullanımın (any use) zorunlu sigorta edilmesi gereken kullanım dahilinde olduğunu belirterek MIB'nin sorumlu olduğuna hükmetmiştir.

Yukarıda belirtilen *Lewis v Tindale*²⁸ kararında, mahkeme, her ne kadar söz konusu kazanın 'yol ya da kamuya açık diğer alan' da gerçekleşmemesi sebebi ile Karayolları Trafik Kanunu'na göre zorunlu sigorta kapsamına girmediğine hükmetse de Avrupa Birliği Direktifleri gereğince MIB'nin sorumluluğu altına girdiğine karar vermiştir. Burada vurgulanması gereken husus Direktiflerin genel anlamda nasıl bir rol oynadığıdır. Direktiflerin başlıca ilgilendiği iki husus vardır: Trafik kazasından zarar gören üçüncü kişilerin zararının sigortacı ya da gerektiğinde Motorlu Taşıtlar Bürosu tarafından tazmini ve bu tazminin tüm üye ülkelerde aynı standartlar altında belirlenmesi, diğer bir deyişle, bir üye ülkeden diğerine değişen standartların uygulanmamasıdır. Direktifler, her bir üye ülkenin, sürücünün sorumluluğunu nasıl düzenlediği ile ilgili hükümler içermemektedir. Örneğin, sürücünün sorumluluğu kusurlu mu yoksa kusursuz sorumluluk mu, Direktifler bu hususu düzenleyen hükümler içermemektedir. Sorumluluğun standartlarını belirlemek üye ülkelerin iç hukukuna bırakılmıştır. Ancak, Direktiflerin en büyük vurgu yaptığı husus, sürücünün kazadan sorumluluğu söz konusu ise, zarar gören kimsenin zararının tazminidir.

²⁷ [1964] 2 Q.B. 745

²⁸ [2018] EWHC 2376 (QB)

YeŐil kart sistemi (Green Card)

YeŐil kart sistemi ilk olarak 1949 da yürürlüğe girmiştir.²⁹ YeŐil kart sisteminin amacı, bu karta sahip olan sürücülerin bir ülkeden başka bir ülkeye geçerken sınır kontrollerinde, aracın kullanımından doğabilecek sorumluluğun sigorta edilmiş olduğunun ispatı için yeterli olmasıdır. Avrupa Birliği ülkelelerinde uygulanan serbest dolaŐım imkanı sebebi ile, araçların üye ülkeler arasında sigorta kontrolü ya da yeŐil kart kontrolü olmaksızın seyahat edebilmeleri için yeŐil kart kontrol sisteminin kaldırılması, motorlu taşıt sigortaları ile ilgili Direktiflerin kabulü ile olmuştur. Motorlu taşıtların kullanımından doğan zararların sigortası ile ilgili Direktiflerin birincisi, yukarıda belirtildiği üzere, 1972 de kabul edilmiş ve bu konuda kabul edilen toplamda beş farklı Direktif altncı Direktif ile birleştirilmiştir. 1972 tarihli Direktif üye ülkeler arasında yeŐil kart kontrolünü kaldırmıŐ ancak her ülkenin, trafik kazalarından zarar gören kimselere karşı tazminin sağlanması için gerekli tedbirleri almaları yükümlülüğü getirilmiştir. Birleşik Krallık Direktiflerden kaynaklanan yükümlülüğü bu husustaki sorumluluk sigortasını zorunlu kılarak ve gerektiğinde MIB'ye talepte bulunma hakkını vererek yerine getirmektedir.

YeŐil kart sistemi sadece Avrupa Birliğine üye ülkeler için söz konusu olan bir uygulama değildir. Bugün itibari ile kırk sekiz ülke³⁰ yeŐil kart sistemine üyedir. Buna göre, yeŐil kart sistemine üye bir ülkeden diğerine motorlu bir araç ile seyahat edilmek istenmesi halinde yeŐil kartın sunumu aracın sebep olunabilecek kazalardan doğan sorumluluğa karşı sigortalandığını ispat etmesi açısından önemlidir. YeŐil kartın iki fonksi-

²⁹ YeŐil kart sistemi ile ilgili ayrıntılı bilgi <http://www.cobx.org/content/default.asp?PageID=1> adresinden edinilebilir.

³⁰ YeŐil kart sistemine üye ülkeler: Avusturya, Arnavutluk, Andorra, Azerbaycan, Belçika, Bulgaristan, Bosna-Hersek, Beyaz Rusya, İsviçre, Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Almanya, Danimarka, İspanya, Estonya, Fransa, Liechtenstein, Finlandiya, Birlesik Krallık, Yunanistan, Macaristan, Hırvatistan, İtalya, İsrail, İran İslam Cumhuriyeti, İrlanda, İzlanda, Lüksemburg, Litvanya, Letonya, Malta, Fas, Moldova, Makedonya Cumhuriyeti, Karadağ, Norveç, Hollanda, Portekiz, Polonya, Romanya, Rusya, İsveç, Slovakya Cumhuriyeti, Slovenya, Sırbistan, Tunus, Türkiye ve Ukrayna. <http://www.cobx.org/content/default.asp?PageID=12>

yonu bulunmaktadır ve birinci fonksiyonu sınırlararı geçiőte sigorta kontrolü için gerekli olmasıdır. Diğer bir fonksiyonu da yeőil kartı dzenleyen sigortacının ya da Motorlu Taşıtlar Burosunun, aracın kullanıldığı ulti hukukuna gbre kazadan sorumluluğun karşılanacağı taahhütüdür. Örneğin Türkiye’de kayıtlı olan bir aracı kullanarak Yunanistan’a geömek isteyen ve aracı Yunanistan’da kullanmak isteyen bir sürücü sınır kontrollerinde yeőil kartı ibraz etmek sureti ile sorumluluğun sigorta edildiğini ispat edebilmektedir. Bu aracı kullanırken sürücünün Yunanistan’da bir kazaya sebep olması halinde kazadan zarara uğrayan kimse yeőil kartı dzenleyen sigortacının Yunanistan’daki temsilcisine talepte bulunabilir ya da temsilcinin bulunamaması halinde Yunanistan’daki Motorlu Taşıtlar Burosundan zararının tazminini talep edebilir. Kaza Yunanistan sınırları iöerisinde meydana geldiği için Yunanistan hukukunun belirlediği şekilde tazminat yükümlülüğü tayin edilir ve sigortacı temsilcisi ya da Motorlu Taşıtlar Burosuna zararı tazmin eder. Zararı tazmin eden kurum daha sonra Türkiye’deki sigortacıya ya da Motorlu Taşıtlar Burosuna rücu edebilir.

Sonuç

Sözleşme dışı sorumluluk ve motorlu taşıt kullanımından kaynaklanan sorumluluğun sigorta edilmesi prensipleri öok geniş kapsamlı hukuk alanlarıdır. Bu alanda yasal dzenlemeler bulunduğu gibi, mahkeme kararları da uygunlanacak hukukun oluşmasında ve hukuksal dzenlemelerin yorumlanmasında büyük rol oynamaktadır. Bu sunumda, her iki hukuk kaynağı ana hatları ile belirtilmeye öalıőılmıştır. Özetlemek gerekirse, motorlu taşıt kullanımından kaynaklanan sorumluluk kusur sorumluluğudur ve araç kullanıcısının kusuru ile sorumlu olduğunu ispat etmek davacının görevidir. Eğer davalının da karşı kusuru var ise bu kusur tazminat hesaplamasında dikkate alınacaktır. Sorumluluk sigortacısının sorumlu tutulabilmesi için ilk şart sigortalının kusurunun ve sorumluluğunun ispat edilmesidir. Bu ispat edilmiş ise, sigorta sözleşmesi kapsamında sigortacının sorumluluğunun sınırı tayin edilir. Avrupa Birliğinin kabul ettiği Direktifler iö hukuk

prensiplerinin yorumlanmasında etkilidir ve bu alanda hukuk sürekli olarak gelişmektedir. Trafik kazasına sebep olan kimse- nin tayin edilememesi ya da tayin edilmesi durumunda sigor- tasız olduğunun anlaşılması durumunda tazminin talebi için Motorlu Taşıtlar Bürosu'na başvurulabilir. Motorlu Taşıtlar Bürosu'nun sorumluluğu sigortacı olsa idi onun sorumluluğu- nun sınırı nasıl tayin edilecekse öyle tayin edilir. Örneğin, zo- runlu sigorta kapsamına girmeyen bir hususta tazminat talep edilmişse, Motorlu Taşıtlar Bürosu'nun sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır. Garanti edilen, her türlü zararın her şart- ta karşılanması değil, zorunlu sigorta kapsamına giren zararın, kanuni şartların gerçekleşmesi halinde zarar görene ödenme- sidir.

Av. ÜNSAL TOKER- Sayın Gürses'e "*İngiliz Hukukunda Motorlu Taşıt Kullanıcısının Sorumluluğu ve Sigortası*" ve Green Kart hakkındaki açıklamaları sebebiyle çok teşekkür ediyoruz. Bir Hocamız Sayın Gürses'e bir soru sormak istiyorum, buyurun Sayın Hocam.

SALONDAN- Çok teşekkür ederim. Özlem Hanımla ilgili şunu söylemek isterim: Kendisiyle çok önceden benim asistanım olarak çalışma fırsatımız oldu. Hep şunu söyledim: Eğer benim asistanım benden daha iyi değilse, ben iyi bir hoca değilim. Özlem Hanım bugün fazlasıyla iyi olduğunu, fazlasıyla başarılı olduğunu, bizden ayrıldı, İngiltere'de çalışıyor, ama fazlasıyla bu çok güzel, gerçekten içeriği itibariyle de çok değerli bu tebliğı için teşekkür ediyorum. Sadece anlamadığım şey: Zarar gören sigortacıdan talepte bulunurken sigortalının sorumlu olduğunu nasıl ispat edecek, nasıl bir ispat yöntemi öngörülüyor? Yani mahkemeye başvurup tespit mi yaptıracak, yoksa ekspere mi başvuracak, nasıl bir yöntem var? Açıklarsanız teşekkür ederim.

Doç. Dr. ÖZLEM GÜRSES- Evet, burada öncelikle sigortalıyı dava etmesi gerekiyor. Sigortalıyı dava ederken sigortacıyı da aynı zamanda dava edebilir ikisini aynı zamanda, ama her halükarda sigortacıdan talepte bulunabilmesi için öncelikle mahkemenin sigortalının sorumlu olduğuna hükmetmesi gerekiyor. Yani dediğim gibi mesela, polis raporu tutulmuş olabilir, polis raporunu getirip, polis raporu diyebilir ki yüzde 100 sigortalı sorumluydu. Zaten o ispat eder veya fotoğraflar vardır veya şahitler vardır. Her halükarda öncelikle sigortalının sorumluluğunun ispat edilmesi gerekiyor ki sigortacı sorumlu olsun. Şöyle bir durum var: Çok bahsedemedim, Motorlu Taşıtlar Bürosu anlaşmalarından şimdi eğer sigortasızsa, zarara sebep olan kimse sigortasız olabilir. Çünkü sigorta mesela, teminat dışı bırakmıştır o olayı veya hiç sigorta yaptırmamıştır veya hit and run denilen kısım, yani vurmıştır, kaçmıştır. Kimin yaptığını bilmiyorsunuz, kimden talepte bulunacağınızı bilemiyorsunuz, ne yapacaksınız, nasıl sorumluluğu ispat edeceksiniz? Eğer sigortasızsa zarar veren kimse, zaten o kimseyi tanıyorsunuz, biliyorsunuz, dava edebilirsiniz ve yine

ispat edebilirsiniz. Mahkeme burada sorumluluğun ispatında birazcık esneklik gösteriyor. Eğer vurdu-kaçtı kısmıysa, o kimseyi hiçbir şekilde bulmanız, tespit etmeniz mümkün değilse, o zaman sorumluluğu ispat etme şartı çok çok daha az. Yani mahkeme “*zaten kaza olduysa muhtemelen o kimsenin hatasıyladır ki zaten kaçmıştır*” deyip, sizin lehinize de hükmedebiliyor, ama sorumluluk sigortalarında genel kural budur. Karayollarından, motorlu taşıt kullanımından dolayı uygulanan da budur. Eğer sigortacıya karşı direkt talepte bulunulmak isteniliyorsa, sigortalının sorumluluğunun ispat edilmesi ilk şarttır ve Karayolları Trafik Kanunu biraz daha avantajlıdır. Genel sigortalarda, onun dışındaki sigortalarda sigortacıya karşı doğrudan talepte bulunabilmek için sigortalının ancak iflas etmesi durumunda bu mümkündür. Diğer türlerde o bile mümkün değil.

SALONDAN- Yani şunu mu anlamak lazım? Sorumluluğun ispat edilmiş olması, sigortalının sorumluluğunun ispat edilmiş olması sigortacıya dava açmak için dava şartı mıdır?

Doç. Dr. ÖZLEM GÜRSES- Evet, ön şartıdır.

SALONDAN- Ama ben hem sigortalıyı, hem sigortacıyı dava edebilirim, ama sadece sigortacıya karşı dava açamam, İngiliz hukukunda durum bu, öyle mi?

Doç. Dr. ÖZLEM GÜRSES- Her şekilde arada sigortalı var.

SALONDAN- Peki, demin verdiğiniz örnekte Özlem Hanım, ben araba çarptı kaçtı. Arabayı kimin kullanacağı, kullanıcıyı da, arabayı da tespit edemiyorum. Bu durumda sigortacıyı da tespit edemiyorum. Peki, bizdeki garanti fonu gibi bir...

Doç. Dr. ÖZLEM GÜRSES- Evet, Motorlu Taşıtlar Bürosu.

SALONDAN- Motorlu Taşıtlar Bürosuna o zaman başvurmam lazım. Peki, çok teşekkür ederim.

Doç. Dr. ÖZLEM GÜRSES- Ben teşekkür ederim.

Av. ÜNSAL TOKER- Ayrıca Sayın Canbolat’a bir yazılı soru gelmişti. Bunu cevaplamak üzere kendisine söz vermek istiyorum. Buyurun Canbolat.

Doç. Dr. FERHAT CANBOLAT- Küçük bir açıklama yapacağım. Bizde doğrudan doğruya sigorta şirketine başvurabilme imkanı getiren aslında Karayolları Trafik Kanunundaki hüküm son derece faydalı diye düşünüyorum bizim hukukumuz açısından, vurup kaçma ya da otomobilin sigortasının bulunmadığı durumlarda biz doğrudan doğruya sigorta şirketine başvurabiliyoruz veya aracın sigortası yoksa güvence hesabına başvurabilme imkanımız var. Doğrudan sigorta şirketine gidebilmemiz de büyük bir avantaj İngiliz hukukuna göre.

SALONDAN- Sorulan soruya geçmeden bir şeyi araya girebilir miyim? Şimdi bizde doğrudan sigortacıya dava açabiliyorsunuz da sigortacıdan tazminat elde etmek için de şüphesiz sigortalısının sorumlu tutulabileceğini ispat etmeniz gerekiyor. O yüzden İngiliz hukukuyla aslında temelde çok farklılık yok.

Doç. Dr. ÖZLEM GÜRSES- Şimdi Hocam, bir de şunu belirtmem gerekiyor: Yine çok kısa değindim ama...

SALONDAN- Özür dilerim, müdahale ettim.

Doç. Dr. ÖZLEM GÜRSES- Çok kısa değindim, ama çok uzatmayacağım. Şimdi İngiliz hukukuna göre iki farklı yol var sigortacıya direkt talepte bulunabilmek için, sizinle tartıştığımız konu Karayolları Trafik Kanununa göre ve İngiliz iç hukukuna göre doğrudan talep etme hakkı, bir de Avrupa Birliği direktiflerinden dolayı getirilen doğrudan talep hakkı var. Orada ama sorumluluğu ispat etmeden direkt talep hakkında bulunabiliyorsunuz, ama onun da bazı dezavantajları var dediğim gibi, ama onu dediğim gibi detaylara girmek mümkün değil. Sadece iki ayrı sistem olduğunu bilmek gerek.

Doç. Dr. FERHAT CANBOLAT- Bizde de kusursuz sorumluluk olduğu için kusuru ispat etmek de gerekmeyecektir. Soruya dönecek olursak: *“Otomobil babanın, kullanan oğlu, sürücü 18 yaşından büyük diye işaret edilmiş. Otomobilde taşınan ve ölen tarım işçisi ve babanın pancar çapalama için taşınmaktadır. Burada ne tür bir sorumluluk vardır”* diye Hacı Sulak Beyefendi işaret edilmiş. Ölçütün Yargıtay kararlarında menfaat olduğunu ifade ettik. Menfaatin bulunduğu durumlarda da hatır taşıması

yoktur, dolayısıyla böyle bir olayda Karayolları Trafik Kanunu 87. maddesi uygulama alanı bulmayacaktır. 85.1 gereğince tehlike esasına dayanan bir kusursuz sorumluluk hali vardır. Dolayısıyla sigorta şirketine başvurulabilecektir, tazminat sigorta şirketinden alınabilecektir. Teşekkür ederim Başkanım.

Av. ÜNSAL TOKER- Ben teşekkür ederim. Başka soru sormak isteyen varsa soruları almak istiyorum, buyurun Hakan Bey.

Prof. Dr. HAKAN KARAN- Ben yanlış mı anladım diye soracağım, ama bir yandan da karşılaştırma yapılması için Alman meslektaşına sormak istiyorum. Çünkü Avrupa Birliği mevzuatından bahsedildiği için sigortacının sorumluluğuna gidebilmek için eğer sigortalının sorumluluğunun ispatını aramazsak bu nasıl oluyor? Yani ben bunu anlamak istiyorum. Gerçi Avrupa Birliği mevzuatında sigortanın sorumluluğunu şartlarını ispatlamadan doğrudan doğruya sigortacıya sorumluluk nasıl atfedilebiliyor, Alman hukuku anlamında da eğer tercümesi doğru yapılabilirse öğrenmek istiyorum.

Prof. Dr. FRANZ HOFMANN- ... (157.16-158.00)

Prof. Dr. HAKAN KARAN- Efendim, bir konunun karıştırıldığına inanıyorum ben, sigortacıya karşı doğrudan dava hakkıyla sigortacının sorumluluğu birbirinden farklı iki konu, yani sigortacının sorumluluğu için sigortalının her halükarda sorumlu olması gerekir diye düşünüyorum. Başka türlü sigortalının sorumluluğunu ispatlayamadığımız takdirde devlet başka bir mekanizma yaratabilir. Yani başka bir güvence verebilir Emine Hocamın söylediği gibi, ama sigortacı sigortalı sorumlu değilken doğrudan doğruya nasıl sorumlu oluyor, Türk hukuku açısından ben bunu biraz anlamakta zorlanıyorum.

Prof. Dr. EMİNE YAZICIOĞLU- Çok özür dilerim Sayın Başkanım, ben ona şöyle cevap verebilirim aynı zamanda sigorta hukukçusu olarak, yani sigortacıya dava açacaksınız. Eğer sigortalısının sorumluluğunu kanıtlayamazsanız yargılama masraflarını öder, kenara oturursunuz, bu kadar, ama biliyorsunuz Karayolları Trafik Kanunu bir düzenleme getiriyor:

“Öncelikle sigortacıdan talepte bulunacaksın. Sigortacı reddederse sigortacıya dava açabilirsin” diyor. Dolayısıyla talepte bulunacak zarar gören sigortacı da, sigortacı reddedince bu arada tabii sigortacı zarar görenin talebini değerlendirirken sigortalının sorumlu olup olmadığına ilişkin belgelerini de inceleyecek. Şüphesiz canım ödemek istemiyor diye reddetmeyecek, ondan sonra da eğer reddediyorsa, sigortalı zarar gören sigortacıya karşı dava açacak. Çok özür dilerim, söz almadan konuştum.

Av. ÜNSAL TOKER- Estağfurullah. Başka sorusu olan varsa onları da alayım.

Doç. Dr. ÖZLEM GÜRSES- Ben izninizle sadece şunu eklemek istiyorum. Sadece Prof. Hakan Karan’ın söylediğine biraz belki açıklık getirebilmesi amacıyla şimdi Avrupa Birliği direktifleri sorumluluk konusunda hiçbir şey söylemiyor. Avrupa Birliği direktifleri İngiltere’de bir kaza olmuş, bu kazadan dolayı kazadan zarar gören zarara sebep olan kimseden talepte bulunabilir mi, hangi prensiplere göre bulunabilir, sorumluluk kusurlu mudur, kusursuz mudur, nasıl ispat edilebilir, bunlara bakmıyor. Direktiflerin iki amacı var: 1. Kazadan zarar gören kimsenin tazminat alacağı garanti edilsin. 2. Bu bütün Avrupa Birliği ülkelerinde ve belki Avrupa Birliğine üye olmayabilir, ama bir şekilde Avrupa Birliği direktiflerini kabul etmiştir, o ülkelerde aynı şekilde uygulansın. Yani onların en büyük ilgilendiği alan tazminat, tazminatı biz nasıl garanti edebiliriz, nasıl kolaylaştırabiliriz, nasıl zarardan zarar göreni koruyabiliriz? O sebeple de mesela, her Avrupa Birliği ülkesinde ben İngiltere’de sigorta ediyorsam motorlu taşıtları, Avrupa Birliği ülkelerinde de benim temsilcilerimin olması gerekiyor ki orada kaza olduğu zaman ya temsilciye karşı ya da Motorlu Taşıtlar Bürosuna karşı zarar gören direkt talepte bulunabilirsin. Başka hiçbir yere gitmeden ve kendi ülkesinde, kazanın olduğu yerde yabancı bir taşıtın sebep olduğu kazadan dolayı ya o taşıtı sigorta edenin temsilcisi ya da Motorlu Taşıtlar Bürosuna direkt talepte bulunabilirsin. Motorlu Taşıtlar Bürosu ya da sigortacı tabii ki olaya bakacaktır ve tabii ki o kimse mesela, kazadan zarar gören belki de yüzde 100 onun kusuru, belki de hiçbir şekilde zarar talep etme hakkı yok. Onu araştı-

rır araştırmaz o onun problemi ve araştırıp araştırdıktan sonra da tazminat ödenecek ya da ödenmeyecektir diyebilir. Şurada direktiflerin verdiği hak Şudur: Yani sorumluluk ispatıyla, ve-saireyle uğraşmaksızın ya da o aracın geldiği ÷lkeye gitmek zorunda kalmaksızın kendi ÷lkesinde ya sigortacı temsilcisi ya da Motorlu Taşıtlar Bürosuna direkt talepte bulunabilir. Yani bu Avrupa Birliği direktifinin verdiği Şey budur: Direkt talepte bulunur, daha sonra tabii ki o talep incelenir, kaza araştırılır, bunlar yapılır. O sebeple sorumsuz, nasıl diyeyim size, kusur-suz sorumluluk ya da her halükarda kaza olmuş, hemen mut-laka tazminat ödensin değil, bu talep edebilme hakkının biraz kolaylaştırılması.

Doç. Dr. ÖZLEM GÜRSES- Evet, zannediyorum başkaca soru yok. Arkada bir el kalktığını gördüm, buyurun. Yüksek sesle okuyabilir misiniz?

SALONDAN- Bir trafik kazası meydana geldiği zaman zorunlu trafik sigortası kapsamında belli meblağı karşılıyor, fakat karşılamayan meblağ için biz güvence hesabına başvu-rabilir miyiz? Çünkü normalde güvence hesabına başvurmak için karşı tarafın hiçbir Şekilde sigortasının olmaması gereki-yor. Böyle bir miktar aşımı olması durumunda ne yapılabilir?

Doç. Dr. FERHAT CANBOLAT- Güvence hesabında so-rumluluğa ilişkin düzenleme ayrı, ona ilişkin yönetmelik de var. Güvence hesabının sorumluluğu doğduğu durumlarda güvence hesabına başvurulabilecektir. Ancak güvence hesabı-nın sorumluluğu da o dönemde geçerli olan limitlerle sınırlıdır. Bu yüzden sigorta Şirketinden tazmin edemediğiniz kısım için güvence hesabına gidebilmeniz mümkün olmayacaktır. Daha fazla zarar için Őletene başvurabilmek mümkün olacaktır diye düşünüyorum.

HALİL ALPEREN IŞIK (Yıldırım Beyazıt Üniversitesi)- Merhaba, ben hem Özlem Hoca, hem de Emine Hocam burada olduğu için sormak istiyorum. Hocam, bizde son 6 yıldır bu P&I Şirketi var normalde İngiltere'de kulüp Şeklinde kurulan, bizde anonim Şirket. Benim aklıma takılan öncelikle hem sizin doktora tezinizden dolayı, hem de Özlem Hocamın tezinden

dolayı İngiltere’de ya da İskandinavya’da, Bermuda’da hep kulüp şeklinde olan bu sigorta teminatı bizde anonim şirket şeklinde sağlanırsa, sağlanıp sağlanmadığını bilmiyorum, çünkü raporlarını çok yayınlamıyor, kamu şirketi zaten, siz de biliyorsunuzdur. Bir özel şirket vasfı da çok yok. Türk P&I’ı Hocam, yani bunların sağladıkları teminat normalde üye-kulüp ilişkisi var. Bunda anonim şirketin müşterisi olabilir, yani sigortalı olabilir, lehtar olabilir. Bu ilişkiyi nasıl yorumlarsınız bizim anlayabileceğimiz düzeyde? Hem Özlem Hocama, hem de size sormak istedim eğer uygunsa, çünkü çok farklı vasıflandırsa, o açıdan.

Prof. Dr. EMİNE YAZICIOĞLU- Şimdi P&I sigortası sistemi tamamıyla farklı, karşılıklı sigorta, ama anonim şirketin yapabileceği bir karşılıkla, karşılıklı sigorta dediğiniz zaman üyelerinin ödediği prim değil, bunu biliyorsunuz, tekrarlamayayım, ama anonim şirketin yapacağı sabit primli sigorta. Bunu da belirli bir bedelle sınırlı olarak, sigorta bedeliyle sınırlı olarak veriyor diye düşünüyorum. Doğrusu Türk P&I’ın verdiği teminat konusunda çok bilgi sahibi değilim, ama karşılıklı sigorta olmadığına göre, dolayısıyla da değişir primli bir sigortadan söz edemediğimize göre, sabit primli bir sigorta olduğuna göre, çünkü Türkiye’de karşılıklı sigorta ancak kooperatif şirket şeklinde kurulmuş sigorta şirketleri tarafından yapılabilir. Anonim şirket sabit primli sigorta yapabilir. Bu durumda da Türk P&I’ının anonim şirket olması sebebiyle sabit primli sigorta teminat verdiğini düşünebiliriz. Bu durumda da belirli bir sigorta bedeliyle P&I’da olduğu gibi diye düşünüyorum.

HALİL ALPEREN IŞIK- Yani Hocam, bu yerine geçip sorumluluk sigortacısının hani bu zararlar için, kılavuzdaki zararlar için...

Prof. Dr. EMİNE YAZICIOĞLU- Yani siz şunu mu soruyorsunuz, doğrusunu açıkça söylemem gerekirse, sorunuzu da tam anlayamadım. Bu P&I sigortalarında pay to pay kuralı, bunu yok, Türk P&I’ına dava açıyorsanız, hatta yabancı bir P&I’a da dava açıyorsanız bu gerçi şey, ama sigortalya, zarar görene kanunun verdiği bir hak ki Türk Ticaret Kanununda

doğrudan dava hakkı açıkça düzenlenmiş. Belki Sayın Doç. Dr. Ecehan Yeşilova Aras doğrudan dava hakkını yazdı, belki bu konuda Ecehan Hanım daha açıklayıcı, aydınlatıcı bilgi verebilir, ama bizim hukukumuzda sigortalıya açıkça biz doğrudan dava hakkı tanımışız. Bana göre niye açamasın ki ama yabancı sigortacıyı burada dava, P&I sigortacısını burada, Türkiye’de dava ediyorsanız. Aslında Ecehan Hanıma da Başkanım, o belki daha açıklayıcı.

Doç. Dr. ECEHAN YEŞİLOVA ARAS- Türk P&I şirketi de olsa eğer kendi iç kurallarında öncelikle sen ödeyeceksin, sonra bana gelip benden alabilirsin sigorta tazminatını şeklinde bir kuralı varsa bu bizim hukukumuzda geçerli midir? Türk P&I’ı olsun, yabancı P&I’ı olsun, yani Türk P&I’ı da yabancı P&I’lardan gördüğü bu kuralları ilk bizim hukukumuzda uygulayabilir mi? Galiba sorunun özü buydu. Hayır, uygulamaz. Çünkü TTK’nın 1478. maddesi emredici hükümdür, doğrudan dava hakkı zarar görene karşı hiçbir şekilde hiç kimsenin kendi aralarındaki anlaşmasıyla kaldırılamaz. İkincisi, 1473. maddemiz de yine emredicidir. Şu açıdan, sigorta tazminatı sorumluluk sigortacısı tarafından doğrudan zarar görenin eline ödenecektir diye, yani araya hiçbir şekilde sigortalının öncelikle girmesi zorunludur şeklinde bir hüküm hiçbir yerde kararlaştırılmaz; yabancı P&I olması halinde bunun, yabancı P&I’nın Türk mahkemelerinde yargılanması durumunda sonuç değişir mi? O da benim üçüncü günkü tebliğimin konusu, beklerim.

Prof. Dr. EMİNE YAZICIOĞLU- Sayın Başkanım, izninizle bir düzeltme yapayım. Doktora tezim Hamburg kurallarına göre, Lahey Visby kurallarıyla karşılaştırmalı olarak şey, tekne sigortası sözleşmesinde dediniz, onun da P&I’la ilgisi yok, o doçentlik tezimde, ama teşekkür ederim, ilgi gösterdiğini anlıyorum.

Doç. Dr. ÖZLEM GÜRSES- Sizin benden önce açıklamak istediğiniz bir konu var mı?

SALONDAN- Benim anlayamadığım anonim şirkette ... (169.07) fark olur mu diye, hani vasıflandırma

SALONDAN- Ben burada bir cevap verebilir miyim?

Prof. Dr. EMİNE YAZICIOĞLU- İngiliz hukukunda nasıl P&I'ın yapısı?

Doç. Dr. ÖZLEM GÜRSES- Tabii buyurun.

Prof. Dr. EMİNE YAZICIOĞLU- Limitet şirket.

SALONDAN- İngiliz hukukundan önce Türk hukukundan bahsedecek olursak, Türk P&I'ı çünkü, İngiliz P&I'ıyla Türk P&I'ının hukuki statüsü tamamen farklı, fakat sonuç aynı. Yani her ikisi de sigorta teminatı sağlayan kurum, biri karşılıklı sigorta şeklinde yapılıyor İngiltere veya diğer ülkelerde çoğunlukla, ama Türkiye'de anonim şirket şeklinde yapılmış. Adı sadece P&I, yani aslında ifade olarak doğru bir ifadeyi kullanmadılar. Sadece onu karşılık gelmek üzere yaptılar. Türkiye'de gemi sahiplerinin bir araya gelerek oluşturdukları bir P&I şirketi ya da P&I kooperatif şirketi şu an için yok. Bu birinci husus, bir de ben sadece bir maddeyi hatırlatmak istiyorum. Türk Ticaret Kanununda doğrudan doğruya sigortacıya karşı başvuru imkanı var, ama enteresan şekilde Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 34. maddesinde de var haksız fiillerde ilgili olarak, niye koymuşlar madde 1 hukuk kuralını MÖHUK'a, anlaşılır gibi değil, ama orada var. Manasız bir şey.

Doç. Dr. ECEHAN YEŞİLOVA ARAS- Benim tebliğimin konusu.

SALONDAN- Tamam, peki.

Doç. Dr. ÖZLEM GÜRSES- İngiliz hukukunda o ikisi tamamıyla ayrı, hiç alakası yok. Çünkü eğer siz tekne sigortası yapmak istiyorsanız Loytus'a ... (170.34) gidebilirsiniz. Loytus dışında company markete gidebilirsiniz ve onların belirlediği primleri ödersiniz. Primler onların geliridir, muhtemelen o riski de zaten reasüre ederler. Resapkripsın markettir, yani 10, 20, 3, 5 her neyse sigortacı beraber sigorta eder yüzde 5'ini, yüzde 10'unu, yüzde 20'sini, vesaire. P&I tekne ve yükte bu market, Landon Market'tekilerin sigorta etmeleri riskleri sigorta eder. Nedir bu? Mesela, gemi adamlarına karşı sorumluluk veya

kirlilikten, petrol kirliliğinden kaynaklanan sorumluluk. Bunu nasıl sigorta eder? Her yıl şubat ayında ve bir fark da şudur: Her şubat ayında gelirim neymiş, zararım neymiş bakar, ona göre call ... (171.22) denilen premium da denilmez, call denilir. Onlardan onu toplar ve aynı zamanda şu da var ki protection in demliti clublar ... (171.30) sadece gemi sahipleri, yani donatan ve gemi sahibi Türkçede nasıl söyleyeceğimi tam bilmiyorum sadece ship owner'ları sigorta eder. Bazıları charterer'ları da sigorta eder, bazıları charterer'ların ya da ship owner'ların davalardan dolayı sorumluluklarını da sigorta eder. Mesela, işte FDD deniliyor onlara galiba, yani siz normalde gidip Landon Market'ta onların bir sınırı yok, yani charterer'a da gidebilir, ship owner'a da gidebilir, her neyse ilgisi olan insanlar gidip sigorta yaptırabilir, ama P&I'da zaten sigorta ettirebilecek olanlar da sınırlıdır. Onların sigorta etme yöntemi de sınırlıdır. Yani bu ikisi tamamıyla farklı, aralarındaki ortak nokta şudur: P&I'lar da reasüre ederler riskleri, normal sigortacılar da reasüre ederler.

Av. ÜNSAL TOKER- Evet, Uluslararası Kongremizin birinci günü 2. Oturumuna konuşmacı olarak katkı sunan tüm konuşmacılara düzenleyiciler adına içten teşekkürlerimi sunuyorum, herkese iyi akşamlar diliyorum. Ayrıca konuşmacılarımıza plaket vermek üzere Sayın Barolar Birliği Başkanımız Metin Feyzioğlu'nu kürsüye davet ediyorum. Sayın Genel Sekreterimizi de kürsüye çağırıyoruz.

*AKİT DIŞI KUSURSUZ SORUMLULUKTA
BEDENSEL ZARARLAR ULUSLARARASI KONGRESİ*

2. GÜN

3. Oturum

DEVLETİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU

SUNUCU- Saygıdeğer hanımefendiler, beyefendiler, çok değerli misafirlerimiz; *“Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar Uluslararası Kongresi”*ne hoş geldiniz. Sayın konuklar, *“Devletin Kusursuz Sorumluluğu”* konu başlıklı 3. Oturumun başkanlığını yapmak üzere Türkiye Barolar Birliği Genel Sekreteri Sayın Av. Sabiha Tekin’i, konuşmacılar *“Terörle Mücadele Kapsamında İdarenin Sorumluluğu”* konu başlıklı sunumunu yapmak üzere Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Sayın Prof. Dr. Metin Günday’ı, *“Kolluk Yetkisi Kullanımı Nedeniyle Doğan Bedensel Zararlardan İdarenin Kusursuz Sorumluluğu”* konu başlıklı sunumunu yapmak üzere Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Sayın Prof. Dr. Müslüm Akıncı’yı, *“Sağlık Hizmetlerinden İdarenin Kusursuz Sorumluluğuna Doğru”* konu başlıklı sunumlarını birlikte tebliğ etmek üzere Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi önceki dekanı Sayın Prof. Dr. Zehra Odyakmaz’ı ve Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Sayın Doç. Dr. Bayram Keskin’i, *“İdarenin İmar Hukukundan Doğan Sorumluluğu”* konu başlıklı sunumunu yapmak üzere Başkent Üniversitesi Hukuk fakültesinden Sayın Prof. Dr. Ali Akyıldız’ı sahneye davet ediyorum.

Av. SABİHA TEKİN- Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi ve Friedrich Alexander Üniversitesiyle birlikte düzenlemiş olduğumuz *“Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar Uluslararası Kongresi”*ne hoş geldiniz diyorum ve saygılarımı sunuyorum.

Bugün kongremizin ikinci günü ve değerli hocalarımızla birlikte 3. Oturumu gerçekleştireceğiz. Kongrenin hazırlanmasında yoğun emeği geçen öncelikle başdanışmanımız Av. Prof. Dr. Necdet Basa’ya ve çok değerli meslektaşım Av. Sema Güleç Uçakhan’a huzurlarınızda bir kez daha teşekkür etmek istiyorum.

Konumuz: *“İdarenin Kusursuz Sorumluluğu”* Günümüz sosyal devlet anlayışıyla hukuk devleti anlayışının teknolojik gelişmelerle birleşmesi idari faaliyetlerin çeşitlerinin artması sonucunu doğurmuştur. İdarenin faaliyetlerinin kesintisiz olarak

sürdüğü mutlak bir gerçektir. İdarenin kesintisiz süren işlem ve eylemlerinden dolayı zararların meydana gelmesi “*idarenin sorumluluğu*” kavramını ortaya çıkarmıştır. Asıl olan idarenin kusur sorumluluğudur. Kusursuz sorumluluk idare hukukunda ikincil bir sorumluluktur. Anayasamızda her ne kadar idarenin tüm işlem ve eylemlerinden dolayı sorumlu olduğu belirtilmişse de, sorumluluğun esasına ilişkin hususların belirlenmesi konusu yargı kararlarına bırakılmıştır. Uygulamada zaman zaman kusur sorumluluğuyla karıştırılması nedeniyle bu çalışmada inceleme konusu olarak kusursuz sorumluluk ele alınmaktadır. Bugünkü oturumumuzda idarenin sorumluluk türleri olan terörle mücadele kapsamında idarenin sorumluluğu, kolluk yetkisi kullanımı nedeniyle doğan bedensel zararlardan idarenin kusursuz sorumluluğu, sağlık hizmetlerinden idarenin kusursuz sorumluluğu ve idarenin imar hukukundan doğan sorumluluğu konuları çok değerli hocalarımızın katkısıyla incelemeye alınacak ve tartışılacaktır.

Ben değerli hocalarımıza bilgi ve birikimlerini bugün sizlerle ve bizlerle paylaştıkları için öncelikle teşekkür ediyor, saat 13.00’te bitecek oturumumuzu başlatıyorum. İlk konuşmacı olarak aramızdaki konuşma sıralamaları ve konunun niteliği gereği Prof. Dr. Müslüm Akıncı’ya söz vermek istiyorum. “*Kolluk Yetkisi Kullanımı Nedeniyle Doğan Bedensel Zararlar*”dan başlayacağız Hocam, 25’er dakika süremiz, daha sonra da vakitimiz kaldığı ölçüde siz değerli katılımcılardan soru alıp cevaplamaya çalışacağız. Buyurun Hocam, söz sizin.

TERÖR OLAYLARI VE TERÖRLE MÜCADELE KAPSAMINDA YÜRÜTÜLEN FAALİYETLERDEN İDARENİN SORUMLULUĞU

Prof. Dr. Metin GÜNDAY*

GİRİŞ

Terör eylemleri, 3173 sayılı Terörle Mücadele Kanun'un 1'inci maddesinde tanımlandığı biçimiyle "...cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girilecek her türlü suç teşkil eden eylemler..." olarak tanımlamıştır. Ayrıca bu Kanun'un 3'üncü maddesinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320'nci maddeleri ile 310'uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçların terör suçları olduğu belirtilmiş ve ayrıca 4'üncü maddesinde belirtilen suçlar da 3173 sayılı Kanunun 1'inci maddesinde belirtilen amaçlar doğrultusunda suç işleme üzere kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlendiği takdirde terör suçu sayılmıştır.

3173 sayılı Kanun'da yapılan tanımdan da anlaşılacağı üzere, terör eylemleri şiddet içeren herhangi bir eylemden farklı olarak, bir anda ortaya çıkan, belli bir siyasal amaca yönelik ve örgütlü olarak ve çoğu kez de ne zaman, nerede ve nasıl bir yöntemle gerçekleştirileceği önceden kestirilemeyen eylemlerdir. Bu eylemler ile, başta yaşam hakkı olmak üzere diğer pek

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

çok temel hak ve özgürlük ihlal edilir ve çoğu kez de kaldırılır. Bu eylemlerle temel hak ve özgürlükleri ihlal edilerek zarar görenler de çoğu kez kişisel bir husumet nedeniyle değil, teröristlerin amaçlarını gerçekleştirmek için hedef yapılırlar.

İlk bakışta bu eylemlerin idari bir eylem sayılamayacağı ve fakat teröristlerin bir eylemi olduğu söylenebilir. Bu söylen-diğinde ise, idarenin bu eylemler sonucu ortaya çıkan zarar-lardan sorumlu olmaması gerekir¹. Zira hem özel hukukta ve hem de idare hukukunda bir zarardan dolayı kusurlu ya da kusursuz bir sorumluluktan söz edebilmek için; bir eylem, bu eylemden doğan bir zarar ve eylem ile zarar arasında bir ne-densellik bağının bulunması zorunludur. Zaten Anayasa'nın 125'inci maddesinin son fıkrasına göre de "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür". Bu ne-denle de zaman zaman bir terör eylemi ile bu eylemden doğan zarar arasında nedensellik bağı bulunmasa dahi idarenin doğan zararlardan sorumlu tutulacağının kabul edilmesinin Anayasa'nın 125'inci maddesinin son fıkrası hükmüne ile bağ-daşamayacağı ileri sürülebilmiřtir². Bu itibarla, terör olayları sonucu ortaya çıkan zararlardan da idarenin sorumlu tutulma-sında, gerek eylem ile zarar arasında bulunması gereken ne-densellik bağı ve gerekse sorumluluğun dayanağı ve nedenleri yönlerinden önemli sorunlarla karşı karşıya gelinmiştir.

Terörle mücadele kapsamında yürütölen faaliyetlere gelin-ce, bu faaliyetlerin idari nitelikteki eylemler olduğunda kuşku yoktur. Ayrıca terörle mücadele kapsamında yürütölen faali-yetler çoğu kez riskli faaliyetler ve bu faaliyetlerde kullanılan araç-gereçlerde risk içeren araç-gereçlerdir. Dolayısıyla zarar, idari eylem niteliğindeki riskli bir faaliyetlerin yürütölmesin-den ve o faaliyette kullanılan riskli araç-gereçlerden doğmak-tadır. Bu nedenle, bu gibi faaliyetler nedeniyle doğan bir zarar ile bir idari eylem arasında bir nedensellik bağı kurulabilir. Ayrıca bu faaliyetler sonucu doğan zararlardan dolayı idare-

¹ GÖZLER-KAPLAN.: İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2018, s. 703-704

² Örneğin AKYILDIZ, Bahtiyar: Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı, Gazi Üniver-sitesi Hukuk Faköltesi Dergisi, 2005, Sayı 1-2,s.4

nin sorumluluğunda, sorumluluğun dayanağı ve sorumluluk nedenlerini belirleme oldukça kolaydır. Örneğın idare terörle mücadele ediyorum diye terörle hiçbir bağlantısı bulunmayan masum kişilere kasıtlı ya da hatalı olarak bir zarar vermiş; örneğın o kişilerin yaralanmasına ya da ölümüne neden olmuş ya da o kişilerin mallarını tahrip etmiş ise kusurlu sorumluluğı söz konusu olur. İdare de hizmet kusuru nedeniyle tazminat ödemeye mahkûm edilebilir³. Ama idare, bu faaliyetinin içeriğı riskin gerçekleşmemesi için alması gereken her türlü önlemi almış, bunu da kanıtlamış ve fakat buna rağmen bir zarar meydana gelmiş ise genel risk ilkesi uyarınca kusursuz sorumlu olur. Bu itibarla, idarenin terörle mücadele kapsamında yürüttüğü faaliyetlerinden sorumlu tutulmasında, gerek eylem ile zarar arasında bulunması gereken nedensellik bağı ve gerekse sorumluluğun dayanağı ve nedenleri yönlerinden bir sorunla pek karşılaşılmaz.

YASAL DÜZENLEMELER ve YARGI KARARLARI

Ülkemizde, kimi zaman terör olayları da dahil aniden ortaya çıkan toplumsal kargaşalar nedeniyle doğan zararların devlet ve idarece karşılanması için yasal düzenlemeler yapılmış, yargı kararları ile de bu gibi zararların idarece tazmin edilmesine hükmedilmiştir.

1.Yasal düzenlemelere örnekler

1 Mart 1956 tarih ve 6684 sayılı “6-7 Eylül 1955 tarihinde İstanbul ve İzmir’de Vuku Bulan Hadiselerde Zarar Görenlerin Zararlarının Ödenmesi Hakkında Kanun” ile, sözü edilen olaylarda zarar gören gerçek ve tüzel kişilerin İcra Vekilleri Heyetince kabul edilecek esaslar dairesinde zararlarının ödenmesi için Hükümete yetki verilmiş ve ödenecek miktarın 60 milyon lirayı geçemeyeceğı öngörülmüştür. 28.08.1992 tarih ve 3838 sayılı Kanun ile, Erzincan, Gümüşhane ve Tunceli illerinde vuku bulan deprem afeti ile Şırnak ve Çukurca’daki terör eylemleri

³ GÖZLER-KAPLAN,age., s. 703

sonucu meydana gelen zararların devletçe tazmininin sağlanmasına ilişkin dzenlemeler yapılmıştır. Ayrıca 03.11.1980 tarih ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile, kamu dzeninin korunması veya kaçakçılığın men, takip ve tahkiki konularında görevlendirilen kamu görevlilerinin, bu görevlerinden dolayı veya görevleri sona ermiŐ olsa bile yaptıkları görev nedeniyle derhal veya bu yüzden maruz kaldıkları yaralanma veya hastalık sonucu ölmeleri veya sakat kalmaları halinde, kendilerine ya da yakınlarına ödenecek olan maddi tazminat ile bağlanacak aylığın ve bu yüzden yararlanmaları nedeniyle ödenecek nakdi tazminatın esas ve usullerini dzenlenmiŐtir. 12 Nisan 1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 21'inci maddesinde de, "*yurtiçinde veya yurtdışında görevlerini ifa ederken veya sıfatları ortadan kalkmış olsa bile bu görevlerini yapmalarından dolayı terör eylemlerine muhatap olarak yaralanan, engelli hale gelen, ölen veya öldürülen*" kamu görevlilerine 2330 sayılı Kanun hükümlerine göre tazminat ödemesi ve aylık bağlanması öngörülmüştür.

Bu gibi durumlarda idarenin sorumluluğun dayanağı ilgili yasal dzenlemeler olmuştur.

2.Yargı kararlardan örnekler

a-Sosyal risk ilkesi

Özellikle 1990'lı yıllarda ortaya çıkan terör olayları ya da terörle mücadele kapsamında yürütölen faaliyetler nedeniyle uğranılan zararların tazmini istemiyle, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 13'üncü maddesine göre, idari yargıda idare aleyhine pek çok dava açılmış ve idari yargı yerleri de bu davalarda *sosyal risk ilkesi* olarak adlandırılan ayrı bir sorumluluk ilkesini uygulayarak bu zararların idarece tazminine hükmedilmiştir.

Örneğin köy muhtarı iken köyü basan yasadışı örgüt elemanlarınca evinden çağrılarak öldürölen kişinin mirasçuları tarafından idare aleyhine maddi ve manevi tazminat ödemesi istemiyle açılan dava yerel idare mahkemesince reddedilmiş, temyiz incelemesini yapan Danıştay:

“Kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında bireylerin uğradığı özel ve olağan dışı zararların idarece tazmini gerektiği idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. İdarenin belirtilen hukuki sorumluluğu, Türkiye Cumhuriyeti’nin hukuk devleti olma niteliğinin doğal sonucudur. İdarenin sorumluluğu sadece kusur esasına, hizmet kusuru teorisine dayanmamakta; idare kusur koşulu aranmaksızın da sorumlu sayılabilmektedir. Kural olarak idare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan, nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlüdür. Ancak sözü edilen kuralın istisnası olarak, idarenin faaliyet alanı ile ilgili önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği birtakım zararları da nedensellik bağı aranmadan tazmin etmesi gerekmektedir. Kolektif sorumluluk anlayışına dayalı sosyal risk adı verilen bu ilke, bilimsel ve yargısal içtihatlarla kabul edilmiştir.

Ülkemizin belli bir yöresinde yoğunlaşan terörist olaylar denilen eylemlerin devlete yönelik olduğu, Devletin anayasal düzenini yıkmayı amaçladığı, bu tür olayların zarar gören kişi ve kurumlara karşı kişisel husumetten ileri gelmediği bilinmekte ve gözlenmektedir.

Sözü edilen eylemler nedeniyle zarara uğrayan terörist eylemlere herhangi bir şekilde katılmamış olan kişiler kendi kusur ve eylemleri sonucu değil, toplumun içinde bulunduğu sosyal kargaşadan zarar görmektedirler. Kısaca zararın nedeni toplumun bireyi olmaktır. Belirtilen şekilde ortaya çıkan zararların özel ve olağan dışı nitelikleri dikkate alınıp nedensellik bağı aranmadan, terörist olayları önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemeyen idarece ... sosyal risk ilkesine göre tazmini gerekir. Esasen terörist olaylar sonucu ortaya çıkan zararların idarece tazmini böylece topluma mal edilmesi hakkaniyet gereği olduğu gibi, sosyal devlet ilkesine de uygun düşmektedir.”

gerekçesiyle aksi yöndeki idare mahkemesi kararını bozmuştur⁴. Danıştay, bu içtihadını daha sonra benzer olaylarda da sürdürmüştür⁵.

⁴ Da.10D. 13.10.1993 gün ve E.1992/3372, K.1993/3777 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı 89, s.581 vd. (582). Aynı doğrultuda Da.10D. 08.10.1995 gün ve E.1995/2388, K.1995/5893 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi* . Sayı 93, s.520 vd.

⁵ Örneğin Da.10D 08.10.1995 gün ve E.1995/2388, K.1995/5893 sayılı karar, *Danıştay Dergisi*, Say:93,s.520 vd.

Görüldüğü gibi, böylece içtihat yolu ile kusurda dayalı sorumluluk ve risk ve fedakarlığın denkleştirilmesi ya da kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkeleri ile birlikte öteden beri uygulanmakta olan kusursuz sorumluluk dışında sosyal riske dayalı bir kusursuz sorumluluk türü daha getirilmiştir. Özetlemek gerekir ise, Danıştay'a göre:

- Sosyal riske dayalı sorumluluğa yol açan terör eylemleri, idarenin önlemekle yükümlü olduğu ve fakat önleyemediği sosyal risk içeren eylemlerdir.
- Terör eylemleri nedeniyle zarar görenler, bu eylemlere herhangi bir biçimde katılmamış olan kişiler olup, bu kişiler kendi kusur ve eylemleri sonucu değil ve fakat toplumun içinde bulunduğu kargaşadan; yani toplumun bir bireyi olmaktan dolayı zarar görmüşlerdir.
- Zarar, idarenin bir eyleminden değil, teröristlerin eylemlerinden doğmuştur. Bu nedenle idarenin herhangi bir eylemi ile zarar arasında bir nedensellik bağının kurulması da mümkün değildir.
- Tüm bunlara karşın, özel ve olağan dışı nitelikleri olan bu zararın idarece tazmin edilerek tüm topluma pay edilmesi hakkaniyet gereği olduğu gibi, sosyal devlet ilkesine de uygun düşmektedir.

Sosyal risk ilkesinin dayanağı konusunda öğretilerde tartışılmıştır⁶. Öğretilerde savunulan görüşlerin hemen tamamının temelinde, terör olaylarının sosyal bir risk içermesi, bu riskin idarece önlenmesi gerektiği halde önlenememiş olması ve bu nedenle ortaya çıkan ve aslında toplumdaki her bir bireyin her an karşı karşıya gelebileceği zararlara belli kişi ya da kişilerin maruz kalmış olmaları karşısında, somut olarak zarara uğramış olan kişilerin zararların bir nevi toplumsallaştırılması ve topluma pay gerektiği düşüncesi yatmaktadır.

⁶ Öğretilerde savunulan görüşler için bkz. SEVER, Dilşad Çiğdem: Terörle Bağlantılı Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl: 2017, Kasım-Aralık, Sayı :133, s.163 vd. (169)

b- İdarenin hizmet kusuruna dayalı sorumluluğu

Ancak belirtelim ki, Danıştay yine bu yıllarda, terör saldırısı nedeniyle yaşamlarını yitirenlerin mirasçıları tarafından açılan kimi bazı tazminat davalarında, öncelikle idarenin bir kusuru olup olmadığını araŐtırmıŐ ve hizmet kusurunu tespit ettiğinde de, sosyal risk ilkesini uygulamayarak idarenin kusurlu sorumluluğuna hükmetmiştir. Örneğin T.C. Atina Büyükelçiliğinde MüsteŐar olarak görev yapan davacının eşinin, 04.07.1994 tarihinde görevine giderken bir terörist saldırı sonucunda vefat etmesi üzerine uğranılan maddi ve manevi zararların tazmini istemiyle açılan davada:

“ ... Atina’da gerek Yunan ve gerek Türk teröristlerinin ölkemiz aleyhine faaliyette buldukları, mahalli gazetelerde müteveffanın da içinde olduğu listelerde hedef gösterildiği, elçilik personelinin görev ve gidip gelmeleri için zırhlı araç bulunmasının gerekli olduğu, ancak araçların bakımsızlık nedeniyle arızalı olduğu, kullanılmaz hale geldiği, yeni zırhlı araç alımı için ödenek verilmediği, mevcut zırhlı aracın ise yetersiz olduğu ve müteveffa tarafından kullanımının olanaksız olduğu, dava dosyasındaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden anlaşılmaktadır. ... Bu haliyle bakılan davada davacılar murisinin can güvenliğinin korunmasında ortaya çıkan hizmet kusurunun kabulü zorunlu olduğundan, bundan doğan zararın hizmeti yürütmekle görevli idarece tazmini gerekmektedir...”

sonucuna ulaŐmıŐtır ⁷.

Danıştay yine bu yıllarda araştırmacı gazeteci-yazar Uğur Mumcu’nun bir terör saldırısı sonucu yaşamını yitirmesi üzerine ailesi tarafından açılan davada:

“3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 20. maddesinde ,... terör örgütlerinin açık hedefi haline gelen veya getirilenler ... hakkında gerekli koruma tedbirlerinin Devlet tarafından alınacağı hükmüne bağlanmıştır. ...Uğur Mumcu’nun araştırmacı gazeteci, yazar ve aydın olarak yaptığı araŐtırmalarla suçların ve suç örgütlerinin ortaya

⁷ Da.10D. 28.11.1996 gün ve E.1996/3423, K.1996/7923 sayılı kararı (YayınlanmamıŐtır).

çıkartılmasındaki katkıları ve düşünceleri nedeniyle terör örgütlerinin açık hedefi haline geldiği bilinmekteydi. Uğur Mumcu'nun terör örgütlerinin açık hedefi haline gelmesi yanı sıra, bu örgütlerce, 3713 sayılı Yasanın 20. maddesi kapsamına girenlere yönelik eylemlerde bulunduğu da dikkate alındığında Yasa'nın açık ve kesin hükmü karşısında gerekli koruma tedbirlerinin alınmaması bir hizmet kusurudur..."

diyerek, İçişleri Bakanlığının olaydaki sorumluluğunu sosyal risk ilkesine dayandıran idare mahkemesi kararını gerekçe yönünden bozmuştur⁸.

Danıştay, Madımak Otel'i nin yakılması olayında yaşamlarını yitirenlerin mirasçılarının açmış olduğu davalarda da:

" Kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, devletin asli görevidir. İdarenin bu görevi yerine getirmek, kamu düzeni ve esenliğini sağlamak üzere kolluk örgütünü kurması, gerekli araç ve olanakları sağlaması, yeterli önlemleri zamanında alması gerektiği açıktır. Dosyanın incelenmesinden, davalı idarenin 4. Pir Sultan Abdal Kültür Etkinliklerinin ikinci gününde protesto eylemlerinin başlamasından otelin yakılmasına kadar geçen yedi saate yakın bir süre kalabalığı dağıtmaya, etkisiz hale getirmeye yönelik girişimlerde yetersiz kaldığı, önleyici kolluk tedbirlerini almadığı, kalabalığı dağıtmaya yarayacak araç ve gereçlerini hazır bulundurmadığı, özetle hizmetin geç ve kötü işlemesi sonucu uyuşmazlık konusu zararların meydana geldiği anlaşılmaktadır. ..." ⁹

diyerek, idare mahkemesinin davalı İçişleri Bakanlığını tazminat ödemeye mahkum eden kararını sonuç itibariyle ve fakat bu gerekçe ile onamıştır.

c- Kusurlu sorumluluğun ve sosyal risk ilkesinin uygulanacağı durumlar

Danıştay'ın terör olayları nedeniyle oluşan zararlardan idareyi kusurlu olarak sorumlu gördüğü kararları incelendiğinde,

⁸ Da.10D.18.03.1998 gün ve E.1996/10292, K.1998/1190 sayılı karar

⁹ Da.10D 1207.1995 gün ve E.1994/7359, K.1996/3559 sayılı karar

idarenin kusurlu olarak sorumlu tutulmasının asıl gerekçesinin, bu kararlarda açıkça dillendirilmemiş olsa da, devletin yerine getirmekle yükümlü olduğu en asli görevlerini yerine getirememiş olduğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki; Anayasa'nın 5'inci maddesinde de belirtildiği gibi, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve özgürlüklerini kullanılamaz hale getirecek siyasal, ekonomik ve de *sosyal* her türlü engeli ortadan kaldırmak devletin temel amaç ve görevlerindedir. Bu bağlamda, kişilerin can ve mal güvenliğini sağlamak devletin en ilkel (birincil) görevidir. İdare bu görevini yerine getirmek için gerekli istihbarat ve kolluk örgütlerini kurmak, personelini eğitmek ve yetiştirmek ve gerekli araç-gereçleri temin ederek hazır bulundurmak gibi terör eylemlerinin ortaya çıkmaması ve bu eylemler nedeniyle zararların oluşmaması için her türlü önlemi almakla yükümlüdür. Bir Danıştay kararında da vurgulandığı üzere, *"idare kendisine tevdi edilmiş bulunan kamu hizmetlerinin gereği gibi işlemlerini temin amacı ile gerekli teşkilatı kurmak ve bu teşkilatın icap ettirdiği şahsi, aynı ve mali inkân ve vasıtaları her an hazır bulundurmakla sorumludur"*¹⁰. Nitekim biraz önce değindiğimiz sosyal risk ilkesinin uygulandığı yargı kararlarında da *"... önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği terörist olaylar"* dan söz edilmekle, idarenin böyle bir görevinin bulunduğu kabul edilmiş olmaktadır. Bizatihi bu görevin yerine getirilmemiş olması ihmali bir idari eylem olup, nedensellik bağı da bu ihmali eylem ile ortaya çıkan zarar arasında kurulmuş olmaktadır. İdare Hukukunda kusurlu sorumluluğun asli, kusursuz sorumluluğun da istisnai olma niteliği gereği, somut bir terör olayında öncelikle idarenin belirtilen anlamda bir kusuru olup olmadığının araştırılması ve bu anlamda bir kusurunun bulunduğu tespit edildiğinde de kusurlu sorumluluğuna hükmedilmesi gerekir¹¹. İçtihat yoluyla bir kusursuz sorumluluk ilkesi

¹⁰ Da.12D 13.04.1970 gün ve E.1969/3435, K.1970/754 sayılı karar, Danıştay Dergisi, Sayı:1, s.375

¹¹ Nitekim 10.10.2015 tarihinde Ankara Tren Garı önünde meydana gelen canlı bombalı saldırı sonucunda ölen bir kişinin mirasçuları tarafından manevi tazminat istemli olarak açılan davada Ankara 12. İdare Mahkemesi, 03.04.2018 gün ve E.2016/1692, K.2018/6752 sayılı kararıyla, *"...yakın zamanda benzeri terör olayları*

olarak oluşturulan sosyal risk ilkesi ise, ancak idarenin somut bir terör olayının meydana gelmemesi için alması gereken her türlü önlemi almış olduğunun; yani hizmet kusurunun bulunmadığının anlaşılması üzerine uygulama alanı bulmalıdır. Terör olayları nedeniyle ortaya çıkan zararların tazmini istemiyle açılan her davada, davaya konu olan somut terör olayında idarenin terör olayını önlemek için gerekli önlemleri alıp almadığına bakılmaksızın sosyal risk ilkesinin uygulanması, idarenin kusura dayalı sorumluluktan soyutlanmasına ve aklanmasına yol açar. Ayrıca hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı hiç araştırılmadan her türlü terör olayları nedeniyle meydana gelen zarardan idarenin kategorik olarak kusursuz sorumluluğu kabul edildiğinde, Anayasa'nın 129'uncu maddesinin 5'inci fıkrası uyarınca kişisel kusurlu personele rücu edebilme olanağı da ortadan kalkar ve böylece terör olaylarının önlenmesi için gerekli önlemleri kasten ya da ağır kusurlu olarak almamış olan personel de sorumluluktan kurtarılmıŐ olur.

5233 SAYILI TERÖR ve TERÖRLE MÜCADELENE DOĞAN ZARARLARIN KARŞILANMASI HAKKINDA KANUN

1. Kanun'un yürürlüğe sokulmasına yol açan etkenler

1980 yıllarda Güneydoğu Anadolu'da Bingöl, Diyarbakır, Elâzığ, Hakkari, Mardin, Siirt, Tunceli, ve Van illerinde uygulanan olağanüstü hal rejimi bağlamında çıkarılmış olan 14 Temmuz 1987 tarih ve 285 sayılı Olağanüstü Hal Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de 09.05.1990 tarih ve 425 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yapılan değişlikle, olağanüstü hal valisince bu KHK ile tanınan yetkiler

yaŐandığı ve terör, güvenlik gibi konularda eğitimi olmayan kişilerce dahi olası bir terör eylemi korkusuyla yakınlarnın kalabalık yerlerden uzak durulması konusunda uyarıldığı, yaygın şekilde terör saldırısı beklentisi olan bir dönemde elde edilen hayati önemdeki istihbari bilginin özellikle miting gibi kalabalık alanlarda canlı bomba eylemine ilişkin olmasına rağmen, bu konuda önlem alması gereken birimlere iletilmesinde mülkiye müfettiŐlerince tespit edilen, ancak ... uzun süreli terör deneyimi olan bir Devlet'te ihmal olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan kusurlu davranış sonrası istihbari bilgide yer alan doğrultuda gerçekte canlı bomba eyleminden kaynaklı bir olayda idarenin gerekli ve yeterli özeni göstermemesi nedeniyle hizmet kusurlu..." olduğu tespit edilerek davacılaraya manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir.

kullanılarak tesis edilen işlemlere karşı yargı yolu kapatılmıştır. Bu hüküm daha sonra Anayasa Mahkemesi'nin 25.02.2003 gün ve E.2003/28, K.2003/42 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Ancak iptal kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM)'ne çok sayıda başvuru yapılmıştır. AİHM, bu davalardan birinde verdiği 29.06.2004 tarihli "ilke kararı"nda, Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8'inci maddesinde yer alan özel yaşama, aileye ve konut hakkına saygı ilkesini, 13'üncü maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkını ve ek 1 No.lu Protokol'ün 1'inci maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir¹². İşte AİHM'e başvuruları frenleyerek yapılmış ve yapılacak olan diğer başvurularda da Türkiye aleyhine kararlar verilmesinin önünü kesmek amacıyla, 17 Temmuz 2004 tarih ve 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun yürürlüğe sokulmuş ve 19.07.1987 tarihinden bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihe kadar terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar görenlerin maddi zararlarının yargı öncesi bir uyuşmazlık çözme yöntemi (sulh yöntemi) yoluyla karşılanmasına olanak tanınmak istenmiştir. Nitekim AİHM de, önce İçyer v.Türkiye Başvuru No.18888/02, 12.01.2006 kararında 5233 sayılı Kanunun getirdiği düzenlemelerin etkili bir hukuk yolu olduğuna ve öncelikle de bu yolun tüketilmesi gerektiğine karar vermiş ve bu başvuruyu reddetmiştir. AİHM, daha sonra da 150 benzer başvurunun aynı gerekçelerle reddine karar vermiştir¹³.

2. Kanun'un kapsamı

5233 sayılı Kanun'un "Kapsam" başlıklı 2'nci maddesinde de belirtildiği üzere, bu Kanun'da hem 3173 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 1'inci, 2'nci ve 4'üncü maddeleri kapsamına

¹² Doğan ve Diğerleri v.Türkiye Başvuru No.8803-8811/02 ve 8815-8819/02

¹³ KAYA, Cemil: Avrupa Konseyi'ndeki Gelişmeler Işığında 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun, Uluslararası Hukuk ve Politika. Cilt:3, No:10, 2007, s.27

giren eylemler ve hem de terörle mücadele kapsamında yürütölen faaliyetler nedeniyle zarar gören gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin maddi zararlarının sulh yoluyla karşılanmasına ilişkin esas ve usulleri düzenlenmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, 5233 sayılı Kanun'da terör eylemleri ve terörle mücadele kapsamında yürütölen faaliyetlerden doğan zararlardan dolayı idarenin sorumluluğunun kaynağını ve nedenlerini belirleyen herhangi bir hüküm yoktur. Bu Kanun'da, idarenin hangi sorumluluk ilkesi ve nedeniyle sorumlu olduğuna bakılmaksızın, sadece ve sadece bu eylemler nedeniyle doğan maddi zararların yargı mercilerine başvurulmadan önce sulh yolu ile karşılanmasına ilişkin usul ve esaslar yer almaktadır.

5233 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinde, sözü edilen eylem ve faaliyetler nedeniyle doğan:

- Hayvanlara, ağaçlara, ürönlere ve diğer taşınır ve taşınmaz mallara verilen her türlü zararlar,
- Kişilerin mal varlıklarına ulaşamamalarından kaynaklanan maddi zararlar ve
- Yaralanma, engelli hale gelme ve ölüm halinde uğranılan zararlar ile tedavi ve cenaze giderlerinin

sulh yoluyla karşılanacağı öngörölmüştür. Kanun'un 9'uncu maddesinde de; yaralanma, engelli hale gelme ve ölüm hallerinde (7000) ek göstergenin memur katsayısı ile çarpımı suretiyle bulunacak miktarın belli bir limitini geçmemek üzere nakdi tazminat olarak karşılanacağı hükme bağlanmıştır¹⁴.

¹⁴ MADDE 9.- Yaralanma, (Değişik ibare : 6462 - 25.4.2013 / m.1/62-c) "engelli hâle gelme" ve ölüm hallerinde (7000) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucunda bulunan miktarın;

- a) Yaralananlara altı katı tutarını geçmemek üzere yaralanma derecesine göre,
 - b) Çalışma gücü kaybı, yetkili sağlık kuruluşları tarafından üçüncü derece olarak tespit edilenlere dört katından yirmidört katı tutarına kadar,
 - c) Çalışma gücü kaybı, yetkili sağlık kuruluşları tarafından ikinci derece olarak tespit edilenlere yirmibeş katından kırksekiz katı tutarına kadar,
 - d) Çalışma gücü kaybı, yetkili sağlık kuruluşları tarafından birinci derece olarak tespit edilenlere kırkdokuz katından yetmişiki katı tutarına kadar,
 - e) Ölenlerin mirasçılarında elli katı tutarında,
- Nakdi ödeme yapılır.

5233 sayılı Kanuna göre sulh yoluyla karşılanabilecek olan zararlar, terör eylemleri ya da terörle mücadele kapsamında yürütölen faaliyetler sonucu doğmuş olan maddi zararlardır. Bununla birlikte, Kanun'un 2'nci maddesinin 2'nci fıkrasında sözü edilen olay ve faaliyetler nedeniyle oluşın maddi zararlar bu Kanun'un kapsamı dışında tutulmuştur. Kanun'un kapsamı dışında tutulmuş bulunan maddi zararların bazıları, bir mahkeme kararı ya da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince (AİHM) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 41'inci maddesi uyarınca hükmedilen ya da Sözleşme hükümleri uyarınca dostane çözüm yoluyla uzlaşılın tazminatın ödenmesi sonucunda karşılanın zararlar olup, zaten karşılanmış bulunan bu zararların Kanun'un kapsamı dışında tutulmuş olması doğaldır. Ayrıca kişilerin kendi kasıtları sonucu uğramış oldukları zararların da Kanun'un kapsamı dışında tutulmuş olması doğaldır. Zira zararın tamamen zarara uğrayanın kusurundan doğmuş olması halinde idarenin hem kusurlu ve hem de kusursuz sorumluluğu söz konusu olamaz. Nihayet 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 1'inci, 3'üncü ve 4'üncü maddelerinde belirtilen suçlar ile terör olaylarında yardım ve yataklık suçlarından mahkûm olanların bu eylemlerinden dolayı uğramış oldukları zararlar da Kanun'un kapsamı dışında tutulmuş olup, sözü edilen suçlar nedeniyle ceza kovuşturması açılmış olanlar hakkında kovuşturma sonuçlanıncaya kadar bu Kanun'a göre herhangi bir işlem yapılmaz. Kanun'da belli suçlar dolaylı mahkûm olanların o eylem nedeniyle uğramış oldukları zararlar Kanun'un kapsamı dışında tutulmuş olduğundan, örneğinin böyle bir suçtan mahkûm olan kişinin yakınlarının yaptığı başvurunun suç ve cezaların şahsiliği ilkesi nedeniyle reddedilmesi mümkün değildir¹⁵. Ayrıca masumiyet karinesi gereği,

Nakdi ödemenin tespitine esas tutulacak miktar, ödeme yapılmasına ilişkin valinin veya Bakanın onayı tarihinde geçerli gösterge ve katsayı rakamları esas alınarak belirlenir.

Birinci fıkranın (e) bendine göre belirlenen nakdi ödemenin mirasçılara intikalinde 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun mirasa ilişkin hükümleri uygulanır.

¹⁵ Nitekim 5233 sayılı Kanun'da belirtilen suçlardan birinden mahkum olan bir kişinin eşinin bu Kanun'a göre yaptığı başvurunun reddine dair işlem Diyarbakır İdare Mahkemesi'nce iptal edilmiş ve iptal kararı da Danıştay'ca onanmıştır (Aktaran: Yusuf ÇETİN, "Terör Olaylarından Kaynaklanan Tazminat Davaları ve İdari

kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı olmadığı halde bir kişinin yaptığı başvurunun salt terör örgütü üyesi ya da sempatizanı olduğundan bahisle reddedilmesi mümkün olmamalıdır. Ancak buna rağmen Danıştay bir kararında “ ...hakkında istihbari açıdan örgüt üyesi veya yasadışı (sempatizanı) olduğuna dair resmi makamlarda bilgi bulunan kişilerin terör nedeniyle uğradıkları zararların, 5233 sayılı Yasa kapsamında tazmini hukuken mümkün değildir” görüşüne yer verilmiştir¹⁶.

2. Manevi zararlar

5233 sayılı Kanun’a göre terör eylemleri ve terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle meydana gelen maddi zararlar karşılanabileceğinden, manevi zararlar bu Kanun’un kapsamında değildir. Ancak 5233 sayılı Kanun, idarenin sorumluluğunun kaynağı ve dayanağı konusunda herhangi bir hüküm içermediği gibi; idarenin sorumluluk alanını daraltan, terör eylemleri ve terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle açılacak manevi tazminat istemli davalara yargı yolunu kapatan bir hüküm de içermemektedir. Bu nedenle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 13’üncü maddesinde düzenlenmiş olan genel usul ve hükümlere göre, sözü edilen eylemler nedeniyle doğan manevi zararların ödenmesinin olayın öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde olayın vuku bulduğu tarihten itibaren beş yıl içinde idareden (İçişleri Bakanlığı’ndan) talep edilmesi ve bu talebin kısmen veya tamamen reddedilmesi üzerine de süresi içinde manevi tazminat istemli davaların açılması mümkündür. Bununla birlikte, kimi idari yargı kararlarıyla, sözü edilen eylemler nedeniyle oluşan manevi zararların tazmini istemiyelerle açılmış olan davalar, 5233 sayılı Kanun’da manevi tazminat isteminin yasal dayanağının bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir¹⁷. Anayasa Mahkemesi ise, 5233 sayılı Kanun’un Anayasaya aykırılık iddiası ile yapılan iptal başvurusu üzerine

Kolluk Hizmetlerinden Uğranılan Zararların Tazmini” ,Anayasa Mahkemesi’nde sunulan bildiri.

¹⁶ Da.15.Da. 22.06.2011 gün ve E.2011/11, K.2011/335 sayılı karar.

¹⁷ Örneğin bkz.Da.13D. 26.10.2009 gün ve E.2009/7423, K.2009/9167 sayılı karar

verdiği yorumlu ret kararında, 5233 sayılı Kanun'un manevi tazminat konusunda herhangi bir kısıtlama getirmediği sonucuna ulaşmıştır¹⁸. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararının yürürlüğe girmesinden sonra, terör eylemleri ve terörle mücadele kapsamında yürütölen faaliyetler nedeniyle oluşın manevi zararların ödenmesi istemiyle genel hükümlere göre açılan davalar dinlenmekte ve karara bağlanmaktadır.

3. Sulh Usulü

5233 sayılı Kanun, bu Kanun'da öngörölen usullerle yapılacak olan başvuruların, başvuru sahibi ile idare arasında düzenlenecek bir sulhname ile yoluyla çözümlenmesine ilişkin usulleri düzenlemektedir.

Kısaca belirtmek gerekir ise Kanun'un 6'ncı maddesine göre zarar görenler, mirasçılarını ya da yetkili temsilcileri olayı öğrendikleri tarihten itibaren altmış gün ve her halde olayın meydana geldiği tarihten itibaren bir yıl içinde zararın veya zarar konusu olayın gerçekleştiği il valiliğine başvuracaklardır. Ayrıca başvuruların ilgili valiliğe gönderilmek üzere diğer valiliklere, kaymakamlıklara, Türkiye Cumhuriyeti dış temsilciliklerine, İçişleri Bakanlığı ile diğer bakanlıklara ve kamu kurum ve kuruluşlarına da yapılması mümkündür. Belirtilen süreler geçtikten sonra yapılacak başvurular kabul edilmeyecek; ancak yaralanma ve engelli hale gelme durumlarında, yaralının hastaneye kabulünden hastaneden çıkışına kadar geçen süre, başvuru süresinin hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır. Başvurular, valiler tarafından oluşturulan "zarar tespit komisyonu" na iletilecektir¹⁹. Komisyon, başvuru ile ilgili çalışmalarını başvuru tarihinden itibaren altı ay içinde tamamlayacak; ancak

¹⁸ AYM. 25.06.2009 gün ve E.2006/79, K.2009/97 sayılı kararı (RG. 13.11.2009-27405)

¹⁹ 5233 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin 2'nci fıkrasına göre, "Komisyon, bir başkan ve altı üyeden oluşur. Valinin görevlendireceği vali yardımcısı komisyonun başkanı; maliye, bayındırlık ve iskân, tarım ve köyüşleri, sağlık, sanayi ve ticaret konularında uzman ve o ilde görev yapan kamu görevlilerinden vali tarafından belirlenecek birer kişi ile baro yönetim kurulunca baroya kayıtlı olanlar arasından görevlendirecek bir avukat komisyonunun üyesidir. Komisyonun başkan ve üyeleri her yıl ocak ayının ilk haftasında yeniden belirlenir. Eski üyeler yeniden görevlendirilebilirler. İş yoğunluğuna göre aynı ilde birden fazla komisyon kurulabilir."

bu süre vali tarafından üç ay daha uzatılabilecektir. Komisyon, başvuru konusu ile ilgili her türlü bilgi ve yardımı isteme yetkisine sahip olduğu gibi, kamu kurum ve kuruluşları çalışanları ya doğrudan ya da görevlendireceği bilirkişi aracılığı ile zararı tespit edecek, yaralanma, engelli duruma gelme ve ölüm hallerinde Kanun'un 9'uncu maddesindeki limitler dahilinde zarar miktarını belirleyecektir. Daha sonra bir sulhname tasarısı hazırlanarak, bir örneği davet yazısı ile birlikte başvuru sahibine tebliğ olunacaktır. Davet yazısında, başvuru sahibinin sulhname tasarısını imzalamak üzere otuz gün içinde gelmesi veya yetkili temsilcisini göndermesi gerektiği; aksi takdirde sulhname tasarısını kabul etmemiş sayılacağı ve yargı yoluna başvurarak zararının tazminini talep etme hakkının saklı olduğu hususları da belirtilecektir. Davet üzerine gelen hak sahibi ya da yetkili temsilcisi tarafından sulhname tasarısı kabul edildiği takdirde, bu tasarı kendisi ya da yetkili temsilcisi ve komisyon başkanı tarafından imzalanacaktır²⁰. Buna karşılık, sulhname tasarısı başvuru sahibince kabul edilmediği takdirde bir uyuşmazlık tutanağı düzenlenecek ve başvuru sahibine tebliğ olunacak, başvuru sahibi de tebliğ tarihinden itibaren dava açma süresi (altmış gün) içinde idari yargıda tam yargı davası açabilecektir. Ayrıca başvuru sahibi sulhname tasarısını imzalamak üzere davet edilip de davet yazısının tebliğinden itibaren otuz gün içinde gelmez ya da yetkili bir temsilcisini de göndermez ise, otuz günlük sürenin dolduğu tarihten itibaren süresi içinde idari yargıda yine tam yargı davası açabilecektir.

Konusunun bir tazminat alacağı için yapılan bir anlaşma olmasından ve idarenin kamu gücüne dayanılarak tesis etmiş olduğu tek yanlı bir işlem de olmamasından hareketle, sulhnamenin başvuru sahibi ile idare arasında akdedilmiş, özel hukuka tabi bir sulh sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir²¹. Bir başka anlatımla, başvuru sahibinin sulhnameyi imzaladıktan

²⁰ 5233 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesine göre, sulhnamede belirlenen zararlar, sulhnamenin imzalanmasından ve vali tarafından onaylanmasından sonra İçişleri Bakanlığı bütçesine konulan ödenekten üç ay içinde karşılanacaktır.

²¹ SEVER, agm.. s.198. Ayrıca Yargıtay 13. HD 22.03.2012 gün ve E.2012/39, K.2012/7900 sayılı ve 26.06.2013 gün ve E.2013/9838, K.2013/17651 sayılı kararları.

sonra, sulhnamede belirlenen zarar miktarı üzerinden idare ile sulh olduğu kabul edilerek, bu zarar miktarından daha fazla zarara uğradığı iddiasıyla bu zararlarının da tazmini istemiyle dava açması mümkün görülmemektedir²².

İdari uyuşmazlıklarda sulh yolu, 5233 sayılı Kanun'dan başka ayrıca 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ile Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile de öngörülmüştür²³. Bu KHK'nin 12'nci maddesine göre, idari işlemler nedeniyle haklarının ihlal edildiğini ileri sürenler dava açma süresi içinde; idari eylemler nedeniyle haklarının ihlal edildiğini ileri sürenler ise İYUK md.13'de belirtilen bir ve beş yıllık süreler zarfında ve bu maddede düzenlenen zorunlu idari başvuru yerine geçmek üzere zararlarının karşılanması istemiyle başvuruda bulunabileceklerdir. Böyle bir başvuru dava açma süresini durduracaktır. Başvuru, ilgili idarenin " hukuki uyuşmazlıkları inceleme komisyonu"²⁴ tarafından bilirkişi incelemesi dahil her türlü araştırma yapılarak incelenecek, inceleme sonucu hazırlanacak rapor bakanlıklarda bakana, diğer idarelerde üst yöneticiye sunulacak, bakan ya da üst yönetici tarafından raporun onaylanmasından sonra hazırlanacak sulh tutanağı onbeş gün içinde imzalanması için başvuru sahibine verilecektir. Başvuru sahibi sulh tutanağını imzaladığı takdirde tutanak ilam hükmünde sayılacak; tutanağın imzalanmaması ya da onbeş gün içinde imzalanmayarak imzalanmamış sayılması durumunda ise *bir uyuşmazlık tutanağı* düzenlenecek, başvuru sahibi de bunun üzerine tam yargı davası açabilecektir. Başvuru sahibinin talebinin kısmen kabul edilmesi ve kısmen de reddedilmesi mümkün olup, bu takdirde sulh olunan konu ya da miktara ilişkin olarak dava yoluna başvurulamayacak; reddedilen miktara ilişkin olarak ise dava açılabilir. Ay-

²² Da.15D. 06.07.2011 gün ve E.2011/9952, K.2011/628 sayılı karar

²³ RG.02.11.2011 - 28103

²⁴ 659 sayılı KHK. md. 2/1-c'ye göre, "hukuki uyuşmazlıkları inceleme komisyonu", idareler bünyesinde üst yönetici tarafından oluşturulan, hukuk birimi amiri ve hukuki uyuşmazlıkla ilgili birim amirinin bulunduğu en az üç üyeden oluşan komisyondur.

rica başvurunun altmış gün içinde sonuçlandırılması zorunlu olup, başvuru bu süre zarfında sonuçlandırılmadığı takdirde reddedilmiş sayılacak ve altmış günün bittiği tarihten itibaren süresi içinde tam yargı davası açılması mümkün olacaktır.

Görüldüğü üzere, 659 sayılı KHK'nin 12'nci maddesi uyarınca yapılacak ve İYUK. md.13'de düzenlenen zorunlu idari başvuru yerine geçecek olan sulh başvurusu ile 5233 sayılı Kanun'da düzenlenmiş bulunan sulh başvurusu birbirinden oldukça farklıdır. Bir defa her iki başvurunun süreleri farklıdır. Ayrıca 5233 sayılı Kanun'a göre düzenlenecek olan sulhname tasarısının başvuru sahibi tarafından imzalanması ile oluşacak sulhname özel hukuka tabi bir sulh sözleşmesi olacak iken, 659 sayılı KHK'ye göre düzenlenecek sulh tutanağı başvuru sahibi tarafından imzalanmakla ilam hükmünde sayılacak ve infazı ise ilamların infazı hükümlerine tabi olacaktır. Nihayet daha da önemlisi, 5233 sayılı Kanun'a göre başvuru sahibinin sulhname tasarısında belirtilen zarar miktarını kısmen kabul edip, kabul etmediği miktarın karşılanması istemiyle dava açma olanağı bulunmamaktadır. Oysa 659 sayılı KHK'ye göre başvuru sahibinin düzenlenecek olan sulh tutanağında belirtilen zarar miktarını kısmen kabul ederek, kabul etmediği zarar miktarının karşılanması istemiyle dava açması mümkündür. Bu nedenle, terör olayları ya da terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarara uğrayan kişi, zararın karşılanması istemiyle 5233 sayılı Kanun'a göre başvuruda bulunmuş ise, ya sulhnamede belirtilen zarar miktarının tamamını kabul ederek sulh olacak ya da bu zarar miktarını kabul etmeyerek dava açabilecektir.

4.5233 sayılı Kanun ve Sosyal Risk İlkesi

Danıştay, 5233 sayılı Kanun'u sosyal risk ilkesinin yasalaşmış hali olarak nitelendirmektedir²⁵.

Danıştay, bu nitelemesi doğrultusunda, bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra meydana gelen terör eylemleri ya da

²⁵ İDDK 26.03.2014, E.2013/4602, K.2014/1220

terörle mücadele kapsamındaki faaliyetler nedeniyle meydana gelen maddi zararların tazmini istemiyle açılan ve açılacak olan davaları genel hükümlere (İdari Yargılama Usulü Kanunu md.13'e) göre açılmış davalar olarak değil, bu Kanun'daki usullere göre açılmış davalar olarak görmektedir. Bu nedenle de Danıştay, terör eylemleri ve terörle mücadele kapsamında yürütölen faaliyetler nedeniyle doğan maddi zararlar için genel hükümlere göre dava açılmayacağı görüşündedir²⁶. Terör eylemleri ve terörle mücadele kapsamında yürütölen faaliyetler nedeniyle meydana gelen zararların ödenmesi için açılacak davaların genel hükümlere göre değil de, 5233 sayılı Kanun'a göre açılması gerektiği kabul edildiğinde, genel hükümlere göre örneğin İçişleri Bakanlığı'na yapılan bir başvurunun ilgili valiliğe gönderilmesi; genel hükümlere göre yapılan bir başvurunun reddi üzerine açılan davalarda da dava dilekçesinin İYUK. md.15/1-e uyarınca idari merci tecavüzü nedeniyle ilgili valiliğe tevdi olunması gerekecektir. Genel hükümlere göre yapılacak başvurunun süresi 5233 sayılı Kanun'a göre yapılacak olan başvurunun süresinden daha uzun olduğundan, bu durumlarda 5233 sayılı Kanun'da öngörölen süreler de kaçırılmış olabilecektir.

Ancak Danıştay'ın bu görüşüne katılmak güçtür. Zira 5233 sayılı Kanun'da bu Kanun'un kapsamına giren eylemlerden doğan zararların talep ve dava edilmesinde İYUK md.13'ün uygulanamayacağına ilişkin bir hüküm bulunmaması bir yana, yukarıda da açıklandığı üzere 5233 sayılı Kanun'a göre açılacak davaya yol açacak başvuru ile İYUK. md.13'e göre açılacak davaya yol açacak başvurunun amacı, kapsamı, usulü ve süreleri de birbirinden tamamen farklıdır. Ayrıca yine yukarıda açıklandığı üzere, 5233 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesi göre yapılacak olan başvuru bir sulhname imzalanması ya da bir uyuşmazlık tutanağının düzenlenmesine müncer olacakken, İYUK. md.13'e göre yapılacak olan başvuru talep edilen zararın ödenme ya da ödenmemesine dair bir ön kararın alınması-

²⁶ Bkz. Da.15D. 18.10.2012 gün ve E.2012/189, K.2012/7048 ve 19.11.2015 gün ve E.2012/5325, K.2015/7807 sayılı kararlar.

na müncer olacaktır. Ayrıca 5233 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesine göre yaralanma, engelli duruma gelme ve ölüm nedeniyle talep edilebilecek ve alınabilecek olan nakdi tazminat miktarı Kanun'un 9'uncu maddesi uyarınca limitli olacak iken, İYUK. md.13'e göre yapılacak başvuru ile bu gibi hallerde uğranılan maddi zararların tamamına karşılık bir nakdi tazminat talep edilebilecek ve bu talebin kısmen ya da tamamen reddedilmesi üzerine de maddi zararların tamamı için tam yargı davası açılabilecektir. Bu nedenle, 5233 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesi ile İYUK. Md. 13 arasında bir genel-özel norm ilişkisinin bulunmadığı ve 5233 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinde öngörülen başvurunun ihtiyari bir başvuru olduğu söylenebilir²⁷. Bir terör eyleminden ya da terörle mücadele kapsamında yürütülen bir faaliyetten zarar gören, isterse zararının sulh yoluyla karşılanması için bu maddeye göre bir başvurabilmeli, isterse İYUK. md.13'de öngörülen süreler zarfında bir başvuru yaparak bu başvurusunun reddedilmesi halinde tam yargı davası açabilmelidir. Buna yasal bir engel bulunmamaktadır.

Danıştay, 5233 sayılı Kanun'u sosyal risk ilkesinin yasalaşmış hali olarak nitelendirdiği için, bu Kanun'a göre açılacak olan davaları da "İdarenin önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği ... zararların nedensellik bağı ve kusur koşulu aranmadan *karşılanmasını kabul eden objektif sorumluluk anlayışına dayalı ...*" davalar olarak görmektedir. Danıştay'ın bu görüşüne de katılmak güçtür.

Bir defa, daha önce de değinildiği üzere, 5233 sayılı Kanun'da terör eylemleri ve terörle mücadele sırasında nedeniyle ortaya çıkan zararlardan dolayı idarenin sorumluluğun kaynağı ve dayanağını belirleyen hükme yer verilmemiştir. Bir başka anlatımla, Kanun'da idarenin terör eylemleri ya da terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle ortaya çıkan zararlardan kusura dayalı olarak mı, yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerine göre mi sorumlu olacağı konusunda bir kural yer almamakta, sadece bu eylemler nedeniyle meydana

²⁷ SEVER, agm. s.187

na gelen maddi zararların sulh yoluyla karşılanmasına ilişkin esas ve usuller düzenlenmektedir. Diğer yandan, bu Kanun'un kapsamı içinde bulunan terörle mücadele faaliyetlerinin idari eylem niteliğindeki eylemler olup, bu faaliyetler riskli faaliyetler ve bu faaliyetlerde kullanılan araç-gereçlerde risk içeren araç-gereçlerdir. Dolayısıyla zarar, idari eylem niteliğindeki bu riskli faaliyetlerin yürütülmesinden ve bu faaliyetlerde kullanılan riskli araç-gereçlerden doğmaktadır. Bu nedenle, 5233 sayılı Kanun'a göre sulh yoluyla karşılanması öngörülen bir zarar eğer terörle mücadele kapsamındaki bir faaliyetlerden doğmuş ise, bir idari eylemin ve eylem ile zarar arasında bir nedensellik bağının bulunmadığına ilişkin varsayım en azından zarara yol açan bu faaliyetler açısından dayanaksızdır. Ayrıca yine yukarıda açıklandığı gibi, terörle mücadele faaliyetinin yürütülme biçimine göre idarenin kusurlu sorumluluğu gündeme gelebileceği gibi, genel risk ilkesine dayalı kusursuz sorumluluğu da gündeme gelebilir. Şu hâlde, terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle meydana gelen zararlardan idarenin sorumlu tutulabilmesi için sosyal risk ilkesi olarak adlandırılan ilkenin uygulanmasına gerek yoktur.

Terör eylemleri nedeniyle meydana gelen zararlardan idarenin sorumlu tutulmasına gelince, idarenin bu eylemleri ve eylemler nedeniyle doğacak zararları önlemek için almakla yükümlü bulunduğu önlemleri almamış ya da yeterli düzeyde almamış olması ihmali bir idari eylem olduğundan, nedensellik bağı da bu ihmali eylem ile ortaya çıkan zarar arasında kurulmuş olmaktadır. İdare Hukukunda kusurlu sorumluluğun asli kusursuz sorumluluğun da istisnai olması nedeniyle, somut bir terör olayında öncelikle idarenin belirtilen anlamda bir kusuru olup olmadığının araştırması ve bu anlamda bir kusurunun bulunduğu tespit edildiğinde de, kusurlu sorumluluğuna hükmedilmesi gerekir. İçtihat yoluyla bir kusursuz sorumluluk ilkesi olarak oluşturulan sosyal risk ilkesi ise, ancak idarenin somut bir terör olayının meydana gelmemesi için alması gereken her türlü önlemi almış olduğunun anlaşılması üzerine ve ancak böyle bir durumda istisnai olarak uygulama alanı bulabilecektir. Bu nedenle, Danıştay'ın görüşünün aksine

5233 sayılı Kanun'a göre açılacak tüm davaları, " ... zararların nedensellik bağı ve kusur koşulu aranmadan karşılanmasını kabul eden objektif sorumluluk anlayışına dayalı ..." davalar olarak nitelemek de mümkün değildir.

Sonuç itibariyle, 5233 sayılı Kanun'da terör eylemleri nedeniyle de ortaya çıkan zararlardan dolayı idarenin sorumluluğun kaynağı ve dayanağını belirleyen, yani bu zararlardan dolayı kusura dayalı olarak mı, yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerine göre mi sorumlu olacağı konusunda bir kural yer almamakta, sadece ve sadece bu eylemler nedeniyle meydana gelen maddi zararların ihtiyari bir başvuru üzerine sulh yoluyla karşılanmasına ilişkin esas ve usuller düzenlenmektedir.

KOLLUK YETKİSİ KULLANIMI NEDENİYLE DOĞAN BEDENSEL ZARARLARDAN İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU

*Prof. Dr. Müslüm AKINCI**

I. Kolluk Yetkisinin Hukuki Niteliği

Kolluk yetkisi, idarenin kamu düzenini sağlama maksadına yönelik çeşitli yaptırım uygulama gücü ile mücehhez faaliyet alanını oluşturur.¹ Klasik gereklerden güvenlik, dirlik, sağlık gibi daha çok devletin negatif hak ve özgürlükler alanındaki ödevlerini içeren kolluk faaliyeti², çağımızda estetik ve ekonomik kamu düzeni gibi pozitif statü haklarına yönelik bir koruma özgöreviyle sorumluluk alanını genişletmiştir. Bu cümleden olmak üzere, ister Jellinek ayrımı dikkate alınsın, isterse “kuşak” ayrımına göre tasnif edilsin Anayasa ve uluslararası hukukun normlarıyla güvencelenmiş pek çok hak ve özgürlük, idarenin kolluk yetkisi ile doğrudan veya dolaylı bir ilişki içerisinde olduğu söylenebilir.³ Yaşam hakkı başta olmak üzere, ifade hürriyeti, dernek kurma, bilim ve sanat özgürlüğü, sendikal faaliyet, toplantı ve gösteri yürüyüşü, çevre hakkı, basın hürriyeti, konut hakkı, siyasi faaliyet hürriyeti... vd. idarenin kolluk yetkisi içinde doğrudan veya dolaylı bir etkileşim içinde olduğu gözlenmektedir. Geniş anlamda kamu düzenini sağlamak maksadıyla hareket eden kolluk gücünün sahip olduğu yetki; genel kolluk (silahlı kuvvetler, kolluk mensupları) veya özel kolluk (devletin idare mekanizmasında görevli olan

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

¹ Duran, Lütfi (1964) *İdare Hukuku Meseleleri*, İstanbul: Fakülter Matbaası, s.623-625

² Kırathı, Metin (1973) *Koruyucu İdari Hizmetler*, Ankara: TODAİE Yay. s.33

³ Fairgrieve, Duncan (2002) *State Liability in Tort A Comparative Law Study*, Oxford University Press, s. 30

gümrük, orman, gıda ve tarım gibi) tarafından⁴ meşru yöntem ve araçlarla kullanılmaktadır. "...kolluk yetkisi, devlet organlarının kullandıkları yetkilerden en keskin ve sonuçları en derinden hissedilenidir. Söz konusu yetki, gündelik somut hayatı ve bireyin bizatihi kendisini ve onun refah, mutluluk ve esenliği üzerine kurulu toplumsal düzeni doğrudan köklü şekilde etkileme gücüne sahiptir. Yani kolluk ve kolluk uygulamaları, tabiatı gereği bireyi, birey gruplarını ve toplumsal düzeni etkileyen en temel kamu yetkisidir. Şartları dairesinde bir şüphelinin yakalanması, gözaltına alınması ve hürriyetinden mahrum bırakılması, arama ve el koyma işlemleri için hukukun çizdiği sınırlar çerçevesinde olmak kaydıyla kullanılan yetkiler hukuka uygun birer kamu yetkisidir. ... kolluk yetkisinin kullanımında, bu mücadelenin etkinliği kadar göz önünde tutulması gereken bir diğer husus insan haklarının korunması gerçeğidir. ... kolluk yetkisinin ve bu yetkileri kullanan organların faaliyetlerini hukuka uygun surette yerine getirmeleri esastır. Bu noktada temel kıstas, kolluk uygulamaları ile özgürlükler rejimi arasında hassas bir dengenin sağlanması noktasında düğümlemektedir. Kamu otoritesinin şüphesiz en temel vazifelerinden birisi olan ve toplumsal barış ve huzurun varlığı için yürütmekte mükellef olduğu "kamu güvenliği hizmeti-kolluk görevi" ile ferdi ve toplumsal gelişmenin, ilerlemenin temel itici gücü konumunda bulunan "özgürlükler rejimi" arasındaki bu denge, esasen kâğıt üzerindeki basitlikten uzak, toplumsal hayatın içerdiği ayrıntılar eşliğinde çok karmaşık ve değişken bir meseledir. Bu aşamada, toplumsal gelişimini sağlamış ülkeler dâhil tüm ülkelerin kamu idarelerince her an teyakkuzda bulunmayı ve önlem almayı, reform yürütmeyi ve özellikle kollukla ilgili faaliyetleri yürüten birimlerin gözetim ve denetimini gerektiren bir süreçtir."⁵

Cebri güç kullanma da dahil olmak üzere çeşitli yaptırımları uygulama erkine sahip olan kolluk yetkisinin sınırları ve kullanım biçimi mevzuatla tanımlanmış durumdadır. Hukuk devletinde özgürlük ve eşitlik ile düzen ve güvenliğin birbi-

⁴ Gözler, Kemal 2009) **İdare Hukuku** Cilt II (İkinci Baskı) Bursa: Ekin Kitabevi, s. 472; Sancakdar, Oğuz ve arkadaşları (2018) **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, Ankara: Seçkin Yay. 664

⁵ <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/pdf/2013-24%20.pdf> karar no:2013/24 para.16

rini tamamlayan⁶, devletin kolluk yetkisi ile koruma ödevine dönüşen anayasal değerler olduğu kabul edilir. Bu nedenle bu denli geniş yetkilere sahip icra ve inzibat kuvvetinin hizmeti kusurlu biçimde ifa etmesinden sorumlu olması tabii olduğu kadar; elde olmayan ya da imkânları aşan sebepler (*cas fortuit*) yüzünden meydana gelen zararlardan da sorumlu olacağı kabul edilmektedir.⁷

Genel olarak idare hukukunda hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk halleri kişinin malvarlığı ve şahıs varlığında meydana gelen bir zararı onarmaya yönelik hukuki güvence mekanizması olarak değerlendirilir.⁸ İdare, yürütmekle ödevli tutulan bir hizmetten kusuru neticesinde doğan zararı izale etmek, etkilerini hafifletmek ya da tümünden ortadan kaldırmakla yükümlü olduğu kadar; kural olarak -sosyal risk halleri dışında- faaliyetin zararlı sonuçları ile illiyet rabitası kurulabilen zararlardan *kusuru olmasa bile* sorumlu tutulması çağın sosyal hukuk devleti olmanın gereği ve sonucudur.

Kusursuz sorumluluk, özel hukuktaki objektif sorumluluktan farklı özelliklere sahip olup⁹ burada yasaya dayanma ve sınırlı konulara özgü olma zorunluluğundan söz edilemez.¹⁰ Bununla, idarenin sahip olduğu kamu hizmeti araçlarından doğan tehlike ya da idari faaliyetten kaynaklanan bir kamusal külfetin kişi bakımından yarattığı özel ve olağandışı bir zararın giderimi amaçlanır.¹¹ Kolluk yetkisinin kullanımından kaynaklanan zararlar kusur tespit edilememesi halinde kusursuz sorumluluğun gerekleri dikkate alınmak suretiyle gideri-

⁶ Bulut, Nihat (2017) "Sahte Bir Karşıtlığın Çözümü Hukuk Devletinde Özgürlük Güvenlik İlişkisi" 55 Yıl 55 Makale, Ankara: Anayasa Mahkemesi (Seçki/Derleme), s.1223

⁷ Deuz Paul (1950) Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mes'uliyeti, (Çev. İbrahim Senil) Ankara: Güney Matbaacılık Yay. s.57

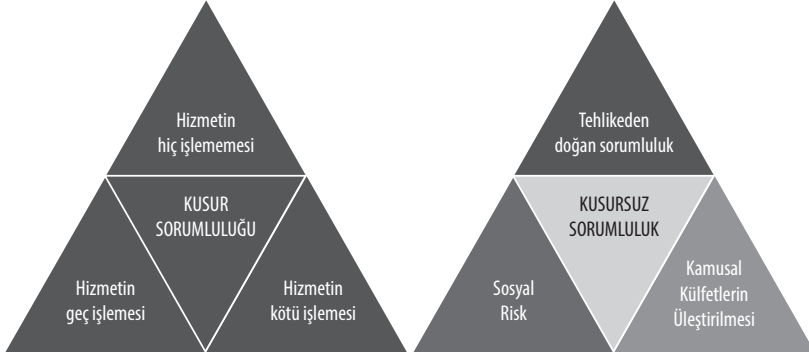
⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 16.2.2012 tarih ve E. 2011/35, K. 2012/23 sayılı kararı

⁹ Çelik, Çelik Ahmet (2017) İdari Yargıda Ölüm ve Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat Davaları, Ankara: Seçkin yay. 155

¹⁰ Gözübüyük, Şeref - Tan, Turgut (2008) İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku Ankara: Turhan Kitabevi, s.770; Atay, Ender Ethem - Odabaş, Hasan - Gökçen, Hasan Tahsin (2003) Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara: Seçkin Yay. s.111

¹¹ Fairgrieve, 2002, 138

lır. “Zararın olağandıŐılıđı” (anormallığı) zarar görenin sıfatı ve davranışı, zararın ve görölmekte olan hizmetin niteliği, yer ve zaman koşulları gibi etkenlere göre¹² değerlendirilebilecek bir husustur.



II. Kolluk Yetkisinin Kullanımı Nedeniyle Kusursuz Sorumluluğun Esasları

- 1- Kolluk yetkisi –özellikle güvenlik- içinde risk barındıran ve kamu düzenini sağlamaya yönelik idari bir faaliyet alanıdır.¹³
- 2- İdarenin bilimsel, sosyal ve teknik verilerden hareketle *ön-görölü* (basiretli) davranarak gerekli teŐkatı kurup; hizmete araç-gereç ve personeli tahsis etmesi, yeterli önlemleri zamanında alması gerekir (Öngörülebilir eksiklikler hizmet kusurudur). Zira kişilerin can ve mal güvenliği korumak Devletin en temel görevidir.¹⁴
- 3- Kusursuz sorumlulukta hizmetin hiç işlememesi, kötü ya da geç işlemesi Şeklinde dıŐa yansıyan bir *kusur* olması Şart değildir. İdari faaliyet ile iliŐkilendirilebilen (illiyet bağı kurulabilen) bir zararın olması kusursuz sorumluluğun ihtimal ve izafesi için yeterlidir. Hatta *sosyal risk* gereği oluşan

¹² Duran, Lütfi (1974) *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, Ankara: TODAİE Yay. s.15

¹³ Duran, 1964, 624

¹⁴ Kıratlı, 1973, 35

bir zararın, illiyet bağı kurulamaması halinde bile idareye yüklenmesi mümkündür.¹⁵

- 4- Kolluk yetkisi nedeniyle kusursuz sorumluluk bir yönü ile esasında devletin egemenlik yetkisinin koruma ödevinden kaynaklanan sorumluluğudur. Bunun, Devletin hâkimiyet alanına giren kişilerin hak ve hürriyetlerine yönelik koruma ödevinin *elde olmayan* ya da *imkânları aşan* nedenlerden dolayı yerine getirilememesinden doğan sorumluluğu olduğu söylenebilir.
- 5- Kusursuz sorumluluk, mağduriyete sessiz kalıp katlanmak yerine, sebep-sonuç ilişkisinden yola çıkarak rasyonel aklın, adalet (*justice*) ve hakkaniyet (*equity*) düşüncesinin gerekle-riyle sorgulayıp tahammülü aşan yükü pay etmek suretiyle giderimidir.
- 6- Kusursuz sorumluluk, idari bir faaliyet nedeni ile meydana gelen *özel ve olağan dışı* bir zararın kişi üzerinde bırakılma-yarak izale edilmesiyle hem mağdur, hem de toplumdaki diğer bireyler bakımından devlete olan güveninin tesisine imkan verir.
- 7- Kusursuz sorumluluk nedeniyle malvarlığında fiilen mey-dana gelen zarar ile yoksun kalınan kazanç için istenebilecek olan maddi tazminat bir *onarım/giderim (recovery) aracı* iken; zarara neden olan olay (sonuç/olgu/event) nedeniyle oluşan üzüntü karşılığı olarak manevi tazminat istenebilir. Süregelen yargı kararlarında **manevi zararın** bir tazmin de-ğil, **TATMİN ARACI** olduğu belirtilmekte ise de bunun hem pratik gerçeklik hem de manevi tazminatın doğası ge-reği bir **TESKİN ARACI** olduğu ifade edilebilir.
- 8- Sorumluluğun sebebi olarak ilk evrede “kusur” tespit edile-bilmiş ise artık kusursuz sorumluluğa bakılması gerekmez. “İdare mahkemesince, ...hem kusur, hem de kusursuz so-rumluluk ilkesine dayanılarak idarenin tazmin sorumlulu-ğuna gidilmesi hukuken mümkün değildir. Olayın oluşumu

¹⁵ Günday, Metin (2011) *İdare Hukuku* Ankara: İmaj yay. 10. Baskı, s.381

ve zararın niteliği irdelenip önce hizmet kusuru araştırılarak, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağı incelenmek suretiyle idarenin tazmin sorumluluğunun belirlenmesi gerekmektedir.”¹⁶ Vak’aya yönelik değerlendirme yapılırken kusurlu sorumlulukta “üç boyutlu neden testi” uygulanmak suretiyle kolluk hizmetinin gerek kuruluş ve gerekse harekete geçişi bakımından hiç işlememesi, zarar veren sonuç, zamanında müdahale edilseydi gerçekleşmeyecek idi ise geç işlemesi (zamansallık boyutu), hizmetin yürütümü için gerekli olan ölçüt ve gereklere uygun müdahale yapılmamasıyla kötü işlemesi (niteliksel boyut) söz konusu ise ortada bir kusurun varlığını kabul etmek gerekir. Ancak kolluk yetkisinden kusur sorumluluğu için her zaman “ağır kusur” şartının aranmasının hakkaniyete aykırı sonuçlara neden olabileceği ihtimalini de gözardı etmemek gerekir.

I.Evre

II. Evre



İdarenin Sorumluluğu (İki Evre Analizi)

- 9- Kusursuz sorumluluk idari yargıcın İYUK 20. madde kapsamında öngördüğu kendiliğinden inceleme/araştırma yetkisi kapsamında dikkate alınabilecek bir sorumluluktur. Yargıç tarafların (tazminat) istemi ile bağlı olup, sorumluluğuğun nitelemesi ile (kusur mu, kusursuz mu olduğu savı)

¹⁶ Danıştay 10. Daire, E. 10.4.1996 tarih ve E. 1995/53 K. 1996/1913 sayılı kararı <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/10-daire-e-1995-53-k-1996-1913-t-10-4-1996>

bağlı değildir. İdari yargıç usul hűkűmlerinin elverdiği çerçeve de yapacağı değerlendirme ve tespit sonucu doğan zararlı sonuçla illiyet bağı kurulabilecek bir idari hizmet kusuru bulgusuna rastlamıŐ ise kusur sorumluluğuna dayanıp hűkűm kuracak, kusur bulunamaması halinde içtihatlarla ortaya konmuŐ risk/tehlike ya da fedakârlığın (yűkűn) paylaŐtırılması gereklerinden hareketle kusursuz sorumluluğa hűkmedebilir. " ...idari yargıda re'sen araŐtırma ilkesinin geçerli olması, idari mahkemelerin davacının belirttiği hukuka aykırılık sebepleriyle bağlı olmamaları, űnlerine gelen bir davada idari bir iŐlem ya da eylemin hukuka uygun olup olmadığını kendiliklerinden incelemeleri gerektiği hususları birlikte değerlendirildiğinde; idare mahkemesince, olayın oluŐumu ve zararın niteliği irdele-nip, idarelerin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının araŐtırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağının incelenmesi ve buna gűre karar verilmesi gerekirken, davacının yaptığı hatalı/eksik değerlendirme esas alınarak, davanın yalnızca kusursuz sorumluluk ilkesi çerçevesinde incelenip, davalı idarelerin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı araŐtırılmaksızın davanın reddi yolunda verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır."¹⁷

- 10- İspat yűkű bakımından davacı açısından kusur sorumluluđuna oranla lehte bir durum sűz konusudur.¹⁸ Sorumluluđu dođuran olay ya da olayların (vaka) tespiti burada yeterlidir. Burada ilgililerin rolű, yalnızca zararın varlıđını ve bunun idare ile bađlantısını ortaya koymakla yeterli sayılıp ayrıca idari kusurun varlıđını ve derecesini ispat yűkűmlű-lűđű altında deđerildir. Bu durum, kusursuz sorumluluđun yűnel-diđi "*fırsat ve imkân eŐitliđi*"nin gerçekteŐtirilmesinde kolaylık sađlamaktadır.¹⁹

¹⁷ Danıştay 10. Dairesinin, 28.05.2015 tarih ve E. 2011/10627 K. 2015/2632 sayılı kararı

¹⁸ Gűzler, 2009, 1166

¹⁹ Duran, 1974, 47

- 11- Kusursuz sorumlulukta, kendisine kusur atfedilebilecek bir (gerçek) kişi aranmaz; “anonim” (soyut) bir sorumluluk söz konusudur. Doğal olarak kusursuz sorumluluk gereğince tazmin edilen zararın rücu edilecek muhatabı (gerçek kişisi) yoktur.²⁰
- 12- Kusursuz sorumluluk içtihatlarla geliştirilmiş ve özünde “*kamu yükümlerinde eşitlik*” düşüncesinden hareketle evrilip kurumsallaŐmıŐ olmakla birlikte²¹ Anayasadaki pozitif hükümlerin de bu sorumluluğun kabulünde referans alındığı gözlenmektedir. Anayasanın 2. m.’de Türkiye Cumhuriyeti’nin, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı...demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu, 5. m.’de; devletin temel amaç ve görevlerinin, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini...kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bađdaŐmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli Şartları hazırlamaya çalışmak olduğu, 17. m.’de, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu; 19. m.’de herkesin kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu 125. m.’de idarenin eylem ve işlemlerinden doğan (maddi ve manevi) zararı ödemekle yükümlü olduğu belirtilmekle idarenin kendisine *kusur atfedilmese bile* kimi hallerde oluşmuş olan zararı giderme yükümlülüğü getirmektedir. Öte yandan Anayasa’nın 90. maddesi delaletiyle tarafı olduğumuz ve iç hukukun bir parçası olan uluslararası hukuk kuralları da bu sorumluluğu kabul ve aslında n pozitif dayanakları arasında yer alır.

²⁰ Zira, rücu mekanizması, kamu görevlisinin kişisel sorumluluğu ile doğrudan ilgilidir. Akyılmaz-Sezginer-Kaya (2018) *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Seçkin Yay. s.578

²¹ Duran, 1974, 47 vd.

III. İdarenin Kolluk Faaliyeti Nedeni İle Hukuki Sorumluluğunun Koşulları

- Bir zararın varlığı,
- Zararı doğuran işlem veya eylemin **idareye yüklenebilir** olması,
- Zarar ile işlem ve/veya eylem arasında **nedensellik bağı**-nın bulunması gereklidir.

Bu koşullardan birinin yokluğu -kural olarak- idarenin sorumluluğunu kaldırır. Gerçekten, ortada bir zarar yoksa idarenin tazminat ödemesi de söz konusu olamayacağı gibi, idare veya idari faaliyetle ilgisi olmayan bir zararı idareye ödettirme olanağı da bulunmamaktadır. Zararla idari faaliyet (idari eylem veya işlem) arasında doğrudan bir ilişkinin yokluğu halinde idarenin hukuki sorumluluğundan söz edilemez.²²

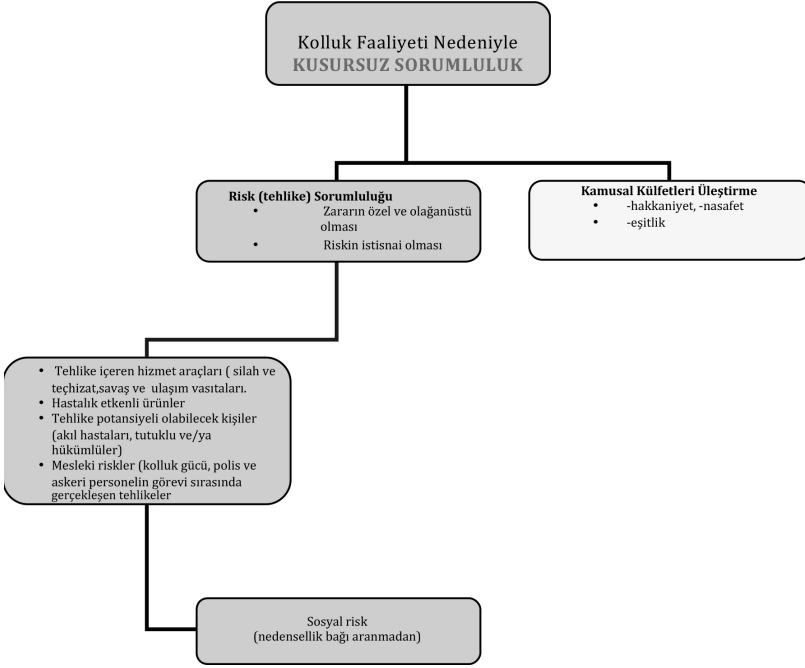
İllyet bağı (*causal connection*), zarar ile zararı doğuran etken arasındaki neden-sonuç ilişkisini kuran mantıki ilişkidir. Bilimsel, teknik ve hukuki verilerden hareketle bu bağıın kurulması gerekir; metafizik çıkarımlardan hareketle illiyet bağı kurmak hukukun gerekleri ile bağdaşmaz.

Kolluk yetkileri güvenlikten sağlığa, ekonomiden estetiğe kadar uzanan geniş bir faaliyeti konu aldığından bundan doğacak zararların kusur sorumluluğuna dayalı talebi mümkün olduğu kadar kusursuz sorumluluk ilkeleri gereğince de olanaklıdır. İctihada dayalı ayıklama ve gerekçelendirmelere baktığında kolluk faaliyeti nedeniyle kusursuz sorumluluk şu sebeplere dayanabilir:

1. Terörle Mücadeleden Kaynaklanan Zararlar

Kolluk faaliyeti nedeniyle atfedilebilecek kusursuz sorumluluk Türkiye açısından en çok terör eylemleri (terör saldırıları, terörler mücadelede kullanılan yöntem ve araçlar, personelin bu esnada uğradığı zararlar)'nde gündeme gelmektedir. Bura-

²² Danıştay Onuncu Daire, Esas No: 2006/7879Karar No: 2009/653



da çoğunlukla yargı yeri illiyet bağı aramaksızın “*Sosyal Risk*” kapsamında sorumluluğa hükmetmektedir.²³ Sosyal risk ilkesi ile toplumun içinde bulunduğu koşullardan kaynaklanan, idarenin faaliyet alanında meydana gelmekle birlikte, y r t len kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmayan, toplumsal nitelikli riskin gerçekleşmesi sonucu oluşan, salt toplumun bireyi olunması nedeniyle uğranılan özel ve olağandışı zararların da topluma pay edilerek giderilmesi amaçlanmıştır. Sosyal risk ilkesinin uygulanabilmesi için, olayın tüm toplumla ilgilendirilebilmesi ve zararın, toplumsal nitelikli bir riskin gerçekleşmesi sonucu meydana gelmesi yanında, olay ve zararın, y r t len kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmaması, başka bir deyişle zarar ile idari eylem arasında bir nedensellik bağının da kurulamaması gerekmektedir.²⁴ Genel bir ifade ile “terör olayları” olarak nitelenen eylemlerin, Devlete yönelik olduğu, Anayasal düzeni yıkmayı amaçladığı, bu tür olaylarda zarar gören

²³ Kaplan, G rsel (2016) *İdari Yargılama Hukuku*, Bursa: Ekin Yay. s.266 vd.

²⁴ Danıştay 10.Daire Esas: 2007/ 3363 Karar: 2008 / 2704 Karar Tarihi: 24.04.2008

kişi ve kuruluŐlara karşı kişisel husumetten kaynaklanmadıŐı bilinmekte ve gözlenmektedir. Sözü edilen olaylar nedeniyle zarara uŐrayan kişiler, kendi kusur ve eylemleri sonucu değil, toplumun bir bireyi olmaları nedeniyle zarar görmektedirler. Belirtilen Şekilde ortaya çıkan zararların ise, özel ve olağandışı nitelikleri dikkate alınıp, terör olaylarını önlemekle *yükümlü olduğu halde önleyemeyen* idarece, ... sosyal risk ilkesine göre, topluma pay edilmesi suretiyle tazminin hakkaniyet gereği olduğu bunun aynı zamanda sosyal devlet ilkesine de uygun dŐeĐi kabul edilmektedir.²⁵

BarıŐta güven ve asayıŐi korumak, kaacaklığı men, takip ve tahkikle, trafik ve yol güvenliğini veya tutuklu ve hükümlülerin sevk ve nakillerini sağlamakla görevli olanların; Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı ve Emniyet TeŐkilatında bulunan patlayıcı maddelerin incelenmesi, muhafazası, nakli, imha edilmesi ve zararsız hâle getirilmesi işlemlerinde görevlendirilenlerin bu görevlerinden dolayı ya da görevleri sona ermiŐ olsa bile yaptıkları hizmet nedeniyle derhal veya bu yüzden maruz kaldıkları yaralanma veya hastalık sonucu ölmeleri veya engelli hâle gelmeleri halinde ödenecek nakdi tazminatın esas ve yöntemlerinin düzenlemek üzere çıkarılmış olan 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun gereğince tazminat ödenmektedir. Bu yasa esasında zarar gören kolluk personelinin zararını izale etmeye yöneliktir.

Kolluk personeli dışında kişilerin (*yurttaşların*) terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yrtlen faaliyetler nedeniyle maddî zarara²⁶ uŐrayan kişilerin, bu zararlarının bir tür sosyal risk ilkesi gereğince karşılanması maksadıyla 2004 yılında çıkarılmış olan 5233 sayılı Terör Ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun bulunmakta-

²⁵ Danıştay 15.Daire Esas: 2017/ 2064 Karar: 2017 / 5452 Karar Tarihi: 11.10.2017; Danıştay'ın bu kararında aslında "...yükümlü olduğu halde önleyemeyen..." idareden bahsedilmekle aslında rtl olarak bir hizmet kusuru kabul edildiği halde her nasılsa sosyal riskten hareketle kusursuz sorumluluğa işaret edilmektedir.

²⁶ *Manevi* zarar ise genel hükümlere göre talep edilebilir (Danıştay 15. Dairesi E.2012/772, K. 2016/1011).

dır.²⁷ Zarar veren bir olayın 5233 sayılı yasa kapsamında (terör faaliyetleri) değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda idarenin etkili (zamanında ve derinlemesine) soruşturma ödev ve sorumluluğu bulunmaktadır. Nitekim Danıştay, bir göste-ri sonucu işyeri yakılan bir kişinin zararının 5233 sayılı kanun kapsamı dışındaki toplumsal olaylar nedeni ile oluŐtuęundan bahisle reddine karar veren ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur : “3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 4. maddesi kapsamına göre terör suçu sayılan, cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranıŐla, iŐ ve çalışma hürriyetini ihlal eden, kamunun yararlanmasına ayrılmış yer, bina, tesis veya diğer eşya hakkında yangına sebebiyet veren eylemlerin faillerinin, kolluk tarafından etkin bir soruşturma yapılp tespit edilerek, davacının bu eylemler sonucunda varsa zararının 5233 sayılı Kanun kapsamında idarece karşı- lanması gerekirken, aksi yöndeki idari iŐlemdede hukuka uygunluk, zararın terör dışındaki sosyal sebeplerden kaynaklandığı gerekçesiyle davanın reddi yönünde verilen mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.”²⁸

5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda Ve Yem Kanunu ile tehlikeli salgın hastalıklar nedeniyle hayvan itlafı ve imhası sonucu oluşan zararların –idarenin hizmet kusuru tes- pit edilememesi halinde- bir tür (sosyal) risk ilkesi kapsamında giderimi düzenlenmiştir.²⁹ Yasa’nın ‘Hayvan hastalık tazminatı’ başlıklı 5. m.’ne göre “Hayvanlarda herhangi bir tazminatlı hastalık tespit edilmesi sonucu resmî veteriner hekim veya yetkilendirilmiş veteriner hekim gözetiminde mecburi kesime

²⁷ 5233 sayılı Kanun yargısal ve bilimsel içtihatlarla kabul edilen “sosyal risk” ilkesinin yasalaşmış halidir. Bu nedenle, adı geçen Kanunun uygulama alanı yalnızca “sosyal risk ilkesi” uyarınca tazmini mümkün olan uyumazlıklarla sınırlı bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle; zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağının kurulabildiği hallerde sosyal risk ilkesinin uygulanmasına olanak bulunmamaktadır. .Bkz. Danıştay 15.Daire : 24.03.2011 tarih ve Esas: 2016/ 1562 Karar: 2016 / 2016 sayılı kararı

²⁸ Danıştay 15.Daire 27.03.2018 tarih ve Esas: 2015/ 3047 Karar: 2018 / 2893 sayılı kararı.

²⁹ Bu yasadan önce yürürlükte olan 3285 sayılı Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Kanunu ile, Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Yönetmeliği’ne dayalı olarak benzer mülahazaya dayalı olarak kısmi tazminat taleplerinin kabul edildiği görülmektedir. Bkz. Danıştay 10.Daire 25.05.2016 tarih ve Esas:2013/298 Karar:2016/2887 sayılı karar.

tâbi tutulan veya itlaf edilen hayvanlar ile mezbahalarda tespit edilen tazminatlı hastalık nedeniyle imha edilen hayvanların bedelleri Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen oranlarda, hastalık nedeniyle imha edilen hayvansal ürünlerin, yem, madde ve malzemelerin bedelleri ile imha, nakliye ve dezenfeksiyon masrafları Bakanlık tarafından sahiplerine tazminat olarak ödenir.”

2. Kolluğun (Suçüstü) Takip ve Müdahalesi Sırasında Meydana Gelen Zararlar

Kolluk kuvvetlerinin sıklıkla karşılaştıkları adi suçluların takip ve derdest edilmesi vakaları esnasında yaşanan ölüm ve yaralanmalarda idarenin hizmet kusuru olmasa bile kusursuz sorumluluğu sözkonusu olabilmektedir. Burada zarar ile idari faaliyet arasındaki nedensellik bağı ve ‘olayın oluş şeklinin’ sorumluluğu ortaya koymada etkili olduğu görülmektedir. Nitekim örnek bir olayda kaçan şüphelilerin kovalanması sırasında polis memurunun açtığı ateş sonucu ölümü özel ve olağandışı bir zarar doğurması ile kusursuz sorumluluğa gidildiği görülmektedir. “...Dava dosyasının incelenmesinden; bir vatandaş tarafından evinde bakıcılık yapan kız ve arkadaşının araçla kaçırıldığı ihbarı üzerine, polis memurlarının sözkonusu araç ile içindekilerini aramaya başladığı, park halindeki araca yaklaşıldığında aracın hareketlendiği, aracın içindeki kızların yardım edilmesi için bağırmağa başladıkları, uyarı için ateş açıldığı halde aracın hızla uzaklaştığı, aracı durdurmak için ateş açıldığı ancak aracın bir süre sonra kaza yaparak durduğu, davacıların murisinin hastaneye götürülmesine rağmen isabet eden mermi nedeniyle öldüğü, sanık polis memurunun ceza yargılaması sonucu, 2559 sayılı Yasanın 16. hükmü uyarınca mağdurların, ırz ve canına yönelik taarruzu savmak amacı ile ateş ettiği, yasa hükmünü icra sınırının aşılmadığı gerekçesi ile beraatine karar verildiği anlaşılmıştır. Olayın oluşumu ve niteliği dikkate alındığında idarenin hizmet kusuru bulunmadığı sonucuna varılmaktadır. Ancak idarenin hukuki sorumluluğu sadece kusur esasına, dayanmamakta; idare, kusur koşulu aranmadan da sorumlu sayılabilmektedir. İdare yürüttüğü

hizmetin doğrudan sonucu olan, nedensellik bağı kurulabilen özel ve olağanüstü zararları, kusursuz sorumluluk ilkesi gereği tazminle yükümlüdür. Belirtilen bu durum karşısında, davalı idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru saptanamamakla birlikte, idarenin yürüttüğü vatandaşların can güvenliğinin korunmasına ilişkin kamu hizmeti sırasında meydana gelen özel ve olağandışı zararın, kusursuz sorumluluk ilkesi gereği davacılara ödenmesi hakkaniyet gereğidir.”³⁰

Buna karşın otomobili evinin önünden çalınarak, bakır tel hırsızlığında kullanılırken araç içindeki şahısların silahla ateş etmesi üzerine bu şahıslarla güvenlik güçleri arasında çıkan silahlı çatışma sonucu otomobil hasara uğramasında Danıştay tazminatı gerektirebilecek herhangi bir sorumluluk bulunmadığına hükmetmiştir: “...Bir kamu hizmeti olduğu tartışmasız olan kolluk görevinin, olabilecek olaylardan önceden haberdar olunmadığı veya bu gibi olayların olabileceğine ilişkin ortada ciddi belirtilerin bulunmadığı sürece genel nitelikte önlemlerle yürütülmesi doğaldır. Dava konusu olayda, davalı idarenin kusurlu bir eylemi bulunmadığı gibi, üçüncü şahsın, davacının otomobilini çalmak biçimindeki suç teşkil eden eylemi, zarar ile idarenin eylemi arasındaki neden sonuç ilişkisini ortadan kaldırmakta; dolayısıyla zarar, yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucunu oluşturmamaktadır. Bu itibarla, olayda, idarenin, gerek hizmet kusuru ilkesine gerekse kusursuz sorumluluk ilkesine dayalı olarak sorumluluğundan söz edilemeyeceği gibi; olayın önceden haberdar olunmasına olanak bulunmayan münferit bir olay olması nedeniyle, sosyal risk kuralından hareketle idarenin tazmin sorumluluğunu kabule de olanak bulunmamaktadır.”³¹ Oysa burada - Olsa olsa üçüncü kişinin fiilinin zararın oluşumuna katkı sağladığı kabul edilse de- otomobile verilen zarar ile üçüncü kişi konumunda olan hırsızlık şüphelileri ve müdahalede bulunan kolluk gücünün fiili arasındaki nedensellik bağının birbirinden tamamen kopuk olduğu söylenemez. Nitekim benzer bir başka olayda

³⁰ Danıştay 10. Dairesi Esas No: 2001/5360, Karar No: 2003/511

³¹ Danıştay 10.Daire Esas: 1994/ 4934 Karar: 1995 / 5487 Karar Tarihi: 13.11.1995

(11.6.1981 günü evine aniden giren teröristlerle güvenlik kuvvetleri arasında çıkan çatıŐmalar sırasında davacının evinde meydana gelen hasar nedeniyle uğradığı maddi ve manevi zararın tazmini talebi ile ilgili olarak) Danıştay olumlu bir yaklaşım sergilemiŐtir: "...olay ile zarar arasında bir nedensellik bağının bulunması, idarenin kamu yararı düşüncesiyle yaptığı hizmetler dolayısıyla idareye ykletilebilecek bir kusur olması dahi bu tür eylem nedeniyle zarara uğrayan kişilerin bu zararlarının kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılarak tazminine karar verilmesi için yeterli olup, bu zararların karşılanması kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin de bir sonucudur. Davalı idarece asayiŐ ve güvenliğin sağlanması Şeklinde yrtlen kamu hizmetinin görülmesi sırasında meydana geldiği tartiŐmasız olan olayda davacının evinin, güvenlik kuvvetleriyle teröristler arasında çıkan çatışma nedeniyle zarar gördüğü ve Dairemizin ara kararlarına verilen cevapların incelenmesinden davacının yasa dışı örgüt elemanları ile herhangi bir ilişkisi olmadığı anlaşıldığından, olayda bir kusuru bulunmadığı açık olan davacının uğradığı bu zararın davalı idarece karşılanması gerekir." ³²

Kolluk görevlilerinin ateŐli silah kullanmak suretiyle gerek faaliyetin muhataplarına ve gerekse üçüncü kişi konumunda olanlara verdikleri zararın tazmininde, Danıştay'ın 'kamu külfetleri karşısında eşitlik' ilkesine göre karar verme eğiliminin istikrar kazandığını not etmek gerekir.³³

3. Faili Meçhul Cinayetlerden İdarenin Kusursuz Sorumluluğu

İdari yargının kolluk faaliyetinden dolayı sorumluluk anlayışının sıkı ve dar yorum içerdiği grlmektedir. Sylene-gelen yaklaşıma bakıldığında; bünyesinde risk taşıyan kolluk hizmetlerinin, önceden haberdar olunan durumlar dışında ge-

³² Danıştay 10.Daire'sinin 05.10.1983 tarih ve E. 1982/ 4042, K. 1983 / 1823 sayılı kararı

³³ **Ayanoğlu**, Taner (1995) "*Kolluk Faaliyeti Nedeniyle Uğranılan Zararlar ve Kamu Külfetleri Karşısında EŞitlik İlkesi*" **İHİD**, Sayı:1, Yıl:16, s.10

nel nitelikte önlemler alınarak yürütülmesi doğal olup, ihbar, Őikâyet veya önceden oluşan bir takım olaylar nedeniyle özel önlemler alınmasını gerektiren durumlar olmadıkça meydana gelen olaylarda idarenin hizmet kusurundan ve tazmin sorumluluğundan söz edilemeyeceğİ ifade edilmektedir. İdarenin, özel güvenlik önlemleri alınmasını gerektirmeyen durumlarda meydana gelen faili meçhul ya da münferit olay sonucu ortaya çıkan zarardan, idarenin genel güvenlik hizmetlerinde kusuru saptanmadıkça, yani ihbar veya olası durumlardan önceden haberdar edilme gibi herhangi bir şekilde bilgilendirildiğİ halde özel bir önlem almaması sonucu doğan zarar dışında, tazminle sorumlu tutulması mümkün bulunmadığİ kabul edilmektedir.

Nitekim 12 Eylül öncesi, sağ-sol çatışmalarının tırmandığİ dönemlerde 23.5.1980 tarihinde siyasi maksatlı silahlı bir saldırı sonucu annesinin öldürülmesinden sonra olayın faillerinin 20 yıllık zamanaşımı süresi içinde yakalanmaması nedeniyle idarenin hizmet kusuru bulunduğundan bahisle manevi tazminat talebiyle açılan bir davada İstanbul 2. İdare Mahkemesi 30.9.2002 günlü, E:2000/1500, K:2002/1153 sayılı kararıyla; ...'23.5.1980 tarihinde davacının anne ve babasının yaşadığı eve kimliğı belirsiz kişiler tarafından yapılan silahlı saldırı sonucunda davacının annesinin öldüğü, babasının yaralandığı, ölüm olayının meydana geldiğİ tarihten itibaren 20 yıl içinde olayın faillerinin bulunamadığı, olayla ilgili olarak İstanbul Emniyet Müdürlüğü suç kayıt defterine meçhul siyasi olarak kayıt düşüldüğü, ... davacının annesinin ...en temel hakkı olan yaşam hakkının elinden alındığı, ölenin yakınlarının ve toplumun vicdanını rahatlatacak yegane sonucun öldürenlerin yakalanması ve cezalandırılması olduğı, bir ölüm olayı sonunda faillerin 20 yıl boyunca yakalanamamasının İçişleri Bakanlığı'nın hizmet kusuru olduğunu açıkça gösterdiğı, bu sonucun vatandaşın ve toplumun Devlete ve hukuka duyduğı güveni sarsacak ve manevi zarara yol açacak nitelikte olduğı, davacının annesini öldürenlerin yakalanamayıp yargılanamamaları ve cezasız kalmaları nedeniyle derin bir üzüntü duyduğunun kuşkusuz olduğı..."nu kabulle tazminata hükmederken, Danıştay

10. Dairesi 23.12.2005 günlü, E:2003/2087, K:2005/8025 sayılı kararıyla; ‘...uyuşmazlık konusu olayda, cinayet fail/faillerinin yakalanması konusunda idare organlarının mevzuat gereği yerine getirmekle yükümlü oldukları görev ve sorumlulukları yerine getirmedikleri ve bir ihmal veya kasıt olduğu yolunda bir tespit bulunmadığı, davacının annesinin öldürölmesi olayında faillerin ceza zamanaşımı süresi içerisinde yakalanamaması nedeniyle idarenin *ağır bir hizmet kusurundan* söz etme olanağı bulunmadığı, davacının manevi tazminat isteminin reddi gerekirken aksi yönde verilen Mahkeme kararında hukuki isabet görülmediği” gerekçesiyle bozmuş, ilk derece mahkemesinin direnmesi üzerine konu İDDK’ya gelmiş; İDDK21.04.2011 tarih ve E.2007/1172 K.2011/254 sayılı oyçokluğu ile almış olduğu kararında“...dosyada, cinayet fail/faillerinin yakalanması konusunda idare ajanlarının mevzuat gereği yerine getirmekle yükümlü oldukları görev ve sorumlulukları yerine getirmedikleri, **bir ihmal veya kasıt** olduğu yolunda bir tespit bulunmamaktadır. Aksine, idarece gerekli çaba sarfedilerek olayla ilgili bazı kişilerin yakalandığı, yetkili merciler önüne çıkarıldığı görölmektedir. Bu itibarla, davacının annesinin öldürölmesi olayında faillerin ceza zamanaşımı süresi içerisinde yakalanamaması nedeniyle idarenin **ağır bir hizmet kusurunun** varlığından söz etmeye olanak bulunmadığından, davacının manevi tazminat isteminin reddi gerekirken, aksi yönde verilen İdare Mahkemesi ısrar kararında hukuki isabet görülmemiştir.” sonucuna varmıştır. Karara muhalefet eden üyenin şerhinde ise “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre Sözleşmenin 13. maddesi, ihlallerden sorumlu olanların belirlenmesini ve cezalandırılmasını sağlayacak kapsamlı ve etkili bir soruşturma yapılmasını, bu soruşturma sürecine mağdurların yakınlarının etkili biçimde katılmasını ve gerektiğinde devletin tazminat ödemesini gerektirmektedir.” görüşüne yer verilmiştir.

Benzer bir yaklaşım, henüz soruşturma zamanaşımı dolmamış olan bir başka faili meçhul cinayet nedeniyle tazminat talepli başvuruda sergilenmiştir. İdari yargıya göre “...davacılar murisinin Bağlar Mahallesi Garzan Caddesi üzerinde bazı akrabaları ile birlikte yürümekte iken nereden ve kim tarafından

atıldığı belli olmayan kurşunun başına isabet etmesi sonucu yaralanarak hastaneye kaldırıldığı ve burada vefat ettiği anlaşılmaktadır. Olayın tanıklarından bazıları olay yerinde bir - iki el silah sesi duyduklarını beyan etmişler, bazıları ise silah sesi duymadıklarını belirtmişlerdir. Olay üzerine Batman Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 2006/1091 sayılı dosyada soruşturma başlatılmış, 22.05.2007 tarihinde dosyanın faillerinin yakalanabilmesi amacıyla “Daimi Arama Kararı” verilmiş olup, Mahkememiz tarafından soruşturma dosyası getirtilerek incelenmiştir. Gerek dava dosyası gerekse soruşturma dosyasında bulunan bilgi ve belgelerin değerlendirilmesinden, davacılar murisinin ölümünün idareye atfedilebilecek bir hizmet kusurundan kaynaklandığı yönünde değerlendirme yapılmasını gerektirecek herhangi bir bulguya rastlanmamıştır. Zira yukarıda da bahsedildiği üzere davacılar murisinin ölümü idarenin herhangi bir işlem veya eylemi yahut da eylemsizliği sonucu meydana gelmiş bir olay olmayıp, idareye atfedilebilecek bir hizmet kusurundan ve illiyet rabitası kurulamadığından kusursuz sorumluluktan söz etme imkânı bulunmamaktadır.”³⁴ Konu bireysel başvuru yolu ile Anayasa Mahkemesi’nin önüne taşınmış, Yüksek Mahkeme, 20/4/2016 tarihli kararında Dosyada toplamda 7 yıl 7 ay 25 gün geçmiş olmasına karşın failin bulunamayıp “Daimi Arama Kararı” verilmiş olmasının, henüz soruşturma zamaşımı dolmamış olduğundan yaşam hakkına yönelik etkili soruşturma yapılmadığı iddiasını havada bırakacağına hükmetmiştir.³⁵

Gerek bir önceki zikredilen faili meçhul siyasi cinayet ve gerekse maganda kurşunuyla işlenen faili meçhul cinayette idarenin kusursuz sorumluluğu tartışılmamıştır. Bu yaklaşımdan yola çıkıldığında demek ki, soruşturma zamaşımını dolduran, doldurmasa bile daimi arama kararının olduğu- her yaşam hakkı ihlali -siyasi, terör maksatlı olsa bile- devlete atfı kabil bir sorumluluk yüklemeyecektir.

³⁴ Danıştay 10. Daire Dairenin 9/5/2012 tarihli ve K.2012/2747 sayılı karar.

³⁵ Any. Mahk. Birinci Bölüm, Ömer Yaman ve Seniha Yaman Başvurusu (Başvuru Numarası: 2013/6091)

Bazı kararlarında ise Danıştay'ın idari faaliyet ile iliŐkilendirilebilen bir kolluk zararının kusur tespit edilememesi halinde kusursuz sorumluluk gereğince tazminine hükmettiğİ görülmektedir. Fransa Danıştay'ının 24 Haziran 1949 tarihli *Lecomte Kararı*'na benzer bir olayda; A1 Köyü mevkiinde av ve gezinti amacıyla arkadaşlarıyla birlikte bulunduğU sırada, güvenlik güçlerince terörist zannedilerek ateş edilmesi sonucunda yaralandığından bahisle, uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazminine karar verilmesi istemiyle açılan davada "...kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında bir görevle ilgili olarak genel külfetler dışında, fertlere ve ferdi mülkiyete verilen zararların, eylem ile zararlı sonuç arasında nedensellik bağının bulunması koşuluyla kusursuz sorumluluk esaslarına göre, idarenin kusuru aranmadan, hizmetin sahibi idarelerce tazmin edilmesi de hukukun genel ilkeleri ile hakkaniyet ve nasafet kuralları gereğidir. Aksi halde, bu hizmetlerin yürütülmesi sırasında oluşan zararların bir veya birkaç kişiye yükletilmesi söz konusu olur ki, böyle bir sonuç adalet duygusuyla bağdaşmaz."³⁶ sonucuna varmıştır..

4. Arama Uygulamasından Dolayı İdarenin SorumluluğU

Arama ceza yargılaması hukukunda bir koruma tedbiri olarak yargıç kararına -veya gecikmesinde sakınca olan hallerde savcı kararına dayalı olarak- bir kimsenin konut, işyeri, üstü veya sair yerlerde suç delillerini araştırıp bulma faaliyetidir.³⁷ Bir aramanın nasıl yapılacağı gerek CMK, PYSK ve gerekse Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğİ'nde ayrıntılı biçimde düzenlenmektedir. Mevzuatın bu açık ve ayrıntılı hükümlerine göre yasanın aradığı şartlar çerçevesinde yapılan bir arama faaliyeti hukuka uygun kabul edilir. Ancak bir arama hukuka uygun olsa bile buradan doğabilecek bir zarardan idarenin kusursuz sorumluluğU sözkonusu olabilir. Nitekim böyle bir

³⁶ Danıştay İDDK., 28.1.2015 tarih ve E. 2012/1882, K.2015/112 sayılı kararı

³⁷ **Bacaksız, Pınar- Özbek, Veli Özer** (2006) "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama" *Ceza Hukuku Dergisi*, Ankara:Seçkin yay. Cilt.1, Sayı.1, s.145; **Yılmaz, Yeşim** (2016) "Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama" *TBB Dergisi* 2016 (124), s.249

olayda Kamu Denetçiliği Kurumu tazminat ödenmesi gerektiği önerisinde bulunmuştur:

“Başvuruya konu olayda, emniyet görevlileri usulüne uygun olarak, hâkim kararına istinaden ... (Őikâyetçi) nin binasında arama yapmışlar ama arama kararının gerekçesinde belirtilen őüpheliyi bulamamıŐlardır. Dosyada sunulan gazete kupürlerine istinaden, arama yapılan noktaya emniyet güçleri ... (Őikâyetçi) nin (adresine) Helikopteri ile intikal etmişlerdir. Olay, önde gelen ulusal basın organlarınca ülke genelinde haber yapılmıştır. Şehir merkezinde bir ... (Őikâyetçi) nin binasında yapılan aramaya helikopter ile intikal etmek, kamuoyunda doğal olarak bir tedirginlik ve ön yargı oluŐturacaktır. İdare, güvenlik gerekçesi ile bu tür bir yöntemi seçme konusunda her zaman yetkilidir. Ancak, seçmiş olduğu bu yöntemin doğru bir yöntem olmaması durumunda oluşan maddi ve manevi zararın izalesi hususunda sorumluluktan kaçamaz. Yaşanan durumun kamuoyunda oluşturduğu izlenim, başvurucunun iddiasına haklılık verecek yeterli unsurları taşımaktadır. Zira terör eyleminden dolayı aranan bir kişinin yakalanması amacıyla yapılan bir aramada, olaya muhatap olanların, kamuoyunun olumsuz bakıŐından kurtulmaları mümkün değildir. Bu noktada idareye düşen sorumluluk, őikâyete konu arama işleminin neticeleri düşünülerek hareket etmektir. Olaya baktığımızda, ilgili merci arama işlem ve eylemini, usulüne uygun olarak hâkim kararına istinaden yapmış olmakla birlikte, Şehir merkezinde bir ... (Őikâyetçi) nin binasında yapılan aramaya helikopter ile intikal etmenin kamuoyunda doğal olarak uyardığı tedirginliği ve baŐvurucu hakkında oluşacak...“terör örgütü ile bağlantılı” olma izlenimini öngörmelidir. Arama işleminin hukuka uygun yapılması halinde dahi bu durum tek başına toplum vicdanında haklılık bulması açısından yeterli değildir. Olayın doğası gereği oluşan kötü izlenimlerin izalesi sorumluluğu idareye düşmektedir. Kaldı ki şikayet konusu arama işleminin aramada izlenen yöntem ve ulaşılması istenen meşru hedefle orantılılık yönünden hukuka uygun olmadığını belirtmiŐtik. İdarenin ... (Őikâyetçi) nin itibarını zedelenmesine sebep olan arama işleminin biçim ve boyutu hakkında hataya

düŐmüŐtür. İŞlem bu yönüyle hakkaniyete de aykırıdır. Burada kamu otoritesine düşen en temel sorumluluklardan birisi idarenin yaptığı hatayı kabul edip, bu hatanın birey ve birey grupları üzerinde oluşturduğu maddi ve manevi zararların etkisini ortadan kaldırmak veya hafifletmektir. Nitekim 5271 sayılı CMK'nın 141. maddesinde hakkındaki arama kararı **ölçüsüz** bir şekilde gerçekteŐirilen kişilerin maddi ve manevi her türlü zararlarını, Devlettten isteyebilecekleri hükmüne yer verilmiştir.”³⁸

Arama işleminin her ne kadar mevzuata uygun olduğu ifade edilmiş ise de baŐvurulan yöntem ile ulaŐılmak istenen maksat arasındaki dengesizlikle ortaya çıkan “orantısızlık” nedeni ile tazminat talebinin yerinde olduğu değerlendirmesi yapılmış olmakla; bunun kusursuzluktan çok, hizmetin kötü işlemesine denk gelebilecek bir kusur sorumluluğu olduğu söylenebilir.

5. Önleyici Kolluk Yetkisi Kapsamında Kişisel Verilerin ve İletiŐimin Hukuk Dışı Yollarla Elde Edilmesi ve İŐşası Nedeniyle Sorumluluk

Suç ve suçlulukla mücadele kapsamında kolluk yetkililerinin kişiler hakkındaki özel bilgileri tutmaları, hem suç iŐlenmeden tedbir alma, hem de suç işlenmesi halinde (adli vakalarda) kısa zamanda fail ve delillere ulaŐma konusunda yardımcı olmakla birlikte; kayıt altına alınan kişisel verilerin kötüye kullanımını karşısında hukuk devletinin güvence ödevinin de ihlali mümkün olabilmektedir. Kayıtların hukuk dışı tutulması ya da kötüye kullanımını kolluk yetkisi bakımından (hukuki ve cezai) sorumluluğa neden olacağını kabul etmek gerekir. Bununla birlikte bir ilçe merkezinde hukuka aykırı biçimde kişisel verilerin tutulup, basına sızdırılmasını idari yargı sorumluluğu gerektiren bir idari faaliyet olarak deĐerlendirmemiŐtir:

“...İlçe Emniyet Müdürlüğü TEM Büro Amirliğince kullanılan harici bellekte “**biyografi fiŐi**” başlığıyla düzenlenen ve

³⁸ <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/pdf/2013-24%20.pdf> karar no:2013/24

kişiye ait kişisel ve özel bilgilerin bulunduğu kayıtların kolluk teŐkilatınca arŐivlenmesi nedeniyle uğranıldığı ileri sürölen manevi zarar ...istemiyle açılan davada; Elazığ 1. İdare Mahkemesi Hakimliği'nce 17.09.2015 tarih ve E:2014/449, K:2015/733 sayılı kararı ile ...davacıya ait kişisel verilerin ve bir kısım menfi değerlendirmelerin harici diskte arŐivlenmesi ve bunun çeşitli medya organlarına yansıtılmasına ilişkin fiilin, bireysel nitelikte bir eylem mi, yoksa kurumsal nitelikte mi olduğunun, başka bir ifade ile konunun idare ile bir ilgisi ve yürütölen kamu hizmeti ile söz konusu olay arasında illiyet bağı olup olmadığının, ... Cumhuriyet Başsavcılığı'nca yürütölen adli soruşturma kapsamında açıklığa kavuŐacađı; bu aşamada konunun davalı idare ile ilgisi kurulmadan idarenin hizmet kusuru olduğu sonucuna varılarak davacının zarara uğradığından bahsedilemeyeceği..." gerekçesi ile reddi üzerine istinaf baŐvurursunu inceleyen Gaziantep BİM³⁹ "... güvenlik sağlama fonksiyonunun en etkin aracı olan istihbarat faaliyetleri ile özel hayatın korunması hakkının sınırlarının çok iyi ortaya konulması gerekmektedir. Devlet bir yandan istihbarat faaliyetlerinin engelsiz bir şekilde yürütölmelerini sağlarken, öte yandan en temel insan haklarından birisi olan özel hayatın korunması hakkını da sağlamak durumundadır. Bu durumun temini ise ancak istihbarat faaliyetlerinin yasal dayanaklarının çok iyi düzenlenmesi ve istihbaratı yürüten birimlerin de yasal mevzuatı ve istihbarat faaliyetlerinin sınırlarını çok iyi bilerek uygulama yapması ile mümkün olabileceği açıktır. davacı hakkında "biyografi fiŐi" başlığıyla düzenlenen ve davacının adı soyadı, anne ve baba adı,doğum tarihi ve yeri, mesleği, bilinen en son adres bilgileri, kişisel bilgileri, bağlı olduğu örgüt ve görevi, fiziksel özellikleri, arŐiv kayıtları ve istihbari bilgiler gibi değerlendirmelere yer verilen belgenin, ... Anayasa, PVSİ ve AİHM kararları ile çerçevesi belirlenen yetki kapsamında Devletin milli güvenliğini temin ederek bireysel hak ve hürriyetlerin kullanılabilmesi için güven ve huzur ortamı oluşturmak amacıyla yapılan istihbarat faaliyet-

³⁹ - 3. İdare Dava Dairesinin Esas No.: 2016/373, Karar No.: 2017/320 Karar tarihi: 23.03.2017 kararı

leri kapsamında, mer'î mevzuat hükümlerine uygun olarak ölçülü ve meşru olarak yapılan çalışmalar sonucunda toplanan ve emniyetin ilgili biriminde saklanan istihbarat bilgileri olup, niteliği itibariyle önleyici kolluk hizmeti olarak değerlendirilebilecek olan söz konusu çalışmanın ve oluşturulan bilgi fişinin, "fişleme" olarak değerlendirilmesine ve bu suretle özel hayatın gizliliği ilkesinin ihlal edildiğinden bahsetmeye olanak bulunmadığı açık olduğundan, söz konusu bilgi fişinin bu haliyle davacının **ağır** üzüntü, elem ve ızdırap duymasına sebep olacak nitelikte ve manevi tazminat ödenmesini gerektirecek **ağırlıkta** olmadığı görüldüğünden, davacıya idare hukuku ilkeleri çerçevesinde manevi tazminat ödenmesine olanak bulunmadığı kanaatine varıldığından, davanın reddine ilişkin kararda sonucu itibariyle hukuki isabetsizlik görülmemiştir."... demek sureti ile ilk derece mahkemesinin tazminat red kararını onanmış fakat muhalefet şerhini yazan üye ise ayrıntılı biçimde hukuka aykırılığı ve idarenin sorumlu olması gerektiğini ifade etmiştir: "İlçe Emniyet Amirliği görevlilerince oluşturulduğunda kuşku bulunmayıp, söz konusu belge ile davacının özel hayatına yönelik ağır bir müdahalede bulunulduğu ve toplumdaki her birey gibi onurlu ve saygın yaşama hakkının ağır bir şekilde zedelendiğinde tereddüt bulunmamaktadır. Yürütmekle görevli olduğu hizmeti, kişi haklarının zedelenmesini önleyecek şekilde gerekli önlemleri alarak düzenleyemeyen ve istihbarat temin edilmesi ile ilgili yasal görev ve sorumluluğun dışına çıkılarak özel hayata saygı hakkını ihlal edecek nitelikte çalışma yapılmasını önleyemeyen davalı idarenin olayda **ağır hizmet kusurunun** bulunduğu, açıklanan ağır hizmet kusuru nedeniyle de davacının uğradığı manevi zararın, manevi tazminatın niteliği de gözönüne alınmak suretiyle tazmini gerektiğinden, davanın reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır."

Bu olayda en azından bilgi fişlerinin kim ya da kimler tarafından tutulduğu bilinmemekle birlikte kusursuz sorumluluğun olup olamayacağı tartışmalarına girilmemesi benzer olaylarda da aynı yaklaşımın sergilenebileceği karinesini güçlendirmektedir.

Nitekim suçla mücadele kapsamında önleyici kolluk yetki- siyle hukuka aykırı biçimde telefon dinlemelerinin ve bu din- lemelerin basına sızdırılmasının idareye yönelik bir sorum- luluk getirmeyeceği sonucuna varıldığı görölmektedir. "... İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütölen soruşturma kapsamında, İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesinin 29.5.2010 tarihli kararı gereğince hakkında dinleme kararı bulunan M..O. ile davacı arasında geöen telefon konuŐmalarının basında yer alması nedeniyle görölmekte olan davanın açıldığı anlaŐılmak- tadır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 157 ve devamı maddelerinde, ceza soruşturması sürecinin gizli olduğu, ceza soruşturması veya kovuşturması sürecinde maddi geröeğin belirlenmesine yönelik birtakım araştırma ve işlemlerin Cum- huriyet savcısı ve emrindeki adli kolluk birimlerince yürütö- leceği düzenlemelerine yer verilmiştir. Cumhuriyet savcısı tarafından yürütölen ceza soruşturması nedeniyle kayıt altına alınan telefon konuŐmalarının basına sızmış olmasında, davalı idarelerin herhangi bir idari eyleminden söz edilemeyeceği gö- rölmektedir. Buna göre, meydana gelen olayda idarelerin hiz- met kusurunu gerektirecek bir sorumluluğu bulunmadığı gibi, kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca da tazmin sorumluluğu bulunmamaktadır"⁴⁰

6. Kolluk Hizmeti Göröldüğu Sırada Personelin Zarar Görmesi

Kolluk faaliyeti, çoğunlukla maddi âlemde personelle yürü- tölen bir faaliyettir. Dolayısıyla görevli olduğu sırada persone- lin kendisine yönelik olarak meydana gelen zararlarda kusur Şartı aranmadan sorumluluğa gidildiği gözlenmektedir.

"25/05/2008 tarihinde Van ili, Muradiye ilöe Jandar- ma Komutanlığı bünyesinde Uzman Jandarma Kademeli Çavuş olarak görev yapmakta iken Muradiye Cumhuriyet Başsavcılığı'nın talimatına istinaden ErciŐ Kapalı Cezaevi İnfaz Kurumu'na bir tutuklunun nakli sırasında meydana gelen kaza

⁴⁰ Danıştay 10. Daire E. 2012/7993, K. 2014/6654 sayılı kararı

neticesinde hayatını kaybeden davacıların murisinin ölümü olayında Van 1. İdare Mahkemesi'nce; Muradiye Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından verilen görevin ifası sırasında trafik kazası meydana gelmesinde ve bu kazada kolluk görevini yerine getiren G.Ü.'in vefat etmesinde idarenin hizmet kusuru saptanamamakla birlikte, kamu hizmetinin yürütülmesi esnasında meydana gelen ve oluşumunda davacılar yakınının kusuru bulunmayan özel ve olağan dışı zararın, kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca idarece tazmini gerektiği" ne hükmedilmiştir.⁴¹

Buna karşın geçmiş yıllarda AYİM'in kusursuz sorumluluğa hükmettiği pek çok olaya karşın⁴² Danıştay nöbet esnasında umulmayan hal olarak değerlendirilebilecek bir kaza neticesi askeri personelin ölümü olayında: "Samsun İli, Salıpazarı İlçe Jandarma Komutanlığı emrinde Jandarma er olarak görev yapmakta iken önleyici kolluk devriye görevi esnasında hapsirmasının ardından fenalık geçirerek hayatını kaybettiği, ölüm olayının kamu görevini yerine getirirken meydana geldiği, dosya içeriğinden de ölüm olayının neden olduğu konusunda kesin yargıya varılamadığı görülmekte olup ölüm olayında davalı idarenin hizmet kusuru bulunmadığı anlaşılacakla davanın reddine..." karar veren Samsun İdare Mahkemesi'nin kararı Danıştay 10. Dairesi tarafından da onanmıştır. Bu karara karşı yapılan karar düzeltme talebi de bir üyenin "davacıların uğramış olduğu manevi zararın, kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince karşılanması gerektiği görüşüyle, davacıların manevi tazminat istemlerinin reddi yolundaki Mahkeme Kararının bozulması" gerektiği konusundaki karşıoyuna rağmen oyçokluğu ile reddedilmiştir.⁴³ Bu ve buna benzer olaylarda kolluk kamu hizmetinin görüldüğü sırada meydana gelen bedensel zararların "dış etken" den kaynaklanması halinde kusursuz sorumluluk gereği tazminata hükmedilmektedir.⁴⁴

⁴¹ Danıştay Onuncu Daire Esas No : 2016/815 Karar No : 2017/2203

⁴² **Işıklar**, Celal (2009) "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararlarında İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Ortadan Kaldıran Ve Azaltan Haller" **Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara: Gazi Hukuk Fakültesi yay. S.18 vd.

⁴³ Danıştay 10 Daire E. 2015/5354, K. 2017/378 sayılı kararı

⁴⁴ **Armağan**, Tuncay (1997) **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Ankara:S eçkin Yayınevi, s.145

7. Gözaltında İken Ölüm

Kolluk aşamasında suç şüphelisinin gözaltında iken gerek kendisine zarar vermesi ve gerekse kolluk görevlilerinin zarar vermesi (ölüm, yaralanma vb) halleri çoğunlukla “kusur” sorumluluğu kapsamında değerlendirilmektedir. Zira mevzuatla (CMK, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği) gözaltı işleminin nasıl yapılacağı, ifadenin nasıl alınacağı, şüpheliye nasıl muamele edileceği ve muhafaza edileceği teferuatı ile düzenlenmiş durumdadır. Bu düzenlemelere aykırılık -kişinin zarara kendisinin sebep olduğu halde dahi- kolluk hizmetinin “kusur” sorumluluğunu gerektirir. Nitekim Danıştay gözaltında iken intihar eden bir şüpheli için bu yaklaşımını açıkça ortaya koymuştur: “kamu görevlisinin suç niteliğindeki eylemi idarece yürütölen hizmetten soyutlanamaz ve ayrılmaz nitelikte olduğundan, davacılar yakınının Şişli İlçe Emniyet Müdürlüğü binasının 7. katından atlayarak hayatını kaybetmesi olayında davalı idarenin istihdam ettiği personel ve hizmetin icabına uygun olmayan koşullara bağılı olarak hizmet kusurunun bulunduğu, davacıların meydana gelen olay nedeniyle oluşın gerçek zararının belirlenmesi için dosyada yer alan bilgi ve belgeler üzerinden bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle bir karar verilmesi gerekir...”⁴⁵

SONUÇ

Kolluk yetki ve görevi, idarenin kamu düzenini sağlama maksadına yönelik çeşitli yaptırım uygulama gücü ile mücehhez faaliyet alanını oluşturur. Çağımızda kamu düzeninin gerekleri sadece güvenlik, dirlik, sağlık, ahlak gibi gereklerle sınırlı olmayıp ekonomi, estetik vb. gerekler de buna dahil edilmiştir. Bu nedenle kolluk yetkisinin faaliyet alanı ile ilgili örneklerin yukarıda verilenlerle sınırlı olmadığını belirtmek gerekir.

Kolluk faaliyeti içinde barındırdığı yüksek risk nedeniyle kusur barındırma ihtimali de yüksek olan bir kamu hizmet

⁴⁵ Danıştay 10.Daire 21.03.2016 tarih ve E. 2013/5175, K. 2016/1543 sayılı kararı

alanıdır. Dolayısıyla kolluk yetkisinin kullanımı neticesi meydana gelen bir zarardan sorumluluğun belirlenmesinde gelişen teknik, sosyal, ekonomik ve hukuki imkânlar nispetinde (kasıt ve/ya ihmalden kaynaklı⁴⁶) kusur tespitinin yapılması; bu mümkün olmadığı takdirde zararın özel ve olağanüstülüğü dikkate alınmak suretiyle kusursuz sorumluluğun mümkün olup olamayacağının tartışılması gerekir. O nedenle kolluk işlem ve eylemlerinden sorumluluk analizi yapılırken “ağır kusur” da odaklanmanın her durumda hakkaniyete uygun çözüm olacağı söylenemez.

Bu noktada sorumluluk hukuki ile ilgili olarak -bünyesine uyarlı olduğu nispette- ulusalüstü yargı mekanizmalarının da içtihatları dikkate alınmak suretiyle işler kılınacak (etkili) yargı yolu, tüm kurum ve kurallarıyla karmaşık bir hukuk dizgesinde hak arayan tekil bireyin devlete duyduğu saygı ve bağlılığın vesilesi olmanın yanında; kararlardaki tespitler idare (ve onun adına yetki kullanan kamu personeli) bakımından da hizmetin kuruluş, işleyiş ve içeriği bakımından ders alınmasına neden olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz-Sezginer-Kaya** (2018) **Türk İdari Yargılama Hukuku**, Ankara: Seçkin Yay.
- Armağan, Tuncay** (1997) **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Ankara: Seçkin Yayınevi
- Atay, Ender Ethem - Odabaş, Hasan - Gökçen, Hasan Tahsin** (2003) **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Ankara: Seçkin Yay.
- Ayanoğlu, Taner** (1995) “*Kolluk Faaliyeti Nedeniyle Uğranılan Zararlar ve Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi*” **İHİD**, Sayı:1, Yıl:16
- Bacaksız, Pınar- Özbek, Veli Özer** (2006) “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama*” **Ceza Hukuku Dergisi**, Ankara: Seçkin yay. Cilt.1, Sayı.1

⁴⁶ Booth, Cherie - Squires, dan (2005) *The Negligence Liability of Public Authorities*, Oxford University Pres, s.625

- Booth, Cherie – Squires, Dan (2005) The Negligence Liability of Public Authorities**, Oxford University Pres
- Bulut, Nihat (2017) “Sahte Bir Karşıtlığın Çözümü Hukuk Devletinde Özgürlük Güvenlik İlişkisi” 55 Yıl 55**
Makale, Ankara: Anayasa Mahkemesi (Seçki/Derleme)
- Çelik, Çelik Ahmet (2017) İdari Yargıda Ölüm ve Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat Davaları**, Ankara: Seçkin yay.
- Deuz Paul (1950) Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mes’uliyeti**, (Çev. İbrahim Senil) Ankara: Güney Matbaacılık Yay.
- Duran, Lütfi (1964) İdare Hukuku Meseleleri**, İstanbul: Fakülteler Matbaası
- Duran, Lütfi (1974) Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, Ankara: TODAİE Yay.
- Fairgrieve, Duncan (2002) State Liability in Tort A Comparative Law Study**, Oxford University Press,
- Gözler, Kemal (2009) İdare Hukuku Cilt II (İkinci Baskı)** Bursa: Ekin Kitabev
- Gözübüyük, Şeref - Tan, Turgut (2008) İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku** Ankara: Turhan Kitabevi
- Günday, Metin (2011) İdare Hukuku 10. Baskı**, Ankara: İmaj yay.
- Işıklar, Celal (2009) “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararlarında İda- renin Kusursuz Sorumluluğu Ortadan Kaldıran Ve Azaltan Haller” Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara: Gazi Hukuk Fakültesi yay.
- Kaplan, Gürsel (2016) İdari Yargılama Hukuku**, Bursa: Ekin Yay.
- Kıratlı, Metin (1973) Koruyucu İdari Hizmetler**, Ankara: TODAİE Yay.
- Sancakdar, Oğuz ve arkadaşları (2018) İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, Ankara: Seçkin Yay.
- Yılmaz, Yeşim (2016) “Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama” TBB Dergisi 2016 (124)**

SAĞLIK HİZMETLERİNDE İDARENİN KUSURLU SORUMLULUĞUNDAN KUSURSUZ SORUMLULUĞUNA DOĞRU

*Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ**

*Doç. Dr. Bayram KESKİN***

ÖZET: Sağlık hizmetlerinin sunulması sırasında idare bir hata yaptığı zaman, mağdur edilen davacı ve/veya yakınları idarenin hizmet kusuru olduğu gerekçesiyle idarî yargıda dava açmakta ve tazminat isteminde bulunmaktadırlar. İlk derece mahkemeleri bilirkişi olarak Adli Tıp Kurumu'na başvurmakta ve hemen hemen her olayda Kurum "komplikasyon" olduğu, sağlık personeline atfı kâbil bir kusur bulunmadığı şeklinde rapor verdiği için davalar idarenin hizmet kusuru bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmektedir. Danıştay da hizmetin riskli bir hizmet olmasından hareket ederek çoğunlukla ağır kusurun varlığını aramakta, kusursuz sorumluluk ilkesine başvurmamaktadır. Kusursuz sorumluluk ilkesinin dayandığı risk (hasar/tehlile) ilkesine, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine (fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi), hak ve nasafet kavramlarına dayanarak mağdurların tazminat istemini kabul eden mahkeme kararlarını da bozmaktadır. 1982 Anayasası'nın 2.maddesinde cumhuriyetin nitelikleri olarak yer alan "sosyal hukuk devleti" kavramına dayanarak sağlık hizmetinin sunumunda mağdur olanların zararlarını idarenin kusursuz sorumlu olarak tazmin etmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu nedenle çalışmamızda ilk derece mahkemelerinin kusursuz sorumluluk ilkesine dayanarak tazminat istemini kabul ettiği, ancak Danıştay'ın bozduğu iki örnek olay üzerinde kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanabileceği, bunun için de Anayasanın 2.maddesindeki "sosyal devlet ilkesi"ne dayanılabileceği anlatılmaktadır. Ayrıca, diğer iki örnek olaya benzeyen, bireysel başvuru yapılan ve sonucunda Anayasa Mahkemesi tarafından "hak ihlâlinin mevcut olduğu"na hükmedilen bir karar da incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sağlık hizmeti, hizmet kusuru, ağır kusur, kusursuz sorumluluk, sosyal devlet.

ABSTRACT: In the event that the administration has a wrongdoing in the execution of health services, the victim or his/her kins bring a lawsuit in administrative jurisdiction/court and claim for damages on the grounds that the administration has service failure. The first instance courts apply to

* Gazi Üniversitesi İdare Hukuku Anabilim Dalı E.Öğretim Üyesi.

** Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

the Institution of Forensic Medicine as an expert and the cases are mostly dismissed owing that the Institution reports the situation as “complication” and there is no such fault attributable to the service personnel. Considering the fact that the service is inherently risky, the Council of State looks mostly for existence of gross fault and does not refer to strict liability. It also reverses the court decisions that accept the claim for damages in regard to principle of risk (damage/hazard), equality before public burdens (balancing of sacrifices) and concepts of right and equity on which the principle of strict liability is based. We believe, with strict liability the administration should compensate for the damages suffered by the victim in receiving health service on the grounds of “social state under rule of law” referred to in article 2 of the 1982 Constitution as characteristics of republic. Hence, in our study we examine two sample cases for which compensation is accepted by the first instance courts on grounds of strict liability but reversed by the Council of State. It is explained that strict liability is applicable for these two cases and thus “social state principle” of article 2 of the Constitution can be referable. Besides, another decision similar to other two case studies is examined for which individual application is made and consequently “presence of abuse of right” is ruled by the Constitutional Court.

Keywords: health service, service fault, gross fault, strict liability, social state.

“ Kendine devrimin ve devrimciliğın çeşitli ve yaşamsal görevler verdiği Türk vatandaşının sağlığı ve sağlamlığı her zaman üzerinde dikkatle durulacak ulusal sorunumuzdur. Çünkü cumhuriyet; dđřünsel, bilimsel ve bedensel bakımlardan güçlü ve yüksek düzeyli koruyucular ister....”

Mustafa Kemal ATATÜRK

I. GİRİŐİ¹

Bu çalışmanın **konusu**; sağlık hizmetlerinin sunumunda idarenin verdiği zararın, zarar görenin talebi üzerine idare tarafından tazmin edilebilmesi için sunulan sağlık hizmetinde idarenin kusurlu olması gerektiği genel kabul görmüşken ve Danıştay kararları da bu yöndeyken, bazı münferit olayların kusursuz sorumluluğa göre de tazmin edilebilip edilemeyece-

¹ Kısaltmalar: age.adı geçen eser; agm. adı geçen makale; agt. adı geçen tez; AİHM. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; AİHS. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi; AYİM. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi; B.No.Başvuru Numarası; bkz. Bakınız; BM. Birleşmiş Milletler; C. Cilt; E. Esas; K. Karar; md.madde; No. Numara; RG. Resmî Gazete; s.sayfa; S.Sayı; vd. ve devamı; Y.Yıl.

ğinin daha doğrusu tazmin edilebileceğinin Danıştay kararları ışığında ele alınmasıdır.

İdarî yargı yerlerinin konumuzla ilgili kararlarını incelediğimizde kusursuz sorumluluk ilkesine başvurulması ile ilgili bir belirsizlik olduğu, daha doğrusu bir görüş birliğine henüz varılmadığı anlaşılmaktadır. Danıştay genel olarak kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında verilen zararlarda idarenin sorumluluğuna hükmederken öncelikle hizmet kusurunun varlığını aramakta, eğer hizmet kusurunun bulunmadığını tespit ederse o zaman kusursuz sorumluluk ilkesine başvurarak karar vermektedir. Ancak sağlık hizmetlerinin yürütülmesi sırasında meydana gelen zararlara ilgili açılan maddî ve/veya manevî tazminat davalarında Danıştay genellikle ağır hizmet kusuru aramaktaydı, hâlihazırda ise hizmet kusuru aramaktadır. Bazı hizmet sunumlarında basit kusuru yeterli bulmakta, ama kusursuz sorumluluk ilkesine başvurmamaktadır. Hâlbuki Danıştay özellikle Adlî Tıp Kurumu raporlarının komplikasyonun mevcudiyeti gerekçesiyle davalı idareyi kusurlu bulmadığı hallerde Anayasanın 2.maddesindeki² Türkiye Cumhuriyeti'nin "sosyal hukuk devleti" olduğu hükmüne dayanarak kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanabilirliğini araştırıp ona göre davalı idarenin tazminat ödemesine hükmetmelidir.

Sağlık hizmetleri çok boyutlu bir konudur. Bu nedenle birçok kavram doğrudan veya dolaylı olarak çalışmamızı ilgilendirmektedir.

Bu kavramlar hem ulusal mevzuatımızda, doktrinde, idarî yargı yerlerinin kararlarında, hem de Dünya Sağlık Örgütü ve diğer bazı uluslararası mevzuat tarafından tanımlanmaktadır³.

² Anayasanın "Cumhuriyetin nitelikleri" başlıklı 2. maddesi hükmü şöyledir: "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."

³ AYDIN, Nizamettin: "Hasta Haklarının Hukuki Boyutu ve Korunma Yolları", Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S.22, Aralık 2008, s.297-298. <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/55493>

Konumuzla ilgili çeşitli kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇINARLI, Serkan: İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu, Ankara Ekim 2013, s.216-223; PAZARCI, Ayşe Almıla: Hasta Hakları ve İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu, Kırıkkale 2007, s.113-117,

Örnek olarak; sađlık⁴, kamu hizmeti⁵, sağlık hizmeti⁶, kusur⁷, sağlık hizmetinde kusur⁸, sorumluluk⁹, kusurlu sorumlu-

T.C.Kırkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (basılmamıő yüksek lisans tezi).

4 <http://www.tiphukuku.org.tr/icerik.php?gid=169&cat=29>.

5 Anayasa Mahkemesi'nin 09.12.1994 tarihli ve E.1994/43, K.1994/42-2 sayılı kararı için bkz. 24.01.1995 tarihli ve 22181 sayılı RG. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin 23.06.1995 tarihli ve E.1994/71, K. 1995/23 sayılı kararı için bkz. 20.03.1996 tarihli ve 22586 sayılı RG.

"Kamu hizmeti" kavramı konumuz açısından çok önemlidir. Sağlık hizmetlerinin sunumunda mağdur olanlar ve/veya yakınları yargıya başvurmadan önce T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu'na (Ombudsmanlık Kurumu) başvurmak isteyebilirler. Burada özellikle özel hastanelerde yapılan tıbbi müdahale sebebiyle verilen bedensel zararlarla ilgili Şikâyetleri ombudsmanın kabul edip edemeyeceği meselesi açısından Kurumun görev alanını belirlemek gerekmektedir. Görev alanını tespit ederken "kamu hizmeti" kavramı için 14.06.2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununu incelemek lâzımdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ODYAKMAZ, Zehra-Bayram KESKİN-Yusuf DENİZ: "Tıbbi Müdahale Nedeniyle Oluşan Bedensel Zararlar ve T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsman)", Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre (Internationaler Kongress zum Personenschadensrecht im Lichte Der Neueren Entwicklungen), C.1, 6-7-8 May 2015, Ankara 2016, s.510-528, Türkiye Barolar Birliği.

"Kamu hizmeti" kavramı ve sağlık ilişkisi için bkz. ÇAĞLAYAN, Ramazan: "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu", Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan, 15-16 Mayıs 2006, (Yayına Hazırlayanlar: Cem Baygın-Metin Uçar-Yusuf Büyükkay), s.117-119.

"Sağlık kamu hizmeti" için bkz. ERSÖZ, Kürşat: Türk İdaresinin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu, 1. Baskı, İstanbul Ağustos 2012, s.4-5.

6 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleőtirilmesi Hakkında Kanun 05.01.1961 tarihinde kâbul edilmiş olup, 12.1.1961 tarihli ve 10705 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır. Bkz. 4.Tertip, C.1, s.1486.

Danıştay 10. Dairesinin 29.06.2011 tarihli ve E.2011/6191, K.2011/Yürütmeyi durdurma kararı.

Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇINARLI, Serkan: age., s.66-69, s.82-86; AKDUR, Recep: Türkiye'de Sağlık Hizmetleri ve Avrupa Topluluğu Ülkeleri ile Kıyaslanması, A.Ü.T.F. Halk Sağlığı Anabilim Dalı, Ankara 1999, (2005 yılında güncellenmiş ve-rilerle), s.5.

7 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.7.2003 tarihli ve E.2003/11-756, K.2003/743 sayılı kararı için bkz. <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=193&t=36281>

8 ÖZTÜRK, Yasemin Kılıç: "Sağlık Hizmet Sunumunda İdarenin Kusur Sorumluluğu", www.ankaramedicaljournal.com/download/article-file/19850, s.241.

Danıştay 10.Dairesinin 12.7.1995 tarihli ve E.1994/7359, K.1995/3559 sayılı kararına göre "...Genel olarak hizmet kusuru bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki aksaklık ve bozukluktur...".

Ayrıntılı bilgi için bkz. KIZILYEL, Serkan: "İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu", Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s.206-216.

9 İdare Hukukunda sorumluluk kavramı için bkz. GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 11.Baskı, Ankara Kasım 2017,s.367-385; ODYAKMAZ, Zehra - Ümit KAYMAK: İdare Hukuku, 19. Baskı, Kocaeli-İzmit Eylül 2018, s.131-146.

Sağlık hizmetlerinde idarenin sorumluluğu için bkz. ODYAKMAZ, Zehra: "Administration's Responsibility in Health Services", Pravni zivot casopis za

luk (hizmet kusuru)¹⁰, kusursuz sorumluluk¹¹, zarar¹², maddî zarar¹³, manevî zarar¹⁴, komplikasyon¹⁵, malpraktis¹⁶, tıbbî uygulama hatası¹⁷, tıbbî girişimi¹⁸ sayabiliriz.

pravnu teoriju i praksu, Tematski Broj, Pravo I Prostor, 23 godina kopaonické škole prirodnog prava, udruženje pravnika srbije, Broj 10, Beograd 2010, Tom II, p.263-297, Duruga Katedra Pravo Na Slobodu.

10 GÜNDAY, Metin: age., s. 369-378; ODYAKMAZ, Zehra - Ümit KAYMAK: İdare Hukuku, age., s.132-138; ODYAKMAZ, Zehra: "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kurumsal Sorumluluğu Açısından Avukatın Gözönünde Bulundurması Gereken Hususlar", s.203-223, Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk (Ceza Hukuku-Medenî Hukuk-İdare Hukuku), Sempozyum, 16-17 Ocak 2009 Mersin, Ankara 2009.

11 GÜNDAY, Metin: age., s.378-385; ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK: İdare Hukuku, age., s.138-146.

12 HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, 4. Güncellenmiş baskı, Ankara 2012, s.589; GÜNDAY, Metin: age., s.383; ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK: İdare Hukuku, age., s.132; KIZILYEL, Serkan: agm., s.217-218.

Zararla ilgili bir görüşü 1855 yılında Friedrich Mommsen "Zur Lehre von dem Interesse" (Menfaat Öğretisi Hakkında) adlı eserinde ifade etmiştir. Bkz. AY-DIN, Elif: Akit Dışı Sorumlulukta Maddî Zarar ve Tazmini, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, <http://acikerisim.deu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/12345/11022/249409.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

13 HAKERİ, Hakan: age., s.590-591; KIZILYEL, Serkan: agm., 218-219, s.222-227; ÇINARLI, Serkan: age., s.163-170, s.176-180; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku Cilt I, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Ankara Şubat 2016, s.781-782.

14 GÜRİSOY, Tahir: "Manevî Zarar ve Tazmini", <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/313/3028.pdf>; NOMER, Halûk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler,Gözden Geçirilmiş 8.Baskı,İstanbul, 2010, s.125; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku Cilt I, age., s.782-783.

Ayrıntılı bilgi için bkz. KIZILYEL, Serkan: agm., s.219-225, s.227-229; ÇINARLI, Serkan: age., s.170-174.

ANTALYA' O. Gökhan: "Manevî Zararın Belirlenmesi ve Manevî Tazminatın Hesaplanması -Türk Hukukuna Manevî Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi", <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/333488>, s.222.

HAKERİ Hakan: age., s. 591; ÇINARLI, Serkan: age., s.176-177.

15 <http://www.saglikkitabi.org/komplikasyon-nedir>; ÇINARLI, Serkan: age., s.220-221.

16 Dünya Tabipler Birliğine göre malpraktis: "Hekimin tedavi sırasında standart, güncel uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavisini vermeme- siyle oluşan hasardır". Bu tanım Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 yılında yapılan 44. genel kurulunda kabul edilmiştir.

Ayrıntılı bilgi için bkz. HAKERİ, Hakan: age., s. 491 vd.; PAZARCI, Ayşe Almla: agt., s.115-117.

1.2.1999 tarihli Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları md.13 için bkz. http://www.tb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&id=65&Itemid=31

17 ÇINARLI, Serkan: age., s.211-223; KIZILYEL, Serkan: agm., s.208-215. Tıpta uygulama hatalarıyla ilgili olarak bkz. <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/54610>

18 YILMAZIŐIK, Berfin Ş.: "Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlü-

Uluslararası Mevzuat¹⁹ olarak ilk önce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "Özel ve aile hayatına saygı hakkı" kenar başlıklı 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasını hatırlatabiliriz: "Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir."

1981 yılında ilk uluslararası belge niteliğindeki Lizbon Bildirgesi²⁰, 28-30 Mart 1994'de Amsterdam Bildirgesi (Avrupa'da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi)²¹, 1995'de Lizbon Bildirgesi II kabul edilmiştir.²² Yine, Avrupa Konseyi Parlâmenterler Meclisi'nin, bir biyoetik sözleşmesi hazırlanmasına ilişkin 1160 (1991) sayılı Tavsiye Kararı doğrultusunda

lüğü", http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-98-1133_Yükümlülükü, s.391; ÇINARLI, Serkan: age., s.220.

19 Uluslararası mevzuat konusunda fazla bilgi için bkz. ODYAKMAZ, Zehra: "İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (Üç Ayda Bir Yayınlanan Ulusal Hakemli Dergidir), 20 Nisan 2011, Y.2, S.5, s. 5-6, dipnot 9; ÇINARLI, Serkan: age., s.261-263; TÜRKMEN, Ali: Hasta ve Hekim Hukuku, Birinci Baskı, Samsun Ekim 2009, s.55; ÖZCAN, Burcu G.-Çağlar ÖZEL: "Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler", Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C.10, Y.2007, S.1, s.54-55, <http://www.sid.hacettepe.edu.tr/Makale/101.3.pdf>; ORAL, Tuğçe: "Hasta Hakları", http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1047.htm; DEDEAĞAÇ, Ender: "Hasta Hakları Açısından Hekimin Sorumluluğu", <http://www.inisiyatif.net/document/71.pdf>; ER, Ünal: Sağlık Hukuku, Ankara 2008, s.144-154; ÇINKO, Mehmet Sıddık: "Hukuki ve Tıbbi Açından Hasta Hakları", T.C. Adalet Bakanlığı Adalet Dergisi, Y.93, Ekim 2001, s.9, s.196; SAYLAN, Semra Eren: "Hasta Haklarının Hukuki Boyutu", http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale-detay.asp?DNO=68; AYDIN, Nizamettin: agm.; BÜKEN, Nüket Örnek: "Etik ve Hukuk Açısından Ulusal ve Uluslararası Bildirgelerde Hasta Hakları", Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ankara 2009, s.33-42.

20 1981 yılında Dünya Tabipler Birliği tarafından yayınlanan bildiğe 6 maddeden oluşmaktadır:

- Hasta hekimini özgürce seçmelidir.
- Hastalar hiçbir etki altında kalmadan özgürce klinik ve etik karar verebilen hekim tarafından bakılabilmelidir.
- Hasta yeterli bilgilendirmeden sonra önerilen tedaviyi kabul veya reddedebilme hakkına sahip olabilmelidir.
- Hasta hekimden tüm tıbbi ve özel hayatına ilişkin bilgilerin gizliliğine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

Her hastanın onurlu bir şekilde ölmeye hakkı vardır.

Hasta dini veya ruhi telkin ve teselliyi kabul veya reddetme hakkına sahiptir.

21 Amsterdam Bildirgesi için bkz. <http://agriism.saglik.gov.tr/TR,69200/amsterdam-bildirgesi.html>

22 Dünya Tabipler Birliği'nin Eylül 1995'de Bali/Endonezya'da yapılan toplantısında kabul edilmiştir.

hazırlanan “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi” Avrupa Konseyi bünyesinde 4 Nisan 1997 tarihinde imzaya açılmış; TBMM, 3 Aralık 2003 tarihli ve 5013 sayılı Kanun ile Sözleşme’nin onaylanmasını uygun bulmuştur. Bu Kanun uyarınca Sözleşme 16 Mart 2004 tarihinde onaylanmıştır²³.

Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre taraf devletler gerekli bütün tedbirleri almakla yükümlüdürler²⁴. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM); kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerinin korunması, kendilerine uygulanan tedaviye dâhil olmaları, bu hususta rıza göstermeleri ve maruz kaldıkları sağlık risklerini değerlendirmelerine yardımcı olan bilgilere erişimlerinin Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamında yer aldığını kabûl etmektedir (Trocellier v. Fransa (k.k.), B. No: 75725/01, 5/10/2006; İclâl Karakoca ve Hüseyin Karakoca/ Türkiye (k.k.), B. No: 46156/11, 21/5/2013).

Ulusal mevzuatımızda²⁵; 1982 Anayasası dışında sağlık hizmetlerini, hasta haklarını düzenleyen kanunlar ve yönetmelik-

²³ Biyotıp (İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi) 3. maddesi şöyledir: “Tarafalar’ sağlığa duyulan ihtiyaçları ve kullanılabilir kaynakları gözönüne alarak, kendi egemenlik alanlarında, uygun nitelikteki sağlık hizmetlerinden adil bir şekilde yararlanılmasını sağlayacak uygun önlemleri alacaklardır. “. Biyotıp (İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi) 4. maddesi ise şu şekildedir: “Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir. «. Bkz. <https://cango-kalp.com/2017/01/29/biyotip-sozlesmesi>.”

²⁴ AİHM kararları 19.07.2015 tarihli ve 2015/10945 başvuru sayılı karardan alınmıştır. Kararlar için bkz. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/10945>.

²⁵ ÇİNARLI, Serkan: age., s.263-293. Türkiye’de hasta haklarının tarihsel gelişimi şu şekildedir: Türkiye’de ilk defa 1960 yılında “Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi” hazırlanmış, daha sonra Ekim 1998’de Türk Tabipler Birliğinin 47. Büyük Kongresinde “Hekimlik ve Meslek Etiği Kuralları” adı altında yeniden düzenlenerek kabûl edilmiştir. 1 Ağustos 1998 yılında da “Hasta Hakları Yönetmeliği” yürürlüğe girmiştir. Fazla bilgi için bkz. AYDIN, Nizamettin: agm. Tevfik Özlü hasta haklarıyla ilgili kitabında “Tozlu raflardan bir değerli eser” başlığı altında 1977 yılında yayınlanan, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Tıp Tarihi ve Deontoloji Kürsüsünden Nil Akdeniz’e ait “Osmanlılarda Hekim ve Hekimlik Ahlakı” isimli tez çalışmasından konuyla ilgili çok güzel örnekler aktarmaktadır. Bkz. ÖZLÜ, Tevfik: Kuramsal Metinler, Felsefî Arka Plan ve Örnek Olgularla Hasta Hakları, Hakkınız Var Çünkü Hastasınız, İstanbul 2005, s.33-35; AKDENİZ, Nil: Osmanlılarda Hekim ve Hekimlik Ahlakı, İstanbul 1977.

ler bulunmaktadır. Ancak bizim çalışmamızın konusu sağlık hizmetlerinin sunumundan zarar görenler bakımından “kusursuz sorumluluk ilkesi”nin uygulanabilirliğini tartışmak olduğu için yalnızca anayasa hükümlerinin bile kusursuz sorumluluğu teyit edeceği, yeterli olacağı düşüncesiyle bazı anayasa hükümlerini burada yalnızca saymakla yetiniyoruz. (“Başlangıç” bölümünün 6. paragrafı, “Devletin şekli” başlıklı 1.maddesi, “Cumhuriyetin nitelikleri” başlıklı 2.maddesi²⁶, “Devletin temel amaç ve görevleri” başlıklı 5.maddesi, “Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10.maddesi, “Temel hak ve hürriyetlerin niteliği” başlıklı 12.maddesi, “Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve maneî varlığı” başlıklı 17.maddesinin 1. ve 2.fıkraları, “Kişi hürriyeti ve güvenliği” başlıklı 19.maddesinin 1.fıkrası, “Özel hayatın gizliliği” başlıklı 20.maddesinin 1.fıkrası, “Temel hak ve hürriyetlerin korunması” başlıklı 40.maddesinin 3.fıkrası, “Ailenin korunması ve çocuk hakları” başlıklı 41.maddesinin 1.ve 2.fıkraları, “Çalışma şartları ve dinlenme hakkı” başlıklı 50.maddesinin 1.ve 2.fıkraları, “Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması” başlıklı 56.maddesinin 3., 4.ve 5. fıkraları, “Sporun geliştirilmesi ve tahkim” başlıklı 59.maddesi, “Sosyal güvenlik hakkı” başlıklı 60.maddesi, “Devletin iktisadî ve sosyal ödevlerinin sınırları” başlıklı 65.maddesi, “Milletlerarası anlaşmaları uygun bulma” başlıklı 90.maddesinin son fıkrası, “Yargı yolu” başlıklı 125.maddesinin 1. ve son fıkraları, “Görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturulmasında güvence” başlıklı 129.maddesinin 5.fıkrası, “Başlangıç ve kenar başlıklar” başlıklı 176.maddesi, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun “Kişilerin uğradıkları zararlar” başlıklı 13.maddesi).

Çalışmamızın çerçevesi; yalnızca devletin ve devlet üniversitelerinin hastane veya diğer sağlık merkezlerinde sunulan sağlık hizmetlerinden doğan zararların tazmini için açılan davalarla sınırlıdır. Yoksa özel hukuk kişileri tarafından sunulan sağlık hizmetlerinden dolayı da idare kısmen sorumludur²⁷. Ancak bu konu bizim çalışma alanımızın dışındadır.

²⁶ Sosyal devlet ilkesine daha sonra değinilecektir.

²⁷ Danıştay10. Dairesinin 13.09.1993 tarihli ve E. 1993/724, K.1993/3146 sayılı kararı; Danıştay10. Dairesinin 04.12.1997 tarihli ve E. 1994/3467, K.1997/5311 sayılı kararı; Danıştay10. Dairesinin 22.01.2001 tarihli ve E. 2001/98, K.2001/143 sayılı kararı.

İncelememizin **amacı**; sağlık hizmetlerinin sunumundan doğan zararların tazmininde Danıştay'ı "kusursuz sorumluluk ilkesi"ni geliŐtirmeye davet etmektir. Bu ilkeyi kararlarında kullanırken idarî yargı yerlerinin sınırları iyi belirlemesi gerekir. Aksi takdirde kusursuz sorumluluk uygulamasının idarenin sorumluluğunun amacını aşan bir boyuta taşınmasına neden olabilir.²⁸ Burada sınır illiyet bağının bulunması Şartı olabilir.

Çalışmamızda **vurgulamak** istediğimiz husus ise; sağlık hizmetlerinin sunumu esnasında hasta hakları ihlâl edilen davacıların aştıkları tazminat davalarını sonuçlandıran yargı kararlarında mağdurların gerek maddî gerek manevî tazminat aÇısından tam anlamıyla tatmin edilmediklerinin gösterilmesidir.

II. KUSURUN YOĞUNLUĞU VE AĞIR KUSUR

A. Ağır Kusur Sayılan Haller

Ağır kusurun tanımını yapmak çok zor olmakla birlikte genelde kitaplarda basit kusurdan daha ağır kusur olarak tanımlanmaktadır.²⁹

²⁸ ERER, Sezer: "Sağlık Hizmetlerinde Sorumluluğun Paylaşılması", Uludađ Üniversitesi Tıp Fakóltesi Dergisi, Y.2010, S.36/1, s.34.

²⁹ GÖZLER, Kemal-Gürsel KAPLAN: İdare Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 17. Baskı, Bursa Temmuz 2015, s.752.
GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku, Cilt I, age., s.756.
"....Hangi yoğunluktaki kusur?", "... Görev kusuru....", ".... Hangi hizmet standartları?..." sorularıyla ilgili olarak bkz. GÜRAN, Sait: "Hekimin Faaliyetlerinde Devletin Sorumluluğu", Danıştay Dergisi, Y.12, S.46-47, 1982, s.19-20.
Ağır kusur Şartının aranmasının sebepleri için bkz. ÇINARLI, Serkan: age., s.197; YILMAZ, Mustafa: "İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Kusur Sorumluluğu", s.139-140, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, (Yayına Hazırlayanlar: Cem Baygın-Metin Uçar-Yusuf Büyükyay), Ankara 2007; PAZARCI, Ayşe Almlı: agt., s.183; GÖZLER, Kemal-Gürsel KAPLAN: age., s. 752-753.
Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu'nun 18.10.2007 tarihli ve E.2004/721, K.2007/2030 sayılı kararı Şöyledir: ".... Sağlık hizmetleri hizmetten yararlananın kişisel özelliklerine ve hizmetin yürütölmesine bağlı olarak önceden öngörölme-yen belirli bir tehlikeyi iÇerdiğinde, idarenin tazmin sorumluluğu için kural olarak, idarenin ağır hizmet kusurunun bulunması ve zarar ile yürütölülen sağlık hizmeti arasında nedensellik bağının bulunması gerekmekte olup....". Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇINARLI, Serkan: age., s. 67-68.

Danıştay'a göre ağır hizmet kusuru sayılan haller; bariz hata ile sonuçlanan tıbbi operasyonlar³⁰, tıbbi operasyonlar dışında kalan hatalı iğne yapılması gibi bariz hatalar (bariz hata ile beklenen bir durum olarak nitelendirilemeyecek haller kastedilmektedir)³¹, yanlış ilaç verilmesi sonucu hastada meydana gelen zarar³², iő ve işleyiş hataları denilen idari malpraktisler³³, idarenin derhal harekete gemek zorunda olduğu ve düőünecek fazla zamanının bulunmadığı acil tıbbi müdahaleler ve can kurtarma faaliyetleri³⁴, aydınlatılmış onam alınmadan yapılan tedaviler nedeniyle oluşan yan etkilerin hastaya yeterince bildirilmemesidir³⁵. Danıştay'ın yakın zamanlarda

³⁰ Danıştay 10.Dairesinin 22.11.1999 tarihli ve E.1998/190, K.1999/6198 sayılı kararı.

³¹ Danıştay yanlış organdan parça alınmasının beklenen bir durum olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir: Danıştay 10. Dairesinin 31.03.2009 tarihli ve E.2008/11112, K.2009/2529 sayılı kararı. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇINARLI, Serkan: age., s.193-195.

³² Danıştay 10.Dairesinin 08.12.1997 tarihli ve E.1996/2121, K.1997/5476 sayılı kararı.

³³ Danıştay'ın 10. Dairesinin doğrulama testi yapılmadan ilgili Şahsa AIDS oluğunun bildirilmesinin ağır hizmet kusuru olduğuna ilişkin 28.12.2007 tarihli ve E.2005/8407, K.2007/6526 sayılı kararı. Bu karar için ayrıca bkz. ÇINARLI, Serkan: age., s.191.

³⁴ YILMAZ, Mustafa: agm., s.139-140.

³⁵ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 07.03.2003 tarihli ve E.2002/716, K.2003/91 sayılı kararı; "...Kulak zarının delik olduğu doktor tarafından bilindiği halde tedavide kullanılan ilaçın yan etkilerinin daha fazla olabileceğinin hastaya bildirilmemesi.... ağır hizmet kusuru....". Bu kararla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ODYAKMAZ, Zehra: "İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları", agm., s.25-32; ÇINARLI, Serkan: age., s.194-195.

Danıştay 10. Dairesinin 03.05.1995 tarihli ve E.1994/3258, K.1995/2379 sayılı kararı. Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin içtihadının da kural olarak bu yönde olduğu söylenebilir. Bkz. ÖZGÜLDÜR, Serdar: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Ankara 1996, s. 305.

Danıştay 10. Dairesinin 31.03.2009 tarihli ve E.2008/11112, K.2009/2529 sayılı kararı.

Sakarya 1. İdare Mahkemesi'nin 04.04.2012 tarihli ve E.2008/914, K.2012/293 sayılı kararındaki olayda "Herhangi birinin kene ısırması sonucu KKKA (Kırım Kongo kanamalı ateői) virüsüne yakalanıp yakalanmadığının kesin olarak anlaşılabilmesi için hastanelerde yapılan kan tahlillerinin yeterli olmadığı, kesin teőhisin Hıfzı-sıhha Merkezi Başkanlığı'nın ilgili uzman bölümünce konulduğu, buna rağmen, olayda hastanede yapılan tahlillere itibar edilmek suretiyle kendisini kene ısırmanın KKKA virüsü taşıyıp taşımadığı kesin olarak belirlenmeden, herhangi bir tecrit önlemi alınmaksızın tedavi hizmeti verilmesinde idarenin açıkça hizmet kusuru bulunduğu" gerekçesiyle maddi tazminata ve kısmen manevi tazminata hükmedilmiştir. Danıştay 15. Dairesi de 04.04.2016 tarihli ve E.2015/4467, K.2016/2286 sayılı kararıyla ONAMIŞTIR.

rnek olayda ilk olarak açılan tam yargı davasında İzmir 2.İdare Mahkemesi, 05.11.1992 tarihli ve E.1988/1104, K.1992/1002 sayılı kararı ile dava ret kararı ver-

vazgeçmeye başladığı ağır kusur araması, sosyal devlet anlayışına da ters düşmektedir.³⁶

B. Ağır Kusur Şartının Aranmadığı Haller

Hastanede yapılsa bile yürütülmesinde işin doğası gereği zorluk bulunan tıbbî müdahaleler dışındaki işlemler bakımından ağır kusur aranmaz. Örneğin hastadan kan alımı, pansu-

miştir. Ret gerekçesi ise şöyledir: “İdare hukuku ilkelerine ve Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kimsenin hizmetten yararlandığı ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, hizmet sırasında verilen ve ağır bir kusurdan ileri gelmemiş olan zararlar için idarenin tazmin yükümlülüğü bulunmadığı, sağlık hizmetinin de riskli hizmetlerden biri olduğu, ölüm olayında davalı idarenin ağır bir hizmet kusuru bulunup bulunmadığının saptanması amacıyla yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda Doç. Dr. ... tarafından düzenlenen raporda: Streptomisinin tüberküloz tedavisinde keşfedildiği 1944 yılından beri yaygın olarak kullanıldığı, bu ilâca bağlı olarak gelişen anafalaktik şokun çok nadir olduğu, uygulamadan önce cilt testi yapılmasının rutin klinik tıpta yer almadığı, ancak daha önce ilâç alerjisi olduğu bilinen olgularda test yapılması gerektiği, hastanın öyküsünde ise ilâç alerjisinden söz edilmediği, bu nedenle deride ilâç deneme testi yapılmamasının eksiklik olmadığı, ancak deride ilâç deneme testinin menfi olmasına rağmen ilâcın enjeksiyonu sırasında anafalaksinin yine gelişebileceği, daha önce aynı ilâctan defalarca yapılmış ve anafalaksi görülmemiş bir kişide herhangi bir enjeksiyon sonucunda anafalaksi gelişebileceği ve ölüm olabileceği, enjeksiyon öncesi ve sonrasında maktule uygulanan tedavinin uygun ve yeterli olduğu, ancak dosyada streptomisin enjeksiyonunun saat kaçta yapıldığının not edilmediği, gelişen alerjik reaksiyon tedavisinde ilk müdahalenin 10.45de yapıldığının görüldüğü, hastaya erken müdahale edilmesi halinde ölümün ortaya çıkmayabileceğinin düşünüldüğü, ancak streptomisin enjeksiyonundan sonra hastanın gözlenmesi ve takibinin rutin bir uygulama olmadığı, bu nedenle hastanın yakınmalarının hekim ve hemşireye yansımalarının ifadelerle göre geç olması yanında streptomisin uygulanması ile acil müdahale arasındaki sürenin belirlenmesinin yarı olacağını belirtildiği, davacı vekili tarafından bilirkişi raporuna yapılan itirazların yerinde görülmediği ve raporun hükme esas alınabilecek nitelikte olduğu, dava dosyasındaki bilgi ve belgelere, bilirkişi raporunun içerdiği açıklamalara göre davacıların yakını olan ... ölümü olayında davalı idarenin ağır hizmet kusuru bulunmadığı gibi, olayın idare hukukuna özgü kusursuz sorumluluk hallerine de girmediği, manevî tazminat isteminin reddinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır”. Bkz. <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=10484>.

Danıştay 10. Dairesi, 01.06.1994 tarihli ve E.1993/363, K.1994/2502 sayılı kararında “Enjeksiyona bağlı olarak gelişebilecek şoka karşı etkili önlemlerin alınmaması sonucunda meydana gelen ölüm olayında davalı idarenin ağır hizmet kusuru ve tazmin sorumluluğu olduğu”na hükmetmiştir. Bkz. <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=10484>.

Danıştay 10. Dairesinin 29.04.2008 tarihli ve E.2007/3301, K.2008/2939 sayılı kararı ve eleştirisi için bkz. ODYAKMAZ, Zehra: “Yeni Türk Borçlar Kanununun 55/2. Maddesinin İdare Hukukunun İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi”, s. 268-270, Ankara Barosu Ulusal Kongre, Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi, 4-5-6 Nisan 2013 (Editör: Selma Güleç Uçakhan), Ankara 2013.

³⁶ KAPLAN, Gürsel: agm., s.189; GÜRAN, Sait: agm., s.21.

man yapılması, yatağa yatırılması, temizlenmesi veya yemek verilmesi gibi tıbbî faaliyet sayılmayan faaliyetlerden dolayı idarenin sorumluluğu için basit kusur yeterlidir.³⁷

Danıştay bir davada ağır hizmet kusurunun aranmasına gerek duymayıp hizmet kusurunu yeterli bularak tıbbî uygulama hatasından kaynaklanmayan ama idarî malpraktis olarak kabûl edilmesi gereken hususlar ile ilgili önemli bir karar vermiştir.³⁸

C. Danıştay'ın Değişen Tutumu

Danıştay 15.daire başkanlığı 28 Kasım 2016 tarihinde Adalet Bakanlığı aracılığıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bir yazı iletmiŐtir. Yazı Şöyledir:

*“Sağlık hizmetlerinden doğan tam yargı davalarında ameliyat hizmetleri, bünyesinde taşıdığı risk nedeniyle **ağır hizmet kusuru rejimi** kapsamında değerlendirilmektedir.*

*Bunun dışında idarî yargıda açılan tam yargı davalarının **ağır hizmet kusuru** ile bağlantılı olarak incelenmesi sÖzkonusu değildir....*

*Sağlık hizmetlerinden doğan tam yargı davaları da – ameliyatlara hariç – **hizmet kusuru rejimi** kapsamında incelenmektedir.*

*Hastane ve ekipmanları, cihazlar ile ilgili bazı normlara riayet edilmemesi de **organizasyon kusuru** kapsamında değerlendirilmektedir.*

³⁷ YILMAZ, Mustafa: agm., s.140.

³⁸ Ankara 7. İdare Mahkemesinin 05.11.2004 tarihli ve E.2001/1298, K.2004/2187 sayılı kararının bozulduğu Danıştay 10. Dairesinin 24.09.2007 tarihli ve E.2005/3719, K.2007/4316 sayılı kararı için bkz. <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=17766&start=55>.

Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇINARLI, Serkan: age, s. 214-216, s.195-197; ÜÇİŞİK, Fehim: Sağlık Hukuku, 2.Baskı, İstanbul 2010, s.38-49.

Karar ve eleştirisi için bkz. ODYAKMAZ, Zehra: “İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları”, agm., s. 41-43; ODYAKMAZ, Zehra: “Sağlık Hizmetlerinde İdare Hukuku Bakımından Müşterek Sorumluluk”, VII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu VII. Türkisch – Deutsches Symposium Zum Medizinrecht, Tıpta İŞbirliği ve Hukuksal Sorunlar Delegation und Kooperation im Gesundheitswesen, 16-17 Nisan 2010 Samsun, Editörler (Prof. Dr. Hakan Hakeri, Prof. Dr. Henning Rosenau), Ankara – 2011, s.192-195.

Özetle Danıştay sağlık hizmetlerinden doğan tam yargı davalarında *ağır hizmet kusuru rejiminden vazgeçmiştir.*"

O halde Danıştay artık ameliyatlar dışında ağır hizmet kusuru aramamakta hizmet kusuru aramaktadır. Davacının hizmet kusurunu da ispat etmesi çok zordur. Yakında Fransız Danıştayını gibi kusursuz sorumluluğu birçok olayda uygulamaya başlayacağını ümit ediyoruz.

D. Fransız Danıştayının Ağır Kusurun Aranması Gerektiği Şartından Basit Kusura Geçişi

Fransa'da idarenin tazminata mahkûm edilebilmesi için önceleri billhasa ve istisnaî biçimde ağır kusur Şartı aranmıştır. Fransız Danıştayını daha sonraları tazminata hükmedebilmek için basit kusuru yeterli saymaya başlamıştır. Burada "sosyal devlet" anlayışının yerleşmesi etkili olmuştur. Özellikle zorunlu olan tıbbî müdahalenin hastanede derhal yapılmaması olması; operatör tarafından geç müdahale edilmesi sonucunda hastanın durumunun daha da kötüleşmesi; genç bir hastanın göğüs boşluğundaki yaranın tedavisi sırasında meydana gelen kazanın yarattığı yanık izi gibi durumlarda basit kusur yeterli görülmeye başlanmıştır³⁹.

Fransız Danıştayını tıbbî işlemler denilen doktorlar ve operatörler tarafından yapılan tedavi ve ameliyatlar nedeniyle verilen zararlardan doğan sorumlulukta ağır kusuru aramış, hastane kamu hizmetlerinin kuruluşundan ve işleyişinden kaynaklanan kusurlardan dolayı idarenin sorumluluğunun doğması için basit kusuru her zaman yeterli saymıştır⁴⁰.

³⁹

BAS, Zuhâl BERKET: "Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu", Danıştay ve İdarî Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu, Ankara, 2004, s.75; YILMAZ, Mustafa: agm., s. 137-138; ERSÖZ, Kürşat: age., s.85.

Fazla bilgi için bkz. KAPLAN, Gürsel: "İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler", s.176 vd., Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, S.19, Kitap:1, 2004, Türk İdare Hukuku Sitesi (www.idare.gen.tr), s.173-199; Fransa ve İngiltere'de İdarenin Sorumluluğu (Çeviren: Turgut CANDAN), Ankara 1984, s.23-40.

⁴⁰ YILMAZ, Mustafa: agm., s.137, 141.

Fransa'da hastanelerde tıbbî işlemlere ilişkin olmayıp hastane kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişinden doğan kusurlara örnek olarak, hastane yerlerinin kötü düzenlenmesi, mikroplu malzemeler kullanılması, gözetim eksikliği, ihmaller, doktorun geç müdahalesi, nitelikli personel bulunmamasından doğan zararlar, hastaya ilaç verilmesi, iğne yapılması, hastanın yatırılması, beslenmesi, temizlenmesi gibi bakım işlemlerinden doğan zararlar, zararın yapılan tahlil ve incelemenin sonuçları açısından bilgi eksikliğinden ve yanlış bilgidan kaynaklanması, düşünülen tıbbî operasyonun taşıdığı ağır riskler, ölüm ve sakatlık konusunda hekimin ilgili kişiye bilgi vermemesi ve ilgilinin rızasını almaması konularında idare basit kusurdan dolayı sorumludur.⁴¹

Fransız Danıştay 10 Nisan 1992 tarihinde verdiği Epoux V kararıyla içtihat değişikliğine giderek tıbbî işlemlerle ilgili sorumlulukta da ağır kusurun varlığını aramak yerine basit kusuru yeterli saymaya başlamıştır. Son yıllarda kan nakilleri sırasında AIDS virüsü bulaşması yargı organlarını etkilemiş idarenin kan nakilleri konusundaki düzenlemelerinden dolayı sorumlu tutulması için yargı yerleri basit kusuru kabul etmiş, AIDS ve Hepatit gibi bulaşıcı olan kan ürünlerinin sebep olduğu zararlar için idarenin kusursuz sorumluluğunu kabul etmeye başlamıştır⁴². 1997 tarihli Theux kararıyla da sağlık âcil yardımı alanında ağır kusur şartından vazgeçmiştir.⁴³

Fransız idare hukukunda sağlık hukuku alanında oluşan belirli zararlar için hastanın tazminat hakkı kabul edilmiştir. Oluşabilecek zararlar Fransız sağlık hukukunda üç gruba ayrılır: Tıbbî kazalar, iyatrojenik hastalıklar ve nozokomiyal enfeksiyonlar. Örnek olarak kan nakillerinin, zorunlu aşılamaların, sağlık ürünlerinin veya biyomedikal araştırmaların neden ol-

⁴¹ YILMAZ, Mustafa: agm., s.141; GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Cilt II, Birinci Basım, Bursa Temmuz 2003, s.1005-1006.

⁴² Epoux V (<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/10-avril-1992-Epoux-V>); YILMAZ, Mustafa: agm., s.137-141; KAPLAN, Gürsel: agm., s.176.

⁴³ YILMAZ, Mustafa: agm., s.141.

duğu terapötik⁴⁴ riskleri sayabiliriz. Sosyal devlet ilkesi çerçevesinde hastanın tazminat hakkını ulusal bir ofis olan ONIAM karşılamaktadır.

Fransa’da 4 Mart 2002 tarihli kanun ONIAM’ı, sosyal devlet ve ulusal dayanışma ilkesi çerçevesinde, kan nakli veya kandan türetilen ürünlerin enjekte edilmesi sonucunda AIDS, Hepatit B veya C’ye yakalanan hastaların tazminatlarını da karşılamakla görevlendirmiştir.

Terapötik risklerin karşılanması Fransa’da ilk önce içtihat hukuku tarafından öngörülmüştür⁴⁵. Bu içtihatla birlikte kusursuz sorumluluk sisteminde bazı kümülâtif şartlar aranmıştır:

- Zarar, hastalığın teşhisi veya hastanın tedavisi için gerekli olan tıbbî prosedürden kaynaklanmalıdır,
- Oluşan riskin varlığı bilinmeli, ancak bu riskin gerçekleşmesi istisnâî olmalıdır,
- Hastanın bu riske maruz kalması için herhangi bir sebep olmamalıdır (= “anormal” zarar),
- Oluşan zarar, hastanın önceki durumuna bağlı olmamalıdır,
- Oluşan zarar son derece ciddî olmalıdır.

Kümülatif şartlardan biri yerine getirilmediğinde kamu hastanesinin kusursuz sorumluluğu reddedilir⁴⁶. Çok ciddî olmasına rağmen zararın geçici olması durumunda⁴⁷ veya riskin tıbbî müdahale sırasında bilinmediği durumda⁴⁸ kamu hastanesinin kusursuz sorumluluğu kabul edilmemiştir.

Fransız Danıştayı’nın kusursuz sorumluluğu kabul eden

⁴⁴ Terapötik: Tedavi ile ilgili anlamında bir terimdir. İlacın terapötik dozu, en fazla yararı sağlamak için gerek duyulan miktarı ifade eder.

⁴⁵ Fransız Danıştayı, Meclis, 9 Nisan 1993, M.X.,No:69336)

⁴⁶ Fransız Danıştayı’nın 24 Ekim 2008 tarihli ve 297994 sayılı kararı.

⁴⁷ Fransız Danıştayı’nın 5 Haziran 2002 tarihli ve 208768 sayılı kararı.

⁴⁸ Fransız Danıştayı’nın 7 Temmuz 2006 tarihli ve 264217 sayılı kararı.

yeni kararları arasında 12 Aralık 2014 tarihli kararı⁴⁹ önem taşımaktadır: Bu kararda Danıştay hastanın uğradığı “anormal zarar” terimine açıklık getirmiştir. “*Tıbbî eylemin sonucunda oluşan zararın meydana gelme olasılığı düşükse, anormaldir*”. Görülen davada, bel fıtığı nedeniyle ameliyat olan hasta kısmî felçli olarak uyanmıştır. Hasta ameliyat olmasa bu kısmî felci geçirme riski bulunmadığından, oluşan zarar anormal kabul edilip hasta lehine tazminata hükmedilmiştir.

Türk Danıştayını ise hâlâ birçok kararında ağır hizmet kusuru şartını aramaya devam etmektedir.

Günümüzde sosyal devlet anlayışının da gelişmesiyle ağır kusur büyük ölçüde önemini kaybetmiştir.⁵⁰

III. 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.⁵¹

Kusursuz sorumluluğun dayanakları; tehlike (risk/hasar) ilkesiyle⁵² kamu külfetleri karşısında eşitlik (fedakârlığın denkleştirilmesi) ilkesidir⁵³.

⁴⁹ Fransız Danıştayının 12 Aralık 2014 tarihli -355052 sayılı kararı.

⁵⁰ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Yönetmelik Yargı, Güncelleştirilmiş 18. Bası, Ankara Ekim 2003, s. 287; ÇINARLI, Serkan: age., s. 197.

⁵¹ Fransız Danıştayını kusursuz sorumluluk ilkesini ilk defa 21 Haziran 1895 tarihli Cammes 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 kuram, sonradan genişletilerek fertlerin “kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasından dolayı sorumluluğu” kapsamına dâhil etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAĞLAYAN, Ramazan: agm., s.122-123, s.125-127.

⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNDAY, Metin: age., s.379-382; ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK: İdare Hukuku, age., s.139-141; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku Cilt I, age., s.760-761.

⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNDAY, Metin: age., s.382-383; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-

Kusursuz sorumluluk hizmet kusurundaki sorumluluğa oranla tâli derecede bir sorumluluktur. Anayasamızda ve kanunlarımızda kusursuz sorumluluk halleri tek tek sayılmamıŐtır. Ülkemizde bu ilke Danıştay'ın içtihadıyla gelişmiştir.⁵⁴

Sağlık hizmetlerinin sunumunda ortaya çıkan zararların tazmininde davalı idarenin eyleminde ağır kusuru veya hizmet kusurunu aramak yerine bazı olaylarda kusursuz sorumluluk ilkesine dayanarak tazminata karar verilebilmesi için yargı yerlerinin baŐvuracaęı ilk hüküm Anayasanın 125.maddesinin 1.fıkrasındaki "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açaıktır" hükmü ile son 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 2.maddedeki "sosyal devlet ilkesi" dir. Türkiye Cumhuriyetinin sosyal devlet oluşu kusursuz sorumluluk

Turgut TAN: İdare Hukuku Cilt I, age., s.761-763; ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK: İdare Hukuku, age., s.141.

⁵⁴ Danıştay'ın kusursuz sorumluluğa ilişkin ilk kararı Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 16.02.1962 gün ve 1962/108 E. sayılı kararıdır. 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 inkılâp 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 nef'ine katlanılmıŐ bir fedakârlık niteliğini taşıdığı cihetle amme mükellefiyetleri karşısında eşitliği sağlamak için devamlı ve istisnai karakterde olan ferdi zararları telâfi etmek hakkaniyet ve nesafetin bir icabıdır. Hadisede Ordu Caddesinin yükseltilmesi neticesinde davacıya ait apartmanın değerinde bir artış olmamakla beraber aynı binanın değerinde bir düŐme de husule geldiği ve ayrıca apartmanın kapısının yeniden tanzim edilmesi için davacının bir takım masraflara katlanması gerektiği birliŐki tetkikatında anlaşılmıştır. Bu zararın kıymet artıŐıyla 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 istisnai bir mahiyet taşıdığı zahir bulunmasına binaen yukarıda belirtilen sebepler dolayısıyla bu zararın idarece tazmin edilmesi tabiidir". www.turkhukuksitesi.com/makale_744.htm.

ilkesine göre karar vermek için zorunluluk doğurmaktadır.⁵⁵ Ancak ülkenin imkânlarının kısıtlı olması ve uygun illiyet bağının bulunmaması; kusursuz sorumluluğun idarenin sorumluluğunun amacını aşan bir boyuta taşınmaması için sınır olarak düşünülebilir. Kısaca sınırların iyi belirlenmesi gerekir.⁵⁶

B. Sağlık Hizmetlerinde Kusursuz Sorumluluk İlkesinin Kabul Edildiği Durumlar⁵⁷

Fransız Danıştayı; kan ürünlerinin aktarılmasından doğan zararlar⁵⁸, olağanüstü tehlikeli tıbbî yöntemlerden doğan zararlar⁵⁹, tehlikeli durumlarda⁶⁰ (Bir kamu görevlisinin meslekî riskinden dolayı üçüncü kişi konumundaki bir yakı-

⁵⁵ ODYAKMAZ, Zehra: "İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları", agm., s. 44.

⁵⁶ ERER, Sezer: agm., s.34.

⁵⁷ ÇAĞLAYAN, Ramazan: agm., s.130-133.

⁵⁸ S.S.K. hastanesinde sürdürülen hemodiyaliz seansları sırasında saptanan anemi nedeniyle sekiz ünite kan verilen davacı murisinin, bu kanlardan kaptığı ileri sürülen AİDS 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 BERKET: agm., s.649. Bu olayda idarenin gereken bütün önlemleri alıp almadığı araştırılacaktır. İdare kusurluysa ağır hizmet kusurunun bulunduğu doğru gerekçedir. Eğer idare bütün önlemleri aldığı halde virüs bulaşmışsa o zaman kusursuz sorumluluğa gidilmesi gerekir.

Danıştayın 15. Dairesi 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.

BALIM, Tayfun: "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu", LEGES İzmir Üniversitesi Sağlık Hukuku Dergisi, S.2, Nisan-Mayıs-Haziran 2014, s.47-52; ÇAĞLAYAN, Ramazan: agm., s.130-133; ÇINARLI, Serkan: age., s.257-258; KAPLAN, Gürsel: agm., s. 176, 179; KÖKSAL, Mustafa: "Risk İlkesinin İdareye Yüklendiği Kulfetler ve Güncel Yargı Kararları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.85, 2009, s.254.

⁵⁹ Fransa Lyon İdari İstinaf Mahkemelerinin 21.12.1990 tarihli Consorts Gomez kararı ve diğer ayrıntılar için bkz. BALIM, Tayfun: agm., s.48, 50; ÇAĞLAYAN, Ramazan: agm., s.130-131; ÇINARLI, Serkan: age., s.257.

Ayrıca bkz. ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdarî Yargılama Hukuku, 5 Güncellenmiş Baskı, Ankara Eylül 2014, s.564-577.

⁶⁰ BALIM, Tayfun: agm., s.48; ÇAĞLAYAN, Ramazan: agm., s.131; KÖKSAL, Mustafa: agm., s.260-261.

nının zarar gördüğü hallerden doğan zararlar), meslekî riskler nedeniyle uğranılan zararlar⁶¹, idarenin arızî (geçici) işbirlikçilerinin uğradığı zararlar⁶², akıl hastalarının tedavi sürecinde hastaneden deneme mahiyetinde çıkarıldıkları sırada verdikleri zararlar⁶³ idarenin kusursuz sorumluluğunu kabul etmektedir.

C. Danıştay'ın Sağlık Hizmetlerinde Kusursuz Sorumluluk İlkesine Bakışı

Danıştay sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluğu pek kabûl etmemektedir. Sağlık hizmeti, bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olup hizmetten yararlananın zarara uğraması halinde bu zararın tazmini ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilir düşüncesini yakın zamana kadar devam ettirmiştir.⁶⁴

⁶¹ BALIM, Tayfun: agm., s.48-49; ÇAĞLAYAN, Ramazan: agm., s.131-132; KÖKSAL, Mustafa: agm., s.261; GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Cilt II, age., s.1098.

⁶² Bu konuda gerçekleşmesi gereken şartlar için bkz. BALIM, Tayfun: agm., s.49-50; ÇAĞLAYAN; Ramazan: agm., s.132-133; KÖKSAL, Mustafa: agm., s.265.-266.

⁶³ ÇAĞLAYAN, Ramazan: age., s.566 vd.; BALIM, Tayfun: agm., s.50-53; ÇINARLI, Serkan: age., s.257-258.

⁶⁴ 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.

Ayrıntılı bilgi için bkz. ERSÖZ; Kürşat: age., s.80-87.

Bu konuda çeşitli Danıştay kararlarına toplu halde ulaşabilmek için bkz. PAZARCI, Ayşe Almıla: agt., 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.

Danıştay 15. Daire Başkanlığı'nın 06.06.2016 tarihli ve 2013/4464 E., 2016/4031 K. sayılı kararı. Kastamonu İdare Mahkemesi'nin 10.04.2012 tarihli ve 2010/18 E., 2012/297 K. sayılı kararının onandığı bu Danıştay kararında, "Yaygın eklem ağrısı şikâyetiyle fizik tedavi ve rehabilitasyon merkezine müracaat eden davacıya ilk önce romatoid artrid 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; tıbbi bulgular doğrultusunda teşhis, tedavi ve sevk işlemlerinin yapıldığı görüldüğünden davalı idareye atfedilecek bir kusur bulunmadığı"na hükmedilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ERDEM, Ümit: Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Tazminat Sorumluluğu, Birinci Basım, Mart 2017, s.23-24.

KAPLAN, Gürsel: agm., s.179-180. Kaplan 38 no.lu dipnotunda bu kararlar için Serdar Özgüldür'ün adı geçen eserinin 307. sayfasında dipnot 496'ya gönderme yapmaktadır. Ancak Özgüldür'ün sözünü ettiği kusursuz sorumlulukla ilgili içtihadın yerleşmediğini, aksine AYİM'nin esk 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

O halde Danıştay artık ameliyatlar dışında ağır hizmet kusuru aramamakta, hizmet kusuru aramaktadır.

Danıştayın hizmet kusuru Şartından da vazgeçip kusursuz sorumluluk ilkesini uygulaması veya hiç değilse zarar gören lehine kusur karinesini kabül etmesi isabetli olacaktır. Son dönemlerde Danıştay 15. dairesinin verdiği bazı kararlar, kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılabileceği karşı Őerhiyle birlikte çıkmaktadır.

IV. KUSURSUZ SORUMLULUK İLKESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ AÇISINDAN DANIŞTAY KARARLARINDAN ÖRNEKLER

A. Danıştay 15. Dairesinin 21.02.2017 tarihli ve E.2016/7912, K.2017/841 sayılı kararı

1. Olay

Davacı anne ve diğer davacılar, doğum sırasında davalı idare personelinin yanlış uygulamalar yapması nedeniyle bebeğin sol kolunun kırılıp kullanılamaz hale geldiğini iddia ederek İstanbul 4.idare mahkemesinde tam yargı davası açarak maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuşlardır.

2. İdarî yargı yerlerinin kararları

Mahkeme dosyayı Adli Tıp Kurumuna göndermiştir.

Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu raporu Şöyledir: “....Bebekte saptanan brakial pleksus lezyonu normal doğum eylemi sırasında tüm özenin gösterildiği durumlarda dahî bebeğin vajinal yol-

1185'teki karara dikkat çekmek istediğini belirtmektedir. Ancak bu makalenin yazıldığı tarih 2004 yılıdır. AYİM 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 16/E maddesi uyarınca değişikliğin Resmî Gazete'de yayın tarihi olan 11 Şubat 2017'de kaldırılmıştır. Bkz. 11 Şubat 2017 tarihli ve 29976 sayılı RG.

Danıştay 10. Dairesinin 24.09.2007 tarihli ve E.2005/3719, K.2007/4316 sayılı kararı.

İzmir 1.İdare Mahkemesi'nin 13.10.2011 tarihli ve E.2009/1579, K.2011/1400 sayılı kararı. Bu karar Danıştay 15. Daire Başkanlığı'nın 16.05.2016 tarihli ve E.2013/4511, K.2016/3548 sayılı kararıyla ONANMIŞTIR.

dan çıkartılması sırasındaki manevralara bağlı olarak grlebilir... Önlenemeyen ve öngörülemeyen bir komplikasyon olarak nitelendirilmektedir... Bir bütün olarak değerlendirildiğinde doğum eylemi sırasında bebekte brakial pleksus lezyonunun oluşmasında sağlık personeline atfı kabil bir kusur tespit edilememiŐtir."

Bu olayda idare mahkemesi; kararında çok önemli tespitlerde bulunmuş ve özetle Öyle demiŐtir: "...Bilirkişi raporları mahkemelerin yaptıkları yargılamada doğru sonuca ulaŐmaları için bir aratır, kesin delil arzemezler. Rapordaki sonuç yargı mercilerini bağlamaz....Zarar komplikasyon sonucu oluşsa bile idare personelinin kusurunun bulunmaması idarenin tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır... Zarar nedeniyle davacıda oluşan külfet kamu tarafından paylaŐılmadır...". İdare mahkemesi bu gerekçeye dayanarak tazminat talebinin kabulüne karar vermiştir. Karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir. Danıştay ise Adli Tıp Kurumunun raporuna dayanmış, sağlık personeline atfı kabil bir kusur bulunmadığından ve ayrıca davacının uğradığı zarar ile davalı idarenin sunduğu sağlık hizmeti arasında "illiyet bağı" bulunmadığından idare mahkemesinin davacıya tazminat ödenmesine dair kararının bozulmasına hükmetmiştir.

B. Danıştay 15. Dairesinin 30.05.2016 tarihli ve E.2015/9957, K.2016/3880 sayılı kararı

1. Olay

Kırıkkale hastanesine annesi tarafından düŐme nedeniyle kırılmıŐ olan kolunun tedavisi için getirilen çocuğa sol kacadan ağrı kesici iğne yapılmıştır. Bu iğne bacağında kas erimesinin başlamasına, bacağının incelmesine ve aksayarak yürümesine neden olduğundan aile idarî yargı yerinde dava açarak maddî ve manevî tazminat talebinde bulunmuştur. Adli Tıp Kurumu 2.İhtisas Kurulu raporu Őyledir: "...Enjeksiyonların tekniğine uygun yapılması da daha önceden öngörülemeyecek ve önlenemeyecek razilara sebep olabilir. Bu durum her türlü özene rağmen oluşabilecek herhangi bir kusur ve ihmalden kaynaklanmayan komplikasyon olarak nitelendirilmektedir. Enjeksiyonun yapılıŐ

tekniki ve uygulanan bölgenin uyumsuzluğu yönünden de tıbbî bir delil tanımlanamamıştır. Tüm bulgular bir bütün olarak değerlendirildiğinde, enjeksiyonu uygulayan sağlık personeline ve enjeksiyonun yapılması talimatını veren ilgili hekime herhangi bir kusur izafe edilemediğinden (yüklenemediğinden) idareye atfı kabil kusur bulunmamaktadır.....”

2. İdarî yargı yerlerinin kararları

Kırıkkale idare mahkemesinin kararı⁶⁵ şöyledir: “... Meydana gelen zararın ilgilinin üzerinde bırakılmayıp, kusursuz sorumluluk ile hak ve nasafet ilkeleri uyarınca davalı idarece tazmini gerektiği gerekçesiyle maddî ve maneî tazminat isteminin kabûlüne karar verilmiştir...” Davalı idare; idare mahkemesi kararının temyizen incelenip bozulmasını istemiştir.

Danıştay’ın konuyla ilgili kararı ise özetle şöyledir: “...Adlî Tıp Kurumunun da meydana gelen durumu enjeksiyon uygulamalarının beklenebilir komplikasyonu olarak değerlendirmesi nedeniyle olayda davalı idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı, zararın tazmininin ancak idarenin hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabileceği bu nedenle kusursuz sorumluluk ilkesinden hareketle davalının maddî ve maneî tazminat isteminin kabûlü yönünde verilen idare mahkemesi kararında hukukî isabet görülmemiştir. İdare mahkemesinin kararının bozulmasına oyçokluğu ile karar verildi...”⁶⁶

C. İdarî Yargı Yerlerinin Kararlarının Yorumlanması

1. Bilirkişi raporları bağlayıcı değildir

Bilirkişi hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözümlenmesi mümkün olmayan, özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde görüşüne başvuru olan kişidir. Sağlık hizmetlerinin sunumu sırasında meydana gelen tıbbî uygula-

⁶⁵ Kırıkkale idare mahkemesinin 15/07/2015 tarihli ve E.2014/167, K.2015/393 sayılı kararı.

⁶⁶ Danıştay 15. Dairesinin 30.05.2016 tarihli ve E.2015/9957, K.2016/3880 sayılı kararı.

ma hataları konusunda resmî bilirkişilik yapan kurumlar Yüksek Sağlık Şûrası⁶⁷ (ceza davalarında 2010 yılına kadar) ve Adli Tıp Kurumu'nun⁶⁸ ilgili ihtisas kuruluşlarıdır.

Tıbbî uygulama hataları konusunda Adli Tıp Kurumu haricinde bilirkişilik için başka resmî kurumlara başvurmayı Dañıřtay kabûl etmemektedir.⁶⁹

⁶⁷ Yüksek Sağlık Şûrası, 1593 sayılı Umumî Hıfzıssıhha Kanunu'nun 10. ve 17.maddelerinde düzenlenerek kurulmuş bir kurumdur. 13.12.1983 tarihinde kabul edilen 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Şûranın kuruluşu ve görevleri yeniden düzenlenmiştir. Kararnamenin 30.maddesine göre Yüksek Sağlık Şûrası, Sağlık Bakanlığ'ının sürekli kuruldur. 31.maddenin ilk fıkrasına göre Şûra, bakanlıkça verilecek önemli sağlık konuları hakkında görüş bildirmek üzere kurulmuştur. Aynı maddenin altıncı fıkrasına göre Şûra yılda bir kez toplanmakla birlikte bakanlık gerek gördüğünde Şûrayı toplantıya çağırabilir. Bununla birlikte Yüksek Sağlık Şûrası 2-3 Aralık 2004'te 239. Yüksek Sağlık Şûrası toplantısında alınan 10981 sayılı tavsiye kararı gereği her ayın ilk Perşembe ve Cuma günleri toplanmaktadır. Yüksek Sağlık Şûrası, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 75. maddesi hükmü gereğince, tıbbî müdahalelerden kaynaklanan suçlarla ilgili olarak resmî bilirkişi olarak belirlenmiştir. Resmî bilirkişilik sadece ceza davaları bakımından söz konusu olup, hukuk davalarında Yüksek Sağlık Şûrasından görüş alma zorunluluğu bulunmamaktaydı. 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 Sağlık Şûrasından rapor almakla zorunlu tutan madde iptal edilmiştir. Bkz. <https://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-yukse-saglik-srasinin-resmi-bilirkişilik-gorevi-sona-erdi-1-64-2592.html> Bu kurumlarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. POLAT, Oğuz: Tıbbî Uygulama Hataları, Klinik-Sosyal-Hukuksal-Etik Boyutları, Ankara Mart 2005, Birinci Baskı, s.293-296.

"Yüksek Sağlık Şûrasının hukuk düzenimizdeki yeri ve işlevi" konusunda bkz. KESKİN, Adem: "Şûranın Hukuki Konumu ve Hukuktaki Yeri", Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s. 349-353; YOL, Sinan: "Şûradan Ne Bekleniyor, Dosyalar Nasıl Hazırlanıyor?", Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s. 355-358; İŐIK, Sedat: "Şûra'da Dosyalar Nasıl Değerlendiriliyor?", Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s. 359-371; KÖK, Nezi: "Tıbbi Kötü Uygulama ve Yüksek Sağlık Şûrası", Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s. 385-397.

⁶⁸ "Sağlık Hukukunda Bilirkişilik" konusunda bkz. VAROL, Nezi: "Sağlık Hukukunda Bilirkişilik", Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s. 375-384; YILMAZ, Battal: "Bilirkişi Raporlarının Hekimin Tazminat Sorumluluğuna ve Yargılamaya Etkisi", Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s. 399-410; AYAN, Alp: "Bağımsız Bilirkişilik-Alternatif Rapor", Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s. 411-420; POLAT, Oğuz: age., s.293-296; ÇINARLI, Serkan: age., s.306-315.

⁶⁹ İzmir 4. İdare Mahkemesi'nin 27.9.2004 tarihli ve E. 2001/1256, K.2004/1138 sayılı kararı.

Mahkemelerin yalnızca Adli Tıp Kurumunun kararına itibar etmeleri, Danıştayın da mahkemeleri bu kuruma icbar etmesi kabul edilemez.

Burada kurumların bir kısmına başvurmak yerleşmiş içtihat nedeniyle zorunlu hale gelmiş gibi bir uygulama olsa bile bilirkişi raporunun hâkimlerin yetkilerini sınırlayıcı nitelikte bağlayıcılık taşımadığını vurgulamak isteriz.⁷⁰ O halde hukuk mahkemelerinde açılan tazminat davalarında hâkim Yüksek Sağlık Şurası'nın veya Adli Tıp Kurumu'nun görüşünü almadan diğer bilirkişilerin görüşü doğrultusunda da hüküm kurabilir⁷¹.

Tıbbi uygulama hatalarının tespiti için bilirkişi görüşüne başvurulması ve bilirkişi raporunun hukuki niteliğinin değerlendirilmesine gelince; sağlık hizmetlerinin sunumu ile ilgili tazminat talebi içeren tam yargı davalarında idare mahkemelerinin Danıştay tarafından "....Adli Tıp Kurumu aracılığıyla... karar verilmesi gerekirken...eksik inceleme sonucu verilen kararda hukuken isabet bulunmamaktadır..." şeklindeki kararlarında kanaatimizce hiç isabet bulunmamaktadır.

İdare mahkemeleri ve Danıştay, ceza mahkemelerinin verdiği kararların, Adli Tıp Kurumu'nun, Yüksek Sağlık Şurası'nın raporlarının etkisi altında kalmamalı, daha doğrusu bu kararlar ve raporlar idari yargıyı hukuken bağlamadıkları gibi fiilen de bağlamamalıdırlar, çünkü idari yargının fonksiyonu olayda kimin haklı kimin haksız, kimin suçlu kimin suçsuz olduğunu veya kusur oranını tespit etmek değil, zarar gören davacının maddi ve manevi tazminat talebinin karşılanmasına karar vermektir. Bunun için de yapılması gereken, mağdur davacının veya yakınlarının uğradığı zarar ile idarenin eylem veya işlemi arasındaki illiyet bağını bulmaya çalışmak ve makul bir tazminata karar vermektir. İdari yargı yeri idarenin hizmet kusurunun olup

<https://www.kararara.com/danistay/10d/danistay5976.htm>.

Danıştay 10. Dairesinin 10.04.2006 tarihli ve E 2005/1870, K.2006/2294 sayılı kararı.

<https://www.kararara.com/danistay/10d/danistay5976.htm>

⁷⁰ POLAT, Oğuz: age., s.295.

⁷¹ POLAT, Oğuz: age., s.294.

olmadığına karar verecektir. O halde Adli Tıp Kurumu'nun, Yüksek Sağlık Şurası'nın, bilirkişilerin raporları sadece teknik konular ile sınırlı kalmalıdır ve bu yönüyle esas alınmalıdır.⁷²

2. 1982 Anayasasının 125.maddesi kusursuz sorumluluk ilkesini de kapsamaktadır

Anayasa'nın 125.maddesinin 1.ve son fıkraları her ne kadar Danıştay'ın idare mahkemesince kusursuz sorumluluk ilkesine dayanarak verilen kararı reddeden kararında kusurlu sorumluluk lehine kullanılmış ise de bu hükümler kusursuz sorumluluk ilkesini de içinde barındıran hükümlerdir. Yoksa kusursuz sorumluluğa başvurulmasını engelleyen hükümler değildir.

3. İdarenin davranışı ile zarar arasında illiyet bağı (nedensellik bağı) bulunmalıdır

İdarenin zararı karşılama sorumluluğunun doğabilmesi için idarenin davranışı ile zarar arasında bir illiyet bağının (nedensellik bağı) diğer bir deyişle sebep-sonuç ilişkisinin bulunması gerekir.⁷³

Zarar gören kişi önce tazmin edilmesi gereken bir zararın varlığını sonra da idareyi bu zarardan sorumlu tutabilmek için bunun idareye yüklenebilir olduğunu ortaya koymak zorundadır. Yani zarara yol açan olayın ve bunun sebebinin nereden kaynaklandığını göstermek zorundadır. Kaplan'ın

⁷² ODYAKMAZ, Zehra: "İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları", agm., s.43.
POLAT' Oğuz: age., s. 295.

⁷³ Genel olarak illiyet bağı için bkz. GÜNDAY, Metin: age., s. 384-386; ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK: İdare Hukuku, age., 142-144; ERSÖZ, Kürşat: age., s.60-64; ÇINARLI, Serkan: age., s.244-255; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku Cilt I, age., s.778-779; KIZILYEL, Serkan: agm., s.232-233.
Bu sorunlar için illiyet bağının aranmadığı sosyal risk ilkesi de önerilmektedir. Sosyal risk ilkesi, ilk olarak Fransa'da savaş zararlarının idarece karşılanması amacıyla uygulanmaya başlamıştır. Ülkemizde ise, daha çok 1980'li yıllarda yoğunlaşan terör eylemlerinden doğan zararların karşılanması amacıyla yargı yerlerinde uygulanır olmuştur. Bkz. ÇOBAN, Ayşegül Atik: "Yargı Kararları Işığında Sosyal Risk İlkesi", <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/262576>, s.324.
GÖZLER, Kemal-Gürsel KAPLAN: İdare Hukuku, age., s.771. Ayrıntılı bilgi için bkz. KÖKSAL, Mustafa: agm., s.244.
ERSÖZ, Kürşat: age., s.76.

Couzinet'ten aktardığına göre "...Dar anlamda nedensellik bağı maddî olay ve olguların tespit edilmesinden ibaret olduğu halde yüklenebilirlik maddî olay ve olguların saptanmasıyla birlikte aynı zamanda hukukî bir değerlendirmeyi de gerektirmektedir. O halde öncelikle meydana gelen zararlı sonuca yol açan olaylardan kimin sorumlu tutulacağı sorusunun cevabını bulmak gerekmektedir."⁷⁴

Birinci örnek olayımızda Adli Tıp Kurumu 2.İhtisas Kurulu; raporunda olayı komplikasyon olarak değerlendirerek sağlık personeline ait bir kusur tespit etmemiştir. Danıştay da bu görüşe uyarak dava konusu olayda davacının uğradığı zararlar idare tarafından sunulan sağlık hizmeti arasında herhangi bir illiyet bulunmadığı, sağlık personelinin kusurunun olmadığı bilirkişi raporu ile açıkça ortaya konulduğundan idare mahkemesi kararının bozulmasına hükmetmiştir. Olayda gecikmiş normal doğum sırasında meydana gelen zararın başka zamanlarda normal seyreden doğumlarda da görülebileceği bilgisinin bu olaydaki zarar ile idarenin davranışı arasındaki illiyet bağı kesmeyeceğini düşünüyoruz. İdare hukukunda illiyet bağı kesen sebepler; mücbir sebep (zorlayıcı neden), beklenmeyen durum (kaza), zarar görenin kusuru, üçüncü kişinin kusuru olmak üzere dört türdür.⁷⁵

Burada illiyet bağı kesen dört sebepten hiçbirinin bulunmaması sebebiyle Danıştay'ın illiyet bağı bulunmadığı görüşüne katılmıyoruz.

4. İspat külfeti

İdarenin kusurlu olduğunu ispatlamak idarenin eyleminden zarar gören kişiye düşer. O halde ispat külfeti davacının üzerindedir.⁷⁶

⁷⁴ COUZINET, Jean François: "Cas de Force Majeure et Cas Fortuit", Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'etranger, 5 (Sept. Oct) 1983, s.1385-1387'den nakleden KAPLAN, Gürsel: agm., s.182-183.

⁷⁵ ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK: İdare Hukuku, age., s.143-144. Danıştayın "illiyet bağı" ile ilgili çeşitli kararları için bkz. ODYAKMAZ, Zehra: "Sağlık Hizmetlerinde İdare Hukuku Bakımından Müşterek Sorumluluk", agm., s.180-185, dipnot 16.

⁷⁶ HAKERİ, Hakan: age., s.593; YILMAZ, Mustafa: agm., s.137.

Danıştay bazı durumlarda ispat yükünün tamamen davacı üzerinde bırakılmamasını, bunun re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde idarî yargı organları tarafından çözümlenmesi gerektiğini belirtmiştir.⁷⁷

Güran, idarenin kendi sorumsuzluğunu ispatlaması gerektiğini, bu durumun idarî yargıda egemen olan re'sen tahkikat ve âdil yargılama ilkesine daha uygun düşeceğini belirtmektedir.⁷⁸

Kusursuz sorumluluğun kabulü halinde davacının ispat külfeti kalkar. Uygulamada sağlık hizmetlerinin sunumunda idarenin hatalı tıbbî uygulamalarından zarar gören davacı dava açtığı zaman cerrahî müdahaleler söz konusuysa idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğunu, diğer hizmetlerde ise hizmet kusurunun geç veya kötü işlediğini veya hiç işlemediğini ispat etmek zorundadır. Bunun ispatı da çoğu kez mümkün olamamaktadır. Çünkü zorunlu olmadığı halde dosya mahkeme tarafından daima Adlî Tıp Kurumu'na gönderilmekte, bu kurumun ihtisas kurulları da hemen hemen her olayda "komplikasyon" bulmakta, her zararın komplikasyon nedeniyle olağan şekilde meydana geldiğini belirtmekte, sağlık personeline atfı kabil bir kusur bulunmadığını ifade etmektedir. Mahkemelerin Adlî Tıp Kurumuna dosya gönderme zorunluluğu bulunmadığı gibi göndermiş olsalar bile uyma zorunlulukları yoktur. Dosya Adlî Tıp Kurumuna değil de bir devlet üniversitesindeki bilirkişiye gönderilse bile Danıştay bu bilirkişilerin hazırladığı raporu kabûl etmemekte, eksik inceleme nedeniyle kararı bozmaktadır.

İŞte bu sebeple, sağlık hizmetlerinde davacının hemen hemen hiçbir zaman haklılığını ispatlamasının mümkün olmadığı bu şartlarda, Danıştay'ın da kusursuz sorumluluğu kabûl eden kararlar vermeye başlamasıyla davacı açtığı davada idarenin hizmet kusuru işlediğini ispat etme yükünden kurtulacaktır. Kısaca kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanabileceği

Ayrıntılı bilgi için bkz. KAPLAN, Gürsel: agm., s.181 ve s.195'te dipnot 67.

⁷⁷ ERSÖZ, Kürşat: age., s.88-89.

⁷⁸ GÜRAN, Sait: agm., s.22.

hallerde zarar gören kişi idarenin kusurlu bulunduğunu ispat etmek zorunda olmamalıdır.⁷⁹

5. Hak ve Nasafet İlkesi⁸⁰

İkinci örnek olayda hâkim hak ve nasafet ilkesine dayanarak davalı idarece tazminat ödenmesine karar vermiş, kusursuz sorumlulukta bu kavrama başvurulabileceğini göstermiştir. Nasafet kelimesi kendisiyle yakın anlamlı olan adalet, eşitlik, ölçülülük, hakkaniyet kavramlarıyla da ilişkilidir. Nasafet, fertlerin kanun karşısında eşitliği ve onların haklarına riayetin zarurî bulunduğu esasından tabiatı gereği çıkarılan bir adalet prensibidir.⁸¹

Genel ve soyut nitelikteki kuralların somut olaya uygulanmasıyla adaletin sağlanamadığı, hakkın yerini bulmadığı durumlarda hakkaniyet/nasafet kavramları kullanılabilir. Nasafet yazılı kuralların sert yönlerini yumuşatarak akla ve vicdana uygun hale getirmek için kullanılan, yazılı olmayan hukuk ilkesidir. Somut olay ile hukuk kuralı arasında kurulan sübjektif dengeyi ifade eder. İdare hukuku açısından nasafet kavramını incelersek: İdarenin sorumluluğu ister hizmet kusuru sonucunda ister kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği doğmuş olsun bireyin haklarına saygılı idare, hukuk devletinin gereği olarak ortaya çıkan zararı gidermelidir. Örnek olayda idare mahkemesi hâkimi Adli Tıp Kurumunun “komplikasyon” değerlendirmesi karşısında kanaatimizce sağlık personelinin bariz hatası bulunmasına rağmen adaleti sağlamak üzere haklı ve çok yerinde olarak hak ve nasafet kavramlarını kullanmıştır.

⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. BALIM, Tayfun: agm., s.44. Ayrıca bkz. ODYAKMAZ, Zehra “İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları”, agm., s.47; ODYAKMAZ, Zehra: “Sağlık Hizmetlerinde İdare Hukuku Bakımından Müşterek Sorumluluk”, agm., s.197.

⁸⁰ “Nasafet” Türk Dil Kurumu Sözlüğüne göre nısfet, hakkaniyet demektir. (Nasafet kelimesi sözlüklerde bulunmadığına göre yanlış kullanılmaktadır).

⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇALIŐ, Hande Sena: “Genel Olarak Nasafet Kavramı ve Bu Kavramın İdare Hukukundaki Bazı Görünüş Şekilleri”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S.2, 2017, s.185-216; ODYAKMAZ, Zehra: “Tıbbi Müdahale Nedeniyle Oluşan Bedensel Zararlar ve T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsman)”, agm., s.528-535; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku, Cilt I, age., s.759.

**V. ANAYASA MAHKEMESİNİN KONUYLA İLGİLİ
19.07.2018 TARİHLİ VE 2015/10945 BAŞVURU
NUMARALI KARARI**

A. Başvurunun Konusu

Başvurunun konusu, doğum sırasında tıbbî ihmal sonucu çocukta kalıcı bir sakatlığa yol açılması nedeniyle maddî ve manevî varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlâl edildiği iddiasıdır.

B. Olay

BaŐvurucu anne, doğum sancıları başlayınca doğum hastanesine gitmiş, doğum ebe yardımıyla normal doğum yöntemiyle olmuş, bebek 5 kg ağırlığında dünyaya gelmiştir. BaŐvurucu anne doğum yaptıktan sonra aynı gün taburcu edilmiş, birkaç gün sonra bebeğinin kolunu kullanamadığını fark etmiştir. Hastaneye götürdüğünde bebeğın kolunda sinir zedelenmesi olduğu anlaşılmış, kolu ortopedik askıya alınmış, uzun süreli tedaviye ihtiyacı olduğu tespit edilmiş, İstanbul Cerrahpaşa Tıp Fakóltesi Hastanesine sevk edilmiştir. Aile idare mahkemesine uğradıkları maddî ve manevî zararın tazmini talebiyle tam yargı davası açmış, mahkeme Adlî Tıp Kurumundan rapor istemiştir.

Adlî Tıp Kurumunun raporu kısaca şöyledir: *“Doğumun normal zamanda ve şekilde gerçekteŐmesi kararı tıbben uygundur... Doğum sancuları başlamış bir halde gelen bir gebenin bebeğinin doğum ağırlığı tespit edilemez... Sinir zedelenmesi doğum komplikasyonudur... İdarenin eylemi tıbbî kurallara uygundur...”*

Olay incelendiğinde nöbetçi doktorun doğuma girmediği, hasta dosyasının bulunmadığı, ebenin doğumu hatırlamadığı, ancak doğan bebeklerde bütün kontrollerin yapıldığını, anormal durum olursa çocuk hastanesine sevkini gerektiğini, burada bir sevk yapılmadığını ifade ettiği anlaşılmaktadır.

İlk derece mahkemesi davanın reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, Adlî Tıp Kurumunun raporuna atıf yapmış, bebeğın doğum sırasında sol kolunun sakat kalmasında

davalı idarenin hizmet kusurunun bulunmadığını belirtmiştir. Karar temyiz edilmiştir.

Danıştaya göre; çocuğun sakat kalmasında hastaya gerekli müdahalenin yapılamamasından kaynaklanan bir durum tespit edilmemiştir. Danıştay maddî tazminat talebinin reddi kararını tasdik etmiştir. Diğer taraftan Danıştay hasta dosyasının muhafaza edilmemesi sebebiyle sağlık hizmetinin eksik ve kusurlu işlediğine kanaat getirmiştir. Bu nedenle davacıların duydukları üzüntü için manevî tazminat ödenmesi gerektiği sonucuna varmış ve manevî tazminat talebinin reddi kararını bozmuştur.

Mağdurlar Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

Başvurucular bebeğin doğum kilosu tespit edilmeden normal yolla doğum yaptırılması sebebiyle kolunun sakat kaldığını, Adli Tıp Kurumu'nun bir komplikasyon gelişebileceği şeklindeki raporuna dayanarak istemlerinin reddedildiğini, maddî ve manevî varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlâl edildiğini, idarenin kusuru olmasa bile sorumluluğunun bulunduğunu ifade etmişlerdir.

C. Anayasa Mahkemesi'nin Olayı Değerlendirmesi ve Hüküm

Anayasa Mahkemesi bu somut olaydaki şikâyetleri Anayasanın 17.maddesinin 1.fıkrasında düzenlenen "kişinin maddî ve manevî varlığını koruma hakkı" kapsamında incelemiştir. Anayasa Mahkemesi kural olarak bilirkişilerin vardığı sonuçları, bilimsel bakış açılarını irdeleme görevi bulunmadığını ifade etmiştir. Ancak bazı bilgilerin raporda yer almadığını da vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi Adli Tıp Kurumu raporundaki eksiklikleri şöyle dile getirmektedir: "...Anne doğuma hazırlanma sürecinde hastanede 15-16 saat yatılı olarak bulunmuştur. Diğer tetkikler yapılırken bebeğin doğum ağırlığının niye tespit edilemediğinin sebebi raporda yoktur. Bu durumda normal doğum yöntemiyle doğum yapılmasının risk taşıyıp taşımadığı da raporda yoktur....."

Yüksek Mahkemenin kararına göre mahkeme, devlete dü-şen, kişinin maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına ilişkin pozitif yükümlülüğünü devletin yerine getirip getirmediğini denetlemek durumundadır. Sonuçta, 17.maddenin 1.fıkrasında güvence altına alınan “kişinin maddî ve manevî varlığının korunması hakkı”nın ihlâl edildiğine karar vermiştir.

D. Anayasa Mahkemesi Kararının Kusursuz Sorumluluk Açısından Yorumlanması

Anayasa Mahkemesinin kararının bizim konumuzla ilgili bölümü şöyledir:

“Başvurucular idarenin kusursuz sorumluluğunun bulunduğu ifade etmiş olsalar da kusursuz veya kusura dayalı sorumluluk ayırımı, belirtilen anayasal ilkeler ile doğrudan ilgili değildir....Ancak derece mahkemeleri tarafından ilgili hukuk kurallarının yorumlanması kapsamında değerlendirilebilecek hususlardır...”⁸²

Böyle düşünen Anayasa Mahkemesi kusurlu ve kusursuz sorumluluk ayırımına ilişkin değerlendirme yapmak yerine 17.madde ile sınırlı kalmıştır. Hâlbuki Mahkeme kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanabileceğini dile getirseydi sağlık kamu hizmetinin sunumundan doğan zararlarda ülkemizin hukuk sisteminde yeni ufuklar açabilirdi.

Anayasa Mahkemesinin hak ihlâlinin mevcut olduğuna dair bu kararı üzerine, Danıştay 5 Kasım 2018 tarihinde büyük heyet olarak toplanmış, “...Anayasa Mahkemesi kararının tüm kayıt eksiği olan dosyalara esas alınamayacağı, eksik olan kayıtların niteliğine göre değerlendirme yapılması gerektiğine..” oyçokluğu ile karar vermiştir.

⁸² Anayasa Mahkemesinin 19.07.2018 tarihli ve 2015/10945 B.No.lu H.Aktaş ve diğerleri kararı.

Anayasa Mahkemesinin 05.10.2017 tarihli 2014/10703 B.No.lu C.Sevinç ve diğerleri kararı; Anayasa Mahkemesinin 09.09.2015 tarihli ve 2013/1943 B.No.lu İ.Başer ve diğerleri kararı; Anayasa Mahkemesinin 09.01.2018 tarihli ve 2014/2901 B.No.lu K.Çelebi kararı; 08.11.2017 tarihli ve 2014/20406 B.No.lu T.Özdurmuşoğlu kararı; 06.12.2017 tarihli ve 2014/15478 B.No.lu A.B.Saruhanoğlu ve diğerleri kararı; 19.04.2017 tarihli ve 2014/17591 B.No.lu E.Çelebi kararı.

Oysaki Anayasanın 153.maddesinin son fıkrasına göre (f.6) Anayasa Mahkemesi kararları (doktrinde tartışmalı olmakla birlikte) yüksek mahkemeleri de bağlayacağından, Danıştay büyük heyetinin verdiği bu karar sözkonusu hükme aykırı olmuştur. Kaldı ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Anayasa Mahkemesi'nin verdiği karara uymayan yerel mahkemenin hak ihlâlinde bulunduğuna karar vermiştir.⁸³

VII. SONUÇ

Türk Danıştayı sağlık hizmetlerinin sunumundan doğan zararlarda kusursuz sorumluluğa henüz pek başvurmamakta, yalnızca tedavi hizmetinde kullanılan teknik malzemedeki arıza nedeniyle hastanın zarar görmesinde kusursuz sorumluluğun sözkonusu olabileceğini kabûl etmektedir.⁸⁴

Kanaatimizce idarî yargı yerleri bünyesinde risk taşıyan sağlık hizmetleri için ağır hizmet kusuru ve hizmet kusuru aramak yerine sosyal devlet ilkesine dayanarak⁸⁵ kusursuz sorumluluk ilkesine göre karar vermelidir⁸⁶. Ağır hizmet kusurunun aranması halinde zarara uğrayanların başvurularının peşinen reddi kabûl edilmiş olmaktadır. Yani kusursuz sorumluluğun bulunduğu hallerde genellikle ağır hizmet kusuru bulunmamaktadır, aranmasına da gerek yoktur. Önemli olan idarenin

⁸³ ÇELEBİ, Ece Göztepe: "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", Anayasa Yargısı, C.33, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, Y.2016, s. 93-118.

⁸⁴ ÇINARLI, Serkan: age., s. 257-258.

⁸⁵ Sosyal devlet ilkesi için bkz. ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK: Anayasa Hukuku, 2018 Değişikliklerine Göre Tümüyle Yenilenmiş 20.Baskıdan Tıpkı 21. Baskı, Kocaeli-İzmit Eylül 2018, s.46-47; ÇINARLI, Serkan: age., s. 67, 83. Danıştay 10. Dairesinin 16.06.2010 tarihli ve E.2010/6009, K.2010/Yürütmeyi durdurma kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 19.04.1988 tarihli ve E.1987/16, K.1988/8 sayılı kararı için bkz. 23.08.1988 tarihli ve 19908 sayılı R.G.

"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.

⁸⁶ ÇINARLI, Serkan: age., s. 257-258; KANETİ, Selim: "Özel Hukuk Alanında Toplumsal Hasar Temeline Dayanan Sorumluluk", Sorumluluk Hukukunda Yeni Geleşimler III. Sempozyumu, 150, İÜHF Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, 1980; GÜRAN, Sait: agm., s. 21; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref: Yönetmelik Yargı, age., s. 286-287; KÖKSAL, Mustafa: agm., s. 254-255; KIZILYEL, Serkan: agm., s. 237.

bir eylem sonucunda mağdur olan davacı ve/veya yakınlarının bir dereceye kadar tatmin edilmesidir.

Bu meseleler 15. daireye verildiğinden beri Danıştay artık ağır hizmet kusuru aramamakta, hizmet kusuru aramaktadır. Davacının hizmet kusurunu da ispat etmesi çok zordur. Yakında Fransız Danıştayını gibi kusursuz sorumluluğu birçok olayda uygulamaya başlayacağını bekliyoruz.

Yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmasından ziyade idarî yargı yerlerinin yeni bir bakış açısı edinmeleri ve yeni içtihat geliştirmeleri gerektiğine inanıyoruz. 1982 Anayasasındaki konumuzla ilgili hükümlerin (hemen hemen 20 civarında madde) de yeterli olduğunu düşünüyüyoruz. Çalışmamızdaki iki örnek olayda sağlık hizmetinin yanlış sunumundan dolayı sakatlanan ve hep sakat kalacak bir bebeğin ve bir çocuğun durumu incelenmiştir. Her iki olayda da idare mahkemeleri kusursuz sorumluluk ilkesine dayanarak mağdur davacıların istemini kabul etmişler, Danıştay ise her ikisinde de bu kararları Adli Tıp Kurumu'nun raporlarına dayanarak bozmuştur. Hâlbuki Danıştay kusursuz sorumluluk ilkesine başvurmuş olsaydı hak yerini bulacaktı.

Kusursuz sorumlulukla ilgili yapılması düşünölen, istenilen veya yapılacak yeni düzenlemeye uyarak kusursuz sorumluluğu uygulamak yerine Danıőtayımızın kendiliğinden, kendi oluşturacağı içtihadıyla yeni ufuklar açmasının idare hukuku tarihine uygar kararlarıyla yön vermesinin daha değerli olacağını düşünüyüyoruz.

Nitekim Danıőtayımız yeni bir adım atmıő, hatalı nöropatik enjeksiyon ile ilgili davalarda kusursuz sorumluluk ilkesini artık uygulamaya başlamıştır.

Fransız Danıştayını hep kendiliğinden çığır açan kararlarıyla idarî yargıya nasıl yön veriyorsa Türkiye Cumhuriyeti ile birlikte sonsuza dek yaşayacak olan Türk Danıştayının da öyle olmasını, verdiği ileri görüşlü kararların bütün uygar ölkelerdeki ders kitaplarında örnek karar olarak yer almasını, okutulmasını arzu etmekteyiz.

VI. KAYNAKÇA

- AKDENİZ, Nil: Osmanlılarda Hekim ve Hekimlik Ahlakı, İstanbul 1977, 187 sayfa, Şahıs Yayını.
- AKDUR, Recep: Türkiye’de Sağlık Hizmetleri ve Avrupa Topluluğu Ülkeleri ile Kıyaslanması, A.Ü.T.F. Halk Sağlığı Anabilim Dalı, Ankara 1999, (2005 yılında güncellenmiş verilerle).
- ANTALYA, O. Gökhan: “Manevî Zararın Belirlenmesi ve Manevî Tazminatın Hesaplanması -Türk Hukukuna Manevî Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi-”, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/333488>, s.221-250.
- AYAN, Alp: “Bağımsız Bilirkişilik-Alternatif Rapor”, Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ankara 2009, s.411-420.
- AYDIN, Elif: Akit Dışı Sorumlulukta Maddî Zarar ve Tazmini, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, <http://acikerisim.deu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/12345/11022/249409.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- AYDIN, Nizamettin: “Hasta Haklarının Hukukî Boyutu ve Korunma Yolları”, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/55493>.
- BALIM, Tayfun: : “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu”, LEGES İzmir Üniversitesi Sağlık Hukuku Dergisi, S.2, Nisan-Mayıs-Haziran 2014, s.40-55.
- BAŞ, Zuhâl Bereket: “Sağlık Hizmetlerinin Yürütölmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:68, Danıştay Matbaası, Ankara, 2004,s.73-88.
- BİLGİN, Hüseyin: İdari Davalar ve Çözüm Yolları, Ankara Nisan 2018, 1. Baskı, 1496 sayfa, Seçkin Yayıncılık.
- BÜKEN, Nüket Örnek : “Etik ve Hukuk Açısından Ulusal ve Uluslar arası Bildirgelerde Hasta Hakları”, Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s.33-42.
- CANDAN, Turgut (Çeviren): Fransa ve İngiltere’de İdarenin Sorum-

- luluğu, Ankara 1984, Danıştay Yayın BÜrosu Yayınları No: 39.
- COUZINET, Jean François: “Cas de Force Majeure et Cas Fortuit”, *Revue du Proit Public et de la Science Politique en France et a’l’etranger*, 5 (Sept. Oct) 1983.
- AğLAYAN, 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.117-133, 235 sayfa, Yetkin Yayınları).
- AğLAYAN, Ramazan: İdarî Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 5.Baskı, Ankara Eylül 2014, 771 sayfa, Seçkin Hukuk No:1116.
- ÇALIŐ, Hande Sena: “Genel Olarak Nesafet Kavramı ve Bu Kavramın İdare Hukukundaki Bazı Görünüş Şekilleri”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk FakÜltesi Dergisi*, C.25, S.2, 2017, s.185-216.
- ÇELEBİ, Ece Göztepe: “Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile KurumsallaŐma İhtiyacı”, s. 93-118, *Anayasa Yargısı*, C.33, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, Y. 2016.
- ÇINARLI, Serkan: İdarenin Sağlık Hizmet Sunumundan Kaynaklanan Sorumluluğu, Ankara Ekim 2013, 408 sayfa, Orion Kitabevi.
- ÇINKO, Mehmet Sıddık: “Hukukî ve Tıbbî Açıdan Hasta Hakları”, *T.C. Adalet Bakanlığı Adalet Dergisi*, Y.93, Ekim 2001, S.19, s.193-211.
- ÇOBAN, AyşegÜl Atik: “Yargı Kararları IŞığında Sosyal Risk İlkesi”, s.324. <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/262576>, s.319-337.
- DEDEAğAç, Ender: “Hasta Hakları Açısından Hekimin Sorumluluğu”, <http://www.insiyatif.net/document/71.pdf>
- ER, Ünal: Sağlık Hukuku, Ankara 2008, Savaş Yayınevi.
- ERDEM, Ümit: Danıştay OnbeŐinci Daire (2016) Kararlarında Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Tazminat Sorumluluğu, Birinci Basım, Mart 2017, XXIV+286 sayfa, Legal Hukuk Kitapları Serisi:432, Legal Yayıncılık A.Ő.

- ERER, Sezer: "Sağlık Hizmetlerinde Sorumluluğun Paylaşılması", Uludaę Üniversitesi Tıp Fakóltesi Dergisi, Y.2010, S.36/1, s.33-38.
- ERSÖZ, Kürşat: Türk İdaresinin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu, 1. Baskı, İstanbul Ağustos 2012, XIV+132 sayfa, On İki Levha Yayıncılık A.Ő., Yayın No:276.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Cilt II, Birinci Baskı, Bursa Temmuz 2003, XLVIII+1471 sayfa, Ekin Kitabevi Yayınları.
- GÖZLER, Kemal-Gürsel KAPLAN: İdare Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş Düzeltilmiş 17. Baskı, Bursa Temmuz 2015, XXXII+863 sayfa, Ekin Kitabevi Yayınları.
- GÖZÜBÜYÜK A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku Genel Esaslar, C.I, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Ankara Şubat 2016, xxiv+1043 sayfa, Turhan Kitabevi Yayınları.
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref: Yönelmel Yargı, Güncelleştirilmiş 18. Bası, Ankara Ekim 2003, XXV+571 sayfa, Turhan Kitabevi Yayınları.
- GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 11.Baskı, Ankara Kasım 2017, xxxiv+670 sayfa, İmaj Yayınevi.
- GÜRAN, Sait: "Hekimin Faaliyetinden Devletin Sorumluluęu", DańıŐtay Dergisi, Y.12, S.46-47, 1982, s.16-22.
- GÜRSOY, Tahir: "Manevî Zarar ve Tazmini", <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/313/3028.pdf>
- HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, 4.Güncellenmiş Baskı, Ankara Ocak 2012, 864 sayfa, Seçkin Yayıncılık, Hukuk Kitapları Dizisi: 816.
- IŞIK, Sedat: "Őúra'da Dosyalar Nasıl Deęerlendiriliyor?", Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2009, s.292-297.
- KANETİ, Selim: "Özel Hukuk Alanında Toplumsal Hasar Temeline Dayanan Sorumluluk", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, 150, 1980, İÜHF Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını.
- KAPLAN, Gürsel: "İdaresinin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütölmesinden 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.

- KESKİN, Âdem: “Şûranın Hukukî Konumu ve Hukuktaki Yeri”, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s.349-353.
- KIZILYEL, Serkan: “İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu”, s. 203-240, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
- KÖK, Nezh: “Tıbbî Kötü Uygulama ve Yüksek Sağlık Şûrası, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s.385-397.
- KÖKSAL, Mustafa: “Risk İlkesinin İdareye Yükleği Kûlfetler ve Güncel Yargı Kararları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.85, 2009.
- NOMER, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 8.Baskı, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2010.
- ODYAKMAZ, Zehra: “Administration’s Responsibility in Health Services”, Pravni zivot casopis za pravnu teoriju i praksu, Tematski Broj, Pravo I Prostor, 23 godina kopaonické skole prirodnog prava, udruženje pravnika srbije, Broj 10, Beograd 2010, Tom II, p.263-297, Duruga Katedra Pravo Na Slobodu.
- 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: “Sağlık Hizmetlerinde İdare Hukuku Bakımından Müşterek Sorumluluk”, s.165-207, VII. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu VII. Türkisch - Deutsches Symposium Zum Medizinrecht, Tıpta İşbirliği ve Hukuksal Sorunlar Delegation und Kooperation im Gesundheitswesen, 16-17 Nisan 2010 Samsun, Editörler(Prof. Dr. Hakan Hakeri, Prof. Dr. Henning Rosenau), Ankara - 2011, Adalet Yayınevi.
- ODYAKMAZ, Zehra: “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kurumsal Sorumluluğu Açısından Avukatın Gözönünde Bulundurması Gereken Hususlar”, s.199-235, Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk (Ceza Hukuku-Medenî Hukuk-İdare Hukuku), Sempozyum, 16-17

Ocak 2009 Mersin, Ankara 2009, IX+235 sayfa, Mersin Barosu.

ODYAKMAZ, Zehra: “Yeni Türk Borçlar Kanununun 55/2. Maddesinin İdare Hukukunun İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi”, s.253-280, Ankara Barosu Ulusal Kongre, Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi, 4-5-6 Nisan 2013 (Editör: Selma Güleç Uçakhan), Ankara 2013, VI+575 sayfa, Ankara Barosu Başkanlığı.

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, 19. Baskı, Kocaeli-İzmit Eylül 2018, xxii+489 sayfa, Kuram Kitap: 15, Hukuk Dizisi: 14.

ODYAKMAZ, Zehra-Bayram KESKİN-Yusuf DENİZ: “Tıbbî Müdahale Nedeniyle Oluşan Bedensel Zararlar ve T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsman)”, Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre (Internationaler Kongress zum Personenschadensrecht im Lichte Der Neueren Entwicklungen), C.1, 6-7-8 May 2015, Ankara 2016, s.505-563, (626 sayfa), Türkiye Barolar Birliği.

ORAL, Tuğçe: “Hasta Hakları”, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1047.htm.

ÖZCAN, Burcu G.-Çağlar ÖZEL: “Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbî Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukukî İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C.10, Y.2007, S.1, <http://www.sid.hacettepe.edu.tr/Makale/101.3.pdf>.

ÖZGÜLDÜR, Serdar: Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Ankara 1996, Yetkin Yayınları.

ÖZLÜ, Tefrik: Hasta Hakları Hakkınız Var Çünkü Hastasınız, 1. Baskı, İstanbul Şubat 2005, 303 sayfa, Timaş Yayınları/1193, Sağlık Dizisi/7.

ÖZTÜRK, Yasemin Kılıç: “Sağlık Hizmet Sunumunda İdarenin Kusur Sorumluluğu”, s.235-243, www.ankaramedicaljournal.com/download/article-file/19850.

- 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.
- POLAT, Oğuz: Tıbbi Uygulama Hataları, Klinik-Sosyal-Hukuksal Etik Boyutları, Birinci Baskı, Ankara Mart 2005, 598 sayfa, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ő.
- SAYLAN, Semra Eren: "Hasta Haklarının Hukukî Boyutu", http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale-detay.aspx-DNO=68
- TAN, Turgut: "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı", http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg8/turguttan.pdf, s.233-252.
- TÜRKMEN, Ali: Hasta ve Hekim Hukuku, Birinci Baskı, Samsun Ekim 2009.
- ÜÇİŞİK, Fehim: Sağlık Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2010, 270 sayfa, Ötüken NeŐriyat A.Ő., Yayın No:766, Kültür Serisi: 294.
- VAROL, Nezhik: "Sağlık Hukukunda Bilirkişilik", Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s.375-384.
- YILMAZ, Battal:"Bilirkişi Raporlarının Hekimin Tazminat Sorumluluğuna ve Yargılamaya Etkisi", Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s.399-410.
- YILMAZ, Mustafa: "İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Kusur Sorumluluğu", Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006 (Yayına Hazırlayanlar: Doç.Dr.Cem BAYGIN-Yrd.Doç.Dr. Metin UÇAR- Yrd.Doç.Dr.Yusuf BÜYÜKAY), Ankara 2007, s.135-146, 235 sayfa, Yetkin Yayınları
- YILMAZIŐIK, Berfin Ő.: "Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-98-1133_Yükümlülüğü, s.389-410.
- YOL, Sinan: "Őüradan Ne Bekleniyor, Dosyalar Nasıl Hazırlanıyor?", Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s.355-358.

İDARENİN BEDENSEL ZARARLAR BAĞLAMINDA İMAR HUKUKUNDAN DOĞAN SORUMLULUĞU

“Mal, Canın Yongasıdır”.

(Türk Atasözü)

*Prof. Dr. Ali AKYILDIZ**

I- Vücut Bütünlüğünün Korunmasının Tarihsel ve Anayasal Geri Planı

1- Uluslararası Belgeler

a- Genel Olarak

Vücut bütünlüğü ya da yaşam hakkı, kişinin en temel varlığı ve temel haklarının çekirdek alanıdır.

Mal Canın Yongasıdır...Ya da Hayat, Hürriyet, Mülkiyet... John Locke'un (Birleşik Krallık, 1632-1704) fikirlerinden hareketle sistemleştirilen üç kelimededen oluşan bu sihirli formül, son üç asırdır adeta insanlığın geçirdiği tüm düşünsel evrimlerin ve dünyayı değiştiren devrimlerin temel ateşleyicisi olmuştur¹. Önce Avrupa'da dönüşüme yol açması beklenen Locke ve Rousseau gibi doğal haklar savunucularının görüşleri, kendisine daha uygun bir ortam bulduğu Amerika kıtasında Devlet yapısının temeli olabilmis², onunla neredeyse eş zamanlı olarak bu kez Fransa'da büyük devrimin çağları aşan etkiye sahip bildirgesinde (26 Ağustos 1789) yer almıştır³. İki büyük

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

¹ Akıncı, Müslüm; “Yaşam Hakkı İhlalleri ve İdari Yargı”, TBB Ortak Bildiri Kitabı, Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongresi , 1, 265-292, (2016)

² Birleşik Devletler Anayasasının oldukça kısa başlangıç maddesi: “Biz, Birleşik Devletler Halkı, daha mükemmel bir Birlik yaratmak, adaleti sağlamak, ülke içinde huzuru güvence altına almak, ortak savunmayı gerçekleştirmek, genel refahı artırmak ve özgürlüğün nimetlerini kendimize ve gelecek kuşaklara sağlamak için bu Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nı takdir ve tesis ediyoruz”.

³ Devrimin hemen ardından ilan edilen “İnsan ve Yurttaş Hakları bildirgesinin 2. Maddesi: “Her siyasi toplumun amacı, insanın doğal ve zamanışı ile kaybedil-

emsali görölmemiş yıkıcı savaŐın ardından kurulan Birleşmiş Milletler tarafından 10 Aralık 1948 tarihinde ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 3. Maddesinde de; “Herkesin yaşama hakkı ile kişi özgürlüğü ve güvenliğine hakkı vardır” ifadeleriyle kendisine yer bulmuştur.

b- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

5 Kasım 1949 da, Birleşmiş Milletler antlaŐmasınının 52. Maddesine uygun olarak “insan hakları, hukukun üstünlüğü ve çoğulcu demokrasi ilkelerini korumak ve güçlendirmek; azınlıklar, ırkçılık, hoŐgörüsüzlük ve yabancı düşmanlığı, sosyal dışlanma, uyuŐturucu madde ve çevre konularındaki sorunlara çözüm aramak; Avrupa kültürel benliğinin oluşmasına ve gelişmesine katkıda bulunmak” olarak özetlenebilecek amaçlarla kurulan Avrupa Konseyi bünyesinde 4 Kasım 1950 tarihinde yürürlüğe konulan ve Yargısal Başvuru imkanı vermek suretiyle gerçek bir koruma sağlayan “İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme”, 2.maddesi ile Yaşam hakkını korumaya almıştır. Buna ilave olarak, 1983 yılında imzaya açılan 6 nolu protokol ile (olağanüstü hal ve savaş hariç) ölüm cezası kaldırılmıŐ⁴, 2002 yılında imzaya açılan 13 nolu ek protokol ile de ölüm cezasının kaldırılması olağanüstü hal ve savaş halleri için de geçerli olmuŐtur⁵.

“Yaşam hakkı”nın düzenlendiğı Sözleşmenin 2. Maddesi şöyledir:

1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur...⁶, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.

meyen haklarını korumaktır. Bu haklar; özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnmedir”. 1789’da yayımlanan bu bildiğe,1791 Fransız Anayasasına ön-söz olarak alınmış, daha sonraki Fransız Anayasalarında da bildiğe atıf yapılmıştır.

⁴ Türkiye, 6 nolu protokole katılımı 26.06.2003 tarih ve 4913 sayılı kanun ile uygun bulmuştur.

⁵ Türkiye, 13 nolu protokole katılımı06.10.2005 tarih ve 5409 sayılı kanun ile uygun bulmuştur

⁶ Maddede yer alan “Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında” kısmı, ek- 6 ve ek -13 nolu protokollerle tamamen kaldırılmıştır.

2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde **mutlak zorunlu olanı** aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz:

a) Bir kimsenin yasa dışı Őiddete karşı korunmasının sağlanması;

b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekteŐirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme;

c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması”.

Türkiye’nin de taraf olduğu bu sözleşme, Anayasamızın 90. Maddesine göre, iç hukukumuza dahildir. Öyleyse, maddede istisna edilen durumlarda “**mutlak zorunluluk**” hallerinde güç kullanımı sonucunda meydana gelen ölümler, bu maddenin ihlali anlamına gelmeyecektir. Ama buradaki ölçü “zorunluluk” tan da öteye “**mutlak zorunluluk**” halidir.

“Sözleşme’nin ve Protokollerinin yorumu ve uygulanması”na ilişkin yetkiler, 32. Madde uyarınca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine aittir⁷. O halde, sözleşme, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin(AİHM) anladığı şekliyle anlaşılacak ve o şekliyle iç hukukumuzda yürürlükte olacaktır. Örneğin, 2. Maddede geçen “mutlak zorunluluk” halleri de, mahkeme tarafından yorumlandığı şekliyle belirlenecektir.

Hayat hakkının tamamlayıcısı olan haklardan mülkiyet hakkı(mülkiyetin korunması), sözleşmeye 20.03.1952 tarihli ek protokolle(eğitim ve serbest seçim haklarıyla birlikte) dahil edilmiştir. Söz konusu protokolün “Mülkiyetin Korunması” başlıklı 1. Maddesine göre;

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak

⁷ MADDE 32 :“Mahkeme’nin yargı yetkisi”

1. Mahkeme’nin yargı yetkisi, 33, 34, 46 ve 47. maddelerde belirlenen koşullar uyarınca kendisine sunulan, bu Sözleşme’nin ve Protokollerinin yorumu ve uygulanmasına ilişkin tüm sorunları kapsar.

2. Mahkeme’nin yetkili olup olmadığı hakkında ihtilaf durumunda, kararı Mahkeme verir.

kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir”.

“Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hanel getirmez”.

Maddedeki istisnalardan; ilk fıkrada yer alan “yoksun bırakma”, ancak bir yaptırım niteliğindeki (müsaadere gibi) işlemlerin ya da imar hukukundan kaynaklanan Düzenleme Ortaklık Payı gibi yetkilerin; 2. Fıkrada yer alan sınırlamalar ise, kamulaştırma ve imar hukukundan kaynaklanan diğere düzenlemelerin dayanağını oluşturmaktadır. Kamu yararı amacı dışında mülkiyet hakkında sınırlama yapılması sözleşmeye aykırı olacaktır.

Özgürlük(hürriyet) hakkı, Sözleşmenin 5. Maddesinde (Özgürlük ve güvenlik hakkı) yer almaktadır. Maddede “Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir” denildikten sonra, (özgürlüğün)bu hakkın istisnasını oluşturan “kişilerin yakalanma ve tutulması” na ilişkin şartlar altı bent halinde sıralandıktan sonra, yakalama ve tutulmaya ilişkin usuli güvenceler de (üç bent halinde)⁸ sayılmaktadır.

Ayrıca, “Haklara getirilecek sınırlamaların kısıtlanması” başlıklı 18. Maddede yer alan “Anılan hak ve özgürlüklere bu Sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamalar öngörüldükleri amaç dışında uygulanamaz” şeklindeki düzenleme de, sözleşmeyle tanınan bütün haklar bakımından bu hakların kısıtlanmasına ilişkin taraf devletin yetkilerine getirilen genel bir kısıtlamadır. Öyleyse, hakların kısıtlanmasında, o hakları düzenleyen maddelerde yer verilen istisnaların amaçlarına aykırı bir şekilde uygulama yapılamayacaktır⁹.

⁸ Bunlar; yakalama nedenlerinin açıklanması zorunluluğu, salıverilmesini sağlamak için derhal yargıç karşısına çıkartılma zorunluluğu gibi güvencelerdir. Haksız bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir(m.5/5).

⁹ Devletler bakımından getirilen bu kısıtlamaya paralel olarak, kişiler bakımından

Sözleşmede düzenlenen her hakka ilişkin maddede, o hakka ilişkin birtakım usuli güvencelere yer verildiđi¹⁰ gibi, Sözleşmede düzenlenen bütün haklar için geçerli olmak üzere, bazı usuli güvenceler de getirilmiştir: Adil yargılanma hakkı(m. 6), Kanunsuz ceza olmaz(m.7), Etkili haşvuru hakkı(m.13). Bu haklardan her biri, birtakım alt ilkeleri de içerir. Örneğin, “etkili haşvuru hakkı”, “etkili soruşturma yapılması” nı da kapsar.

Bütün bu usuli güvenceler, yaşam hakkının da usuli boyutunu oluştururlar ve idare bakımından “bedensel zararlardan sorumluluk” tespitinde de dikkate alınmak durumundadırlar. Diğer bir ifadeyle, bedensel zararlar söz konusu olduğunda da, usuli güvencelere aykırılık dahi başlıbaşına bir sorumluluk nedeni oluşturabilir.

2- Türk Anayasasında Vücut Bütünlüğünün Korunması

a- Maddi koruma

Anayasaya göre; “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir”. Anayasamızın da, bütün modern anayasalarda olduğu üzere, temel hakların korunmasına ilişkin yaklaşımını Fransız devriminin düşünsel temellerini hazırlayan Locke ve Rousseau gibi düşünürlerin mensubu olduğu “doğal hukuk” öğretisinin üzerine kurduğu görölmektedir¹¹: Haklar, devlet tarafından bahsedilmemişlerdir; tam tersine, devlet, kişilerin zaten doğuştan

da hakların kötüye kullanılması yasağı da yine sözleşmede(m.17) düzenlenmiştir. “Hakların kötüye kullanılması yasağı” başlıklı bu maddeye göre; “Bu Sözleşme’deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme’de öngörölmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz”.

¹⁰ Örneğin, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında usuli güvenceler; “kanunla düzenleme” ve “kamu yararı”dır.

¹¹ Danışma Meclisinin 12. madde Gerekçesi: “Temel hak ve hürriyetlerin niteliği”ni belirleyen bu maddenin ilk fıkrasında, bunların bir devlet “lütfu” olmadığı; kişiliğinin, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez bir unsurunu oluşturduğu vurgulanmıştır. Şu halde, yukarıda da belirtildiği gibi, devlet, kişiye ayrılmış bu alana ilke olarak, hiçbir müdahalede bulunmamak, bu özel alan sınırları içine girmekle yükümlüdür”. (<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/1169/200901027.pdf?sequence=1&isAllowed=y> - Erişim T. 07.11.2018)

sahip oldukları bu haklardan en iyi şekilde istifadelerini temin için (sosyal sözleşme sonrası) mevcuttur¹².

Temel hakların sınırlanması 13. Maddede, kötüye kullanılması yasağı da 14. Maddede düzenlenmektedir. Sınırlamalarda; öze dokunmama, yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde (sınırlanmak istenen temel hakkın düzenlendiğı maddede) belirtilen sebeplere dayanma ve sınırlamanın kanunla yapılması (idari işlemle sınırlama yapılamaması) şeklinde ölçütlere yer verilmekte; sınırlamaların sınırını da; Anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olmama, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmama, ayrıca ölçülülük ilkesine aykırı olmama ilkelerinin oluşturduğu görülmektedir.

Maddede temel hakların sınırlanmasında, sınırlamanın sınırını belirleyen bir ölçüt olarak yer verilen “ölçülülük” ilkesinin, AİHM’nin içtihatlarından esinlenilerek Anayasaya dahil edildiğı¹³ anlaşılmaktadır.

Konumuz açısından asıl önem taşıyan “Yaşama hakkı ve kişinin vücut bütünlüğünün korunması” konuları, en öncelikli korunmaya sahip Negatif Statü hakları içerisinde ilk madde(m.17) olarak düzenlenmektedir. “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlıklı bu maddeye göre;

¹² Batıdaki Doğal Hukuk öğretisi düşünürleri ile İbn-i Haldun’un sosyolojik görüşlerinin karşılaştırmalı şekilde ele alındığı özgün bir çalışma için bk. KILINÇ, Zeynel Abidin; “Toplumsal Sözleşme Teorileri, İbn Haldun ve İnsan Doğası “ (Social Contract Theorists, İbn Khaldun and Human Nature), PESA Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Şubat 2018, Cilt:4, Sayı:1, s.56-68 (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/453373>- Erişim:07.11.2018).

¹³ 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı kanunun 2. Maddesi ile yapılan değişiklik. Madde nin ilk şeklinde, sınırlama nedenleri bütün temel haklar bakımından ilk fıkrada sayıldıktan sonra, ikinci fıkrada sınırlamanın sınırı olarak; “Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörülükleri amaç dışında kullanılamaz” denilmekteydi. Birinci sınırlama nedeni; Demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ikinci sınırlama nedeni de, sınırlama sebeplerinin -AİHS 18.maddede düzenlendiğı üzere- “öngörülükleri amaç dışında kullanılma yasağı” idi. 4709 sayılı kanunla madde yeniden düzenlenirken, değişiklik gerekçesi olarak yer verilen tek cümlede “Anayasanın 13 üncü maddesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki ilkeler doğrultusunda yeniden düzenlenmektedir” denilmektedir. Genel sınırlama usulünden vazgeçilmiş yönüyle bu gerekçe uygun gözükmekle birlikte, sınırlamaların sınırları arasında “öngörülükleri amaç dışında kullanılma yasağı” na yer verilmemesi, yapılan düzenlemenin gerekçe ile tam uyumlu olmamasına yol açmaktadır.

“Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir”.

“Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişi- nin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz”.

“Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysi- yetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutula- maz”.

“....Meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararları- nın yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçma- sının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulan- ması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zo- runlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkraya hükmü dışındadır”.

Görüldüğü üzere, maddede, insanın sadece maddi varlığı (yaşama hakkı ve vücut bütünlüğü) değil, ondan ayrılması mümkün bulunmayan manevi varlığı (psikolojisi, onuru, şeref ve haysiyeti) da korunmaktadır. Nitekim, maddenin üçüncü fıkrasında yer alan düzenleme(işkence yasağı, insan haysiye- tiyle bağdaşmayan muamele yasağı), kişinin manevi varlığının korunmasını düzenlemektedir.

Maddede, kişinin sadece maddi ve manevi varlığını koro- ması değil, aynı zamanda onu geliştirmesi de bir hak olarak düzenlenmektedir. Eğitimden spora, sağlıklı bir çevrede ya- şamaktan, insan onuruna yaraşır bir hayat sürececek maddi im- kanlara sahip olmaya; teşebbüs hürriyetinden, mülkiyet hak- kına kadar birçok temel hak ve özgürlük insanın bu “maddi ve manevi” varlığını koruma ve geliştirme hakkıyla ilgilidir. Bu nedenle, temel haklar her ne kadar uluslararası sözleşmeler ve Anayasalarda maddeler halinde ayrı ayrı düzenlenseler de, gerçekte **temel hakların bütünlüğü** ya da bölünemezliği ilke- sinden söz etmek daha doğru bir yaklaşım olabilir¹⁴.

¹⁴ Anayurt, Ömer; “Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan haklarına İlişkin Si-

Örneğin, mülkiyet hakkının yeterince korunmadığı bir hukuk düzeninde, günü - birlik yaşamaya çalışmak zorunda olan kişinin geleceğini öngörmesi, maddi ve manevi varlığını geliőtirmesi, hastalandığında yeterince tedavi olabilmesi mümkün değildir. Mülkiyet hakkı, kişinin yaşama hakkının dıŐsal korunma surlarını oluşturur. Bunu en iyi ifadesi de bir Türk atasözünde yer almaktadır: “Mal Canın Yongasıdır”.

Maddenin son fıkrasında(4. fıkra), yaşam hakkının sınırlanabilme nedenleri gösterilmektedir:

- meşru müdafaa hali,
- yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi,
- bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi,
- bir ayaklanma veya isyanın bastırılması
- veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında,

silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği,

zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, maddeyle korunan yaşama hakkının (ilk fıkrada düzenlenen “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” şeklindeki korumanın) ihlali sayılmayacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki:

-Buradaki zorunluluk, bütün sınırlama halleri için geçerlidir.

-Bu istisnalar, maddenin sadece ilk fıkrasına getirilmiştir. Diğer fıkralardaki düzenlemeler mutlak koruma altındadır, hiçbir şekilde sınırlandırılmazlar. Örneğin, hiçbir gerekçeyle; kimseye eziyet ve iŐkence yapılamaz, kimse insan haysiyetiyle bađdaŐmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz, kimsenin vücut bütünlüğüne dokunulamaz.

nıflandırmaların Değerlendirilmesi”, *Türkiye’de İnsan Hakları*, TODAİE Yayınları, 2000, s.47-59).

Öte yandan, buradaki “zorunluluk” kavramını da, AIHS’nin Yaşam Hakkına ilişkin 2. Maddesindeki gibi “mutlak zorunluluk” olarak anlamak gerekir. Daha doğru bir söyleyişle, Anayasanın 17. Maddesinin istisnalara ilişkin son fıkrasında yer alan, “silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri” şeklindeki ifadeyi, sözleşmenin 2. Maddesinde(2. fıkra) yer alan; “Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde **mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı** sonucunda meydana gelmişse” ifadesinde olduğu gibi anlamak gerekmektedir. Buradaki ölçü, “mutlak zorunluluktur”. Bu düzenleme Türk iç hukuku için de bağlayıcıdır. Çünkü, Anayasamızda(m.90), insan hakları alanında bir bakıma monist sistem kabul edilmekte ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu açıkça düzenlenmektedir¹⁵.

b- Yaşam Hakkının Usuli Korunması:

Bütün temel hakların korunması bakımından geçerli olan usuli düzenlemeler, elbette yaşam hakkı için de geçerlidir. Anayasa, maddelerde yer alan belirli bir hakka ilişkin usuli güvencelerin yanı sıra, bütün haklar bakımından geçerli olmak üzere “Hakların Korunması ile ilgili hükümler” başlığı altında(36 ile 40.maddeler) genel usuli güvencelere yer vermiştir. Bu kısımda; hak arama hürriyeti(m.36), kanuni hakim güvencesi(m.37), suç ve cezalara ilişkin esaslar(m.38), ispat hakkı(m.39) ve temel hak ve hürriyetlerin korunması(m.40) yer almaktadır. Ölüm veya vücut bütünlüğüne yönelik olarak idare ile olan bir uyumsuzlukta, hakların korunmasına ilişkin buradaki usuli güvencelere ilişkin hükümlerin ihlali, yaşam hakkının usuli boyutunun da ihlali anlamına gelebilecektir.

¹⁵ “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”.

Örneğin, kardeş, oğul gibi bir yakınının yaşam hakkı ihlal edilen(yakını ölen) kimsenin de, aynı Şekilde yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkı vardır(Anayasa, m.40). Etkili soruşturma yapılmayarak soruőturmanın yargılamaya dőnüőtürölmeden, yargılamaya izin vermeme gibi idari birtakım kararlarla sürecin sonlandırılması, bu hakkın ihlalini oluőturacak ve bu durum yaşam hakkının usuli boyutunun ihlali anlamına gelecektir. Nitekim Anayasa mahkemesi, Van Depreminde (09.11.2011)yıkılan Bayram Otel enkazı altında kalarak ölen Selman Kerimoğlu'nun eői ve çocukları tarafından "hukuk yollarına baővurmalarına rağmen sonuç alamadıklarını belirterek, yaşam hakkının ve hak arama hürriyetinin ihlal edildiği" iddiasıyla yaptıkları bireysel başvuru sonucunda, "Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının usuli boyutunun ihlal edildiğine" karar vermiştir.

Başvuruya konu olayda; Van ve çevresinde meydana gelen ilk depremde(23.10.2011 tarihinde, 7,2 Őiddetinde), bahse konu otel hasar almış, ikinci depremde(9.11.2011 tarihinde, 5,6 Őiddetinde) de yıkılmıőtir. Başvurucular, "Van Valisi ve AFAD görevlilerinin mevzuatta kendilerine yüklenilen görevleri yerine getirmemek suretiyle görevi kötüye kullandıklarını, otelde hasar tespitinin yapılmadığını, hasara rağmen otele giriőin yasaklanmadığını ve taksirle ölüme sebep olduklarını belirterek Anayasa'nın 17. maddesinde tanımlanan yaşam hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüőtür. Başvurucular ikinci olarak, Yargıtay Cumhuriyet Baősavcılıđınca somut bilgi ve belge bulunmaması gerekçesiyle verilen Őikâyetin işleme konulmaması kararına karşı ceza soruşturması yapılabilmesi için baővurabilecekleri herhangi bir makamın bulunmadığını belirterek Anayasa'nın 36. maddesinde dőzenlenen hak arama hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürmüőtür"¹⁶.

¹⁶ Anayasa Mahkemesinin, 2012 /753, başvuru nolu konuya ilişkin verdiği 17.09.2013 tarihli karar metninden anlaőıldıđına göre; "Olayın ardından Van Cumhuriyet Başsavcılığı resen soruşturma baőlatmıőtir. Baővuruculardan ölen S.K'nın eői ve üç çocuğunun da Őikâyetçi olarak katıldığı soruşturma kapsamında hazırlanan bilirkişi raporunda birden fazla kişinin sorumluluğunun bulunduğu, binada hasar tespiti yapmayan ilgili birimlerin de kusurlu olduğu belirlenmiştir.

Van Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yrtlen soruŐtırma kapsamında keşif yapılmış, ...söz konusu binanın yapım yılında (1964) statik projesi ve hesap raporları yapılmadan geliŐigüzel inşa edildiği, ...ilk depremdede ayakta kalmasına rağmen ikinci depremdede iki deprem arasında artçı Őoklardan etkilenerek yıkıldığının anlaşıldığı ifade edilmiştir.

SoruŐtırma sonucunda, otel iŐletmecisi hakkında bilinçli taksirle birden fazla kişinin ölümüne neden olma suçundan Van Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmasına, vefat eden yapı sahibi ve diğer Őüpheliler hakkında kamu adına koŐuŐtırmaya yer olmadığına ve Van Valisi ile Afet ve Acil İŞler Daire Başkanlığı (AFAD) görevlileri hakkında 2/12/1999 tarih ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 3. ve 12. maddeleri gereği görevsizlik kararı verilerek soruŐtırma dosyasının Yargıtay Cumhuriyet BaŐsavcılıđına gönderilmesine karar verilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, 9/10/2012 tarihinde Van Valisi ve AFAD görevlileri hakkında görevi kötüye kullanmaya ilişkin iddiaların somut bilgi ve belgelere dayanmadığı, ilgililer açasından suç oluŐtıran n inceleme yapılmasını gerektirecek bir durumun bulunmadığı gerekçesiyle Őikayetin işleme konulmamasına karar vermiştir.

BaŐvuruculardan len S.K.'nin eŐi ve üç cocuğu, Yargıtay Cumhuriyet BaŐsavcılıđının işleme konulmama kararının kaldırılması ve 4483 sayılı Kanun gereği n inceleme yaptırılması kararı verilmesi talebiyle ...Danıştay 2. Dairesine itiraz dilekçesi sunmuŐtur. Yargıtay Cumhuriyet BaŐsavcılıđının işleme koymama kararına karşı **4483 sayılı Kanun'da herhangi bir itiraz yolu öngörülmemiŐ olup** başvuru dilekçesinde başvurucuların Danıştay 2. Dairesine yaptıkları itirazlarının sonucuna ilişkin bir bilgi bulunmamaktadır.

Bakanlık, görüşünde (Ő 5), ilave Şu bilgilere yer vermiştir:

Yargıtay Cumhuriyet BaŐsavcılıđının işleme konulmama kararına karşı başvurucuların vekili tarafından yapılan itiraz neticesinde, Danıştay 1. Dairesi, 6/3/2013 tarih ve E.2013/258, K.2013/294 sayılı kararında 4483 sayılı Kanun'da Cumhuriyet BaŐsavcılıklarının bu kararlarına karşı herhangi bir itiraz yolu öngörülmediğinden bahisle itirazı incelemeksizin reddetmiştir.

Ayrıca başvurucular, Van Belediye Başkanlığı, Çevre ve Őehircilik Bakanlığı, Van Valiliği, AFAD'a izafeten Başbakanlık ve otel sahibi Mehmet Sıddık Bayram verekeleri aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açmuŐtur. Van 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde ... 28/2/2013 tarihinde yapılan ön inceleme duruŐmasında, **idareler aleyhine açılan davanın tefrik edilerek ayrı bir esasa kaydedilmesine ve yargı yolu bakımından görevsizlik kararı verilmesine** karar verilmiştir.

Van 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, ...davalı idareler hakkında açılan davanın yargı yolu bakımından reddine, davaya bakmakla görevli ve yetkili mahkemenin İdare Mahkemesi olduğunun tespitine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, dava tarihi itibarıyla 12/01/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesi uyarınca bu tür davalarda adli yargının görevli olduğuna ilişkin hükmün Anayasa Mahkemesinin 16/2/2012 tarih ve E.2011/35, K.2012/23 sayılı kararıyla iptal edildiği, iptal kararının 19/5/2012 tarih ve 28297 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdiği, davacıların davalı idarelerin hizmet kusuruna dayandıkları, idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan tam yargı davalarına bakmaya idare mahkemelerinin görevli olduğu belirtilmiştir.

Van Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yrtlen soruŐtırma kapsamında ayrıca sorumlu olduğu ileri srlen Belediye yetkilileri hakkında 4483 sayılı Kanun uyarınca Van Valiliğinden soruŐtırma izni talep edilmiştir. Van Valiliği Belediye yetkilileri hakkında soruŐtırma izni verilmemesi kararı vermiştir. Bu karara karşı Van Cumhuriyet Başsavcılığı Van Bölge İdare Mahkemesine itiraz baŐvurusunda bulunmuştur.

Başvurucular, Yargıtay Cumhuriyet BaŐsavcılıđının Őikayetin işleme konulmaması kararının kendisine tebliğinden itibaren süresi içinde 22/11/2012 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır".

II- İdare Hukukunda, İdarenin Bedensel Zararlardan Doğan Sorumluluğu;

1- Sorumluluğu Hukuksal Dayanakları:

Anayasamıza göre; İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır(m.125 (ilk cümle)) ve İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür (m.125(son cümle)).

Kişilerin uğrayacağı bedensel zararlar doğrudan idari bir işlemde kaynaklanamayacağına (yani idari bir işlemle bir kişiye bedensel zarar verilemeyeceğine) göre¹⁷, buradaki zarar(hizmet kusuru bakımından) daima idari eylemlerden doğan zarar olarak anlaşılmalıdır. Ancak, idare hukukunda idari eylem çok geniş bir kavramdır; idarenin sadece hareketleri(fiilleri) değil, hareketsizliği, her türlü tutum ve davranışı da idari eylem kavramı içerisinde değerlendirilmektedir. Ayrıca, idari bir işlemin uygulanması sırasında da idari eylemler söz konusu olabilir. Bütün bunlardan doğan zararlar ile, idarenin mallarından, eşyalarından kaynaklanan sair zararlar, idari eylemden kaynaklanan zarar kapsamında değerlendirilir¹⁸. İdari eylem bu derece geniş kapsamlı olarak anlaşılmaz ve böyle uygulanmaz ise, gerçekte idarenin yapması gerekirken yapmadığı ya da geç yaptığı birçok faaliyetler nedeniyle kişilerin uğradığı birçok zarar karşılanamayacaktır¹⁹.

¹⁷ Gözler, Kemal - Kaplan, Gürsel, "İdari Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adli Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi? (HMK m.3 ve TBK, m.55/2 Hakkında Eleştiriler)", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl 6, Kasım 2011, Sayı 63, s.36-41

¹⁸ "İdari eylem" kavramı hakkında geniş bir inceleme için bk. Ayanoglu, Taner; Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması, Legal Yayıncılık, İstanbul 2004.

¹⁹ 17 Ağustos 1999 tarihinde Adapazarı'nda meydana gelen depremde, yıkılan Sosyal Sigortalar Kurumu Lojmanında ikamet eden memurun kızının hayatını kaybetmesi üzerine "lojmanın depreme dayanıklılığı yönüyle sağlamlığını yeterli olarak araştırmasını yapmadan tahsis etmesi nedeniyle idarenin hizmet kusuru bulunduğu" gerekçesiyle açılan tazminat talebine ilişkin davada, idare mahkemesi; "deprem tarihinde meydana gelen zararın tazmini istemiyle, deprem tarihi olan 17.8.1999 tarihinden itibaren 60 gün içinde ya da 2577 sayılı Yasa'nın 11 maddesi kapsamında yapılan başvuru üzerine verilecek cevabın tebliğinden itibaren kalan sürede dava açılması gerekirken, bu süre geçirildikten sonra 30.11.2000 tarihinde açılan davada süre aşımı bulunduğu; ayrıca davalı idareye 2.8.2000 tarihinde zararların tazmini

İdarenin icrai hareketlerinden kaynaklanan bedeni zararlar, uygulamada genellikle kolluk faaliyetlerinin yürütülmesi sırasında gerçekleşen idari eylemlerden doğarlar. Bazen, idarenin bayındırlık faaliyetleri sırasında ya da sağlık hizmetleri alanında da icrai hareketle gerçekleşen idari eylemlerden kaynaklanan bedeni zararlar söz konusu olabilir.

Ancak, gerçekte kolluk, bayındırlık ve sağlık faaliyetlerinin yürütülmesi dahil, idarenin eylemlerinden kaynaklanan zararlar, çok büyük oranda onun hareketsizliğinden kaynaklanabilmektedir.

istemiyle yapılan başvurunun da dava açma süresini ihya etmeyeceği gerekçesiyle davanın süre aşımı yönünden reddine" karar vermiştir.

Danıştay 10. Dairesi(2005/9126 E., 2007/3069 K), davayı süre yönünden reddeden idare mahkemesi kararını şu gerekçelerle bozmuştur: "Görölmekte olan tam yargı davası, iki ayrı kategoride toplanması mümkün olan idari tasarruflar nedeniyle açılmış bulunmaktadır. Tam yargı davasının açılmasına neden olarak gösterilen lojman tahsisi şeklindeki idari tasarruf "idari işlem" niteliğini taşımakta; buna karşılık görölen davanın açılmasına neden olarak gösterilen davalı idarenin üstlendiği önlem alma ve denetim görevlerini yerine getirmeyip hareketsiz kalması şeklindeki idari tasarrufun ise hukuk aleminde değişiklik, yenilik doğurmayı amaçlayan bir irade açıklamasına dayanmaması nedeniyle idari işlem olarak nitelendirilmesine olanak olmıyıp; "idari eylem" olduğunun kabulü gerekmektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda, idari işlemlerin uygulanması ve idari eylemler nedeniyle tam yargı davası açma süreleri 12 ve 13 üncü maddelerde düzenlenmekle birlikte, idari işlem ve idari eylemlerin birlikte hak ihlaline neden olması halinde, dava açma süresinin nasıl hesaplanacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir.

Bir davada uyumsuzluğun esasının incelenebilmesi, diğer koşullar yanında, davanın yasada öngörölen süre içerisinde açılmış olmasına bağlı olduğuna; *dava açma hakkının, hak arama özgürlüğünün kullanılmasından başka bir şey olmadığına; temel hak ve özgürlüklerin de ancak yasayla sınırlanabileceğine göre; yasada açıkça düzenlenmeyen konularda, usul hükümlerindeki boşlukların, ilgililerin dava açma haklarının kullanmalarını engelleyecek biçimde yorumlanmaması gerekir.*

Bu itibarla; giderilmesi istenilen hak ihlaline idari işlem ve idari eylem olarak nitelendirilen birden fazla idari tasarruf neden olmuş ve zarara yol açmaları yönünden idari işlem ve idari eylemlerin ayrılması mümkün değil ise, dava açma süresinin, ilgililere zararın doğduğu tarihten itibaren 1 yıl içinde idareye başvuru ve daha sonra dava açma olanağı tanıyan 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 13 üncü maddesine göre belirlenmesi hak arama özgürlüğünün gereğidir. Aksine bir yorumla zarara yol açan idari işlemlere göre dava açma süresinin hesaplanması, ilgililerin idari eylemler nedeniyle doğmuş olan dava açma hakkının gözardı edilmesi sonucunu doğuracaktır.

Ayrıca hak ihlaline neden olmaları yönünden birbirinden ayrılması mümkün olmayan idari işlemler ve idari eylemler nedeniyle açılan davanın, sadece yargılama usulündeki boşluk nedeniyle bölünmesi, davanın idari işlemlere ilişkin olduğu varsayılan bölümü için dava açma süresinin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 12 nci maddesine göre hesaplanması da, dava açma hakkını zedeleyen zorlama bir yorum olacaktır.

Bu durumda bakılmakta olan davada, dava açma süresinin, yukarıda anılan Yasanın 13. maddesi kapsamında hesaplanması hakkaniyet gereğı olup, aksi yönde verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

İdare, kolluk faaliyetini yürütürken, bazı durumlarda kişilerin bedensel varlıklarına müdahalede bulunabilmekte, hatta silah kullanmak durumunda kalabilmektedir. Ancak bu müdahalenin, özellikle silah kullanma boyutuna ulaştığında, Anayasanın 17. Maddesinde sayılan hallerin mevcudiyetinin yanı sıra , silah kullanmanın “mutlak bir zorunluluk” arz etmesi ve ölçülü de olması gerekmektedir. Ayrıca, ilgili yasalarda öngörülen usuli kurallara da uyulmalıdır.

Anayasada sayılan nedenlere dayansa bile, mutlak zorunluluk oluşmadan ya da ölçüsüz güç kullanımıyla gerçekleşen bedeni zararlar, yaşam hakkının ihlali sayılacaktır.

Yukarıda hukuksal çerçevesi çizilen sınırlar dahilinde, kolluk faaliyetleri esnasında mutlak zorunluluk teşkil eden haller dışında, idarenin bilerek bir bedensel zarara yol açması düşünülemez. Aksi takdirde, idare tarafından da gerçekleştirilse, verilen zararlar idarilik vasfı taşımayacak, bir haksız fiil teşkil edecektir. Bu, bedensel nitelikte olmasa bile, kişinin temel haklarının ihlaline ilişkin bütün fiiller bakımından geçerlidir. Hukukumuzda, idarenin, açıkça yasalara aykırı şekilde kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale etmesi “fiili yol” olarak tanımlanmakta, bunların idarilik vasfı taşımadığı, dolayısıyla da bunlardan doğacak uyuşmazlıkların haksız fiil esaslarına göre adli yargıda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir.

2- Sorumluluğa yol açan kusur:

İdare hukukunda idarenin kusurlu ve kusursuz sorumluluk halleri içtihatlarla geliştirilmiştir. Bu haller, aşağıdaki konularda etraflıca izah edileceği üzere işin doğası gereği özel hukuktaki sorumluluk yaklaşımından tamamen farklıdır. Anayasa, idarenin kendi işlem ve eylemlerinden sorumlu olduğunu belirtmekte, fakat bu sorumluluk nedenlerinin ayrıntısını düzenlememektedir. Yasama organının da bazı münferit durumlar dışında idarenin sorumluluğuna ilişkin yasalarla genel düzenlemeleri mevcut değildir. Bu durumda, idarenin sorumluluğuna yol açan ilkeler, Danıştay içtihatları ile geliştirilmiştir. Aslında bu idare hukukunun sürekli gelişen ve değişen dinamiklerine de uygun düşmektedir.

Danıştay içtihatlarına göre, idarenin sorumluluğu; kusurlu ve kusursuz sorumluluk hallerinden kaynaklanmaktadır. Bunlara kısaca bakmak gerekmektedir:

a- İdarenin kusura dayanan sorumluluğu:

Buradaki kusur kavramı özel hukukta anlaşılan kusur kavramından oldukça farklıdır. Her ne kadar kusur kavramı özel hukuktan ödünç alınmışsa da, içeriği tamamen farklılaşmış, objektif ve özerk bir nitelik kazanmıştır. Genel kabul gören tanıma göre, idarenin kusurlu sorumluluğuna yol açan hizmet kusuru; hizmetin kuruluş ya da işleyişinden kaynaklanan nedenle ortaya bir zararın meydana gelmesi halidir. Başlıca; hizmetin hiç işlememesi, hizmetin geç işlemesi ya da hizmetin kötü işlemesi hallerinde, idarenin kuruluş ve işleyişinden kaynaklanan bir nedeninin oluştuğu, hizmet kusurunun varlığı kabul edilmektedir. Örneğin; acil hasta için çağrılan ambulansın geç gelmesi halinde, hizmetin geç işlemesi söz konusudur. Bu, objektif bir sorumluluk durumudur: İdare, o saatte kentin değişik yerlerinde trafik kazaları olduğunu, ambulanslarının yetersiz kaldığını, ambulans şoförünün aniden rahatsızlanması nedeniyle evinden yedek şoförün çağrıldığını vs. öne sürerek bu sorumluluktan kurtulamaz. Yeter ki bu geç kalma makul bir süreyi aşmış ve bundan dolayı hasta bir zarara(ölüm ya da daha ağır bir ameliyata katlanmak zorunda kalınması, yahut uzuv kaybı vs.) uğramış olsun. Önemli olan, hastanın bulunduğu yere göre belirlenecek makul bir sürede(örneğin 15 dakikada) ambulansın gelip gelmemesidir. Görüldüğü üzere burada kabul edilen tamamen objektif nitelikli bir kusur halidir.

Özellikle “hizmetin kötü işlemesi” hali, çok geniş bir alana karşılık gelir(aslında hizmetin geç işlemesi de hizmetin kötü işlemesinin özel bir şeklidir). Hizmetin belirli bir standardın altında verilememesinden, hizmetin sunulmasında aynı durumda olanlara eşit davranılması zorunluluğuna kadar pek çok şey bu kavrama altlanabilir. İdare hukukunda kamu hizmetinin özellikleri olarak kabul edilen; süreklilik(ihtiyaç duyulan her an hizmetin sunulabilmesi), düzenlilik(hizmetin kesintiye uğramadan ve belli bir kalitede sunulması), nesnellik(hizmetin

sunulmasında eşit davranılması) gibi pek çok durum, kamu hizmetinin hukuka uygun sunulup sunulmadığının denetlenmesinde yargıca yol gösterir. Özetle; idarenin kusurlu sorumluluğuna yol açan “hizmet kusuru” nun tespiti, tam bir uzmanlık işidir. Öncelikle, bir zamanlar idare hukukunun ondan ibaret olduğu kabul edilen kamu hizmetinin, bütün özellikleri ve hukuksal yönleriyle içselleştirilmesi gerekir. Aksi takdirde, güçlü idare karşısında, ondan zarar gördüğünü düşünen yurttaşların korumasız kalması kaçınılmazdır.

İzah edilen bu kusur sorumluluğunun özel hukukta tam bir karşılığı bulunmamaktadır. Söz gelişi; Borçlar Kanununa göre yapılacak bir değerlendirmede, örneğin hizmetin kötü işlemesine karşılık gelecek hallerde ortaya çıkan kusur personel kusuru sayılarak, adam çalıştırmanın sorumluluğu bağlamında kusursuz sorumluluk kapsamında değerlendirilebilecektir(m.66). Hatta, o bağlamda da sorumluluk mutlak değildir ve işveren(ya da idare) maddenin 2 ve 3. Fıkralarında düzenlenen personele ilişkin özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispatlayarak zarar gören karşısında sorumluluktan kurtulabilecek, yani zarar göreni personel ile başbaşa bırakabilecektir. Oysa, idare hukukunda hem Anayasal düzenleme(m.129) hem de içtihatlarla geliştirilen hizmet kusuru anlayışının objektif içeriğine göre, önce idare kusuru sorumluluğu esaslarına göre zarardan sorumlu olacak, sonrasında eğer personele atfedilebilir bir kusur varsa, kusuru oranında kendisi rücu edecektir. İdare hukukunda idarenin kusurlu sorumluluğuna ilişkin olarak geliştirilen bu hizmet kusuru anlayışı, Anayasaya, Hukuk Devleti Anlayışına ve yönetilenlerin haklarının korunmasına en uygun bir sorumluluk anlayışıdır.

b- Kusursuz sorumluluk:

İdarenin kusursuz sorumluluğu da, Borçlar Hukukunda düzenlenen kusursuz sorumluluk hallerinden oldukça farklı nedenlere dayanır ve içerik olarak da orada düzenlenenlere oranla çok daha geniştir: Bir defa, yukarıda izah edildiği üzere Borçlar Kanununda kusursuz sorumluluk hali olarak düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğu(m.66), idare hukukun-

da (hem de orada düzenlenen istisnaları da içermeksizin) çok daha geniş şekliyle hizmet kusuru kavramı kapsamında bir kusur sorumluluğuna karşılık gelir. Aynı şekilde, Borçlar Kanununda kusursuz sorumluluk hallerinden biri olarak düzenlenen yapı malikinin sorumluluğu(m.69 ve 70) da, içerik olarak idare hukuku bakımından “idari eylem” kavramı içerisinde değerlendirilebilecek hususlara karşılık gelir ve bu nedenle idari eylemden doğacak sorumluluk da idare açısından yine hizmet kusuru teşkil edeceğinden kusurlu sorumluluk olarak değerlendirilecektir.

Görüldüğü üzere, Borçlar Kanununda geçerli akit dışı borçlardan kaynaklanan sorumluluk halleri ile, İdare Hukukunda geliştirilmiş sorumluluk halleri ne nitelendirme(kusurlu- kusursuz sorumluluk) ne de kapsam olarak örtüşmemektedir. Esasen buna imkan da yoktur. Çünkü Borçlar Kanunundaki düzenlemelerin amacı ile, idare hukukunda geliştirilen sorumluluk hallerinin amacı son derece farklıdır: Borçlar kanunu özel hukuk ilkelerine göre, kişilerin eşitliği çerçevesinde bir sorumluluk hukuku düzenlemeyi amaçlarken, idare hukuku idare karşısında zayıf kalan bireyin haklarının korunması ve hukuk devleti ilkesinin gereklerine göre bir yönetsel sorumluluk anlayışı geliştirmeyi amaçlamaktadır. İdarenin sorumluluk hallerinin Borçlar Kanunundaki sorumluluk hallerine indirgenmeye çalışılması hem hukuk devleti ilkesi başta olmak üzere anayasal ilkelerle çelişecek, hem de yönetilenlerin oldukça zararına sonuçlara yol açabilecektir.

Danıştay içtihatlarında idarenin kusursuz sorumluluğuna ilişkin olarak birtakım ilkeler geliştirilmiştir: Fedakarlığın denkleştirilmesi(kamu külfetleri karşısında eşitlik) ilkesi, risk(muhatara- tehlike) ilkesi, umulmadık hal ilkesi gibi isimlerle anılan bu ilkeler, günümüzde artık tartışmasız şekilde birer kusursuz sorumluluk nedeni olarak uygulanmaktadır.

Örneğin; bünyesinde tehlike taşıyan faaliyetleri veya kullandığı tehlikeli araçlar nedeniyle idarenin, kendisinde hiçbir kusur bulunmasa bile, ortaya çıkan zararı tazmin etmekle sorumlu olduğu Danıştay içtihatlarıyla öteden beri kabul edil-

mektedir. Önceleri bu ilkenin, zarara yol açan riskin istisnai olarak gerçekleşmesi(çok karşılaşılan bir risk olmaması), zararın ağır olması gibi birtakım ilave şartlarla sınırlandırıldığı, zaman içerisinde faaliyetin riskli(tehlikeli) olmasının başlıbaşına gerek ve yeter şart olduğunun kabul edilmeye başladığı görülmektedir. Tehlike yahut ilkesi; daha çok, askeri faaliyetler, kolluk faaliyetleri, bazı bayındırlık faaliyetleri(patlatmalı yol çalışmaları gibi) nedeniyle ortaya çıkan zararların giderilmesinde başvurulmuş bir kusursuz sorumluluk ilkesidir.

Risk(tehlike) ilkesinin temelinde; toplumun bütününe yararına yönelik olarak yürütülen bir faaliyetin yol açtığı zararların, belli kişilerin üzerinde bırakılmayarak toplumun tamamına paylaştırılması düşüncesi yatmaktadır. Aslında aynı düşünce, “fedakarlığın denkleştirilmesi”(kamu külfetleri karşısında eşitlik) ilkesinin de temelini oluşturmaktadır. Hatta bu ilkenin adı, doğrudan anılan düşünceden alıntıdır. O halde, idarenin kusursuz sorumluluğu, aslında toplumun tamamının yararına yürütülen faaliyetler nedeniyle belli kişilerin katlanmak zorunda oldukları ilave zararların, topluma paylaştırılması düşüncesinden kaynaklanır.

Ancak, bu paylaştırmanın gerekliliği, çoğu kez her olayda kolayca görülemez. Çünkü, idarece yürütülen faaliyet görünürde tamamen hukuka uygundur ve zarara uğradığını öne sürenlerin bu zararlarının karşılanması için hukuksal bir sebep bulunması ve hatta zarara yol açan idari faaliyet ile zarar arasındaki illiyet bağının tespiti, konusunda uzman olmayan bir yargıç için zor çözülecek hususlar olabilir.

Örneğin; Danıştay kararına konu olmuş bir olayda, özetle; “imar planı değişikliği ile şehrin bir mahallesinde yollar da yeniden düzenlenerek, yolun biri genişletilmek suretiyle şehrin geri kalan kısmıyla o bölgenin ulaşım sistemini kaynaştıran bir ana caddeye dönüştürülür. Bahse konu caddenin açılmasında kamu yararı açıktır ve zaten itiraz da edilmediğinden imar planındaki değişiklikler hukuken kesinleşmiştir. Ancak, bahse konu yol, eğimin belli bir standartta kalabilmesi ve güvenli ulaşımın sağlanabilmesi açısından, kot düzenlemesine

yol açar. Davacının bu yola cepheli dükkanı önceleri düz giriş iken, oluşan kot farkı nedeniyle birkaç basamakla çıkılan yüksek girişe dönüşür ve bu nedenle de davacının dükkanında ciddi bir değer kaybı oluşur. Davacının, zararının giderilmesi için açtığı tam yargı davası, idarenin işlemlerinin hukuka uygun olduğu gerekçesiyle idare mahkemesince reddedilir. Temyiz üzerine Danıştay, “açılan yolun kamunun faydasına olduğu, bu nedenle davacının uğradığı ağır ve özel zararın davacının üzerinde bırakılmayarak toplumca paylaşılması gerektiği” anlamına gelen, ama bu kadar açık ifade edilmemiş (idarenin hukuka uygun işlemlerinden de sorumlu olabileceği şeklindeki) bir gerekçeyle kararı bozar”²⁰.

Bu olayda, Borçlar Kanununda öngörülen sorumluluk nedenlerine dayanılması mümkün gözükmemektedir. Davacının zararının giderilmesinin, ancak idarenin kusurlu ve kusursuz sorumlulukları konularında uzmanlaşmış bir yargıçlık bilgisi ile mümkün olacağı açıkça görülmektedir.

Risk ilkesinin hizmeti yürütene (personele) yönelik yönü, mesleki risk ilkesi olarak ifade edilmektedir. Kamu hizmetinin sunumuna yönelik olarak tehlikeli araç kullanımı, toplumun faydasına tehlikeli faaliyetlerin (bomba imha uzmanlığı vs.) yürütülmesi, kamu hizmetinin sunumu için tehlikeli ortamlarda bulunmak zorunda olmak gibi konular, görev yapan personel açısından mesleki risk kavramını oluşturur.

İdari yargı içtihatları, bu tür faaliyetlere katılan personelin uğradığı bedensel zararların kusursuz sorumluluk esaslarına göre idarece tazmini gerektiğini on yıllardır yerleşik içtihat haline getirmiştir. Günümüzde, benzeri zararların çoğu

²⁰ D a n ı Ő t a y Altıncı Daire Esas No : 2013/7368 Karar No : 2015/1683. Kararın hüküm fıkrası ve gerekçesi şöyledir: “Her ne kadar, davaya konu taşınmazı da kapsayan alanda yapılan imar planı değişikliklerine ve çalışmalara yönelik mahkemece verilmiş nihai bir iptal kararı bulunmamakta ise de; idarelerin hukuka uygun eylemleri nedeniyle oluşacak zararlardan da sorumlu olduğunun ve kişilerin bu eylemlerden doğan zararlarının karşılanması gerektiğinin kabulü zorunludur. Bu durumda, ...değer düşüklüğüne ve zarara neden olup olmadığının tespit edilmesi ve varsa bu değer düşüklüğü ve zararın miktarının belirlenmesine yönelik mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yapılması suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, idarenin hizmet kusuru bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, ...sayılı kararın bozulmasına, 23.03.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi”.

özel -kamu bütün işyerleri için iş güvenliği kapsamı içerisine alınmıştır. Ancak, arama - kurtarma faaliyetleri ve askeri faaliyetler gibi doğrudan idare tarafından yürütülen(yürütölmek zorunda olan)bir kısım işler, iş güvenliği önlemlerini çok aşan faaliyetlerdir ve zaten kanun da bu tür faaliyetleri kapsam dışında bırakmıştır²¹.İşte bu tür haller, görevli personel için saf mesleki risk oluştururlar.

Elbette ki, Anayasal olarak bir zarardan idarenin sorumlu tutulabilmesi için, mutlaka idari faaliyet ile ortaya çıkan zarar arasında bir illiyet bağı da olması gerekir. Çünkü idare, Anayasaya göre ancak kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür. Bu, idarenin hem kusura dayanan sorumluluğı, hem de kusursuz sorumluluğı için geçerlidir. Ancak, Risk ilkesinin bir türü olan sosyal risk ilkesinde, bu illiyet bağının şart olmadığı kabul edilmektedir. Tam tersine, sosyal risk ilkesi, çoğı kez idarenin bir faaliyeti sonucu değil, zaman zaman bir toplumda ortaya çıkan sosyal gerilimler(yaygın terör faaliyetleri) nedeniyle oluşan zararların karşılanması amaçlayan, yani sınırları belirgin bir alanda sosyal devlet olmanın bir sonucu olarak bir çeşit sosyal sigorta işlevi görür²².

c- İdarenin, kamu görevlilerinin kusurlu eylemlerinden sorumluluğı

İdarenin sorumluluğına ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğerkonu, Anayasa'nın 129. Maddesinde (5. fıkra)

²¹ 20.06.2012 tarih ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, "Kapsam ve İstisnalar" başlıklı 2. Maddesinin 2. Fıkrası: (2) Ancak aşağıda belirtilen faaliyetler ve kişiler hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz: a) Fabrika, bakım merkezi, dikimevi ve benzeri işyerlerindeki haric Türk Silahlı Kuvvetleri, genel kolluk kuvvetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığının faaliyetleri. b) Afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetleri.d) Hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan işyurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetleri.

²² Yargı kararlarında idarenin sosyal risk ilkesine dayalı sorumluluğına gidildiğı haller, terör olaylarına ilişkin olmakta, illiyet bağı da aranmamaktadır. Ancak, kararlara konu somut olaylara bakıldığında, bu olayların temelinde yine de geniş anlamda idarenin ihmali davranışı ile bir hizmet kusurunun varlığı görölebilir. Ama yargı yerleri bu tür uyuşmazlıklarda ne kusuru ne de illiyet bağı tartışmasına girmemekte, olayın sosyal risk niteliğı taşıdığını tespit ettikten sonra doğrudan doğruya idarenin sorumlu olduğuna karar vermektedirler.

yer alan; “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” şeklindeki düzenlemedir. Burada, kişisel kusurdan dolayı esasen bu kusuru işleyen kamu görevlisinin sorumlu olduğu düzenlenmektedir. Ancak, dava açılması halinde vatandaşın muhatabı, idare olacaktır. Davanın ancak idare aleyhine açılacağı, (Anayasal düzenlemeye uygun olarak) 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. Maddesinde de yer almaktadır: “Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar”.

Anayasa koyucu, 129.maddedeki bu düzenlemesiyle bir yandan vatandaşların tek tek kamu görevlileriyle uğraşmasını, üstelik de kullandığı yetkiye nispetle yeterli ödeme gücü olmayan kamu görevlisi karşısında zararının tazmin edilemeyecek mağdur olmasını önlemek istemiş; diğer yandan da, birincil amaç olmamakla birlikte, kamu görevlilerinin doğrudan davalara muhatap olmaması da böylece sağlanmıştır. Fakat düzenlemenin asıl amacının vatandaşı güvenceye almak olduğu, bu nedenle de anılan sistemin “güvence sistemi” olarak adlandırıldığı görülmektedir. İdare, hizmet kusuru nedeniyle açılan dava sonunda bir şey ödemeye mahkum olursa, kusurlu olduğunu düşündüğü memura karşı rücu davası açacaktır. Buradaki düzenleme, Borçlar Kanunundaki “Adam çalıştırmanın sorumluluğu” ndan çok daha kapsamlı ve kesin bir düzenlemedir.

Ancak, tam da bu noktada yargı kararlarından hareketle öğretilerde yapılan hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımı karşımıza çıkmaktadır: Yukarıda izah edildiği üzere, hizmetin kuruluş ve işleyişinden kaynaklanan bir sebeple, hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi ve hiç işlememesi gibi durumlarda, hizmet kusurunun varlığı kabul edilmektedir. Bütün bu durumlarda, izah edilen yasal ve anayasal düzenlemeler çerçevesinde ortaya çıkan zararı idare tazmin edecektir.

Anayasaya göre İdare, kamu görevlilerinin bütün kusurlarından değil, yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan sorumludur. Öyleyse, kamu görevlisinin bir fiilinden dolayı idare aleyhine dava açılabilmesi için, hizmete ilişkin bir kusurlu fiil söz konusu olmalıdır. Kamu görevlilerinin hizmete tamamen yabancı kusurlu fiillerinden idare sorumlu olmayacak, dava doğrudan kamu görevlisi aleyhine açılacaktır.

Hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımında, bu anayasal ve yasal çerçevede yargı organlarınca bazı ölçütler geliştirilmiş ve gerek davanın açılacağı yargı kolu, gerekse de dava sonunda kararlaştırılan tazminatın rücu meselesinde bu ölçütler çerçevesinde kararlar verilmiştir.

Fransa'da, hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımında 19. Yüzyıldan sonra kademeli olarak gelişmeler sağlanırken; Hizmet dışı işlenen kusur, kasıtlı kusur, ağır kusur, suç sayılan kusur durumlarında kişisel kusurun varlığı kabul edilmiş, bu kusurları işleyen kişilere karşı davaların genel hükümlere göre adli yargı yerlerinde açılması benimsenmiştir.

Türkiye'de de başlangıçta Fransa'da geçmişte kabul edilen bu ölçütlerin etkisi altında kalındığı görülmektedir. 1961 Anayasası'nda da, "idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu", "idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü" bulunduğu (m.114)düzenlenmekle birlikte, 1982 Anayasası'nın 129. Maddesinde yer alan "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla... ancak idare aleyhine" açılabilmesine ilişkin düzenlemeye benzer bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu nedenle, konu içtihatlarla açıklığa kavuşturulmuş ve bu sırada da Fransız Danıştay'ı ve Uyuşmazlık Mahkemesinin geliştirdiği ölçütlerden yararlanmıştı.

Ancak, 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesiyle, içtihatlarla geliştirilen eski ölçütlerden kusurun derecesine gönderme yapan (Kasıtlı kusur, ağır kusur vb.) ölçütler uygulanma imkânını kaybetmiştir. Hizmet dışı işlenen kusur ve suç sayılan kusur ölçütleri ise, uygulanmaya devam etmiştir. Ancak, bu ölçüt-

lerin içeriği de Anayasanın 129. Maddesinin amacına uygun olarak gittikçe deđiŐime uğramış, kişisel kusurun uygulanma alanı s¼rekli daralmıŐ, hizmet kusurunun alanı ise aynı Şekilde geniŐlemiŐtir. Bu g¼n gelinen noktada kişisel kusur Şu alanlara indirgenmiştir:

(a) *Hizmet dışı işlenen kusur*: Bu, salt kamu g¼revlisinin mesai saatleri ve mesai binası dışında işlenen kusuru olarak anlaŐılmamalıdır. Kusur, ne zaman ve nerede iŐlenirse iŐlensin, hizmet ile ilişkisi kurulabiliyorsa, ¼rneđin hizmet dolayısıyla edindiği bilgilerin veya kamusal imkanların kullanılması suretiyle kamu g¼revlisi bir kusurlu fiil iŐlemiŐse, yine de davanın idari yargıda ve idare aleyhine aşılması gerekecektir. Yargı yerlerince bu yaklaşımı destekleyen kararlar verilmektedir.

(b) *Konusu suÇ teşkil eden fiil*: Konusu suÇ teşkil eden fiilin, idarilik vasfını kaybettiği ve idareye atfedilemeyeceği s¼ylenebilir. Ancak, b¼yle bir fiil, kamu g¼revlisi tarafından kamusal araÇ, gereÇ ve yetkilerin (kısaca kamusal imkanların) kullanılması suretiyle iŐlenmiŐse, bu takdirde de yine davanın idare aleyhine aşılması, Anayasanın 129. Maddesinin amacına ve getirdiği g¼vence sisteminin felsefesine uygun olacaktır.

Ancak, kamu g¼revlisi konusu suÇ teşkil eden kusurlu eylemini, sahip olduğu kamusal imkanlar aracılığıyla iŐlememiŐse veya kamusal imkanlar o fiilin iŐlenmesini kolaylaŐtırmamıŐsa, diğer bir deyişle o fiil herkes tarafından aynı Şekilde iŐlenebilecekse, ortada bir g¼rev kusuruna dayalı suÇ değil tamamen kişisel bir kusura dayalı suÇ vardır denebilir.

¼rneđin, b¼t¼n kamu oyunu derinden yasa boğan Bilge K¼y¼²³ katliamında, korucular, bu katliamı devletin kendilerine verdiği silahları ve silah taşıma kolaylığını kullanarak gerŐekleŐtirmiŐlerdir. Bu katliam dolayısıyla aÇılacak bir tazminat

²³ 4 Mayıs 2009 tarihinde Mardin'in Mazıdağı ilŐesine bağlı Bilge K¼y¼'nde, T¼rkiye tarihinin en b¼y¼k sivil katliamlarından biri yaŐandı. Mardin'e yaklaşık 25 kilometre uzaklıkta yer alan Bilge k¼y¼, 4 Mayıs akŐamı Sevgi elebi ile Habip Arı'nın niŐan t¼reni iŐin biraraya gelenlerin bulunduğu k¼y¼ muhtarı Hacı Halim elebi'nin evine korucu olarak g¼revli kişilerce geceleyin uzun namlulu silahlarla d¼zenlenen saldırı sonucu 44 kişi yaşamını kaybetmiŐti.

davasının da, katliamı yapan kişiler aleyhine değil idare aleyhine açılması gerekeceği açıktır.

Görüldüğü üzere, hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımının gerektiği uyuşmazlıklarda, yargılamanın sağlıklı şekilde yürütülebilmesi için, idarenin hizmet kusuruna dayalı sorumluluğu, kamu görevi, kamu görevlileri ve idarenin işleyişine ilişkin yeterli derecede uzmanlık gerekmektedir.

Bedensel nitelikli zararlar başta olmak üzere, idarenin sorumlu olduğu davalarda kusurun tespiti öncelikli bir öneme sahiptir. Kusurun yol açtığı zararların tespiti ise, daha teknik ve çoğu kez Bilirkişi Uzmanlığını gerektiren ayrı bir konudur. Elbette Bilirkişilerin hazırlayacağı raporun, ilgili mevzuatında düzenlenen asgari şartları taşıyan, tutarlı, bilimsel verilere dayalı, denetlenebilir ve yeterli ayrıntıları içerir şekilde olması halinde, hakim tarafından hükme esas alınabilecektir. Öyleyse idarenin sorumlu olduğu bedensel zararların idarece tazminine ilişkin uyuşmazlıklarda da asıl sorun, ortaya çıkan uyuşmazlıklarda idare hukukuna özgü hizmet kusurunun ya da kusursuz sorumluluk hallerinin(Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi ya da sosyal risk veya risk ilkelerinden kaynaklanan sorumluluk nedenlerinin) mevcut olup olmadığının tespitidir. İdare hukukundan kaynaklanan ihtiyaçlar çerçevesinde idari yargı içtihatlarıyla iki asra yakın süre zarfında geliştirilen bu sorumluluk nedenleri, büyük oranda Borçlar Hukukunda yer alan sorumluluk nedenlerinden farklı ve onlardan çok daha geniş, idarenin işleyişine uygun bir içeriğe sahiptir. Bedensel zararlara ilişkin olarak idarenin sorumlu olduğu öne sürülen (idarenin davalı olduğu) uyuşmazlıklara Borçlar Kanununda yer alan sorumluluk nedenlerinin uygulanması halinde, birçok durumda idare sorumlu tutulamayacak, bu durumdan yönetilenler zarar göreceklerdir.

Bilindiği üzere, "Akit dışı sorumlulukta ölüm ve bedensel zararlar, Türk Borçlar Kanunu 53 ve devamı maddelerinde düzenlenmektedir. Kanununun 55. Maddesinin 2. Fıkrasına göre, Borçlar Kanunu hükümleri "her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut

bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da" uygulanacaktır. Bu düzenlemenin idarenin sorumluluğu üzerinde yol açacağı olası etkiler aşağıda ele alınacaktır.

III-Türk Borçlar Hukukunda "Akit Dışı Sorumlulukta Ölüm ve Bedensel Zararlar" dan Doğan Sorumluluğun Genel Hukuksal Çerçevesi:

1- Genel Olarak

Türk Borçlar Kanununun (11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı kanun) Genel Hükümlere(1-208. maddeler) ayrılmış Birinci Kısımın, Birinci Bölümü "Borç İlişkisinin Kaynakları" (1-82. maddeler)başlığını taşımaktadır. Bu bölümün ilk ayrımında "Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri"(1-48. maddeler) ve İkinci Ayrımında da "Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri"(49-76. maddeler) düzenlenmektedir²⁴.

"Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri" başlığı altında; "A. Sorumluluk"(49-59. maddeler) başlığı altında ele alınmaktadır. Bu başlık altında 49 ila 52. Maddelerde (toplam dört maddede) haksız fiil sorumluluğu genel olarak düzenlendikten sonra, "IV. Özel durumlar" başlığı altında "Bedensel zararlar", "Haksız rekabet", "Kişilik haklarının zedelenmesi" ve "Ayırt etme gücünün geçici kaybı", akit dışı sorumlulukta özel durumlar olarak düzenlenmektedir.

2- Bedensel zararlarda tazminatın belirlenmesi

Konumuzu oluşturan bedensel zararlar, haksız fiil sorumluluğunun özel bir Şekli olarak kanunun 53 ila 56. Maddelerinde yer almaktadır: Uğranılan zararların kapsamı, ölüm hali bakımından 53. ve ölüme yol açmayan bedensel zararlar bakımından da 54. Maddede düzenlenmektedir. Yine bu başlık altında, zararın belirlenmesi(m.55) ve manevi zarar(m.56) düzenlemeleri mevcuttur.

²⁴ Borç ilişkilerinin diğer bir kaynağını teşkil eden "sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri" ne ise, birinci kısmın birinci bölümünün üçüncü ayrımında yer verilmiştir.(77-82)

Kanunun, bedensel zararların “belirlenmesi”ni düzenleyen 55.maddesine göre;

“Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen **rücu edilemeyen** sosyal güvenlik ödemeleri ile *ifa amacını taşımayan ödemeler*, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. *Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılamaz veya azaltılamaz*”.

“Bu Kanun hükümleri, her türlü *idari eylem ve işlemler* ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır”.

Bu maddede, iki farklı konu düzenlenmektedir.

Birinci konu: Zararın belirlenmesidir. Zaten madde başlığı da bu konuyu içermektedir.

Buna göre:

Kapsam: Buradaki düzenleme, sadece destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararları kapsamaktadır. Yani, hem ölüm vukuunda, hem de diğer bedensel zararlar (her türlü geçici veya işgörme güçlüğüne ya da uzuv kaybına yol açan yaralanmalar dahil) kapsama dahildir.

Uygulanacak hukuk kuralları: Zararın hesabı “bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre” yapılır.

“Bu kanun hükümleri” nden kasıt, öncelikle ölüm ve bedensel zararlara ilişkin düzenlemeler ve özellikle kanunun haksız fiil sorumluluğuna ilişkin kısmında her sorumluluk nedeni için geçerli genel düzenlemelerin yer aldığı kısımlardır.

Aslında, haksız fiillerden doğan borç ilişkilerinde zararın belirlenmesi 51 ve 52. Maddelerde düzenlenmişken, bedensel zararlara ilişkin kısımda bu konunun ayrıca düzenlenmesi, kanununun sistematüğini bozmuştur. Buradaki düzenlemede (55. maddede) yer alan sadece “rücu edilemeyen alacakların tazmi-

nat miktarından indirilemeyeceği” ne ilişkin kısmın 51. Maddede ikinci fıkraya olarak eklenmesi yeterli olabilirdi. AŞağıda, 55. Maddede yer alan diğer düzenlemelerin ise kanundan tamamen çıkarılmasının bir zorunluluk arz ettiği ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Zararın hesaplanmasında dayanılacak diğer kurallar, “sorumluluk hukuku ilkeleri” dir. Kanunun kullandığı bu kavram, oldukça genel bir kavramdır: Temyiz kudretinden, zararı doğuran davranışın hukuka aykırılığına, kusurun kasıtlı veya ihmali nitelikte olmasından zararın miktarına ve kusursuz sorumluluk hallerine kadar, pek çok unsuru içerir. “Müterafik kusur” (zarar gorenin kusuru) da bu kavram içerisine dahildir. Kavrama dahil olan “zararın kapsamı” konusu, aslında 53 ve 54. Maddelerde tahdidi olmayacak Şekilde belirlenmektedir.

Aslında maddede yer alan “uygulanacak hukuk kurallarına” ilişkin bu düzenleme, lüzumsuzdur. Çünkü, bu düzenleme olmasa da zaten zarar bahse konu ilkelere gore hesaplanacaktır.

Tazminat miktarından indirim Yasağı: Kanun, bir yandan bazı ödemelerin zararın belirlenmesinde dikkate alınamayacağını düzenlerken, bunların dışında *hakkaniyet* gerekçesiyle de olsa belirlenen zararda azaltma veya artırıma gidilmesini de yasaklamaktadır. Buna gore;(1) Kısmen veya tamamen **rücu edilemeyen** sosyal güvenlik ödemeleri ile (2)*ifa amacını taşımayan demeler*, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Bu düzenleme makul görünmektedir.

Ayrıca, hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet dŐüŐüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz. İŞte, maddede getirilen bu düzenleme oldukça sorunludur ve haksız fiillerden doğan borç iliŐklerinin belirlenmesine ilişkin kanunda yer alan temel düzenlemeden(m.52) ve sorumluluk hukukunun genel ilkelere esaslı bir ayrılmayı temsil etmektedir. Grldğüğü üzere, hakime, zararın miktarının tespitine ilişkin hakkaniyet vs. ilkelerden hareketle herhangi bir takdir hakkı bırakılmamaktadır; zarar miktarı, tamamen Bilirkişilerce hesaplanacaktır.

Maddede asıl sorunlu kısım, ikinci fıkrada yer almaktadır: “Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır”.

Burada atıf yapılan husus, sadece zararın hesaplanmasına ilişkin teknik kısım değildir. Böyle bir teknik hesaplama, zaten bilirkişilerce yapılacağından, esasen işin teknik kısmı bakımından bir fark oluşmaması da gerekir. Nitekim, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. Maddesine göre; idari yargıda da “Bilirkişiler, bilirkişilik bölge kurulları tarafından hazırlanan listelerden seçilir ve bilirkişiler hakkında Bilirkişilik Kanunu²⁵ ve 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun ilgili hükümleri uygulanır”²⁶.

Fıkrada yapılan yollamanın asıl sorunlu diğer kısmı; idari işlem ve eylemlerden doğan bedensel zararlar bakımından da bu kanununa (Borçlar Kanununa) ve bu kanuna göre geliştirilen sorumluluk hukuku ilkelerine yapılan atıftır. Yukarıda ilk bölümde yapılan izahlardan da anlaşılacağı üzere, idare hukukunda idarenin hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluğuna ilişkin ilkeler, idarenin işleyişı ve görev alanının genişliği gibi hususlar dikkate alınarak, bir asra yakın süredir Türk Danıştay’ı tarafından geliştirilmiştir. Buna Conseil d’Eta’nın(Fransız Danıştay’ının) tecrübelerini de eklemek gerekir. Türk Danıştay’ı Cumhuriyet döneminde yeniden kurulup 1927 yılından itibaren çalışmaya başladığında, Fransız

²⁵ 03.11.2016 tarih ve 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu. Bu kanunda, Bilirkişilik kurumunun örgütlenişı ile, Bilirkişiliğe kabul, Bilirkişilik sicillerinin tutulması ve çalışma esasları gibi konular düzenlenmektedir. Toplam 20 kadar maddeden oluşan bir kanundur. İdari yargı yerlerince de, Bilirkişi görevlendirmek istediklerinde Bilirkişilik Bölge Kurullarınca oluşturulacak Bilirkişi listelerinde kayıtlı olanlar arasından uzmanlık alanlarına göre belirleme ve görevlendirme yapılacaktır.

²⁶ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda “Bilirkişi İncelemesi” başlıklı bir bölüm(Beşinci bölüm) mevcuttur(m. 266- 287). Bu bölümde ; Mahkemelerce Bilirkişiye başvurulmasını gerektiren haller, Bilirkişilerin görevlendirilmesi usulü, Bilirkişilik görevinin kapsamı, Bilirkişilik görevini kabulle yükümlü olanlar, Bilirkişiye yemin verdirilmesi, Bilirkişinin görevini yapmaktan yasaklı olması ve reddi, Bilirkişi raporunun verilmesi ile Bilirkişilerin hukuki ve cezai sorumlulukları gibi bütün hususlar ayrıntılı biçimde düzenlenmektedir.

Danıştay'ının birikimlerinden de yararlanmaya başlamıştır. Bylelikle, İdari Yargıya özgü, idare hukukunun ihtiyaçlarına uygun 150 yılı bulan bir birikim oluşmuştur.

Yapılan düzenleme, bütün bu birikimi bedensel zararlar-
dan doğan sorumluluklar bakımından heba etmek anlamına
gelmektedir. Bu düzenlemede nasıl bir kamu yararı olduğunu
anlamak da mümkün görünmemektedir. nk, idarenin so-
rumluluğunun özel hukukta düzenlenen sorumluluk ilkelerine
göre belirlenmesi, ne kusurlu ne de kusursuz sorumluluk ba-
kımından idare hukukundaki sorumluluk nedenlerini birçok
halde karŐılayamayacaktır. Bir defa, idare hukukunda kusurlu
sorumluluğun kaynağı olan idarenin kuruluş ve işleyişinden
kaynaklanan herhangi bir aksaklık nedeniyle zarara yol açılma-
sı anlamındaki hizmet kusurunun bu objektif niteliği sayesinde,
kamu hizmetinin süreklilik, düzenlilik ve nesnellik(eşitlik)
gibi özelliklerinden de hareketle, hizmetin kötü işlemesi sayı-
lıp idarenin sorumluluğuna yol atığının yargı içtihatlarıyla
kabul edildiği birçok durum, özel hukuk ilkelerine dayalı bir
sorumluluk belirlemede anlamsız kalacaktır. Bu da, hizmet
kusuru ilkesine göre zararının tazmin edilmesi imkanına sahip
olabilecek birçok kişinin, bu imkandan mahrum kalmasına,
yani kamunun zararına yol açacaktır.

Ayrıca, özellikle idarenin denetim görevinden kaynaklanan
sorumluluğu kapsamında olduğu gibi, idarenin hareketsiz kal-
masından kaynaklanan sayısız durumda, hizmet kusuru kav-
ramından çok daha dar bir sahayı kavrayabileceği açık olan
Özel hukuktaki kusur sorumluluğunun, idari faaliyet ile ortaya
ıkan zarar arasında illiyet bağının kurulmasında yetersiz ka-
lacağını söylemek hiç de abartı sayılmamalıdır.

Öte yandan, idarenin kusursuz sorumluluğuna dayalı hal-
ler bakımından bu durum çok daha belirgin olacaktır: İdare
hukukunda idarenin kusursuz sorumluluğuna ilişkin olarak
geliştirilmiş bulunan "sosyal risk" ilkesine göre; toplumsal ge-
rilimin yođunlaŐtıđı ve yaygınlaŐtıđı, terör olaylarının sürekli-
lik arz ettiği konjnktrel dönemlerde, herhangi bir kişisel hu-
sumetten değil srf içinde yaşadığı toplumun bu durumundan

dolayı, yani sadece toplumun bir üyesi olmaktan kaynaklanan bir zarara uğrayanların zararlarının toplum tarafından karşılanması gerekir. Bu, aslında sosyal devlet ilkesinin de bir sonucudur. Sadece bu sorumluluk nedeninde, zararın idarenin faaliyeti arasında bir illiyet bağı bulunması da gerekmemektedir. İdarenin kusursuz sorumluluğunun özel hukuktaki kusursuz sorumluluk nedenleriyle sınırlanması halinde, izah edilen zararların hiçbir şekilde karşılanması mümkün olamayacaktır.

İdarenin Kusursuz sorumluluğunun dayanaklarından bir diğeri olan “fedakarlığın denkleştirilmesi” (kamu külfetleri karşısında eşitlik) ilkesine göre tazmin edilen zararların da, birçok durumda özel hukuktaki sorumluluk nedenleri ile karşılanamaması söz konusu olacaktır. Diğer bir sorumluluk nedeni olan tehlike ilkesine göre yapılan zarar tazminleri, Borçlar Hukukunda yer alan tehlike sorumluluğu bağlamında kısmen karşılanabilecekse de, Borçlar Kanunundaki bu sorumluluk nedeninin de idare hukukunda geliştirilmiş olan “tehlike ilkesine” dayalı sorumluluk kadar geniş uygulama alanı bulamayacağı açıktır²⁷.

²⁷ Bu derece sakıncalı bir düzenlemenin yasama meclisinden nasıl geçebildiği merak edilebilir. Gördüğümüz kadarıyla, ne Türk Borçlar Kanununun Adalet Komisyonunca hazırlanan madde gerekçelerinde ve taslak metninde, ne de Adalet Bakanlığı’na hazırlanıp Başbakanlıktan Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına gönderilen tasarı metninde, kanunun 55. Maddesindeki hususlara ilişkin bir ifade yer almamaktadır. O metinlerdeki 55. Madde, bedensel zararlarda manevi tazminat istenmesine ilişkindir. Kanunun 54. Maddesine kadar, Bakanlar Kurulunca hazırlanan kanun tasarısı ve tasarının Adalet Komisyonundan geçen şekli, sistematik olarak aynıdır. Fakat tasarının TBMM de görüşülmesi sırasında, tasarının bedensel zararlara ilgili kısmına tasarıda hiç olmayan bu 55. Maddenin eklendiği, ondan sonraki maddelerin de bir numara fazlasıyla teselsül ettirildiği anlaşılmaktadır. Böylesi önemli sonuçlara yol açacak bir düzenlemenin, komisyonlarda görüşülmeksizin ve tartışılmaksızın oylamalar sırasında tasarıya eklenmek suretiyle oldu-bittiye getirilmesinin, hiç doğru bir yasa yapım yöntemi olmadığı açıktır.

Aynı durum, Hukuk Muhakemeleri Kanununun yapım sürecinde de gerçekleşmiştir: Gerçekten de, 2011 yılının Ocak ayında peşpeşe kabul edilen Türk Borçlar Kanunu(11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı kanun) ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu-na(12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı kanun), Hükümet Tasarısı ve Adalet Komisyonunun görüşlerine tamamen aykırı olacak şekilde, aynı anlayışla ve aynı doğrultuda insan zararlarına ilişkin yargısal sistemi tamamen değiştiren bir müdahalede bulunulduğu görülmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun Başbakan imzasıyla yasama meclisine gönderilen hükümet tasarısında da, tasarının Adalet Komisyonundan geçen şeklinde de yer alamayan kanunun yayımlanan metnindeki 3. Maddesinin, yasama meclisindeki görüşmeler sırasında bir önergeyle yasa metnine eklendiği ve o anda oylanarak kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Gerçekten de, hükümet tasarısında ve tasarının Adalet Komisyonundan geçen şeklinde, 3. Madde; "davaların yığılması halinde görev" başlıklı, tek fıkraya ve tek cümleden oluşan, bu halde(davaların yığılması halinde) görevin belirlenmesinde dava tutarlarının toplamının esas alınacağını düzenleyen bir maddedir.

Kanunun yasama meclisinden geçen şeklinde, 3. Madde tamamen farklıdır ve şöyledir:

Ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarında görev

MADDE 3- (1) Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar. İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda dahi bu hüküm uygulanır. 30/1/1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri saklıdır

Getirilen bu düzenleme, hükümet tasarısında benimsenen temel yaklaşıma tamamen ters düşmektedir. Çünkü, tasarının genel gerekçesinde belirtildiği üzere, tasarının yepyeni bir yargılama sistemi getirilmesi ya da sistemde köklü değişiklikler yapılmasını hedeflemektir. Zorunlu olan müdahaleler yapılmakla birlikte, 1086 sayılı kanunun getirdiği sistem esas alınmıştır. Genel gerekçede belirtildiğinde göre, tasarının hazırlanmasında hareket edilen ilkelerden birincisi; "yepyeni bir tasarının hazırlamak yerine, mevcut 1086 sayılı Kanunun temel felsefesi korunup, mevcut hükümleri değerlendirilerek tasarının hazırlanmasıdır. Zira, 1086 sayılı Kanunun kabulünden bugüne kadar yaklaşık 80 yıllık bir yargılama hukuku tecrübesi ve kültürü oluşmuştur. Bu süre içinde, doktrinde bir çok kitap, tez ve makaleler yazılmış, farklı görüşler tartışılmış, yargı kararlarıyla ortaya çıkan ciddi bir içtihat birikimi ortaya çıkmıştır. Tüm bu birikimin yok sayılmasının doğru olmayacağı düşüncesi ile yeni bir yargılama sistemi yerine, mevcut yargılama hukuku kurallarının gözden geçirilmesi,uygulamada ortaya çıkan sorunlara, temel kavram ve kurumları zedelemeyen cevap verecek yeni düzenlemelerin kabul edilmesi ilkesi benimsenmiştir".

Oysa, getirilen göreve ilişkin bu düzenleme ile hem sistemde köklü değişiklik yapılmış, hem de Türk Hukuk Sisteminin anayasal temelleriyle uyumlu olmayan bir yaklaşım benimsenmiştir. Öyle ki, idarenin insan zararlarına ilişkin sorumluluğu bakımından, 150 yıla yaklaşan bir birikim yok sayılmıştır. Gerçekten de, bu düzenlemenin, Borçlar Kanunundaki düzenlemeyle birlikte düşünüldüğünde, Türk idare hukuku ve idari yargı müktesebatında bir buçuk yüzyıl boyunca elde edilen bütün kazanımların, bedensel zararlar konusunda yok sayılması anlamını içerdiği açıktır. Hem idarenin hizmet kusuru(kusura dayalı sorumluluk) ve kusursuz sorumluluk(sosyal risk ilkesi, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi) hallerine ilişkin geliştirilen bir idari sorumluluk hukuku, hem de idare karşısında görece güçsüz olan vatandaşın haklarının dengelenmesine yönelik re'sen araştırma ilkesi gibi yargılama hukukundan kaynaklanan idari yargılama hukuku, iki ayrı kanunda yapılan iki maddelik düzenleme ile bedensel zararlardan kaynaklanan sorumluluk bakımından yok sayılmaktadır. Üstelik de böylesine köklü bir değişiklik, tasarıda yer almaksızın ve komisyonlarda tartışılmaksızın, genel kurulda yapılan görüşmeler sırasında verilen bir önerge ile gerçekleştirilmekte, adeta bir oldu-bitti ile gerçekleştirilmektedir.

Bu tür köklü değişiklik getiren maddelerin, Adalet Komisyonu ve oluşturulacak alt komisyonlarda ayrıntılı olarak tartışılıp düzenlenmesi gerektiği açıktır. Aksi yönde uygulamaların, yasa yapma usulü açısından kabul edilemeyecek bir uygulama olduğu herhalde genel kabul görecektir.

Hukuk Muhakemeleri kanununun 3. Maddesi ile getirilen ve İdari eylem ve işlemlerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalarda asliye hukuk mahkemelerinde görüleceğine ilişkin düzenleme, Anayasaya aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, iptal gerek-

çesinde, özetle; "Anayasada adli- idari yargı ayırımının kabul edildiği, bu nedenle idari eylemlerden ve işlemlerden doğan davaların idari yargı yerlerinde görülmesi gerektiği, bu tür davaların yasayla adli yargının görevine verilebilmesi için ortada belirgin bir kamu yararı bulunması gerektiği, davaya konu düzenlemede böylesi bir kamu yararının bulunmadığı, bu nedenle düzenlemenin Anayasa'nın 125, 155 ve 157. Maddelerine aykırı olduğu" belirtilmektedir

Anayasa mahkemesinin 16.02.2012 tarih ve E: 2011/35, K : 2012/23 sayılı kararı.

Kararın gerekçesinde; "...Anayasa Mahkemesinin daha önceki kimi kararlarında da belirtildiği üzere, tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa'da adli ve idari yargı ayırımına gidilmiş ve idari uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, genel olarak idare hukuku alanına giren konularda idari yargı, özel hukuk alanına giren konularda adli yargı görevli olacaktır. Bu durumda idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. Ancak, idari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasakoyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir". "Dava konusu kuralla, sadece kişinin vücut bütünlüğüne verilen maddi zararlar ile buna bağlı manevi zararların ve ölüm nedeniyle oluşan maddi ve manevi zararların tazmini konusu kapsama alınmakta ve bu tazminat davalarına bakma görevi asliye hukuk mahkemelerine verilmektedir. Buna göre, aynı idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlar kapsama alınmadığından, sorumluluk sebebi aynı olsa da bu zararların tazmini davaları idari yargıda görülmeye devam edecek, bu durumda, idarenin aynı yapı içinde aldığı kararın bir bölümünün idari yargıda bir bölümünün adli yargıda görülmesi yargılamanın bütünlüğünü bozacaktır. Ayrıca iki ayrı yargı kolunda görülen davalarda, idarenin sorumluluğu, bu sorumluluğun kapsamı, idarenin tazmin yükümlülüğü konularında farklı sonuçlara ulaşılabilecektir. Esasen idare hukukunda var olan hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk kavramları, kişilerin gördüğu zararların tazmininde kullanılan ve kişilerin idare karşısında korunma kapsamını genişleten kavramlardır. İdare hukukunda, idarenin hiçbir kusuru olmasa da sosyal risk, terör eylemleri, fedakârlığın denkleştirilmesi gibi kusursuz sorumluluğa ilişkin kavramlara dayanılarak kişilerin uğradığı zararların tazmin edilmesi mümkündür. Özel hukuk alanındaki kusursuz sorumluluk halleri ise belirli konular için düzenlenmiş olup sınırlıdır. İdarenin idare hukuku esaslarına dayanarak tesis ettiği tartışmasız bulunan eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlara ilişkin davaların idari yargı yerlerinde görülmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bu nedenle, yukarıda belirtildiği gibi aynı idari eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı neden olduğu söylenemez". "Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kural, Anayasa'nın 125., 155. ve 157. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir".

Mahkeme, söz konusu düzenlemeyi oy birliğiyle iptal etmiştir. Ancak, üyeler, ek gerekçe(iki adet) veya değişik gerekçeye(üç adet) ilişkin ayrıksı oylarını da karar ekinde belirtmişlerdir. Örneğin, üye Mehmet Erten, ek gerekçesinde iptale konu yasa hükmünün sadece Anayasanın 157. Maddesine aykırı olduğu kanaatini belirtmiştir. Üye Recep Kömürcü ve Üye Hicabi Dursun da, ayrı ayrı yazdıkları değişik gerekçelerinde sadece Anayasanın 157. Maddesine aykırılık gördüklerini belirtmişlerdir.

Üyeler Serdar Özgüldür, Nuri Necipoğlu ve Celal Mümtaz Akıncı ise, ek gerekçelerinde; iptale konu yasal düzenlemenin anayasayla açık ve kesin şekilde idari yargının görevine verilen davaları adli yargının görevine verdiğinden iptali gerektiğini belirtmektedirler.

Üye Erdal Tercan ise, iptal kararında belirtilen aykırılıkların yanı sıra, Anayasanın 141. Maddesine de aykırılık olduğu kanaatini belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararından sonra ortaya çıkan durum şudur: İdari işlem ve eylemler nedeniyle ortaya çıkan bedensel zararların tazminine ilişkin

Öte yandan kanun, her türlü idari işlem veya eylemler nedeniyle ortaya çıkan “bedeni zararlardan” söz etmektedir. Bir idari işlemle bedeni zarara sebep olunması pek karşılaşılabilecek bir durum değildir. Belki, idarenin olumsuz işlemleri nedeniyle, dolaylı olarak bedensel zararlara yol açılmasından söz edilebilir. Örneğin, talep edilmesine rağmen bir önlemin alınmaması nedeniyle oluşan bedeni zararlarda, bir zımni ret işleminin varlığı kabul edilebilir. Ancak, idarenin sorumlu olacağı bedensel zararlar, daha çok icrai idari eylemler ve kolluk faaliyetleri dışında çoğu kez de hareketsiz kalmak suretiyle oluşan idari eylemler dolayısıyla meydana gelebilir.

İdari eylem, idare hukukunda çok geniş olarak tanımlanmış bir hukuksal müessesedir. İdarenin her türlü hareketi, hareketsizliği, tutum ve davranışı bir idari eylem olarak kabul edildiği gibi, idarenin her türlü malından, eşyalarından doğan zararlar da idari eylemden doğan zarar kapsamına dahildir. Ayrıca, bir idari işlemin uygulanması aşamasında da idari eylemler gerçekleşebilir.

Hatta idarenin farklı zamanlarda belli bir amaca yönelik olarak yaptığı işlemler, bir bütün halinde idarenin tutum ve davranışı olarak nitelenip, bu nedenle bir idari eylemin varlığı kabul edilmekte ve bu işlemlerin bir sonucu ortaya çıkan tutum ve davranıştan oluşan idari eylem nedeniyle idareye karşı dava açılabilir. Bunun önemi şurada: İdari işlemlerden doğan zararlar nedeniyle dava açılabilmesi, tebliğden itibaren çok kısa sürelerle (en fazla 60 gün) tabi tutulmuşken, idari eylemler nedeniyle dava açılması bir ve beş yıllık sürelerde idareye başvurulması suretiyle başlatılacak süreç sonunda açılabilen, yani idari işlemler nispetle çok daha uzun sürelerde dava açılabilmesi mümkün bulunmaktadır (İYUK, m.13).

İdari eylemin bu derece geniş şekilde kabul edilmesi, kamu gücünü kullanma tekeline ve çok geniş örgütsel yapısıyla resen hareket edebilme yetkisine sahip olan idarenin, bir şekilde

davalar idari yargı yerlerinde görülmeye devam edilecek, ancak zararın tespiti Borçlar Kanunundaki sorumluluk hukuku ilkelerine göre tespit edilecektir.

sebepl olacağı zararlarla sorumluluğun muhatapsız kalmamasını sağlamak amacını taşımaktadır. Bu nedenle, idari eylem kavramının kapsamı idare hukukuna göre belirlendiğinde, yönetilenlerin hakları çok daha geniş bir korunmaya sahip olacaktır. Ancak, Borçlar Kanununun 55. Maddesi, bedensel zararlarla zararın tespitinde Borçlar Kanununun sorumluluk ilkelerini esas aldığından, bu düzenlemenin doğal sonucu olarak sorumluluk nedenlerinin belirlenmesinde kanunun haksız fiile ilişkin hükümlerinin uygulanması gerekecek ve idari eylem sayılan durumlar çok daralacaktır. Bu da, idarenin birçok durumda sorumlu tutulamaması anlamına gelecektir.

3- İdari Kusurun Tespitinin Borçlar Kanununa Göre Yapılmasının Sakıncaları

Bedensel zararlar, Borçlar Kanununda "Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri" başlıklı ayırımda düzenlenmektedir(m. 49 ila 76). Bu ayırımın ilk maddesinde(m.49); "Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür" denilmektedir. O halde, önce kusurun tespiti gerekir. Borçlar Kanununa göre kusur, kast veya ihmalle oluşabilir. İhmal, nispeten daha objektif bir nitelik taşısa da, kast tamamen sübjektif bir nitelik taşır. İdarenin, işleyişi yasalarla düzenlenmiş bir tüzel kişilik olarak kastının tespiti, dolayısıyla kusurunu kasta dayandırılması pek çok olayda neredeyse imkansıza yakın derecede zor olacaktır.

İdarenin ihmale dayalı kusurunun tespiti de, çoğu kez yine geniş bir idare hukuku bilgisi gerektirecektir: İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu faaliyetler, ya kolluk, ya da kamu hizmeti faaliyetleridir. Kamu hizmeti faaliyetleri ise, idare hukukunda kabul edilmiş kamu hizmeti ilkeleri(süreklilik, düzenlilik, eşitlik ilkeleri) dikkate alınarak, mevzuat hükümleri çerçevesinde ifa edilecektir. Yasalar, bu hizmetlerin yürütülmesinde çoğu kez idarelere takdir yetkileri tanımaktadır. Bu takdir yetkileri de, kamu yararı amacı güdülerek, eşitlik ilkesi çerçevesinde ve takdir yetkisini veren yasanın ngrdğu sınırlar içerisinde kalınarak kullanılacaktır.

İdarenin kolluk faaliyetleri ise, kolluk denildiğinde ilk akla gelen polis ve jandarmayla yürütölen kamu düzeninin sağlanmasına yönelik kolluk faaliyetlerinden ibaret değildir. İdare, doğrudan yürütmediği birçok hizmeti, tek yanlı işlemlerle verdiği izinlere dayalı olarak özel teşebbüse bırakır ki, bu faaliyetlerin yasalara uygun şekilde yürütölmesinden kaynaklanan denetim yetkilerine karşılık, bu tür denetim yetkilerinin gereği gibi kullanılmamasından kaynaklanan sorumlulukları da vardır. Örneğin, özel sağlık kuruluşlarının denetlenmesi, maden ocaklarının iş güvenliği ölçütlerine uygun çalıştırılmasının denetlenmesi gibi idarenin pekçok denetim yetkisi söz konusudur. İdarenin bu denetim yetkisinden kaynaklanan görevlerini kasten veya ihmâl suretiyle yerine getirmemesinden kaynaklanan kusuru da, aynı şekilde bir hizmet kusuru teşkil eder ve idarenin sorumluluğuna yol açar.

Bütün bu durumlarda, idarenin kasıt veya ihmali bir davranışının olup olmadığının tespiti, kolay olmayacaktır. Bir defa, az önce de ifade edildiği üzere idarenin kasıtlı kusurunun tespiti, imkansıza yakın derecede zordur. Çünkü kamu görevlileri, en azından tabii oldukları iç ve dış denetim sistemleri nedeniyle, kasıtlı bir davranış görüntüsünün ortaya çıkmasına kolay kolay imkan veremezler.

İdarenin ihmalden kaynaklanan kusurunun tespiti ise; sadece mevzuatın araştırılmasıyla tespit edilebilecek kadar basit bir olay değildir: Kamu hizmetinin dayandığı ilkeler, mevzuatın verdiği takdir yetkisinin kullanılmasının sınırlarının tespiti ve özellikle kamu yararı amacının gözetilmesi gibi hususlar bu bağlamda büyük önem taşıyacaktır.

Göröldüğü üzere, idarenin kasıt veya ihmali davranışlarıyla sorumluluğunun tespiti, herbir olayda çok yoğun ve teknik bir çalışmayı gerektirecek, çoğu kere de bütün bu çalışmalara rağmen bir sonuç elde edilemeyecektir.

Yukarıda izah edildiği üzere; Tüm bu zorluklar nedeniyle idare hukukunda, özel hukuktakinden oldukça farklı, nesnel nitelikli bir kusur sorumluluğu geliştirilmiştir. Buna göre, idarenin kusuru araştırılırken kasıt veya ihmâl gibi sübjektif

konuların araştırılmasına girişilmeyecek, sadece ortaya çıkan zararın idarenin kuruluş veya işleyişinden kaynaklanan bir aksaklıktan doğmuş olması yeterli görülecektir. Eğer varsa hizmeti gören personelin sübjektif kusurları, daha sonra açılacak rücu davasına konu edilebilecek, yani idare ile personeli arasındaki bir iç ilişki olarak kalacaktır. İşte idare hukukunda kabul edilen ve bu şekilde nesnel bir içeriğe sahip bulunan kusura, *hizmet kusuru* denilmektedir. Böylece, idarenin kusurlu sorumluluğu, hizmet kusuruna dayanmış olacaktır.

Bunu basit bir örnekle açıklayalım:

Bir devlet hastanesi acil servisinde, üç doktor ve on yardımcı sağlık personeli(hemşire, hastabakıcı vs.) nöbete kalmaktadır. Bir gece, acile gelen hastalardan apandisitli bir hasta, muayene sırası beklerken hastanede apandisiti patlamış ve iltihabın kana karışması nedeniyle kurtarılamayarak vefat etmiştir. Kamera kayıtlarına göre, bütün doktorlar ve bütün hemşireler, nöbetleri boyunca hummalı bir şekilde çalışmaktadırlar. Yani çalışanlardan hiç kimsenin ne bir ihmali, ne de bir kastı söz konusu değildir. Üstelik hastanın muayene sırası beklemesi de yarım saatten daha azdır, yani çok uzun sürmemiştir. Ayrıca, hastanenin fiziki kapasitesi de acil servis hizmeti bakımından bir anda üçten fazla hastanın tedaviye alınmasına, film ve tetkiklerinin yapılmasına uygun görünmemektedir.

Bu olayda, idare yine de meydana gelen ölüm olayından hizmet kusuru nedeniyle sorumlu tutulabilecektir. Çünkü idarenin gerek fiziki kapasite gerekse personel sayısı bakımından hizmeti iyi kuramadığı, acile gelen ortalama hasta sayısına göre yeterli doktor ve yardımcı sağlık personelinin acil serviste görevlendirmedeği söylenebilecektir. Bu, hizmetin kuruluşundan kaynaklanan bir aksaklık olarak kabul edilebilecek idarenin sorumluluğuna yol açacaktır.

Ya da, acil hastalar arasında da bir sıralama yapıp, en riskli hastaların öncelikli olarak tedaviye alınması şeklinde bir işleyiş oluşturulmadığı söylenebilecektir. Bu ise, hizmetin işleyişinden kaynaklanan bir aksaklık anlamına gelecek ve idarenin sorumluluğuna yol açacaktır.

Görüldüğü üzere, böylesi bir olayda idarenin “hizmet kusuru” ilkesinden hareketle kusurlu sorumluluğu yoluna gidilebilecektir. Ancak, bütün elemanları canla – başla iş gören ve hem personel hem de fiziki kapasitesinin üstünde bir çabayla hizmet yürütmeye çalışan idarenin, sübjektif anlamda bir kusur ve ihmalden söz edilemeyeceği için, Borçlar Kanununa göre kusurlu sorumluluğundan söz edilebilmesi neredeyse imkansızdır.

Özetle; İdarenin bedensel zararlara ilişkin sorumluluğunun Borçlar Kanununa göre belirlenmesi halinde, idarenin kusur sorumluluğu, idare hukukundaki hizmet kusuru yaklaşımına göre çok daraltılmış olacaktır. Diğer bir ifadeyle, idare hukukunda geliştirilen ve idarenin kuruluş veya işleyişindeki bir aksaklık anlamındaki objektif nitelikli hizmet kusuru yaklaşımı yerine, Borçlar Kanunundaki kasıt ve ihmâl gibi sübjektif unsurlardan oluşan kusur kavramının kabul edilmesi, idarenin kusura dayalı sorumluluğunda oldukça ciddi bir daralmaya neden olacaktır. Bu da, yurttaşların idarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan bedensel zararlarının birçok durumda tazmin edilememesine yol açabilecektir.

4- Zararın ve Kusurun İspatı Konusu(m.50)

Kanunun 50. Maddesine göre; haksız fiilden doğan borçlarda, “zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır”.

Bu, kusura dayalı sorumlulukta, zararın ispatına ilişkin bir usul hükmüdür; zararı, zarar gören ispatlayacaktır. Bu düzenlemenin konumuz bakımından önemi şurada: İdari işlem ve eylemlerden doğan zararlara ilişkin uyuşmazlıklarda, bu kanun(Borçlar Kanunu) uygulanacağına ve zararı ispat yükü de münhasıran kanunla zarar görene bırakıldığına göre, idari yargıç, bedensel zararın tazminine ilişkin bir davayı görürken, idari yargılamanın en temel ilkesi olan resen araştırma ilkesine dayanamayacak ve en azından idare de bu davalar bakımından İYUK 20. Maddede düzenlendiği üzere bütünüyle işlem dosyasını mahkemeye göndermek zorunda olmadığını

öne sürebilecektir. Çünkü ispat yükü davacıdadır. Hakim, gerekli gördüğü başka yerlerden de kolayca belge toplayamayacak, ilgili başka kurumlardan resen talepte bulunamayacaktır. En azından idari yargı yerinin hakiminin bu husustaki yetkileri tartışmalı hale gelecektir. Bu da, idare aleyhine açılan davaların zarar görenler lehine sonuçlanmasını güçleştirecektir. Çünkü, davalısı idare olan davalarda, genellikle bütün belgeler idarenin elindedir ve idare karşısında davacıların durumunun dengelenmesi (silahların eşitliğinin sağlanması) için, idari yargılama usulünde resen araştırma ilkesi ve işlem dosyasının cevap dilekçesiyle birlikte mahkemeye gönderilmesi kuralı gibi hususlar kabul edilmiştir. İdarenin işlem ve eylemlerinden bedensel zarar görenlerin elinden bu imkanların alınması, onları idare karşısında çok güçsüz duruma getirecektir. Bu sonucun arzu edilebilir bir sonuç olmadığı ve kamu yararı ile çeliştiği açıktır. Bahse konu 55. Maddenin 2. Fıkrasındaki yollama, bütün bu tartışmalara yol açabilme potansiyelini barındırmaktadır.

Haksız fiil sorumluluğundan kaynaklanan borçlara ilişkin ayırmda yer alan bahse konu 51. Maddenin devamında; “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” denilmektedir. Ancak, bedensel zararın belirlenmesine ilişkin 55. Maddenin ilk fıkrasının son cümlesinde, “Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılmaz” denilmek suretiyle, zararın belirlenmesinde “hakkaniyet” ilkesinin uygulanması yasaklanmaktadır. Bu, özellikle müterafik kusurda çok haksız ve hakkaniyete uygun olmayan sonuçlara yol açabilecektir.

Nitekim, kanunun 52. Maddesinde de müterafik kusur nedeniyle zarar miktarında indirime gidilmesi düzenlenmektedir: “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir”.

“Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir”. İdarenin kişiler karşısında yoksulluğa düşmesi söz konusu olamayacağına göre, bu son fıkranın idari davalarda uygulanması zaten mümkün olamayacaktır.

O halde, 55. Maddedeki bahse konu “hakkaniyet” yasağı nedeniyle, bedensel zararlara ilişkin davalarda, zarar belirlenirken hakim ne 51. Maddeye göre hakkaniyet ilkesinden hareketle zararı belirleyebilecek, ne de 52. Maddeye göre hakkaniyet ilkesinin gerektirmesi halinde(müterafik kusurun varlığı dahil) tazminat miktarında herhangi bir indirim gidemeyecektir.

Peki,55. Maddeye göre bedensel zarar nedeniyle tazminat miktarı nasıl belirlenecektir?

Geriye, sadece bilirkişilerin yapacağı hesaplar kalmaktadır. Bu tür davalarda hakim, elbette başka bir bilirkişi raporu alabilir ya da bilirkişiden ek rapor isteyebilir, ama hükme esas aldığı bilirkişi raporunda tespit edilen miktar üzerinde en küçük bir artırma veya azaltma yapamaz.

Müterafik kusurun bu tür davalarda hiç mi etkisi olmayacaktır?

Eğer, tamamen hukuksal bir değerlendirme gerektiren müterafik kusur olup olmadığını ve kusur oranını belirleme yetkisi de Bilirkişiye bırakılırsa, bu Bilirkişilik kurumunun niteliği ile çelişecektir. Müterafik kusur olduğu halde, yokmuş gibi hesaplama yapılması ise, hakkaniyet ilkesine aykırı olacaktır. Doğru çözüm, hakimın önce kusur oranını tespit edip, Bilirkişiye görevi bu çerçevede vermesi olabilir.

Bu maddenin belki de yararlı olabilecek kısmı, “Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez” şeklindeki kısmı olabilir. Bu cümle, “İndirilmesi” başlıklı 52. Maddeye “bedensel zararlara” ilişkin ayrı bir fıkra olarak eklenebilir.

Bu düzenleme(BK, m.55), hakimlik mesleğini otomatik işleyen bir mekanizmaya yaklaştırmaktadır. Hakkaniyete göre karar verme yetkisinin alınmasının, hakimlerin Anayasa ve kanunlara uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar vereceklerini düzenleyen Anayasanın 138. Maddesiyle de bir bakıma sorunlu olduğu deęerlendirilebilir²⁸.

Özetle, kanunun 55. Maddesi hukuk bilimi ve genel hukuk ilkeleri bakımından sorunlu, iğreti duran bir maddedir. Kanundan bu madde tamamen çıkartılsa, Borçlar Kanununda herhangi bir azalma ve hukuk sisteminde bir aksama meydana gelmeyeceği, tam tersine, maddenin yol açtığı hukuksal sorunların çözüleceği düşünölmektedir.

5- Bedensel Zararlara ilişkin 55. Maddedeki Düzenlemenin Kusursuz Sorumluluk Açısından Değerlendirilmesi

Kanunun 55. Maddesinde (2. fıkrada), bu kanun (Borçlar Kanunu) hükümlerinin idarenin sorumlu olduğu bedensel zararlara ilişkin uyuşmazlıklarda da uygulanacağı düzenlenmektedir.

Hatta kanun bu fıkrada nedense “bedensel zarar” değil, “vücut bütönlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümine bağlı zararlar” dan söz etmektedir. Aynı madde içerisinde, ilk fıkrada “bedensel zarar” terimi kullanılırken, ikinci fıkrada “*vücut bütönlüğünün* kısmen veya tamamen yitilmesi ya da kişinin ölümlü” terimlerinin kullanılması, Hükümet Tasarısı ve Adalet Komisyonu görüşünde yer almayan bu maddenin ve özellikle de 2. Fıkranın, yasanın mecliste görüşölmesi sırasında aceleyle hazırlandığının bir göstergesi olduğu değerlendirilmektedir. Hem terim farklılığı, hem de “vücut bütönlüğünün tamamen yitilmesi” nden söz edilmişken, devamında “ya da kişinin ölümlü” denmesi de çok anlamsız olmaktadır. Vücut bütönlüğünü tamamen yitiren kişinin zaten ölmüş olacağı açıktır.

²⁸ Anayasanın “Mahkemelerin bağımsızlığı” başlıklı 138. Maddesinin 1. Fıkrası: “Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler”.

Madem ki, “bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre”(m.55/1) hesaplanacaktır ve madem idarenin sorumlu olduğu uyuşmazlıklarda da bu kanun uygulanacaktır; öyleyse, idarenin kusurlu sorumluluğunda olduğu gibi, kusursuz sorumluluğu da yine bu kanuna göre çözümlenecektir.

Bilindiği üzere, idare hukukunda, idarenin kusurlu sorumluluğu objektif nitelikli(kast ya da ihmal gibi sübjektif unsurlara bağlı olmayan) bir içeriği olan “hizmet kusuruna” dayanmaktadır. İdarenin kusursuz sorumluluğuna ilişkin olarak da; hakkaniyet ilkesinden hareketle geliştirilen bazı sorumluluk ilkeleri mevcuttur ve idari yargı yerleri bu ilkelere hareketle davaları görmektedirler.

İdare hukukunda uygulanan başlıca kusursuz sorumluluk ilkeleri(nedenleri); Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi(fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi) ve risk(tehlike) ilkesidir. Yalnız, risk ilkesinin bir diğer çeşidi, sosyal risk ilkesidir. Bu son ilkenin(sosyal risk ilkesinin), ister kusurlu sorumluluk, isterse kusursuz sorumluluk olsun diğer sorumluluk nedenlerinden temel farkı, idari bir davranış ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağının aranmamasıdır.

Bedensel zararlarda sorumluluk için 55. Madde uygulandığında, öncelikle idarenin sosyal risk ilkesine göre sorumlu tutulabilmesi çoğu durumlarda mümkün olamayacaktır.

Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi ve risk ilkelerinin uygulanacağı bazı durumlarda da, özel hukukta geçerli kimi kusursuz sorumluluk ilkelerine göre idarenin sorumluluğu yoluna gidilebilmesi mümkün olabilirse de, bu uygulamaların idare hukukunda geliştirilmiş sorumluluk ilkelerine göre çok daha dar kapsamlı kalacağı görülmektedir.

Borçlar Kanununda düzenlenen kusursuz sorumluluk ilkelerinden(m.65-71); Adam çalıştırmanın sorumluluğu(m. 66), yapı malikinin sorumluluğu(m. 69, 70), Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme(m.70) sorumlulukları yoluyla, kısmen idarenin bu konulara ilişkin sorumluluğu sağlanabilir. Ancak, özellikle sosyal risk ilkesi ile önemli oranda da fedakarlığın denkleştiril-

mesi ilkesinden kaynaklanan kusursuz sorumluluk halleri bu düzenlemelerle karşılanamaz.

Burada düzenlenen bazı kusursuz sorumluluk nedenlerinin, esasen idari yargıda idarenin kusura (hizmet kusuru) dayalı sorumluluğuna ilişkin bazı durumlara karşılık geldiği görülmektedir.

Şimdi, bu sorumluluk hallerine kısaca bir göz atalım:

a- Adam Çalıştırmanın Sorumluluğuna ve idareye uygulanabilirliği(m.66)²⁹:

“Adam çalıştırma, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür”.

“Adam çalıştırma, çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz”.

“Bir işletmede adam çalıştırma, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür”.

“Adam çalıştırma, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir”

Adam çalıştırmanın, çalışanın, “kendisine verilen işin yapılması sırasında” başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlü olduğu belirtilmektedir. Bu düzenleme, idare bakımından Anayasa 129. Maddedeki “ Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat

²⁹ Maddede tercih edilen “adam çalıştırma” terimi de isabetli değildir ve cinsiyet içermektedir. Türkçede günlük dilde yerleşmiş “iş adamı” terimi yerine bile, cinsiyet içermeyen “iş insanı” terimini kullanılmaya gayret edilmekte, özen gösterilmektedir. Nitekim mülga Borçlar Kanununda bu kavramın yerine kullanılan “istihdam edenin sorumluluğuna” kavramı(mülga 818 sayılı kanun, m.55), herhangi bir cinsiyetçi ifade içermemektedir. Yeni kanunda kullanılan “Adam Çalıştırma” terimi bu bakımdan da isabetli olmamıştır.

davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği Şekil ve Şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir” düzenlemesine benzemektedir.

Ama, arada ciddi farklar da mevcuttur:

Bir defa, idare, kamu görevlisinin verdiği zarardan, zarar görene karşı sorumludur; ama kusurlu personele rücu etmek Şartıyla bu zararı giderecektir. İdarenin bu “zarar görene karşı” olan sorumluluğu mutlaktır. Oysa Borçlar kanununda, adam çalıştıranın çalışanın fiilinden dolayı sorumluluğu mutlak değildir:

“Adam çalıştıran, çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, **sorumlu olmaz**” (m.66, 2. fıkra).

Görüldüğü üzere, kanun adam çalıştıranı sorumluluktan kurtulma imkanı getirmektedir. Öyleyse, idarenin sorumluluğuna da Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaksa, idarenin de bu kurtuluş imkanından yararlanması mümkün olmalıdır. Oysa bu sonuç, Anayasanın 129. Maddesindeki emredici düzenleme ile açıkça çelişmektedir.

Aynı Şekilde, bir işletmede adam çalıştıranın da, aynı Şekilde bazı Şartlarda çalışanın verdiği zararda bir katkısının olmadığını ispat etmesine imkan tanınmaktadır. Bu fıkraya göre de idarenin çalışanın sebep olduğu zarardan, zarar görene karşı sorumlu tutulamaması imkanı doğmaktadır ki, bu dahi Anayasa 129. Maddeye aykırı bir sonucu temsil eder.

Öte yandan, idare hukukunda, idarenin elemanı olan memurlar ve diğer kamu görevlilerinin eylemlerinden, idarenin zarar görene karşı sorumluluğu Borçlar Kanunundaki düzenlemeden(m.66) bu sayılanlarla sınırlı olmaksızın çok daha geniştir: Memur ve diğer kamu görevlisinin fiili; görev, yer ve zamanı dışında işlense ve hatta bu fiil suç niteliği taşısa bile, göreve ilişkin kamusal imkanlar kullanılarak gerçekleştirilmeleri halinde bu fiillerden de yine idarenin sorumlu olduğu artık idari yargı içtihatlarında da öğretide de kabul edilmektedir.

İdare hukukunda, kişisel kusur- hizmet kusuru ayırımında oldukça geniş bir literatür oluşmuş bulunmaktadır. İdarenin davalı gösterilme sorumluluğu, kişisel kusurun görevle ilişkili olması (görev kusuru) olması haliyle sınırlıdır. Salt kişisel kusurlu hallerde ise, doğal olarak idarenin bir sorumluluğu olmayacaktır. Ancak, salt kişisel kusur sayılan haller, görev kusuru lehine sürekli daralmaktadır.

Öte yandan, sorumluluğa ilişkin niteleme de farklıdır: Borçlar kanununda, işin doğası gereği adam çalıştırmanın sorumluluğu işveren açısından dolaylı bir sorumluluk olarak kusursuz sorumluluk halleri arasında sayılırken, İdare hukukunda kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kişilere verdiği zararlara ilişkin idarenin hukuki sorumluluğu Anayasadan(m.129) kaynaklı doğrudan bir sorumluluk olarak hizmet kusuru kapsamında yer almaktadır.

Özetle; Borçlar Kanunundaki adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin kusursuz sorumluluk adı altında yapılan düzenleme(m.66), idare hukukunda memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idarenin zarar görenlere karşı sorumlu olduğu her durumu karşılamamakta, hatta bazen adam çalıştırana sorumluluktan kurtulma imkanı da vermek suretiyle idarenin sorumluluğu açısından bu hususta Anayasa'nın 129. Maddesiyle çelişir bir sonuç doğurmaktadır. O halde, Anayasanın 129. Maddesi karşısında bahse konu maddenin idarenin sorumluluğuna ilişkin konularda uygulanması mümkün gözükmemektedir. Bu durumda, Borçlar Kanunu 55/2 de "bu madde hükmünün her türlü bedensel zararlardan kaynaklı idarenin sorumluluğuna ilişkin uyumsuzluklarda da uygulanacağına ilişkin yollama", hem Anayasaya açıkça aykırı sonuçlar doğurmaktadır, hem de yönetilenlerin aleyhinedir.

b- Yapı malikinin sorumluluğu(m70):

Maddenin ilk fıkrasına göre; "Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür".

İdarenin mallarından meydana gelen zararlar da, idare hukukunda "idari eylem" kavramı içerisinde değerlendirilmektedir. Bu durumda, idarenin bir yapısından kaynaklanan zarar, idari eylem sayılacak ve hizmet kusuru esaslarına göre idarenin kusurlu sorumluluğuna yol açacaktır. Özetle, idare hukukunun bu bağlamda sağladığı koruma, Borçlar Kanununun bu maddesiyle sağlanan korumadan daha geniş ve kolay işler bir usul içermektedir.

Yine, burada da sorumluluğa ilişkin niteleme de farklıdır: Borçlar kanununda, iŐin doğası gereği yapı malikinin sorumluluğu işveren açısından dolaylı bir sorumluluk olarak kusursuz sorumluluk halleri arasında sayılırken, İdare hukukunda idarenin mallarından doğan zararlar idari eylem olarak nitelenmektedir ve idari eylemden kaynaklı bir sorumluluk olarak hizmet kusuru kapsamında yer almaktadır.

c- Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme(m.71)

"nemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur".

"Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da gler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıklık veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu ngrlmŐse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır".

"Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır".

"nemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler".

Grldğ zere, Borçlar Kanunu tehlike sorumluluğunda

“önemli ölçüde tehlike arz eden işletme” kavramını esas almış ve “benzeri tehlikeli işletmeler” ölçütünü getirmiştir. Kanun, doğal olarak kar amacı güden özel sektör işletmelerini düzenleme alanı olarak seçmiőtir.

Bu kusursuz sorumluluk halinin idare hukukundaki tehlike arz eden işlere uygulanmasında zorluklarla karşılaşılması kaçınılmazdır: Bir defa, kanunda söz edilen ve bir ölçüt olarak belirlenen “benzeri işletmeler” kavramı, idarenin sadece KİT nitelikli işletmelerinde uygulanmaya elverişlidir. O tür işletmelerin faaliyetleri de ilgili mevzuata göre özel hukuka tabi olduğundan, zaten KİT(Kamu İktisadi Teőebbüsleri) işletmeleri niteliğindeki işyerleri bakımından ortada bir sorun da bulunmamaktadır. Kaldı ki, son otuz yıldır süren özelleőtirme politikaları nedeniyle idarenin iktisadi nitelikli teőebbüsleri de sona ermektedir.

İdarenin tehlike(risk) sorumluluğuna konu asıl alan, idarenin kamuya yönelik kamu hizmeti nitelikli faaliyetleri ve kolluk faaliyetlerine ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. İdarenin bu tür faaliyetlerinin ise, “benzeri işletme” ölçütüne göre tehlike sorumluluğunu belirleme imkanı çoğu kez (sağlık tesisleri dışında) mevcut değildir. Esasen buna gerek de yoktur. Çünkü, idarenin tehlike arz eden faaliyetleri tipiktir ve onların tehlikeli faaliyetler olduğuy yerleşik yargı içtihatlarıyla netleőtirilmieőtir.

Örneğin; askeri faaliyetler ve terör eylemlerine yönelik kolluk faaliyetleri, bünyesinde tehlike barındıran faaliyetlerdir. İdarenin bu amaçlar için kullandığı araçlar(savaş uçakları, helikopterleri vs.) ve malzemeler(cephaneler, mayınlar) de aynı şekilde tehlike arz ederler. Sınır güvenliği için bir yöntem olarak baővurulan belli bir bölgenin mayınlanması da, aynı şekilde tehlikeli bir faaliyettir. Bütün bu gibi tehlikeli faaliyetler sonucunda idare, bütün önlemleri alsa bile, ortaya çıkan zarardan yine de sorumlu olacaktır. Bu konuda idari yargının yerleşmiş uygulamaları ve idare hukukunun idarenin sorumluluğuna ilişkin teorisinde herhangi bir duraksama bulunmamaktadır.

Ancak yine de, Borçlar Kanununda düzenlenen kusursuz sorumluluk hallerinden belki sadece tehlike sorumluluğuna ilişkin olanının, idarenin tehlikeli işlerinden doğan sorumlu-

luğuna az da olsa kısmen uygulanabilir nitelikte olduğu söylenebilir. Her ne kadar, maddenin(m.71) ikinci paragrafında yer alan “benzeri tehlikeler arz eden işletmeler” ölçütü, idare hukuku alanında idarenin tehlike arz eden faaliyetleri bakımından çoğunlukla bir anlam taşımasa da, maddenin ilk fıkrasındaki düzenleme zaten tehlike sorumluluğunu genel geçer bir ifadeyle ele almaktadır ve “Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğması” tehlike sorumluluğunun varlığı için yeterli görülmektedir. Her ne kadar, idarenin yürüttüğü tehlikeli faaliyetler, kanunun kast ettiği anlamda teknik bakımdan bir “iktisadi işletme” niteliği taşımasa da, tehlikeli bir faaliyetin varlığı söz konusu olduğuna göre, kıyasen uygulama elbette mümkündür.

Görüldüğü üzere, kanundaki bu düzenleme, idare hukuku alanına tehlike sorumluluğu bakımından yeni bir unsur getirmemekte, sadece düzenlemede iktisadi işletme mantığı esas alınmış bulunmaktadır. Bu bakış açısı idare hukuku alanına yabancıdır. Çünkü idare, hizmetlerini bir işletme(karlılık, kar maksimizasyonu) mantığı ve yapısı içerisinde sunmaz. İdare hukukunda hizmetten yararlananlar da müşteri değildir. İdarenin sunduğu hizmetlere kamu hizmeti denilmektedir. O hizmetin sunulmasında dayanan ilkeler(süreklilik, düzenlilik, eşitlik) idari yargı yerlerince geliştirilmiştir.

Özetle; İdarenin kusursuz sorumluluk hallerinden tehlike sorumluluğunun 55. Maddedeki tamamen özel hukuktaki sorumluluk ilkelerini esas alan düzenlemeyle yapılan yollamaya rağmen, uygulanabilmesi bakımından kıyas yönteminin yardımı sayesinde kısmen bir başarı elde edilebileceği değerlendirilmekle beraber; idare hukuku alanında yerleşmiş ve kökleşmiş tehlike sorumluluğu anlayışı yerine tamamen kar amacı güden iktisadi işletmeler için geliştirilmiş Borçlar hukukundaki söz konusu düzenlemenin ikame edilmesi, işin doğasına aykırı, zorlama bir durumdur ve bu uygulamada herhangi bir kamu yararı da görülmemektedir. Üstelik, birçok durumda bu ilkenin uygulanamayacağı olaylarla karşılaşılması, sonucunda da zarara uğrayan kişilerin zararlarının tazmin edilememesi ihtimali ciddi şekilde ortada durmaktadır.

IV- Bedensel zararların Tazmininde İdarenin İmar Hukukundan Kaynaklanan Sorumluluğu:

1- Genel Olarak

Borçlar Kanununun 55. Maddesi(2. fıkrası) ile getirilen düzenlemede, idarenin akit dışı sorumluluğunda Bedensel Zararlara ilişkin sorumluluğunun tespitinin de, Borçlar Kanunu hükümlerine göre yapılması düzenlenmektedir. Yukarıda yapılan izahlardan anlaşılacağı üzere; Borçlar Kanununda düzenlenen kusurlu ve kusursuz sorumluluk hallerinin, idare hukukunda Yargı İctihatları ile geliştirilen idarenin kusurlu ve kusursuz sorumluluğuna ilişkin durumları karşılaması mümkün bulunmamaktadır. Özellikle, idare hukukunda kusursuz sorumluluğa ilişkin olarak geliştirilen “sosyal risk” ilkesinin Borçlar Kanununda hemen hiçbir karşılığı bulunmamaktadır. Yine, idare hukukunda geliştirilen kusurlu sorumluluğa ilişkin “hizmet kusuru” müessesesi ile Borçlar Kanunundaki kusur sorumluluğu(kasıt ve ihmâl) halleri, içerik itibarıyla tamamen farklıdır ve İdare Hukukunda uygulanan “Hizmet Kusuru” kavramı çok daha geniş, objektif bir sorumluluk anlayışı içermektedir. Hatta yukarıda da izah edildiği üzere, denebilir ki; Borçlar Kanununda kusursuz sorumluluk sebebi olarak düzenlenen çoğu durum(örneğin; adam çalıştırmanın sorumluluğu, yapı malikinin sorumluluğu gibi), idare hukukunda çok daha geniş şekilde daha kusur sorumluluğu(hizmet kusuru) içerisinde bir sorumluluk sebebi olarak kabul edilmekte; buna karşılık idare hukukunda geliştirilen kusursuz sorumluluk hallerinin çoğu kez Borçlar Kanununda bir karşılığı bulunmamaktadır. Ortaya çıkan bu sonuç, her iki hukuk dalının amacının ve gereklerinin birbirinden tamamen farklı olmasından kaynaklanan doğal bir sonuçtur.

Bu durumda, idarenin sorumluluğu, bedensel zararlara ilişkin kısmı bakımından bile olsa Borçlar Kanunu hükümlerine tabi tutulduğunda, çok daralacak, birçok durumda idare sorumlu tutulamayacak ve elbette bu sonuçtan bedensel zarar gören kişiler zarar göreceklerdir. Bu nedenle, yapılan düzenlemenin (Borçlar Kanunu, m.55/2) oldukça isabetsiz ve kamu yararına uygun olmayan bir düzenleme olduğu açıktır.

İdarenin doğrudan bir etkinliğinin sonucu olarak sorumluluğuna yol açabilecek bedensel zararların ortaya çıktığı faaliyetler, daha çok askeri etkinlikler, kolluk faaliyetleri ve sağlık hizmetleri gibi faaliyetlerdir. Bunların çoğu da kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulandığı alanlardır. Ancak, birçok alanda idare hizmeti kendisi doğrudan yürütmemekte, alanı düzenleyip denetimini yapmaktadır. İŞte bu tür durumlarda da idarenin denetim görevini aksatması nedeniyle hizmet kusurunun oluŐtuđu kabul edilmekte ve idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu ortaya çıkabilmektedir.

İdarenin kusursuz sorumluluğuna yol açan hallerden özellikle sosyal risk ilkesinden kaynaklan sorumluluğunun Borçlar Kanununda esasen bir karşılığı bulunmamaktadır. İdarenin denetim görevini yerine getirmemesinden kaynaklanan sorumluluğu, hizmet kusuruna dayalı bir sorumluluktur ve bu hallerde Borçlar Kanununda düzenlenen ne kusurlu sorumluluk hatta ne de kusursuz sorumluluk nedenlerine dayalı olarak idarenin sorumluluğu yoluna gidilebilmesi neredeyse hiçbir zaman mümkün olamayacaktır.

Öte yandan, İdarenin kusursuz sorumluluk hallerinden risk ilkesinden kaynaklanan sorumluluğunun, Borçlar Kanununda düzenlenen “işletmelerin risk sorumluluğuna” ilişkin düzenlemenin kıyas yoluyla uygulanması halinde belki oldukça sınırlı bir oranda karşılanabileceği söylenebilir. Ama, idarenin kusursuz sorumluluk nedenlerinden sosyal risk ilkesinin hiçbir karşılığı, fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesinin de somut bir karşılığı Borçlar Kanununda düzenlenen kusursuz sorumluluk halleri arasında yer almamaktadır.

Yine Borçlar Kanununda kusursuz sorumluluk nedenleri arasında düzenlenen “adam çalıştırmanın sorumluluğu”, sınırlı bir şekilde ve ikincil nitelikte olmak üzere düzenlenmiş ve çalıştırmanın sorumluluktan kurtulacağı hallere de iki ayrı fıkrada ayrıca yer verilmiştir. Oysa, idarenin kendi memurlarının yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan zarar görenler karşısındaki sorumluluğu doğrudan ve mutlaktır(Anayasa, m.129); öyle ki, memurların konusu suç teşkil eden eylemlerinden bile (bu eylemlerin kamu görevinin sağladığı kolaylık ve imkanlarla işlenmesi halinde) idarenin sorumlu olacağı da

son dönemlerde içtihatlarla kabul edilmek suretiyle idarenin bu alandaki sorumluluğu sürekli geliştirilmektedir. Borçlar Kanunundaki adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin düzenleme(Borçlar Kanunu, m.55/2), idarenin bedensel zararlardan sorumluluğunun Borçlar kanununa tabi tutan içeriğiyile, Anayasanın 129. Maddesi ile de sorunlu bir düzenlemedir.

İdarenin sorumluluğuna ilişkin idari yargı uygulamaları, çoğu alanda Borçlar Kanununun sorumluluk ilkeleriyle hiçbir zaman ulaşılamayacak düzeylere erişmiştir. Bunda da şaşılacak bir yan yoktur: Çünkü, borçlar kanunu eşit kişiler arasındaki ilişkilerden doğan sorumlulukları düzenleme amacı güderken, idare hukuku, kamu hizmetlerini kamu yararına yürütmek, kamu düzenini sağlamak gibi görevleri nedeniyle kendisine yasalarla verilen üstün yetkileri(tek yanlı ve icrai karar alabilme, hatta bazen resen icraya ilişkin yetkileri) kullanabilen idare ile buna muhatap olan kişiler arasındaki sorumluluk ilişkilerini düzenlemektedir. Bu nedenlerle, idare hukukunda sorumluluk ilkeleri idarenin bu nitelikleri dikkate alınarak geliştirilmiştir. İdarenin sorumluluğunun belirlenmesinde kullanılan ilkeler, idare hukukunun içeriğine ve amacına uygundur.

Konumuzu, çarpıcı olması ve idare hukukunda sorumluluk uygulamalarının ulaştığı düzeyi göstermesi bakımından bazı örneklerle tamamlayalım. Bu örnekler, özellikle çarpıcı olması bakımından depremden idarenin sorumlu olmasına ilişkin yargı kararlarından seçilmiştir. Bilindiği üzere, deprem, hukukta objektif imkansızlık hallerine örnek verilen, zaruret hali (mücbir sebep)sayılarak illiyet bağını kesmek suretiyle sorumluluğu her halde ortadan kaldıran sebeplerin başında sayılmaktadır. Ama, deprem dahi idare hukukunda her zaman idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran bir sebep olarak görülmemekte, tam tersine bazı hallerde idarenin kusurlu sorumluluğunun ortaya çıkmasında bir etken olarak değerlendirilmektedir.

2- Karar Örnekleri

Son on yıllarda ülkemizde yaşanılan büyük depremler, idari yargı kararlarında idarenin deprem dolayısıyla sorumluluğunun tamamen ortadan kalkmasının söz konusu olup olamayaca-

cağı hususlarının tartışılmasına sahne olmuştur. Deprem, çoğı durumda, değı idarenin sorumluluğunu kaldırmak, idarenin sorumluluğunun ortaya çıkmasında adeta bir “turnusol kağıdı” gibi işlev görmüş, hizmet kusurunun köklerinin araştırılmasına ayırıştırılmasında yol açmıştır. Artık klasik depremden kaynaklı mücbir sebep öğretisi idare hukuku bakımından ciddi bir dönüşüm geçirmiştir. Buna ilişkin birçok uyuşmazlıklar yargıya intikal etmiş, idare hukuku alanında çalışan bazı akademisyenler “idarenin depremden doğan sorumluluğunu” konu alan makaleler yayımlamışlardır³⁰. Aslında, daha doğru bir nitelendirme “idarenin depremden doğan sorumluluğı” değı, “idarenin depremle ortaya çıkan sorumluluğı” olarak yapılabilir. Aşağıda, idarenin depremden doğan sorumluluğına(idarenin depremle ortaya çıkan sorumluluğına) ilişkin Danıştay kararlarından örnekler verilecektir.

a- DİDDK: Gerekli teknik yeterliğe sahip olmayan lojmanı almak “hizmet kusuru”dur (DİDDK: 17.01.1997, E. 95/752, K. 97/57).

Deprem Olayında idarenin sorumluluğı, genellikle onun imar hukukundan kaynaklanan planlama ve denetleme yetkilerini gereğı gibi kullanmamasından kaynaklanmaktadır. Yani, depremin açığa çıkardığı zararlarda ancak imar hukukuna ilişkin işleymden kaynaklanan bir kusur sorumluluğından söz edebilmekteyiz. Ama bir olayda, deprem bölgesi olan bir yerde, lojman olarak kullanılmak üzere alınan bir binanın sağlamlığına yeterince dikkat edilmemesi ve sonuçta binanın depremde yıkılması ile insanların can ve mal kaybına uğramalarına yol açılması da, idare hukuku açısından bir hizmet kusuru olarak görülmüş ve idarenin sorumluluğına karar verilmiştir³¹.

Bahse konu davada, 13.3.1992 tarihinde bir deprem meydana gelmiş, olayda diğerk binalarda neredeyse hiçbir zarar mey-

³⁰ Kutlu, Meltem, “Deprem ve İdarenin Sorumluluğı”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 32, Sayı 4, Aralık 1999, s. 15-27; Bucaktepe, Adil; Depremden Dolayı İdarenin Sorumluluğı; Dicle Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, s.26-29, Mayıs-Haziran 2012, s.93-122.

³¹ DİDDK: 17.01.1997, E. 95/752, K. 97/57,

dana gelemeyen, idarece 10 yıl evvel adliye lojmanı olarak satın alınan bina tamamen yıkılmıştır. Davacı, “zararın gerekli teknik yeterliğe sahip olmayan lojmanı almakla hizmet kusuru bulunan idarece tazmini gerektiği”ni öne sürerek, idari yargıda maddi ve manevi zararlarının tazmini istemli bir tam yargı davası açmış, yerel mahkeme(Sivas İdare mahkemesi) de, **zararın, gerekli teknik yeterliğe sahip olmayan lojmanı almakla hizmet kusuru bulunan idarece tazmini gerektiği gerekçeyle kabulüne karar vermiştir.**

Kararın temyiz edilmesi üzerine, bu karar; “zararın mücbir sebep sayılması gerektiği açık olan deprem sonucu meydana geldiği” gerekçesiyle bozulmuştur³².

İdare Mahkemesi, bozmaya uymayarak direnmiş; fakat bu kez deprem olayını “beklenmedik hal” olarak nitelendirip, bu nedenle kararını sadece idarenin kusursuz sorumluluğuna dayandırmıştır.

Bu kararın da temyiz edilmesi üzerine, bu kez temyiz incelemesini yapan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, sonucu itibariyle doğru bulduğu idare mahkemesi kararını, olayda idarenin “hizmet kusuru” bulunduğu gerekçesini ekleyerek (kusur yönünden gerekçe ikamesi yaparak) onamıştır. Onama kararının gerekçesi şöyledir:

“..bilirkişi kurulunca mahallinde yapılan inceleme sonucu düzenlenen teknik raporda, binanın tamamen yıkılarak ...zemin kata yığıldığı, bina kalıntılarında yapılan incelemede 1.derecede deprem bölgesi için gerek kolon kesiklerinin gerekse donatıların beton kalitesi ile birlikte yetersiz olduğu sonucuna ulaşıldığı, idare tarafından gönderilen işlem dosyasında ise lojmanın 14.6.1984 tarihinden özel bir şahıstan hiç bir teknik

³² D.10.D., 28.12.1994 tarih ve 1994/2060 E., 1994/6797 K. sayılı bozma kararı. Kararın gerekçesinde ; “zararın mücbir sebep sayılması gerektiği açık olan deprem sonucu meydana geldiği”, kusurdan uzak, önceden bilinmeyen, karşı konulamayan, idarenin faaliyetleri dışında meydana gelen gerçek bir olay olan mücbir sebebin, zararı idareye yüklenebilir olmaktan çıkaran, zararlı idari faaliyet arasındaki nedensellik bağını ortadan kaldıran etkenlerin başında geldiği, bu duruma göre ...idarenin tazmin sorumluluğundan söz etmeye olanak bulunmadığı, ... davacının uğradığı zararın mücbir sebepten ileri gelmiş bulunması karşısında; mahkeme kararında....idarenin hizmet kusurunun da bulunduğu yolundaki irdelemede de hukuki isabet görülmeyen” ifade edilmektedir.

inceleme yapılmadan satın alındığının anlaşılması karşısında, birinci derecede deprem bölgesi olan ... İlinde gerekli inceleme ve araştırma yapılmadan söz konusu binanın satın alınmasında davalı idarenin **hizmet kusurunun** bulunduğunun anlaşıldığı” belirtilmektedir

Görebildiğimiz kadarıyla, bu karar, depreme ilişkin olarak Danıştay’ın verdiği sonraki kararlarında bir düşünsel dönüşüme yol açmış, öncü rolü oynamıştır. Gerçekten de, hukuksal sorumluluklar bakımından en önemli ve tartışmasız bir mücbir sebep teşkil ettiği genel kabul gören deprem dolayısıyla, idarenin hizmet kusuruna dayalı bir sorumluluk görebilmenin çok önemli bir düşünsel değişim aşamasını temsil ettiği görülmektedir. Nitekim karara muhalif kalan üyelerin azlık oy gerekçelerinde, geleneksel “mücbir sebep” niteliğinin etkisi açıkça görülmektedir³³.

İncelediğimiz bu karar, davalı Bakanlık açısından elbette doğrudan imar hukukundan kaynaklı bir sorumluluk durumu ortaya koymamaktadır. Ama, mahkeme kararıyla hükmedilen tutarı ödeyen Bakanlığın, ilgili belediyeye imar görevinin ihmali nedeniyle rücu edebilmesi düşünülebilir.

İmar hukukundan kaynaklanan idari sorumluluk, kural olarak mal varlığı haklarına yönelik olur. Ancak, imar hukukundan kaynaklanan bedensel zararlara ilişkin idarenin akit dışı mali sorumluluğuna yol açan durumlar da söz konusu olabilmektedir. Bilindiği üzere, idarenin imar hukukundan kaynaklanan yetkileri, idarenin sahip olduğu kolluk yetkisinin görünüm şekillerinden biridir. Yine bilindiği üzere, temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren

³³ “İdari hizmetlerin yürütülmesi sırasında bireylerin uğradıkları özel nitelikteki zararların, idari faaliyet ile zarar arasında nedensellik bağının bulunması koşuluyla idarelerce tazmini, hukukun genel kurallarındandır. Ancak zararın mücbir sebeplerden ileri gelmesi, zararlı idari faaliyet arasında nedensellik bağının olmaması ya da idare hukukuna özgü tazmin nedenlerinin bulunmaması halinde idarenin tazmin sorumluluğu ortadan kalmaktadır”.

“Dava konusu olayda, doğal bir afet olan deprem sonucunda meydana gelen zararın mücbir sebep olarak nitelendirilmesi gerektiğinden, deprem nedeniyle davanın kalmakta olduğu lojmanın yıkılması sonucu meydana gelen zarar önceden bilinmeyen, idarenin faaliyetleri dışında, zararlı idari faaliyet arasındaki nedensellik bağını ortadan kaldıran deprem nedeni ile doğduğundan olayda idarenin tazmin sorumluluğundan söz etmeye olanak bulunmamaktadır”.

yetkiler, kolluk yetkileridir. İmar yetkisi, kamu düzeninin dirlik, esenlik ve sağlık unsurlarının gerçekleştirilmesine yönelik olan ve nitelik olarak mülkiyet hakkının sınırlanması Şeklinde ortaya çıkan bir yetkidir. Amacı, kamu düzeninin söz edilen unsurlarının sağlanabilmesidir. Bu amaçla, yerleşim yerlerinde mülkiyet hakkının bu amaçlara uygun olarak sınırlandırılması hususunda Başta İmar Kanunu olmak üzere yasayla idareye yetkiler tanınmaktadır. Bu yetkiler sayesinde idare, konut alanı, işyeri ve yeşil alan gibi arazi kullanım amaçlarını belirlemekte; yoğunluk, yükseklik gibi sınırlamalarla yaşanabilir bir düzen kurmaya çalışmakta, %40'a kadar olan bir oranda ortak giderler için değerlendirilmek üzere bedelsiz kamulaştırma (İmar Kanununun 18. Maddesine göre) yapabilmekte; ihtiyaç duyulması halinde bu miktarın üzerindeki arazi kısımlarını da Kamulaştırma Kanununa göre kamulaştırabilmektedir. Kanun, idareye öyle geniş düzenleme yetkileri vermektedir ki; imar uygulaması yaparken idare, adeta tapuları toplayıp havaya atmakta ve sonra onların %40'ı aşan kısımlarını bazen tamamen farklı yerlerden olsa da önceki tapu sahiplerine vermektedir.

Bu derece geniş yetkilere sahip kılınan idarenin, bütün bu yetkilerini sağlık, dirlik ve esenlik içerisinde yaşanabilecek bir yerleşim düzeni tesisi amacıyla kullanması gerekmektedir. Örneğin; fay hattının geçtiği bir bölgeyi yerleşime açmak, yeterince sağlam olmayan bir zemin üzerinde çok katlı yapılaşmaya imkan vermek, neredeyse bütünüyle önemli derecede deprem bölgesi olan ülkemizde yapılacak binaların fen kurallarına uygun Şekilde yapılmasını denetlememek, dere yataklarında yapılaşmaya izin vermek suretiyle sel sularının akamayarak kişilerin boğulmasına yol açmak Şeklinde kullanmaması gerekir. Aksi halde, kanunla sahip olduğu bunca büyük yetkiye rağmen, bu yetkileri kamu düzeninin sağlanması amacına kullanmadığı ortaya çıkar. Bu da, hizmetin kuruluş veya işleyişindeki bir aksaklık anlamına gelir ki; bu sebeplere dayalı olarak bir zararın ortaya çıkması halinde, hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya bazen hiç işlememesi nedenleriyle idarenin hizmet kusurundan dolayı sorumluluğuna yol açılmış olur. Aşağıda buna ilişkin örnek kararlara yer verilmektedir.

b- Yasaların vermiş olduğu denetim ve gözetim görevlerini yerine getirmemek tam bir hizmet kusurudur. (Danıştay 6. Dairesinin 2007/5045 E., 2008/20 K. Sayılı kararı):

Dava, davacının kiracı olarak oturmakta olduğu, 17.09.1999 günü meydana gelen deprem sonucu yıkılmasında davalı idarelerin hizmet kusuru bulunduğu öne sürülerek, enkaz altında kalarak vefat eden eŐi ve çocukları için olmak üzere 400.000,00 ytl manevi tazminata ...hükmedilmesi istemiyle açılmış; idare mahkemesince, Danıştay altıncı ve onbirinci daireleri müşterek heyetince verilen bozma kararına uyularak, yeniden verilen kararda;

“Dosyanın incelenmesinden, uyuşmazlık konusu yapının deprem nedeniyle ağır hasar görerek yıkıldığı ve enkaz altında eş ve iki çocuğu kalarak vefat ettiği, davalı belediyece ara kararına verilen yanıtta davacının kiracı olarak oturmakta olduğu konutun bulunduğu binaya ilişkin işlem dosyasına rastlanılmadığının belirtildiğinin görüldüğü, binanın ruhsat almaksızın kaçak olarak yapıldığı, anılan idarece gerek yapının inŐaası aşamasında, gerek daha sonraki aşamalarda yapıya ilişkin olarak herhangi bir tespit ve denetim yapılmadığı, yıkılan binanın kaçak olarak inşaa edilirken, hatalı malzeme ve iŐçilik kullanılması sonucu deprem sonrasında yıkıldığı kanaatine varıldığı, **yasaların vermiş olduğu denetim ve gözetim görevlerini yerine getirmeyen davalı belediyenin zararın meydana gelmesinde %100 oranında kusurlu olduğu**, davalı bakanlığın, ülkenin deprem bölgesi haritalarının hazırlanması, afet bölgesinde yapılacak yapılar hakkındaki yönetmeliklerin çıkartılması konusunda üzerine düşen görevleri yerine getirdiğinden yapının deprem sırasında yıkılmasında kusurunun bulunmadığı,manevi tazminat isteminin ise 25.000,00 ytl'lik kısmının kabulüne, fazlaya ilişkin tazminat istemlerinin reddine, davanın davalı bakanlık yönünden reddine karar verilmiş; bu karar davacı ile davalı belediye tarafından temyiz edilmiş, temyiz aşamasında da yapıya ilişkin herhangi bir bilgi ve belge dosyaya sunulmamıŐtır.

Tazminat isteminin kısmen kabulü, **davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle kısmen reddi** yolundaki temyize konu Sakarya 1. İdare mahkemesinin kararının onanmasına, karar verilmiştir.

Bu karar; idarenin denetim ve gözetim yetkisini ihmal etmesi nedeniyle, depremde yıkılan bir binada oluşan ölümlerden doğan zararlar nedeniyle sorumlu olduğunun belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Aslında idarenin sorumluluğu, depremden dolayı değil, deprem nedeniyle ortaya çıkan hizmet kusurundan (kanundan kaynaklı denetim ve gözetim yükümlülüğünün ihlal fiiliyle oluşan hizmet kusuru) kaynaklanmakta, yani kusura dayanmaktadır. İdarenin, bizatihi deprem dolayısıyla kusurlu ya da kusursuz sorumluluğuna gidilemeyeceği açıktır.

Ancak, davacının eői ve iki çocuğu için istediği toplam 400.000 TL. lik manevi tazminata karşılık, mahkemenin sadece 25.000 TL. lik manevi tazminata hükmetmesi, geleneksel “manevi tazminat zenginleşme aracı değildir” öğretisinin etkisinde kalındığı, duyulan elem ve ıstırabın büyüklüğünün ya da muhatap üzerinde oluşturacağı caydırıcı etkinin yeterince dikkate alınmadığı da gözlenmektedir.

c- Kamu Hizmet Binasının İmar Mevzuatına Göre Yapılmamış Olması, İdari Eylemden Kaynaklanan Bir Hizmet Kusurudur(Danıştay 6. Dairesinin 2004/359 E., 2004/1691 K.sayılı kararı):

Karar Danıştay 6. ve 11. Dairelerinin müşterek toplantısında alınmıştır.

Davaya Konu Olay: Dava, davacıların yakınının 17 Ağustos 1999 tarihinde meydana gelen *deprem* nedeniyle ...askerlik hizmetini yaptığı sırada meydana gelen Marmara depreminde göçük altında kalarak vefat etmesi nedeniyle açılmıştır.

Dava gerekçesi; “Davalı idarece deprem bölgesinde bulunan binalar depreme karşı dayanıklı inşa edilseydi binanın yıkılmayacağı, bu yönden idarenin kusurlu olduğu, idare kusursuz olsa dahi, askerlik hizmetinin ifası amacıyla müteveffanın

orada bulunmasının dahi idarenin sorumluluğu için yeterli bir neden olduğu” şeklinde olup, müteveffanın anne, baba ve kardeşi için ayrı ayrı destekten yoksun kalma nedeniyle maddi, ayrıca duyulan elem nedeniyle de manevi tazminat talep edilmiştir.

Mahkemece dava kabul edilmiş, Danıştay, davayı kabul eden mahkeme kararını onamıştır.

Danıştay kararının gerekçesi ise çok özetle Şöyledir: “İdarenin hizmet binasının(asker yatakhanesinin) imar mevzuatı bakımından depreme uygun yapıldığının ispat edilememiŐ olması nedeniyle olayda idarenin hizmet kusuru bulunduğunun tespit edilerek yerel mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi hukuka uygundur”.

Onama kararının gerekçesinin ayrıntısında; “idarenin deprem bölgesi ilan edilen bir alanda yapması gereken işler oldukça ayrıntılı şekilde sayılmış, bu işlerin yapılmaması halinde bunların birer *idari eylem* olarak nitelendirileceği ve idarenin sorumluluğuna yol açaacağı” detaylı olarak izah edilmektedir³⁴.

³⁴ Kararda, deprem bölgesi ilan edilen bir bölgede idarenin yapması gereken iŐler; “ Ükemizin, jeolojik ve topoğrafik yapısı nedeniyle büyük can ve mal kayıplarına yol ačan deprem felaketleriyle sık sık karŐılaŐan ölkelerin baŐında geldiği, afetlerin önlenmesi ve zararların azaltılması amacıyla alınması gereken tedbirleri araŐtırmak, bu konudaki temel hedef ve politikaları belirlemek, ölkede bulunan bilimsel, teknik ve idari çalıŐmaları koordine etmek, ortak sonuçları tüzük, yönetmelik, talimat ve eğitim yoluyla uygulamaya aktarmak ve denetlemek, afet zararlarının azaltılması amacıyla ulusal ve uluslararası iŐbirliđi, proje ve programları oluşturmak, elde edilen sonuçları uygulamaya aktarmak, afete uğramıŐ ve uğrayabilecek bölgeler ile yapı veya ikamet için yasaklanmış afet bölgelerini tespit ve ilan etmek, afet bölgelerinde yapılacak yapılarla ilgili kuralları, yapı tekniklerini ve projelendirme esaslarını tespit etmek, depremleri ve etkilerini incelemek, elde edilen sonuçlara göre deprem katalogları ve ölkenin deprem haritalarını hazırlamak ve geliŐtirmek ve depremlerden dolayı hasar görmüŐ yapıların takviye ve onarım yöntemleriyle ilgili çalıŐmaları yapmanın devletin yetki, görev ve sorumlulukları arasında olduğu, deprem olgusunun doğal bir olay olarak ortaya çıkmasının yanında, idarece gerçekleştirilecek uygulamalarla doğabilecek zararların önlenmesi hatta ortadan kaldırılmasının mümkün olduğu, depremin, yeri, zamanı, koŐulları vs. bakımından yapılacak değerlendirmelerden sonra mücbir sebep olarak değerlendirilebileceği, öngörülemezlik ölçütünün uygulanabilmesi için yer ve zaman olarak öngörmenin mümkün olmadığı fakat önlenemezlik ölçütü bakımından *tedbiri ve öngörölöl bir idareden beklenen özeni göstermesi sonucunda öngöröllemeyen doğal olayın yaratacağı zarardan kısmen veya tamamen kaçınma olanağının mümkün olduğu*, bu zarardan kaçınmak için idarenin *gerekeni yapmaması durumunda ise hizmet kusurundan sorumlu olacağı*...” şeklinde anlatılmaktadır.

Yine kararda yapılan önemli bir tespit ise, “depremin, bu zararın sebebi olmadığı, sadece izah edilen gerekçelerle oluşan hizmet kusurunun ağırlaşmasına yol açtığı” yolundadır.

İdarenin, “deprem bölgesinde yapılan bir yapıya ilişkin olarak kendine düşen görevleri tamamen yapması halinde, buna rağmen zarar meydana gelirse, depremin mücbir sebep olarak kabul edilebileceği; kaldı ki tedbirli ve öngörölü bir idareden beklenen özeni göstermesi sonucunda öngörülemeyen doğal olayın yaratacağı zarardan kısmen veya tamamen kaçınma olanağının mümkün olduğu, bu zarardan kaçınmak için idarenin gerekeni yapmaması durumunda ise **hizmet kusurundan** sorumlu olacağı” kararın gerekçesinde anlatılmaktadır³⁵.

Kararın hüküm fıkrası şöyledir:

“Açıklanan nedenlerle temyize konu Sakarya 1. İdare Mahkemesinin 3.4.2003 günlü, kararının **tazminat isteminin** kabulü ile ... dava açılma tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davacılara ödenmesine ve manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne yönelik bölümünün onanmasına, **kararın manevi tazminat miktarına faiz uygulanması isteminin reddine yönelik bölümüne ilişkin kısmının bozulmasına**, 19.3.2004 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir”.

Hüküm fıkrasından anlaşıldığı üzere; yerel mahkeme kararında davanın maddi tazminat talebine ilişkin kısmı aynen ka-

³⁵ Kararda, dava konusu olayda idarenin yapması gerekirken yapmadığı işler ise şunlardır: “Davacıların çocuğu ve kardeşi olan ...’in askerlik görevini ifa ederken meydana gelen deprem sırasında vefat ettiği binanın 4 katlı 260 odalı ve 76 yıllık olduğu, binanın zaman içinde tadilata uğradığı ve ilaveler yapıldığı, depremden hemen sonra yıkılan bu binanın yıkılma nedeninin araştırılması için binadan numune alınmadığı, yapılan ilaveler ve tadilatlar nedeniyle depremden sonra yıkılan bina ile projeler arasında bağlantı kurulmadığı, aynı bölgede yıkılmayan davalı idareye ait tesisler bulunduğu, Mahkemece iki defa ara kararı ile davacıların murisinin vefat ettiği Er Yatakhanesine ait inşaat, iskan ruhsatları ve tasdikli projelerin gönderilmesi istenilmesine rağmen bu belgelerin idarece gönderilmediği, bunun da söz konusu belgelerin olmadığına karine teşkil ettiği, bu nedenle binanın gerçek yıkım nedeninin tespitinin yapılamadığı, bu itibarla Türkiye gibi birinci derecede deprem bölgesinde bulunan ve sık sık depremlerin olduğu ve gelecekte de olacağı bilinen bir ülkede, depreme dayanıklı, deprem koşullarına uygun bir bina olmadığı, **deprem nedeniyle sadece bu hizmet kusurunun ağırlaştığı**, dolayısıyla davalı idarenin meydana gelen zararı **hizmet kusurunun bulunması nedeniyle** tazmin etmesi gerektiği” ifade edilmektedir.

bul edilmiş, manevi tazminata ilişkin bölüm ise kısmen kabul edilmiştir. Fakat, yerel mahkemenin manevi tazminata ilişkin kısmı bakımından faiz talebini reddettiği anlaşılmaktadır. Bu da yine manevi tazminatın bir zenginleşme aracı olmadığına ilişkin geleneksel öğretinin yerel mahkeme üzerindeki etkisi olmalıdır. İşte Danıştay, mahkeme kararını bu yönden bozmuş, yani manevi tazminata da faiz işletilmesi gerektiğini söylemiştir. Karar metni üzerinde yaptığımız incelemede; destekten yoksun kalma tazminatı Bilirkişi Raporunda talepten biraz daha fazla hesaplandığı halde, mahkemenin taleple bağlılık ilkesine göre dava dilekçesindeki kadar bir tazminata hükmetmiş olduğu görölmektedir. Bu durum, kararın verildiği tarih itibariyle (2003 yılı) idari yargıda ıslah müessesesinin olmamasından kaynaklanmaktaydı. Bilindiği üzere, İdari Yargılama Usulü Kanununun 16/4. Maddesine 2013 yılında yapılan ekleme ile, tam yargı davalarında hüküm verilmeye kadar bir defaya mahsus olmak üzere talep edilen miktarın artırılması imkanı getirilmek suretiyle, sınırlı bir ıslah müessesesi idari yargı bakımından da yürürlüğe konulmuştur³⁶.

d- Deprem Koşullarına Uygun Olmayan İdarenin Hizmet Binasının Depremde Yıkılması Hizmet Kusuru Oluşturur (Danıştay 10. Dairesi, E:2005/1195; K:2007/3123)

Sakarya Adliyesinde görev yapan gece bekçisi, 17.8.1999 tarihinde meydana gelen depremde yıkılan adliye binasının altında kalarak vefat etmiştir. Müteveffanın Murisleri, olayda idarenin hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle maddi ve manevi zararlarının tazmini istemiştir.

Davaya bakan Sakarya 2. İdare Mahkemesince; müteveffanın, kamu hizmetini yürütmekle görevli olmasından dolayı

³⁶ İYUK, m.16/4: 4. Taraflar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler. (Ek cümle: 11/4/2013-6459/4 md.) Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilmeye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir.

olağandışı bir zarar doğuran **deprem** olayına maruz kaldığı ve idarenin, bu nitelikteki zararların meydana gelmesinde kusuru bulunmasa dahi **sosyal risk** ilkesi uyarınca zararı tazmin etmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Davalı idarenin kararı temyiz etmesi üzerine dosyayı temyizen inceleyen Danıştay 10.Dairesi, kararı değişik gerekçe ile onamıştır. Onama gerekçesi şöyledir:

“...Ülkemiz, jeolojik ve topoğrafik yapısı nedeniyle büyük can ve mal kayıplarına yol açan deprem felaketleriyle sık sık karşılaőan ölkelerin başında gelmektedir. Afetlerin önlenmesi ve zararların azaltılması amacıyla alınması gereken tedbirleri araőtırmak, bu konudaki temel hedef ve politikaları belirlemek, ölkede içindeki bilimsel, teknik ve idari çalışmaları koordine etmek, ortak sonuçları tüzük, yönetmelik, talimat ve eğitim yoluyla uygulamaya aktarmak ve denetlemek, afet zararlarının azaltılması amacıyla ulusal ve uluslararası işbirliği, proje ve programları oluşturmak, elde edilen sonuçları uygulamaya aktarmak, afete uğramış ve uğrayabilecek bölgeler ile yapı veya ikamet için yasaklanmış afet bölgelerini tespit ve ilan etmek, afet bölgelerinde yapılacak yapılarla ilgili kuralları, yapı tekniklerini ve projelendirme esaslarını tespit etmek, depremleri ve etkilerini incelemek, elde edilen sonuçlara göre deprem katalogları ve ölkenin deprem haritalarını hazırlamak ve geliőtirmek ve depremlerden dolayı hasar görmüş yapıların takviye ve onarım yöntemleriyle ilgili çalışmalar yapmak, devletin yetki, görev ve sorumlulukları arasında bulunmaktadır. Deprem olgusunun doğal bir olay olarak ortaya çıkmasının yanında, idarece gerçekleştirilecek uygulamalarla doğabilecek zararların önlenmesi hatta ortadan kaldırılması mümkündür. Sakarya Bayındırlık ve İskân Müdürlüğünce, söz konusu adliye binasının çok eski bir yapı olması nedeniyle proje ve dosyalarının arşivlerinde bulunmadığı bildirildiğinden binanın gerçek yıkım nedeninin tespitinin yapılamayacağı açıktır. Ancak, Türkiye gibi birinci derecede deprem bölgesinde bulunan ve sık sık depremlerin yaşandığı bir ölkede, depreme dayanıklı, deprem koşullarına uygun bir bina olmaması nedeniyle söz konusu kamu hizmet binasının yıkılması olayında, deprem nedeniyle sadece bu hizmet kusurunun ağırlaştığı, dolayısıyla davalı

idarenin meydana gelen zararı, hizmet kusurunun bulunması nedeniyle tazmin etmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durumda, hizmet kusuru ilkesi uyarınca tazminata hükmedilmesi gerekirken, sosyal risk ilkesi uyarınca tazminat isteminin kısmen kabulü yolunda verilen kararda sonucu itibariyle hukuka aykırılık görölmemiştir.”

Göröldüğü üzere, Danıştay, olayda idareyi hizmet kusuru nedeniyle sorumlu bulmuş ve depremi sadece bu kusurun ortaya çıkmasında bir etken olduğunu vurgulamıştır. Gerçekten de Danıştay, birçok kararında, depremin yanı sıra orman yangını, yoğun yağışlar, su baskını ve toprak kayması gibi durumlarda da bu âfetleri doğrudan doğruya mücbir sebep olarak nitilememekte, idarenin üzerine düşen görevleri yapıp yapmadığını, bizatihi zararı veya zararın artmasını önlemek için gereken tedbirleri alıp almadığını” da dikkate alarak, zararın ortaya çıkmasında hizmet kusurunun mevcut olup olmadığını tespit etmektedir³⁷.

e- Eski Bir Örnek: Ruhsatsız Kahvehane'nin Heyelan Altında Kalması(D.10. Dairesi, 1993/724-3146 E-K.)

Davaya konu olayda, Trabzon İli, Maçka İlçesi Çatak Köyü mevkiinde 23.6.1988 tarihinde toprak kayması oluşmuş ve göçük altında kalan kavehanede vefat olayı gerçekteşmiştir. Ölüm olayı nedeniyle uğranıldığı öne sürölen maddi ve manevi zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan davayı Trabzon İdare Mahkemesi, 21.10.1992 gün ve E: 1989/312, K: 1992/530 sayılı kararıyla; “davacıların uğramış olduklarını ileri sürdükleri zararın davalı idarenin hizmet kusurundan doğmadığı, sosyal hasar, idari risk, sebepsiz zenginleşme ve kamu personelinin göreve ilişkin eylemlerinden doğan kusursuz sorumluluk ilkelerine göre de zararın tazmini söz konusu olamayacağı gerekçesiyle” reddetmiştir.

Davacılar; “heyelan olan bölgede, Karayolu yapımında dağın içerisine fazla girildiği, yol yapımından önce yolun bir

³⁷ Çıtak, Halim Alperen; İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi”, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.102-10

projesinin yapılmadığı, zemin mekaniğinin bilimsel esaslara göre değerlendirilmediği, dağın içinden çıkan suya akıntı verilmeyerek bu suyun dağın içinde toplanmasına ve bunun da toprak kaymasına neden olduğu, heyelanın olacağına ilişkin belirtiler olmasına karşın önlem alınmadığı, olayın doğal bir afet olarak nitelendirilemeyeceği, bilirkişi raporunun yetersizliği nedeniyle karara esas alınamayacağı” iddialarıyla kararın bozulmasını talep etmişlerdir.

2918 sayılı Yasanın 17. maddesi ile 5539 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanunun Ek 4. maddesinde yer alan düzenlemelerle de; yol ağları üzerindeki konaklama tesisleri ve akaryakıt istasyonu gibi trafik güvenliğini etkileyecek yapı ve tesislerin çalıştırılabilmesi için karayolunun yapım ve bakımından sorumlu olan Karayolları Genel Müdürlüğünden izin alma koşulu getirilmiştir.

Danıştay, Trabzon İdare Mahkemesi Kararını şu gerekçelerle bozmuştur: “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, bile- rek ve düzenli biçimde zarara neden olması halinde; bu zararın idare hukukunun genel ilkelerinden olan açık hizmet kusuru ilkesine göre tazmini gerekmektedir”.

“Dava dosyasındaki bilgi ve belgeler ile bilirkişi raporunun incelenmesinden; davalı idarenin karayolunu geçirdiği yerin heyelan bölgesi olduğunu bilerek hizmete açtığı, ... nitekim dava konusu olaydan önce üç yılı aşkın bir süreden beri kütle hareketlerinin başladığı, ancak yolun yeterli önlem alınıp yol güvenliği sağlanmadan trafiğe açık tutulduğu anlaşılmaktadır”.

“Olayda normal ölçülerde yola 25 metre uzaklıkta faaliyet göstermesi gereken kahvehanenin herhangi bir ruhsat alınmadan yola 5 metre mesafede çalıştırılması ve güvenlikten uzak kahvehaneye yönelik olarak herhangi bir girişimde bulunmayan idarenin yukarıda yer alan mevzuat hükümleriyle kendisi-

ne verilen ayrıcalık ve yetkileri kullanmaması sonuçta heyelan bölgesinde yer alan karayolunun güvenliğini sağlayamaması, böylece hizmeti açık biçimde kusurlu işletmiş olması sonucu kahvehanedeki ölüm olaylarının meydana gelmiş olduğu anlaşılmaktadır... toprak kayması sonucu yolun altında bulunan kahvehanede bulunup, toprak altında kalan yakınlarının ölümlü nedeniyle davacıların uğradığı zararın, ruhsatsız kahvehanenin çalışmasını engellemek için üstüne düşen denetim görevini yerine getirmeyen, açık hizmet kusuru bulunan davalı idarece tazmini gerekmektedir”.

f- Hakların Korunmasının Usuli Boyutu: Kanunda Açıklık Olmayan Durumlarda Yargılama Usulüne İlişkin Konularda Hakların Korunması Yöntünde Yorum Yapılması Gerekir(Danıştay 6. Dairesi, 2006/931 E., 2006/6661 K.)

Davaya konu olay, 17.8.1999 tarihinde meydana gelen depremde eői ve kızı vefat eden davacı, uğradığı zararın tazmininin talep etmekte; bu ölümlerinin idarenin görevini yerine getirmemesinden kaynaklandığını öne sürmektedir. Davacıya göre: idare, yapının bulunduğu bölgenin 1. derece deprem bölgesi olmasına rağmen imar planları yaparak orayı imara açmış, imar planlarında yapılaşma şartları belirlenirken bölgenin özelliklerini dikkate almamış, yapı ruhsatı verilen yapıların mevzuata ve projesine uygun olarak yapılıp yapılmadığı kontrol etmemiştir. Zarar da bu sebeplerden doğmuştur.

Mahkeme, tazmini istenen zararın *idari eylemlerden değil*, 3194 sayılı Yasa ve ilgili Yönetmelik uyarınca imar planı yapmak, inşaat ruhsatı vermek, projeyi onaylamak, yapılaşmayı kontrol etmek, yapı kullanma izni vermek gibi *idari işlemlerden kaynaklandığı*, dava açma süresinin 2577 sayılı Yasa'nın 12. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, dava dilekçesinde zarar doğurduğu iddia edilen işlemlerin tesis ve yürütme safhalarını tamamlamış işlemler olduğu, *işlemlerden doğduğu* iddia edilen zararın işlemlerin icra tarihinde değil, 17.8.1999 tarihinde meydana gelen depremle ortaya çıktığı anlaşıldığından 17.8.1999 tarihinde meydana gelen deprem sonucu sahibi

olduğu evi yıkılan davacının bu tarihi izleyen günden itibaren 60 gün içinde veya bu süre içinde olmak koşuluyla 2577 sayılı Yasa'nın 11. maddesinde öngörölen başvuru yolunu kullandıktan sonra tam yargı davası açması gerekirken, bu süreler geçtikten sonra açılan davada süreaşımı bulunduğu gerekçeyle davanın reddine karar vermiştir.

Özetle, mahkeme, davanın idari işlemden doğan bir tam yargı davası olduğunu ve bu nedenle de 60 günlük süreye tabi bulunduğunu kabul ederek, süre aşımından dolayı davanın reddine karar vermektedir.

Danıştay ise, idarenin yasalardan doğan yetkilerini kullanmamasını olumsuz idari eylemler olarak değerlendirmiş, yargılama usulüyle ilgili yorum yapılırken hak ve özgürlükler yararına yorumun tercih edilmesi gerektiğini belirterek, kararı bozmuştur.

Danıştay dairesine göre;

“17.8.1999 tarihinde meydana gelen depremde oturdukları ev yıkılan, yakınlarını kaybeden davacılar, 1 inci derece deprem bölgesi olan yerin zeminin özelliklerine uygun yapılaşma şartları belirlenmeden imara açıldığını ve yıkılan eve yeterli araştırma ve inceleme yapılmaksızın inşaat ve iskan ruhsatı verildiğini, davalı idarelerin imara açılan yörede hiçbir önlem almayıp, hareketsiz kaldıklarını, üzerlerine düşen denetim görevlerini yerine getirmediklerini, idarelerin üstlendikleri hizmeti kusurlu işlettiklerini, uğradıkları zararın mücbir sebep olan depremden değil, idarelerin hizmet kusurundan kaynaklandığını öne sürerek, maddi ve manevi zararlarının tazminini istemektedirler.

Görölmekte olan tam yargı davası, iki ayrı kategoride toplanması mümkün olan idari tasarruflar nedeniyle açılmış bulunmaktadır. Tam yargı davasının açılmasına neden olarak gösterilen yörenin imara açılması, yıkılan eve inşaat ve iskan ruhsatı verilmesi şeklindeki idari tasarruflar, ısrar kararında da ifade edildiği gibi yetkili idari makamların tek taraflı irade açıklamasıyla sonuç doğuran kesin ve yürütölmeli zorunlu

idari işlem niteliğini taşımaktadır. Buna karşılık görülen davanın açılmasına neden olarak gösterilen davalı idarelerin üstlendikleri önlem alma ve denetim görevlerini yerine getirmeyip hareketsiz kalmaları şeklindeki idari tasarrufların ise, hukuk alanında değişiklik, yenilik doğurmayı amaçlayan bir irade açıklamasına dayanmamaları nedeniyle idari işlem olarak nitelendirilmesine olanak olmayıp; idari eylem olduklarının kabulü gerekmektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda ise, idari işlemlerin uygulanması ve idari eylemler nedeniyle tam yargı davası açma süreleri 12 ve 13 üncü maddelerde düzenlenmekle birlikte, idari işlem ve idari eylemlerin birlikte hak ihlaline neden olması halinde, dava açma süresinin nasıl hesaplanacağı belirlenmemiştir.

Hak arama özgürlüğünün ancak yasayla sınırlandırılması, bir davanın, yasada duraksamaya yer vermeyecek açıklıkta belirtilen sürede açılmaması halinde süre aşımı yönünden reddedilmesi mümkün olduğuna göre, yargılama usulündeki belirtilen boşluk ilgililerin dava açma hakkını kaybetmelerine neden olmamalıdır. Dolayısıyla yargılama usulü hükümlerinin, ilgililerin dava açma hakları korunacak biçimde yorumlanması zorunludur.

Bu itibarla; giderilmesi istenilen hak ihlaline idari işlem ve idari eylem olarak nitelendirilen birden fazla idari tasarruf neden olmuş ve zarara yol açmaları yönünden idari işlem ve idari eylemlerin ayrılması mümkün değil ise, dava açma süresinin, ilgililere zararın doğduğu tarihten itibaren 1 yıl içinde idareye başvuru ve daha sonra dava açma olanağı tanıyan 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 13 üncü maddesine göre belirlenmesi hak arama özgürlüğünün gereğidir. Aksine bir yorumla zarara yol açan idari işlemlere göre dava açma süresinin hesaplanması, ilgililerin idari eylemlere karşı doğmuş olan dava açma hakkının gözardı edilmesi sonucunu doğuracaktır.

Ayrıca hak ihlaline neden olmaları yönünden birbirinden ayrılması mümkün olmayan idari işlemler ve idari eylemler nedeniyle açılan davanın, sadece yargılama usulündeki boşluk

nedeniyle bölünmesi, davanın idari işlemlere ilişkin olduğu varsayılan bölümü için dava açma süresinin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 12 inci maddesine göre hesaplanması da, dava açma hakkını zedeleyen zorlama bir yorum olacaktır.

Bu durumda, İdare Mahkemesince, 2577 sayılı Yasa'nın 13 üncü madde hükmü uyarınca, davacıların zarara neden olan eylemleri öğrendikleri tarih esas alınmak suretiyle davanın süresi içerisinde açılıp açılmadığının tespit edilmesi gerekmektedir".

g- "Uğranıldığı ileri sürülen zararın oluşumunda idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi sonucu bir karar verilmesi gerekirken, depremin mücbir sebep kabul edilerek zararlar idari faaliyet arasındaki nedensellik bağının ortadan kalktığı gerekçesiyle davanın reddi yolundaki kararda isabet görülmemiştir"(D.11. Dairesi, 2005/1353 E., 2007/6248)

Deprem nedeniyle oluştuğu ileri sürülen zararların tazmini istemiyle açılan bu davada, yapının üzerinde bulunduğu zeminin özelliği, zemin durumuna göre depreme dayanıklılığının kontrolü, yapı kullanma izni bulunup bulunmadığı, imar planları ve inşaat ruhsatlarının hangi idarelerce yapıldığı ve verildiği, yapıların imar açısından denetlenmesi, afete uğramış ve uğrayabilecek bölgeler ile yapı ve ikamet için yasaklanmış afet bölgelerinin tespit ve ilan edilip edilmediği, afet bölgelerinde yapılacak yapılarla ilgili kuralları, yapı tekniklerini, projelendirme esaslarını, ülkenin deprem haritalarını hazırlamak konusunda idarelerin üzerlerine düşen görev ve yetkileri yerine getirip getirmediği, denetim ve kontrol görevlerini yapıp yapmadığı hususları ayrı ayrı irdelenmeli ve idarece gerekli önlemlerin alınıp alınmadığı belirlenmeli ve bunun sonucuna göre; idarenin belli bir hareket tarzı izleyip izlemediği veya hareketsiz kalıp kalmadığı ortaya konulmalıdır. Olaya bu açıdan bakınca yukarıda yapılan belirleme sonucu olayda idarelerin

hareketsizliği söz konusu olmakla öğretide de kabul edildiği gibi idarenin bu hareketsizliğinin olumsuz eylem olarak kabulü gerekmektedir.

Deprem kuőađında yer alan bölgede, deprem gerçeğinin bir veri alınması suretiyle yerleőmelerle ilgili alanların belirlenmesi, bu alanlardaki yapılaşmaya ilişkin kararların alınması, uygulanması ve denetlenmesiyle ilgili idari faaliyetlerin bütünündeki olumsuzluklardan oluşan idarenin olumsuz eyleminin bulunması durumunda, depremin mücbir sebep olarak değerlendirilerek zararlar illiyet bağını kestiğini kabule olanak bulunmamaktadır.

Bu durumda, Mahkemece uğranıldığı ileri sürülen zararın oluşumunda idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi sonucu bir karar verilmesi gerekirken depremin mücbir sebep kabul edilerek zararlar idari faaliyet arasındaki nedensellik bağının ortadan kalktığı gerekçesiyle davanın reddi yolundaki kararda isabet görülmemiştir

**h- Yaşam Hakkının Korunması: Maddi ve Usuli Boyutu:
“Korunmaya Muhtaç Kişiler Yönünden Gerekli
Tedbirlerin Alınmaması Nedeniyle Yaşama Hakkının
İhlali” (Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya
İlişkin Kararı: İkinci Bölüm; Bireysel Başvuru
No:2014/11855, Karar Tarihi: 13.09.2017)**

(a) Bireysel Başvuruya Konu Olan Olayın Özeti:

Zihinsel engelli çocuk Gürkan Kaçar, 8.7 2004 tarihinde (ondört yaşında iken), evlerinin yakınındaki cadde ile demiryolunu ayıran duvarın yıkık bölümünden geçerek demir yolunda eline aldığı bir iletken ile yüksek gerilim hattına temas etmiőt ve elektrik akımına kapılarak ağır Şekilde yaralanmıőt. Olaydan hemen sonra Savcılık soruşturmasında görevlendirilen kolluk görevlilerince, yaralanmanın oluş biçimi doğrulanırken topraklama kablolarının bir kısmının çalışmaz halde olduğu da tespit edilmiştir. Hastanede, Gürkan Kaçar'ın olay nedeniyle hayati tehlike geçirdiği, ayrıca on beş gün işinden kalacak Şekilde yaralandığı anlaőtılmıőtir.

Olayın üzerinden beş aydan fazla bir süre geçtikten sonra olay yerinde tekrar yapılan savcılık incelemesinde, bu kez top-raklama kablosunun çalıőır halde olduğu ve demir yolunun her iki yönde cadde ile irtibatını kesen demir korkulukların konulduğu tespit edilmiştir. Bilirkiőtisi raporunda da Gürkan Kaçar'ın olayda tam kusurlu olduğu kanaati belirtilmiştir.

Cumhuriyet Başsavcılığı olay tarihindeki Türkiye Cum-huriyeti Devlet Demir Yolları (TCDD) Tesisler Őefi hakkında hangi delile dayandığı dosyada belli olmaksızın tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu yaralanmaya sebebiyet vermek suçundan kamu davası açmıştır. Davaya bakan Asliye Ceza Mahkemesine sunulan bilirkiőtisi raporunda da zihinsel engelli Gürkan Kaçar'ın olayda tam kusurlu olduğu belirtilmiştir. Mahkeme yargılama sonunda sanığın beraatına karar vermiőt, karar Yar-gıtay tarafından onanıőtır.

Başvurucular maddi ve manevi zararlara uğradıklarını ileri sürerek tazminat talebiyle baŐvurdukları İdareden cevap ala-mayınca, İdare Mahkemesinde de tazminat talepli tam yargı davası amıőtırlardır. İdare Mahkemesi de zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağı bulunmadığı gerekçesiyle tam yargı davasının reddine karar vermiştir. Temyiz talebini inceleyen Danıştay dava konusu olayın meydana gelmesinde davacıların gözetim ve denetim sorumluluklarını gereğince yerine getir-memeleri Şeklinde gerçekleşen kusurlarının yanında idarenin de hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının tespiti bakı-mından idare personeli hakkında açılan kamu davasındaki bil-gi ve belgelerin incelenmesi gerektiği gerekçesiyle söz konusu kararı bozmuştur. Bozma kararı üzerine yeniden yapılan yargı-lama sonucunda İdare Mahkemesi, Asliye Ceza Mahkemesinin dosyasını inceledikten sonra davanın reddine karar vermiştir. Temyiz edilen bu karar, Danıştay tarafından onanıőtır.

(b) Başvurucuların İddiaları:

Başvurucular; zihinsel engelli bir ocuk olan Gürkan Kaçar'ın, demir yolu hattındaki güvenlik duvarlarının yıkılmış ve gerekli güvenlik önlemlerinin alınmamış olması nedeniyle kablolardaki elektrik akımına kapılarak yaralanmasına ve

olayda idarenin hizmet kusuru bulunmasına rağmen açtıkları tazminat davasının çok uzun bir süre sonra reddedilmesi nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşama hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve ihlallerin tespiti ile manevi tazminata karar verilmesi taleplerinde bulunmuşlardır.

(c) Anayasa Mahkemesinin Gerekçesi:

Mahkemeye göre; Ceza soruşturması sırasında olayın meydana gelmesinden beş ayı aşkın bir süre sonra gerçekleştirilen keşifte tespit edilen güvenlik tedbirlerinin olay tarihinde de var olup olmadığı araştırılıp araştırılmadığı eldeki bilgilerden anlaşılamamaktadır. Söz konusu keşif tutanağı ve raporda, başvuru Gürkan Kaçar'ın olay yerine nasıl girebildiğine ve elektrik akımına kapıldığına ilişkin yeterli bir açıklama da bulunmamaktadır.

İdari yargıda açılan tazminat talepli tam yargı davasında, zihinsel engelli çocuk Gürkan Kaçar'ın olayın gerçekleştiği bölgeye tren raylarını çevreleyen duvarın yıkılmış olan kısmından girdiği, burada bulunan köprüdeki elektrik kablolarından birini yerinden alarak tren yolu üzerindeki hatta deşdirmesi üzerine elektrik çarpması nedeniyle yaralandığı kabul edilmiş, fakat zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağı bulunmadığı (Başvurucuların tam kusurlu olduğu) gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Anayasa Mahkemesine göre; devletin yaşamı koruma yükümlülüğü, kamu makamları üzerinde aşırı bir yük oluşturduğu şekilde yorumlanmamalıdır. Kamu makamlarının tehlike içeren faaliyetleri yürütürken insan davranışlarına ilişkin öngörülerinde çocukları, zihinsel engellileri ve özel korunmaya muhtaç olan diğer kişileri de dikkate almaları ve buna göre belirleyecekleri elverişli idari tedbirleri derhâl uygulamaya koymaları gerekir.

Oysa, başvuruya konu tam yargı davasında, İdare tarafından yürütülen tehlikeli faaliyete ilişkin olarak korunmaya muhtaç kişiler yönünden gerekli güvenlik tedbirlerinin alın-

madığı, Gürkan Kaçar'ın zihinsel engelli bir çocuk olduğu ve ebeveyninin tehlikeli alanda oynamasına izin vermesinin idarenin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmayacağı gözetilmemiŐ, zihinsel engelli bir çocuk olan Gürkan Kaçar tedbirsiz davranışta bulunduğu gerekçe gösterilerek olayda tam kusurlu kabul edilmiştir. Bu, idarenin yaşamı koruma yükümlüğü ile bađdaŐmamaktadır.

Öte yandan, dava 9 yıl gibi makul olmayan bir süre devam etmesini gerektirecek Şekilde karmaşık bir nitelik de taŐıamaktadır. Bu durum, benzeri ihlallerin önlenmesi bakımından caydırıcı etkiye de zarar vermektedir.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, olay tarihinde bir çocuk olan zihinsel engelli baŐvurucu Gürkan Kaçar'ın Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşama hakkının ve ayrıca idari yargıda aÇılan davanın makulü çok aşar Şekilde uzun sürmesi nedeniyle Gürkan Kaçar'ın anne ve babası olan diğer başvurucuların Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine de hükmetmiştir.

(d) Özet Değerlendirme:

Olayda, zihinsel engelli bir çocuğun köprünün altından geöen tren yoluna yıkılmış bariyer kısmından girerek, tren hattına ilişkin elektrik tesisatı ile oynaması sonucu ağır yaralanması söz konusudur. Olay, hem ceza davasına hem de idari davaya(tazminat talepli tam yargı davası) konu olmuştur.

Savcılık soruşturmasında, olayın hemen ertesi günü olay yerine gelen güvenlik görevlilerinin tuttuğu tutanaklarda tespit edilen (yola giriŐi engelleyen bariyerlerin bir bölümünün yıkık olduğu, elektrik topraklama sisteminin ھاıŐmadığı) bazı hususların aksine, beş aydan daha sonra savcılıkça yapılan keşifte "bariyerlerin yola giriŐi engelleyecek Şekilde sağlam olduğu, topraklama prizlerinin ھاıŐtıđı gibi hususların tespit edildiği belirtilmektedir. Aradan geöen sürede bu eksikliklerin tamamlanmış olduğu anlaşılmaktadır. Savcılık soruşturmasında rapor hazırlayan Bilirkişiler, zarar görenin %100 kusurlu

olduğu (demiryolu idaresine kusur atfedilemeyeceği) yolunda rapor düzenlemiŐlerdir.

Buna rağmen Savcılık, Asliye Ceza mahkemesinde sorumlu idari yetkili hakkında dava ađmıŐtır. Ancak, savcılığın ne tūr delillere dayalı olarak bu davayı ağtığının anlaŐılamadıđı Anayasa mahkemesi kararında vurgulanmaktadır. AnlaŐılan, usulen ağılan bir dava sōz konusudur. Asliye Ceza Mahkemesi de BilirkiŐi İncelemesi yaptırmıŐ ve o BilirkiŐi Raporunda da zarar gōrenin %100 kusurlu olduğu kanaati belirtilmiŐ ve ceza davası beraatle sonuđlanmıŐtır.

Öte yanda, idari eylemden doğan zarar nedeniyle idari yargıda açılan tam yargı davasında da, Bilirkişiler, zarar gōrenin %100 kusurlu olması nedeniyle idari eylem ile zarar arasında illiyet bağı bulunmadığını tespit etmişler, mahkeme de davayı reddetmiştir. Temyiz istemi üzerine Danıştay, karar verilirken ceza davasının da dikkate alınması gerektiği gerekçesiyle bu kararı bozmıŐsa da, bozmaya uyan idare mahkemesi “ceza mahkemesindeki zarar gōrenin tam kusurluluğu tespitine dayalı beraat kararı” nedeniyle tekrar davanın reddine karar vermiş, bu karar Danıştay’ca da onanmak suretiyle kesinleşmiştir.

Görüldüğu üzere, yargısal süreçte sonucu Bilirkişilerin zarar gōreni (zihinsel engelli çocuk Gürkan Kaçar’ı) tam kusurlu gōren raporları belirlemiştir. Oysa mahkemenin, demiryolu iŐletmeciliđinin tehlikeli bir faaliyet olduğunu, çocuğun engellilik durumunu, yaşam hakkına ilişkin ulusal ve Türkiye’nin de taraf olduğu uluslararası hukukta mevcut düzenlemeleri de dikkate alarak kusur durumunu tespit etmesi gerekirdi. En azından Bilirkişi görevlendirilirken, böylesi bir tehlikeli faaliyet için alınması gerekli makul tedbirlerin idare tarafından tam olarak alınmış olup olmadığının kusur tespitinde özellikle dikkate alınması gerektiği Şeklinde bir görevlendirme yapılması gerekirdi. Bütün bunlar dikkate alınmaksızın, bütün kusurun zihinsel engelli çocuk ve onun anne-babası üzerinde bırakılması hakkaniyete uygun dıŐmemektedir³⁸.

³⁸ İdarenin sorumluluğu bakımından, somut olayda gerçekteşen durumun, tehlike sorumluluğu (kusursuz sorumluluk)değil, tehlikeli bir faaliyetin gerektir-

Anayasa Mahkemesi, kararının gerekçesinde, Birleşmiş Milletler Bünyesinde kabul edilmiş Çocuk Haklarına Dair Sözleşme³⁹ ve Engelli Hakları Sözleşmelerine⁴⁰ ve özellikle de bu ikinci sözleşmenin “Engelli Çocuklar” başlıklı 17. Maddesine⁴¹ yollama yapmıştır.

Mahkeme ayrıca, Avrupa Konseyi bünyesinde yürürlüğe konulan “Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi”⁴²(7. madde)⁴³ ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (1 ve 2. maddeler) de dayanmıştır. Türkiye, bütün bu sözleşmelere taraftır. Bilindiği üzere, usulüne ilişkin olarak yürürlüğe konulan insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler, kanun hükmündedir(Türk Anayasası, m.90). Bütün bu sözleşmelerden kaynaklanan pozitif yükümlülöklere uyulması gerekmektedir. Mahkeme, ihlal kararı verirken, davaya konu zararın idarenin yaşamın korunmasına ilişkin pozitif yükümlölöklere uymamasından kaynaklandığını tespit etmektedir.

diği özeni göstermeyen idarenin idari eylemden kaynaklanan hizmet kusuruna dayalı(hizmetin kötü işlemesi) bir sorumluluk olarak değerlendirilmesi gerektiği görölmektedir. Zarar görenin müterafik kusuru bakımından yapılacak değerlendirilmede, zarar görenin ebeveyninin zihinsel engelli çocukları hakkında bakım-gözetim görevinde ihmalleri olduğu belirlenebilir. Ama bu kusur, zarar ile idari eylem arasındaki illiyet bağını keser nitelikte değildir. Çünkü olayda objektif olarak idarenin, demiryoluna giriŐi engelleyen bariyerlerin bakımını yapmadığı anlaşılmaktadır.

39 Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 Tarihinde Kabul Edilmiştir. Türkiye Sözleşmeyi 14 Eylül 1990 tarihinde imzalamış ve 9 Aralık 1994 tarihinde (17, 29 ve 30. Maddelere ilişkin ihtirazi kayıt var)onaylamıştır. 4058 Sayılı Onay Kanunu 11 Aralık 1994 gün ve 22138 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

40 *Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 13 Aralık 2006 tarihli kararıyla kabul edilmiş ve 3 Mayıs 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşme’yi 30 Mart 2007 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme’nin onaylanması 3 Aralık 2008 tarih ve 5825 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur.*

41 Sözleşme, m.17: Kişisel Bütünlüğün Korunması: “Engelli her kişi, beden ve ruh bütünlüğüne diğer bireylerle eşit bir şekilde saygı duyulması hakkına sahiptir”.

42 Sözleşme 25.01.1996 ‘da Strasbourg’da imzalanmış ve 01.07.2000’de yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi 09.06.1999’de imzalamış ve 4620 Sayılı Onaylamıştır(01.02.2001 tarih ve 24305 Sayılı Resmi Gazete) .

43 Sözleşmenin “ Acil hareket etme mecburiyeti” başlıklı 7. Maddesine göre; “Bir çocuğu ilgilendiren davalarda, adli merci gereksiz gecikmeyi engellemek için çabuk hareket etmeli, kararlarının süratle uygulanmasını garanti edecek düzenlemeler sağlanmış olmalıdır. Adli merci acil durumlarda gerektiğinde derhal uygulanabilir kararlar alma yetkisine sahiptir” . Bu düzenleme de, bireysel başvuruya konu uyumsuzlukta makul sürenin aşıldığına (36. Madde ihlali) daha açık bir dayanak oluşturmaktadır.

Mahkeme ayrıca, yaşam hakkının korunmasına ilişkin Avrupa İnsan Hakları İÇtihatları ve bizatihi kendisinin benzeri kararlarını da dikkate almıştır.

Bütün bu hukuksal durumu belirledikten sonra somut olaya uygulayan Mahkeme; demiryolu gibi tehlike arz eden faaliyetlerin yürütülmesi sırasında gerekli güvenlik tedbirlerinin alınmasının, zihinsel engellilerin ve çocukların durumunun da ayrıca gözetilmesinin idarenin ulusal ve ulusalüstü mevzuattan kaynaklanan pozitif yükümlülüklerinin bir gereği olduğunu tespit etmektedir. Böylece mahkeme, başvurucunun yaşam hakkının (Anayasa, m.17; AİHS, m.2) ihlal edildiğini; ayrıca, karmaşık bir nitelik taşımayan bu davanın 9(dokuz) yıl sürmesinin Gürkan Kaçar'ın ebeveyninin makul sürede hak arama hürriyetinin(Anayasa, m.36; AİHS,m.6) ihlaline yol açtığını tespit etmektedir. Karar, yaşam hakkının hem bizzat kendisinin(maddi boyutunun), hem de usuli boyutunun ihlal edildiğine ilişkindir.

Mahkemenin bu kararı, yaşam hakkının korunması bakımından hukuk adına yüz ağartıcı örnek bir karar niteliği taşımaktadır⁴⁴.

V- SONUÇ

İnsanın vücut varlığı, yerine ikame edilemeyen eşsiz ve emsalsiz bir varlıktır. Bu nedenle, aslında bedensel zararların parayla tazmini, kaybedilen canların parayla yerine ikamesi asla mümkün değildir. Ancak, atasözümüzde de belirtildiği üzere; Mal Canın Yongasıdır..

İnsanın en temel hakkı ve özgürlüğü, vücut bütünlüğünün korunması, maddi manevi varlığının geliştirilmesidir. Temel hak ve özgürlükler, her ne kadar Anayasalarda maddeler halinde yazılırlar ise de, onlar aslında bir bölünmez bütün teşkil ederler. Özellikle, mülkiyet hakkı ve onun tamamlayıcısı olan

⁴⁴ Nitekim karar özeti, 27.10.2017 tarihinde basın duyurusu yoluyla kamu oyu ile ayrıca paylaşılmıŐtır. (<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/basin/kararlarailiskinbasinduyurulari/bireyselbasvuru/index.html>)

teşebbüs hürriyeti gibi hak ve hürriyetler olmaksızın, yaşama hakkı ve onun bir fonksiyonu olan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi mümkün olmaz.

Hukukun bu gün ulaştığı düzey itibariyle, insanın vücut bütünlüğüne artık hiçbir gerekçeyle dokunulamaz. Savaş hali dahil, artık insanın vücut bütünlüğüne yönelik bir ceza verilemez. Ancak, insanın vücut bütünlüğü, bazen kasti, bazen de taksirli eylemler sonucunda zarar görmekte, bedensel zararlar sonucu bazen uzuv kayıpları ve hatta ölüm meydana gelmektedir. Bazen idare, kusurlu hareketleriyle bu tür bedeni zararlara yol açabilmekte, bazen de bu tür zararlardan kusursuz sorumluluk esaslarına göre sorumlu tutulabilmektedir. İşin ceza hukuku boyutu da elbette olmakla birlikte, bu zararların bir şekilde hukuk düzenince maddi bir karşılıkla tazmini gerekmektedir.

Bilindiği üzere, ülkemizin de dahil bulunduğu Kara Avrupası hukuk sisteminde idare, araya bir mahkeme kararı girmeksizin icrai kararlar alabilmekte, kanunların yetki verdiği bazı alanlarda da aynı şekilde araya bir yargı kararı girmeksizin doğrudan doğruya aldığı bu kararlarını icra edebilmektedir. Öte yandan, idarenin bu büyük gücü karşısında yönetilenlerin konumu, birtakım yargılama usulü ilkeleri ve sorumluluk hukukuna ilişkin olarak geliştirilmiş ilke ve müesseselerle korunmaktadır. Bütün bunlar, idareye uygulanan ayrı bir idare hukukuna ve bu hukukun uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile görevli ayrı bir yargı düzeninin oluşumuna yol açmıştır. Nitekim Türk Hukukunda da üst mahkemesi Danıştay olan ayrı bir idari yargı düzeni mevcuttur.

Ne var ki, Borçlar Kanunu 55. Maddesi(2. fıkra) ile, idarenin akit dışı sorumluluğunda Bedensel Zararlara ilişkin sorumluluğunun tespitinin de, tamamen Borçlar Kanunu hükümlerine göre yapılması düzenlenmektedir. Sorumluluğun miktar olarak tespitine ilişkin teknik konular, bütün yargı yerlerinde esasen bilirkişilik kurumu aracılığı ile *çözümlenecek hususlardır. Ancak, asıl önemli olan, sorumluluğa yol açan kusur konusudur ve idarenin sorumluluğuna ilişkin olarak kusurun tespitinde*

de Borçlar Kanununda eşit kişiler arasındaki uyuşmazlıklara göre düzenlenmiş kusur düzenlemelerinin esas alınması, idarenin eylemlerinden zarar görmüş olanlar açısından büyük mağduriyetlere yol açabilecektir.

Oysa, Borçlar Kanununda düzenlenen kusurlu ve kusursuz sorumluluk hallerinin, idare hukukunda Yargı İçtihatları ile geliştirilen idarenin kusurlu ve kusursuz sorumluluğuna ilişkin durumları karşılaması mümkün bulunmamaktadır. *rneğin*; idare hukukunda kusursuz sorumluluğa ilişkin olarak geliştirilen “sosyal risk” ilkesinin Borçlar Kanununda hiçbir karşılığı bulunmamaktadır. Yine, idare hukukunda geliştirilen Fedakarlığın Denkleştirilmesi(Kamu Külfetleri Karşısında EŞitlik) ilkesinin de, Borçlar Kanununda somut bir karşılığı mevcut değildir.

İdare hukukunda geliştirilen kusurlu sorumluluğa ilişkin “hizmet kusuru” müessesini ile Borçlar Kanunundaki kusur sorumluluğu(kasıt ve ihmal) halleri, içerik itibariyle tamamen farklıdır ve İdare Hukukunda uygulanan “Hizmet Kusuru” kavramı çok daha geniş, objektif bir sorumluluk anlayışı içerilmektedir. *te yandan, birçok alanda idare hizmeti kendisi doğrudan yrtmemekte, alanı düzenleyip denetimini yapmaktadır. İŞte bu tür durumlarda da idarenin denetim görevini aksatmasına bağlı olarak “hizmet kusuruna” dayalı sorumluluğu ortaya çıkabilmektedir ki, bunun Borçlar Kanununda düzenlenen sorumluluk halleri ile belirlenmesi de adeta mümkün değildir. Özetle*; idarenin sorumluluğu, bedensel zararlarla ilişkin kısmı bakımından bile olsa Borçlar Kanunu hükümlerine tabi tutulduğunda, çok daralacak, birçok durumda oluşan zarardan idare sorumlu tutulamayacak ve elbette bu sonuçtan bedensel zarar gören kişiler büyük zarar greceklendir. Bu nedenle, yapılan düzenlemenin (Borçlar Kanunu, m.55/2) oldukça isabetsiz ve kamu yararına uygun olmayan bir düzenleme olduğu açıktır.

Borçlar Kanunu ve İdare Hukukunda kullanılan sorumluluk hukuku kavramları da içerik olarak birbiri ile uyuŐmamaktadır: İdare hukukundaki “hizmet kusuru” kavramı, hizmetin kuruluş ve işleyişinden kaynaklanan her türlü zararı kapsa-

yan oldukça geniş bir kavramdır ve Borçlar Kanunundaki kusur(kasıt ve ihmal) kavramı ile neredeyse ilgisizdir. *Öte yandan*, Borçlar Kanununda kusursuz sorumluluk *çeşitleri* olarak düzenlenen “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu” ve “Yapı Malikinin Sorumluluğu” halleri ise, idare hukukunda “hizmetin kötü işlenmesi” ve “idari eylemden kaynaklanan sorumluluk” olarak hizmet kusuru içerisinde değerlendirilir.

Haksız fiillerden doğan kusurlu ve kusursuz sorumluluk halleri, Borçlar Kanununda müstakil bir ayırım halinde düzenlenmiştir(m. 49-76). Haksız fiillerden doğan borç ilişkilerinde kusurlu sorumluluk, zarar ve kusurun ispatı, tazminatın belirlenmesi ve müterafik kusur gibi belli nedenlerin gerçekleşmesi halinde hakkaniyet indirimi yapılması konuları, bu bölümde 49 ila 52. Maddelerde yer almaktadır. Fakat, bedensel zararlara ilişkin olarak, hükümet tasarısında ve Adalet Komisyonu raporunda yer almamasına rağmen, tazminatın belirlenmesi 55. Maddede ayrıca düzenlenmek suretiyle; hem kanunun kendi içindeki sistematığı bozulmuş, hem de Borçlar Hukuku sistematığı ve ilkeleri ile, hatta genel olarak hukuk sistemimiz ve Anayasa ile sorunlu bir durumun ortaya çıkmasına yol açılmıştır.

Şöyle ki;

Örneğin; Borçlar Kanununda kusursuz sorumluluk nedenleri arasında yer alan “adam çalıştıranın sorumluluğu”, sınırlı bir şekilde düzenlenmiş ve çalıştıranların sorumluluktan kurtulacağı hallere de buna ilişkin maddenin iki ayrı fıkrasında ayrıca yer verilmiştir. Oysa, idarenin kendi memurlarının yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan zarar gören karşısındaki sorumluluğu mutlakdır(Anayasa, m.129); Öyle ki, memurların konusu suç teşkil eden eylemlerinden bile (bu eylemlerin kamu görevinin sağladığı kolaylık ve imkanlarla işlenmesi halinde, görev yeri ve saatiyle bağlı olmaksızın) idarenin sorumlu olacağı da son dönemlerde içtihatlarla kabul edilmek suretiyle idarenin bu alandaki sorumluluğu sürekli geliştirilmektedir. Borçlar Kanunundaki adam çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin düzenleme(Borçlar Kanunu, m.55/2), idarenin bedensel zarar-

lardan sorumluluğunun Borçlar kanununa tabi tutan içeriğiyle, Anayasanın 129. Maddesi ile de (yani kapsamının dar olması yönüyle) sorunlu bir düzenlemedir.

Borçlar Kanununda kusurun ve zararın ispatı zarar görene aittir(m. 50). İdari yargıda da bu durum kural olmakla birlikte, resen araştırma ilkesinin uygulanması nedeniyle zarar görenin(davacı) durumu güçlü idare karşısında dengelenmeye çalışılmıştır. Borçlar Kanununu 55/2 maddesindeki düzenleme nedeniyle, sorumluluğun ve zararın tespitinde idari uyumsuzluklar bakımından da Borçlar Kanununun uygulanması gerekeceğinden, bedensel zararlar bakımından idari yargıda geçerli resen araştırma ilkesi de tartışmalı hale gelecek, bu da zarar görenin idare karşısındaki durumunu güçleştirecektir.

İdarenin sorumluluğuna ilişkin idari yargı uygulamaları, Borçlar Kanununun sorumluluk ilkeleriyle karşılanamayacak düzeylere erişmiştir. Bunda da şaşılacak bir yan yoktur: Çünkü, Borçlar Kanunu eşit kişiler arasındaki ilişkilerden doğan sorumlulukları düzenleme amacı güderken, idare hukuku, kamu hizmetlerini kamu yararına yürütmek, kamu düzenini sağlamak gibi görevleri nedeniyle kendisine yasalarla verilen üstün yetkileri(tek yanlı ve icrai karar alabilme, hatta bazen resen icraya ilişkin olan yetkileri) kullanabilen idare ile buna muhatap olan kişiler arasındaki sorumluluk ilişkilerini düzenlemektedir. Bu nedenlerle, idare hukukunda sorumluluk ilkeleri idarenin bu hukuksal yapısına uygun olarak gelişmiştir ve bu ilkeler idare hukukunun hem içeriğine hem de amacına uygundur. Örneğin, son zamanlarda; deprem dolayısıyla oluşan yıkımlar nedeniyle idarenin denetim yetkisini yeterince kullanmadığı, kamusal binaların imar hukuku ile fen kurallarına uygun yapılmadığı, imar mevzuatına aykırı olarak uygun olmayan zeminlerde yapılaşmaya yol açıldığı gibi gerekçelerle idarelerin hizmet kusuru bulunduğu kabul edilmiş ve sorumluluklarına karar verilmektedir. Hatta, kaçak yapılan yapıların depremde yıkılarak aile fertleri ölen kiracının açtığı davada, kaçak yapıyı önlemeyen belediyenin hizmet kusuru olduğuna karar verilerek idare aleyhine tazminata hükmedilmiştir.

Görüldüğü üzere, idare hukukunda, normalde hukukta mücbir sebep kabul edilerek sorumsuzluk haline örnek verilen deprem olayından dahi, idarenin kusurlu sorumluluğuna gidilebilecek kadar gelişmiş bir sorumluluk hukuku mevcuttur. Borçlar Kanunundaki sorumluluk halleri ise, hem kusur anlayışı hem de kusursuz sorumluluk nedenleri itibariyle idare hukukunun bünyesine uygun düşmemektedir.

Bu durumda, idarenin sorumlu olduğu bedensel zararlara ilişkin sorumluluk nedenlerinin Borçlar Kanununda düzenlenen sorumluluk nedenlerine tabi tutan Borçlar Kanununun 55/2. fıkrası, idarenin bazı hallerde sorumlu tutulamaması, bazı hallerde de idare memurlarına doğrudan görevlerine ilişkin konularla ilgili uyuşmazlıklarda bile doğrudan dava açılabilmesinin yolunu açtığı için, Anayasanın 129. Maddesine aykırı sonuçlara meydan verebilme potansiyeline sahip bulunmaktadır.

Öte yandan, hesaplanacak tazminat miktarında hakkaniyet nedeniyle indirim ya da artırım yapılmasını yasaklayan bahse konu 55. Madde hükmü, hem sorumluluk hukukunun genel ilkeleri ile (örneğin, müterafik kusurun dikkate alınmaması) çelişmekte, hem de yargılamanın içeriğine müdahale niteliği taşımaktadır. Dahası, haksız fiil sorumluluğunda bütün haksız fiil halleri için Borçlar Kanununda tazminatın belirlenmesi 51 ve 52. Maddede düzenlenmişken, 55. Maddede aynı konuda farklı düzenlemeye gidilmesi kanunun sistematığı açısından da bir sorun teşkil etmektedir. Öyle ki, bu madde kanundan olduğu gibi çıkartılsa, bir noksanlık meydana gelmemektedir.

O halde, yapılması gereken; hem genel hukuk sistemini hem de Borçlar Kanununun kendi insicamını bozan 55. Maddenin ilga edilerek, sadece bu maddenin birinci fıkrasında yer alan “rücu edilemeyen ödemelerin tazminat miktarından indirilemeyeceğine” ilişkin kısmının, tazminatın “indirilmesi” ne ilişkin düzenlemeler içeren 52. Madde sonuna bir fıkra olarak eklenmesinin uygun bir çözüm olabileceğini değerlendirmekteyiz.

Bedensel zararlarda sadece tazminatın miktarının belirlenmesine ilişkin esasların uygulanması bakımından da, İYUK 31.

Maddeye yapılacak bir eklemeye, Borçlar Kanununun 51 ve 52. Maddelerine yollama yapılması; ya da daha tercihe Şayan bir yöntem olarak, buradaki “rücu edilemeyen ödemelerin tazminatın belirlenmesinde dikkate alınamayacağına” ilişkin düzenlemenin doğrudan İYUK’a alınması düşünülebilir.

Öte yandan; idari eylemlerden kaynaklanan tam yargı davalarında İYUK 13. Maddede düzenlenen bir ve beş yıllık zamanaşımı sürelerinin, Borçlar Kanunundaki (m.72) düzenlemeye paralel olarak iki ve on yıllık sürelerle çıkartılması gerekmektedir. Hatta, idari işlemlerden kaynaklanan iptal davalarına ilişkin 60 günlük süreden farklı olarak, doğrudan(sadece) tam yargı davası açılması hallerinde daha uzun(bir yıl gibi) bir sürenin uygulanabileceği; dahası, idari işlemin uygulanması sırasında idarenin icra hareketleriyle gerçekleşen eylemlerden kaynaklanacak tam yargı davalarının da, doğrudan idari eylemlerden kaynaklanan tam yargı davalarının hukuki rejimine tabi tutulabileceği değerlendirilmektedir. Önerilen bu düzenlemeler, hakların korunmasının maddi ve usuli boyutu (hak arama hürriyeti) bağlamında büyük önem taşımaktadır.

Av. SABİHA TEKİN- Değerli Hocam, çok teşekkür ediyorum bilgilendirme ve katkılarınız için, 20 dakikalık zamanımız var. Değerli katılımcılarımızdan hocalarımıza soru sormak isteyen var mı? Aslında ben yazılı gelsin diye arzu etmiőtım, ama vakit sıkıntısı nedeniyle vakit kaybetmeyelim. Hocam, uygunsanız, sizler için de uygunsu soru sormak isteyen var mı? Buyurun. Önce kime olduğunu da aktarabilirsiniz.

Av. MEHMET BEYAZIT BORAN- Öncelikle Sayın Başkanım, değerli katılımcılara teşekkür ediyorum. Sayın Zehra Odyakmaz'ın Danıőtayımıza yaptığı öneriden dolayı Őükranlarımı sunuyorum. Fakat ben sadece Danıştaya değil, aynı zamanda Yargıtaya da o önerinin teőmil edilmesini talep ediyorum.

Değerli katılımcıların anlattığı gibi, özellikle Sayın Akıncı'nın rücu konusunda, yani idarenin neden olduğu zararlarda kiőtıye rücu konusunda maalesef bir parlamenterimizin bir soru önergesine verilen yanıtta Maliye Bakanlığının bu rücu konusuna fazla sıcak yaklaőtmadıęı veyahut da yandaş olmaları hesabıyla rücuya baőturmadaıęı konusunda soru önergesine verilen yanıtta bunu görüyoruz. Bu doğru değildir, kesinlikle doğru değildir. Sayın Akıncı'nın da değindiği gibi hazinemizde bir azalmaya söz konusu neden oluyor ve bizim ödediğimiz vergilerle yanlış yapan o idarenin kamu görevlisinin hatalarını kusursuz, hatasız yurttaőtlarımızın vergileriyle finanse ediliyor ki bu kabul edilemez. Bu hukuk devleti ilkesi açısından da son derece sakıncalı. Sayın Akıncı'ya bu konuda acaba neler yapılabilir, o soruyu yöneltmek istiyorum. Teşekkür ederim.

Av. SABİHA TEKİN- Teşekkür ederiz. Buyurun Hocam.

Prof. Dr. MÜSLÜM AKINCI- Şimdi rücu biliyorsunuz ancak kusuru oranında kim kusurluysa, gerçek kiőtıye yönelik bir tespittir ve gerçek kiőtıye ... (141.33) bir yönüyle, o nedenle burada aslında idareyi sorumlu tutan sebep iőtın gerçeği çoğunlukla insani boyuttur. Saygıdeğer Hocam çok güzel söylediler, zaten bir kelime dahi, bir virgül kadar dahi bir ekleme yapma haddimize bile değil. İdarede ben de söyledim, öncelikle asıl olan kusur sorumluluğudur. Yargıç kusura iliőtkin analizi so-

nuna kadar her türlü hukuki ve teknik araçlarla -ki bu teknik araçların büyük çoğunluğu da bilirkişiler marifetiyle olacaktır, çözümü özel ve uzmanlığı gerektiren bir husus mevcutsa, bununla ortada bir kusur var mıdır, yok mudur, bunun tespitini yapmaya çalışacaktır. Hedef ne? Hedef burada bu kusura sebep olan kişiyi tespit etmektir ve kişiye de bunu yüklemektir. O nedenle aslında kusur sorumluluğuna ağırlık verilen yargı anlayışında ve sorumluluk anlayışında amaç kişinin hatasını hatırlatmak ve bir daha hata yapmasını önlemektir. Yapanın yanına kâr kaldığı bir mekanizmayı siz öne alırsanız, o zaman bu hatalar tekrarlanacaktır ve o zaman ortada bizim hatadan arınmış yeni bir idari anlayış, yeni bir hukuk devleti anlayışı tesis etme olanağımız yok. Ben ondan dolayı diyorum, Hocam da zaten ısrarla söylüyor, biz kusursuz sorumluluğu tartışıyoruz ki o karar benim de çok dikkatimi çekti, yapacağı halde yapamadı diye bahsediyor. Hani biri söyler, şahidi beraber diye bir laf vardır. Ondan sonra kendisi zaten kusur olduğunu söylüyor yargı yeri, amaç burada demek ki rücu mekanizmasını harekete geçirerek devlet adına ve günlük yaşam pratiğine aslında yön veren bizim de birebir karşı karşıya kaldığımız devleti bize hissettiren o teknik idare mekanizmasına hatasını hatırlatmaktır. Maalesef bu hatadan soyutlama yoluyla idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmesi sizin de çok güzel belirttiğiniz gibi iyi bir hukuk devleti adına iyi bir sonuç vermiyor. Çözüm dediğim gibi yargının elinde, benim elimde başka bir sihirli öneri formülü yok.

SALONDAN- Efendim, Sayın Günday'ın da belirttiği gibi Anayasamızın 129. maddesinde emredici bir hüküm var. Diyor ki: *"İdarenin uğradığı zararlar daha sonra neden olunan kişiye kusuru nispetinde rücu edilir"* Emredici bir hüküm, yani edilebilir veyahut da müracaat edilip edilmediğini Maliye Bakanlığının yetkisine bırakmıyor Anayasamızın 129. maddesine göre, fakat ne yazık ki mesela, yargı konusunda hatalı kararlar veren hakimlerimizin -tabii bu bütün hakimlerimizi aynı şekilde suçlama anlamına gelmiyor- adil yargılama hatası yüzünden Türkiye'nin 12 000 000 dolar tazminata mahkûm edildiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden gelen cezalardan bellidir.

Fakat bunların hiçbirisinde Maliye Bakanlığı “*yahu, sen hatalı karar verdin, sen bu hatalı karar verdiğin için devlet bu parayı ödedi. Sen bu parayı bize geri öde*” dememiŐtir adil yargılama hakkının ihlal edilmesi yüzünden bu yargıyla ilgili alanda, ben tabii sizin de buyurduğunuz gibi bütün konularda Anayasamızın 129. maddesinin emredici hükmünün kesinlikle uygulanmasını talep ediyorum. Sayın Odyakmaz’ın da dediği gibi bizim mevzuatımızda veyahut da Őeyimizde herhangi bir sorun yok, kesinlikle yok. Sayın Odyakmaz’ı saygıyla burada tekrar takdir ediyorum, kesinlikle bizim mevzuatımızda bu konuda bir açığımız, bir gediğimiz yok. Sayın Günday’ın dediği gibi Anayasamızın 90. maddesine göre uluslararası sözleşmeler Türkiye’de bir iç hukuk haline gelmiştir, emredici hale gelmiştir. Bizim iç hukukumuzla uluslararası sözleşmeler çatıştığı zaman iç hukukumuza değil, temel haklar konusundaki uluslararası sözleşmelere uğrayacaksınız diye emredici bir hüküm vardır. Teşekkür ederim Efendim.

SALONDAN- Bir ekleme yapabilir miyim?

Av. SABİHA TEKİN- Lütfen, daha sonra, vakit darlığından dolayı soruları alıp, en azından birbiriyle ilintili daha çok spesifik olmasını rica ediyoruz. Vaktimiz çok dar, hiç değilse birbiriyle ilintili olanları değerlendirebilelim. Yoksa uzun bir konu anlatımına dönecek, maalesef öyle bir vaktimiz yok. Buyurun Hocam.

Prof. Dr. MÜSLÜM AKINCI- Aslında tabii rücu meselesi dediğim gibi daha sonra idarenin ilgili kişiye yönelerek Şimdi bir yargısal yolla ancak elde edilebilen bir sonuçtur. Önce idarenin kusurlu sorumluluğuna hükmediliyor, arkasında bu sefer idare dediğiniz gibi 129’a sonu harekete geçirmek üzere bu sefer dönüp dava açıyor adli yargıda ilgili kişiye, orada dönüyorlar, yeniden bir kusur tartımına giriliyor. İŞte sorun da orada ortaya çıkıyor zaten, ne kadar kusuru var, ne kadar yok? Şimdi biraz gerçekçi olmak gerekiyor. Ben aslında çok böyle toptancı genellemelerden hep kaçınan biriyimdir. İdare kim, devlet kim? Aslında biz masanın biraz bu tarafındayız, bazen de öbür tarafındayız. Devlet biziz, aslında hepimiziz. İdare

kim? İdare de hepimiz, aslında idare öteki değil, bizim hedefimiz, hedef alacağımız böyle bir şey, bir mekanizma değil. Bir gün oluyor siz belediye başkanı oluyorsunuz, bir gün oluyor ben rektör oluyorum, bir gün oluyor Hocam dekan oluyorlar, vesaire. Yani idare dediğimiz şey bizden müteşekkil bir yapı, dolayısıyla korumamız gereken bir şey aslında, titizlikle hepimizin aslında üzerinde durarak korumamız gereken bir mekanizma, ama bizde Ali Hocamın çok güzel söylediği gibi yetki var, bu sefer yetkiye koşuyoruz, ama işin sorumluluk boyutuna gelince ya unutuyoruz ya da o sorumluluğa yüzümüzü dönüyoruz. İşte o sorumluluğu bize yargı yeri hatırlattığı zaman aslında bu mekanizma bir daha bu hatayı tekrar etmeyi önlemeye yöneliktir. Teşekkürler.

Av. SABİHA TEKİN- Teşekkür ederiz. Bir yazılı soru geldi Sayın Akyıldız Hocamıza, kısaca alabilir miyiz Hocam?

Prof. Dr. ALİ AKYILDIZ- Evet, tabii ki ama hocalar biraz uzun konuşur. Montesquieu'yu hatırladım: *"Hukuki metinler sihirli değnekler değillerdir"* der. Onun için birtakım düzenlemeler elbette yapılabilir, Anayasa Uzlaşma Komisyonunda, o partiler arası komisyonda, işte Ahmet İyimaya Beyle birlikte olduğumuz komisyonda ben bilim adamı olarak oradaydım. *"Sayıştayın görevleri arasına bunu açıkça koyalım"* dedik, öyle bir formül bulduk, ama hukuki metinler sihirli değnek değildir.

Gelen soru şu: Yolların dar yapılması, altgeçit, trafik ışıklarının konulmasından kaynaklanan kararlar da imar hukuku bakımından hangi kapsamda değerlendirilir? Bunların tabii ki hepsi imar hukukuyla ilgili konulardır. Mesela, bir yere yanlış yapılanma sonucunda sel birikintisiyle İstanbul'da ölümler oldu, hatta toplu ölümler oldu, vesaire. Bunların hepsi tamamen imar hukukundaki yetkilerin gereği gibi kullanılmamasından, kötü kullanılmasından kaynaklanan hususlardır. İdarenin tabii bu ışık, falan biraz bayındırlık işine de girebilir, ama sonuçta idarenin sorumluluğunu gerektiren yetkilerdir. Bunların gereği gibi kullanılmaması da aynı şekilde hizmet kusuru teşkil eder.

Av. SABİHA TEKİN- Teşekkürler Hocam. Şimdi Metin Günday Hocamıza bir soru yöneldi, buyurun Hocam.

Prof. Dr. METİN GÜNDAY- *“Terörle mücadelede yararlanan personelin, yani kamu görevlisinin vücut fonksiyonuna ilişkin, vücut fonksiyonu kaybına ilişkin idare mahkemelerinde açılan davalarda maddi tazminat talepleri reddedilmektedir”* diyorsunuz, değil mi? Bunu soruyorsunuz. Buna ne gerekçeyle bu ret kararı verildiğini de biliyor musunuz? Davayı niye reddediyorlar?

SALONDAN- Asliye hukukta mesela, benzer bir trafik kazasında yaralanan personele vücut fonksiyon kaybında asliye hukuk mahkemeleri maddi tazminat taleplerini kabul ederken idare mahkemesi terörle mücadele ederken yaralanan kolluk personellerinin davalarda vücut fonksiyon kaybı yüzde 20, yüzde 40 olmasına rağmen herhangi bir maddi tazminat ödenmemesi yönünde kararlar vermektedir.

Prof. Dr. METİN GÜNDAY- Şimdi muhtemelen şu gerekçesi idare mahkemesinin, bilmiyorum, ama şimdi bu terörle mücadele eden personel kamu görevlisi, bizde bir Nakdi Tazminat Kanunu var. 2440 sayılı zannediyorum bir Maddi Tazminat Hakkındaki Kanun, sonra o kanuna galiba daha sonra bir ilave de yapılıyor. Bu kolluk görevlerinin terörle mücadele sırasında veya terör nedeniyle ölümleri, yaralanmaları, sakatlanmaları halinde kendilerine gene bu kanunla, 2440 sayılı Nakdi Tazminat Kanununa göre tazminat ödeniyor ve maaş bağlanacağı belirtiliyor. Muhtemelen bilmiyorum dediğim gibi idare mahkemeleri bu nedenle zaten kanun gereği bu tazminatın, maddi tazminatın, zaten o da Nakdi Tazminat Kanunu, yani 2440 maddi zararları karşılamak için yasa gereği böyle bir şey öngörüldüğü için muhtemelen bu nedenle reddettiklerini zannediyorum, ama dediğim gibi elimde bir şey yok. Zaten 2440 sayılı Yasaya göre tazminat alacaktır bunlar diyor. Burada şu sorun olabilir, onu bilemem: Acaba gerçekten uğramış olduğu maddi zarar somut olarak kendisine 2440 sayılı Yasa uyarınca ödenecek olan tazminattan fazla olursa ne olur? O zaman bana göre bunun tamam, evet 2330 sayılı, yanlış söyledim, 2330 sayılı ilaveten bir de buna ilave yapılıyor bu Terörle Mücadele kanununa, dolayısıyla muhtemelen idare mahkemesi bu nedenle reddetmiş olabilir, ama eğer uğradığı zarar bu kamu görevlisinin bu nedenle daha fazlaysa, bu takdirde genel hükümlere göre bir dava açmasında gene sakınca olmamak gerekir.

Av. SABİHA TEKİN- Çok teşekkürler Hocam. Şimdi Doç. Dr. Bayram Keskin Hocamıza 2-3 dakika söz hakkı vermek istiyorum, ondan sonra da oturumumuzu kapatacağız. Buyurun Hocam.

Doç. Dr. BAYRAM KESKİN- Teşekkür ediyorum Sayın Başkan. Tabii ben de asistanlığını yaptığım Sayın Odyakmaz ve doktora tez danışmanlığını yapan Sayın Günday'la aynı kürsüde olmanın onurunu, heyecanını yaşamaktayım. Zehra Hocamla beraber sağık hizmetinden kaynaklı idarenin sorumluluğunu hazırladık, birkaç ilavem olacak. Tabii bu davalar, sağık hizmetinden kaynaklı tam yargı davalarında sorumluluk Danıştay 10'a aitti ta ki 2013 senesine kadar, 2013'ten itibaren 15. Daireye geçince bu görev ve sorumluluk içtihatlarda da bir değıŐim ve gelişim olduğunu görmekteyiz. Örneğın, organizasyondan kaynaklı bir eksiklik varsa artık idareye burada tazminat idare aleyhine tazminata hükmedilir oldu. Tazminat hesapları hakeza değıŐir oldu. İşte hasta bakımına ilişkin giderler maddi tazminata dahil oldu. Tabii bunlar sevindirici gelişmelerdi. Ancak Hocamın da bahsettiğı Anayasa Mahkemesi kararından sonra toplanan büyük heyet kararı bir hayal kırıklığı nezdimizde yarattı. Şöyle ki, Anayasa Mahkemesi eksik evraktan kaynaklı sorumluluğı dayanak yapmışken gerekçesinde artık Danıştay evrak eksikliğini, yani yıllar öncesindeki bir olaydan mütevellit evrak eksikliğinin kararda dayanak olmayacağını heyet olarak kararlaŐtırmış durumda. Tabii bunu kabul etmek mümkün değıl. İkincisi, belki avukat meslektaşlarımızın üzerinde düşünmesi gereken bir durum: Maddi ve manevi tazminatların bu davaların konusu olup olamayacağı. Anayasa Mahkemesi başka düşünüyor, Yargıtay büyük heyet olarak başka karar alıyor. Bu farklı içtihatların giderilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Tabii biz kusursuz sorumluluğı doğru bir öneride bulunurken Fransa'daki örneklerimizi de araŐtırdık. Fransa bu meseleyi 1990'lı yıllarda çözmüş. Örneğın, Paris İdare Mahkemesinin 90'da vermiş olduğu EPHO ... (156.24) kararında bir AIDS vakasında hastanede çalışmakta olan bir hemşire var. Eline iğne batıyor, hemşire AIDS virüsüne yakalanıyor. Evli, eŐi de aynı hastalığı yakalanıyor. Paris

İdare Mahkemesi diyor ki: “EŐi tazminat almalıdır, üçüncü şahıstır, bu olaydan kaynaklı zarar görendir” Hakeza 1990’lı yıllarda yine Lyon İdari İstinaf Mahkemesinde verilen bir karar var ki Gomez kararı diyoruz buna, eğer yeni bir tıbbi yöntem geliştiriliyorsa ve bir hasta üzerinde deneniyorsa, burada olağanüstü bir risk vardır ve bu olağanüstü riskten kaynaklı bir zarar meydana geldiye, idare artık bunu kusursuz sorumluluğa dayalı olarak da tazmin etmelidir. Bu kararları sizinle paylaşmak istedim, DanıŐtayımızın artık kan ve türevleri ya da benzeri olaylarda kusur sorumluluğundan kusursuz sorumluluğa geçmesi gerektiğini biz Paris’teki, Lyon’daki ya da Konsey Data’da kararlara dayalı olarak gerekçelendirdik. Teşekkür ediyorum.

Av. SABİHA TEKİN- Çok teşekkürler Hocam. Buyurun, mikrofonu verebilir miyiz? 5-10 dakika zamanımız kaldı, sorularla değerlendirelim.

Av. HAMZA GÜL (Bitlis Barosu)- Efendim, başta tabii Metin Hocam olmak üzere yine aynı yakın anlamda tebliğ sunan diğer akademisyen hocamızdan rica edeceğim. Şimdi tabii terör sorumluluğu, devletin terör olaylarından zarar görenlerle ilgili sorumluluğu konusu anlamında Şunu soracağım: Bugün binlerce teröristi olan, hatta devletimizin, idarenin teröristlere devleti terk ettiği ve uzaktan yakından herkesin ailesinden birer teröristin olduğu bir ülke durumuna geldik. Daha önce de tabii terör örgütüyle mücadele ederken bir de teröre, yani idarenin yapması gereken sorumluluklarını yerine getirmesinden bahsettik. Değerli hocalarımdan özellikle, tabii bir de ayrıca başka bir örgüt var, yıllardır kan akıtıyor ülkemizde, milyarlarca dolar maddi zararlara neden oluyor, ama işte genç, daha reşit tabii sadece 18 yaşın ikmaliyle rüŐt olunmuyor tabii, genç yaŐtaki çocukların o örgüte üye olmasının ortamı var ülkemizde ve onlar gidip o örgüte üye oluyorlar. Bir de o boyut var. Şimdi biz tabii bu tür aileleri gördüğümüz zaman anne ve babaların nasıl acılar çektiğini, ailelerin nasıl acılar çektiğini biliyoruz oğullarının gidip bir terör örgütü üye olmasından dolayı ve bugün de söylediğimiz bağlamda bu ülkede terör örgütlerine devletin teslim edildiğine Şahit oluyoruz. Daha sonra bunu hepimiz acı bir Şekilde bedelini ödüyoruz. Bu konuda

hocalarımızdan başta Metin Hocam olmak üzere sorumluluk konusunda açıklamalar bekliyoruz. Değerli görüşlerine çok teşekkür ederim.

Prof. Dr. METİN GÜNDAY- Bu gençlerin terör örgütlerinin eline geçmesi, onların tarafından terör örgütü faaliyetlerine katılması, burada da devlete çok önemli görevler düşüyor. Siz diyorsunuz ki bu şekilde bir nevi bunlara yol açılmış oluyor. Fakat ben tabii daha geniş şeyde, yani bu bir terörle mücadele faaliyeti var, devletin o da asli faaliyetlerinden biri, terörle mücadele edecek, değil mi? Bu terörle mücadele etmesi sırasında da birtakım zararlar ortaya çıkabilir, çıkmıştır da. Örneğin, zaten terörle mücadele faaliyeti çok riskli bir faaliyettir, riskli bir idari eylemdir. Bu faaliyette kullanılan veya kullanılması zorunlu olan araç-gereç, vesaire, bunlar da son derece risk taşıyan araç gereçtir. Dolayısıyla bunlardan zarar çıkabilir. Burada idarenin ölçüsüz davranmışsa, hukuka aykırı davranmışsa, hiçbir terör örgütüyle bağlantısı olmadığı halde bu mücadele sırasında tamamen mağdur olan insanlara zarar vermişse, bundan dolayı tabii hizmet kusuru vardır ve sorumludur. Bunda bir problem yok, ama bu kusursuz sorumluluk bu şeyde, terörle mücadele faaliyetlerinde kusursuz sorumluluğu izah etmek daha kolay bir şey. Eğer hizmet kusuru tespit edilemiyorsa bu anlamda, o zaman denilebilir ki bu riskli bir faaliyettir, zaten risk içeren bir faaliyettir. Dolayısıyla genel risk kuramı uyarınca bunun idarece kusursuz olarak idarenin sorumluluğu olması gerekir. İkincisi, terör eylemleri, o ayrı bir şey. O dediğim gibi tamamen teröristlerin eylemi olduğu halde bu ikinci şey bakımından birincisinde aktif bir eylemi var idarenin, terörle mücadelede aktif olarak bir eylem, ikincisinde neden sorumlu? Çünkü önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği olaylar nedeniyle ortaya çıkan ihmali eylemden sorumlu oluyor. Burada sizin söylediğiniz bağlamda tabii ki çok genel olarak söylediğimde o gençler, o şeyler tabii kandırılıyor, götürülüyor, terör örgütüne üye yapılıyor. Onların hepsi gerçek, ama ben daha şeyde bütün bunlardan sonra ortaya çıkan bir terör eyleminde idarenin sorumluluğu, yani bizim konumuz da buydu zaten.

Av. SABİHA TEKİN- Evet, konumuz da bu, çok teşekkür ediyoruz Hocam. Bir soru da Bayram Hocamıza gelmişti.

Doç. Dr. BAYRAM KESKİN- Serdar Özden Beyefendi sormuş iki sorusunu: Komplikasyon hukuki bir kavram mıdır, tıbbi karşılığı var mıdır? Evet, komplikasyon sağlık hukukunda kullandığımız bir kavramdır, teknik bir tabirdir. İzin verilen risk anlamındadır. Daha geniş tanımı var, ama bunu biz bildirimizde yazılı hale getirdiğimizde görebileceksiniz. İkinci soru: Kusur insan merkezlidir, oysa zarar idarenin eyleminden kaynaklanıyor. Her durumda kusuru tespit etmek zarar görene düŐmeli mi? Evet, burada insan merkezli ve idarenin eyleminden kaynaklanıyor ve hakikaten tespit etmesi de zor. İdare bir kere olayın tarafı, tüm bilgi, belgeler idarede ve karşılaşılan vakalarda da bilgi, belgelere erişim söz konusu olamayabiliyor yıllar sonraki davalarda, nitekim Anayasa Mahkemesi 19 Temmuzda hak ihlali gerekçesi olarak bilgi, belgelere eriŐilememesini dayanak, müstenidat yapmıştır. Bunun içindir ki biz özellikle bazı vakalarda kusursuz sorumluluğu önermekteyiz. Sebebi buradaki ispat külfeti en azından davacı üzerinde kalmasın.

Av. SABİHA TEKİN- Çok teşekkür ediyoruz. Zamanımız doldu, ben konferansımıza katkı sunan çok değerli konuşmacılarımıza huzurlarınızda bir kez daha teşekkür ediyorum. Siz değerli katılımcılarımıza da çok teşekkür ediyor, saygı ve sevgilerimi sunuyorum. Bir plaket takdimimiz var, buyurun lütfe. Teşekkürler, sağ olun.

SUNUCU- Konuşmacılarımıza değerli paylaşımlarından dolayı teşekkür ediyoruz ve plaketlerini takdim etmek üzere Türkiye Barolar Birliği Başkanı Başdanışmanı Av. Prof. Dr. Sayın Necdet Basa'yı sahneye davet ediyorum efendim.

Değerli konuklar, 3. Oturumumuz sona ermiştir. 4. Oturum saat 14.30' da başlayacaktır, teşekkürler.

*AKİT DIŞI KUSURSUZ SORUMLULUKTA
BEDENSEL ZARARLAR ULUSLARARASI KONGRESİ*

2. GÜN

4. Oturum

YAPI MALİKİNİN SORUMLULUĞU

SUNUCU-Saygıdeğer hanımefendiler, beyefendiler, çok değerli misafirlerimiz; *“Yapı Malikinin Sorumluluğu”* konu başlıklı 4. Oturumun Başkanlığını yapmak üzere Türkiye Barolar Birliği Başkanı Başdanışmanı Av. Prof. Dr. Sayın Necdet Basa’yı, konuşmacılar İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Prof. Dr. Sayın Haluk Burcuoğlu’nun kalp ameliyatı geçirmesi nedeniyle kendilerine acil şifalar diliyor, saygılarımızı sunuyoruz. Sayın Burcuoğlu’nun *“Bina ve Yapım Eseri Malikinin Genel Olarak Sorumluluğu”* konu başlıklı tebliğini sunmak üzere Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Av. Prof. Dr. Sayın Çağlar Özel’i, *“Yapı Malikinin Sorumluluğunda Zamanaşımı Sorunu”* konu başlıklı sunumunu yapmak üzere Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Doç. Dr. İpek Yücer Aktürk’ün üniversitedeki görevi nedeniyle yerine tebliğ sunmak üzere Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Dr. Sayın Ümit Vefa Özbay’ı, *“Türk Borçlar Kanununun Madde 69.3 Hükmü Uyarınca Yapıdaki Bozukluk ve Bakım Eksikliği Kavramları Işığında Rücu İlişkisi”* konu başlıklı sunumunu yapmak üzere İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Dr. Sayın Bahar Öcal’ı, *“Sorumlulukların Yarışması Bağlamında Bina ve Yapı Eseri Malikinin Sorumluluğu”* konu başlıklı sunumunu yapmak üzere Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Dr. Sayın Derya Ateş’i sahneye davet ediyorum. *“Doğal Afetler Sebebiyle Ortaya Çıkan Bedensel Zararlarda Sorumluluk”* konu başlıklı sunumunu yapacak olan Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Dr. Sayın Şafak Parlak Börü Hanımefendinin çok değerli babasının ve kendilerinin rahatsızlığından dolayı kendilerine acil şifalar diliyoruz.

Av. Prof. Dr. NECDET BASA- Saygıdeğer katılımcılar, öğleden sonraki oturumumuza -ki bu 4. Oturumdur- başlıyoruz. Önce kalp krizi geçiren yakın dostumuz, değerli Hocamız Haluk Burcuoğlu’na acil şifalar diliyoruz, aynı şekilde Dr. Şafak Börü Hanımefendi Hocamıza da, babalarına her şeyden önce, kendileri de yalnız herhalde çok fazla etkilenmişler, o nedenle onu da hastaneye kaldırmışlar bildirim kadarıyla, her ikisine acil şifalar diliyoruz. Haluk Hocanın yerine biraz önce arkadaşımız da ifade etti, Hacettepe Üniversitesinin önceki dekanı

-onu söylemeyi unuttu arkadaşımız- Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi'nin şimdiki Dekanı Prof. Çağlar Özel Hoca Haluk Hocamızın yerine tebliğı sunacak. Bütün değerli konuşmacılara, hepsine hoş geldiniz diyorum. Çok yoğun bir katılımla büyük bir dikkatle izlediğimizi görüyorum. Konular birbirinden önemli. Değerli katılımcılar, hattı zatında böylesine uluslararası bir sempozyumun, kongrenin 4 gün sürmesi çok alışılmış bir şey değil, en azından 2.5 saat süren bir oturumun uzun olduğunu bilecek kadar da tecrübeliyiz hepimiz, ancak o kadar birbiri içine girmiş o kadar ayrıntısı bol konuları tartışıyoruz ki sizler de farkındasınız, sizlerin bir bölümünüz mesleğı biz-zat uygulayan değerli arkadaşlarımızınız, başka türlü sığdırma imkanı bulamadık. İşte Sema Hanım oturuyor orada, haftalar süren çok titiz bir çalışmanın sonucu ancak bu kadarını sığdırabildik. Yoksa 6-7 gün sürmesi söz konusuydu. Bundan sonraki toplantıyı, bu toplantıda önemli bir eksiğın olduğunu biliyoruz. Bunu özellikle Yargıtaydan gelen değerli dostlarımızın ikazlarıyla da çok daha pekiştirmiş vaziyetteyiz. Uygulamanın da daha ağırlıklı olarak bu arada ele alınmasının gereğı çok açıktır. Bundan sonra ilk fırsatta uygulama ağırlıklı olarak böyle bir toplantı düzenleyeceğiz. Bunu da bu kürsüden değerli dostlarıma bakarak -Yargıtay mensubu arkadaşlarım, hoş geldiniz- ifade etmiş olayım. Onu Türkiye Barolar Birliğinin Başkanı Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu hepiniz tanıyorsunuz, Metin Hocayla da konuştuk bu konuyu, çok süratli bir biçimde yapmamız, bu toplantıyı gerçekleştirmemiz ricasında bulundu. Elinizdeki programda oturum başkanı olarak Av. Hüseyin Özbek yazıyor. Hüseyin Hoca, değerli dostum Türkiye Barolar Birliğı başkan vekilidir, odalarımız zaten yan yana, o bakımdan hiç fark etmez, Hüseyin Hoca İstanbul'dan gelemedi. Orada Barolar Birliğıyle bir başka etkinliğe katılmak zorundaydı. O nedenle karşınızda şu anda ben varım. Dün olduğu gibi şöyle 3-5 dakikalığına olsa dahi bir korsan bildiri sunmayacağım, hemen konuya geçmek istiyorum. *"Yapı Malikinin Sorumluluğı"* üst başlığımız, *"Bina ve Yapı Eseri Malikinin Genel Olarak Sorumluluğı"* onun altındaki hemen ilk başlığımız. Konu o kadar çok bölümüyle o kadar çok kişi, kurum ve kuruluşu ilgilendiri-

yor ki o nedenle hemen yetkin değerli konuşmacılarımıza sözü derhal veriyorum. İlk konuşmacı dediğimiz gibi Haluk Hoca katılmadı, onun yerine Prof. Dr. ağlar Özel Hoca “*Bina ve Yapı Eseri Malikinin Genel Olarak Sorumluluğu*” başlığıyla tebliğini sunacak. Değerli dostum sevgili Prof. ağlar Özel Hocam, buyurunuz, söz sizin efendim.

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN YAPI MALİKİNİN SORUMLULUĞU'NU DÜZENLEYEN 69 VE 70. MADDELERİ HAKKINDA

Prof. Dr. Çağlar ÖZEL'in sunumu ile*

*Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU**

Çok teşekkür ediyorum Sayın Hocam, Sayın Başkan. Ben de öncelikle sözlerime çok yakın zamanda kaybettiğimiz Prof. Dr. Rona Serozan'ı anarak başlamak istiyorum. Kendisi gerçekten çok değerli bir hukukçu, medeni hukukçu, aynı zamanda benim doktora danışmanımıydı, Allah'tan rahmet diliyorum. Şimdi sözlerime başlarken onu hemen söyleyeyim. Yine sözlerime başlarken bu oturumun ilk konuşmacısı olarak hepimizi saygıyla selamlıyorum.

Tabii bu oturumun ilk konuşmacısı değil, bir bakıma çakma konuşmacısı olarak da söyleyebilirim kendimi, çünkü şimdi Haluk Hoca burada olsaydı, Haluk Hoca ilk önce ne yapacaktı? Ceketini bir çıkaracaktı, tabii izin isteyerek, çok kibardır Sayın Hocam, sonra kollarını bir sıvayacaktı, kırıracaktı ve ondan sonra tabii ki kravatını bir gevşetecekti ve bir illüzyon içerisinde sizlere bu konuyu anlatacaktı, ama maalesef benimle yetineceksiniz bu sefer. Her şeyin iyi tarafı da var, kötü tarafı da var, ama en azından burada Hocamızın yazdıklarının buraya aktarılması gerçekleşmiş olacak. Bu vesileyle onu da söylemiş olayım. Tabii Hocanın ağzından ben bunu anlatacağım, daha doğrusu Hocanın tebliğini okuyacağım, o anlamda lütfen karıştırmayın, zaten zor karıştırmak.

* Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi

I - GİRİŞ:

Bugünkü tebliğın konusunu oluşturan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 69 ve 70. maddeleri, sempozyumun ana teması *bedensel zararlar ve tazmin edilmesi* konusu ile yakın bağlantı içindedir kanısındayım. Öyle ya, bu maddelerde düzenlenen sorumluluğın yani tazminat ödeme yükümlülüğünün gündeme gelmesini gerektirecek olan zararlar, çok büyük çoğunlukla bedensel zararlardır. Bedensel zararlar bir yandan maddi tazminatı, diğeryandan da manevi tazminatı gerektirebilirler. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunumuzun 53 ile 58. Maddeleri bu konuları ayrıntılı olarak düzenlemiş bulunmaktadır.

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu'nun 69 ve 70. maddeleri, önceki Borçlar Kanunu'nun 58 ve 59. maddelerini karşılamaktadır. Hemen belirtmek gerekir, önceki 58. maddenin yerini alan yeni 69. madde, sorumlu tutulabilecek kişilerin çevresini genişletmiştir. Önceki kanun döneminde 58. madde çerçevesinde bina ve yapı eseri kaynaklı zararlardan sorumlu tutulabilecek olan kişinin yalnızca bina ve yapı eserinin maliki iken, yeni 69. maddesinin 2. fıkrası, intifa ve oturma hakkı sahiplerini de sorumlu olabilecekler arasına yerleŐtirmiŐtir. Yeni hüküm aynen şöyledir: "*İntifa ve oturma hakkı sahipleri de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan malikle birlikte sorumludurlar*".

Yapıdaki eksikliklerden sorumluluk, önceki Borçlar Kanunu döneminde olduğu gibi, Türk Borçlar Kanunu döneminde de önemli kusursuz sorumluluk hallerinden biri olarak nitelendirilmektedir. Hatta, bu sorumluluğın, kusursuz sorumluluklar içerisinde en ağırı olduğu, zira, bu sorumlulukta kurtuluş kanıtı, olanağı bulunmadığı kabul edilmektedir. Önceki kanun dönemindeki kurtuluş kanıtı getirilmesi olanaksız kusursuz sorumluluk olarak nitelendirilen yapı malikinin sorumluluğuhakkındaki bu nitellemenin çok da doğru olmadığı inancındayım. Sorumluluğın dayanağı konusunda görüş birliğı bulunmadığı belirtilmelidir. Sorumluluğın *özen sorumluluğı, tehlike sorumluluğı, kısmen tehlike kısmen menfaatler dengesi sorumluluğı*, nihayet *bina veya yapıya sahip olma nedeniyle*

sorumluluk olarak nitelendirildiği görölmektedir¹. Sorumluluğun dayanağı konusundaki farklı görüşlerin, sorumluluğun sonuçları bakımından farklılıklar yaratmadığı söylenebilir.

AŞağıda Türk Borçlar Kanunu'nun 69 ve 70. Maddesinin uygulama koşulları genel olarak ele alınacaktır.

II - YAPI MALİKİNİN SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI

1) Tazminat ödeme yükümlülüğü anlamındaki herhangi bir sorumluluğun koşullarının irdelenmesine, hiç kuşkusuz, bu sorumluluğu düzenleyen yasa hükmünden başlanılması gerekir. **Türk Borçlar Kanunu'nun 69 ve 70. maddelerinin içerikleri** aynen őyledir:

Yapı Malikinin Sorumluluğu a. Giderim Yükümlülüğu

Madde 69: *Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımlarındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.*

İntifa ve oturma hakkı sahipleri de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, malikle birlikte müteselsilen sorumludurlar.

Sorumluların, bu sebeplerle kendilerine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu hakkı saklıdır".

b. Zarar Tehlikesini Önleme

Madde 70: *"Bir başkasına ait bina veya diğer yapı eserlerinden zarar görme tehlikesiyle karşılaŐan kişi, bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını hak sahiplerinden isteyebilir.*

¹ Sorumluluğu dayanağı ile ilgili farklı görüşler için bkz. Ece BAŞ, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina ve Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk, TBK m. 69 (BK m. 58), İstanbul 2011, s. 45 vd.; M, Kemal OĞUZMAN/ M. Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genişletilmiş 13. Bası, Cilt II, İstanbul 2017, s. 172-173; Fikret EREN, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 20. Bası, Ankara 2016, s. 666-667; Gökhan ANTALYA, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt II, Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri, Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri, İstanbul 2015, s. 309-310; Halük TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 163-164.

Kişilerin ve malların korunması hakkındaki kamu hukuku hü-kümleri saklıdır”.

2) 69. maddenin söylemine göre ilk olarak ele alınması gereken *bina* ve *diğer yapı eseri* sözcüklerinden ne anlaşılması gerekeceğidir. *Bina* sözcüğünden anlaşılması gereken², bu sözcüğe normal olarak verilen anlamdır. Böylece, evler, apartmanlar, gökdelenler, iş merkezleri, işyerleri, dükkan, depo, garaj, kapalı otopark, baraka, spor salonları, stadyumlar, tiyatro, konferans, konser salonları, ahırlar, samanlıklar, ambarlar, silolar gibi inşa edilmiş, Devlet’in maliki oldukları da dahil, tüm yapılar anlaşılmaktadır.

Yapılar sözcüğüne ise daha geniş anlam verilmektedir³. Öncelikle bina olarak nitelendirilmeyen, ancak, yine inşa edilmiş olan yollar, köprüler, tüneller, metrolar, teleferik tesisleri, iskeleler, barajlar, setler, yapay kanallar, bentler, maden ocakları, yüzme havuzları, bahçe duvarları, kanalizasyonlar, foseptik çukurları, su kuyuları yapıları oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra, araziye dikilen telefon, elektrik direkleri, demiryolu ve tramvay rayları, su öve doğalgaz boruları, kanalizasyonlar, trafolar, türbinler, jeneratörler, radyo televizyon iletişim tesisleri ve baz istasyonları da yapı sayılmaktadır. Bina ve yapıların, asansör, ısıtma grupları, baca, merdiven, dış kapı, balkon, teras, dam, ışık tesisatı, duvara gömülü borular, küvet, sofben gibi ayrılmaz parçaları da 69. madde kapsamına dahil edilmektedir. Yapı eseri kavramının temel unsurlarının *insan elinden çıkma ve sabitlik ve toprağa bağıllık* olduğu genel kabul görmekle birlikte, önceki hukuk uygulamasında hareket edebilen bazı şeylerin, tren ve tramvayların da yapı eseri sayıldığı kararlara rastlanmaktadır⁴.

² Bina tanımı için örnek olarak bkz. Nevzat KOÇ, Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Sorumluluğu (BK m. 58), Ankara 1990, s. 59-60; M. Ali ERTEN, Borçlar Kanunu ve Yapı Denetimi Hakkında KHK Açısından Türk Hukukunda Yapıların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı Sorumluluk, Ankara 2000, s. 6-7; BAŞ, age, s. 71-73; OĞUZMAN/ÖZ, age, s. 174-175.

³ Örnek olarak bkz. KOÇ, age, s. 60-68; ERTEN, age, s. 7-9, s. 34 vd. s. 73-82; OĞUZMAN/ÖZ, age, s. 174-176.

⁴ Bu kararlar için bkz. ERTEN, age, s. 17, 19 no.lu dipnotu. Selähattin Sulhi TEKİ-NAY/ Sermet AKMAN/ Halük BURCUOĞLU/ Atilla ALTOP, Tekinay Borçlar

Şu halde, bu madde çerçevesinde sorumluluktan söz edebilmek için, öncelikle zararın bunlardan kaynaklanması gerekir.

3) Yasal düzenlemeye göre, sorumlu tutulabilecek olanlar, **bina veya yapı eserinin maliki** (ki, üst hakkı sahibi de bu kapsamdadır⁵) ya da **bina veya yapı üzerinde intifa hakkı sahibi⁶ ya da oturma hakkı sahipleridir⁷**. TBK.'nun 69. maddesinin 2. fıkrası ile aynı konuya ilişkin önceki yasal düzenlemeye getirilen en önemli yenilik hiç kuşkusuz sorumlu kişilerin çevresinin genişletilmiş olmasıdır. Malik ile birlikte sorumlulukları söz konusu olabilecek olan intifa hakkı ve oturma hakkı sahipleri açısından sorumluluk bakım eksikliği ile sınırlandırılmıştır⁸.

Bina ya da yapı eserinin birden fazla maliki olduğunda, bu maliklerin birlikte sorumlu oldukları kabul edilmektedir⁹. Yeni düzenlemede, malik ile intifa veya oturma hakkı sahibinin doğacak zarardan müteselsilen sorumlu olacakları açıkça belirtilmiş olduğundan, birden fazla malikler arasında paylı mülkiyet

Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 518-519: “Kanaatimizce arsaya veya araziye bağıllık unsuru üzerinde direnmek doğru değildir. Nitekim Yargıtayımız, Kanunda yeri olmayan bu ‘araziye bağıllık’ unsuruna bazı kararlarında yer vermemiştir. Öyle ki, lokomotif ve vagonlardan kurulu katarı, tramvayı, hatta otomobili yapı eseri sayan Yargıtay kararları vardır. Bu görüş ihtiyaçlara da uygundur. Böylece gemilerin hatta uçakların yapı eseri sayılmaları mümkün olabilir”.

5 Bkz. **ANTALYA**, age, s. 316: “TMK. m. 726 gereğince, üst hakkına dayalı olarak inşa veya muhafaza edilen yapıların mülkiyeti üst hakkı sahibine ait olduğundan, üst hakkı kapsamındaki bir yapıdan kaynaklanan zararlardan dolayı, arazi maliki değil, üst hakkı sahibi tazminat yükümlüsü olacaktır”.

6 Bkz. **ANTALYA**, age, s. 320: “İntifa hakkı sahipleri terimiyle kast edilen kişiler TMK.’nun 794’üncü maddesine göre belirlenecektir”.

7 Bkz. **ANTALYA**, age, s. 320: “oturma hakkı sahipleri terimleriyle kast edilen kişiler, dar anlamda TMK.’nun 823’üncü maddesine göre belirlenecektir”.

8 Bu düzenlemenin yerinde olduğu hakkında bkz. **BAŞ**, age, s. 128.

9 Birlikte sorumluluğun müteselsil olup olmadığı konusunda farklı görüşler vardır. Görüş farklılık için bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, age, s. 182: “Şayet bina veya yapının birden çok maliki varsa, bunların, TBK m. 69 uyarınca tazmin edilecek zarardan, elbirliği mülkiyetinde müteselsil olarak, paylı mülkiyette ise payları oranında sorumlu olacakları sonucuna varılabilir. Yargıtay, bakım eksikliği halinde, paylı malikleri müteselsilen sorumlu tutmuştur”; **ANTALYA**, age, s. 313: “Sorumlu kişinin belirlenmesi için malik sıfatına kimlerin dahil edilebileceğinin tespit edilmesi gerekir. Bina ve diğer yapı eseri elbirliği mülkiyeti hükümlerine tabi ise ortaklıkların müteselsilen sorumlu olacakları doktrinde ve uygulamada tartışmasız kabul edilmektedir. Paylı mülkiyette paydaşların sorumluluğu ise tartışmalıdır. Azınlık görüşüne göre paydaşlar payları oranında sorumludurlar. Hakim görüşe göre ise paydaşlar müteselsilen sorumludurlar. İsviçre Federal Mahkemesinin uygulaması da hakim görüş yönündedir”.

de olsa, müteselsil sorumluluğun kabul edilmesi kanımca daha doğru olacaktır.

Sorumluluk açıkça, bina ya da yapıya malik olma veya bunlar üzerinde intifa ya da oturma hakkı sahibi olmayana bağlandığı için, malik ya da bu haklardan birine sahip olmadan, bunlardan yararlananlar, örneğın kiracılar ve diğerk irtifak hakkı sahipleri TBK.'nun 69. maddesi kapsamında girmemektedirler¹⁰.

4) 69. maddenin söylemine göre ikinci olarak ele alınması gereken husus ise, bina ve yapılardan kaynaklanan zararların temelinde, bunların **yapımındaki bozukluklar** veya **bakımlarındaki eksiklikler** yatmalıdır.

Bina ya da yapının yapımındaki bozukluklar, malikin eylem ya da kusuru olmasa bile sorumluluğı gerektirmektedirler. Bu nedenle, hukukumuzun kusursuz sorumluluk halleri örnekleri arasında bina ve yapı eseri maliklerinin sorumluluğı da sayılmaktadır. Üstelik, bu sorumluluğun diğerk kusursuz sorumluluk hallerinden, özellikle kurtuluş kanıtı getirilmesi imkanı bulunmadığından, örneğın adam çalıştırının sorumluluğundan ve elinde hayvan bulduranın sorumluluğundan daha ağır bir sorumluluk olarak nitelendirilmesi gerektiğı vurgulanmıştır¹¹.

Burada özellikle vurgulamak istediğim, bu sorumluluktan kurtuluş kanıtı getirerek kurtulmak olanaksız ise de, sorumluluğun olmazsa olmazı **yapımda bozukluk** veya **bakımda eksiklik** bulunduğunun zarar gören tarafından kanıtlanması gerektiğidir. Olayların çok büyük çoğunluğunda, yapımdaki

¹⁰ Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, age, s. 182-183.

¹¹ Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, age, s. 522: "... binanın ve yapı eserinin malikine yüklenen sorumluluk, herhangi bir kurtuluş delili ile etkisiz bırakılmaz. O halde bu sorumluluk, istihdam edenlerin veya elinde hayvan bulduranların sorumluluğundan daha ağırdır. Zira burada yumuşatılmayan bir objektif sorumluluk vardır". BAŞ, age, s. 151: "Bu sorumluluk ... fülî hakimiyete veya buna bağılı olarak gerekli tedbirleri almada özen göstermeye dayanmadığı için herhangi bir kurtuluş beyyinesi ile etkisiz bırakılamamaktadır. Bu bakımdan malikin yapılıştaki bozukluk veya bakım eksikliğinden haberi olmadığını; yapı eseri veya binayı onun bakımından uzman kişilere bıraktığını, teknik açıdan bir eksiklik olmadığını veya yetkili mercilerden gerekli izinlerin alınmış olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir";

bozukluğu veya bakımdaki eksikliği ispat eden zarar gören, aynı zamanda, bozukluğun veya eksikliğin sorumlu tutulacakların kusurundan kaynaklandığını da ortaya koymuş olacaktır. Aşağıda bu konu ayrıca ele alınacaktır.

5) Bina ve yapı eseri malikinin (ve intifa hakkı ya da oturma hakkı sahibinin) sorumluluğu daha önce de vurgulandığı gibi ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluk olarak nitelendirildiğinden, bina veya yapı eserinin yapımındaki bozukluğun veya bakımındaki eksikliğin sorumlu tutulabileceklerin kusurundan kaynaklanması aranmayacaktır. Bir diğer söyleyişle **kusur sorumluluk koőullarından biri değildir**.

6) Bina veya yapı eseri nedeniyle sorumluluk için, bu özel koşulların yanında, sorumluluk hukukumuzun genel sorumluluk koşulları olarak benimsediği *zarar, uygun nedensellik bağı* ve *hukuka aykırılık* da hiç kuşkusuz aranacaktır¹². Bu sorumluluk çerçevesinde gerçekteőecek olan zarar **genelde bedensel zarar** olmaktadır.

Uygun nedensellik bağı da, uğranılan zararın bina veya yapı eserindeki yapım bozukluğu veya bakım eksikliğinden kaynaklanmış olmasını ifade etmektedir. Örneğin, önlenmesi ve tahmin edilmesi mümkün olmayan bir depremin binanın bir bölümünün yıkılması nedeniyle, zarara uğranıldığında, mücbir sebep olarak nitelendirilebilecek depremin uygun nedensellik bağını kopartacağı kabul edilecektir. Sorumluluğun özel koőullarından olan yapım bozukluğu veya bakım eksikliği, aşağıda açıklanacağı üzere, zarar gören tarafından kanıtlanacaktır. Bu ispat külfeti yerine getirilmediğinde, sorumluluk zaten söz konusu olmayacağından, uygun nedensellik bağının mevcut olup olmadığı üzerinde durulmasına gerek olmayacağı kanısındayım¹³. Bu durumda, uygun nedensellik bağının kesilmesini sağlayacak deprem, olsa olsa, bina veya yapı eserinde yapım bozukluğu ya da bakım eksikliğin olsaydı dahi, depremin etkilerinin önlenemez olduğunun kanıtlanması halinde

¹² Örnek olarak bkz. EREN, age, s. 668.

¹³ Aynı yönde bkz. EREN, age, s. 668; BAŞ, age, s. 114

gündeme gelebilecektir. Bina veya yapı eserinin yapımında bozukluk veya bakımındaki eksiklik ispatlandığı takdirde, uygun nedensellik bağının kesildiği konusundaki ispat yükü sorumlu tutulabilecek kişileri düşmektedir¹⁴. Yine bizzat zarar görenin veya bir üçüncü kişinin kusuru da, uygun nedensellik bağının kesilmesi sonucunu yaratabilir. Örneğin, hatalı kullandığı otomobili ile çarptığı duvarın yıkılması sonucunda zarara uğrayan kişinin, tazminata hak kazanamayacağı zikrolunabilir¹⁵. Hukuka aykırı bir şekilde bir bina ya da yapı eserine zarar veren üçüncü kişinin davranışı da, uygun nedensellik bağını kesebilir. Bu konuda, binanın çatısının çökmesi nedeniyle zarar gören kişinin, bina sahibine yönelmesi halinde, çatının çökmesine, oraya tabela asan kiracının sebep olması örneği verilmektedir¹⁶.

Kişiye veya bir şeye zarar verilmesinin hukuka aykırı olduğu kabul edildiğinden, bu sorumluluk kapsamında hukuka aykırılık koşulunun gerçekleştiği kabul edilir¹⁷.

III - SORUMLULUĞUN (TAZMİNAT ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN) İÇERİĞİ:

Borçlar Hukukumuzda sorumluluk kısaca *tazminat ödeme yükümlülüğü* olarak tanımlanır. Diğer sorumluluk hallerinde olduğu gibi, uğranılan zarar bedensel veya bir şeye ilişkin zarar olabilir. Bu sorumluluk çerçevesinde uğranılan zararlar çoğunlukla bedensel zararlar olacağından, TBK.'nun 53 vd. maddelerinde düzenlenen bedensel zararın giderilmesi, destekten yoksun kalma tazminatı, bedensel bütünlüğün zedelenmesi veya ölüm halinde manevi tazminat hükümleri uygulama olanağı bulacaktır. Sorumluluğu gerektiren zararın şeye ilişkin olması halinde ise, bu kez, TBK.'nun 51 ve 52. maddeleri gündeme gelecektir.

¹⁴ Bkz. BAŞ, age, s. 113.

¹⁵ Bkz. BAŞ, age, s. 115.

¹⁶ Yargıtay 11. HD.'nin 20.02.2007 t. ve E. 2006/11830, K. 2007/1181 sayılı kararı için bkz. BAŞ, age, s. 119, dn. 519

¹⁷ Bkz. EREN, age, s. 668.

Sorumluların birden fazla olması halinde devreye girecek olan müteselsil sorumluluk düzenlemesi, tazminatı karşılayana, diğer sorumlulara rücu etme hakkı getirmektedir.

Önemle vurgulanması gereken husus, tıpkı tüm sorumluluklar için aranan sorumluluğun genel koşullarının mevcut olması gibi, tazminatın belirlenmesinde de, yine Borçlar Hukukumuzun tazminat ile ilgili genel kurallarının uygulama olanağı bulacak olduğudur.

IV - BİNA VE YAPI ESERİ MALİKİNİN SORUMLULUĞU UYGULAMASINDA, İSPAT KÜLFETİ:

1) TBK.'nun 69 ve 70. maddelerinde düzenlenen sorumluluğun ağırlaştırılmış bir kusursuz sorumluluk türü olduğunun genel kabul gördüğüne değinilmişti. Bina ve yapı eserinin yapımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklikte, sorumlu tutulacak kişilerin kusurları olmasa da, sorumluluklarının gündeme geleceğı ve bu kişiler için kurtuluş katına getirme olanağının da bulunmadığı söylenmektedir. Bu ilkeler ilk bakışta, zarar görenler için bu sorumluluk düzenlemesinin son derece elverişli olduğu izlenimini yaratmaktadır. Bununla birlikte, borç ilişkisinin taraflarına düşen ispat yükü dikkate alındığında, bu izlenimin pek de doğru olmadığı sonucuna varılmaktadır.

2) Gerçekten tüm diğer sorumluluklarda olduğu gibi, zarar görenin, sorumluluk için aranan şartların varlığını ispat etmesi gerekecektir¹⁸. Bu bağlamda **zarar gören**, öncelikle **zararın varlığını**, sonra da, bina veya yapı eserinin **yapımında bozukluk ya da bakımında eksiklik** olduğunu ispatlamak durumundadır. Bunun yanı sıra, **uygun nedensellik bağının varlığı** da zarar gören tarafından ispatlanmalıdır. Zarar gören, kendisine düşen ispat yükünü yerine getirdiğinde, özellikle, bina veya yapı eserinin yapımında bozukluk ya da bakımında eksiklik olduğunu ispatladığında, aslında olayların çok büyük çoğun-

¹⁸ Bu sorumluluk çerçevesinde ispat yükü hakkında bkz. BAŞ, age, s. 149-151;

luğunda, bunları gidermeyen sorumlu kişinin kusurlu olduğunu da ispatlamıŐ gibi olacaktır. Bu durumda, ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluktan söz etmenin pek kolay olmayacağı kabul edilmelidir. Bu nedenle, özellikle, bina veya yapı eserinin yapımında bozukluğun ya da bakımındaki eksikliğin ispatında *hayatın olağan akışı* ilkesinden de yararlanılmaktadır. Hayatın olağan akışı ilkesi, zararın yapım bozukluğu veya bakım eksikliğinden kaynaklandığını kabulü gerektiriyorsa, bu unsur gerçekleşmiş sayılacak ve artık yapım bozukluğu ya da bakım eksikliğinin olmadığının, sorumlu olduğu iddia edilen tarafından ispatlanması aranacaktır¹⁹.

IV - TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN 70. MADDESİ BAğLAMINDA ZARAR TEHLİKESİNİN ÖNLENMESİ:

1) TBK.'nun 70. maddesi, bina veya diğer bir yapı eserinden kaynaklanabilecek olan zarar tehlikesinin giderilmesine yönelik olarak, zarar bu tehlike ile karŐılaŐan kişilere, tehlikenin önlenmesine yönelik bir hak tanımaktadır. Zarar doğduktan sonra zaten TBK.'nun 69. maddesi devreye girecek olduğundan, 70. maddede düzenlenen tehlikenin önlenmesi hakkı, kural olarak, zararın doğmasından önce kullanılabilir. Böylece, bina veya diğer bir yapı eseri malikinin, zararın doğması nedeniyle, ağır tazminat yükü altına girmesi de önlenmiŐ olacaktır²⁰.

2) Bu düzenlemedeki sözü edilen zararın kaynağı, 69. maddeden daha geniştir. 70. maddenin uygulanmasında, zarar tehlikesinin bina veya diğer bir yapı eserinin yapımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklikten kaynaklanması aran-

¹⁹ Bkz. OğUZMAN/ÖZ, age, s. 178-179: "Zarara, binanın veya diğer bir yapının yapılıŐındaki bozukluğun veya bakım eksikliğinin yol ağtığını ispat mağdura düşer. Burada TBK. m. 66 ve m. 67'deki bir 'nedensellik karinesi' mevcut değildir. Fakat hayatın olağan akışına uygun bir nedenselliği ayrıca ispat gerekmeyecektir. Mağdurun binanın veya diğer bir yapının yapılıŐındaki bozukluğu veya bakım eksikliğini ispat etmesi, her zaman kolay değildir. Olayın cereyan tarzına göre zarar verici olgunun, bina veya diğer bir yapının yapılıŐ bozukluğuna veya bakım eksikliğine bağlanması hayatın normal akışına uygun ise hakim, zararın yapılıŐ bozukluğundan veya bakım noksanından kaynaklandığını esas kabul eder. Aksini ispat davalya düşer". İspat külfeti konusunda hayatın olağan akışı ilkesinin uygulanması açısından ayrıca bkz, BAŞ, age, s. 150.

²⁰ Bkz. BAŞ, age, s. 177.

mamakta, bina veya yapı eserinin tehlike arzemesi yeterli kabul edilmektedir²¹.

3) Uygulama alanları zaman ve dayandıkları olgu farklı olduğu için aslında, 69 ve 70. maddelerin birlikte, aynı dava içerisinde gündeme getirilmesi kolay kolay düşünölemeyecek ise de, uygulamada, zararın giderilmesi ve zarar tehlikesinin önlenmesi taleplerinin birlikte ileri sürölmesi örneklerine rastlanılmıştır.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 14.03.2006 t. ve E. 284, K, 721 sayılı kararında, bir kısmı yıkılarak zararı doğurmuş olan duvarın, kalan kısmının yıkılması tehlikesi söz konusu olduğundan, doğmuş zararın giderilmesi için TBK.'nun 69. maddesi uyarınca tazminat, duvarın kalan kısmının yıkılması tehlikesinin önlenmesi için de TK.'nun 70. maddesinin birlikte istenebileceği kabul edilmiştir²².

V - SORUMLU TUTULAN MALİKİN RÜCU HAKKI:

1) Daha önce de belirtildiği üzere, bina veya yapı eserinin birden fazla maliki bulunduğu ya da TBK.'nun 69/II. maddesi uyarınca, malik ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulacak intifa hakkı veya oturma hakkı sahibi varsa, tazminat istemine muhatap olan malikin, diğer müteselsil sorumluluk hallerinde olduğu gibi, diğerlerine rücu hakkı vardır. Burada tüm sorumlular bakımından sorumluluk kusursuz sorumluluktur ve rücu hakkı TBK.'nun 62. maddesine dayanmaktadır²³.

2) İntifa hakkı sahipleri ve oturma hakkı sahiplerinin sorumlulukları yalnızca bakım eksikliği halinde gündeme gelebileceğinden, bu kişilerle ilgili rücu hakkı, yalnızca bakım eksikliği nedeniyle sorumlulukta söz konusu olacaktır²⁴.

3) Bunların yanı sıra, sorumlu tutulan kişi, bina veya yapı

²¹ Bkz. BAŞ, age, s. 180; OĞUZMAN/ÖZ, age, s. 185.

²² Bu karar için bkz. BAŞ, age, s. 181.

²³ Bkz. BAŞ, age, s. 175; OĞUZMAN/ÖZ, age, s.

²⁴ Bkz. BAŞ, age, s. 175.

eserinin yapımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklik nedeniyle, yapım ve bakımı üstlenen kişilerin eksiklikleri nedeniyle bu kişilere rücu edebilirler. Ancak, burada rücu için, kendilerine rücu edilecek kişilerin kusurlu olmaları aranacaktır. Bir diğer söyleyişle, bu kişiler bakımından kusursuz sorumluluk söz konusu değildir.

VI - BİNA VEYA YAPI ESERİNDEN KAYNAKLANAN ZARARLAR NEDENİYLE İLERİ SÜRÜLEBİLECEK TALEPLERİN TABİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI:

1) Bu sorumluluğu düzenleyen TBK.'nun 69. Maddesi, Borç İliőisinin Kaynakları başlıklı Birinci Bölüm'ünün Haksız Fiillerden Doğan Borç İliőikleri başlıklı İkinci Ayırım'ı kapsamında yer almaktadır. Bu Ayırım'da yer verilen talepler için zamanaşımı süresi ise 72. Maddede belirtilmiştir. Hükümde önceki kanun döneminde olduğu gibi, yine kısa ve uzun olmak üzere ikili zamanaşımı süresi bulunmaktadır. Kısa olan süre *zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl*, uzun olan (azami) süre ise *fülin işlendiği tarihten başlayarak on yıl*'dir. Zararı doğuran fiil cezayı gerektiren bir fiil ise, daha uzun olabilecek ceza zamanaşımı süresi gündeme gelecektir.

2) Uzun (azami) süre olan on yıllık sürenin başlangıcı bakımından, önceki kanun dönemindeki uygulamalarda, önceki 60. Maddenin *zararı müstelzim fiil* sözcüklerinden hareketle, *zarar doğmadan zamanaşımı işlemeye başlamaz* görüşünün kabul edildiğini belirtmekte yarar görüyorum. Böylece, önceki uygulamada, binanın yapımındaki bozukluk, binanın yapımından on yıl geçtikten sonra da zarara yol açtığında, zamanaşımı zararın doğduğu andan itibaren işletildiğinden, yapımdan zararın doğduğu ana kadar on yıllarca sürenin geçmiş olması halinde bile, açılan davalarda zamanaşımı süresinin dolmadığı kabul edilmekte idi. Yeni Borçlar Kanunu hazırlanırken, on yıllık zamanaşımı süresi konusunda farklılıklar yaratabilecek olan *zararı müstelzim fiil* sözcükleri terk edildi ve on yıllık azami sürenin başlangıcının *fülin işlendiği tarih* olduğu açıkça belirtildi.

3) Zarardan sorumlu olan kişinin, zararın doğumunda birlikte rol oynayanlara rücu edebileceği belirtilmiş idi. Yeni Kanun'da, 73. madde ile, öncekinde bulunmayan yeni bir düzenleme getirilmiştir. Maddenin 1. Fıkrasında rücu isteminin tabi olduğu zamanaşımı için de iki yıllık ve on yıllık olmak üzere ikili bir süre öngörölmüştür. İki yıllık süre, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu olunan kişinin öğrenildiği tarihten işlemeye başlayacak; on yıllık süre ise, tazminatın ödendiği tarihte işlemeye başlayacaktır²⁵.

VII - SONUÇ:

Bu kongrenin ana teması olan **bedensel zararlar**, TBK.'nin 69 ve 70. maddelerinde düzenlenen bina ve yapı eseri malikinin sorumluluğu ile doğrudan bağlantılı sayılabilir. Gerçekten, bu sorumluluğun kapsamına girebilecek olan zararlar pekala bedensel zararlar olabilir. Öte yandan, kongrenin ana temasının bir diğer belirleyici öğesi de *akit dışı kusursuz sorumluluk* şeklinde belirlenmiştir. Bina ve yapı eseri malikinin sorumluluğunun kusursuz, hatta ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluk hali olarak nitelendirildiği düşünöldüğünde, hiç kuşkusuz yine kongre temasının tam ortasında kalınmıŐ olmaktadır.

Sorumlu kişinin kurtuluş kanıtı getiremeyecek olması nedeniyle ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluk nitelemesine rağmen, unutulmamalıdır ki, zarar gören, uğradığını iddia ettiği zararın bina veya yapı eserinin yapımındaki bozukluktan veya bakımındaki eksiklikten kaynaklandığını ispatlamakla yükümlüdür. Bu ispat, çoğu zaman, sorumlunun kusurlu olduğunu da ortaya koyacaktır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, önceki kanundan farklı olarak bina veya yapı eserinden kaynaklanabilecek zararlardan sorumlu olabilecek kişilerin çevresini genişletmiş ve intifa hakkı sahibi ile oturma hakkı sahibini de, malik ile birlikte müteselsilen, bina veya yapı eserinin bakımındaki eksiklikler nedeniyle sorumlu tutmuştur. Bunun sonucunda, binanın veya

²⁵ Ayrıntılar ve tartışmalar için bkz. BAŞ, age, s. 176.

yapı eserinin birden fazla maliki arasında olduğu gibi, malik ile intifa hakkı ya da oturma hakkı sahibi arasında da müteselsil sorumluluk gündeme gelecektir.

KAYNAKÇA

- ANTALYA, Gökhan**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt II, Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri, Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri, İstanbul 2015
- BAŞ, Ece**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina ve Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk, TBK m. 69 (BK m. 58), İstanbul 2011
- EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 20. Bası, Ankara 2016
- ERTEN, M. Ali**, Borçlar Kanunu ve Yapı Denetimi Hakkında KHK Açısından Türk Hukukunda Yapıların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı Sorumluluk, Ankara 2000
- KOÇ, Nevzat**, Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Sorumluluğu (BK m. 58), Ankara 1990
- OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genişletilmiş 13. Bası, Cilt II, İstanbul 2017
- TANDOĞAN, Halûk**, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993

YAPI MALİKİNİN SORUMLULUĞUNDA ZAMANAŞIMI SORUNU

*Doç. Dr. İpek Yücer Aktürk**
*Dr. Ümit Vefa Özbay***

I. GENEL OLARAK:

Yapı malikinin sorumluluğu TBK m. 69'da hükme bağlanmış olan bir kusursuz sorumluluk halidir. Türk Borçlar Hukukuna hakim olan kusura dayanan sorumluluk ilkesi, bazı hallerde yumuşatılmış ve kişilerin kusursuz da olsa sorumlu olabileceği sınırlı durumlar öngörülmüştür. Yapı malikinin sorumluluğu da bu istisnai hallerden birini oluşturmaktadır. Yapı malikinin sorumluluğunda, "bir bina veya yapı eserinin maliki, bunların yapımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklikten doğan zararı" karşılamakla yükümlü kılınmıştır. Bu sorumluluk, zarara sebep olan bina veya yapı eserine malik olma sıfatına bağlanmış, bir sebep sorumluluğudur. Zira, yapım bozukluğu veya bakım eksikliği ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunması, sorumluluğun doğması için yeterlidir. Malik, mücbir sebep, zarar gören veya üçüncü kişinin ağır kusuru nedeniyle illiyet bağının kesildiğini ispat etmedikçe, zarardan sorumlu olur. Özen sorumluluğuna dayanan diğer kusursuz sorumluluk hallerinden farklı olarak, malikin kurtuluş kanıtı getirerek sorumluktan kurtulma imkanı da yoktur¹.

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi

¹ Martin, A.Kessler: Basler Kommentar, Obligationenrecht Art. 1-529, Basel 2015, Art.58, N.1; Oftinger/ Stark: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Bd.II/I, Zürich 1987, sh. 162; Fisher, Willi: OR Schweizerisches Obligationenrecht, Füssli Verlag 2009, Art.58, N.2; Schönenberger, Beat: Kurzkomentar OR Art.1-529, Zürich 2009, Art.58, N.1; Rey, Heinz: Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1995, N.1023; Tandoğan, Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı So-

Yapı malikin sorumluluğu her Şeyden önce bir bina veya inşa eserinin varlığını gerektirir. Bina ve yapı eserinin ortak özellikleri, toprağa bağlı, kişi veya hayvanların barınması veya bir Şeylerin saklanması yaraması, üstü tamamen veya kısmen örtülü olması ve nihayet insan gücüyle yapılmış olmasıdır. Bu bakımdan, binanın tamamı, bütünleyici parça ve eklen-tileri gibi yüzme havuzları, asansörler, elektrik direkleri vs. bu kapsamdadır. İkinci olarak bina veya yapı eserinin yapımında bozukluk veya bakımında eksiklik söz konusu olmalıdır. Bina veya yapı eseri, yapım aşamasında veya tamamlandıktan sonra özđüleme ve kullanım amacına aykırı eksiklikler içeriyor ve hatta zarar doğurma tehlikesi arz ediyorsa, yapım bozukluğu ve bakım eksikliğinin varlığı kabul edilir. Üçüncü olarak, yapım bozukluğu ve bakım eksikliği ile ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Bu sebeple, bina ve yapı eserlerinden kaynaklanan her zarar, malikin kusursuz sorumluluğuna yol açmaz. Nitekim, malik, bina veya yapı eserinde yapım bozukluğu veya bakım eksikliği bulunmadığını ispat ederse, TBK m.69'a göre zararı tazmin etmekle yükümlü olmaz. Öte yandan, yapım bozukluğu veya bakım eksikliği bulunsa da, ortaya çıkan zarar ile uygun illiyet bağı bulunmadığını ispatlaması da, maliki sorumluluktan kurtarır. Bu durum, özellikle illiyet bağının kesildiği hallerde söz konusu olur. Örneğin, normal Şiddeti aşan anormal derecedeki doğal afetlerde, bina veya inşa eserinin yıkılması sonucunda ortaya çıkan zarardan, TBK m.69'da göre maliki sorumlu tutmak mümkün değildir. Çünkü, bu gibi hallerde mücbir sebepten dolayı illiyet bağının kesildiği kabul edilmelidir².

rumluluk Hukuku, Ankara 1981, sh. 161 vd.; Tekinay, S. Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1988; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016, sh. 666-667; Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul 2016, sh. 172; Koç, Nevzat: Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1990, sh. 28 vd.

² Martin, BSK OR, Art.58, N.6a vd.; Rey, N. 1037 vd.; Oftinger/Stark, sh. 188 vd.; Brehm, Roland: Berner Kommentar, Bd IV, Obligationenrecht, Lieferung 4, Art.58-61, Bern 1990, Art.58, N. 26 vd.; Schönenberger, Art. 58, N. 5 vd.; Eren, sh. 671 vd.; Oğuzman/ Öz, sh. 177 vd.; Tandoğan, sh.170 vd.; Koç, sh. 57 vd.; Tekinay/ Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 698 vd.

Genel olarak açıkladığımız yapı malikinin sorumluluğunda, zarar görenlerin tazminat talebi, diğerkusursuz sorumluluk hallerindeki gibi TBK'daki haksız fiil hükümlerine tabidir. Bu bakımdan, bina veya yapı malikin sorumluluğuhaksız fiile ilişkin TBK m.72/I'deki zamanaşımı süresi ile sınırlandırılmıştır. Ancak, ülkemizde yaşanan 1999 yılındaki deprem sonucunda bina ve yapı eserlerinin depreme dayanıklı olmaması, birçok kişinin zarara uğramasına sebep olmuştur. Nitekim, birçok bina ve yapı eseri çökmüş kişiler hem mal hem de şahıs varlıklarında ortaya çıkan zararlardan dolayı mağdur olmuştur. Bina ve yapı eserlerinin depreme dayanıksız olarak inşaa edilmesinin yapım bozukluğu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğišüphesizdir. Böylece, bina veya yapı eseri maliklerinin depreme dayanıklı olmayan bina veya yapı eserlerinden kaynaklanan zararlardan dolayı TBK m.69'a dayanarak kusursuz olarak sorumlu oldukları da kabul edilmelidir. Ancak, bu halde bina ve yapı eseri maliklerinin sorumluluğunda geçerli olan TBK m.72/I'deki zamanaşımı süresi hükmünün nasıl yorumlanması gerektiğii önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira, yaşanan depremden sonra TBK m.69'a dayanarak açılan davalarda, Yargıtay TBK m.72/I'yi zamanaşımının başlaması, dolayısıyla alacağın muacceliyeti konuları yönünden farklı esaslarla ele alıp, sorumluluğubir az daha ağırlaştırmıştır.

Gerçekten Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2010/4-111 E., 2010/137 K., 10.03.2010 tarihli kararına göre³; *“yasanın, zamanaşımı süresinin başlaması için alacaklının belli olguları öğrenmiş olması koşulunu aradığı hallerden biri, haksız fiilden kaynaklanan tazminat borcudur. Buna ilişkin bir ve on yıllık zamanaşımı sürelerini öngören BK'nın 60. maddesinde, bir yıllık zamanaşımı süresinin, zarar görenin, zararın varlığını ve zarar vereni öğrendiği tarihten itibaren başlayacağı açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla, haksız fiilden kaynaklanan tazminat davalarında, alacaklı zararın varlığını ve zarar vereni bilmediği sürece, zamanaşımı süresi başlamayacaktır.*

³ Aynı görüşteki diğerkararlar; Y4 HD, T. 30.01.2009, E. 2008/5440, K. 2009/1354; Y4 HD, T. 03.02.2005, E. 2004/7039, K. 2005/746; Y4 HD, T. 30.06.2004, E. 2004/2110, K. 2004/8595; YHGK 2003/4-400 E., 2003/393 K., 04.06.2003; 4. HD. T. 11.12.2001, E. 2001/8406, K. 2001/12825; 4. HD. . 29.04.2003, E. 2002/12847, K. 2003/5544; 4.HD. T. 13.5.2002, E. 2002/4491, K. 2002/5701.

Zararın varlığını öğrenme koşulu, öncelikle zararın gerçekleşmiş olmasını gerektirir: Henüz gerçekleşmemiş bir zararın, herkes gibi, o zararın tazminini isteyebilecek olan alacaklı (zarar gören) tarafından da öğrenilmesi mümkün değildir. Başka bir ifadeyle, hukuka aykırı fiil işlenmesine rağmen, onun doğuracağı zarar henüz ortaya çıkmamış; zararın ortaya çıkması için, fiil tarihinden sonra birtakım etkenlerin gerçekleşmesi veya belli bir zamanın geçmesi gerekiyor ise, doğal olarak zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması da mümkün olmayacaktır.

Her ne kadar, BK'nın 60. maddesinde, "... Dava.... Her halde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene mürurundan sonra istima olunamaz." Hükümü yer almakta ve böylece, ilk bakışta fiil tarihinden itibaren on yıl geçtikten sonra zamanaşımının mutlak surette gerçekleşeceği gibi bir anlam çıkmakta ise de, gerçekte böyle bir sonuca varılmasına olanak yoktur. Öncelikle, anılan hükümde yer alan "zararı müstelzim" ifadesindeki müstelzim sözcüğünün "gereken, gerekli, gerektiren" şeklindeki sözlük anlamından farklı olarak "neden olan" şeklinde; "zararı müstelzim" sözlerinin de "zararı doğuran, zarara neden olan" şeklinde anlaşılması gerektiğine işaret edilmelidir. Böylece, "zararı doğuran, zarara neden olan" şeklinde anlaşılması gerektiğine işaret edilmelidir. Böylece, "zararı müstelzim" ifadesi, "zararı gerektiren" şeklinde değil, "zararı doğuran" şeklinde anlaşılmalıdır. Buna bağlı olarak BK'nın 60. maddesindeki ".... Her halde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene mürurundan sonra." söz dizini, "Her halde zararı doğuran haksız fiilin işlenmesinden itibaren on sene geçtikten sonra" şeklinde anlaşılmalıdır. Bu takdirde ise, söz konusu hükme özellikle "zararı doğuran" sözlerine gereken vurgu yapılarak anlam yüklendiğinde, Yasa'nın on yıllık sürenin başlayabilmesini de, ortada, bütün unsurlarıyla gerçekleşmiş, zarar doğuran bir fiilin bulunması koşuluna bağladığı sonucuna varılır. Hukuka aykırı ve ancak henüz herhangi bir zarar doğurmamış bir fiilin işlenmiş olması, tek başına yasal 10 yıllık zamanaşımı süresinin başlayabilmesi için yeterli değildir. Zira, yukarıda değinildiği üzere, bir fiilin haksız fiil olarak nitelendirilebilmesi için, diğer koşullar yanında, onun bir zarara neden olması da zorunludur. Kendisinden kaynaklanan bir zarar bulunmadıkça, bir fiilin hukuka aykırılığından söz edilebilirse de, henüz bir haksız fiil olarak kabulü mümkün değildir. Böyle durumlarda, zarar doğuncaya kadar,

ortada sadece hukuka aykırı bir fiil bulunur; dolayısıyla, bu aşamada, haksız fiilin unsurlarından sadece hukuka aykırılık ve -koşulları varsa- kusur unsurları gerçekleşmiş olur. O fiilin, hukuka aykırı bir fiil olmaktan çıkıp, haksız fiil niteliğine dönüşebilmesi ise, ancak diğer iki unsurun; bir zararın doğması ve zarar ile fiil arasında nedensellik bağıının bulunması unsurlarının birlikte gerçekleşmesiyle mümkündür. Kısaca, hukuka aykırı bir fiil, bütün bu koşulların birlikte gerçekleştiği andan itibaren haksız fiil niteliğine bürünür; o potansiyeli taşıdığı halde henüz nedensellik bağıını da içeren bir zararı doğurmamış olan hukuka aykırı nitelikteki bir fiil, zararın doğacağı ana kadar haksız fiil olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla, haksız fiil, zorunlu olarak, bir zarar doğurduğu anda bütün unsurlarıyla tamam olur ve ancak o tarihte işlenmiş sayılabilir.

Özetlemek gerekirse; BK'nın 60. maddesi, gerek bir ve gerekse 10 yıllık sürelerin başlayabilmesini, bir zarara neden olmuş, dolayısıyla haksız fiil olarak varlık kazanmış bir fiilin varlığına bağlamaktadır. Dolayısıyla, nedenolduğu zarar henüz gerçekleşmemiş bir fiilin salt işlenmiş olması, anılan sürelerin başlaması için yeterli değildir.

Öte yandan, zamanaşımı başlangıcına ilişkin genel hüküm niteliğindeki BK'nın 128. maddesine göre de, zamanaşımı alacağın muaccel olduğu tarihte başlar. Buradaki "muacceliyet" kavramının, alacaklı tarafından talep ve dava edilebilir hale gelmiş olma anlamını taşıdığında, dolayısıyla, öncelikle doğmuş bir alacağın varlığını (haksız fiil açısından bakıldığında, tazminat alacağına neden olan zararın gerçekleşmiş olmasını) gerektirdiğinde; yine "alacak" kavramının, haksız fiile dayalı tazminat alacağına ilişkin zamanaşımı süresi de, diğer alacaklar gibi, onun alacaklısınca talep ve dava edilebilir hale geldiği anda başlayacaktır.

Bütün bu açıklamalar, BK'nın 60. maddesindeki 10 yıllık sürenin, her halükarda, zararın meydana geldiği, haksız fiilin bütün unsurlarıyla gerçekleşip hukuken bu niteliğe büründüğü tarihten itibaren işlemeye başlayacağını ortaya koymaktadır.

Somut olay bu hukuksal çerçevede değerlendirildiğinde:

Davaya konu bina her ne kadar 1978 tarihinde tamamlanıp teslim edilmiş ve o tarih itibarıyla hukuken binanın davalı ile

ilişkisi kesilmiş ise de, davalının haksız fiili, onun sonucunda oluŐtuĐu ileri sürölen zararın meydana geldiği (zararın oluşmasına neden olan olĐu olarak depremin oluŐtuĐu) 17.08.1999 tarihinde gerçekteŐmiş sayılmalıdır. Dolayısıyla, BK'nın 60. maddesindeki bir ve 10 yıllık zamanaşımı sürelerinin başlangıcına bu tarih esas alınmalıdır".

Acaba Yargıtay'ın bu uygulaması ve doktrinde Yargıtay'ın tutumunu savunan görüşler hukuka uygun mudur? Bu soru TBK m.72/I'de düzenlenen zamanaşımı sürelerine ilişkin hükümün, zararın ortaya çıkması ile ilişkisinin değerlendirilmesi ile cevaplandırılmalıdır.

Konumuz itibariyle tebliğimizde özellikle TBK m.72/I'de hükme bağlanan haksız fiille ilişkin zamanaşımı süreleri üzerinde durulacak ve depremden doğan zararlarda yapı malikinin sorumluluğunun tabi olduğu zamanaşımı süresine ilişkin doktrin ve içtihatlarda yer alan görüşler bu kapsamda değerlendirilecektir.

II. HAKSIZ FİİLDE ZAMANAŞIMI SÜRELERİNİ DÜZENLEYEN TBK. M.72'YE GENEL BAKIŞ:

TBK m. 72'de (İMK m.60) haksız fiilden doğan zarar taleplerinin tabi olduğu zamanaşımı süreleri hükme bağlanmıştı. Söz konusu hükme göre; "Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır".

Kanun koyucu bu hükümde, iki adet süre öngörmüştür. Bunlardan biri, 2 yıllık kısa zamanaşımı süresidir. Bu süre, nispi bir süredir. Nitekim, sürenin başlangıcı zarar görenin zararı ve faili öğrendiği andan itibaren başlamaktadır. Diğeri ise, 10 yıllık uzun zamanaşımı süresidir. Anılan süre ise mutlak bir niteliktedir. Çünkü, her durumda fiilin vuku bulduğu andan itibaren işlemektedir. Mutlak olan 10 yıllık süre, 2 yıllık nispi sürenin dolmamış olması şartıyla bir anlam ifade eder.

Zira, zarar gören zararı ve faili öğrenmiş ve 2 yıllık süre içinde herhangi bir talep ileri sürmemişse, artık 10 yıllık sürenin göz önüne alınması mümkün değildir⁴.

TBK m.72/I'deki düzenleme, hem zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması hem de sürelerin uzunluğu bakımından TBK m. 146 vd.'da düzenlenen genel zamanaşımı süresine ilişkin hükümlerden farklıdır.

A. 2 Yıllık Süre:

TBK m.72/I'de düzenlenen 2 yıllık zamanaşımı süresi, zarar görenin zararı ve tazmin yükümlüsünü fiilen öğrenmesinden itibaren işlemeye başlar.

Zararın öğrenilmesi, zararın varlığı, niteliği ve esaslı noktalarının öğrenilmesidir. Bu nedenle, zarar verici fiil sona ermeden önce zarar öğrenilmiş olmaz. Çünkü, sona ermeyen ve devam eden zararın niteliği ve esaslı noktalarının öğrenilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla henüz sona ermemiş zararın varlığı halinde, zamanaşımı süresi de işlemeye başlamaz. Bu durum zararın tekliği ilkesine dayanır. Zira, devam eden zararlar, en erken en son ortaya çıkan zararın sona ermesinden itibaren, toplam zararı oluşturur. Zamanaşımı süresi de toplam zararın öğrenilmesinden itibaren göz önüne alınır. Ancak, aralıklı fiillerle ortaya çıkan zararlarda, her bir zarar için zamanaşımı süresi ayrı ayrı işlemeye başlar. Tazminat yükümlüsünün öğrenilmesinden ise, zarar verenin tanınması veya gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi halinde tanınabilecek olması kast edilmez. Aksine, zarar görenin tazminat yükümlüsünün kim olduğunu öğrenmesi ve somut olarak bilmesi gerekir. Bu nedenle, tazminat yükümlüsünün kimliği hakkında şüphe ve ihtimaller, zamanaşımı süresinin işlemeye başlamasını engeller⁵.

⁴ Däppen, Robert K.: Basler Kommentar Obligationenrecht, Art.1-529 OR, 6.Auflage, Basel 2015, Art.60, N. 1; Brehm-BK, Art.60, N.6 vd.; Oftinger/Stark, sh. 106 vd.; Fischer-OR, Art.60, N. 1; Eren, sh.852; Oğuzman/ Öz, sh.72 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, sh. 953 vd.

⁵ Brehm-BK, Art.60, N.27 vd.; Oftinger/Stark, sh. 108 vd.; Däppen, BSK OR, Art.60, N. 7-8; Rey, N.1629; Eren, sh.853-854; Oğuzman/ Öz, sh.73 vd.

B.10 Yıllık Süre:

TBK m.72/I'de düzenlenen ve mutlak zamanaşımı süresi olarak nitelendirilen 10 yıllık süre, fiilin işlendiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Bu bakımdan 10 yıllık süre, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrenmesinden bağımsız olarak fiilin işlendiği andan itibaren göz önüne alınır.

10 yıllık süre mutlak bir süre olduğundan, zarar gören zararı ve tazminat yükümlüsünü, herhalde bu 10 yıllık süre içinde öğrenirse, tazminat talebinde bulunabilir. Zira, 2 yıllık nispi süre, 10 yıllık mutlak sürenin içindedir. Bu nedenle, fiilin işlendiği tarihten itibaren 10 yıldan daha uzun bir süre sonra zarar ve tazminat yükümlüsünün öğrenilmesi, zarar görenin talebinin reddine sebep olur. Bu durum özellikle, haksız fiilin işlendiği andan sonra ortaya çıkan zararlar bakımından önem taşır. Bu gibi hallerde, zarar görenin sonradan ortaya çıkan zarar talebinin önünde mutlak süre engeli bulunmaktadır. Bu sonuç kanun koyucunun açık iradesinden doğmakta ve hukuk güvenliğine hizmet etmektedir. Zira, aksinin kabulü 10 yıllık mutlak sürenin uzatılmasına neden olur, ki bu da TBK m.72/I'nin açık lafı karşısında kabul edilemez. 10 yıllık mutlak süre, aralıklı olarak işlenen fiillerde, her zarar için ayrı ayrı işlemeye başlar. Yine devam eden fiillerde de, en son fiilin sona erdiği andan itibaren 10 yıllık sürenin işlemeye başlaması, zararın tekliği ilkesinden kaynaklanır ⁶.

III. ZARARIN ORTAYA ÇIKMASI İLE HAKSIZ FİİLE İLİŞKİN ZAMANAŞIMI DÜZENLEMESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ:

Zarar, bir kişinin malvarlığında iradesi dışında ortaya çıkan eksilmedir. Zarar başta maddi-manevi zarar olmak üzere çeşitli kategorilerde ortaya çıkabilir. Gerçekten, bir kişinin malvarlığındaki somut eksilme fiili zararı oluştururken, muhtemel kazancın önlenmesi yoksun kalınan kâr adı altında talep edi-

⁶ Däppen, BSK OR, Art.60, N. 9; Oftinger/Stark, sh. 111; Fischer-OR, Art.60, N. 10; Eren, sh. 855-856; Oğuzman/ Öz, sh.74 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, sh. 956-957.

lebilir. Her ne şekilde olursa olsun, kural zarar görenin zarara kendisinin katlanmasıdır. Ancak, kusur başta olmak üzere kanunda düzenlenen hallerde, zarar görenin zararını sorumlulardan talep edebilmesi, yani zararını aktarması mümkündür.

Zarar, geniş anlamda kusur sorumluluğunda da, sorumluluğu kurucu etkenlerden birisini oluşturmaktadır. Zira hem dar anlamda kusur sorumluluğu hem de kusursuz sorumluluk hallerinde, işlenen fiil zarar verici davranış olarak nitelendirilmektedir. Ancak, bu hallerde tazminat yükümlüsüne başvurabilmek için zararın somut olarak ortaya çıkması gerekmektedir. Zira, muhtemel zarar henüz ortaya çıkmamış olan zarardır. Henüz ortaya çıkmamış olan zarar da talep edilemez.

Zararın ortaya çıkmasının, TBK m.72/I'de düzenlenen zamanaşımı süreleri ile ilişkisi nispi ve mutlak zamanaşımı süreleri yönünden ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Zararı ve tazmin yükümlüsünün öğrenilmesinden itibaren işlemeye başlayan 2 yıllık nispi zamanaşımı süresi bakımından zararın ortaya çıkması büyük bir öneme sahiptir. Çünkü, ancak ortaya çıkan zarar öğrenilebilir ve nispi süre de zararın öğrenilmesinden itibaren hesaplanabilir. Dolayısıyla, mutlak sürenin içinde kalmak şartıyla zarar ortaya çıkmadan ve öğrenilmeden önce zarar görenin tazmin talebinin zamanaşımına uğraması da söz konusu olamaz. Diğer taraftan, zararın ortaya çıkıp, öğrenilmesinin üzerinden 2 yıl geçmişse, mutlak süre içinde olsa da, talep hakkı zamanaşımına uğramış olur⁷.

Herhalde fiilin işlendiği tarihten başlayarak hesaplanan 10 yıllık mutlak süre için ise, zararın ortaya çıkması nispi süredeki gibi bir etkiye sahip değildir. Çünkü, mutlak sürenin işlemeye başlaması, zararın ortaya çıkmasından bağımsız, fiilin vuku bulduğu ana bağlıdır. Bu sonuç, TBK m.72/I'nin lafından açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Zira, 10 yıllık sürenin başlangıcı için esas alınan, fiilin işlenmesi sonucunda zararın ortaya çıktığı an değildir. Aksine, zarar ne zaman ortaya çıkarsa çıksın, za-

⁷ Brehm-BK, Art.60, N.27 vd.; Oftinger/Stark, sh. 108 vd.; Däppen, BSK OR, Art.60, N. 7-8; Rey, N.1629; Eren, sh.853-854; Oğuzman/ Öz, sh.73 vd.

rar verici fiilin işlendiği andır⁸. O halde, zararın ortaya çıkmasının 10 yıllık mutlak sürenin işlemeye başlamasında herhangi bir etkisi olmadığı kesindir. Ancak, zararın mutlak süre içinde ortaya çıkması, zarar görenin zararını sorumlulara aktarabilmesi için önemlidir.

IV. YAPI MALİKİNİN DEPREMDEN DOĞAN ZARARDAN SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN ZAMANAŞIMI SORUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ:

A. Uygulama ve Doktrindeki Görüşler:

Yapı malikinin TBK m. 69'da hükme bağlanmış olan sorumluluğu, bir sebep sorumluluğudur. Buradaki sorumluluk, kusur dışında haksız fiilin tüm unsurlarının varlığını gerektirir. Bu nedenle, yapı malikinin bina ve inşa eserindeki yapım bozukluğu veya bakım eksikliğinden kaynaklanan bu sorumluluğu, TBK m.72/I'deki zamanaşımı sürelerine tabidir. Yapı malikinin TBK m.69'dan doğan sorumluluğunun haksız fiile ilişkin zamanaşımı sürelerine tabi olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamakla beraber, fiilin işlenmesinden daha sonra ortaya çıkan depremden kaynaklanan zararlarda, 10 yıllık mutlak sürenin uygulanması hususunda farklı görüşler bulunmaktadır.

1999 yılındaki Gölcük depreminden sonra ülkemizde yaşanan mağduriyet, TBK m.72/I'deki 10 yıllık mutlak sürenin uygulanmasına ilişkin sorunları da beraberinde getirmiştir. Gerçekten, depreme dayanıklı olmayan binaların yıkılması sonucunda ortaya çıkan zararlar, yapım bozukluklarının tespitine de neden olmuştur. Bunun sonucunda, zarar gören kişilerin TBK m.69'a dayanarak yapı maliklerinden zararlarının tazminini talep etmeleri ile TBK m.72/I'deki düzenleme farklı bakış açıları ile ele alınarak uygulanmıştır. İlk olarak 1926 yılında 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 60 ile kabul edilen ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.72'de de aynen korunan bu hükmün, 2001

⁸ BGE 127 III 257; BGE 106 II 134; BGE 136 II 187; BGE 133 III 6; BGE 81 II 446; BGE 87 II 155; BGer. 5C.230/2002; BGer.4C.135/2003.

yılındaki anılan Yargıtay kararına kadar hiç tereddütsüz olarak lafsıyla uygulanmış olması da düşündürücüdür.

Yargıtay anılan kararındaki görüşünü sonraki kararlarında da savunarak, TBK m.72/1'deki " herhalde fiilin işlendiği tarih" ifadesini " herhalde zararı doğuran fiilin işlendiği tarih" olarak yorumlamış ve 10 yıllık mutlak sürenin zarar ortaya çıkmadan önce işlemeye başlayamayacağına hükmetmiştir. Böylece, binadaki yapım bozukluğundan doğan zararın ilk olarak depremlerle ortaya çıkması nedeniyle, yapı malikine yönelik tazminat talebinin depremin gerçekleştiği tarihten itibaren herhalde 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğunu kabul etmiştir.

Doktrinde Yargıtay'ın bu görüşünü destekleyen yazarlar da vardır. Ancak bu yazarlar, aynı sonucu desteklemekle beraber, görüşlerinin dayandığı gerekçeler bakımından birbirinden ayrılmaktadır. Gerçekten, bazı yazarlar Yargıtay'ın görüşüne paralel olarak, depremden dolayı ortaya çıkan zararlarda, zamanaşımının işlemeye başlaması için zararın objektif olarak ilk ortaya çıktığı anın esas alınması gerektiğini ileri sürmektedir⁹. Bazıları ise, sonradan ortaya çıkan zararlar yönünden kanunda gerçek olmayan bir kanun boşluğunun bulunduğunu ifade etmektedir. Kanun boşluğu görüşünü savunan yazarlara göre, depremden doğan zararların tabi olduğu zamanaşımına ilişkin kanunda bir kural mevcut olmakla birlikte, bunun somut olaya uygulanması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmaktadır. Bu halde, hakim TBK m.72/1'i takdir hakkına dayanarak hakkaniyete uygun şekilde uygulamalıdır¹⁰.

Doktrinde bir başka görüş de, konuya farklı bir açıdan yaklaşarak ele almıştır. Söz konusu görüşe göre, Yargıtay bu görüşü ile hukuk güvenliğini ön planda tutmamaktadır, konu esas olarak TBK m.153/1'de düzenlenen zamanaşımının durması kapsamında değerlendirilmelidir. TBK m.153/1'de "alacağın

⁹ Deschenaux, Henri / Tercier, Pierre (Çev. Özdemir, Salim) : Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983, sh.167; Kılıçoğlu, Mustafa : Sorumluluk Hukuku, C. 1, Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara 2002, sh.563.

¹⁰ Çelik, Ahmet Çelik : Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı, İstanbul 2004, sh. 161; Ayan, Mehmet : Medeni Hukuka Giriş, Konya 2003, sh.56.

Türk mahkemeleri önünde ileri sürme imkanı bulunmadığı sürece zamanaşımının işlemeye başlamayıp, duracağı” hükme bağlanmıştır. Alacağın Türk mahkemeleri önünde ileri sürülme imkanının bulunmaması ile kast edilen de objektif sebeplerle alacağın ileri sürülmesinin imkansız olmasıdır. Depremdeki gibi fiilin işlenmesinden sonra ortaya çıkan zararlarda, zarar görenin zarardan daha önce haberdar olması objektif olarak mümkün değildir. Çünkü, daha önceki süreçte zarar ortaya çıkmamıştır. O halde, sonradan ortaya çıkan zararlar yönünden TBK m.72/I’de öngörülen 10 yıllık zamanaşımı süresinin zararın ortaya çıktığı tarihe kadar durdurduğu kabul edilmelidir¹¹.

Doktrinadaki diğer görüşe göre ise, TBK m.72/I’de “herhalde fiilin işlendiği tarih” ifadesinden anlaşılması gereken, zararın ortaya çıktığı tarih değil, zarar ortaya çıksın ya da çıkmasın fiilin tamamlandığı tarihtir. Kanun koyucunun açık iradesine rağmen, mutlak zamanaşımı süresini zararın ortaya çıktığı tarihten itibaren işlemeye başlatmak, hukuk güvenliğinin sağlanması ve sorumluluğun sınırlandırılması esaslarına aykırılık teşkil eder. Bu nedenle, TBK m.72/I’deki hüküm, fiilin işlendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacak 10 yıllık zamanaşımı süresi olarak göz önüne alınıp, uygulanmalıdır. Sonradan ortaya çıkan zararlarda zamanaşımı süresi yönünden herhangi bir kanun boşluğu mevcut olmamakla birlikte, mutlaka bir kural koyulmak istenirse, kanun koyucunun iradesi ile zararın ortaya çıktığı tarihten itibaren işlemeye başlayacak özel bir zamanaşımı hükmü de kabul edilebilir¹².

İsviçre Federal Mahkemesi de, zamanaşımına ilişkin düzenlemelerin kamu düzeninin korunmasına hizmet ettiği, haksız fiilden doğan taleplerin de zaman sınırı olmadan tazmin

¹¹ Büyüksağış, Erdem: Sonradan Ortaya Çıkan Zarar Davalarında Zamanaşımının Durması (TBK m.153/I b.6), Yargıtay Dergisi 2017, sh.491-550.

¹² Başpınar, Veysel/ Altunkaya, Mehmet: Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.57, Sayı.1, Yıl: 2008, sh. 95-131; Yıldırım Akkayan, Ayça: Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararların Tazmini Taleplerinde Uygulanacak Zamanaşımının Yeni Eğilimler Çerçevesinde Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIV, S.1, Yıl: 2016, sh. 185-219.

yükümlüsüne yöneltmesinin hukuk güvenliği bakımından kabul edilemeyeceğini, zarar görenin menfaatlerinin tek başına hükme esas alınmaması gerektiğini, bu sebeplerle 10 yıllık mutlak sürenin zarar görenin talep hakkına sahip olduğunu bilip bilmemesinden bağımsız olarak, zarar verici fiilin tamamlandığı tarihten itibaren işlemeye başlaması gerektiği görüşünü benimsemektedir¹³.

B. Görüşümüz:

Yargıtay'ın 2001 yılındaki kararının gerekçesi ile gündeme gelen ve o günden bu yana farklı görüşlerin oluşmasına sebep olan TBK m.72/I'deki mutlak sürenin işlemeye başlaması meselesi, yapı malikinin sorumluluğundaki zamanaşımı sorununu oluşturmaktadır. Anılan sorun, yargı kararları ile "zarar doğuran fiilden itibaren 10 yıllık zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması" tespiti ile bertaraf edilmektedir. Ancak, soruna yalnız yüzeysel olarak temas edildiği de açıktır. Doktrinde de yukarıda zikredildiği gibi soruna farklı yönlerden yaklaşılarak, çeşitli çözümler getirilmiştir. Kanımızca, anılan çözüm önerileri de sorunun temeline inmeden, genel geçer gerekçelerle benzer sonuçlara varmıştır.

Bize göre, yapı malikinin sorumluluğu ve hatta tüm haksız fiil sorumluluklarında karşılaşılan sonradan ortaya çıkan zarar ve bu zararın tabi olduğu zamanaşımı meselesi, temelinde TBK m.72//I'de düzenlenen 10 yıllık mutlak sürenin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bu sürenin zamanaşımı süresi niteliğinde olduğu hem kanun koyucu hem de doktrin ve uygulama tarafından mutlak olarak kabul edildiğinden, sorun hiç bu yönüyle ele alınmamıştır. Hatta, sözleşme ve haksız fiillerin tabi olduğu zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlamasının farklı esaslara tabi olduğu her zaman belirtilmekle birlikte, bunun nedeni üzerinde neredeyse hiç durulmamıştır. Başka bir ifadeyle, zamanaşımı sürelerinin aynı esas ve kurallara tabi olduğu gerçeğine rağmen, sözleşme ve haksız fiillerdeki bu ayırım

¹³ BGE 137 III 16; BGE 119 II 216.

neden var? sorusu sorulmamıŐtır. Bunun yerine, haksız fiildeki 10 yıllık mutlak süre, hükmün lafsına aykırı olarak zararın ortaya çıktığı andan itibaren iŐletilmeye çalıŐılarak, zamanaşımı süresi niteliği vurgulanmıştır.

Zamanaşımı, borcu nispi olarak sona erdiren sebeplerden birisidir. Zamanaşımı hak kazandırıcı etkisi dışında esas olarak borcun alacaklı tarafından dava edilebilirliğini ortadan kaldıran bir kurumdur. Gerçekten, alacak tabi olduğu zamanaşımı süresi içinde talep ve dava edilmezse, sürenin sona ermesi ile zamanaşımına uğrar. Zamanaşımına uğramış olan alacak, borçlu için eksik borç haline gelir. Yani, alacak varlığını sürdürmekle birlikte, borçlunun sürekli olarak ifa talebini reddetme hakkı doğar. Bunun sonucu olarak da, borçlunun tazmin yükümlülüğü sona erer.

Zamanaşımı, ortak ilke ve esaslara dayanan, temelinde borçlunun sınırsız ve belirsiz süreyle sorumlu olmasını engelleyen bir kurumdur. Zamanaşımı, farklı sürelerden oluşsa da, işleyişi, durması ve kesilmesi yönünden aynı kurallara tabidir. Bu sayılan hususlarda zamanaşımı süreleri arasında bir ayırım yapmak, hukuk güvenliğinin zedelenmesine ve hukukun temel ilkelerine aykırı kararlara sebep olur.

Zamanaşımı sürelerinin ne zamandan itibaren işlemeye başlayacağı sözleşmelerden doğan talepler bakımından TBK m.149'da düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre; "Zamanaşımı, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar". Muacceliyet, bir alacağın hukuken talep edilebilirliğidir. Alacağın talep edilebilirliği de elbette ki doğmuş ve ortaya çıkmış olmasını gerektirir. Bu kural genel bir kural olmakla beraber, başta haksız fiil olmak üzere kanundan doğan bir çok istisnası vardır. Gerçekten, 10 yıllık zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması TBK m.72/I'de " fiilin işlendiği tarihe" bağlanırken, sebepsiz zenginleşmeden doğan iade taleplerinde de TBK m.82 uyarınca " zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten" itibaren işlemeye başlamaktadır. Hatta, satış sözleşmelerinde alıcının ayıptan doğan talep haklarını kullanması için TBK m.231 ve m.215'de öngörülen zamanaşımı sürelerinin başlangıcı da " taşınırlarda devir,

taşınmazlarda tescil" tarihine bağlanmıştır. O halde, zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlamasına ilişkin TBK m.149'daki genel kural, tüm zamanaşımı süreleri için geçerli olan mutlak bir kural değildir. Nitekim kanun koyucu, zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması bakımından haksız fiil haricinde sebepsiz zenginleşme ve ayıptan doğan sorumluluk hallerinde de muacceliyet olgusundan ayrılmıştır. Bu sonuç, TBK m.72/I'de öngörülen 10 yıllık zamanaşımı süresinin, sözleşmeler için öngörülen TBK m.149'dan farklı olarak değerlendirilmesi gerektiğinin kanun koyucunun açık iradesinden kaynaklandığını göstermektedir. Dolayısıyla, TBK m.72/I'deki 10 yıllık sürenin başlangıcını, kanunun açık lafsına rağmen sözleşmeler için öngörülen düzenlemeye paralel olarak yorumlamak kabul edilemez. Böyle bir yorum, TBK m.149 uyarınca yapı malikinin sorumluluğunda muacceliyet için de zararın ortaya çıkmış olmasını gerektirir. Ancak, TBK m.72/I'de 10 yıllık mutlak sürenin başlangıcı "herhalde fiilin işlendiği tarihe" bağlanmıştır. Fiilin işlendiği anda ya da kısa süre sonra ortaya çıkan zararlar için anılan düzenleme bir sakınca doğurmamaktadır. Ancak, özellikle fiilin işlenmesinden itibaren 10 yıl sonra ortaya çıkan zararlarda birçok sorunu beraberinde getirmektedir. Gerçekten, yukarıdaki Yargıtay kararına konu olan olayda olduğu gibi, kanunda öngörülen süreden daha sonra ortaya çıkan zararlarda, sorumlulara başvurulamaması mağduriyetlere sebep olabilir. Ancak, zarar görenlerin mağdur olmamaları için kanun koyucunun açık ifadelerle hükme bağladığı bir kuralı, her olaya göre farklı yorumlamak da kabul edilemez.

Sorunun zamanaşımı süresi olarak hüküm altına alınan ve fiilin işlendiği tarihten itibaren işleyeceği öngörülen 10 yıllık sürenin, muacceliyet kavramı ile çatışmasından kaynaklandığı açıktır. Zira, fiilin işlendiği anda zararın doğmadığı hallerde, ne sorumluluğun ne de muacceliyetin gerçekleşmeyeceği açıktır. Ancak, diğer taraftan "fiilin işlendiği an" ifadesini zararın doğduğu an olarak yorumlamak da mümkün değildir. Çünkü, böyle bir yorum sorumlular için sınırsız ve belirsiz süreli bir sorumluluk doğurur, ki böyle bir sonuç da zamanaşımının sorumluluğu sınırlandırma amacı karşısında kabul edilemez.

Özellikle yapı malikinin sorumluluğu ve diğer kusursuz sorumluluk hallerinin ağır ve sert niteliği, sorumluluğu neredeyse süresiz hale getiren bu yorum ile değerlendirilemez.

Esas olarak, sorun 10 yıllık mutlak sürenin TBK m.149'dan ayrılarak ele alınması ile çözümlenmelidir. Muacceliyet kuralına dayanmadan hükme bağlanan bu zamanaşımı süresi, 2 yıllık nispi zamanaşımı süresini sınırlayan mutlak bir süre olarak kabul edilmelidir. Muacceliyet anından önce veya sonra başlaması, 10 yıllık mutlak sürenin zamanaşımı niteliğini etkilemez. Depremden doğan zararlarda olduğu gibi, 10 yıllık mutlak zamanaşımı süresinin sona ermesinden sonra ortaya çıkan zararlarda, mevcut hükmün uygulanması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Ancak, böyle hallerde kanunun açık ve kesin hükümlerine, hakkaniyete aykırılık gerekçesi ile farklı anlamlar yüklenmesi ve kanuna aykırı kararlar verilmesi haklı görülmez. Sonradan ortaya çıkan zararlar yönünden olması gereken, mevcut hukuk sistemimize özel hükümler sevk edilmesidir. Bu da, yine fiilin işlendiği andan işlemeye başlayacak olan zamanaşımı süresinin 10 yıldan daha uzun bir süreye çıkarılması ile yapılabilir. Sonradan ortaya çıkan zararlarda, zamanaşımı süresinin zararın ortaya çıktığı andan itibaren başlamasını öngören bir düzenleme, belirsiz süreli sorumluluğa neden olur, ki bu da sorumluluk hukuku esasları ile bağdaşmaz.

Kanaatimizce, TBK m.72/I'de herhalde fiilin işlendiği tarihten itibaren işlemeye başlaması gereken 10 yıllık süre, 2 yıllık zamanaşımı süresinin üst sınırı niteliğinde mutlak bir zamanaşımı süresi olarak kabul edilmelidir. Bu sürenin sözleşmelere özgü TBK m.149 çerçevesinde değerlendirilip, kanunun açık lafsına aykırı şekilde yorumlanması, hukuk güvenliğini sarsmak ve özellikle de kanunun öngörmediği yeni bir kurum yaratmaya çalışmaktan öteye gidemez. Açıklanan gerekçelerle, TBK m.72/I somut olaya uygulanırken kanun koyucunun iradesine sadık kalınmalı ve 10 yıllık sürenin fiilin işlendiği tarihten itibaren işlemeye başlayan, 2 yıllık zamanaşımı süresini sınırlayan, mutlak bir zamanaşımı süresi olduğu kabul edilmelidir.

Yapılan açıklamalar sonucunda, yapı malikinin sorumluluğunda TBK m.72/I'e göre fiilin gerçekleştiği an, bina ve inşaa eserinin kullanım hakkı tesisi için teslim edilmiş olup olmasına göre tespit edilmelidir. İlk ihtimalde, yapım bozukluğu ve bakım eksikliği bulunan bina veya inşaa eseri kullanım hakkı tesisi için üçüncü kişiye teslim edilmişse, kullanım hakkı sahibi bakımından fiil teslim anında gerçekleşmiş sayılmalı ve 10 yıllık mutlak süre bu andan itibaren işlemeye başlamalıdır. Örneğın, kiracı, ödünç alanlar için bu ihtimal esas alınmalıdır. Ancak, bakım eksikliği teslimden sonra gerçekleşmişse, bu durumda sürenin başlamasında teslim değıl, bakım eksikliğının ortaya çıktığı an göz önüne alınmalıdır. İkinci ihtimalde ise, yapım bozukluğu veya bakım eksikliği bulunan bina ya da inşaa eserinin üçüncü kişiye teslimi söz konusu değılse, kullanım hakkına sahip olmayan kişiler yönünden fiil yapım bozukluğu ya da bakım eksikliği ortaya çıktığı anda meydana gelmiş sayılmalı ve süre de bu andan itibaren işlemelidir. Örneğın, yoldan geçen bir kişinin başına yapım bozukluğu nedeniyle depremde yıkılan binanın kiremitlerinin düşmesi hali bu kapsamdadır. Sorumlu, zarar doğduğu anda bina veya inşaa eserine malik olan kişidir. O halde, burada sorumlunun tespiti de zararın doğmasını gerektirir. Nitekim, yapım bozukluğu veya bakım eksikliği bulunan bina veya inşaa eserinin teslimi anında malik olan kişi, mülkiyet hakkını bir başkasına devretmiş ve zarar da devralanın malik olduğu dönemde doğmuşsa, eski malik artık sorumlu değıldir. Bu halde, depremden doğan zararlarda olduğu gibi, yapım bozukluğu gerçekleştiği andan itibaren 10 yıl geçmiş ve zarar daha sonra doğmuşsa, yeni maliki sorumlu tutmak da mümkün değıldir. Çünkü, 10 yıllık mutlak sürenin dolması, 2 yıllık zamanaşımı süresinin işlemeye başlamasını engeller.

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN 69. MADDESİ ÜÇÜNCÜ FIKRASI UYARINCA YAPIMDAKİ BOZUKLUK VE BAKIMDAKİ EKSİKLİK KAVRAMLARI IŞIĞINDA RÜCU İLİŞKİSİ

*Dr. Öğretim Üyesi Bahar ÖCAL APAYDIN**

Giriş

Yapı malikinin sorumluluğunun düzenlendiği Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 69/f.1 hükmü, 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu (818 sayılı BK) m. 58/f.1 ve İsviçre Borçlar Kanunu (İsv. BK m. 58/f.1) hükmüne karşılık gelmektedir. TBK m. 69/f.1 hükmü uyarınca bir binanın ya da diğer yapı eserinin maliki, bunların yapımındaki bozukluktan ya da bakımındaki eksiklikten doğan zararı tazmin etmekle yükümlüdür.

818 sayılı Borçlar Kanunu m. 58 ve İsv. BK m. 58 hükmünden farklı olarak, TBK m. 69 hükmünün ikinci fıkrasında intifa hakkı ve oturma hakkı sahiplerinin binanın bakımındaki eksiklikten doğan zarardan yapı maliki ile birlikte müteselsilen sorumlu olduğu düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu m. 69 hükmünün üçüncü fıkrası ise 818 sayılı BK m. 58/f.2 ve İsv.BK m. 58/f.2 hükmüne karşılık gelmektedir. TBK m. 69 hükmü kapsamında sorumlu kişiler yapı maliki ile sınırlı ele alınmadığından, 818 sayılı BK 58/f.2 hükmünden farklı olarak TBK m. 69/f.3 hükmünde sorumluların, bu sebeplerle kendilerine karşı sorumlu olan kişilere rücu hakkının saklı olduğu düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu m. 69 hükmünün 818 sayılı BK m.58 ve İsv.BK m. 58 hükmünden farklılaşması, TBK m. 69/f.3 hükmü kapsamında ele alınan rücu hakkı bakımından da önemlidir. Bu kapsamda öncelikle, gerek sorumlu kişilerin tayini gerekse

* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, bahar.apaydin@inonu.edu.tr

rücu talebinin yöneltileceği kişilerin belirlenmesi bakımından yapı eserinin yapımındaki bozukluk ile bakımındaki eksiklik kavramları ışığında bir değerlendirme yapmak gerekir. İkinci olarak TBK m.69 hükmüne eklenen ikinci fıkranın etkisiyle TBK m. 69/f.3 hükmü uyarınca rücu talebinin yöneltileceği kişilerin belirlenmesi de önem arz eder.

Bu çalışmada, öncelikle rücu hakkının sorumluluk hukukundaki yeri belirlenmek suretiyle TBK m. 69/f.3 hükmü uyarınca rücu hakkının niteliği ortaya konulmaya çalışılacaktır. Ardından yapı eserinin yapımındaki bozukluk ve bakımındaki eksiklik kavramları ışığında rücu ilişkisinin taraflarının tayini amaçlanmaktadır. Son olarak, yine bu kavramlar ışığında, TBK m. 69/f.2 hükmünün, TBK m. 69/f.3 hükmü uyarınca rücu ilişkisine etkisi inceleme konusu yapılacaktır.

I. Rücu Kavramı ve Sorumluluk Hukukundaki Yeri

Rücu, kendisine veya başkasına ait bir borcu ifa eden ve böylece alacaklıyı tatmin eden kişinin ifa etmiş olduğu borcun tamamı ya da bir kısmını nihai borçludan talep etmesi olarak nitelendirilmektedir¹. Alacaklıya borcun eda edilmesi sebebiyle, rücu alacaklısı ile diğer borçlu ya da borçlular arasında yeni bir borç ilişkisi doğar². Rücu talebinin dayanağını sözleşme, sebepsiz zenginleşme yahut vekâletsiz iş görme teşkil edebilir.

Sorumluluk hukuku bakımından rücu hakkı, dayanağını TBK m. 62 hükmünde bulur. TBK m. 61 hükmünde, birden çok kişinin birlikte bir zarara sebep olması ya da aynı zarardan çeşitli sebeplerle birden çok kişinin sorumlu olması hâlinde, bu kişiler hakkında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu düzenlemenin önemli sonuçlarından birisi, birden çok kişinin zarara ortak kusurlarıyla zarar sebep olması hâli ile farklı hukuki sebeplerle aynı

¹ NOMER, Rücu İstemine İlişkin Zamanaşımı (TBK m. 73), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 - 4 Haziran 2011) Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a ARMAĞAN [Rücu], s. 240.

² TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pichonnaz/DEVELİÖĞLU, Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, N. 1636

zarara sebep olan birden çok kiŐinin sorumluluĐunu tek bir hűkűmle ifade etmesidir³. Ayrıca zarara sebep olan birden çok kiŐi bakımından dıŐ iliŐkide műteselsil sorumluluk hűkűmlerine (TBK m. 162 vd.) atıf yapılmıŐtır. TBK m. 62 hűkmű ise aynı zararı gidermekle yűkűmlű birden çok kiŐi arasında tazminatın paylaŐtırılmasını yani iç iliŐkiyi dűzenlemektedir. Buna gűre tazminatın paylaŐtırılmasında bűtűn durum ve koŐullar, űzellikle sorumlu olanlardan her birine yűklenebilecek kusurun aĐırlıĐı ile yarattıkları tehlikenin aĐırlıĐı, gűz űnűnde tutulur (TBK m. 62/f.1). Ayrıca tazminatın kendi payına dűşenden fazlasını űdeyen kiŐi, fazladan yapmıŐ olduĐu űdeme bakımından, diĐer műteselsil sorumlulara karŐı rűcu hakkına sahip olduĐu gibi zarar gűrenin haklarına da halef olur (TBK m. 62/f.1). TBK m. 62 hűkmű kapsamında, zararı gideren kiŐinin diĐer sorumlulara karŐı halefiyetle desteklenmiŐ bir rűcu hakkına sahip olduĐu aēıkēa ifade edilmekle birlikte iç iliŐkide tazminatın paylaŐtırılması bakımından TBK m. 167 hűkműne atıf yapılmamıŐ ve fakat hâkime bu konuda bir gűrev verilmiŐ olduĐu gűrűlmektedir. TBK m. 62 hűkműnűn TBK m. 167 hűkműne atıf yapmamıŐ olmasının sebebi, zarara sebep olan kiŐiler arasında kanundan doĐan teselsűl bakımından, űnceden aralarında bir iç iliŐki olduĐundan bahsedilememesinde aranmalıdır⁴.

II. Tűrk Borēlar Kanunu m. 69/f. 3 Uyarınca Rűcu Talebinin Tűrk Borēlar Kanunu m. 62 Hűkműndeki Rűcu Talebinden Ayırt Edilmesi

Tűrk Borēlar Kanunu m. 69/f. 3 hűkműnde sorumluların, bu sebeplerle kendilerine karŐı sorumlu olan diĐer kiŐilere rűcu hakkının saklı olduĐu dűzenlenmiŐtir. Hűkűm 818 sayılı BK m. 58/f. 2 ve İsv.BK m. 58/f. 2 hűkműne karŐılıklı gelmektedir. TBK m. 69/f.2 ile getirilen yeni dűzenlemeye gűre, bi-

³ Oysa 818 sayılı Borēlar Kanunu kapsamında tam teselsűl-eksik teselsűl ayrımı esas alınarak, zarara birlikte sebep birden fazla kiŐinin sorumluluĐuna iliŐkin 818 sayılı BK m. 50 hűkmű, farklı hukuki sebeplerle zarara sebep olan birden fazla kiŐinin sorumluluĐuna iliŐkin 818 sayılı BK m. 51 hűkmű sevk edilmiŐti.

⁴ KAPANCI, s. 395.

nanın bakımındaki eksiklik nedeniyle doğan zarardan intifa hakkı ve oturma hakkı sahibi yapı maliki ile birlikte müteselsilen sorumludur. O hâlde 69/f.3 hükmünde sorumlu kişiler şeklindeki ifade ile yapı maliki, intifa hakkı sahibi ve oturma hakkı sahibi kast edilmektedir. Kendilerine karşı sorumlu olan kişilerden kasıt, kanun ya da sözleşme uyarınca malike yahut intifa hakkı ya da oturma hakkı sahibine karşı binanın ya da diğer yapı eserinin yapımındaki bozukluktan yahut bakımındaki eksiklikten sorumlu olan kişilerdir⁵.

Dolayısıyla bu hüküm, TBK m. 62 hükmünde düzenlenmiş olan rücu hakkından farklıdır⁶. TBK m. 62 anlamında rücu talebi, zarar görene karşı farklı hukuki sebeplerle sorumlu olan kişilere yönelmektedir. Örneğin, TBK m. 69/f.2 hükmü uyarınca binanın bakımındaki eksiklik nedeniyle doğan zarardan müteselsilen sorumlu olan yapı maliki ile intifa hakkı sahibi yahut oturma hakkı sahibinin durumu böyledir. Bunun sonucu olarak zarar görenin, yapı maliki yahut intifa hakkı ya da oturma hakkı sahibinden tazminat talep etmesi mümkündür. Zarar görenin zararını gideren kişinin ise diğer sorumlulara karşı TBK m. 62 hükmü uyarınca rücu hakkı söz konusu olmaktadır. Oysa TBK m. 69/f. 3’de düzenlenen rücu hakkı, ortaya çıkan zarardan ancak yapı maliki yahut intifa hakkı ya da oturma hakkı sahibine karşı sorumlu olan üçüncü kişilere yöneltebilecektir⁷. Diğer bir deyişle, rücu hakkının dayanağını tazminat yükümlüsü ile rücu edilen kişi arasındaki iç ilişki oluşturmaktadır. Bu hâlde, zarar görenin yapı maliki yahut intifa ya da oturma hakkı sahibine karşı sorumlu olan kişiye başvurması imkânı yoktur.

⁵ GÖKSU, Tarkan: Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), (Herausgeber: GAUCH, Peter / AEPLI, Viktor/ STÖCKLI, Hubert), Schulthess Juristische Medien AG 2016, Art. 58, N.25; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 2016, N. 550.

⁶ ERTEN, Ali: Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bina ve İnşaa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu (BK m. 58), Ankara 200, s. 260-261; ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.II, Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri, Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri, İstanbul 2015, s. 335.

⁷ ERTEN, s. 261; ANTALYA, s. 335.

Yapı malikinin sorumluluğu Türk Borçlar Kanununda bir kusursuz sorumluluk türü olarak düzenlenmiştir⁸. Yapı eseri malikinin sorumluluğu, ağırlaştırılmış bir kusursuz sorumluluk hâlidir⁹. Zira yapı eserinin maliki kurtuluş kanıtı getirmek suretiyle sorumluluktan kurtulamaz¹⁰. Ayrıca yapıdaki bozukluk ya da bakımdaki eksiklik üçüncü bir kişinin davranışından kaynaklansa ve hatta tesadüfen olsa dahi¹¹ yapı maliki yahut intifa hakkı sahibi ya da oturma hakkı sahibi sorumlu olmaktadır. TBK m.69/f.3 hükmünde düzenlenen rücu hakkı ile söz konusu sorumluluğun dengelendiği ifade edilmektedir¹². Ne var ki, TBK m. 69/f.3 hükmü özel bir rücu imkânı getirmemektedir¹³. TBK m. 69/f. 3 kapsamında rücu talebinin, yapı maliki yahut intifa hakkı ya da oturma hakkı sahibinin bir sözleşme ilişkisi içinde olduğu ve bu sözleşmeden doğan borca aykırı hareket eden kişiye yahut TBK m. 49 hükmü gereğince sorumlu kişilere yöneltilmesi hâlinde taraflar arasında müteselsil sorumluluktaki gibi dar anlamda bir rücu ilişkisi de bu

⁸ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018, s. 668; KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018, s. 461; NOMER, Halûk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017, N. 121, ANTALYA, s. 311.

⁹ GÖKSU, Art. 58, N. 1; EREN, s. 670; NOMER, N. 121; ANTALYA, s. 312; BAŞOĞLU, Başak: Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler, İnÜHFD, C. 6 Sa.2 Yıl: 2015, s.41

¹⁰ WERRO, Comentaire Romand, Code des obligations I, Art.1-529, (Edité par THÉVENOZ, Luc/WERRO, Franz) [CR-CO], Art. 58, N. 1; WERRO, La responsabilité civile, Stämpfli Verlag AG 2017, N. 758; BREHM, Roland: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, BK - Berner Kommentar, (Herausgeber: Hausheer, Heinz / Walter, Hans Peter), Stämpfli Verlag AG 2013, Art. 58, N. 92; FISCHER, Willi: OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht OFK - Orell Füssli Kommentar (Herausgeber: Kostkiewicz, Jolanta Kren / Wolf, Stephan / Amstutz, Marc/ Fankhauser, Roland) Orell Füssli Verlag AG 2016, Art. 58, N. 2; GÖKSU, Art. 58, N. 1; MÜLLER, Christof: Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, (Herausgeber: Furrer, Andreas / Schnyder, Anton K.), Schulthess Juristische Medien AG 2016, Art. 58, N. 39; TANDOĞAN, Halûk: Türk Mesuliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Ankara 1961, s. 184; EREN, s. 679; NOMER, N. 121; KILIÇOĞLU, s. 469; ANTALYA, s. 311; BAŞOĞLU, s. 41.

¹¹ BREHM, Art. 58, N. 92 ve 94; GÖKSU, Art. 58, N. 1; MÜLLER, Art. 58, N. 2; TANDOĞAN, s. 182-183.

¹² ERTEN, s. 259; Benzer doğrultuda bkz. ANTALYA, s. 335.

¹³ BREHM, Art. 58, N. 231; ERTEN, s. 261. Bilakis bir rücu imkânı varsa bunun saklı olduğu TBK m. 69/f.3 hükmünde ifade edilmektedir (ERTEN, s. 261; OĞUZMAN/ÖZ, N. 549).

lanmamaktadır. Zira bu hâlde borca aykırılıktan yahut haksız fiilden sorumluluğun koşullarının somut olayda gerçekleşmiş olması gerekir. O nedenle, TBK m. 69/f. 3 hükmündeki rücu ifadesinin, yapı maliki yahut intifa hakkı sahibi ya da oturma hakkı sahibinin sahip olduğu bir hak sebebiyle (sözleşme ya da haksız fiil hükümlerine dayanarak) bir başkasına talepte bulunması şeklinde geniş bir anlamda kullanıldığı kabul edilmelidir. Esasen TBK m. 69/f.3 hükmü kapsamında ifadesini bulan rücu talebinin yöneltildiği kişilerin davranışı, bizzat yapı maliki yahut intifa hakkı ya da oturma hakkı sahibinin hakkını ihlal etmekte ve yapı eserinin yapımındaki bozukluk ya da bakımındaki eksikliğe neden olmaktadır. TBK m. 62 hükmünde ifadesini bulan rücu talebinin yöneltildiği kişilerin davranışı ise zarar görenin hakkını ihlal etmekte ve zarar görenin uğradığı zarara neden olmaktadır.

İsviçre Borçlar Kanunu m. 58 hükmü, 818 sayılı BK m. 58 hükmünde olduğu iki fıkra olarak düzenlenmiştir. Birinci fıkrada yapı malikinin sorumluluğu, ikinci fıkrada ise rücu hakkı hüküm altına alınmıştır. Buna göre yapı maliki kendisine karşı sorumlu olan kişilere rücu hakkına sahiptir. Rücu hakkının yöneltileceği kişilere yapıdaki bozukluğa sebep olan satıcı, yüklenici yahut bakımdaki eksikliğe neden olan kiracı, işçi örnek verilmektedir ve fakat zarar görenin bu kişilere rücu etme imkânı bulunmamaktadır¹⁴. İsviçre öğretisinde bu kişilerin yapı maliki ile sözleşme ilişkisi içerisinde olduğu ve bundan dolayı da ikinci fıkra olmaksızın da sorumlu tutulabileceği ittifakla kabul edilmektedir¹⁵. Bu doğrultuda 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'nda (2020 Tasarısı) yapı malikinin sorumluluğu m. 62'de tek fıkra şeklinde düzenlenmiş ve İsv.BK m.58/f.2'ye hükmünde yer verilmemiştir. Rücu meselesinin 2020 Tasarısı m. 204 hükmündeki¹⁶ genel kurala göre çözümlenmesinin

¹⁴ GÖKSU, 44; GÖKSU, Art. 58, N.25.

¹⁵ WERRO, CR-CO, Art. 58, N. 30; WERRO, N. 824; BREHM, Art. 58, N. 231; FISCHER, Art. 58, N. 44; MÜLLER, Art. 58, N. 39.

¹⁶ 2020 Tasarı m. 204 hükmü şu şekildedir: " (1) Birlikte borçlular arasındaki ilişkilerden

mümkün olduğu ve böyle bir hükme ihtiyaç duyulmadığı için 2020 Tasarısı m. 62 hükmünde rücu meselesine yer verilmediği şeklinde konu açıklığı kavuşturulmuştur¹⁷. Belirtmek gerekir ki, 2020 Tasarısı m. 62’de TBK m. 69/f.2 hükmüne benzer bir düzenleme de yer almamaktadır¹⁸. 2020 Tasarısı m. 62 hükmü, “bir binanın veya bir başka eserin maliki, zararın yapımındaki bozukluktan veya bakımdaki eksiklikten kaynaklanmadığını ispatlamadığı takdirde, binanın veya eserin yol açtığı zarardan sorumludur” şeklinde düzenlemeyi havidir.

III. Türk Borçlar Kanunu m. 69/f.3 Uyarınca Rücu Talebinin Koşulları

A. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu m. 69/f.3 uyarınca rücu talebinden bahsedebilmek için, üçüncü kişinin yapı eserinin yapımındaki bozukluk ya da bakımındaki eksiklik nedeniyle uğramış olduğu zararının, sorumlu kişiler tarafından, giderilmiş olması gerekir. Sorumlu kişiler, TBK m.69/f.1 ve f.2 uyarınca belirlenmektedir. Buna göre sorumlu kişiler yapı maliki, intifa hakkı sahibi ve oturma hakkı sahibidir. Bu konu, rücu ilişkisinin tarafları ele alınırken etraflıca incelenecektir.

Sorumlu kişilerden biri tarafından üçüncü kişinin uğradığı zararın giderilmesinden sonra, zararı gideren kişinin zarar görene ödemiş olduğu tazminatı rücu kapsamında bir başkasından talep edebilmesi söz konusu olur.

aksi anlaşılmadıkça, alacaklıya yapılan ödeme birlikte borçlular tarafından eşit bir şekilde paylaşılır. (2) Tazminat bakımından birlikte borçlulardan her birinin payı, yükümlülük ihlalinin ağırlığına ve koşullara göre belirlenir”.

¹⁷ FELLMANN Walter/ MÜLLER, Christoph/ WERRO, Franz: Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 - Projet relatif à une nouvelle partie générale Année 2013, (Editörler: HUGUENIN, Claire/ HILTY, Reto M.), Art 62 CO 2020, Zürich 2013, N. 8.

¹⁸ TBK m. 69 hükmünün daha ayrıntılı olduğu yönünde bkz. TOPUZ, Murat: İsviçre Borçlar Kanunu’nun (OR) Genel Hükümlerine İlişkin 2020 Tasarısında Haksız Filden Doğan Borç İlişkilerinin Düzenleniş Biçimi ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 3 (Cevdet Yavuz’a Armağan), Yıl 2016, s. 2710.

B. Zararı Giderme Yüklümlülüğünün Koşulları

1. Üçüncü Bir Kişinin Bir Zarara Uğramış Olması

Yapı eseri maliki yahut intifa hakkı ya da oturma hakkı sahibinin zararı giderme yükümlülüğünün ilk koşulu, üçüncü kişinin bir zarara uğramış olmasıdır. Üçüncü kişinin zararı, kişiye verilen zarar olabileceği gibi şeye verilen zarar da olabilir¹⁹. Bunun yanı sıra maddi bir zarar olabileceği gibi manevi bir zarar da olabilir²⁰.

2. Bir Yapı Eserinin Bulunması

Yapı eseri malikinin sorumluluğunun doğması bakımından, zarara neden olan bir bina ya da yapı eseri bulunmalıdır²¹.

Hükümde bina ve yapı eseri şeklinde ifade edilmekle birlikte esasen binanın da bir yapı eseri olmasından hareketle yapı eseri bir üst kavram olarak kabul edilmektedir²². Öğreti ve uygulamada bina kavramı insanların, hayvanların ya da eşyaların korunması veya barınmasına tahsis edilmiş, bu amaca elverişli toprağa bağlı yapı eseri olarak ifade edilmektedir²³.

Binanın dışındaki yapı eserleri ise toprakla doğrudan ya da dolaylı bağlantısı olan sabit ve insan faaliyeti ile yapılmış ya da değiştirilmiş (yapay olarak meydana getirilmiş) şeylerdir²⁴. Bu tanım ekseninde; reklam tabelaları, köprüler, kanallar, ba-

¹⁹ TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 191; EREN, s.671.

²⁰ TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 191; EREN, s.671; OĞUZMAN/ÖZ, N. 532.

²¹ BURCUOĞLU, s. 112; ÖZTAŞ, İlker: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Yapı Malikinin Sorumluluğu, Cevdet Yavuz Anısına Armağan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 - 4 Haziran 2011), s. 179. 818 sayılı BK m. 58 hükmünde "bina veya imal olunan herhangi bir şey" ifadesinin değiştirilmiş olmasının isabetli olduğu yönünde bkz. KILIÇOĞLU, s. 461; ÖZTAŞ, s. 191.

²² Bu yaklaşımla Eren, bina ve diğer yapı eserlerini tek bir tanımda ifade etmektedir. Bkz. EREN, s. 674.

²³ WERRO, CR-CO, Art. 58, N. 6; WERRO, N. 774; TANDOĞAN, s. 186; OĞUZMAN/ÖZ, N. 522; ERTEN, Ali: Borçlar Kanunu ve Yapı Denetimi Hakkında KHK Açısından Türk Hukukunda Yapıların Neden Oldukları Zarardan Dolayı Sorumluluk, Ankara 2000 [Yapıların Neden Oldukları], s. 6; KILIÇOĞLU, s. 462; BURCUOĞLU, s. 112; ANTALYA, s. 326.

²⁴ WERRO, CR-CO, Art. 58, N. 7; WERRO, N. 775; BREHM, Art. 58, N. 26 vd.; GÖKSU, Art. 58, N.6; FISCHER, Art. 58, N. 20; MÜLLER, Art. 58, N. 3; TANDOĞAN, s. 187; OĞUZMAN/ÖZ, N. 523; KILIÇOĞLU, s. 462; ERTEN, Yapıların Neden Oldukları, s. 7; BURCUOĞLU, s. 112; ANTALYA, s. 323.

rajlar, telefon ve elektrik direkleri, karayolları, tren ve tramvay rayları, banyo küvetleri, kombi ve Őofbenler, inşaat iskeleleri, vinçler, asansörler, su kuyuları, su tesisatı, kanalizasyon tesisatı, merdivenler, yüzme havuzları, çocuk oyun parkları, açık ve kapalı spor tesisleri yapı eserine örnek gösterilmektedir²⁵.

Binanın yahut diğer bir yapı eserinin bütünüleyici parçası da bina veya diğer yapı eseri ile birlikte deđerlendirilmelidir²⁶. Eklentiler ise bina ya da diğer yapı eseri ile fiziksel ve işlevsel bir bağlantı içindeyse bina ya da diğer yapı eseri ile birlikte deđerlendirilebilir²⁷.

3. Yapı Eserinin Yapımında Bozukluk veya Bakımında Eksiklik Olması

Yapı eserinin yapımındaki bozukluk, bina ya da diğer yapı eserinde yapım ya da projelendirilmesi aşamasında, diğer bir deyişle başlangıçta, bir eksiklik veya bozukluk olmasıdır²⁸. Tamamlanmasından sonra tahsis edildiği amaca uygun olarak bina ya da diğer yapı eserinin kullanılmaya yahut yararlanılmaya elverişli hâlde tutulmaması bakımdaki eksikliktir²⁹. Dolayısıyla, bir bina ya da diğer yapı eserinin yapımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklik değerlendirilirken, tamamlanmış olan söz konusu yapı eserinin tahsis amacı dikkate alınmalıdır³⁰. Bu anlamda genel yaşam deneyimlerinden hareketle objektif bir değerlendirme yapılmalıdır³¹.

²⁵ BREHM, Art. 58, N. 45-46; GÖKSU, Art. 58, N.7; MÜLLER, Art. 58, N. 3; DESCHENAU/TERCIER, s. 97; CHAIX, François: La responsabilité civile du propriétaire de b timent (art. 58 CO), Servitudes, droit de voisinage, responsabilit s du propri taire immobilier, (Edit  par FO X, B n dict/HOTTELIER, Michel), Schulthess Juristische Medien AG 2007, s. 47-49 ve s. 53-60; EREN, 675; OĞUZMAN/ÖZ, N. 523 ve N. 527; BURCUOĞLU, s. 112; ANTALYA, s. 323; ERTEN, s. 117-118 ve s. 121-125.

²⁶ FISCHER, Art. 58, N. 20; GÖKSU, Art. 58, N.6; ANTALYA, s. 327; BAŞ, Ece: 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Açısından Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk TBK m. 69(BK m. 58), İstanbul 2011, s. 90-91.

²⁷ GÖKSU, Art. 58, N.6; EREN, s. 676; ANTALYA, s. 327; ERTEN, s. 110; BAŞ, s. 91.

²⁸ WERRO, N. 793; EREN, 677.

²⁹ WERRO, CR-CO, Art. 58, N. 17; EREN, s. 678; ERTEN, s. 140; BAŞ, s. 100.

³⁰ WERRO, N. 798; BREHM, Art. 58, N. 48 ve 65; FISCHER, Art. 58, N. 29; GÖKSU, Art. 58, N.13; MÜLLER, Art. 58, N. 14 ve N.20; TANDOĞAN, s. 192; OĞUZMAN/ÖZ, N. 538; BURCUOĞLU, s. 113; ANTALYA, s. 331; ERTEN, s. 135; BAŞ, s. 94.

³¹ WERRO, CR-CO, Art. 58, N. 18; WERRO, N. 798; BREHM, Art. 58, N. 56; FISCHER, Art. 58, N. 28; GÖKSU, Art. 58, N.11; MÜLLER, Art. 58, N. 21.

Yapı eserinin yapımı için gerekli izinlerin alınmamış olması yahut gerekli izinler alınmasına rağmen iznin kapsam ve sınırlarının aşılmış olması bōyledir³². Gerekli izinler alınmış olan projeye aykırı biçimde yapının inşa edilmesi de bu kapsamda deđerlendirilir³³. Projede bulunan eklenti ya da bōtunleyici parçanın yapı eserinde bulunmaması hāli bu kapsamdadır³⁴.

Yapı eserinin yapıldığı zaman mevcut olan teknik kurallara uygun olarak yapının inşa edilmemiş olması, yapımdaki bozukluktur³⁵. Mevcut teknik kurallara uygun malzeme kullanılmaması ya da yeterli sayıda personel çalıőtırılmamıő olması hāli yapımdaki bozukluğa örnek gösterilebilir³⁶. Buna karşın, yapı eseri tamamlandıktan sonra gelişen tekniğe uygun gerekli önlemlerin alınmamış olması hāli, yapı eserinin bakımında eksiklik teşkil eder³⁷.

Yapı eseri tamamlandıktan sonra, teknik gelişmelere uygun olarak yapı eserinde gerekli iyileőtirmelerin yapılmamış olması; yapı eserinin bozulan, eskiyen ve yıpranan kısımlarının zamanında onarılmamıő olması yahut yapı eserinin tahsis edildiği amaca uygun olarak gerekli koruma önlemlerinin alınmamış olması yapı eserinin bakımında eksiklik olarak deđerlendirilir³⁸. Binanın su veya elektrik tesisatının kullanımı sonucu meydana gelen olağan eskimeye rağmen söz konusu tesisatın yenilenmemiő olması; bağımsız bōlümdeki kombinin yıllık bakımının yapılmamış olması, binaya giriőtteki merdiven korkuluklarının sonradan kaldırılması bakım eksikliğine örnek gösterilebilir³⁹.

³² TANDOĞAN, s. 192; KILIÇOĞLU, s.468; ANTALYA, s. 332.

³³ TANDOĞAN, s. 192; KILIÇOĞLU, s.468; ANTALYA, s. 332; BAŞ, s. 96.

³⁴ ERTEN, s. 132; BAŞ, s. 98.

³⁵ BREHM, Art. 58, N. 58; TANDOĞAN, s. 191; ANTALYA, s.332; BAŞ, s. 96.

³⁶ EREN, s. 677; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 700; ANTALYA, s. 332.

³⁷ ERTEN, Yapıların Neden Oldukları, s. 25.

³⁸ EREN, s. 678; ERTEN, s. 143; KILIÇOĞLU, s. 469; ANTALYA, s. 333.

³⁹ BAŞ, s. 101

4. Zarar ile Yapıdaki Bozukluk veya Bakımdaki Eksiklik Arasında Uygun İlliyet Bağı Olması

Üçüncü kişinin uğradığı zarar ile yapı eserinin yapımındaki bozukluk ya da bakımındaki eksiklik arasında uygun illiyet bağı kurulması hâlinde sorumluluk söz konusu olur⁴⁰. Daha önce de değinildiği üzere, yapı eseri malikine yahut intifa hakkı ya da oturma hakkı sahibine, kurtuluş kanıtı getirmek suretiyle sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmamıŐtır. Dolayısıyla ancak yapı eserinin yapımındaki bozukluk ya da bakımındaki eksiklik ile zarar arasındaki illiyet bağını kesen bir nedenin bulunması hâlinde yapı eserinin maliki yahut yapı eseri üzerinde intifa hakkı ya da oturma hakkı sahibi olan kişi, sorumluluktan kurtulur⁴¹. İlliyet bağını kesen nedenler, illiyet bağını kesecek yoğunluktaki zarar görenin kusuru, üçüncü kişinin kusuru veya mücbir sebeptir⁴².

IV. Türk Borçlar Kanunu m. 69/f.3 Hükümü Uyarınca Rücu İlişkisinin Tarafları

A. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu m. 69/f.3 hükmüne göre, “sorumluların, kendilerine karşı sorumlu olanlara rücu hakkı saklıdır”. Rücu hakkı olan sorumlulardan kasıt, TBK m. 69/f.1 ve f.2 hükmü uyarınca bina ve diğer yapı eserinin yapımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklik nedeniyle meydana gelen zararı tazminle yükümlü olan kişilerdir. Sorumlu kişilerin belirlenmesi bakımından, bina ya da diğer yapı eserinin yapımındaki bozukluk ve bakımındaki eksiklik kavramları önem arz eder⁴³. Zira 818 sayılı BK m. 58 hükmünden farklı olarak TBK m. 69/f.1 ve f.2 hükümleri bir arada değerlendirildiğinde, bina ya da diğer yapı eserinin yapımındaki bozukluk nedeniyle doğan

⁴⁰ FISCHER, Art. 58, N. 16; GÖKSU, Art. 58, N.13; MÜLLER, Art. 58, N. 27; TANDOĞAN, s. 193; EREN, s. 671.

⁴¹ WERRO, CR-CO, Art. 58, N. 22; FISCHER, Art. 58, N. 4; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 194; EREN, s. 671; ANTALYA, s. 334.

⁴² FISCHER, Art. 58, N. 4; EREN, s. 671; KILIÇOĞLU, s. 469; ANTALYA, s. 334.

⁴³ BURCUOĞLU, s. 113.

zarardan yalnızca yapı maliki sorumlu olmakta ve fakat bina ya da diğer yapı eserinin bakımındaki eksiklikten yapı maliki ile birlikte varsa intifa hakkı sahibi ve oturma hakkı sahibi müteselsilen sorumlu olmaktadır⁴⁴.

Türk Borçlar Kanunu m. 69/f. 3 hükmünde “bu sebeplerle” kendilerine karşı sorumlu olanlar, yapı eserinin “yapımındaki bozukluktan” ya da “bakımındaki eksiklikten” sorumlu olanlar şeklinde anlaşılmalıdır⁴⁵. Böylece tazminat yükümlüsünün hangi hukuki sebebe dayanarak, rücu talebini yöneltebileceği daha iyi anlaşılacaktır.

B. Zarardan Sorumlu Kişiler

1. Yapı Eserinin Maliki

Yapı eserinin yapımındaki bozukluk ya da bakımındaki eksiklik önceki malik döneminde meydana gelmiş olsa dahi sorumlu tutulan kişi, zarar görenin haklarının ihlal edildiği (zararın oluştuğu) anda yapı eserinin maliki olan kişidir⁴⁶. Dolayısıyla tazminat davasının açıldığı esnada üçüncü bir kişiye yapı eserinin mülkiyetinin nakledilmiş olması dikkate alınmaz⁴⁷.

Malikin belirlenmesi bakımından Türk Medeni Kanunu’nun eşya hukukuna ilişkin hükümleri çerçevesinde şekli bir değerdendirme yapılmalıdır⁴⁸. Buna göre kural olarak, yapı eseri üzerinde bir sınırlı aynı hakka sahip olanlar ya da şahsi hakka sahip olanlar TBK m. 69/f.1 anlamında sorumlu tutulamaz. TBK m. 69/f.1 hükmünün karşılığı olan İsv. BK m. 58/f.1 hükmü ile 818 sayılı BK m. 58 hükmünün kaleme alınış tarzı aynıdır. Buna göre yapı eserinin yapımındaki bozukluk ya da bakımın-

⁴⁴ BURCUOĞLU, s. 113.

⁴⁵ ERTEN, s. 261.

⁴⁶ WERRO, CR-CO, Art. 58, N. 12; FISCHER, Art. 58, N. 39; MÜLLER, Art. 58, N. 29; WERRO, N. 763; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 185; EREN, s. 671; OĞUZMAN/ÖZ, N. 548; ANTALYA, s. 313; NOMER, Rücu, s. 198.

⁴⁷ Zararın meydana geldiği andaki malike dava açılmalıdır (MÜLLER, Art. 58, N.31; WERRO, 763).

⁴⁸ EREN, s. 672; ANTALYA, s. 315.

daki eksiklik nedeniyle sorumlu kişi, yalnızca yapı maliki olarak kabul edilmektedir. Hükümdeki malik kavramının Medeni Kanununun hükümlerine göre Şekli bir değerlendirme sonucu belirlenmesi gerektiği yahut sorumluluk hukuku bakımından maddi bir değerlendirilme yapılması gerektiği konusunda İsviçre hukuk öğretilerinde görüş birliği bulunmamakla birlikte⁴⁹ 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu zamanında Türk hukuk öğretilerinde de benzer tartışmalar yer almaktaydı⁵⁰. İsviçre Federal Mahkemesi içtihatları⁵¹ ile kural olarak Şekli anlamda malik kavramının belirlenmesi kabul edilmiş ve fakat hukuk güvenliği ve hakkaniyet gereği bu kurala istisna getirilmek suretiyle “malikin yapı eseri üzerindeki hâkimiyetinin yapı eseri üzerinde yararlanma hakkı elde eden ve yapı eserinin bakımını üstlenen kişi lehine sınırlandırılmış hâllerde” lehine hak tesis edilen kişinin sorumlu olması görüşüne yaklaşılmıştır⁵². Ancak TBK 69 hükmünün ikinci fıkrasında intifa hakkı ve oturma hakkı sahiplerinin, binanın bakımındaki eksiklikler nedeniyle doğan zararlardan malik ile birlikte müteselsilen sorumlu olduklarına ilişkin düzenleme nedeniyle kanun koyucunun bu yaklaşımı, intifa hakkı ve oturma hakkı sahibi ile sınırlı olarak ve yalnızca binanın bakımındaki eksiklik nedeniyle doğan zararlar bakımından benimsediği anlaşılmaktadır⁵³. Bunun dışındaki hâllerde, TBK m. 69 hükmünün birinci ve ikinci fıkrası birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucunun iradesinin Türk Medeni Kanunu’nun eşya hukuku hükümleri kapsamında yapılacak Şekli bir değerlendirme sonucu malik kavramının belirlenmesi ve ona göre sorumlu kişinin tayin edilmesi yönünde olduğu sonucu ortaya

⁴⁹ BREHM, Art. 58, N. 5-15; FISCHER, Art. 58, N.40; GÖKSU, Art. 58, N. 4; MÜLLER, Art. 58, N. 32-34.

⁵⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 521; ERTEN, s. 156 vd.; ÖZTAŞ, Bina ve Diğer Yapıların YapılıŐındaki Bozukluklar veya Bakımındaki Eksikliklerden Dolayı Paydaşların Sorumluluğu, EÜHFD, C. XI, Sa. 1-2, Yıl 2007, s. 353 vd.

⁵¹ BGE 121 III 448; ATF 126 III 113; ATF 123 III 306; BGE 121 I 65; 4C.150/2003.

⁵² WERRO, CR-CO, Art. 58, N. 13; WERRO, N. 765; CHAIX, s. 41; ERTEN, s. 156 vd.; ÖZTAŞ, Paydaşların Sorumluluğu, s. 353 vd.

⁵³ KILIÇOĞLU, s. 464; HELVACI, İlhan: Hukuka Aykırı Eylemlerden Sorumluluğa İlişkin Hükümler, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 4, Ağustos 2005, s. 101-108, s. 105; ÖZTAŞ, s. 183. Buna karşın, Yargıtay’ın kiracının malikle birlikte sorumlu olduğu yönünde bkz. (Yarg. 17. HD, T.28.4.2015, 2013/14548 E.-2015/6142 K.)

çıkılmaktadır⁵⁴. Ne var ki, TBK m. 69/f.1 hükmünde arazinin maliki değil binanın ya da diğer yapı eserinin malikinden söz edilmektedir. Buna göre Türk Medeni Kanunu'nun eşya hukukuna ilişkin hükümleri uyarınca bina veya diğer yapı eserinin maliki tespit edilmelidir⁵⁵.

Yapı eseri tapuya kayıtlı taşınmaz ise, malik tapu kaydına göre belirlenir⁵⁶. Yapı eseri tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz ise o takdirde, Türk Medeni Kanunu'nun eşya hukuku kurallarına göre yapılacak Şekli bir değerlendirme neticesinde yapı maliki, yapı eserine zilyet olandır⁵⁷.

Üst arza tabidir ilkesi gereğince, arazi üzerinde kalıcı olarak inşa edilmiş olan bina ve taşınır yapılar, arazinin bütünüleyici parçası olarak kabul edilir. Bu hâlde arazi maliki bina ve taşınır yapının maliki olur (TMK m. 684). O nedenle bina ya da yapı eserlerinin yapımındaki bozukluk ya da bakımındaki eksiklik nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmin yükümlüsü, arazi malikidir.

Buna karşın yapı eserinin bir taşınır yapı olması hâlinde farklı bir değerlendirme yapılması gerekir. Örneğin, TMK m. 728 hükmü uyarınca taşınır yapının maliki ve taşınır yapının üzerinde bulunduğu arazinin maliki farklı kişiler olabilir. Buna göre başkasının arazisine kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan prefabrik yapılar, kulübe, baraka, büfe, çardak vb. yapılar taşınır yapılardır (TMK m. 728). Dolayısıyla taşınır yapı, yapıldığı arazi üzerinde sürekli bırakılmak gibi bir amaçla inşa edilmez⁵⁸. O nedenle taşınır yapı, zaman yönünden geçici nitelikte olup, arazi ile sıkı ve sürekli bir bağlantı içinde deęildir⁵⁹. Taşınır yapı, bütünüleyici parça kuralının bir istisnası

⁵⁴ ÖZTAŞ, s. 183; ANTALYA, s. 315. Haliyle Şahsi hak sahiplerinin yapı maliki sıfatıyla sorumlu olmasına ilişkin görüş, TBK m. 69 hükmünde kanun koyucunun benimsediği anlayış nedeniyle mümkün görünmemektedir (ÖZTAŞ, s. 189).

⁵⁵ ÖZTAŞ, s. 183.

⁵⁶ BREHM, Art. 58, N. 5; MÜLLER, Art. 58, N. 29; EREN, s. 673; OğUZMAN/ÖZ, N. 541.

⁵⁷ OğUZMAN/ÖZ, N. 545; EREN, s. 673; ANTALYA, s. 318.

⁵⁸ EREN, Mülkiyet, s. 358.

⁵⁹ EREN, Mülkiyet, s. 358.

olduğundan, bağımsız olarak mülkiyet hakkına konu olur ve taşınır mülkiyeti hükümleri uygulama alanı bulur⁶⁰. O nedenle başkasının arazisinde inşa edilen taşınır yapının maliki arazi maliki değil ve fakat taşınır yapıyı inşa edendir⁶¹. Dolayısıyla taşınır yapıların yapımındaki bozukluk ya da bakımındaki eksiklik nedeniyle meydana gelen zararın tazmin yükümlüsü, söz konusu taşınır yapının malikidir⁶².

Üst hakkı sahibinin yapı maliki olarak sorumlu olup olmayacağı hususunun da ayrıca değerlendirilmesi zorunluluk arz eder. Zira üst hakkı, sahibine bir başkasının arazisi üzerindeki yapının maliki olma imkânını sağlayan bir irtifak hakkıdır⁶³. TMK m. 726 hükmü uyarınca üst hakkına dayanılarak, bir arazinin altında ya da üstünde inşa edilen yapıların maliki üst hakkı sahibidir. Bu kapsamda bir arazinin bütünleyici parçası niteliğinde bir bina ya da yapı eseri inşa etmesi hâlinde, üst hakkı sahibi bina ya da yapı eserinin maliki olur⁶⁴. Dolayısıyla söz konusu yapıların yapımındaki bozukluk ya da bakımındaki eksiklik nedeniyle doğan zarardan üst hakkı sahibi sorumludur⁶⁵.

Keza yapı malikinin sorumluluğu bakımından mecra ve kaynak hakkı sahibinin durumunun değerlendirilmesi de önem arz eder. Mecra kavramı, Türk Medeni Kanunu'nda tanımlanmamıştır. Öğretide ise mecra, gerek enerjinin gerekse maddelerin taşınması ve dağıtılması amacıyla kullanılan teknik tesisat olarak tanımlanmaktadır⁶⁶. Ayrıca gerek öğretide gerekse uygulamada su, gaz, elektrik, buhar ve petrol gibi

⁶⁰ EREN, Mülkiyet, s. 359-360.

⁶¹ EREN, Mülkiyet, s. 360.

⁶² WERRO, CR-CO, Art. 58, N. 14; WERRO, N. 769; EREN, s.672; OĞUZMAN/ÖZ, N. 544; ÖZTAŞ, s. 195.

⁶³ Ancak üst hakkı sahibinin bina üzerindeki mülkiyeti, bunu sağlayan üst hakkından bağımsız olarak düşünülemez. Zira üzerinde üst hakkı kurulan arazi üzerinde arazi malikinin mülkiyet hakkı devam eder (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3098; SİRMEN, s. 392-393).

⁶⁴ GÜRZUMAR, s. 114 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3098.

⁶⁵ WERRO, CR-CO, Art. 58, N. 14; WERRO, N. 769; ERTEN, s. 159; EREN, s.672; OĞUZMAN/ÖZ, N. 543; ANTALYA, s. 316; ÖZTAŞ, s. 183.

⁶⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 1832; SİRMEN, s. 394.

enerji ve maddelerin taşınması için kullanılan tesisat mecra olarak kabul edilmektedir⁶⁷. TMK m. 744 hükmünde su, kurutma kanalı, gaz ve benzerlerine ait borular, elektrik hat ve kabloları mecra kapsamında ifade edilmiştir. TMK m. 727/f.1 hükmü uyarınca su, gaz, elektrik ve benzerlerinin mecraları işletmenin bulunduğu taşınmazın dışında olsa bile, aksine bir düzenleme olmadıkça, o işletmenin eklentisi olarak kabul edilmiş ve işletme malikinin malı sayılmıştır. Bunun için işletme sahibi lehine bir mecra irtifakı kurulmuş olmalıdır⁶⁸. Böylece aksine bir düzenleme olmadıkça, mecra olarak nitelendirilen yapıların maliki, mecra irtifakı sahibi olmaktadır⁶⁹. O nedenle bu yapıların yapımındaki bozukluk ya da bakımındaki eksiklik nedeniyle meydana gelen zararlardan mecra irtifakı sahibi sorumludur⁷⁰.

Kaynak hakkı, hak sahibine bir başkasının arazisindeki kaynağın sularını alma ve kendi arazisine akıtma yetkisi veren bir irtifak hakkıdır⁷¹. Kaynak hakkı sahibi teknik esaslara uygun olarak, kaynaktan aldığı suyu tutmak ve kendi arazisine akıtmak amacıyla gerekli tesisleri yapma yetkisine sahiptir⁷². Bu hâlde ayrıca üst hakkı kurulmasına gerek olmaksızın, söz konusu tesislerin maliki kaynak hakkı sahibi olmaktadır⁷³. Dolayısıyla söz konusu taşınır yapıların yapımındaki bozukluk ya da bakımındaki eksiklik nedeniyle doğan zarardan kaynak hakkı sahibi, yapı maliki olarak sorumludur⁷⁴.

⁶⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 1832; SİRMEN, s. 394.

⁶⁸ Şayet komşuluk ilişkisine ilişkin hükümler uyarınca komşu taşınmazdan mecra geçiriliyorsa o takdirde, ortada zorunlu bir mecra irtifakı vardır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 1836; SİRMEN, s. 394). Buna göre, başka yerden geçirilmesi olanaksız veya aşırı derecede masraflı ise mecranın komşu taşınmazın altından ya da üstünden geçirilmesi söz konusu olmaktadır (TMK m. 744).

⁶⁹ Komşuluk ilişkisini düzenleyen hükümleri uyarınca mecra irtifakının kurulmamış olması halinde iradi bir mecra irtifakı söz konusu olur ve taraflar mecranın mülkiyetinin işletme sahibine değil de arazi malikine ait olacağını serbestçe kararlaştırabilir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 1840).

⁷⁰ TANDOĞAN, s. 165; ERTEN, s. 159; ANTALYA, s. 317; ÖZTAŞ, s. 184.

⁷¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3117; SİRMEN, s. 557.

⁷² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3122; SİRMEN, s. 558.

⁷³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3122; SİRMEN, s. 558.

⁷⁴ WERRO, CR-CO, Art. 58, N. 14; WERRO, N. 769; EREN, s.672; ANTALYA, s. 317; ÖZTAŞ, s. 184.

Belirtmek gerekir ki, yapı malikinin sorumluluğu bakımından taşkın yapının incelenmesi de önem arz eder. Taşkın yapı, bir kısmı yapıyı yapan malikin taşınmazın üzerinde bir kısmı ise bir başka malike ait komşu taşınmaz üzerinde olan yapıyı ifade etmek için kullanılan bir kavramdır⁷⁵. Diğer bir deyişle, bir arazi üzerinde inşa edilen yapının komşu taşınmazın yüzeyine, altına yahut üzerindeki hava alanına taşırılmış olması hâlinde taşkın yapı söz konusu olmaktadır⁷⁶. Taşkın yapı, taşınmaz mülkiyetinin içeriğini düzenleyen TMK m. 718/f. 2 hükmü uyarınca arazinin bütünleyici parçasıdır ve arazinin malikinin mülkiyetindedir. Buna karşın TMK m. 725 hükmü ile bu kurala bir istisna getirilerek, yapıyı yapan malikin taşırılan arazi üzerinde bir irtifak hakkı sahibi olması hâlinde komşu araziye taşırılan kısmın irtifak hakkı sahibi taşınmazın malikine ait olduğu düzenlenmiştir⁷⁷. Bu hâlde taşkın yapı, yapıyı yapan malikin taşınmazının bütünleyici parçası sayılır⁷⁸. Dolayısıyla yapının mülkiyeti, yapıyı yapan malike ait olur⁷⁹. Bu yapının yapımındaki bozukluk ya da bakımındaki eksiklik nedeniyle doğan zarardan yapıyı yapan malik sorumlu olur⁸⁰.

2. İntifa Hakkı Sahibi veya Oturma Hakkı Sahibi

a) Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu m. 69/f.2 hükmü uyarınca intifa hakkı veya oturma hakkı sahibi binanın bakımındaki eksiklikten malik ile birlikte müteselsilen sorumludur. Hükmün lafzında

⁷⁵ EREN, Mülkiyet, s. 360; SİRMEN, s. 396.

⁷⁶ EREN, Mülkiyet, s. 360; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY_ÖZDEMİR, N. 1846; SİRMEN, s. 396.

⁷⁷ Bu imkânı veren irtifak hakkının, o araziye inşaatı taşıma yetkisi veren bir irtifak hakkı olması gerekir. Araziye temas eden bir yapı bakımından üst hakkı, balkon gibi temas etmeyenler bakımından bir katlanma irtifakı olabilir (EREN, Mülkiyet, s. 362; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY_ÖZDEMİR, N. 1860). Ayrıca yapı irtifak hakkına dayanılarak yapılmışsa, o takdirde bu irtifak hakkı bir taşınmaz lehine irtifak hakkıdır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY_ÖZDEMİR, N. 1861; SİRMEN, s. 397). Üst hakkı ise bağımsız ve sürekli bir hak olarak tapu kütüğüne kaydedilmişse, taşkın yapı bu bağımsız ve sürekli hakka bağlanmış olabilir (SİRMEN, s. 397).

⁷⁸ SİRMEN, s. 397.

⁷⁹ SİRMEN, s. 397.

⁸⁰ ERTEN, s. 162; EREN, 672; OĞUZMAN/ÖZ, N. 547; ANTALYA, s. 314 ve 317; ÖZTAŞ, s. 184.

yalnızca bina ifadesinin kullanılmış olduğu dikkat çekmektedir. Bu kapsamda oturma hakkı sahibi bakımından bina ifadesi yerindedir. Buna karşın intifa hakkı taşınmaz üzerindeki diğer yapılar üzerinde de söz konusu olabileceğinden, bina ifadesi bir yazım hatası olarak kabul edilmelidir⁸¹. O hâlde TBK m. 69/f.2 hükmü, bina ve diğer yapı eserlerinin bakımındaki eksiklikten intifa hakkı ve oturma hakkı sahibinin malik ile birlikte müteselsilen sorumlu olması Şeklinde anlaőılmalıdır⁸².

Yukarıda da belirtildiği üzere, intifa hakkı veya oturma hakkı sahibinin sorumluluğu yalnızca bina veya diğer yapı eserinin bakımındaki eksiklikle sınırlı olarak kabul edilmiőtir⁸³. Bu hâlde ayrıca yapı eseri malikinin sorumluluğu, intifa hakkı sahibi veya oturma hakkı sahibi ile birlikte müteselsil sorumluluk Şeklinde düzenlendiğinden, devam edecektir⁸⁴.

b) İntifa Hakkı Sahibi

İntifa hakkı, sahibine konusu üzerinde tam bir yararlanma ve kullanma yetkisi veren, devredilemeyen ve miras yoluyla geçmeyen bir irtifak hakkıdır⁸⁵. İntifa hakkı devredilemez bir hak olmasına karşın taraflarca aksi sözleşmede kararlaştırılmışsa, intifa hakkı sahibi hakkın kullanılmasını bir başkasına

⁸¹ Kanun hükmünde yalnızca bina ifadesinin yazılmasının bilinçli bir tercih olmadığı, bir yazım hatası olduğu yönünde bkz. ÖZTAŞ, s. 187.

⁸² BAŞ, s. 131; ANTALYA, s. 319; ÖZTAŞ, s. 187. Öğretide benzer Őekildeki değerlendirme için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, N. 542. Bu Şekilde kaleme alınması gerektiği yönünde bkz. KILIÇOĞLU, s. 464.

⁸³ Uzun süreli kiracıların hükmünde ifade edilmemiş olmasının eleőtiriye açık olduğu yönünde bkz. HATEMİ/GÖKYAYLA, N. 22, s. 156; KILIÇOĞLU, s. 465. İntifa hakkı veya oturma hakkı sahibinin yalnızca bakımdaki eksiklikle sınırlı olarak sorumlu tutulmasının amaçlanan sonucun tam tersi bir etkisi olduğu yönünde bkz. ÖZTAŞ, s. 186-189.

⁸⁴ Yukarıda bahsi geçen mecra, kaynak irtifakı yahut üst hakkı sahibi yapı maliki sıfatıyla gerek yapı eserinin yapımdaki bozukluktan gerekse bakımındaki eksiklikten tek başına sorumlu olmaktadır, intifa hakkı veya oturma hakkı sahibi yapı eserinin bakımındaki eksikle sınırlı olarak ve yapı eserinin maliki ile birlikte müteselsilen sorumlu olmaktadır. Bu konudaki ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. ÖZTAŞ, s. 187-188.

⁸⁵ STEINAUER, N. 2401 ve 2403; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N: 2891 ve 2896; SİRMEN, s. 531. Daha ayrıntılı bir tanım için bkz. ÖZEN, s. 20.

devredebilir (TMK m. 806). İntifa hakkı taşınırlar, taşınmazlar, haklar veya bir malvarlığı üzerinde kurulabilir (TMK m. 794). İntifa hakkı konusu üzerinde malikin, yalnızca tasarruf etme yetkisi vardır⁸⁶.

Türk Borçlar Kanunu m. 69/f.2 hükmü bakımından intifa hakkının bir bina ya da diğer bir yapı eseri üzerinde kurulmuş olması gerekir. Bir arazi üzerinde intifa hakkı kurulması hâlinde arazinin bütünleyici parçası niteliğindeki yapı eseri de intifa hakkının kapsamındadır⁸⁷. Dolayısıyla arazi üzerindeki bina da intifa hakkının kapsamında kabul edilir. Taşınmaz üzerinde intifa hakkı kazanılması hâlinde taşınmazın eklentileri, intifa hakkı kurulurken kapsam dışında bırakılmamış ise intifa hakkının kapsamında kabul edilmektedir⁸⁸. O hâlde taşınır niteliğindeki bir yapı, intifa hakkı kurulurken kapsam dışında bırakılmamışsa intifa hakkının kapsamındadır. Bahsi geçen bina ya da yapı eserinin bakımındaki eksiklik nedeniyle doğan zarardan, intifa hakkı sahibi bina ya da yapı eserinin maliki ile birlikte müteselsilen sorumludur.

Türk Medeni Kanunu m. 812 uyarınca intifa hakkı sahibi, intifa hakkı konusu yapı eserini korumanın yanı sıra yapı eserinin olağan bakımı için gerekli onarım ve yenilemeleri yapmakla yükümlüdür⁸⁹. Buna karşın olağan bakımı aşan büyük onarım ve yenilemelerin yapılmasının gerekmesi hâlinde, intifa hakkı sahibi bu durumu malike derhal bildirmelidir (TMK m. 812/f.2). Malikin söz konusu onarım veya yenilemeleri yapmaktan kaçınması hâlinde, intifa hakkı sahibi malik adına kendisi bunları yaptırabilir (TMK m. 812/f.3). Ne var ki, olağan dışı bakım ve onarımı yapmak malikin yetkisindedir buna karşı malikin bir yükümlüğü değildir⁹⁰.

⁸⁶ SİRMEN, s. 532.

⁸⁷ ÖZEN, s. 44.

⁸⁸ ÖZEN, s. 45.

⁸⁹ Olağan bakım, yerel âdete göre belirlenmelidir (SİRMEN, s. 545).

⁹⁰ STEINAUER, N. 2446a. Ayrıntılı inceleme için bkz. ÖZEN, 352.

Ne var ki, TBK m. 69/f.2 anlamında intifa hakkının sorumlu olduğu bakım eksikliği değerlendirilirken, bakımın olağan olup olmadığı dikkate alınmaz. Dolayısıyla intifa hakkı konusunun bakımı, olağan da olağan dışı da olsa, yapılmamıŐsa ve bu eksiklik nedeniyle bir zarar doğmuşsa intifa hakkı sahibi malikle birlikte müteselsilen sorumludur.

c) Oturma Hakkı Sahibi

Oturma hakkı, sahibine bir binanın tamamından ya da bir kısmından konut olarak yararlanma yetkisi veren, devredilemeyen ve mirasçılara geçmeyen bir irtifak hakkıdır⁹¹. Oturma hakkı, bir taşınmaz; tapu kütüğünde bağımsız ve sürekli hak olarak kayıtlı üst hakkı veya kat mülkiyetine konu bağımsız bölüm üzerinde kurulabilir⁹². İntifa hakkından farklı olarak, oturma hakkının kullanılması üçüncü bir kişiye bırakılamaz⁹³.

Oturma hakkının konusunu bina teşkil ettiğinden oturma hakkı sahibi, binanın bakımındaki eksiklikten binanın maliki ile birlikte müteselsilen sorumludur. Oturma hakkı binanın ya da bağımsız bölümün tamamından yararlanma yetkisi veriyorsa, oturma hakkı sahibi, binanın korunması ve olağan bakımı için gerekli onarım ve yenilemeyi yapmakla yükümlüdür (TMK m. 825/f.1). Oturma hakkı sahibi binayı ya da binanın bir bölümünü malik ile birlikte kullanıyorsa, bakım ve onarım malike aittir (TMK m. 825/f.2). İntifa hakkı bakımından da ifade edildiği üzere, TBK m. 69/f.2 hükmünde bakım eksikliği ile ilgili olarak olağan veya olağan olmayan şekilde bir ayırım yapılmamıŐtır. Benzer şekilde oturma hakkı sahibinin binanın tamamını tek başına kullanması yahut binayı malik ile birlikte kullanması de binanın bakımındaki eksiklik nedeniyle doğan zarardan sorumluluk bakımından bir etki yaratmaz.

⁹¹ STEINAUER, N. 2496 ve 2497; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3059 ve N. 3060; SİR MEN, s. 550.

⁹² STEINAUER, N. 2504a; SİR MEN, s. 550.

⁹³ STEINAUER, N. 2497; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3062; SİR MEN, s. 550.

C. Rucu Talebinin Yöneltileceği Kişiler

1. Sözleşmeden Doğan Borca Aykırılığa Dayanarak Rucu Talebinin Yöneltilmesi

a) Genel Olarak

Bir bina ya da diğer yapı eserinin yapımındaki bozukluk nedeniyle doğan zararı tazmin etmiş olan yapı malikinin, bina ya da diğer yapı eserinin meydana getirilmesi aşamasında gerek meydana getirme işinin tamamını gerekse proje çizmek gibi bir kısmını bir sözleşme ile üçüncü bir kişiye bırakması mümkündür. Yapı eserinin yapımındaki bozukluk, yapı eserinin meydana getirilmesi aşamasında sözleşme tarafının sözleşme ile üstlendiği işi gereği gibi yapmamasından kaynaklanmış olabilir. Bu hâlde, sözleşmenin karşı tarafı kusurlu ise ve yapıdaki bozukluk ile sözleşmenin karşı tarafının gereği gibi ifa etmeme davranışı arasında uygun illiyet bağı kurulabiliyorsa, yapı maliki sözleşmeden doğan borcun gereği gibi ifa edilmemiş olması nedeniyle uğradığı zararı talep edilebilecektir.

Bina ya da diğer yapı eserinin kullanım hakkı, bir sözleşme ile üçüncü bir kişiye bırakılabilir. Oturma hakkı sahibinin kullanım hakkını devretme yetkisi bulunmamaktadır. O hâlde kullanım hakkının devrine ilişkin sözleşme, yalnızca yapı maliki ya da intifa hakkı sahibi tarafından akdedilebilir. Bu hâlde kullanım hakkını devralan sözleşme tarafının, yapı eserinin bakımına yönelik bir yükümlülük altında olup olmadığı inceleme konusu yapılmalıdır. Şayet bakım yükümlülüğü varsa ve bu yükümlülüğe aykırı davranışı, yapı eserinde bir bakım eksikliğine neden olmuşsa ve kusuru varsa o takdirde sözleşme tarafı olan yapı maliki yahut intifa hakkı sahibi uğradığı zararın tazminini kullanım hakkı bırakılan kişiden talep edebilecektir.

Bina ya da diğer yapı eserinin bakımının da bir sözleşme ile üçüncü kişiye bırakılması söz konusu olabilir. Yapı eserindeki bakım eksikliği, şayet yapı eserinin bakımının bırakıldığı kişinin davranışından kaynaklanıyorsa ve bakım işini üstlenen kişi kusurluysa, bakım işini bırakan taraf (yapı maliki, intifa

hakkı ya da oturma hakkı sahibi), bakım işinin gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı zararı talep edebilir.

Bahsi geçen ihtimallerde, kendilerine karşı sözleşmeden doğan borca aykırı davranışları sebebiyle zarardan sorumlu kişilere karşı rücu talebinde bulunan yapı maliki, intifa hakkı sahibi ya da oturma hakkı sahibi, genel hüküm olan TBK m. 112'ye dayanabilirler⁹⁴. Bazı hâllerde ise özel hükümlere dayanılması da mümkündür. Aşağıda her bir ihtimal ayrı ayrı inceleme konusu yapılacaktır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, sözleşmeden doğan borca aykırılığa dayanarak, tazminat talep etme hakkı olan yapı maliki, intifa hakkı sahibi ya da oturma hakkı sahibinin, TBK m. 69/f. 3 hükmü uyarınca rücu talebini yöneltebilmesi için bina ya da diğer yapı eserinin yapımındaki bozukluğun yahut bakımındaki eksikliğin sözleşmenin diğer tarafının sözleşmeden doğan borca aykırı davranışından kaynaklanmış olması gerekir.

b) Yapı Eserinin Yapımındaki Bozukluk Nedeniyle Doğan Zarar Bakımından Rücu Talebinin Yöneltildiği Kişiler

aa) Yükleniciye Rücu Talebinin Yöneltilmesi

Malik ile üçüncü kişi arasında akdedilen bir eser sözleşmesi uyarınca yüklenici yapı eserini meydana getirmiş olabilir. Yüklenici üstlendiği edimi iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, özenle ifa etmek zorundadır (TBK m. 471/f.1). Şayet yüklenici bina ya da diğer yapı eserini meydana getirirken, o dönemdeki mevcut teknik kurallara uymamışsa yahut yapı eserinin inşası için alınan izinlere aykırı bir biçimde bina ya da yapı eseri inşa etmişse, TBK m. 471/f.1 hükmünde ifadesini bulan özen borcuna aykırı davranmış olacaktır⁹⁵. Eserin

⁹⁴ EREN, s. 679; ANTALYA, s. 335.

⁹⁵ Yüklenici, eserin meydana getirilmesi sırasında, inşaatın temeli, malzeme ve araç gereç kullanımı, güvenlik önlemleri gibi konuların icrası için bilinen mevcut mesleki ve teknik kurallara uymak ve bunları uygulamakla yükümlüdür (EREN, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2017 [Özel Hükümler], s. 625; ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2015, s. 381). Zira TBK m. 471/f.2 hükmünde yüklenicinin özen derecesi benzer alandaki

tesliminden sonra, eserin birtakım niteliklere sahip olmaması ayıptan sorumluluk kapsamında deęerlendirilir⁹⁶. O nedenle yüklenicinin özen borcuna aykırı davranışı eserin tesliminden sonra ayıptan sorumluluk kapsamına dâhil olur⁹⁷.

Yüklenicinin ayıplı eser teslim etmesi nedeniyle bina ya da diğer yapı eserinin yapımındaki bozukluk meydana gelmiş olabilir. O takdirde yapı malikinin, bina ya da diğer yapı eserinin yapımındaki bozukluk nedeniyle zarar görenin uğradığı zararı gidermiő olması kendi malvarlığında bir azalmaya neden olur. Yüklenicinin ayıplı eser teslim etmesi, bir gereği gibi ifa etmeme hâli⁹⁸ teşkil ettiğinden yüklenici, iő sahibinin zarar görenin uğradığı zararı gidermek üzere ödediği tazminat nedeniyle uğradığı zararı, TBK m. 112 uyarınca tazmin etmekle yükümlüdür⁹⁹.

Türk Borçlar Kanunu m. 471/f.3 hükmü uyarınca yüklenici, iőin niteliği gereği ve kişisel özelliklerinin önemli olmadığı hâllerde iőı bir başkasına yaptırabilir. Yüklenicinin iőı alt yükleniciye bırakması hâlinde, alt yüklenicinin sözleşmeden doğan borca aykırı davranışından sorumlu olacaktır¹⁰⁰. Bu hâlde alt yüklenicinin borca aykırı davranışı sebebiyle yapı eserinin yapımındaki bozukluk meydana gelmişse, yüklenici TBK m. 116 hükmü gereğince iő sahibine (yapı malikine) karşı sorumludur¹⁰¹.

iőü üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken özen olarak ifade edilmiştir.

⁹⁶ ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2017, s. 499.

⁹⁷ ARALO/AYRANCI, s. 383.

⁹⁸ ARAL, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011, 112 vd.; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1041; ŞAHİNİZ, s. 206 vd.

⁹⁹ Yüklenicinin ayıptan sorumluluğunun düzenlendiği TBK m. 475 hükmünde alıcının sahip olduğu seçimlik haklar sayıldıktan sonra TBK m. 475/f.2 hükmünde iő sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı olduğu ifade edilmiştir.

¹⁰⁰ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 512.

¹⁰¹ Yüklenicinin iőı başkasına devretme yetkisinin bulunup bulunmadığının sorumluluğun hukuki dayanağını değiştirmeyeceği yönünde bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 513.

bb) Mimar ve Mühendise Rücu Talebinin Yöneltilmesi

Yapı eserinin yapımındaki bozukluk mimar ya da mühendisin çizdiği projeden kaynaklanmış olabilir. Mimar ya da mühendisle iş sahibi arasında bir yapının proje ve planlarının yapılmasına ilişkin akdedilen sözleşme, eser sözleşmesi niteliğindedir¹⁰² ve yüklenici bakımından yapılan açıklamalar burada da geçerli olacaktır. Buna karşın mimar ya da mühendisin yapı maliki ile akdetmiş olduğu bir sözleşme ile inşaatın yönetim ve denetim işlerini üstlenmesi hâlinde, bu sözleşme vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilecektir¹⁰³. Bu hâlde inşaatın yönetim ve denetiminin gereği gibi yapılmaması nedeniyle yapı eserinin yapımında bir bozukluk olması mimar ya da mühendisin özen borcuna aykırılık teşkil eder¹⁰⁴. Bu hâlde mimar ya da mühendisin çizdiği proje nedeniyle yapı eserinin yapımındaki bozukluk zarara sebep olduğu takdirde, yapı maliki zarar görene ödemiş olduğu tazminatı TBK m. 112 gereğince mimar ya da mühendisten talep edebilir¹⁰⁵. Vekil, kural olarak işi bizzat görme borcu altındadır. Ancak TBK m. 506/f.1 hükmü kapsamında ifade edilen istisna hâllerinde vekilin işi başkasına gördürmesi mümkündür. Buna göre sözleşme ile başkasını vekil ataması konusunda yetki verilmesi hâlinde, vekil işi başkasına yaptırmak zorunda ise veya vekilin işi başkasına yaptırabilmesi bakımından bir teamül varsa vekil işi bizzat yapmayıp, başkasına yaptırabilir. Bu koşullar altında yönetim ve denetim işi alt vekil tarafından yerine getirilmişse ve yönetim ve denetimin işinin gereği gibi yapılmamış olması sebebiyle yapı eserinin yapımında bozukluk varsa, TBK m. 507/f. 3 uyarınca yapı eserinin maliki zarar görene ödemiş olduğu tazminatı alt vekilden de talep edebilir¹⁰⁶. Söz konusu istisnai hâllerde işi

¹⁰² EREN, Özel Hükümler, s.593; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1186.

¹⁰³ EREN, Özel Hükümler, s.593; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1186.

¹⁰⁴ TBK m. 506/f. 3 hükmü gereğince vekil, benzer alanda işleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken özeni göstermek zorundadır.

¹⁰⁵ Vekil her türlü özen eksikliğinden doğan zararı tazminle yükümlüdür (YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1193).

¹⁰⁶ Vekâletin gereği gibi ifasına ilişkin taleplerin vekâlet veren tarafından TBK m. 507/f.2 ve f.3 hükümlerinde tayin edilen sınırlar içinde alt vekile karşı da ileri sürebilir (YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1198; ERLÜLE, Fulya: Alt Vekâlet, S. Sulhi

başkasına yaptırma yetkisine sahip olan vekil, TBK m. 507/f.2 işi bırakacağı kişiyi seçerken ve ona talimat verirken gerekli özeni göstermelidir. Bahsi geçen istisnai durumların bulunmadığı hâlde, proje çizme işini başkasına gördüren mimar ya da mühendis TBK m. 507/f.1 hükmü uyarınca o işi gören kişinin fiilinden kendisi yapmış gibi sorumlu olur¹⁰⁷. Buradaki yetkisi olmadığı hâlde işi başkasına bırakan mimar ya da mühendisin sorumluluğunun hukuki dayanağı TBK m. 116 hükmüdür¹⁰⁸. Yetkisi olsa ya da olmasa dahi, işi başkasına bırakan mimar ya da mühendisin işi bıraktığı kişinin yönetme ve denetleme işini gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle yapı eserindeki yapım bozukluğu meydana gelmişse, yapı malikinin TBK m. 507/f.3 hükmü uyarınca yapı eserinin yapımındaki bozukluk nedeniyle zarar görenin zararını gidermesi şeklinde uğradığı zararı işin bırakıldığı kişiden talep etmesi mümkündür.

cc) Satıcıya Rücu Talebinin Yöneltilmesi

Malik, yapı eserini bir üçüncü kişiden satın almış olabilir¹⁰⁹. Yapı eserindeki yapım bozukluğu, satıcının mal teslim etmesinden kaynaklanmışsa o takdirde, şayet yapı eseri alıcıya (yapı malikine) teslim edildiği anda ayıplı ise, satıcı maldaki ayıbın neden olduğu zarardan sorumludur¹¹⁰. Zira satıcının ayıplı mal teslimi, gereği gibi ifa etmeme hâli teşkil etmektedir¹¹¹. Satıcının ayıplı mal teslim etmesi yapı eserinin yapımındaki bozukluğa neden olmuşsa, yapı eserinin yapımındaki bozukluğun sebep olduğu zarar görenin uğradığı zararı gideren yapı maliki ödemiş olduğu tazminatı TBK m. 112 hükmü gereğince satıcıdan talep edebilir. Bu hâlde, satış sözleşmesinin tarafı

Tekinay Anısına Armağan, İstanbul 1999, s. 259).

¹⁰⁷ TBK m. 507/f. 1 hükmü, TBK m. 112 hükmündeki genel kuralın bir uygulama alanıdır (YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1200)

¹⁰⁸ ARAL/AYRANCI, s. 452; ERLÜLE, s. 262.

¹⁰⁹ Bina ya da diğer yapı eserinin taşınır ya da taşınmaz olmasına göre, satış sözleşmesi taşınır satışı ya da taşınmaz satışı olarak nitelendirilecektir.

¹¹⁰ TBK m. 227 hükmünde ayıptan sorumluluk kapsamında alıcının sahip olduğu seçimlik haklar sayılmış ve TBK m. 227/f. 2 hükmünde alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı tutulduğu ifade edilmiştir.

¹¹¹ ARAL, s. 112 vd.; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 134.

olmayan bir üçüncü kişinin uğradığı zarar, alıcı (yapı maliki) tarafından giderilmektedir. Alıcının bu şekilde malvarlığında meydana gelen eksilme, bizzat yapı malikinin zararıdır ve satıcı yapı malikinin bu zararını tazmin yükümlülüğü altındadır.

Şüphesiz, TBK m. 112 uyarınca tazminat yükümlülüğünden söz edebilmek için, sözleşmeden doğan borca aykırı hareket eden kişi kusurlu olmalı ve borca aykırı hareketi ile yapı malikinin zarar görene ödediği tazminat nedeniyle uğradığı zararı arasında uygun illiyet bağı kurulmalıdır.

b) Yapı Eserindeki Bakım Eksikliği Nedeniyle Doğan Zarar Bakımından Rücu Talebinin Yönelildiği Kişiler

aa) Yapı Maliki ve İntifa Hakkı Sahibinin Rücu Talebini Yöneltebileceği Kişiler

Öncelikle yapı eserinin kullanım hakkı, yapı maliki ve intifa hakkı sahibi tarafından devredilebilir. O nedenle oturma hakkı sahibi, kullanım hakkını devreden bir sözleşmenin tarafı olamaz. İkinci olarak, yapı eseri üzerindeki kullanım hakkının devredilmesi durumunda sözleşme ile kullanım hakkını devralan kişinin borçları ele alınmalıdır.

Yapı eserinin bakımındaki eksiklik, kiracının borca aykırı davranışından kaynaklanabilir. Yapı maliki ile akdettiği kira sözleşmesi kapsamında, kiracı kiralananın olağan kullanımı ile ilgili bakım borcu altındadır (TBK m. 317). Bu kapsamda yapı eserindeki bakım eksikliği, kiracının üstlendiği kiracının olağan kullanımı ile ilgili bakım borcunu yerine getirmemiş olmasından kaynaklanabilir. Örneğin, kırılan camın kiracı tarafından değiştirilmemiş olması sebebiyle cam parçalarının üçüncü kişinin zararına sebep olması hâli böyledir. Ayrıca kiracı, TBK m. 318 uyarınca kendisinin gidermekle yükümlü olmadığı ayıpları kiraya verene bildirmekle yükümlüdür, aksi takdirde kiracı doğan zarardan sorumlu olur. Kiracının bu yükümlülüğe aykırı davranışı nedeniyle yapı eserinin bakımında eksiklik meydana gelmiş olabilir. O takdirde, yapı eserinin maliki kiracının bakım borcuna aykırı davranışı nedeniyle uğradığı zararı TBK m. 112 kapsamında kiracıdan talep edebilir. Yapı eseri

malikinin işbu zararı, bakım eksiliği nedeniyle zarara uğramış kişiye ödediği tazminattan oluşmaktadır.

Kullanım ödöncü ile yapı eserinin kullanımının bırakıldığı kişi kullanım ödöncüne konu yapı eserinin olağan bakım ve onarımını üstlenmektedir (TBK m. 381/f.1). Kullanım ödöncünün bırakıldığı kişinin, kullanım ödöncü verilen yapı eserinin olağan bakım borcuna aykırı davranışı nedeniyle yapı eserindeki bakım eksikliğinin zarara sebep olması hâlinde, yapı maliki yahut intifa hakkı sahibi zarar görene ödemıŐ olduğu tazminatı kullanım ödöncü bırakılan kişiden TBK m. 112 uyarınca talep edebilir.

bb) Yapı Eseri Malikinin ve İntifa Hakkı Sahibi veya Oturma Hakkı Sahibinin Rücu Edebileceği Kişiler

Yapı maliki yahut yapı eseri üzerinde intifa hakkı veya oturma hakkı sahibi yapı eserinin bakım işlerini bir sözleşme ile üçüncü bir kişiye bırakmış olabilir. Yapı eserinin bakım işleri bir hizmet sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi yahut kapıcılık sözleşmesi gibi isimsiz bir sözleşmenin konusunu teşkil edebilir.

Yapı eserinin bakımını bir hizmet sözleşmesi ile üstlenen işçi, aksi sözleşmede kararlaŐtırılmadıĐa, işi kendisi görmelidir; ancak sözleşme ile kararlaştırılmışsa iŐin bir kısmını başkasına bırakabilir yahut yardımcı kişilere işi yaptırabilir¹¹². Yapı eserinin bakımını üstlenen işçi, edimini bizzat ifa etmesi gerekirken bir başkasına işi gördürmüŐse ve bu sebeple yapı eserinin bakımındaki eksiklik nedeniyle zarar doğmuşsa, yapı maliki yahut intifa hakkı ya da oturma hakkı sahibi zarar görene ödediği tazminatı işçiden TBK m. 400/f.1 ve TBK m. 112 gereğince talep edebilir¹¹³. Bununla birlikte yapı eserinin bakımı-

¹¹² Taraflar hizmet sözleşmesinde bu durumu kararlaŐtırabileceĐi gibi toplu iŐ sözleşmesinde işçinin bizzat iŐ görme edimini yerine getirmesinin gerekmediği ön-görülebilir yahut durumun gereğinden de böyle bir sonuca varılabilir (YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 895; GÜMÜŞ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2013, s. 396-397). İŞçinin ifa yardımcısının bakım borcunu yerine getirmemesi halinde ise, yapı maliki yahut intifa hakkı sahibi ya da oturma hakkı sahibi zarar görene ödediği tazminatı TBK 116 gereğince işçiden talep edebilir(GÜMÜŞ, s. 397).

¹¹³ TBK m. 400/f.1 uyarınca işçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur. Ayrıca bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 895.

nı üstlenen işçi, bakım işini sözleşmeye uygun biçimde özenle yapma borcu altındadır¹¹⁴. İşçinin bakım borcunu özenle yerine getirmemiş olması, yapı eserinde bakım eksikliğine neden olmuşsa o takdirde, zarar görenin uğradığı zararı tazmin eden hizmet sözleşmesinin tarafı yapı maliki yahut intifa hakkı sahibi ya da oturma hakkı sahibi, ödemiş olduğu tazminatı TBK m. 400 ve TBK m. 112 gereğince işçiden talep edebilecektir¹¹⁵.

Vekâlet sözleşmesi ile bakım işlerinin üstlenilmesi hâlinde, vekil işlerin olağan akışı ve yaşam deneyimlerine göre yapı eserinin bakımı için gerekli davranışlarda bulunmalıdır¹¹⁶. Yapı eserinin bakımındaki eksiklik bakım işini üstlenen kişinin bakım işini özenle yapmamasından kaynaklanıyorsa ve bakım borcunu yüklenen kişinin bu borca aykırı davranışı nedeniyle yapı eserinin bakım eksikliği üçüncü bir kişiye zarar vermişse, vekâlet sözleşmesinin tarafı olan yapı maliki yahut intifa hakkı ya da oturma hakkı sahibi zarar görene ödemiş olduğu tazminat nedeniyle uğramış olduğu zararı TBK m. 112 gereğince vekilden talep edilebilir. Vekil, kural olarak işi bizzat görme borcu altındadır¹¹⁷. Ancak TBK m. 506/f.1 hükmü kapsamında ifade edilen istisnai hâllerde vekilin işi başkasına gördürmesi mümkündür. Bu hâller dışında vekilin işi başkasına yaptırmış olması işi şahsen yapma borcuna aykırılık teşkil eder. TBK m. 507/f. 1 uyarınca yetkisi olmadığı hâlde bakım işini bir başkasına bırakan vekil, bakım işini bırakmış olduğu kişinin davranış ve eylemlerinden kendisi yapmış gibi sorumlu olur. İstisnai hâllerde, bakım işini bir başkasına gördüren vekil TBK m. 507/f.2 hükmü uyarınca alt vekili seçmede ve talimat vermede gereken özeni göstermemiş ise bakım işini gören kişinin fiilinden sorumlu olmaktadır. Her iki hâl bakımından da TBK m. 507/f.3 hükmü gereğince vekâlet sözleşmesinin tarafı yapı maliki yahut intifa hakkı sahibi ya da oturma hakkı sahibi, za-

¹¹⁴ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 896.

¹¹⁵ TBK m. 400 hükmü, TBK m. 112'de yer alan genel kurala uygun olarak işçinin borca aykırı davranışının sonucunu düzenlemektedir (YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 899).

¹¹⁶ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 616.

¹¹⁷ EREN, Özel Hükümler, s. 724; ARAL/AYRANCI, 450.

rar görenin uğradığı zararı gidermek üzere ödediğı tazminat nedeniyle kendisinin uğradığı zararı bakım işini gören kişiden talep edebilir.

Yapı eserinin bakım işinin karma bir sözleşme olan kapıcılık sözleşmesi ile üstlenilmesi hâlinde, kapıcıya barınması için verilen yer kira sözleşmesinin bir yeri kullandırma edimini kapıcının edimi ise hizmet sözleşmesinin iş görme edimini oluşturur¹¹⁸. Öğretide karma tipli sözleşmelerde sözleşme içeriğini oluşturan unsurların alındığı sözleşme hükümlerinin, taraf menfaatlerine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanması; bunun mümkün olmaması hâlinde TMK m. 1/f.1 ve f.2 hükmü uyarınca hâkimin hukuk yaratması ile karma sözleşmelere uygulanacak kuralların belirlenmesi gerektiğı kabul edilmektedir¹¹⁹. Kapıcının bakım işini gereğı gibi ifa etmemesi nedeniyle yapı eserinin bakımında eksiklik meydana gelmişse, kapıcılık sözleşmesinin tarafı olan yapı maliki yahut intifa hakkı sahibi ya da oturma hakkı sahibi zarar görenin uğradığı zararı gidermek üzere ödediğı tazminatı TBK m. 112 hükmü gereğince kapıcıdan talep edebilecektir.

2. TBK m. 49 Hükümüne Dayanarak Rücu Talebinin Yöneltilmesi

a) Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu m. 69 hükmünün, ikinci fıkrasına eklenen intifa hakkı ve oturma hakkı sahibinin yapı eserinin maliki ile birlikte yapı eserindeki bakım eksikliği nedeniyle doğan zarardan müteselsilen sorumlu olması şeklindeki düzenleme ile 818 sayılı BK m. 58 ve mehz İsv.BK m. 58 hükmünden farklılaşmasının sonucu olarak, TBK m. 69/f.3 hükmündeki rücu talebinin yalnızca yapı malikinin sorumluluğı bakımından sorumlu kişiler ile sözleşme ilişkisi içinde olup da, borca aykırı davranışı nedeniyle yapıdaki bozukluğa yahut bakımdaki

¹¹⁸ EREN, Özel Hükümler, s. 941.

¹¹⁹ EREN, Özel Hükümler, s. 949. Bu konuda ayrıca dışlama, soğurma, birleştirme, kanundaki bireysel hükümlerin uygulanması şeklinde teoriler ileri sürülmüştür (bkz. EREN, Özel Hükümler, s. 945-948)

eksikliğe neden olan kişilere yöneltilmesi şeklinde sınırlı düşünülmemelidir.

Türk Borçlar Kanunu m. 69/f. 3 hükmü, yapı eserinin intifa hakkı ya da oturma hakkı sahibi tarafından inşa edilmesi hâlinde yapı eserinin yapımındaki bozukluk nedeniyle doğan zararın tazmini hâlinde, ödenen tazminatın intifa hakkı ya da oturma hakkı sahibine rücu edilmesi meselesinde önem arz etmektedir. İntifa hakkı ya da oturma hakkı sahibinin, aynı hakkın kendilerine tanıdığı yetkiyi aşmak suretiyle inşa etmiş oldukları yapılar, yapı malikinin mülkiyet hakkını ihlal etmektedir. O nedenle yapı maliki, TBK m. 49 hükmü uyarınca kusuru ile yapıyı inşa eden intifa hakkı ya da oturma hakkı sahibinin bu davranışı nedeniyle uğramış olduğu zararı talep edebilecektir.

Haksız yapı inşası hâlinde, yapının yapımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklik nedeniyle doğan zararın tazmini hâlinde tazminatın haksız yapıyı inşa edene rücu edilmesi de bu kapsamda çözüme kavuşturulması gereken bir husustur. Haksız yapının inşası da arazi malikin mülkiyet hakkını ihlal ettiğinden, arazi maliki TBK m. 49 uyarınca uğramış olduğu zararı haksız yapıyı inşa edenden talep edebilecektir.

Haksız yapının yapımındaki bozukluk nedeniyle sorumlu olan yapı eserinin malikinin, üçüncü kişiye ödemiş olduğu tazminatı haksız yapıyı inşa edene rücu etmesinin dayanağını ise TBK m. 69/f.3 hükmü teşkil eder. Zira haksız yapıyı inşa eden, örneğin yapı eserinin çatısından tuğlayı alarak üçüncü kişiye fırlatmak şeklinde ayrıca kusuruyla üçüncü kişiye zarar vermedikçe, üçüncü kişiye karşı sorumlu olmaz. Haksız yapıyı inşa edenin kusuruyla üçüncü kişiye zarar vermiş olması hâlinde, haksız yapıyı inşa eden ve haksız yapının üzerinde bulunduğu arazinin maliki TBK m. 61 uyarınca müteselsilen sorumlu olur. Üçüncü kişinin zararını tazmin edenin rücu hakkının dayanağını ise TBK m. 62 hükmü teşkil eder. Yapı eserinin çatısındaki tuğlanın yapımındaki bozukluk (örneğin, çatının eğiminin fazla olması) nedeniyle düşmesi sonucunda üçüncü kişinin zarar görmesi hâlinde haksız yapının üzerinde bulunduğu arazinin

maliki zararı tazminle yükümlü olacaktır. Üçüncü kişiye ödenmiş olan tazminat ise haksız yapıyı inşa eden kişiye TBK m. 69/f.3 uyarınca rücu edilebilecektir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, TBK m. 69/f.3 hükmü uyarınca rücu talebinin yöneltilebilmesi için, malikin mülkiyet hakkını ihlal eden kişinin yapı eserinin yapımındaki bozukluğa ya da bakımdaki eksikliğe sebep olması gerekir.

b) Yapı Eserinin Yapımındaki Bozukluk Nedeniyle Doğan Zarar Bakımından İntifa Hakkı veya Oturma Hakkı Sahibine Rücu

Türk Borçlar Kanunu m. 69/f.2 hükmünde yer alan sınırlama nedeniyle intifa hakkı veya oturma hakkı sahibi yalnızca “*yapı eserinin bakımındaki eksiklikten*” yapı maliki ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulmaktadır. Diğer bir deyişle, TBK m. 69/f.2 hükmüyle intifa hakkı veya oturma sahibinin malik ile birlikte müteselsil sorumluluğu, yapı eserinin bakımındaki eksiklikten doğan zarar ile sınırlandırılmıştır. Ne var ki, intifa hakkı veya oturma hakkı sahibinin yapı eserini inşa etmesi de mümkündür.

İntifa hakkı sahibinin eşyanın tahsis edildiği amacı esaslı biçimde değiştirmeksizin, taşınmaz üzerinde yapı inşa etme yetkisi vardır¹²⁰. Buna karşın, intifa hakkı sahibinin yetkisini aşmak suretiyle taşınmaz üzerinde yapı inşa etmesi de mümkündür. Bu hâlde malikin rızası hilafına intifa hakkı sahibinin yapıyı inşa etmesi, taşınmazın şeklini değiştirme ya da önemli değişiklikler yapma yasağının düzenlendiği TMK m. 817/f.1 hükmüne aykırılık teşkil eder¹²¹. Malikin rızası olmaksızın intifa hakkı sahibinin taşınmazın tahsis amacını önemli bir biçimde değiştiren bir yapı inşa etmesi hâlinde malik, TMK m. 807 hükmü uyarınca intifa hakkı devam ederken yahut sona erdiğinde itiraz ederek, bu yapının kaldırılmasını talep edebi-

¹²⁰ ÖZEN, Burak: Türk Borçlar Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 2008, s. 91 vd.

¹²¹ Taşınmazın değiştirilmesi ve başkalaştırılması yasağı ile ilgili ayrıntılı inceleme için bkz. ÖZEN, s. 87-91.

lir¹²². Yapı kaldırılana kadar yapımındaki bozukluk nedeniyle doğan zararı tazmin yükümlüsü taşınmaz malikidir. Taşınmaz maliki üçüncü kişinin zararını giderdikten sonra, TBK m. 69/f.3 hükmü uyarınca ödemiş olduğu tazminatı intifa hakkı sahibine rücu edebilir.

Oturma hakkı, intifa hakkında olduğu gibi tam bir yararlanma ve kullanma yetkisi bahşetmediğinden, oturma hakkı sahibinin yalnızca binada oturma yetkisi vardır¹²³. Hâliyle binanın tahsis edildiğı amacı değıştirmeksizin dahi oturma hakkı sahibi binaya ekleme yapamayacağı gibi binada değışiklik de yapamaz. Buna rağmen binada, asansör gibi yapı eseri niteliğinde bir eklemenin oturma hakkı sahibi tarafından yapılması hâlinde söz konusu yapı eseri kaldırılmadıkça yapı eserinin yapımındaki eksiklik nedeniyle doğan zarardan malik sorumlu olacaktır. Üçüncü kişinin zararını tazmin eden malik, TBK m. 69/f.3 hükmü uyarınca ödemiş olduğu tazminatı oturma hakkı sahibine rücu edebilir.

c) Yapı Eserinin Yapımındaki Bozukluk veya Bakımındaki Eksiklik Nedeniyle Doğan Zarar Bakımından Haksız Yapı İnşa Edene Rücu

Haksız yapı, bir şahsi ya da aynı hakka dayanmaksızın, bir kişinin başkasının arazisinde kendi malzemesi ya da bir başkasının malzemesiyle yahut kendi arazisinde bir başkasının malzemesi ile yapı inşa etmesi hâlinde, inşa edilen yapıdır¹²⁴. Arazi üzerindeki yapının haksız yapı olarak nitelendirilmesi hâlinde, söz konusu yapı arazinin bütünleyici parçası olacağından arazinin maliki yapının da maliki olur (TMK m. 722/f.1). TMK m. 722-724 hükümlerinde gerek arazi sahibi gerekse malzeme sahibine birtakım imkânlar tanınmıştır. Bu kapsamda yapı malikinin sorumluluğu bakımından, bir kimsenin başkasının

¹²² Zira intifa hakkı konusunun başlangıçtaki haliyle malike iade edilmesi gerekir. Malikin ayrıca güvence isteme, kayyım atanmasını isteme yahut tazminat talebi gibi talepleri ileri sürme imkânı da vardır (STEINAUER, N. 2454 vd.; ÖZEN, s. 98).

¹²³ OĞUZMAN/SELİÇİ-OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3061.

¹²⁴ EREN, Mülkiyet, s. 343-344; SİRMEN, s. 381.

arazisinde kendi malzemesini yahut başkasının malzemesini kullanarak inşa ettiği yapı ile arazi malikinin başkasının malzemesini kullanarak inşa ettiği yapı ayrı ayrı incelenmelidir.

Bir kişinin kendi malzemesini kullanarak, başkasının arazisi üzerinde inşa ettiği haksız yapının maliki arazi malikidir (TMK m. 722/f.1). Bu kapsamda arazi malikine malzemenin sökülüp kaldırılmasını talep etme (TMK m. 722/f.2); malzeme sahibine tazminat talep etme (TMK m. 723) ve arazi sahibi veya malzeme sahibine arazinin mülkiyetinin malzeme sahibine geçirilmesini talep etme (TMK m.724) imkânı tanınmıştır. Yapının değeri arazinin değerinden açıkça fazla ise, inşa edilen yapı bakımından arazinin tamamı yahut yeterli bir kısmının mülkiyetinin -uygun bir bedel karşılığında- malzeme sahibine geçirilmesi talebini ileri sürme imkânı, gerek iyiniyetli arazi malikine gerekse iyiniyetli malzeme sahibine tanınmıştır¹²⁵. Bu talep üzerine arazinin mülkiyeti malzeme sahibine geçirilmeden önce haksız yapının yapımındaki bozukluk ya da bakımındaki eksiklik nedeniyle meydana gelen zarardan arazi maliki sorumlu olur¹²⁶. Bu hâlde arazi üzerinde kurulmuş bir intifa hakkı varsa, intifa hakkı sahibi de arazi maliki ile birlikte yapının bakımındaki eksiklikten sorumlu olur. Arazi sahibi yahut intifa hakkı sahibi ödemiş olduğu tazminatı, TBK m. 69/f.3 uyarınca haksız yapıyı inşa eden malzeme sahibine rücu edebilir. Buna karşın arazinin mülkiyetinin iyiniyetli malzeme sahibine geçirilmesinden sonra haksız yapının yapımındaki bozukluk nedeniyle meydana gelen zarardan sorumluluk malzeme sahibine aittir.

Arazi maliki yahut malzeme sahibi olmayan kişinin malzemesi kullanılarak, yapının inşa edilmiş olması hâlinde yapının akıbetine ilişkin TMK m. 722/f.1 hükmü ile yapının arazinin bütünleyici parçası olması sebebiyle arazinin mülkiyetinin kapsamına gireceği hususunda hüküm sevk edilmiştir. Buna karşın haksız yapıyı inşa edenin, malzeme sahibinin ve arazi malikinin hak ve yükümlülüklerine ilişkin Türk Medeni

¹²⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 1799.

¹²⁶ Haksız yapıyı inşa edenin sorumlu tutulması yönünde bkz. EREN, s. 673.

Kanunu'nda hüküm sevk edilmemiŐtir¹²⁷. Bu hâlde taraflar arasındaki bir hukuki ilişki bulunmuyorsa, TMK m. 722-724 hükümleri kıyasen uygulanacaktır¹²⁸. TMK m. 724 hükmü haksız yapıyı inşa edene değil de iyiniyetli malzemenin sahibine arazinin mülkiyetinin geçirilmesi imkânını getirmiştir. Diğer bir deyişle başkasına ait malzemenin kullanılması suretiyle haksız yapının inşa edilmiş olması ihtimalinde, yapının değer arazinin değerinden fazla ise arazinin mülkiyetinin haksız yapıyı inşa edene değer ve fakat iyiniyetli malzeme sahibine geçirilmesi söz konusu olabilmektedir¹²⁹. Dolayısıyla malzeme sahibine yapının mülkiyeti nakledilmeden önce, haksız yapının yapımındaki bozukluk ya da bakımındaki eksiklik nedeniyle doğan zarardan arazi maliki sorumludur¹³⁰. Yapının mülkiyeti malzeme sahibine geçirildikten sonra yapının yapımındaki bozukluk ya da bakımındaki eksiklik nedeniyle doğan zarardan malzeme sahibi sorumlu olur. Her iki hâlde de üçüncü kişinin uğradığı zararı tazmin eden kişi, TBK m. 69/f.3 uyarınca ödeymiŐ olduğu tazminatı haksız yapıyı inşa edene rücu edebilir.

Sonuç

Yapı malikinin sorumluluğu Türk Borçlar Kanunu'nun m. 69 hükmünde bir kusursuz sorumluluk hâli olarak düzenlenmiştir. TBK m. 69 hükmünün birinci fıkrasında yapı malikinin yapı eserinin yapımındaki bozukluktan ve bakımındaki eksiklik nedeniyle doğan zarardan sorumluluğu düzenlenmiştir. Hükmün ikinci fıkrasında ise yapı eserinin bakımındaki eksiklik nedeniyle doğan zarardan intifa hakkı ve oturma hakkı sahibinin yapı maliki ile müteselsilen sorumlu olduğu düzenlenmiştir. TBK m. 69/f. 3'te ise sorumluların, bu sebeplerle kendilerine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu hakkının saklı olduğu hüküm altına alınmıştır.

¹²⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N.1802.

¹²⁸ Bunun dışında vekâletsiz iŐ görme ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine de başvurulabilir (EREN, Mülkiyet, s. 353; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N.1803).

¹²⁹ EREN, Mülkiyet, s. 353.

¹³⁰ EREN, s. 673.

Sorumluluk hukuku bakımından rücu hakkının dayanağını, TBK m. 62 hükmü teşkil eder. Buna göre zararı gideren kişi, diğer sorumlulara karşı halefiyetle desteklenmiş bir rücu hakkına sahip olmasının yanı sıra tazminat, bütün durum ve koşullar ile özellikle sorumlu olanlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin ağırlığı dikkate alınarak, hâkim tarafından paylaştırılacaktır. TBK m. 69/f.3 hükmü kapsamında sorumlu kişilerden kasıt TBK m. 69/f.1 ve f.2 hükmü uyarınca yapı maliki, intifa hakkı sahibi ve oturma hakkı sahibidir. TBK m. 69/f. 3 hükmü bakımından, kendilerine karşı sorumlu olan kişiler ise kanun hükümleri yahut sözleşme kapsamında malike yahut intifa hakkı ya da oturma hakkı sahibine karşı binanın ya da diğer yapı eserinin yapımındaki bozukluktan yahut bakımındaki eksiklikten sorumlu olan kişilerdir. TBK m. 69/f.3 hükmünde rücu hakkının dayanağını tazminat yükümlüsü ile rücu edilen kişi arasındaki iç ilişki oluşturmaktadır. Bu hâlde, TBK m. 62 hükmündeki rücu hakkından farklı olarak, zarar görenin yapı maliki yahut intifa ya da oturma hakkı sahibine karşı sorumlu olan kişiye başvurusu imkânı yoktur. Kaldı ki, TBK m. 69/f.3 hükmü uyarınca özel bir rücu imkânı getirilmemekte, zarar görenin zararını gideren yapı maliki yahut intifa hakkı sahibi ya da oturma hakkı sahibinin sözleşmeden doğan borca aykırı davranışta bulunan kişiye veya TBK m. 49 hükmü uyarınca sorumlu kişiye rücu talebini yöneltmesi söz konusu olmaktadır. O nedenle borca aykırılıktan ya da haksız fiilden sorumluluğun koşullarının gerçekleşmiş olması gerekir. TBK m. 69/f. 3 uyarınca rücu talebinin yöneltildiği kişinin davranışı, yapı maliki yahut intifa hakkı sahibi ya da oturma hakkı sahibinin hakkını ihlal etmekte ve fakat zarar görenin hakkını ihlal etmemektedir.

Yapı eserin yapımındaki bozukluğun yapı malikinin akdetmiş olduğu sözleşmenin, diğer tarafın borca aykırı davranışından kaynaklanması hâlinde, yapı malikinin zarar görene ödemiş olduğu tazminatı borca aykırı davranışta bulunan kişiden talep etmesi söz konusu olmaktadır. Aslında bu kapsamda yapı maliki, borca aykırı davranışı nedeniyle sözleşmenin karşı tarafına başvurusu, bizzat kendi uğradığı zararın tazminini

talep etmesinden ibarettir. Yapı malikinin bu şekilde uğradığı zarar ise zarara görene ödemek zorunda kaldığı tazminat nedeniyle malvarlığında meydana gelen eksilmedir. Yapı eserinin bakımındaki eksiklik nedeniyle yapı maliki yahut intifa hakkı sahibi ya da oturma hakkı sahibinin de keza sözleşmeden doğan borca aykırı davranışı sebebiyle, borca aykırı davranışta bulunan âkit tarafa başvurusu da aynı kapsamda düşünölmelidir.

Türk Borçlar Kanunu m. 69/f.1 ve f.2 kapsamındaki düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde iki önemli sonuç ortaya çıkmaktadır. İlk olarak, hükmün bu sistematığı ile Türk Medeni Kanunu'nun şekli anlamda eşya hukuku kurallarına göre yapı malikinin belirlenmesi kuralını benimsemiş olması ve bu kuralı ikinci fıkradaki düzenleme ile -intifa hakkı veya oturma hakkı sahibinin yapı eserinin bakımındaki eksiklikten yapı maliki ile birlikte müteselsilen sorumlu olması şeklinde genişletmiş ve sınırlandırmış olmasıdır. İkinci önemli sonuç ise intifa hakkı veya oturma hakkı sahibinin yalnızca yapı eserinin bakımındaki bozukluktan yapı maliki ile birlikte müteselsilen sorumlu olmasıdır. Hükmün sistematığı dikkate alındığında, yapı maliki kavramının intifa hakkı ya oturma hakkı sahibinin yapı eserinin yapımındaki bozukluktan sorumlu olması şeklinde yorumlanması mümkün değildir. Zira istisna niteliğindeki kusursuz sorumluluğa ilişkin düzenlemelerin kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün değildir. Kaldı ki, TBK m. 69/f.2 hükmünde kanun koyucu bizzat yapı malikinin belirlenmesine ilişkin kuralı genişletmiş ve de sınırlandırmıştır. Hâliyle intifa hakkı ya da oturma hakkı sahibinin, yetkisini aşarak yapı eseri inşa etmesi hâlinde yapı eserinin yapımındaki bozukluk nedeniyle doğan zarardan taşınmaz maliki sorumlu olacaktır. Bu hâlde üçüncü kişinin uğramış olduğu zararı gideren malik, TBK m. 69/f.3 hükmü uyarınca yapıyı inşa eden intifa hakkı yahut oturma hakkı sahibine rücu edebilecektir. Zira intifa hakkı ya da oturma hakkı sahibinin, aynı hakkın kendilerine tanıdığı yetkiyi aşmak suretiyle inşa etmiş oldukları yapılar, yapı malikinin mülkiyet hakkını ihlal etmektedir. Bu suretle yapı maliki, TBK m. 49 hükmü uyarınca kusuru ile yapıyı inşa

eden intifa hakkı ya da oturma hakkı sahibinin bu davranışı nedeniyle uğramış olduğu zararı talep edebilecektir.

Haksız yapı inşası hâlinde, yapının yapımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklik nedeniyle doğan zararın tazmini hâlinde tazminatın haksız yapıyı inşa edene rücu edilmesi de bu kapsamda çözüme kavuőturulabilir. Haksız yapının inşası da arazi malikin mülkiyet hakkını ihlal ettiğinden, arazi maliki TBK m. 49 uyarınca uğramış olduğu zararı haksız yapıyı inşa edenden talep edebilecektir. Belirtmek gerekir ki, 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükteyken yapı malikinin sorumluluğu bakımından malik kavramının yorumlanması suretiyle haksız yapıyı inşa eden kişinin yapı maliki olarak sorumlu tutulması mümkün görünmekteydi. Zira 818 Sayılı BK m. 58 hükmünde yalnızca yapı malikinin sorumluluğundan söz edilmekteydi. Bu kapsamda arazi sahibinin arazisinin iőgal edilmesi suretiyle belki de varlığından bile haberinin olmadığı bir haksız yapı nedeniyle sorumlu tutulması hakkaniyete uygun görülmemekteydi ve sorumluluk hukuku bakımından yapı maliki kavramının Medeni Kanunu'nun eşya hukuku kurallarından daha geniş yorumlanması mümkündü. Ne var ki, değinildiği üzere TBK m. 69 hükmünün sistematiği ile yapılan sınırlandırma nedeniyle kapsamın dışına çıkılarak, haksız yapıyı inşa eden kişinin yapı maliki olarak sorumlu tutulması *de lege lata* olanaklı değildir.

SORUMLULUKLARIN YARIŞMASI BAĞLAMINDA YAPI MALİKİNİN SORUMLULUĞU

*Dr. Öğr. Üyesi Derya ATEŞ**

I. Genel Olarak

Borçlar Kanununu 69 uncu ve devamı maddelerinde düzenlenen “Yapı Malikinin Sorumluluğu”; genel hatları ile açıklandığı üzere günlük hayat içinde kişilerin can ve malvarlığı güvenlikleri yönünden bina ve diğer yapı eserlerinden kaynaklı doğabilecek tehlikelerin önlenmesi amacıyla getirilmiş bir kusursuz sorumluluk sistemini ortaya koymaktadır. Binalar ve yapı eserleri en başta kişilerin güvenli barınma ihtiyaçlarını karşılamak üzere inşa edilmekte; ancak bunun yanı sıra zaten gündelik hayatın akışı içinde de bu yapılarla iç içe bir yaşam sürdürülmektedir.

Bu sebeptir ki, kanun koyucunun kusursuz sorumluluk olarak düzenlediği yapı malikinin sorumluluğuna sebep olan olay gerçekleştiğinde, çoğu zaman doğan zararlardan; farklı hukuki sebepler ile farklı kişilerin sorumlu olması mümkün olabilmekte; Borçlar Kanununun 61 ve 62 inci maddeleri uyarınca bu kişilerden müteselsil sorumluluk ilkelerine göre zararın tazmini imkânı doğmaktadır.

Yapacağımız inceleme müteselsil sorumluluk ilişkileri ve yapı malikinin bu kişilere karşı sahip olduğu *rücu hakkını* bir yana bırakarak, talep haklarının yönü ile ilgilidir. Bir başka deyişle, kusursuz sorumlu olan yapı maliki zararı karşıladıktan sonra şüphesiz ki varsa sözleşme ilişkisine ya da haksız fiil ilişkisine dayalı sorumlu olan kişilere rücu edebilir.

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Ancak bizzat yapı malikinin ayrıca bir başka sebeple daha sorumluluğu ortaya çıktığında; zarar gören kişinin talepleri yönünden bir seçim hakkına sahip olup olmadığı ya da dayanabileceği hükümlerden birinin varlığının diğerlerine başvuru için engel teşkil edip etmeyeceği hususlarını ayrıca değerlendirmek gerekir.

Bilindiği üzere aynı zarardan, aynı kişinin, değişik hukuki sebepler nedeniyle sorumlu olması durumunda “sorumlulukların yarışması” meselesi doğmaktadır ve bu durumun farklı olasılıklara göre ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

Bu incelemeye geçmeden önce genel hukuk ilkeleri bazında birkaç hususu vurgulamak gerekir ki; bunlardan ilki şüphesiz zarar görenin zararının sadece bir kere tazmin edilmesi; diğeri ise sorumluluklara ait unsurların bağımsız ve ayrı ayrı incelenmeleri gerektiğidir.

Borçlar Kanununun “Sebeplerin Yarışması” başlıklı 60 ıncı maddesinde;

“Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilirse hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.” denilmektedir.

Madde aynı zarara yol açan birden fazla sorumluluk sebebinin bulunması ve zarar görenin bu sebeplerden birine dayalı zararın giderilmesini istemesi durumlarında uygulama alanı bulmaktadır.

Dikkat edilmesi gereken husus maddenin, hâkime en iyi tazminat imkânı sağlayan hükmü uygulama olanağı verirken; bunu *zarar gören tarafından aksinin istenmemiş olması şartına bağlamış* olmasıdır. Kanaatimizce bu kuralın, genel bir hukuk ilkesi olan *“hâkim hukuku kendiliğinden uygular”* (İura novit curia) ilkesi ile birlikte değerlendirilmesi gerekir¹. Zira hâkim zaten davacının ileri sürdüğü olaylara göre her zaman en elverişli olanı uygulamak durumundadır. Ancak, BK.m.60

¹ AKIL, Cenk; Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi, AÜHFĐ, 2008, C.57, S.3, s.2.

hükümünde, “zarar görenin aksini istememiş olması”, “hâkimin elverişli olan kurala göre karar vermesi bakımından” bir ön şart gibi düzenlenmektedir.

“Hâkim, Türk hukukunu resen uygular.” ifadesini taşıyan Hukuk Muhakemeleri Kanununun 33 üncü maddesi ve hâkimin tarafların hukuk normu nitelendirmeleri ile bağılı olmaması ilkeleri birlikte değerlendirildiğinde, maddenin aslında bu genel prensibin dışına çıktığı düşünülebilir. Ancak hükümdeki kriter “zarar görene en iyi giderim imkânı sağlanması” kıstası olduğundan, elbette ki hakime farklı sorumluluk sebeplerine göre mümkün olan tazminat imkânlarını ayrı ayrı hesaplamak ve en iyi giderimi sağlayanı seçmek gibi bir görev yüklendiğini düşünmek mümkün değildir.

Buna göre Yapı malikinin sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğunun, diğeri bir kusursuz sorumluluk halinin veya sözleşmeden doğan sorumlulukların yarışması hallerini ayrı ayrı ele almak gerekmektedir.

II. Yapı malikinin Sorumluluğu ile Haksız Fiil Sorumluluğunun Yarışması

Yapı malikinin kusursuz sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğunun bir arada bulunduğu durumlarda iki farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre; bu iki sorumluluk (BK.m.69 ile m.49) yarıştığında seçim hakkı zarar görende olmak üzere; zarar gören kişi ister (sübjektif olarak) zarar verenin kusurunu ispat ederek haksız fiil sorumluluğuna, isterse (objektif olarak) yapım bozukluğu veya bakım eksikliğini ispat ederek yapı malikinin kusursuz sorumluluğuna başvurabilir. Bu ihtimalde yapım bozukluğu veya bakım eksikliğinin objektif olgulara dayanıyor olması ve ayrıca kusurun varlığını ispata ihtiyaç göstermemesi elbette ispat bakımından daha avantajlı olmaktadır².

Ancak bizim de katıldığımız diğeri bir görüşe göre; BK.m.69 hükmü ile m.49 hükmü arasında genel hüküm ve özel hüküm

² KOÇ, Nevzat; Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Sorumluluğu, Ankara 1990, s.99

ilişkisi bulunmaktadır. Haksız fiil sorumluluğunu dŸzenleyen 49 uncu madde genel bir dŸzenleme iken 69 uncu madde hŸkŸmŸ yapı malikinin sorumluluğunu metne alan Ÿzel bir hŸkŸmŸdŸr. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında; kayak pistlerinde oluşan kazalar ile ilgili verdiği bir kararda kayak pistlerinin gŸvenliĐini sağlama gŸrevinin bir sŸzleŐme ilişkisinin varlığına bağlı olmadığı; pistlerin gŸvenlik için gerekli tedbirleri karŐılamadıĐı durumlarda genel kusur sorumluluğu yanında ayrıca Ÿzel olarak yapı malikinin sorumluluğunun doğacağını ifade etmektedir.³

Bu sebeple yapı malikinin sorumluluğuna ilişkin hŸkŸmlerin, haksız fiile dayalı dava açılması durumunda dahi hâkim tarafından resen uygulanmaları gerekir⁴. BŸyle bir davada yapı malikinin kusurunun bulunması, tazminatta indirim sebepleri ile rŸcu imkânlarında rol oynamakta ve kusurlu malikin rŸcu imkânı somut olaya gŸre ortadan kalkabilmektedir⁵.

İsviçre Federal Mahkemesinin yapı malikinin kusurlu bir davranışının bulunması sebebiyle haksız fiil sorumluluğu ile kusursuz sorumluluğun bir arada bulunduğu durumlarda; tazminat miktarı hesaplanırken ek kusur (*faute additionnelle* CO 43) değerlendirmesi yaptıĐı⁶; hatta sigorta ŷirketleri yŸnŸnden rŸcu imkânını oldukça daraltan ve haksız fiil sorumluluğunu dar yorumlayan kararları bulunmaktadır⁷. Bu noktada zarar veren kişilerin birden fazla olması durumunu ayırdığımızı ancak bu ihtimalde dahi kusurun rŸcu ilişkisinin varlığında belirleyici rol oynadığını tekrarlamak isteriz.

³ TF 23.12.2003; ATF 130 III 193; SJ 2004 I 517 = DC 2005, sh. 185; PİCHONNAZ, Pascal/ WERRO, Franz/ ZUFFEREY, Jean-Baptiste; ;La jurisprudence rŸcente et les grandes nouveautés; JDC, 2007, s.342.

⁴ ERTEN, Ali;TŸrk Borçlar Hukukuna GŸre Bina ve Yapı Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu - BK md. 58, Ankara, 2000, s.254-255; GŸRSŸY, Kemal Tahir; Haksız Eylemden Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması, AŸHFĐ, 1974, C. XXXI, ŷ.1-4, s.175; TANDOĞAN, Haluk Kusura Dayanmayan SŸzleŐme DiŐı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981. s.162.

⁵ KILIÇOĞLU, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel HŸkŸmler, Ankara 2017, s.226

⁶ THEVENOZ, Luc/WERRO, Franz;Commentaire Romand, Code des Obligations I, art 1-159; GenŸve/Bale/Munich, 2003, s.401. ATF 116 II 422, JdT 1991 I 162; 111 II 429.

⁷ ENGEL, Pierre;Traite des obligations en droit suisse, Berne, 1997, sh. 553.

III. Yapı malikinin Sorumluluğu ile Bir Başka Kusursuz Sorumluluğunun Yarışması

Yapı malikinin sorumluluğu ile *adam* alıŐtranın *sorumluluğu* (BK.m.66), *hayvan bulunduranın sorumluluğu* (BK.m.67)ve *ev başkanının sorumluluğu* (MK.m.369) doktrinde de kabul edildiği üzere aralarında sıkı ilişki olan kusursuz sorumluluk dzenlemeleridir⁸. Bu sebeple bir arada buldukları olaylarda zarar goren dilediği hükme başvurabilmeli; özel olarak bir tercihi bulunmuyor ise, BK.m.60 hükmü uyarınca hâkim zarar goren için elverişli olan sorumluluk sebebini somut olaya uygulamalıdır⁹.

Diğer yandan yine bir kusursuz sorumluluk türü olarak *taşınmaz malikinin sorumluluğu* (MK.m. 730) ile yapı malikinin sorumluluğunun aynı somut olayda gerçekleştiği durumlarda sorumlulukların yarışmasından söz edebilmek ancak belli durumlarda mümkün olabilmektedir¹⁰.

Taşınmaz mülkiyetinin taşkın kullanılması halinde komşuların haklarını güvence altına almayı amaçlayan MK.m.730 hükmü aynı zamanda taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamalarındandır. Bu sebeple, aslında taşınmaz malikinin sorumluluğu çerçevesinde “mülkiyet hakkının yasal kısıtlamalarına aykırı kullanımı” çoğu zaman ve doğal olarak bir bakım eksikliğini de ortaya koymaktadır. (Asansör bakımının yapılmaması, bacanın bakımsızlığı, evin bakımsızlığı gibi).

O halde eğer Medeni Kanunda bu hüküm bulunmasaydı, taşınmaz mülkiyetinin taşkın kullanımından doğacak zarar-

⁸ ERTEN, s.256; KOÇ, s.100.

⁹ Yapı malikinin sorumluluğu ile adam alıŐtranın sorumluluklarının yarıŐtięi örnek bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 11. HD, 10.2.2004, E. 6462/K. Yine yapı malikinin sorumluluğu ile aile reisinin sorumluluğunun yarıŐtięi eski tarihli bir Hukuk Genel Kurulu kararı için bkz. YHGK. 28.10.1983, . 4-3052/K. 1034 sayılı karar. Karara konu olan olayda, çocuğun yaktığı ateş sonucu komşu zarar görmüştür. Burada, hem BK m. 58 (TBK m. 69) temelli bir talep hem de MK m.369 temelli bir talep olduğu ifade edilmiştir. Bu iki sorumluluğun yarıŐabileceęine biz de katılmaktayız. Ama somut olayda, çocuğun yangın çıkarmasında, herhangi bir bakım eksikliği veya yapıŐtaki bozukluk olup olmadığı açık değildir. Bu hususlar değerlendirilmeden malikin bina veya yapı eserlerinden doğan sorumluluk gereği sorumlu tutulması yerinde görünmemektedir.

¹⁰ ERTEN, s.256; KOÇ, s. 104; TANDOĞAN, s. 206.

lar, Borçlar Kanunu genel haksız fiil sorumluluğu hükümleri (BK.m.49 vd.) ile yapı malikinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere göre tazmin edilebilirdi. Ancak haksız fiil sorumluluğunda malikinin kusurunun ispatı meselesi doğacağından bu özel hükümle kanun koyucu sorunu ortadan kaldırmıŐtır. Taşınmaz malikinin sorumluluğu kurtuluş kanıtı getirilemeyen bir olağan sebep sorumluluğu olduğundan; bilhassa malikin bir ödevini yerine getirmemesi ve bundan zarar doğması durumlarında bunun tazmini sonucunu doğurur. İŞte bu durum aynı zamanda yapı malikinin sorumluluğu ile de kesiŐmektedir.

Yine de belirtmek gerekir ki malik her ne kadar hem Borçlar Kanununun 69 uncu hem de Medeni Kanununun 730 uncu maddeleri çerçevesinde sorumlu tutulabilse de aslında; taşınmaz malikinin sorumluluğu bakımından taşkın kullanımın ispatı; yapı malikinin sorumluluğu bakımından ise eserin yapılıŐındaki bozukluk veya bakım eksikliğinin ispatı gerekir¹¹.

Uygulamada Yargıtay'ın bu iki kusursuz sorumluluğu ayırmadan verdiği kararlar bulunmakta; bilhassa bir maden kazısı sırasında yakındaki taşınmazlarda yaşanan çökme ile ilgili zarar verici kullanım hususunda; yapılıştaki bozukluk veya bakım eksikliği araştırılmadan yapı malikinin sorumluluğuna gidilen karar oldukça eleŐtirilmiŐtir¹².

Yine Yargıtay bir başka kararında malikin selvi ağacının fırtınada devrilip yandaki taşınmaza zarar vermesini, bina veya yapı eseri malikinin sorumluluğuna değil, taşınmaz malikinin sorumluluğuna dayanması gerektiğine, bina veya yapı eseri malikinin sorumluluğuna gidilemeyeceğine karar vermiŐtir¹³.

¹¹ Konuyla ilgili Yargıtay 7. HD, 14.3.2006, E. 284/K. 721 kararında; karara konu olayda taşınmaz malikinin kazı ve yapı yapımı sırasında verdiği zarar hem yapı malikinin sorumluluğu hem de taşınmaz malikinin sorumluluklarının yarıştığı bir olay olarak deęerlendirilmiŐ; yine Yargıtay 4. HD, 10.12.1974, E. 10469/K. 16657 kararında "... her ne kadar olaya TMK md. 730'un uygulanması mümkün ise de, davalı malikin zarardan BK md. 58'e göre sorumlu tutulmasına karar verilmiştir."

¹² YHGK, 19.12.1979, E. 4-301/K. 1629; Yarg. 4. HD, 11.12.1989, E. 4885/K. 9586. Yargıtay'ın genel olarak taşınmaz malikinin sorumluluğu ile yapı malikinin sorumluluklarını ayırmadan verdiği kararlar bulunmaktadır.

¹³ DikilmiŐ selvi ağacı, burada yapı eseri sayılmakta ve fırtınanın mücbir sebep ağırlığında olmadığı bir olasılık bulunmaktadır. Yarg. 4. HD, 15.10.1975, E. 10329/K. 10627.

Oysaki aslında somut olayda her iki sorumluluğun da şartları ayrı ayrı gerçekleşmiştir. Bu sebeple zarar görenin seçim hakkı bulunmalı ve seçtiği sorumluluk türü kapsamında ispat yükümlülüğü bulunmalıdır. Bizzat zarar gören tarafından bu tür bir seçim hakkının kullanılmaması durumunda ise hâkim zarar gören açısından daha elverişli olan sorumluluk sebebine dayalı olarak davayı sonuçlandırmalıdır.

İsviçre Federal Mahkemesi de yapı malikinin sorumluluğu ile taşınmaz malikinin sorumluluğunun birlikte gerçekleştiği olaylarda; uzun yıllardır hep bu iki maddenin (İBK.m.58 ve İMK.m.679) birbiriyle yarıştığını kabul etmektedir¹⁴.

IV. Yapı malikinin Sorumluluğu ile Sözleşmeden Doğan Sorumluluğunun Yarışması

Yapı malikinin sorumluluğunda, sorumlu kişi ile zarar gören kişi arasında ayrıca bir sözleşme ilişkinin bulunması halinde, yapıdaki bozukluk veya bakım eksikliği aynı zamanda sözleşmeden doğan borca aykırılık (BK.m.112) durumu da oluşturabilmektedir. Billhassa zarar gören, yapı malikiyle kira veya hizmet sözleşmesi gibi bir sözleşme ilişkisi içinde bulunduğu yapı eserinin bozukluk veya noksanlığının sebep olduğu zarar, malikin zarar görene karşı her iki sorumluluğa dayalı talepte bulunabilmesi imkânını doğurmaktadır.

Böyle bir durumda, zarar gören bakımından sözleşmeden doğan sorumluluk ile yapı malikinin sorumluluğu kapsamında talep haklarının yarışacağı kabul edilir¹⁵. Hem yapı malikinin sorumluluğuna hem de borca aykırılığa dayalı olarak yapılan taleplerde zarar gören davacının karşı tarafın kusurunu ispat

¹⁴ THEVENOZ/ WERRO, s. 400. ATF 111 II 429. Fiili hareket farklılığı olarak taşınmaz malikinin sorumluluğu, yapı malikinin sorumluluğuna karşılık komşulara açık bir sorumluluk kapsamındadır. Diğer yandan madde 730 hükmünün malikin kullanım sınırlarını korumaya yönelik niteliğe sahip olmasına karşılık mahkeme kararları maddeden yola çıkarak sınırları aşan kullanımların sınırlı aynı hak sahibine veya şahsi hak sahibine karşı da kullanılabileceğini kabul etmektedir.

¹⁵ ERTEN, s. 258; GÜRİSOY, s. 176; KOÇ, s. 102; EREN Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, İstanbul 2017, s.667. Alman Hukukunda da sözleşmeye dayanan dava hakkının yanında, haksız fiile dayanan dava hakkının varlığı kabul edilmekte ve zarar görene bu konuda bir seçim hakkı tanınmaktadır.

etmesi gerekmez. Ancak, unutmamak gerekir ki borca aykırılık durumunda davalı kusuru bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilme imkânına sahip iken; yapı malikinin sorumluluğunda bu imkân yoktur.

Haksız fiil ve sözleşmeye dayalı sorumlulukların her ikisinin birden aynı olayda bulunması durumunda zamanaşımı yönünden avantajlı olarak sözleşmeden doğan sorumluluklar bakımından 10 yıl olarak belirlenen süre; yapı maliki yönünden 2 yıl ile sınırlandırılmıştır.

İsviçre Federal Mahkemesi, işverenin hizmet sözleşmesinde kullanılan eserin aynı zamanda maliki de olması durumunda; yapı malikinin sorumluluğu ile hizmet sözleşmesi ile ilgili İBK.m.328/II hükmünün (BK.m.417/II) birbiriyle yarıştığını kabul etmektedir¹⁶. Özen yükümlülüğü her iki durumda da aynıdır. Diğer yandan, bu iki hükmün uygulama alanı İsviçre hukuku yönünden 6 Ekim 2000 tarihli Sosyal Güvenlik Yasasının (LPGA) 75/II hükmünde işverene tanınan ayrıcalık ile sınırlandırılmış¹⁷; Türk hukuku yönünden ise Borçlar Kanununun

¹⁶ İBK.m.328/II hükmü: *“Il prend, pour protéger la vie, la santé et l’intégrité personnelle du travailleur, les mesures commandées par l’expérience, applicables en l’état de la technique, et adaptées aux conditions de l’exploitation ou du ménage, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l’exiger de lui.”*

BK.m.417 hükmü ise şu şekildedir: *“İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.*

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.”

¹⁷ LPGA madde 75 hükmü: *“L’assureur n’a un droit de recours contre le conjoint de l’assuré, ses parents en ligne ascendante et descendante ou les personnes qui font ménage commun avec lui que s’ils ont provoqué l’événement assuré intentionnellement ou par négligence grave.*

Si les prétentions récursoires découlent d’un accident professionnel, la même limitation est applicable à l’employeur de l’assuré, aux membres de sa famille et aux travailleurs de son entreprise. (sigorta şirketinin, sigortalı kişinin eşinin, altsoy ve üst soyunun kasıt veya ağır ihmâl ile olaya neden olan kişilere rücu hakkı vardır. Rücu haklarının bir iş kazasından kaynaklanması durumunda, sigortalık kişinin işvereni, aile üyeleri ve işçi arasında aynı sıralama geçerlidir.

Il n’y a pas de limitation du droit de recours de l’assureur dans la mesure où la personne contre laquelle le recours est formé est couverte par une assurance responsabilité civile obligatoire.”

417 inci maddenin son fıkrası ile açıkça işveren, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararlarının tazmininin, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi olacağı düzenlenmiştir.

Diğer yandan bu noktada sözleşme ilişkileri içinde taraflar arasında var olan bir sorumsuzluk anlaşmasının; sorumlulukların yarışması durumunda (sözleşme dışı sorumluluk olarak) yapı malikinin sorumluluğuna etkisini de kısaca incelemek gerekir. Aslında sözleşmeden doğan sorumluluğun alacaklı yönünden haksız fiil sorumluluğuna göre daha avantajlı olması, bu hususta bir sorun olmayacağı izlenimi yaratsa da, kusursuz sorumluluk söz konusu olduğunda durum biraz daha tartışmaya açık hal almaktadır. Zira sözleşmeden doğan sorumluluk ile yapı malikinin sorumluluğunun yarıştığı bir noktada her iki sorumluluğa da gitmek mümkün olduğundan var olan bir sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiil sorumluluğuna etkisi önem taşımaktadır.

Alman hukuku yönünden var olan ve tehlike sorumluluğu alanında sorumsuzluk şartını yasaklayan hüküm; yine Fransız hukukunda sorumlu olunan eşyadan doğan kusursuz sorumluluğa ilişkin sorumsuzluk anlaşmalarını engelleyen hüküm (FMK.m.1384) tehlike sorumluluğu ile sözleşmeden doğan sorumluluğun yarışması ihtimalinde, sorumsuzluk şartının kusursuz sorumluluk alanında uygulanamayacağı yönündedir. Nitekim bizim hukukumuz açısından da bir tehlike sorumluluğu örneği olarak Karayolları Trafik Kanununda sorumsuzluk anlaşmasının yasaklandığı özel bir hüküm bulunmaktadır. (KTK.m.111)¹⁸

Ancak sorumsuzluk anlaşmalarını bir tehlike sorumluluğu olmayan yapı maliki yönünden değerlendirdiğimizde, sorumlulukların yarışması durumunda farklı bir sonuca gitmek mümkündür. Kanun koyucunun yapı malikinin sorumluluğu

¹⁸ Sorumluluğa ilişkin anlaşmalar başlıklı KTK m.11 hükmü şu şekildedir:
"Bu Kanunla öngörülen hukuki sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir. Tazminat miktarlarına ilişkin olup da, yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir."

yönünden sorumsuzluk anlaşmalarını sınırlayan bir hüküm koymaması bir yana sözleşme özgürlüğü ilkesi (BK.m.26) ve sorumsuzluk anlaşmaları ile ilgili genel sınırlamalar (BK.m.115-116) bu durumu mümkün kılmaktadır. Buna göre, sorumsuzluk anlaşmaları ağır kusura ilişkin yapılamayacak; bir başka deyişle sorumsuzluk anlaşmaları bulunsa bile yapı malikinin ağır kusuru durumunda sorumluluğun doğmasına engel olunamayacaktır.

Ancak sorumsuzluk anlaşmalarının açıkça haksız fiil sorumluluğu yönünden de etkili olacağı yönünde bir düzenleme içermesi somut olayda yorumlanması gereken bir sorundur. Yapılan sorumsuzluk anlaşmasının kapsamı yorumlanmalı ve sözleşme dışı sorumluluğu kapsayıp kapsamayacağı hâkim tarafından değerlendirilmelidir.

Tekrar belirtmek isteriz ki bu genel kapsam içinde yapı malikinin kusursuzluğu veya hafif kusuru bulunan durumlarda sorumsuzluk anlaşmasının uygulanıp uygulanamayacağı sözleşme içinde değerlendirilecek; ağır kusur halinde ise sorumluluk her durumda doğacaktır.

V. Değerlendirme ve Sonuç

Bütün bu açıklamalar ışığı altında aslında hem maliki hem de intifa veya oturma hakkı sahibini özenli davranmaya itmek sebebiyle, kanun koyucu tarafından bir kusursuz sorumluluk halini ortaya koyan yapı malikinin sorumluluğu kendi sorumluluk şartlarını gerçekleştirdiğinde uygulamada başka sorumluluk alanları ile keşişebilmektedir.

Sorumlulukların yarışmasından bahsedebileceğimiz bu noktada özetle yapı malikinin sorumluluğunun;

- Haksız fiil sorumluluğu ile genel hüküm- özel hüküm ilişkisi sebebiyle yarışmayacağı; ancak malikin kusurunun tazminat ve rücu ilişkisinde rol oynayacağı;
- Bir başka kusursuz sorumluluk hali ile yarışmasının mümkün olduğu; bilhassa adam çalıştırmanın sorumluluğu, hayvan bulunduranın sorumluluğu ve ev başkanının sorum-

luluğu ile aralarında sıkı bir ilişki olduğu; diğer yandan taşınmaz malikinin sorumluluğu yönünden ise sorumlulukların çoğu kez aynı olayda birlikte gerçekteŐtięi; farklılığın sadece ispat yükü kapsamı ile sınırlı olduğu;

- Sözleşmeden doğan sorumluluk hali ile yarışmasının da yine mümkün olduğu ve bu durumda sorumluluk kapsamındaki talep haklarının yarışacağı ancak ispat yükü kapsamının ve zamanaşımı sürelerinin farklılaŐacaęı; diğer yandan sözleşme ilişkisi içinde var olan bir sorumsuzluk anlaşmasının yapı malikinin sorumluluğuna etkisinin ise malikin kusursuzluğu veya hafif kusuru bulunduğu durumlarda uygulanıp uygulanamayacağının sözleşme içinde değerlendirilmesi gerektiği; buna karşılık ağır kusur halinde ise sorumluluğun mutlaka doğması gerektiği düşünölmektedir.

KAYNAKÇA

- AKIL, Cenk;** Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi, AÜHFD, 2008, C.57, S.3, s.2.
- ENGEL, Pierre;** Traite des obligations en droit suisse, Berne, 1997.
- ERTEN, Ali;** Türk Borçlar Hukukuna Göre Bina ve Yapı Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu – BK md. 58, Ankara, 2000.
- GÜRSOY, Kemal Tahir;** Haksız Eylemden Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışmas, AÜHFD, 1974, C. XXXI, S.1-4.
- KILIÇOğLU, Ahmet M.;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017.
- KOÇ, Nevzat;** Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Sorumluluğu, Ankara 1990.
- PİCHONNAZ, Pascal/ WERRO, Franz/ ZUFFEREY, Jean-Baptiste;** La jurisprudence récente et les grandes nouveautés; JDC, 2007.
- TANDOĞAN, Haluk;** Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981.
- THEVENOZ, Luc/WERRO, Franz;** Commentaire Romand, Code des Obligations I, art 1-159; Genève/Bale/Munich, 2003.

Av. Prof. Dr. NECDET BASA- Çok teşekkür ederiz Sayın Çelik, kayda geçti efendim, kayıtlara geçti. Buyurunuz efendim, başka soru sormak isteyen?

SALONDAN- Şimdi ben de zararla ilgili Şöyle bir kafamdaki savı ifade etmek istiyorum: Zarar haksız fiilin bir parçası, örnek veriyorum: Bir avcı kulübesinde silahı, tüfeği ayarlıyorsunuz, ondan sonra 2 yıl sonra veya 10 yıl sonra birisi geliyor, kapıyı açıyor ve vurularak ölüyor. Bu durumda haksız fiil silahı oraya düzeneği kurduğunuz anda mı gerçekteŐmiş olur, yoksa silahın patlayıp bir zarara yol açtığı anda mı? Şimdi ben diyorum ki burada zarar ne zaman deprem vasıtasıyla da olsa zararın gerçekteŐtiđi an aynı zamanda haksız fiilin gerçekteŐtiđi andır. Bu çelişkiye neler yol açıyor, nereden çıkıyor denildiği zaman Şuna inanıyorum: Şimdi zarar bir haksız fiil ortaya çıktığı zaman müteakiben realize oluyor. Dolayısıyla bir zararın ortaya çıktı dediğimiz zaman, yani haksız fiil zarar ortaya çıkıyor, ama realize olmuyor, görünür olmuyor diye düşünüyorum. Hani birinci konu bu, ikinci konu da gene aslında bu özellikle yapıyla ilgili olarak Şu yakın zamanda da mesela, imar affı, vesaire söz konusu oluyor. Dolayısıyla devletin veya belediyenin objektif sorumluluğu olması gerektiğine inanıyorum. Bu konuda söyleyeceklerim bu kadar, acaba bu olmalı mı veya niçin olmamalı gibi sorum bu Şekilde.

Av. Prof. Dr. NECDET BASA- Peki, hocalarımızdan uygun gören onun cevabını verir, ama kayda geçti, çok teşekkür ederim. Sizin bir sorunuz vardı herhalde, ondan sonra hocalarımıza kısa birer-ikişer cümlelik açıklama için zaman vereceğiz.

Av. CEMAL DURSUN (Ankara Barosu)- Aslında sorudan ziyade biraz da katkı sunmak istiyorum. Maden kazalarında Soma'da ve Ermenek'te 2013'te yaşanan Şeylerde tabii zarar görenler mağdurlar ya iş mahkemelerinde ya da tam yargı davasıyla idare mahkemeleri önünde haklarını aramaya çalıştılar. Fakat bence bugün konuşulan konular aslında üçüncü bir seçeneğin olduğunu da gösteriyor. Bir yapı eseri sahibi olması vasıtasıyla devletin ve bu bahsettiğim örneklerde TK, yani Türkiye Kömür İşletmelerinin ruhsat sahibi olması sebebiyle

aslında bu seçeneğin hiç denenmemiş olması da bir talihsizlik olarak önümüzde duruyor. Yani mağdur olan işçilerin ailelerinin şimdi iş sözleşmesi sebebiyle Hocamız bahsetti, tabii orada kısıtlayıcı bir hüküm var. İşçiyi koruma ve gözetme noktasında sözleşmeye ilişkin hükümlere dayanılmak zorunda, fakat dediğim gibi ruhsatın sahibi, daha doğrusu madenler devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu için o noktada devletin sorumluluğu ya da devletin ilgili kurumunun sorumluluğu için bu yapı malikine ilişkin maddelerin kullanılması düşünülebilirdi. Belki bu uygulamacılar arasında olmasını istemeyiz, ama ileride olabilecek maden kazaları açısından düşünülebilir. Çünkü şöyle bir eğilim de maalesef temayüz etti: TK'yı ya da ruhsatlarını kiraya veren devlet kuruluşları şimdi artık şu şekilde ihaleler yapıyorlar: Ruhsatı olduğu gibi devrediyorlar işletme süresi için, dolayısıyla aslında tümüyle motivasyonları bu sorumluluktan kurtulmaya çalışmak. Ruhsat süresi demeyeyim de işletme süresi bittikten sonra da ruhsatı tekrar üzerlerine alıyorlar. Bu noktada aslında bugün konuşulan konuların çok önemli olduğunu düşünüyorum yapı maliki ya da yapı eseri maddede geçen adıyla, zaten Çağlar Hocamın dile getirdiği tebliğin içerisinde Hocamız galiba maden ocaklarını bir yapı eseri olarak gördüğünü açıkça ifade etmiş. Diğer eşya, okul kitaplarında da buna rastlamıştım, bu da aklımın köşesinde bulunsun diye söz almak istedim. Teşekkür ederim.

Av. Prof. Dr. NECDET BASA- Katkınız için çok teşekkür ederim, kayda geçti. Söz almak isteyen? Buyurunuz hanımefendi, oraya verir misiniz lütfen?

Av. MÜHİBE İLGÜN- Teşekkürler. 818 sayılı Borçlar Kanununun yanılmıyorsa 50. maddesinde rücuda sıralama vardı "*fiili işleyen sözleşmeden dolayı ve kanundan dolayı sorumlu*" diye, yeni yasada benim bildiğime göre bu sıralama yok. Aca-ba uygulamada o sıralama yine devam ediyor mu, rücuda sıra?

Av. Prof. Dr. NECDET BASA- Soruyu kime yöneltiyorsunuz?

Av. MÜHİBE İLGÜN- Vallahi rücu konusunu...

Av. Prof. Dr. NECDET BASA- Sizin mi? Buyurun, cevap verin o zaman lütfen.

Dr. BAHAR ÖCAL- Şimdi 69. maddenin 3. fıkrası zaten özel bir rücu hükmü olmadığı için kanaatimce burada zaten dayandığı hukuki sebep ya bir sözleşmeden doğan borca aykırılık ya da bir haksız fiilden doğan bir neden, dolayısıyla burada ben- ce rücutdaki sıra hükmüne gitmeye gerek yok. Çünkü burada yapı maliki ya da intifa hakkı ya da oturma hakkı sahibi üçün- cü kişinin uğradığı zararı giderdikten sonra bir sözleşmeden doğan borca aykırılık sebebiyle ya da haksız fiil sebebiyle bunu yöneltmektedir. Benim kanaatimce zaten burada dar ve teknik anlamda bir rücu söz konusu değil, burada sahip olduğu bir hak nedeniyle sorumlu kişilerin taleplerini yönlendirmesi söz konusu. Zaten bu kapsamda kendisinin bizzat uğramış oldu- ğu zararı talep etmesi söz konusu, o nedenle bu rücutdaki sıra hükmünün burada uygulanmayacağını düşünüyorum.

Av. Prof. Dr. NECDET BASA- Evet, başka sorusu olan? Bu- yurunuz efendim.

MUHAMMET ALİ ATEŞ- Merhaba. Bahar Hocamız yapı malikinin tanımından bahsetmişti ve şeklen malikin tanımlandığı- nı, daha sonra ancak İsviçre Federal Mahkemesi kararıyla bunun intifa hakkı sahiplerinin de eklendiğini, zaten bizim ka- nunumuza da eklendi. Benim sorum şöyle: Enerji sektöründe mesela, dağıtım firmaları veya üretim santralleri işletme hakkı devri sözleşmesiyle yeni tesisler yapma, genişletme, işletme hakkını elde ediyorlar. Çoğu zaman bunların ilişkileri sözleş- meyle kuruluyor, intifa hakkı gibi bir hakları olduğunu da, bildiğim kadarıyla öyle bir hakları yok, ama intifa hakkından daha geniş hak ve yetkilere sahipler bu sözleşmeden kaynak- lanan. Bu durumda bunları da işleten kişileri de malik olarak değerlendirebilir miyiz? Teşekkürler.

Dr. BAHAR ÖCAL- Şimdi şekli anlamda zaten eşya hukuku hükümlerini değerlendirdiğimiz zaman ben tabii konum bu ol- madığı için çok ayrıntısına girmedim, ama üst hakkı sahibi taşınır yapı varsa taşınır yapının sahibi, taşkın yapıda eğer bir irtifak hakkına dayanılarak taşkın yapı olduysa taşkın yapının sahibi,

sizin bahsetmiş olduğunuz enerji nakil vasıtaları bakımından da mecra irtifakı sahibi, dolayısıyla bu enerji vasıtaları birer mecra dır. Kanun gereğince de irtifa hakkı sahibi söz konusu mecranın da maliki olmaktadır. Aynı Şey kaynak irtifakı bakımından da geçerli. Eğer bir kaynak hakkı tesis edilmiŐe, bu kaynak hakkına bağlı olarak oluşturulmuş tesisler yapı eseri niteliğindeyse, bunların maliki de kaynak hakkı sahibidir. Tabii haddimi aşarak bir adım daha ileriye gideceğim Çağlar Hocamın yanında, ben ce enerji nakil vasıtalarının neden olduğu zararlar artık tehlike sorumluluğu kapsamında da değerlendirilebilmelidir. Yani sũrekli akım geçen nakil vasıtaları uezellikle iletim hatlarında sanıyorum oldukça yüksek kilovatlarda enerji nakli gerđerleŐmekte, bu halde evet, sũylediđiniz gibi bunu bir tehlike sorumluluğu olarak kabul edersek zaten gerek bu mecranın sahibini, gerekse işleten kişiye gidebilmek mũmkũn olacaktır.

Av. Prof. Dr. NECDET BASA- TeŐekkũr ederiz. O zaman o soruların cevabını lũtfen Çağlar Hocayla Őmit Hocadan alalım, buyurunuz efendim.

Dr. ŐMİT VEFA ÖZBAY- Sayın Av. Bũlent Dağsalı sormuş: *“Malik bina dahilinde dairesini yũkleniciden değil, arsa sahibinden satın almıştır. Binanın ayıplı imalatından kaynaklanan zararını tazmin için malik doğrudan davasını yũkleniciye yũneltebilir mi, yoksa alacağın temliki hũkũmlerine gũre arsa sahibinden alacağı temlikten sonra mı davasını yũneltebilir”* demiş. Burada Şimdi alınan mal olarak taşınmaz söz konusu olduğuna gũre taşınmazın sorumlusu, taşınması verdiği zararlardan kaynaklanan sorumlusu o anki malik, malikin rũcu edebileceği kişilerin kimler olacağı ortaya çıkabilir. O çerçevede de yũklenici eğer biraz önce arkadaşımız anlattı Bahar Hanım, rũcu ilişkisi çerçevesinde mũhendisin, mimarın hatasından kaynaklanan bir eksiklik, bozukluk ya da yapım bozukluğu varsa, bu durumda ona rũcu edebilecektir. Satıcı olarak satıcının ayıba karşı tekeffũlden kaynaklanan yũkũmlũlũkleri varsa yine burada da ayıba karşı tekeffũl yũkũmlũlũkleri içinde satıcıya baŐvurabilecektir. Onun için rũcu olgusu var olduğu mũddete herhalde temlike bakmayacaktır. Yani her ikisinin sorumluluğuna da bu anlamda mũteselsil olarak gidilebilir.

“Zamanaşımı süresi nasıl belirlenir” diye eklemiş. Zama-naşımı süresi, genel burada belirlenen zamanaşımı süresi biraz önce verilen tanımlar çerçevesinde bu zamanaşımını belki yine Çelik Beyin söylediği tarzda çok fazla dallandırıp budaklan-dırmamaya bakmak lazım. O anlamda fiilin işlendiği tarihten itibaren geçecek 10 yıllık objektif süre diyelim Çelik ağabeye bağlı olarak ya da iki yıllık bu öğrenildiği andan itibaren baş-layacak sübjektif süre kısa zamanaşımı süresi burada da uygu-lanacaktır.

Daha önceki sorularda zamanaşımıyla bağlantılı olarak yine idarenin objektif sorumluluğunun olup olamayacağı hususu ileri sürüldü, zamanaşımıyla ilgili görüşünü belirtti avukat arkadaş ve aynı zamanda burada objektif sorumluluğun olup olamayacağı, öğleden önceki toplantıda, bu idarenin objektif sorumluluğunun tartışıldığı toplantıda aslında çok güzel açık-lamalar vardı. Şimdi ben idare hukukçusu değilim, ama yine onlardan biraz önce duyduklarımı aktarayım. Kural olarak idarenin sorumluluğu kusur sorumluluğu, objektif sorumlulu-đunun kusursuz sorumluluğun olduğu durumlar istisna, ama yakın zamanda bu istisna hükümlerinin artmaya başladığını ve bunun da teşvik edilmesi gereken bir şey olduğunu özellikle önceki oturumda değerli hocalarımız vurguladılar. Olması gereken açısından bakıldığında bu objektif sorumluluğun ida-reye de yansıtılması, idarenin de bu anlamda sorumluluğunun olması gerektiği, hatta Müslüm Hocanın şu sözü çok ilginçti: “Özel hukuk ilişkilerinde müdebbir bir tacir olarak değerlendirilen kişi bütün yaptıklarından öngörmesi gerekir bu davranışları diye sorumlu tuttuğumuz bir ortamda devletin bu kadar araç-gerece, bu kadar güce, bu kadar imkana sahipken ve bu aynı zamanda da gö-revi olarak Anayasayla verilmişken bu tür sorumluluğunun kusur sorumluluğuyla sıkıştırılması pek uygun değerildir” diye söylendi. O anlamda da o açıklananlar bunlardı.

Yine yapı malikinin sorumluluğu devletin sorumluluğu olarak da değerlendirilebilir mi? Yapı maliki olarak kimin ol-duğu mülkiyet hukuku çerçevesinde belli olduktan sonra eğer devletse, bu yapı maliki olarak o da yine objektif sorumluluğu o çerçevede ortaya çıkarsa olacak. Bu şeyle bağlantılı olarak

özellekle maden ve madenlerin sahipliği sorunuyla bağlantılı olarak biraz önce hatırladığım kadarıyla tabii madenin sahipliği eğer bu bir imtiyaz sözleşmesi çerçevesinde devredilmişse, mülkiyet hakkı devlette olduğu müddetçe o çerçevede devlet de malik sıfatıyla onun verdiği zararlardan dolayı sorumluluğu söz konusu biraz önce söylediğim çerçevede olması ihtimali var.

Belki Çelik Bey bu konuyla ilgili olarak, madenlerle ilgili olarak daha yakın bir zamanda başına gelen olaydan dolayı bir açıklama yapabilir. Benim açıklayacaklarım bu kadar, teşekkür ederim.

Av. Prof. Dr. NECDET BASA- Başka sorusu olan arkadaşım? Buyurunuz efendim.

HAMZA GÜL (Bitlis Barosu)- İdari eylemlerden dolayı zamanaşımı süresi, yani mutlak süre 5 yıl biliyoruz da, ceza davasının, yani uzatılmış zamanaşımı söz konusu olabilir mi? Bu konudaki değerli akademisyenimizden bilgi edinsek.

Av. Prof. Dr. NECDET BASA- Evet, teşekkürler. Kim cevap verecek?

SALONDAN- Şimdi burada 55. madde çerçevesinde idarenin sorumluluğu da aynı şekilde yaptığı eylemlerden dolayı özel hukuk hükümleri çerçevesinde olacak denildiğine göre idarenin bu tür eylemlerinden zamanaşımı da o anlamda 10 yıl olarak, yani genel hükümlere tabi olarak değerlendirilebilir.

Av. Prof. Dr. ÇAĞLAR ÖZEL- Burada bir proje var.

Av. Prof. Dr. NECDET BASA- Arkadaşımızdan açıklamasını rica edelim, soruyu, kağıdı gönderen arkadaşımız.

Av. Prof. Dr. ÇAĞLAR ÖZEL- Sayın İlkay Emel Aksoy.

Av. Prof. Dr. ÇAĞLAR ÖZEL- Açıklar mısınız lütfen, sorunuz sorar mısınız?

İLKAY EMEL AKSOY- Bir inşaat işinde yükleniciye zarardan dolayı tazminat sorumluluğu olduğunu söyledik, ama aynı zamanda Bahar Hocamın anlattığı gibi Bahar Hocam vekâlet

sözleşmesi olarak nitelendirdi. Mimar ya da proje müellifinin de yükleniciyle aralarında yaptığı proje çizim sözleşmesi gibi bazı sözleşmeler oluyor. Şimdi proje çizilip teslim edildikten sonra idarenin yapı kullanma ruhsatı izni gibi bedeli idari onayları var. Şimdi bu idari onaylar alındıktan sonra yüklenici artık kendi malikle arasında kurulan inşaat sözleşmesini yapmaya başlıyor, taahhüdünü yerine getiriyor ve binayı teslim ediyor. Yüklenicinin deprem nedeniyle zarardan doğan sorumluluğunu zaten tartıştık, ama bu kapsamda zaten projesini, yani malikle arasında olan değil, yükleniciyle arasında kurulan proje çizim sözleşmesini daha önceden idareye teslim eden proje müellifinin sorumluluğunda zamanaşımı süresi ne zaman başlar ya da depremden doğan zarardan dolayı proje müellifine malik sorumluluk yöneltebilir mi? İdareden onaylar alınmış.

Av. BAHAR ÖCAL- Şimdi ben zaman kısıtlı olduğu için tabii tipik bir örnek olsun diye vekâlet sözleşmesi dedim. Mimar ve mühendis zaten daha aktif, daha geniş bir kapsamda eğer ki edim ifa etmeyi yükleniyorsa, bu mimarlık sözleşmesi olarak zaten nitelendiriliyor, ama bu sözleşmenin yapı malikiyle bizzat akdedilmiş olması gerekiyor. Sizin verdiğiniz örnekte yükleniciyle mimar ya da mühendisin sözleşme, yani burada büyük ihtimalle hizmet sözleşmesi ya da vekalettir, onu bilemiyoruz, ama yükleniciyle malik arasındaki sözleşme nedeniyle mimar ya da mühendisin durumu zaten yardımcı kişi şeklindedir. Sizin sorduğunuz soru büyük ihtimalle yapı denetimi şirketinin sorumluluğunu da gündeme getirir. Çünkü söz konusu izinlerin alınması için sanıyorum öyle değil mi Çağlar Hocam? Şimdi yürürlükte olan Yapı Denetimi Kanunu uyarınca burada projeyi çizen mimar, mühendis ve yüklenici yapı denetim kuruluşuyla beraber yanlış hatırlamıyorsam müteselsilen zaten sorumlu olarak kabul ediliyor. Ancak teslim ettikten sonra burada tabii yapı maliki üçüncü, yani bu yapım eksikliği nedeniyle doğan zararı yapı maliki tabii ki tazmin edecek, ondan sonra rücu ilişkisinde bu kişilere de yönelmesi ki kanımca yükleniciye yönelecektir, yüklenici burada bu tazminatı yerine getirecektir. O da kendi yardımcı kişisi olan mimar ya da

mühendise bunu rücu imkanına sahip olacaktır. Zamanaşımı bakımından cevabı ben Hocamıza bırakıyorum.

Prof. Dr. ÇAĞLAR ÖZEL- Peki, şimdi yapı denetimle bağlantılı olduğunda Yapı Denetim Kanununda biliyorsunuz daha farklı zamanaşımı süreleri var. Yani o yapı denetimine tabi olan binanın yapıldıktan, teslim edildikten sonra 10 yıl bildiğim kadarıyla bir süresi var. O çerçevede değerlendirilmesi gerekir, ama rücu ilişkisi içerisinde olacaksa eğer bu fiilin ne zaman yapıldığı tabii ki bu zararlı sonucun ortaya çıkmasında etkili olan işlem ne zaman yapılmışsa, rücu edildiğinde de zaten o andan itibaren o rücu ilişkisi içerisinde başlayacaktır. O kişinin rücu zamanaşımı bağlamında sorumluluğu söz konusu olacaktır, ama o kişinin yardımcı kişi olması veyahut da vekâlet sözleşmesi çerçevesinde sözleşmesel sorumluluğu olması duruma göre değişir. Hangi sıfatta olacağını şimdi tabii her bir somut olayda değerlendirmek lazım.

Av. Prof. Dr. NECDET BASA- Başka sorusu olan görüyorum ki yok, değerli konuşmacılardan son birkaç cümleyle bir şeyler söylemek isteyen var mı? Görüyorum ki yok. Büyük bir dirençle, sabırla, kararlılıkla sabahtan beri oturumları takip ettiniz, sizlere teşekkür ediyorum. Sizleri kutluyorum tabii bu sabrınızdan dolayı, değerli konuşmacılarımıza da bu yetkin sunumlarından dolayı teşekkür ediyorum. Sabahleyin başladık, devam ediyor. Bu ikinci gün, bunun arkasında çok ciddi bir emek var. Bu sadece konuşmacılar ya da sunan ben, bunların emeği değil, birçok arkadaşımın emeği var. Emeği geçen herkese teşekkür ediyoruz ve böylece bugünü kapatıyoruz.

SUNUCU- Konuşmacılarımıza değerli paylaşımlarından dolayı teşekkür ediyoruz ve plaketlerini takdim etmek üzere Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı Av. Sayın Ünsal Toker'i sahneye davet ediyorum.

*AKİT DIŞI KUSURSUZ SORUMLULUKTA
BEDENSEL ZARARLAR ULUSLARARASI KONGRESİ*

3. GÜN

5. Oturum

SORUMLULUK SİGORTALARI

Av. Prof. Dr. ÇETİN ARSLAN- ... (01.03) *“Sorumluluk Sigortalarından doğan taleplerin ileri sürüleceği süreler”* konusunu, sevgili meslektaşım, dekan yardımcım Semih Özdemir -Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesinden eski dekan yardımcım oluyor doğal olarak- *“Nükleer Sigorta Havuzu ve Felaket Bonoları”* konularını bizlere sunacaklar, görüş ve bilgilerini bizlerle paylaşacaklar. Bana söylenenlere göre her konuşmacının 20’şer dakikalık süresi olacak. Sorular bütün konuşmalar bittikten sonra, sunumlar yapıldıktan sonra yazılı olarak alınması konusunda bir tercihimiz var ve süremizi iyi kullanmamız açısından sevgili hocam Prof. Dr. Kemal Şenocak’a hemen sözü bırakıyorum, buyurun Sayın Hocam.

SORUMLULUK SİGORTALARINDA RİZİKONUN GERÇEKLEŞMESİNE KASTEN SEBEBİYET VERMEK

*Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK**

Saygıdeğer hazirun, her şeyden önce Eskişehir benim geçici görevim, asli görevim ve mensup olmaktan gurur duyduğum Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesiyim, onu başta vurgulamak isterim.

Şimdi benim ele alacağım maddeler Türk Ticaret Kanunu 1477 ve bununla bağlantılı olarak 1429. maddeler. 1477. madde diyor ki: *“Sigortacı sigortalının sorumluluk konusu olayı kasten gerçekleştirmesinden doğan zararlardan sorumlu olmaz”* 1429. madde: *“Sigortacı aksine sözleşme yoksa sigorta ettirenin, sigortalının, lehtarın ve bunların hukuken fülllerinden sorumlu buldukları kişilerin ihmallerinden kaynaklanan zararları tazminle yükümlüdür. Sigorta ettiren sigortalı ve tazminat ödenmesini sağlamak amacıyla bunların hukuken fülllerinden sorumlu oldukları kişiler rizikonun gerçekleşmesine kasten sebep oldukları takdirde sigortacı tazminat borcundan kurtulur ve aldığı primleri geri vermez”*

Bu maddelerin hukuki niteliğini belirlemek gerekirse, 1429 ve 1477. maddelerde düzenlenen husus subjektif riziko istisnasıdır. Türk Ticaret Kanunu madde 1429 kapsamında bizzat sigorta ettirenin şahsından kaynaklanan ve doğrudan doğruya illiyet bağı zinciri içerisinde sigortalı rizikonun gerçekleşmesine sebebiyet veren subjektif bir tehlike durumu teminat dışı bırakılmaktadır. Başka bir anlatımla Ticaret Kanunu madde 1429 kapsamında sigorta ettirenin kasten gerçekleştirdiği sigortalı riziko değil, daha sözleşmenin kurulması anından beri teminat bırakılmış olan rizikodur. Şu halde söz konusu hükümde aslında sigorta ettirene sigortalı rizikonun gerçekleşmesine kasten sebebiyet vermeme yasağı getirilmemektedir. Çünkü subjek-

* Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Rektörü

tif riziko istisnası getirmesi nedeniyle baştan itibaren sigortalı riziko mevcut değildir, hiç mevcut değildir. Aynı sonuç TTK madde 1477 açısından da geçerlidir.

TTK madde 1477'de sigorta ettirenin sorumluluk konusu olayı kasten gerçekleştirmesinden doğan zararlar baştan itibaren, daha sözleşmenin kurulmasından itibaren sözleşme teminatı kapsamı dışına çıkarılmıştır. Sigortacının edim yükümlülüğü hiç doğmadığından hakkın doğumunu engelleyen bir itiraz söz konusudur. Dolayısıyla kasten rizikoya sebebiyet verilip verilmediği hâkim tarafından resen kendiliğinden dikkate alınmalıdır.

Rizikonun ağırlaşmasıyla ilişkisi, burada önemli olan rizikonun ağırlaşmasında yeni bir durum yaratılmakta ve yeni durum belirli bir süre devam etmektedir. Oysa 1429'da yeni bir durum yaratılmamakla birlikte anında hızlı bir şekilde sigortalı rizikonun gerçekleşmesine sebebiyet verilmesi söz konusu olmaktadır. Kast kavramı, şimdi kast hukuka aykırı sonucun bilerek ve isteyerek meydana getirilmesidir. Kast iki unsurdan oluşmaktadır: Bilme ve isteme unsuru. Sigorta ettiren rizikonun gerçekleşmesi için gereken fiili şartları bilmelidir, dolayısıyla eylemi bundan doğacak zarar ve illiyet bağına bilecek. Hukuki durumları bilmesine gerek yoktur, dolayısıyla sigorta sözleşmesini hele hele TTK 1429 ve 1477 hükümlerini bilmesine gerek yoktur. İsteme unsuruysa, sigorta ettirenin hem eylemine, hem de bu eylemin sonucuna yöneliktir. Şu halde sigorta ettiren eylemiyle rizikonun gerçekleşmesini istemiş olması şarttır. Örneğin, sigorta ettiren ölüme karşı sigortada sadece kendisini sakatlamak istemektedir, fakat bu sırada ölmüştür. Burada sonuç sigorta ettiren tarafından istenmemektedir.

Kusurun iki yönü bulunmaktadır: Bunlar kusurun objektif ve sübjektif yönüdür. Kusurun objektif yönü failin davranışının aynı şartlar altında bulunan ortalama bir kişiden beklenen ortalama davranış biçiminden sapması, ona uygun olması sorunuyla ilgilidir. Kusurun sübjektif yönüyse, failin sorumluluk ehliyetiyle ilgilidir. Kısaca kusurun iki yönünden objektif olanı bir davranış kuralının ihlalini, sübjektif olanıysa, bu

ihlalin yüklenebilirliğiyle ilgilidir. Sorumluluk ehliyeti failin ayırt etme gücüne ilgili olduğundan ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin davranışı ona kusur olarak yükletilemez. Bunun dışında dolus eventualis de TTK madde 1429 anlamında kastın kabulü için yeterlidir. Şu halde sigorta ettiren aktif veya pasif davranışı sonucunda rizikonun gerçekteŐmesini doğrudan doğruya istememekte, fakat göze almaktaysa, TTK madde 1429 ve aynı zamanda 77 uyarınca sigortacının edim yükümlülüğü doğmayacaktır.

Rizikonun gerçekteŐmesinden sonra gerçekteŐecek zararın teminat altına alındığı durumlarda, yani tazminat sigortalarında isteme veya göze alma unsurunun zarara yönelik olması gerekir. Çünkü TTK madde 1429.2 anlamında rizikonun gerçekteŐmesine sebebiyet verme kavramı aynı hükmün ilk cümlesiyle beraber değerlendirilmelidir. İlk cümleye göre sigortacı ihmallerinden kaynaklanan zararları tazminle yükümlüdür. Şu halde TTK madde 1429'un aradığı kast unsuru sadece rizikonun gerçekteŐmesiyle ilgili değil, aynı zamanda zarara da yönelik olmalıdır. Buna karşılık isteme unsuru zararın somut kapsamına yönelik olmasına gerek yoktur, zararın türü veya kapsamının öngörölmüş olması Şart değerdir.

Sorumluluk sigortalarında Türk Ticaret Kanunu 1477. maddesine göre sigortacı sigortalının sorumluluk konusu olayı kasten gerçekteŐtirmesinden doğan zararlardan sorumlu olmaz. Hükmün lafzına göre sigorta ettirenin kastı sorumluluğu doğuran olaya, örneğin üçüncü kişinin yüzüne yumruk atmaya yönelik olması yeterlidir. Bir görüş hükmün lafzından hareketle sigorta ettirenin üçüncü kişi karşısında zararın sebebinden sorumlu olduğunu savunmaktadır. Buna karşılık bu hükmün mehazi olan Alman hukukunda savunulan aksi görüşe göre sigorta ettiren zarar verici sonuç, yani zarar ika etmekten dolayı sorumludur. Bu nedenle sigorta ettirenin kastı meydana gelen zarar sonucuna yönelik olmalıdır.

Şimdi ilk görüşe ilişkin örnek verecek olursak, Alman hukukunda Nürnberg İstinaf Mahkemesinin bir kararına konu teşkil eden olayda sigorta ettiren üçüncü kişiye bir at satar,

atın daha önce arabaya koŐulmadıĐını syilemez. Yeni malik atı arabaya koŐtuĐunda atın paniklemesi yüzünden yere düşer ve bel omur kemiği kırılır ve daha sonra buna bağlı olarak ölür. İstinaf Mahkemesi bu olayda sigorta ettirene olası kastla sorumluluğu doğuran olaya sebebiyet verdiğinden bahisle himaye sağlanmasını reddetmiştir.

Alman Duesseldorf İlk Derece Mahkemesinin kararına konu teşkil eden bir olayda da sigorta ettiren iŐ arkadaŐıyla öğle arası aşırı alkol alırlar. Daha sonra aralarında bir tartışma ve de kavgaya çıkar ve sigorta ettiren iŐ arkadaşının burnuna yumruk atarak kavgayı sonlandırır. Sigorta ettiren olay yerinden ayrılırken nc kişi ona küfreder. Sigorta ettiren de tartıŐmayı sonlandırmak için eline 60 cm uzunluğunda 8 cm çapında bir sopa alarak nc kişinin kafasına vurur. nc kişi beyin kanamasından ölür. Mahkeme sigorta ettirene sigorta himayesi sağlanmasını reddetmiştir. Mahkemeye göre sigorta ettirenin kastı öldürmeye, yani zarara yönelik olmasa da cismani zarar vermeye, yani ölümle sonuçlanacak olan yaralamaya yönelik olmaktadır. Bu da himaye sağlanmasının reddi için yeterlidir.

İkinci görüşe örnek kararlardan verecek olursak, bunlar mehaz ülkeden aldık. Münih İstinaf Mahkemesi sigorta ettiren taŐkınlık yapan müŐterisini kafeden dıŐarı çıkartmak için epey uĐraŐtıktan sonra kafenin kapısının önünde müşterinin karnına bir yumruk atar. Bu kişi 4 basamak aşağı merdivenden yuvarlanarak kafa üstü kaldırıma düşer. Kafası yere çarpar ve aynı gün vefat eder. Karara göre sigorta ettiren sadece kişiyi yaralamayı öngörmüş ve göze almıştır. Kişinin ölmesi de tasarlanan ve göze alınan illi süreçten önemsiz bir sapma olarak görülemez, bu nedenle sorumluluk sigortacısı edim yükümünden kurtulmaz.

Münih İstinaf Mahkemesinin başka bir kararında da sigorta ettiren kendisini öldürmek amacıyla aracını duvara doğru sürmüŐtür. Bu arada park halindeki bir araca çarpmıŐtır. Karara göre kast zarar gören motorlu taŐıta zarar vermeye yönelik olmalıdır, dolayısıyla somut olayda sigortacı TTK madde 1477'ye dayanamayacaktır.

Şimdi ağır kusur, 1429. maddede ağır kusurla rizikonun gerçekleşmesine sebebiyet vermek düzenlenmiştir. Bu madde aslında uygun olmayan bir maddedir. Çünkü ağır kusurla rizikonun gerçekleşmesine sebebiyet vermek sigortacının edim yükümüne etki etmemektedir. Oysa bu sigorta ettirenin rizikonun gerçekleşmesi konusunda daha özensiz davranmasına neden olabilecek olan bir harekettir. Ancak taraflar sigorta sözleşmesinde aksini kararlaŐtırması mümkün olabilecektir. Yani ağır kusuru sigorta teminatı kapsamı dışına alabileceklerdir.

Yargıtaya göre ağır ihmal, ağır kusur yargısal kararlarda aynı durum ve koşullar altında her mantıklı insanın göstereceği en ilkel, basit dikkat ve özenin gösterilmemesi Şeklinde tanımlanmaktadır. Başka bir anlatımla ağır kusurda hal ve Şartların yüklediği zen gösterme ve tedbir alma ödevlerine veya bir hareket tarzı emreden kurallara tam bir aldırılmazlık söz konusudur. Ağır kusur baėıŐlanması kesinlikle olanaksız olan irade eksikliği esasına dayanır.

Şimdi vaktimiz az olduğu için hızlı hızlı geçiyoruz. Ağır kusur bağlamında tartışılması gereken noktalardan birisi kısa süreli anlık dikkatsizlik sorunudur. Anlık dikkat dağılması trafikte en tehlikeli kural ihlaline bile ağır kusurlu eylemin hafif kusur olarak değerlendirilmesine yol açar. Dikkatsizliğin sırf kısa süreli olması, geçici süreli olarak özenin ihmali tek başına sigorta ettireni ağır kusurdan kurtaran sebep olarak kabul edilmemelidir. Aksi takdirde ağır kusurlunun söz konusu olduğu çoğu durumlarda eylemde bulunanın kısa süreli yetersiz dikkatsizliği söz konusu olduğundan kısa süreli anlık dikkatsizliğin enflasyonundan söz edilebilecektir. Bu nedenle sigorta ettirenin trafikte kısa süreli olarak gerekli olan özene riayet etmemesi, emir ve yasaklara uymaması onu objektif Şartlarının bulunması halinde ağır kusurla trafik kazasına sebebiyet verme iddiasından kurtarmaya tek başına yetmeyecektir. Ancak somut olayda sigorta ettirenin fiziksel veya psişik yetersizlikleri ferdi faaliyet ve duruma bağlı hal ve Şartlarda ilave olarak kısa süreli dikkatsizliğe eşlik etmişse, ağır kusur isnadını ortadan kaldıracabilecek ve hafif kusur isnadını gündeme getirebilecektir. Buna göre kısa süreli dikkatsizliğin ağır kusur is-

nadını ortadan kaldırabilmesi için Őu unsurların somut olayda gerçekleŐmiŐ olması zorunludur: Kısa sűreli dikkatsizlik sadece sűreklilik arz eden faaliyetlerde ortaya çıkabilir. űnkű kısa sűreli dikkatsizlik Őeklinde bir konsantrasyon zayıflığı ancak sűreklilik arz eden faaliyetlerde mazur gűrűlebilir. Sűreklilik arz eden faaliyette kısa sűreli yoęunlaŐma zayıflığıyla baęlantılı olarak sigortalının ihmalinin veya yanlış davranıŐının da kısa sűreli olması zorunludur. Sigortalının ihmali veya hatalı davranıŐı bir defaya mahsus gerçekleŐmelidir. űnkű kısa sűreli dalgınlıkta sadece herkesin baŐından bir defa geçebileceęi bir defalık hatalar kınanamaz. Műteaddit defa hatalı davranıŐ sigorta ettirenin űzensiz birisi olduęunu gűsterir. Oysa sigorta ettiren űzenli olmalı, fakat bir defaya mahsus olarak herkesin baŐından geçebilecek olan bir dalgınlığın kurbanı olmalıdır. Sigorta ettirenden űzel űnleyici tedbirleri alması beklenemez ve istenemez olmalıdır. Sigortalının űnleyici tedbiri almasının beklenemez olup olmadığı tedbirlerin gerektirdięi masraf ve emekle muhtemel zarar miktarı ve zararın gerçekleŐme ihtimalinin karŐılıklı tartılması sonucu belirlenecektir. Gerekli masraf ve emek muhtemel faydaya oranla açıkça orantısız gűrűlűyorsa, beklenemezlik unsuru gerçekleŐmiŐ kabul edilecektir.

Őimdi anlık dalgınlık sorunu en çok kırmızı ıŐıkta geçerek kazaya sebebiyet verme hadiselerinde gűndeme gelmektedir. Trafik lambasının ıŐık renklerini takip etmek ve kırmızı ıŐıkta durmak trafiğin en temel kurallarından birisidir. Bu nedenle kırmızı ıŐıęa dikkat etmemek objektif açıdan ağır bir trafik kuralı ihlalidir. Ancak Őartların oluŐması halinde anlık dalgınlık ağır kusur isnadını ortadan kaldıracıktır. Őrneęin, kırmızı ıŐıęı gűsteren trafik lambasının sigorta ettiren açısından somut olayda oldukça zor fark edilebilir olması, konumlandığı yer itibariyle birden ortaya çıkması halinde ağır kusurun objektif ve sűbjektif unsurlarının varlığından sűz edilemeyecektir. Bunun gibi kırmızı ıŐıkta geçmeden hemen űnce sigorta ettirenin gűzűne űrneęin, bir sinek kaçması halinde ağır kusurlu kabul edilemeyecektir. Buna karŐılık kırmızı ıŐıkta orta Őeritte ilk űnce durup yeŐil ıŐıęın saęa dűnűŐ için yandığını fark etmeyip dűz ilerleyerek trafik kazasına sebebiyet veren sigorta ettire-

nin ağır kusura dayanan eylemi gece boyunca araç sürmenin yarattığı yoğunlaşma zayıflığından kaynaklanmış olması hafifletici bir neden olarak görülmeyerek sigorta teminatını sözleşmeyle kararlaştırılmışsa, tamamen kaybına yol açabilecektir. Havada açık unutulmuş kamyon kasasının köprüye çarpması hadisesinde uyarı ışığının bozuk olduğunu bilmesine rağmen ışığın yanmamış olmasına güvenen sigorta ettiren ağır kusurlu olarak kabul edilmiştir.

Hukuki sonuçlar nelerdir? TTK 1477 uyarınca sigortacı sigortalının sorumluluk konusu olayı kasten gerçekleştirmesinden doğan zararlardan sorumlu olmaz. TTK madde 1484 uyarınca zorunlu sorumlu sigortalar açısından sigortacının mağdur karşısında TTK madde 1477 hükmüne dayanmasının mümkün olup olmadığı üzerinde durulması gereken bir hükümdür. Yani sigortacı sigorta ettirenin kasten olaya sebebiyet verdiği def'ini mağdura karşı ileri sürebilecek midir, ileri süremeyecek midir? Bu husus TTK madde 1477'de zorunlu sorumluluk sigortaları açısından düzenlenmiştir.

TTK madde 1484 hükmü gereğince sigortacı sigortalıya karşı ifa borcundan tamamen veya kısmen kurtulmuş olsa da zarar gören bakımından ifa borcu zorunlu sigorta miktarına kadar devam eder. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre sigortacı amaç zarar göreni korumak olduğu için sigorta teminatını ödeme borcunun olmadığı yönündeki savunmasını zarar görene karşı ileri süremeyecektir.

TTK madde 1477'de açıkça "zararlardan sorumlu olmaz" tabiri kullanılmıştır. Başka bir anlatımla TTK madde 1477'de subjektif riziko istisnası düzenlenmiştir. Sigortacı sözleşmenin kuruluşu anından beri bu rizikoyu üstlenmiş değildir. Oysa TTK madde 1484'te sigortalıya karşı ifa borcundan tamamen veya kısmen kurtulmuş olmasını zarar görene karşı ileri süremeyeceğini söylemektedir. Bu hükümde mehz ülke olan Alman hukukunda kabul edilen yoruma göre sigortacının mağdura karşı ileri süremeyeceği def sigortacının edim yükümlülüğünün doğmasından sonra bu yükümlülüğünden külfet ihlali gibi sebeplerle sonradan tamamen veya kısmen kurtulmasıdır.

TTK madde 1484.1’de sigortacının ilk önce doğan, daha sonra tamamen veya kısmen kurtulduğu edim yükümlülüğüyle ilgili bir düzenleme yer almaktadır. Şu halde TTK madde 1484.1’in bahsettiği husus: Sigortacının edimi ifa borcunun ilk önce doğmuş bulunması, yani sigortanın maddi koruma süresi içerisinde sigortalı rizikonun gerçekleşmiş olması, sonra da sigortacının sigorta ettirenin yasal veya akdi külfetleri ihlal etmesi sonucu edim yükümlülüğünden tamamen veya kısmen kurtulmuş olmasıdır. Akit öncesi ihbar külfetini, rizikonun ağırlaştırmama külfetini ihlal etmesi örnek olarak verilebilir.

Sigortacının ifa borcu hiç doğmamışsa, TTK madde 1484.1 hükmü uygulanmamalıdır. Oysa TTK madde 1477 sigortacının sorumlu olmamasından söz etmektedir. Sigorta ettiren kasten rizikoyu gerçekleştirecek olursa sigortacının sorumluluğu hiç doğmayacaktır. Böylece TTK madde 1477 kast rizikosunu sübjektif riziko istisnası olarak kabul ettiğini daha önce söyledik. Sübjektif riziko istisnası daha sözleşme kuruluşundan beri sigorta teminatının konusu değildir. Dolayısıyla kasten riziko gerçekleştirilmesi halinde sigortacının edim yükümlülüğü, yani ifa borcu hiç doğmamaktadır. Doğup da kısmen veya tamamen ortadan kalkıyor değil.

Sigorta ettirenin kasten rizikoyu gerçekleştirmesiye, sigortacının baştan beri üstlendiği bir riziko değildir. Dolayısıyla sigorta ettiren kasten rizikoyu gerçekleştirdiğinde aslında kast sigortacının üstlendiği bir riziko olmadığından sigortalı rizikoyu gerçekleştirmiş olmamaktadır. Sonuç olarak TTK madde 1477, TTK madde 1484.1 kapsamında sigortacı tarafından mağdura karşı ileri sürülemeyecektir. Buna karşılık motorlu taşıt mecburi ve ihtiyari mali sorumluluk sigortaları açısından akdi sonuca varmak gerekir. Niye? Mehazları farklı. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 95. maddesine göre sigorta sözleşmesinden veya sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması sonucunu doğuran haller zarar görene karşı ileri sürülemez. Ödemede bulunan sigortacı sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği

oranda sigorta ettirene başvurulabilir. Bu hüküm ihtiyari mali sorumluluk sigortası hakkında da uygulanacaktır.

Karayolları Trafik Kanunu 95'te belirtilen "*tazminat yükümünün kaldırılması*" tabiri sigorta hukukuna özgü bir terim değildir. Bu sebeple Karayolları Trafik Kanunu madde 95'te ifade edilen "*tazminat yükümünün kaldırılması*" veya "*miktarının azaltılması*" ifadesi mehz İsviçre Karayolları Trafik Kanununun 65. maddesinin 3. fıkrasında kullanılan "*edimin reddi veya azaltılması*" şeklinde anlaşılmalıdır.

Şu halde sigortacı mağdura karşı sigorta ediminin reddi veya miktarının azaltılmasına yönelik olarak kanundan ve sigorta sözleşmesinden doğan def'ileri ileri süremeyecektir. TTK madde 1477 sigorta ettirenin kasten rizikoyu gerçekleştirme halinde sigortacıya edim yükümünü reddetmesi hakkını bahşeden bir hükümdür. Dolayısıyla sigorta ettirenin kasten rizikoyu gerçekleştirme halinde edim yükümlülüğünü reddetme hakkı veren def'i kanundan doğan bir def'idir, dolayısıyla sigortacı bu def'iyi Karayolları Trafik Kanunu madde 95'in açık hükmü karşısında mağdura karşı ileri süremeyecektir. Teşekkür ederim.

DENİZ ARACI İŞLETENİN SORUMLULUK SİGORTASI

Doç. Dr. Ecehan YEŞİLOVA ARAS*

1. Zorunlu Sorumluluk Sigortası İhtiyacı

Sigortacılık Kanunu'nun "Zorunlu Sigortalar" kenar başlığını taşıyan 13. maddesinin gerekçesinde yer alan "*Günümüzde zorunlu sigortaların üçüncü kişileri koruma amacı, sigortalıyı koruma amacına göre giderek daha ağırlık kazanmaktadır*" ifadesi, çalışma konumuz olan Türk Ticaret Kanunu'nun 1259. maddesinde yer alan deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinin akdi ve varsa fiili taşıyanlarının zorunlu olarak yaptırımları gereken sorumluluk sigortasının altındaki kamu yararını tek cümle ile anlatmaktadır. Sigortacılık Kanunu'nun 13. maddesi, sorumluluk sigortalarının Bakanlar Kurulu kararı ile zorunlu hale getirilebileceğini ve bu zorunluluğun yerine getirilip getirilmediği için özel denetim mekanizmalarının oluşturulabileceğini düzenlemektedir. Esasen, tarafların sözleşme özgürlüğünün bir parçası olan akit yapıp yapmama konusundaki iradelerini dikkate almayan bu zorunluluğun "yasal"¹ altyapıda bir zorunluluk olduğu ve fakat Bakanlar Kurulu kararının da bu hususta yeterli olacağı Sigortacılık Kanunu'nun 13. maddesinde vurgulanmıştır².

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Ticaret ve Sigorta Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1 Sigortacılık Kanunu m.12 "...Ancak bu *Kanuna ve diğer Kanunlara göre ihdas edilen* zorunlu sigortaların..."; ayrıca bkz. Ünan, Samim, Türk Ticaret Kanunu Şerhi 6. Kitap Sigorta Hukuku, Cilt II, İstanbul 2016, s.407.

2 Zorunluluğun ancak yasama tasarrufu olan kanun ile getirebileceği, salt sözleşme özgürlüğüne müdahalede bulunulmadığı ve aynı zamanda tabi olunan yaptırımlar dolayısıyla meslekî girişim ve icra bakımından temel hak ve özgürlükleri de sınırlandırdığı bu nedenle Sigortacılık Kanunu'nun 13. maddesinde Bakanlar Kuruluna usulsüz yetki devrinde bulunduğu hakkında değerlendirmeleri için bkz. Omağ, Merih Kemal, Türk Hukukunda Mecburi Sigortalara ve Sorunlarına Genel Bir Bakış, Zorunlu Sigortalar Paneli, 19 Kasım 1993, İstanbul, Sigorta Hukuku Türk Derneği Yayını, s. 13, 28.

Deniz ticareti ile ilgili Konvansiyonlar donatanın veya gemiyi işletenin gerek akdi gerekse akit dışı sorumluluklarını ele alırlarken, bir yandan sınırlı sorumluluk öte yandan da kusursuz sorumluluk gündeme gelince, sigortacılar ister istemez bu konunun ilgi odağı olmuşlardır.

2. Zorunlu Sorumluluk Sigortası Öngören Deniz Ticareti Konvansiyonları

P&I kulüplerinin 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, konvansiyonda öngörülen sorumluluğu karşılayan bir zorunlu sorumluluk sigortasının (veya finansal garantör) düzenlenmesi ve zarar gören kişinin sigortacıya (veya gereken finansal güvenceyi sağlayan kişiye) doğrudan başvurma hakkının tanınmasıdır.

1967'de gerçekleşen *Torrey Canyon* tanker kazasının, kıyılarda yol açtığı büyük kirlilik neticesinde, donatanın veya daha genel ifadeyle gemi işletenin sorumluluğu bakımından zorunlu sigorta anlayışının gerekliliği anlaşılmış ve bu kazanın akabinde hazırlanan 1969 Petrol Kirliliğinden Doğan Zarıardan Hukuki Sorumluluk Konvansiyonu, sınırlı sorumluluk

anlayışının devamında, zorunlu sorumluluk sigortasını ilk kez deniz ticareti sorumlulukları açısından dile getirmiştir. O tarihten bu yana, donatanın akit dışı sorumluluğu odaklı hazırlanan Konvansiyonlarda, sorumluluğun sınırlı olması ve bu sınırdaki zorunlu sorumluluk sigortası ve dahi zarar görenlerin doğrudan sigortacıya başvuru yolunun açık olması, karakteristik özellik haline gelmiştir. Bu akım, kendisini 2002 tarihli Yolcuların ve Bagajının Deniz Yolu ile Taşınmasına İlişkin Atina Sözleşmesi'nde (*Anılıő: 2002 Atina Konvansiyonu*) kaleme alınan akdî sorumluluk açısından da devam etmiştir.

Zorunlu sorumluluk esasını benimseyen tüm bu Konvansiyonlara bakıldığında, ortak özellikleri Şu şekilde sayılabilir³: (a) sorumluluk sigortası yaptırma bakımından kimin mecburiyet altında tutulduğunun belirlenmesi; (b) bu zorunluluğun yerine getirildiğinin nasıl ispatlanabileceğinin belirlenmesi; (c) ilgili sorumluluğun tarif edilmesi; (d) sigorta bedelinin tespiti; (e) sorumluluk sigortacısına doğrudan dava yolunun açık olduğunun vurgulanması.

Geminin işletilmesi sebebiyle, akdî veya akit dışı ilişkide zarar görenlerin, zarar veren işletenden finansal aciz sebebiyle tazminat elde edememeleri ihtimali ile ikinci kez mağdur olmamaları için bazı deniz alacakları için üretilen zorunlu sorumluluk sigortası, bu alacaklıları, 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 sorusunun⁴ cevabı, Avrupa Birliği'nin 2009/20/EC direktifi ile verilmiş ve bu doğrultuda değişen iç hukukumuzda da Deniz Alacaklarına İlişkin Gemilerin Sigortalandırılması ve Denetlenmesi Hakkında Yönetmeliği yürürlüğe⁵ girmiştir.

³ Zhu, Ling, Probing Compulsory Insurance for Maritime Liability, 45 J. Mar. L. & Com. 63 (2014), s. 68 vd.

⁴ Zhu, s. 76.

⁵ RG. 14.11.2010-Sayı 27759.

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 Atina Konvansiyonu'nun, zarar görenlerin lehine varlığı istenilen finansal güvenceyi, karşılıklı sigorta tekniğı 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 hükümler getirdiğı, öte yandan da sigortacıların hangi savunmaları zarar görene karşı kullanabileceklerini düzenledikleri görülmektedir. İnceleme konumuzun ağırlık noktası da, adeta fiili “ödeme kapısı” olan P&I kulüplerinin, yabancı olması halinde deniz yolu ile taşınan yolcuların karşılaşacakları hukuki tablo olacaktır.

3. Zorunlu Sorumluluk Sigortasının P&I Kulübü Tarafından Yapılması

Yukarıda anılan Konvansiyon'larda öngörülen zorunu sorumluluk sigortasını P&I kulübü sağlıyorsa bu durum, kulüp kuralları çerçevesinde üyelerine (sigortalı donatanlara) karşı sahip oldukları birtakım savunmalardan ve özellikle de “*Payment First by the Owner*” klozundan vazgeçmeleri anlamına gelmektedir⁶. Zira, bu Konvansiyon'larda özel olarak, sigortacının zarar gören kişiye karşı ileri sürebileceğı savunmalar çok sınırlı biçimde belirlenmiştir. Lakin, 2002 Atina Konvansiyonu Türkiye Cumhuriyeti hakkında 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 savunmalarındaki sınır olarak dikkate alınacaktır. Zira, Türk Ticaret Kanunu'nun 1259. maddesine, mehzaz 2002 Atina Konvansiyonu'nun 4bis hükmünün, sigortacının savunmalarının sınırına ilişkin 10. fıkrası eklenmemiştir.

⁶ Hazelwood, Steven/Semark, David P&I Clubs and Practice, London 2010, s.393.

Sorumluluk sigortasının zorunlu hale getirilmesi tek başına yeterli olmayacaktır. Yukarıda sayılan gerekçelerinin pek çoğunun özellikle de zarar görenlerin kolayca tazminata kavuşabilmeleri için, zorunlu sorumluluk sigortasının doğrudan dava hakkı ile desteklenmesi gerekmektedir ki sözü edilen konvansiyonların hepsinde bu yönde çalışma yapılmıştır⁷.

Özellikle 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 sürebileceği 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 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 taşıyanın Konvansiyon sınırları içerisinde ileri sürebileceği savunmaları ve taşıyanın (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.

⁷ Hazelwood/Semark, s.398, 399.

Sigortalının pervasızca hareket içinde bulunduğunun, P&I kulübü tarafından zarar görene karşı bir savunma olarak ileri sürülebilmesinin önünün açılması eleştirilmektedir. Örneğın, 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 çeliştiğı ve P&I sigortasının, tedbirli ve basiretli olması beklenen donatanlar tarafından oluşturulan bir karşılıklı sigorta olduğu düşünöldüğünde, içlerinden birinin pervasızca harekette 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. Ancak, üyenin karşılıklı sigorta sisteminden çıkartılması yaptırımından ziyade, kulübün zarar görene karşı tazminat ödeme yükümlölüğü altında bulunması sonucu, esasında pervasızca harekette bulunan üyeye değıl, bizzat zarar görene uygulanmış bir haksız yaptırım olduğu ve ideal olanın, zorunlu sorumluluk sigortalarında zarar görene karşı sigortacının, sigortalının pervasızca hareket tarzı sebebiyle zarar oluştuğı yönündeki poliçe savunmasını kullanamaması gerektiğidir⁸.

Zorunlu sorumluluk sigortalarının, zarar göreni “koruyucu” niteliğı, korunmak istenen kişilerin haklarının “doğrudan dava” hakkı mekanizması ile temin edilir⁹. Sorumluluk sigortacısının yabancı olması durumunda (Sigortacılık Kanunu m.15/2-c), Türk Sigorta Hukuku normları çerçevesinde düzenlenen “doğrudan dava hakkı” müessesesinin, Türk Ticaret Kanunu’nun 1259. maddesi ile ihdas edilen zorunlu sorumluluk sigortası ile menfaati korunan ölen yolcunun desteğinden yoksun kalanların veya bedensel zarara uğrayan yolcunun ne

⁸ Rosaeg, Erik, Compulsory Maritime Insurance, (<http://www.jus.uio.no/nifs/2000>), s.10.

⁹ Omağ, s.16.

ölçüde haklarını kullanabilecekleri; kanun koyucunun zorunlu sorumluluk sigortasından umduğu yararın Türk yargı sisteminde nasıl gerçekleşebileceği, tebliğ konumuzun özünü oluşturmaktadır. Zira, sağlıklı bir doğrudan dava müessesesi olmazsa, zorunlu sorumluluk sigortasının, ölen veya bedensel zarara uğrayan yolculara efektif fayda sağlaması mümkün değildir.

4. Türk Ticaret Kanunu'nda Taşıyanın Deniz Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu

Türk Ticaret Kanunu'nun 1247 ilâ 1271 hükümleri arasında düzenlenen bu konu kaleme alınırken, esasen 2002 tarihli Yolcuların ve Bagajının Deniz Yolu ile Taşınmasına İlişkin Atina Sözleşmesi'nde yer alan hükümlerin tercüme edilerek aynen Türk Ticaret Kanunu'na işlenmesi amaçlanmıştır¹⁰. Anılan Konvansiyonun, Türkiye Cumhuriyeti hakkında bağlayıcı hale gelmesine kadar, milletlerarası bir yolcu taşıma sözleşmesine doğrudan ve aynen uygulanma ihtimali yoktur¹¹. Yabancılık unsuru taşımayan yolcu taşıma sözleşmesi hakkında ise Konvansiyon'un Türk Ticaret Kanunu'na işlenmiş hali ile uygulanması mümkün olacaktır. Türk Ticaret Kanunu'nun hazırlık çalışmaları sırasında, amaç her ne kadar Konvansiyonu "aynen" iç hukuka aktarmak olsa da, doktrinde¹² ifade edildiği üzere, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, zamanaşımı konusunda mehz Konvansiyon'dan farklı bir hükümle yasalaşmıştır. Başka bir deyişle, zamanaşımına ilişkin TTK m. 1270 hükmü dışında, 2002 Atina Konvansiyonu'na aykırı veya yabancı bir hüküm, bu konu bakımından Türk Ticaret Kanunu'nda bulunmadığı ifade edilmektedir. Oysa, çalışma konumuz olan TTK m.1259 hükmünde düzenlenen zorunlu sorumluluk sigortası dahilinde, bedensel zarara uğrayan yolcunun (ya da ölen yol-

¹⁰ Atamer, Kerim, Yeni Deniz Ticaret Hukuku'nun Kaynakları, İstanbul 2013, s.248.

¹¹ Milletlerarası özel hukuk bakımından yabancılık unsuru taşıyan her yolcu taşıma sözleşmesi, Konvansiyonun uygulama alanına giremeyecek, m.2(1) hükmünde belirtilen şartları sağlayan taşımalar bakımından Konvansiyon hükümleri geçerli olacak; yabancılık unsuru içerse de bu şartları sağlayamayan taşımalara ise MÖ-HUK uyarınca belirlenecek bağlama kuralı gereği bulunacak hukuk (*lex causae*) uygulanacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, Kaynaklar, s. 252 vd.

¹² Atamer, Kaynaklar, s. 260.

cunun yakınlarının) doğrudan dava hakkı bakımından, Konvansiyon ile ahenk içinde olduğumuzu söylemek mümkün değildir.

Taşıyanın, deniz yolu ile yolcu taşıma sözleşmesinden dolayı sorumluluğu, Türk Ticaret Kanunu'nun 1256 ve devamı maddelerinde, (a) gemi kazası yüzünden yolcunun ölümü ve bedensel zararı¹³ için; (b) gemi kazası niteliğinde olmayan kazalar yüzünden yolcunun ölümü ve bedensel zararı için; (c) kabin bagajının zıya ve hasara uğramasından; (d) diğer bagaj ve araçların zıya/hasarından doğan zarar için ayrı ayrı sorumluluk sınırları ile düzenlenmiştir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1259. maddesi, zorunlu sorumluluk sigortasını, her türlü kaza neticesinde taşıyanın sadece yolcunun ölümü ve bedensel zararından dolayı doğacak sorumluluğu için düzenlemiştir.

5. Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesi Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası

Türk Ticaret Kanunu'nun 1259. maddesine "Zorunlu Sigorta" kenar başlığı ile işlenen hükmün mehazi, 2002 Atina Konvansiyonu'nun 4bis maddesidir. 15 fıkradan oluşan bu madde, 1 fıkraya indirgenmiş haliyle Türk hukukuna aktarılmıştır.

Kaynak olarak gösterilen hükümde, sorumluluk sigortası sözleşmesi akdetme zorunluluğu, taşımanın tamamını veya bir

¹³ Çalışmamızda kullanılan "bedensel zarar" ifadesi, mehoz Konvansiyon'da yer alan "*personal injury*"nin karşılığı olarak ve Türk Borçlar Kanunu m. 54 hükmü anlamındadır. Oysa, Türk Ticaret Kanunu m.1256; 1259 gibi bazı hükümlerde, Türk Borçlar Kanunu m.54 hükmündeki terminoloji atlanarak, "yaralanma" kelimesi kullanılmıştır. Bu bilinçli bir tercih değil; ihmaldir zira sorumluluğun sınırını düzenleyen kenar başlığı "Bedensel Zarar" olarak; zamanaşımına ilişkin hükümde de bedensel zarar ifadesi olarak zikredilmiştir. Türk Borçlar Kanunu, bedensel bütünlüğün bozulmasını ölüm (m.53) ve bedensel zarar (m.54) olarak iki ayrı kavram altında incelemiş, her iki durumdan kaynaklanan manevi zararı da başka bir maddede (m.56) ele almıştır. Bedensel zarar, kavram olarak, bedensel bütünlüğün ihlalinden doğan maddi zararı karşılamaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Fikren, Türk Borçlar Hukukunda Kişiyeye İlişkin Zarar (Ölüm ve Bedensel Zarar), Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini, Cilt I, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2016, s.57 vd.

kısmını fiilen gerçekleştiren taşıyan(lar)a atfedilmiştir. Oysa TTK m. 1259 hükmü, zorunlu sorumluluk sigortası akdetme yükümlülüğünü başka bir deyişle “sigorta ettiren” sıfatını sadece fiili taşıyan(lar)a değil; aynı zamanda taşımayı kısmen veya tamamen üstlenen taşıyan(lar)a da teşmil etmiřtir¹⁴. Başka bir deyişle, Türk Ticaret Kanunu, tercihini ister sözleşmeci ister fiili olsun, taşıma işinin taahhüdü aşamasından ifa edilif anına kadar var olan *tüm taşıyanlara* atfetmiştir. Madde metninde yer alan “*bütün taşıyanlar*” ifadesi ile de, mehaz hükümdedeği tercihten ayrıldığı vurgulanmıřtır¹⁵. Zorunlu sorumluluk sigortasının sigorta ettiren sıfatına sahip olacak taşıyanı için sorumluluk kaynağı olan yolcu taşıma sözleşmesinin, mehaz Konvansiyon maddesine (4bis/1) uygun olarak, on ikiden fazla yolcu taşımak için ruhsat almış bir gemi ile yapılması gerekmektedir.

Zorunlu sorumluluk sigortası, taşıyanın yolcu taşıma sözleşmesinden doğacak her türlü sorumluluğu için değil; yalnızca yolcuların ölümü ve bedensel zararı sebebiyle doğan sorumluluğunu teminat altına almak için ihdas edilmiştir. Atina Konvansiyonu’nun 4bis/1 hükmü, bu iradesini “...*bu Konvansiyon kapsamında yolcuların ölümü ve bedensel zarara uğramasından doğan sorumluluğunu teminat altına alan..*” cümlesi ile ifade ederken, “*Taşıyanın Sorumluluğu*” başlıklı 3. maddenin kapsamına giren tüm sorumluluğa yani hem “gemi kazası” (shipping incident) hem de gemi kazası tanımına (m.3/5a) girmeyen sair kazalar neticesinde oluşan ölüm ve bedensel zarardan doğan

¹⁴ Atamer, Kerim, 2002 Atina Sözleşmesinde ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Deniz Yolu İle Yolcu Taşıma Sözleşmesi, Batider C.24, S.3, s.155. Bu tercihin yerinde olmadığı yönündeki görüşü için bkz. 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, s.214.

¹⁵ Uluğ Cicim, İlknur / Alhan,Yunus, Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesi Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, Legal Hukuk, Sayı 170 (2017), s. 543’de Yazarlar tarafından, Türk Ticaret Kanunu’nun 1259. maddesi anlamında sigorta ettirenin, fiili taşıyan veya akdi taşıyan olacağı ifade edilmişse de, bu yazım tarzı, somut olay bakımından taşımanın tamamını taahhüt etmiş bir akdi taşıyanın yanısıra 2 tane de kısmen ifa etmiş fiili taşıyanın bulunması halinde, sadece akdi taşıyanın sigorta yaptırma yükümlülüğünün veya sadece fiili taşıyanların bu yükümlülüğü taşıyacağı veya daha başka bir ifadeyle, örneğın akdi taşıyanın zorunlu sorumluluk sigortası akdettiğini öğrenen fiili taşıyanların bu yükümlülüğünün artık bulunmadığı şekilde yanlış sonuçlara yol açabilecektir.

sorumluluğa atıfta bulunarak göstermiŐtir. Konvansiyon'un kazaları, gemi kazası ve diğer kazalar Őeklinde ayırarak incelemesinin sebebi, gemi kazasından doğan ölüm ve bedensel zarardan sorumluluğu, kusursuz sorumluluk; gemi kazası kapsamına girmeyen sair kazalardan kaynaklanan ölüm ve bedensel zarardan sorumluluğu da kusur sorumluluğu olarak düzenlemesidir. Türk Ticaret Kanunu'nun 1259. maddesinde de, mehaza uygun olarak, yani zorunlu sorumluluk sigortası teminatını, sadece gemi kazasına değil bu nitelikte olmayan ve fakat ölüm yahut bedensel zarara yola ačan tüm kazalara teŐmil edebilmek için, sadece "kaza" kelimesi kullanılmıŐtır. Kanun koyucunun tercihi, mehaza uygundur.

Yine mehaz hüküm aynen tercüme edilerek, zorunlu sorumluluk sigortasının sigorta bedelinin 250.000 hesap biriminden az olamayacağı TTK m. 1259 hükmüne geçirilmiştir. Bu ölçü, taşıyanın Konvansiyon'un m.3/1 hükmü uyarınca sadece "gemi kazası" neticesinde gerçekteşen ölüm ya da bedensel zarardan doğan sorumluluğunun azami sınırıdır. Bununla birlikte, Konvansiyonun m.7/1 hükmü, taşıyanın ölüm ve bedensel zarardan ötürü sorumluluk sınırının üst limitini, "taşıyanın ölümü ve bedensel zarara uğramasından doğan sorumluluğu hiçbir halde her olay için yolcu başına 400.000 hesap birimini geçemez" Şeklinde düzenlerken, gemi kazası niteliğinde olmayan bir kaza için sorumluluk sınırını 400.000 hesap birimi olarak dolaylı olarak düzenlemiştir. O nedenle, mehaz hükümdeki zorunlu sorumluluk poliçesi bedelinin, sadece gemi kazası niteliğindeki bir kaza sonucu oluşan ölüm ve yaralanma bakımından taşıyanın azami sorumluluk sınırına (250.000 hesap birimi) endekslenmesi¹⁶, madde metnindeki "bu Konvansiyon uyarınca sorumluluğu" ifadesi ile çelişmektedir. Aynı çelişki, hüküm doğrudan tercüme yoluyla iç hukukumuzda alındığı için, TTK m. 1259 hükmü açasından da mevcuttur.

¹⁶ Sigorta bedelinin 250.000 Özel Çekme Hakkı olarak belirlenmesinin, mehaz hükümdeki "olay" (*occasion*) kelimesinin seçilmesi nedeniyle düşük olduğu; halbuki gemi kazası niteliğindeki olmayan kazaların da hükme dahil edildiği yönünde bkz. Atamer, Atina Sözleşmesi, s. 155.

6. “Deniz Araçları” Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları

Genel şartlar, 13.8.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Gerek genel şartların gerekse Deniz Araçları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Tarife ve Talimat Tebliği¹⁷ kapsamında anılan teminatlara bakıldığında, TTK m. 1259 hükmünde zikredilen zarardan (yolcunun ölümü ve yaralanmasından doğan zarardan) fazlası için düzenlemeler bulunduğu görülecektir. Başka bir deyişle, “maddi hasar teminatı” TTK m. 1259 hükmü dahilinde olmasa da, yolcuların bagaj ve beraberindeki araçları (ve aracın içindeki eşyalar) ile yolcu dışındaki üçüncü kişilerin uğrayacağı maddi zararlara ilişkin ve üçüncü kişilerin ölümü ve bedensel zarara uğraması halinde, sigortalının sorumluluğuna karşı teminat verildiği görülmektedir. Genel şartların, TTK m. 1259 hükmünde anılan zorunlu sorumluluk sigortasının kapsamından daha geniş bir teminat öngörmesinin nedeni, “Deniz Yoluyla Yapılan Düzenli Seferlere Dair Yönetmeliğ”in¹⁸ “Sigorta” kenar başlıklı 12. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti limanları arasında veya Türkiye Cumhuriyeti’ndeki bir liman ile yabancı bir liman arasında “Düzenli sefer yapan tüm gemilerin işletmecileri, üçüncü şahıs mali sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadırlar.” hükmüdür. İşte bu Yönetmelik ile ihdas edilen zorunlu sorumluluk sigortasına ilişkin teminat limitleri ile uygulama esasları da yukarıda anılan Tarife Tebliği ile Genel Şartlarda düzenlenmiştir. Bu yönetmelikteki “gemi” ile kastedilen, yolcu motorları, yolcu gemileri, Ro-Ro/yolcu; Ro-Ro/yük gemisi ve feribottur. Gerek Yönetmeliğin esas aldığı sefer yolu “deniz” olduğu için gerekse Türk Ticaret Kanunu’nda m.1247 vd hükümlerinde yolcu taşıma sözleşmesi düzenlemeleri “deniz yoluna” hasredildiği için, genel şartların adı da “Deniz Araçları” zorunlu mali sorumluluk sigortası şeklinde tercih edilmiştir¹⁹.

¹⁷ RG. 18.10.2014 T., 29149 S.

¹⁸ RG. 25.11.2010 T., 27766 S.

¹⁹ Genel şartların bu başlığının hatalı ve eksik olduğu ve “içsu araçları”nın da başlığa dahil edilmesi gerektiği hususunda bkz. Algantürk Light, Didem, Deniz Araçları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının Değerlendirilmesi, Legal

Genel Şartlarda, sigorta himayesinin kapsamının sadece yolcuların ölüm ve bedensel zararından dolayı taşıyanın sorumluluğu olmadığı görölmektedir. Yolcu dışındaki üçüncü Şahıslara karşı taşıyanın sorumluluğu ve bunun yanı sıra yolcu bagajı ve aracında oluşan maddi hasar ile üçüncü Şahısların maruz kalacağı maddi zarar ve kirlilik ile enkaz kaldırma masraflarından kaynaklan sorumluluk için de sigorta himayesi bahşedilmiŐtir. Taşıyan ile akdi ilişki içinde bulunmamakla birlikte, denizde düzenli sefer yapan bir geminin işletilmesi neticesinde üçüncü Şahısların uğrayacağı zarardan doğan sorumluluk için zorunlu sorumluluk sigortası “Denizyolu ile Yapılacak Seferlere Dair Yönetmeliğ”in 12. maddesi ile ihdas edilmiştir. Genel Şartlarda, üçüncü Şahısların ölüm, bedensel zarar veya maddi zararına ilişkin sorumluluğun, sigorta himayesi altında gösterilmesinin nedeni budur. Lakin, yolcu bagajı ve aracının maddi zarara uğramasından doğan sorumluluğu için taşıyanın sorumluluk sigortası yapma zorunluluğunun yasal bir kaynağı bulunmamaktadır²⁰. Sigortacılık Kanunu’nun 13. maddesinde zorunlu sigorta ihdas etme bakımından Bakanlar Kurulu’na verilen yetkinin dahi, sözleşme özgürlüğünün ihlali sonucunu doğuracak düzenlemelerin ancak yasama tasarrufu ile yani kanun ile yapılması gerekliliği nedeniyle usulsüz olduğu, Anayasa’ya aykırı olduğu düşünölrken; bu yanıŐtan geri dönölmemiŐ, yanıŐta daha da ileri gidilerek, Bakanlar Kurulu kararı olmaksızın dahi, sadece Yönetmeliklerle zorunlu sigorta ihdas edildiği gerçeğine alıŐamazken²¹, Hazine Müsteşarlığı tasarrufu olan “Deniz Araçları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları” ile taşıyanın bagaj ve yolcu aracına gelecek maddi zarardan sorumluluğunun zorunlu sorumluluk sigortası himayesine alındığını yani, genel Şartların kendisinin, kanun koyucunun yerine geçip zorunlu sorumluluk sigortası yarattığını görmekteyiz.

Hukuk Dergisi Özel Sayı Aralık 2014, s.322.

²⁰ Gecikme veya bagaj zararından doğan sorumluluk için sigorta serbestisi bulunduğu yönünde bkz. Atamer, Atina Sözleşmesi, s.155.

²¹ Ünán, s.410

Taşıyanın, yolcu bagajının ve aracının zarara uğramasından dolayı sorumluluğu TTK m.1256(3) ve aynı maddenin (4). fıkrasında düzenlenmiştir. Her iki durum için sorumluluk sınırları da belirlenmiştir lakin TTK m. 1259 hükmü kapsamında zorunlu sorumluluk sigortası kapsamına, taşıyanın bu sorumluluğu dahil edilmemiştir. Sorumluluk sigortası, hukuk düzende mevcut bulunan bir sorumluluk hakkında ve o sorumluluğun yasal çerçevesi dahilinde mevcut olabilir. Sorumluluk sigortası zorunlu hale getirilirken oluşturulan tasarruf ile (yasama tasarrufu, Bakanlar Kurulu kararı veya uygulamada görüldüğü üzere idari tasarrufla) veya genel şartlarla, yürürlükte bulunan ilgili sorumluluğun (taşıyanın yolcu taşıma sözleşmesinden doğan sorumluluğunun) kapsamı değiştirilemez²². Keza, sorumluluk sigortasını zorunlu hale getiren yasama tasarrufunun (TTK m. 1259) çizdiği sınır da (taşıyanın, yolcunun ölümü ve bedensel zarar uğramasından doğan sorumluluğu) genel şartlarla genişletilemez²³.

Bu gerekçelerle, kanımızca mevcut genel şartlar daha geniş ifade etse de, yasal dayanağı ve sınırı Türk Ticaret Kanunu m. 1259 hükmü olan, deniz yolu ile yolcu taşıma sözleşmesi sebebiyle taşıyanın yaptırması zorunlu olan mali sorumluluk sigortası kapsamında, "sorumluluk hukuku" açısından "zarar gören"; ölen yolcunun desteğinden yoksun kalanlar veya bedensel zarara uğrayan yolcunun kendisidir. Oysa, genel şartların A.2 maddesinde tanımlanan "zarar gören", TTK m. 1259 hükmü kapsamında "tazminat talebinde bulunmayı gerektiren zarara uğrayan yolcu veya ölenin (yolcunun) desteğinden yoksun kalan kişi" olarak ifade edilmiş, böylelikle taşıyanın, taşıdığı yolcunun bagajı ve aracının zarara uğramasından doğan tazminat sorumluluğu da zorunlu sorumluluk sigortası himayesine -hukuk dışı- biçimde dahil edilmiştir.

²² Ünán, Samim, Yeni Zorunlu Sorumluluk Sigortaları Öngörülürken Dikkate Alınması Gerekli Olan Hukuk İlkeleri, Zorunlu Sigortalar Paneli, 19 Kasım 1993, Sigorta Hukuku Türk Derneğı Yayını, İstanbul,1994, s.44.

²³ Aksi yönde bkz. Uluğ Cicim/Alhan, s.540. Yazarlar, çalışmalarında, genel şartları kanuni düzenlemeden üstün tutarak, bagajın yanısıra TTK m. 1260 anlamında yolcuların beraberinde getirdikleri değerli eşyaların sigorta kapsamından yararlanıp yararlanamayacağını tartışmışlardır.

7. 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*, hükümün 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 hareketi²⁴ (*willfull misconduct*) sebebiyle oluştuğunu iddia edebilecektir. Bunun dışında, sigorta sözleşmesinin kendi içeriğinden doğan def’ileri, başka bir deyişle, davacının sigortalı olması halinde, ona karşı ileri sürebileceği def’ileri zarar görene karşı kullanamayacaktır.

Sigortacının zarar görene karşı kullanabileceği savunmaların bu şekilde sınırlandırılması yönünde, kanun koyucu TTK m. 1259 hükmünde özel bir irade sergilememiŐ, konuyu Türk Ticaret Kanunu’nun 6. Kitabı hükümlerine havale etmiştir. Hal böyle olunca da, zorunlu sorumluluk sigortasının can damarı olan doğrudan dava müessesesi bakımından mehz Konvansiyon ile ahenk bozulmuştur.

Konuyu Türk hukuku bakımından değerlendirdiğimizde, sorumluluk sigortacısı TTK m.1484(1) hükmü uyarınca, sigortalıya karşı “*ifa borcundan tamamen veya kısmen kurtulmuş*”²⁵ olsa da zarar görene karşı ifa borcu zorunlu sigorta miktarına kadar devam eder. Kasdın, TTK m.1477 hükmünün “*sorumlu olmaz*” şeklindeki lafzı sebebiyle, aslında sübjektif riziko istisnası olduğu bu nedenle de TTK m. 1484(1) hükmü kapsamına girme-

²⁴ Türk Ticaret Kanunu, “*willfull misconduct*” şeklinde ifade edilen kusur derecesini, TTK m.1267’de (keza m.1187 ve m.886’da) “*pervasızca bir davranıŐla ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinci ile işlenmiş bir fiil*” şeklinde ifade etmiştir (bkz. Atamer, Kaynaklar, s. 285, dn.19).

²⁵ Sigortacının, ifa borcundan tamamen veya kısmen kurtulmuş olmasından, evliyetle 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.

diği, çünkü bu halde sigortacının edim yükümlülüğünün hiç doğmadığı doktrinde²⁶ 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 kanun koyucu tarafından tercih edilmiştir. Yani, doktrindeki anılan son görüş takip edildiğinde, örneğın 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. Kanun koyucu, mal ve sorumluluk sigortası bakımından böyle farklı sonuçlar doğurma eğiliminde olamayacağından, TTK m. 1484(1) hükmünde kullanılan lafzı da, bilinçli tercih olarak yorumlamak mümkün değildir. Anılan son hüküm, 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) kullanarak, zarar görene karşı edim yükümlülüğünün “hiç doğmadığın” söylemek, zorunlu sorumluluk sigortasının var oluş amacına aykırıdır²⁷ ve böyle bir irade, sigortalı zarar verenin aynı hareketinin, zarar göreni iki kez zarara uğratmasına izin vermek anlamına gelir.

Pervasızca hareket şeklinde ifade edilen ve kasdın altında²⁸ bir kusur derecesi olarak nitelendirilen bu kusur, sigortacının bir ödememe def’i olarak zarar görene TTK m. 1484(1) hükmü karşısında ileri sürülemeyecektir. Deniz Araçları Zorunlu Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nın B7A hükmü, gerek kasdı gerekse pervasızca davranışı, “sigortalıya rücu” kapsamında

²⁶ Şenocak, s.179.

²⁷ Yeşilova Aras, Ecehan, Zarar Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı (TTK m.1478), Ankara, 2013, s.118.

²⁸ 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.

görmekle, sigortacının hiçbir kusur derecesini zarar görene ödeme yapmama konusunda bir savunma olarak kullanılmayacağını ifade ederek, TTK m. 1477 ve 1484(1) arasındaki bağlantıda, kanunun lafzını değil²⁹ zorunlu sorumluluk sigortasının kamu yararı işlevini ön planda tutmuştur.

8. Yabancı P&I Kulübüne Karşı Türk Mahkemeleri Önünde Doğrudan Dava

Yabancı unsurlu bir olayda (yani, P&I kulübünün yabancı olması halinde), bedensel zarara uğrayan yolcunun ve ölen yolcunun mirasçılarının, 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 İstanbul’da dava açabilir miyiz?

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

²⁹ TTK m. 1477 hükmünün aksinin, Genel Şartların B.7 maddesinde kararlaştırılmamasını, konunun TTK m. 1484(1) hükmüyle bağlantısı kurulmaksızın, geçersiz olduğu yönündeki görüşü için bkz. Algantürk Light, s. 334.

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 sigortacısına doğrudan (tazminat talepli) dava açması durumu ile ilgili bir düzenleme yer almamaktadır³⁰. 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. 5 ila 16.

³⁰ 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 hükme 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 alacağıının, sigorta sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık olarak nitelendirilmemesi 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 kullanılacak bir bağlantı noktası değildir. Olayımızdaki davacı ile davalıyı birbirine bağlayan hiçbir hayat olayı yoktur, kaldı ki söz konusu bağlantı kanunen kuran bir hüküm de MÖHUK 46’da yer almamaktadır.

hükümler arasında, genel yetkili mahkemenin dışında, çeşitli hayat olaylarına göre düzenlenmiş başkaca özel yetkili yerlerin tespit edildiği görülmektedir. 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. 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, HMK m. 10 sözleşmeden doğan davalarda yetki hükmünü, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi olarak belirlemişse de, yolcunun sözleşme ilişkisi içine girdiği kişi, zarar verendir. 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 unutulmamalıdır ki, ne yolcu ne de karadaki şahıs, taşıyan ile sigortacı arasında akdedilen sorumluluk sigortası sözleşmesinin tarafı değildir.

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 P&I sigortacısı olması durumunda ise, sözleşmenin ana muhtevasını teşkil eden (Sigortacılık Kanunu m.11/1) 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*'nın (*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 girişemez. 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 açıkça³¹, 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 hakimi MÖHUK uyarınca mahkemesini milletlerarası yetkili addedemeyecektir.

³¹ 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 öntü 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.

Sonuç olarak, bu gibi durumlarda, gerek MÖHUK'un gerekse HMK'nın yetki ile ilgili hükümlerinin, Türk mahkemelelerinin milletlerarası yetkisini kurmaya elverişli bulunmadığı sonucuna kanaatimizce varılmıştır. 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. MÖHUK 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 de³², doktrin-

³² MÖHUK m. 34(4) hükmünün gerekçesi: "...zarar görene, sorumlunun sigortacısına doğrudan başvurma imkanı tanınmıştır. Söz konusu **başvuru imkânı**, haksız fiile uygula-

de³³ 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.

Başka bir deyişle, gerek Roma II Tüzüğünün 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*

nan hukuka göre tanınmışsa haksız fiil statüsü; sigorta sözleşmesine uygulanan hukuka göre tanınmışsa sigorta statüsü uygulanacaktır" şeklindedir.

³³ 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.

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 tüzüğünü 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 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, hukukumuzda 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 (Anılıő: Atamer, Kaynaklar)

Atamer, Kerim, 2002 Atina Sözleşmesinde ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Deniz Yolu İle Yolcu Taşıma Sözleşmesi, Batider C.24, S.3 (Anılıő: 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 Kişiyeye İlişkin Zarar (Ölüm ve Bedensel Zarar), Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini, Cilt I, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2016,
- 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**, İlnur / **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)

SORUMLULUK SİGORTALARINDA BEDENSEL ZARARLAR TEMİNATI HAKKINDA GENEL DEĞERLENDİRME

*Doç. Dr. Serap AMASYA**

I. GENEL OLARAK ZARAR KAVRAMI

Zarar, hukuki sorumluluğun en temel unsurudur. Sorumluluk hukukunda, tazminat borcunun doğabilmesi için, hukuka aykırı bir fiil sonucunda bir zararın gerçekleşmesi gerekir; ortada bir zarar yoksa hukuki sorumluluktan da söz edilemez. Sorumluluk hukukunun başlıca amacı gerçekleşen zararı karşılamak, yani tazmin ettirmektir.¹

Bazı yazarlar zarar kavramını “geniş anlamda zarar” ve “dar anlamda zarar” olarak ayırmaktadırlar.² Dar anlamdaki zarar, teknik anlamdaki maddi zararı (malvarlığı zararını) ifade etmektedir. Geniş anlamdaki zarar ise, kişinin malvarlığında uğradığı zarar (maddi zarar) ile birlikte kişi varlığında (şahıs varlığında), başka bir deyişle manevi varlığında uğradığı zararı (manevi zararı) da kapsamaktadır³. Bu çalışmada hem kökleşmiş terimler olmaları hem de manevi zararın farklı özelliklere sahip ayrı bir kurum olması nedeniyle zarar türüne göre, maddi zarar ve manevi zarar kavramlarını kullanmayı tercih etmiş bulunmaktayız.

* *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi*

1 EREN, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2015, s.520; OĞUZMAN, M.K.- ÖZ, M.T: Borçlar Hukuku Genel Hükümler , C.II, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Baskı, İstanbul, 2012, s.37; TEKİNAY, S.S.- AKMAN, S.-BURCUOĞLU, H.-ALTOP, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, sh.545- 546.

2 Bu ayrıma ilişkin açıklamalar için bk. Eren, sh.521; Oğuzman-Öz, sh.39 ve aynı yerde dn.82’de yer alan açıklamalar.

3 Eren, sh.521; Oğuzman-Öz, sh.39, dn. 82.

A. MADDİ (MAMELEKİ) ZARAR

Maddi (mameleki) zarar, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ifade eder⁴. İrade dışındaki bu azalma ya zarar görenin rızası hilafına ya da rızası olmaksızın meydana gelir⁵. Bir kimsenin malvarlığında rızası ile gerçekleşen azalma zarar değildir. Bir sözleşme ile borç yüklenen kimsenin malvarlığının pasifinin artması, başkası için veya bir mal için harcama yapan kimsenin malvarlığının aktifinin azalması, rıza ile gerçekleştiği için zarar sayılmaz⁶. Fakat bir kimsenin maruz kaldığı bir haksız fiil sebebiyle yapmak zorunda kaldığı masraf, yüklendiği borç zarardır. Başkası tarafından yaralanan kimsenin tedavi için yaptığı masraf böyledir⁷.

Maddi zarar, malvarlığının zarar verici fiil olmasa idi bulunacağı durumla fiil sonucu aldığı durum arasındaki farkı ifade eder⁸. Malvarlığı, ekonomik değer arz eden, para ile ölçülebilen hukuki değerlerin (varlıkların) meydana getirdiği bir bütündür. Malvarlığı aktif ve pasif unsurlardan oluşur. Malvarlığının pasif yönü, borç ve yükümlülüklerden; aktif yönü ise taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklar, dolayısıyla mülkiyet ve sınırlı aynı haklar, nispi nitelikteki alacak hakları, gayri maddi mallar üzerindeki haklardan (fikri ve sınai haklar) ibarettir. Ayrıca zarar görenin ekonomik geleceği, yani çalışma ve faaliyetleriyle gelecekte elde edeceği kazanç ve gelir ihtimali de malvarlığını oluşturan değerler arasında yer alır⁹.

Kişilik hakkı veya bu hakkı oluşturan hukuki varlıklar (değerler)¹⁰ ise, prensip olarak malvarlığı kapsamına girmez.

⁴ Oğuzman-Öz, sh.38; Eren, sh. 521, 522, 525.

⁵ Eren, sh.525.

⁶ Oğuzman-Öz, sh.39; Eren, sh.525.

⁷ Oğuzman-Öz, sh.39; Eren, sh.525.

⁸ Oğuzman-Öz, sh.38; Eren, sh.522; Tekinay-Akman-Burcuoğlu, Altop, sh.548.

⁹ Eren, sh.522.

¹⁰ Kişi varlığı (şahıs varlığı), bir kişinin kişi olarak sahip olduğu hukukça korunan kişilik değerlerinin tümünü ifade eder. Hayat, beden bütünlüğü, sağlık, özgürlük,

Bununla birlikte, kişiliği oluşturan hayat ve beden bütünlüğü, sağlık, Şeref, ekonomik itibar (kredi) gibi hukuki değerler, bazen malvarlığını etkileyebilirler. Başka bir deyişle, bu değerlerin ihlali, zarar görenin malvarlığı üzerinde ekonomik yönden olumsuz etki ve sonuçlar doğurabilirler.¹¹ Örneğin beden bütünlüğü, niteliği itibariyle kişilik hakları içinde yer alan bir kişi varlığı değeridir. Ancak beden bütünlüğünün ihlali zarar görenin belirli bir süre çalıŐmasına engel olmuş, tedavi ve diğer tıbbi giderlere yol açmış ve nihayet çalışma gücünün belirli bir oranda sürekli olarak kaybına neden olmuşsa, malvarlığını ekonomik yönden olumsuz etkilemiş olur. Dolayısıyla bu gibi hallerde kişi varlığı değerleri (beden bütünlüğü gibi), malvarlığı kavramı içinde yer alabilir¹².

Buna karşılık, kişilik haklarının ihlali, aynı zamanda malvarlığında bir eksilmeye yol açmıyorsa, maddi bir zarar söz konusu olmayacağından, malvarlığı kavramı içinde yer almazlar. Bu takdirde, aşağıda ele alacağımız, manevi zarar söz konusu olacaktır¹³.

Şu halde yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde özetlersek maddi zarar¹⁴ ;

- malvarlığının
 - o aktifinde azalma veya
 - o pasifinde artma Şeklinde
- “**fiili zarar**”¹⁵ olarak ortaya çıkabileceği gibi;

isim, resim, onur ve saygınlık, özel hayatın gizliliği, ticari itibar gibi değerler ise, kişilik değerlerini oluşturur. İŞte kişilik hakkı (Őahsiyet hakkı) da kişiliği oluşturan değerlerin tümü üzerindeki hakkı belirtmek üzere kullanılır. Bk. **OĞuzman-Öz**, C.II, Őh.249; **Eren**, 532-532.

¹¹ **Eren**, Őh. 522.

¹² **Eren**, Őh.522.

¹³ **Eren**, Őh.522.

¹⁴ ÖĞretide maddi zarar türleri çeşitli ayrımlar içinde incelenmektedir. Bu kapsamda, “*maddi zarar*” bakımından yapılan en önemli ayrımlardan biri de “*fiili zarar*” ile “*mahrum kalanın kâr*” ayrıımıdır. Bk. **OĞuzman-Öz**, Őh. 40; **Eren**, Őh.526.

¹⁵ Fiili zararda, zarar verici olay sonunda malvarlığının mevcut (net) miktar ve değe-

- malvarlığının
 - o aktifinin artmasının veya
 - o pasifinin azalmasının engellenmesi şeklinde
- “mahrum kalınan kâr (kazanç)”¹⁶ olarak da ortaya çıkabilir.

B. MANEVİ ZARAR

Manevi zarar kavramı tartışmalı bir konudur.¹⁷ Klasik görüşe göre, kişilik hakkına yapılan tecavüz (saldırı) sonucu kişinin duyduğu acı, elem ve üzüntü manevi zararı ifade eder¹⁸. Manevi zarar, bir malvarlığı zararı olmadığı için etkilerini malvarlığı dışında meydana getirir.

II. BEDENSEL ZARARLAR

A- KAVRAM

“Bedensel zarar”, bir kişinin ruh veya beden bütünlüğüne (ruh sağlığına veya fiziki varlığına) yönelik ihlallerden kaynaklanan zararlardır. Zarar görenin beden veya ruh bütünlüğünün maddi veya manevi bir zarar meydana getirecek şekilde bozulması” “*bedensel bütünlüğün ihlalini*” ifade eder. Şu halde, “*bedensel bütünlüğün ihlali*” ya “*beden bü-*

ri azalmaktadır. Bu azalma “malvarlığının aktifinde azalma” şeklinde ortaya çıkmışsa, burada aktifi oluşturan bir hakkın veya hakların kaybedilmesi ya da değerinin azalması (bir malın tahrip edilmiş olması; trafik kazasında yaralanan kişinin tedavi masrafı yapması gibi) söz konusudur. Malvarlığının pasifindeki artma ise, pasifi oluşturan borçlara yeni birinin eklenmesi veya mevcut bir borcun miktarının artmasını (beden bütünlüğünün ihlalinde bakım ve tedavi giderlerinin yapılması; yaralandığı için vadesi gelmiş borcunu 10 gün daha geç ifa etmesi sebebiyle temerrüt faizi borcunun 10 gün fazladan işlenmesi gibi) ifade eder. Bk. **Oğuzman-Öz**, sh. 40; **Eren**, sh.526.

¹⁶ “Mahrum kalınan kâr”, elde edilebilecek bir kazançtan yoksun kalmayı ifade eder. Yoksun kalınan kâr malvarlığının aktifinin artmasının veya pasifinin azalmasının önlenmesi şeklinde ortaya çıkabilir. Örneğin, bir kimsenin yaralandığı için çalışamaması, bu nedenle de kazançtan yoksun kalması ya da bir fiyat indirimi için başvuru süresini kaçırmaması (burada zarar; yaralanma, yani beden bütünlüğünün ihlali değil; bunun malvarlığının aktifinde muhtemel bir artışı engellemesi ya da pasifin azalmasını önlemesidir). Bk. **Eren**, sh.526-527; **Oğuzman-Öz**, sh.40.

¹⁷ Manevi zararı açıklamak üzere ileri sürülen görüşler için bk. **Eren**, sh.531 vd.; **Oğuzman-Öz**, sh.245, dn (7).

¹⁸ **Oğuzman-Öz**, sh.245.

tünlüğünün ihlali"¹⁹ ya da "*ruh bütünlüğünün ihlali*"²⁰ şeklinde gerçekleşir.²¹

Bedensel bütünlüğün ihlali, (örneğin bir kimsenin haksız fiil sonucu yaralanması, sakatlanması, hafızasını yitirmesi gibi haller) zarar değildir, *zararın sebebini* ifade eder. *Zarar* ise, bedensel bütünlüğün ihlali sonucunda meydana gelen ekonomik kayıplar ve maddi eksilmeler ya da zarar görenin duyduğu acı, elem ve üzüntüdür.²²

Bedensel bütünlüğün ihlalinden doğan **maddi zarar çeşitleri**, Türk Borçlar Kanunu (TBK) madde 50 ve TBK madde 54'te; zararın belirlenmesi ve hesaplanmasına ilişkin esaslar TBK madde 55'de düzenlenmiştir. TBK madde 50, madde 51, ve madde 52'de ise tazminatın belirlenmesi ve hesaplanmasına ilişkin esaslar yer almaktadır.

Bedensel bütünlüğün ihlalinden doğan manevi zararın tazmini ise özel bir hüküm olan TBK madde 56'da düzenlenmiştir.

B. BEDENSEL BÜTÜNLÜĞÜN İHLALİNDEN DOĞAN MADDİ ZARAR ÇEŞİTLERİ

Bedensel bütünlüğün ihlalinden doğan maddi zararlar TBK'nun 54'üncü maddesinde düzenlenmiştir.

"Bedensel zarar" başlıklı TBK'nun 54'üncü maddesi aşağıdaki gibidir:

¹⁹ Beden bütünlüğünün ihlali, mekanik veya psikik (ruhi) bir müdahale ve darbe sonucu vücutta anatomik bir değişiklik ve bozulma meydana gelir. Başka bir deyişle, burada; zarar görenin beden (fizik) bütünlüğü, mekanik veya psikik bir müdahale ile bozulmaktadır. Bedendeki anatomik değişimler genellikle mekanik etkilerden meydana gelir. Örneğin, tokat veya sopayla vurma sonucu kolun kırılması, silahtan çıkan bir kurşun sonucu kulağın sağır olması gibi. Psikik müdahale ve etkiler de istisnai de olsa vücut anatomisinin değişme ve bozulmasına sebep olabilir. Örneğin, bir patlama sonucu zarar görenin uğradığı sinir hastalığı (nevroz) nedeniyle erken doğum yapması gibi. Bk. Eren, sh.744-745.

²⁰ Ruh bütünlüğünün ihlali de mekanik bir etki ve güç sonucu meydana gelebileceği gibi, psikik (ruhi) bir müdahale ve güç sonucu da meydana gelebilir. Burada daha çok zarar görenin duygu, irade ve zeka yeteneklerinde bir değişme olmakta, bozulmaktadır. Örneğin, hafıza kaybı, akıl hastalığı, sinir hastalığı, fikri yorgunluk gibi haller. Bk. Eren, sh.745.

²¹ Eren, sh.744; Oğuzman-Öz, sh.90.

²² Eren, sh.745.

“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”.*

TBK madde 54 uyarınca bedensel zararın kapsamını, tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar oluşturur. Ancak bu sayım madde metninde yer verilen “özellikle” sözcüğünden anlaşıldığı üzere tahdidi değildir.

Madde hükmünde *“kazanç kaybı”* ve *“çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar”* ayrı birer zarar çeşidi olarak düzenlenmiştir. TBK madde 54’te öngörülen *“kazanç kaybı”* da esasen, *“çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden”* kaynaklanan zarardır, ancak bu zarar *“gerçekleşmiş”, “fiilen yoksun kalman”* kazanç kaybını ifade etmektedir²³.

Aynı maddede ayrı bir zarar çeşidi olarak öngörülen *“Çalışma gücünün azalmasından (kısmen kaybından) ya da yitirilmesinden doğan kayıplar”* ise, *“ortaya çıkacak”* kazanç kaybını”, diğer bir deyişle *gelecekteki zararı* anlatmaktadır²⁴.

Bent 4’te zikredilen *“ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar”* da şüphesiz, *“gelecekteki zararı”* ifade etmektedir. Ancak burada söz konusu olan çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinin yol açtığı zararlar dışında ekonomik geleceğin sarsılmasının meydana getireceği zararlardır. Bu zararlar bağımsız ve ayrı bir zarar kalemi oluşturmaktadır.

TBK madde 54’te yine bedensel zararın bir çeşidi olarak teşhis ve tedavi ile ilgili masrafları içeren *“tedavi giderleri”* anla-

²³ Oğuzman-Öz, sh.92; Eren, sh.747.

²⁴ Oğuzman-Öz, sh.93; Eren, sh.747.

tımına yer verilmiştir. Bununla birlikte madde metninde geçen “özellikle” sözcüğü dikkate alınarak, bedensel bütünlüğün ihlalinin teşhis ve tedavi masrafları dışında yol açtığı masraflar da madde kapsamında değerlendirilmektedir. Bu nedenle BK madde 54’te “*tedavi giderleri*” adı altında öngörülen zarar çeşidinin kısaca “*masraflar*” olarak ifade edilmesi mümkündür.

Bu açıklamalarımız çerçevesinde TBK madde 54’te sayılan zararları kısaca Şu Şekilde gruplandırmak mümkündür:

- *masraflar,*
- *çalışma gücünün geçici olarak ya da sürekli olarak azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kazanç kayıpları*
 - o *fıilen uğranılan (gerçekleşmiş) kazanç kayıpları*
 - o *ortaya çıkacak (gelecekteki) kazanç kayıpları;*
- *ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar.*

Buna karşılık ekonomik bakımdan olumsuz sonuç meydana getirmeyen bedensel zararlar²⁵ TBK madde 54 kapsamında tazminat ödeme yükümlülüğü doğurmayacağı gibi, zarar görenin kendisinin değil, başkalarının (yansıma yoluyla) maruz kaldığı olumsuz ekonomik sonuçlar da aynı şekilde bu kişilerce TTK madde 54 kapsamında talep edilemez.²⁶

TBK madde 54 hükmü özel hüküm niteliğinde olduğu için genel hükümlerin uygulanmasını önler. Bu hüküm hem sözleşme dışı sorumlulukta hem de sözleşme sorumluluğunda uygulanır. TBK madde 54 sebep sorumluluklarında, bu arada özel kanunlarda düzenlenmiş tehlike sorumluluğunda da uygulanır.²⁷

²⁵ Örneğin bir sporun yapılmasını veya hobinin sürdürülmesini sınırlayan bedensel zararlar. Bunlar ancak belirli koşullar altında TBK madde 56 uyarınca manevi zarar kapsamında karşılanabileceklerdir.

²⁶ Örneğin, zarar gören, sakatlık yüzünden ailesinin geçimini sağlayamayacak duruma gelmişse, aile bireyleri kendi adlarına tazminat talep edemezler; buna karşılık zarar görenin tazminat alacağı, üzerine düşen “ailesini geçindirme” yükümlülüğü bakımından uğramış bulunduğu kayıpları da kapsayacaktır.

²⁷ Eren, sh.744.

1. Masraflar

Bedensel zararın yol açtığı **masraflar** çok çeşitlidir. Aşağıdaki giderlerin TBK madde 54 kapsamında tazmini mümkün görölmektedir²⁸:

- Beden bütünlüğünün ihlali halinde zararın kapsamına öncelikle TBK madde 54'de de açıkça belirtilmiş olan zarar görenin beden bütünlüğünü eski haline getirmeye, yani iyileştirmeyi sağlamaya veya hastalık ya da sakatlığın artmasını önlemeye yönelik teşhis ve tedavi giderleri girer. Ambulans, doktor, hastane, ilaç, ameliyat, röntgen, MR, tekerlekli sandalye, fizik tedavi, protez, psikoterapi ve benzeri konular için yapılan masraflar tedavi giderleri kapsamına dahildir.
- Bunlardan başka, tedavi masrafı olarak nitelendirilemeyen hastaneye gidip gelmek için yapılan yol masrafları veya zarar görenin evde bakım gördüğü sürece devamlı bir kişinin yardımına muhtaç olmasının gerektirdiği masraflar da bu kategoriye girer.
- Beden bütünlüğünün ihlali nedeniyle yapılan diğer masraflara, zarar görenin (ceza yargılaması masrafları da dahil olmak üzere) hukuk davasındaki menfaatini korumak bakımından makul sayıldıkları ölçüde avukat, hukuki danışma, bilirkişi ücreti de zararın kapsamındadır.
- Keza zarar görenin yakınlarının hastaneye gelip giderken yaptıkları ulaşım giderlerinin de duruma göre masraflar kapsamında değerlendirilmesi mümkündür²⁹.
- Zarar görenin, durumun gereği olarak daha elverişli bir konut kiralamak veya konutunda (mesela geçirdiği felç sebebiyle) bazı harcamalar yapmak zorunda kalması da (asansör, duvarlara tutamak eklenmesi vb.) tazmini gereken gider niteliğinde görölmektedir.

²⁸ TBK madde 54 kapsamında karşılanması mümkün olan bu masraflar için bk. Eren, sh.745-746; Oğuzman-Öz, C.II, sh. 91; Tekinay-Akman-Burcuoğlu, Altop, sh.603.

²⁹ Bu masrafların giderilmesinin istenmesi koşuluna ilişkin olarak bk. Eren, sh.746.

Dikkate alınacak masraflar, durumun gereğine uygun olan masraflardır. Durumun gerektirmediği bir masraf yapılmış da olsa hesaba katılmaz. Fakat durumun gereklerine uygun olarak yapılmış bir tedavi masrafının resmi hastane tarifesinden fazla olması tazminine engel teşkil etmez.

Tazminat davasında sadece hűkűm tarihine kadar yapıldıđı sabit olan masraflar deđil, ayrıca tespiti műmkűn olan gelecek-teki masraflar³⁰ da dikkate alınacaktır. Mahkemenin kararından sonra yapılacak ilaç, tıbbi kontrol, bakıcı vb. masrafları bűyledir.³¹

2. Çalışma Gücünün Geçici Ya Da Sürekli Olarak Azalması Veya Yitirilmesinden Doğan Kazanç Kayıpları

Çalışma gücünün kaybı azalma űeklinde kısmen olabileceği gibi, yitirme űeklinde tam da olabilir. Őu halde **tam kayıp**, çalışma gücünün *yitirilmesini*; **kısmi kayıp** ise *azalmasını* ifade eder.³²

“Çalışma gücü, zarar görenin iş gücünün, yani beden ve fikir gücünün kazanç getirici űekilde kullanılması demektir”³³.

Yukarıda belirtildiği gibi, her ne kadar TBK madde 54 bent 2 ve bent 3’te “kazanç kaybı” ve “çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden kaynaklanan kayıplar” ayrı birer zarar kalemi olarak sayılmıősa da, kazanç kaybı esasen, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden kaynaklanan **gerçekleşmiş, fiilen uğranılan kazanç kayıplarını**; TBK madde 54, bent

³⁰ Şayet hűkűm verileceđi tarihte bu masrafları belirlemek műmkűn deđilse, TBK madde 75 uyarınca hakim kararın kesinleŐmesi tarihinden itibaren iki sene içinde konuyu inceleme ve tazminat hűkműnű deđiŐtirme yetkisini saklı tutabilir. Tabi bu yetki de talep edilen tazminat miktarı ile sınırlıdır, bk. **Ođuzman-Öz**, sh.91.

³¹ **Oğuzman-Öz**, C.II, sh.91.

³² **Eren**, sh.747; **Oğuzman-Öz**, sh.90-91.

³³ Çalışma gücünden, çalışma kuvvetinin fayda getirici bir űekilde kullanılması anlaşılır.”, bk. **TANDOĐAN, H.**: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, sh. 385; “Çalışma gücünden maksat, bir kimsenin bedeni, ruhi veya zihni kabiliyetlerine bağlı olan ekonomik verimlilik””, bk. **Tekinay-Akman-Burcuođlu, Altop**, sh.604.

3’de öngörülen zarar kalemi ise, çalışma gücünün azalmasının ya da yitirilmesinin **yol açacağı kazanç yoksunluğunu**, diğer bir deyişle **gelecekteki zararı** ifade etmektedir.

a) Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan fiilen uğranılan (gerçekleşmiş) kazanç kayıpları

TBK madde 54, bent 2’de sayılan “**kazanç kaybı**”, niteliği itibariyle **fiilen yoksun kalınan kâr olup, geçici nitelikte ve geçmişe ilişkindir**³⁴.

Bu zararın kapsamına zarar görenin tazminata hüküm verilecek tarihe kadar fiilen uğradığı kazanç kaybı girer. Ücretle çalışanlarda bunun kapsamına sadece ücret değil yan ödemeler de girer.³⁵ Buradaki zararı hesaplamak için, önce zarar görenin bedensel zarara uğramasaydı ne kadar kazanç elde edeceği belirlenir. Ücret artışları (veya eksilmeleri) ve olası meslek değiştirme olanakları da dikkate alınır.³⁶

Kazanç kaybının her zaman çalışmamaktan kaynaklanan bir ücret, maaş veya ticari-mesleki gelir kaybı şeklinde olması gerekmez. Zarar görenin kazanç getirici bir etkinlikte bulunmadığı durumlarda, günlük ev hayatını sürdürme yeteneğinin zarar verici olay sebebiyle azalması da tazmini gereken bir zarardır. Beden bütünlüğü ihlalinin sebep olduğu , örneğin dışarıdan ücretli yardımcı desteği alınması gibi bazı masraflar sebebiyle oluşan gelir kayıpları da bu kapsama girebilir³⁷.

Zararın kapsamına ancak bedensel zararlarla uygun nedensellik bağı içinde olan kazanç kayıpları girer³⁸.

³⁴ Eren, sh.93; Oğuzman-Öz, sh.92.

³⁵ Oğuzman-Öz, sh.92.

³⁶ Oğuzman-Öz, sh.92

³⁷ Örneğin, beden bütünlüğü ihlal edilen ev kadınının evin ve çocuklarının bakımını sağlayamaması nedeniyle tutulan yardımcının masraflarının aile bütçesinden karşılanması kazanç yoksunluğuna, gelir kaybı sayılabilecektir. Bk. Oğuzman-Öz, sh.92.

³⁸ Bedensel zararlarla uygun nedensellik bağı içinde olmayan kazanç kayıplarının, (örneğin yüzü yaralandığı için utançtan işe gitmeme vs), ya da yasa dışı kazanç kayıplarının tazmini talep edilemez, bk. Oğuzman-Öz, sh.92.

b) Çalışma gücünün azalmasının ya da yitirilmesinin yol açacağı (gelecekteki) kazanç kayıpları

Çalışma gücünü kısmen ya da tamamen kaybeden zarar görenin gelecekte uğrayacağı kazanç kaybı TBK madde 54, bent 3'de öngörülmüştür. Burada **gelecekteki bir zarar** söz konusu olduğu için kesin miktarını belirlemek neredeyse imkansız gibidir, bu nedenle bu zarar varsayımlara dayanılarak tespit edilir³⁹.

Kazanç elde etme yoksunluğunun yol açacağı (gelecekteki) zarar belirlenirken⁴⁰,

- o kazançtan yoksun kalma süresi (çalışma gücünün kaybının geçici ya da sürekli olup olmadığı);
 - o çalışma gücündeki kayıp oranı (kazançtan yoksun kalma oranı);
 - o zarar görenin gelir durumu;
 - o zarar görenin ameliyata veya devamlı tedaviye rıza göstermiş olup olmadığı
- dikkate alınır.

Ancak hakim, tazminat kararını verirken, kazanç mahrumiyeti hususunda kesin bir sonuca varamazsa, TBK madde 75 uyarınca kararın kesinleşmesinden itibaren iki yıl içinde hükmünü gözden geçirme yetkisini saklı tutarak karar verebilir.

aa) Kazançtan yoksun kalma süresi (çalışma gücünün kaybının geçici ya da sürekli olup olmadığı)

Kazançtan yoksun kalma süresi, tazminatı belirleyen önemli faktörlerden biridir. Söz konusu süre **sakatlığın geçici** veya **sürekli (kalıcı)** nitelik taşımaya göre değişebilecektir. Eğer zarar gören tazminat talebini geçici sakatlık durumunun ortadan kalkmasından sonra ileri sürerse, yukarıda açıklandığı

³⁹ Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, sh.605.

⁴⁰ Eren, 747 vd., Oğuzman-Öz, sh.93 vd.; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, 605 vd., Tandoğan, sh.290 vd..

üzere “gerçekleşmiş zarar” için talepte bulunmuş olacaktır. Eğer talep, sakatlığın sürekli olduğu anlaşıldıktan sonra ileri sürülmüşse, hüküm tarihine kadar ki zarar “gerçekleşmiş zarar” olarak; hüküm tarihinden sonraki zarar ise “gelecekteki zarar” olarak karara bağlanacaktır.

Kazanç yoksunluğunun yol açacağı (gelecekteki) kazanç kaybını hesaplayabilmek için öncelikle çalışma gücü kaybının geçici mi yoksa sürekli mi olduğu saptanmalıdır. Çalışma gücünün *geçici kaybında* kazanç kaybının hesabı, çalışma gücünün *muhtemel kayıp süresi*; çalışma gücünün *sürekli kaybında* ise, mağdurun kayba uğramasa idi *çalışabileceği süre* dikkate alınır.⁴¹

Sakatlık durumu henüz açıklık kazanmadan talepte bulunmuşsa, hakim bu sakatlığın nasıl bir seyir izleyeceği ve nasıl sonuçlanacağı hakkında belirleme yaparak kararını verecektir. Hakimin TBK madde 75 uyarınca kararda yeniden değerlendirme yetkisini saklı tutması da mümkündür.

Kazanç elde etme yeteneğinin devamlı kaybı söz konusu ise, zararın hesaplanmasında zarar görenin çalışma ve yaşama süresi önemli bir faktördür. Burada zarar görenin daha ne kadar çalışabilecek olduğu belirlenmelidir.⁴² Bu konuda İsviçre’de düzenlenmiş bazı tablolar (cetveller) bulunmasına karşılık ülkemizde böyle tablolar mevcut değildir.⁴³

Bir kimsenin çalışma süresi hiçbir zaman yaşama süresi kadar uzun olmaz. Kişiler hayatlarının sonuna kadar genellikle çalışmaz, dolayısıyla da kazanç elde etmezler. Yaşama ve çalışma sürelerinin tespitinde sorumluluk hukukunun gerçek zararı giderme amacına uygun düşecek cetvel ve çözümlerin geliştirilmesi gerekmektedir.

Muhtemel gelirin tayininde zarar görenin çalışma veya kazanç sağlamaya başlayacağı zamanın tespiti de önemli bir diğer

⁴¹ Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp, sh.605 vd., Oğuzman-Öz, sh.93.

⁴² Eren, sh.749

⁴³ Eren, sh.749; Oğuzman-Öz, sh.93 dn (262); Tandoğan, sh.291; Tekinay-Akman-Burcuoğlu, Altıp, sh.607.

sorundur; örneğın çocuklar için burada bölgeye, aile durumuna, yürütülecek mesleğe göre 16, 18 veya 20 yaş esas alınabilir.⁴⁴

bb) Çalışma gücündeki kayıp oranı (kazançtan yoksun kalma oranı)

Bedensel bütünlüğün ihlali sonucu, zarar görenin çalışma gücünü hangi oranda kaybettiğı zararın hesaplanmasında önemli bir unsurdur. Çalışma gücündeki kayıp oranının, başka bir deyişle **kazançtan yoksun kalma oranının** belirlenebilmesi için önce, tıbbi ve teorik olarak **sakatlık oranının** saptanması gerekmektedir. Tıbbi sakatlık oranı, ihlal edilen organ veya beden kısmının türü göz önünde tutularak belirli tıbbi kurallara göre tespit olunur. Ancak tıbbi sakatlık oranı, zarar görenin aynı oranda kazançtan yoksun kaldığı anlamına gelmez.

Zararın ve çalışma gücünün gerçek kaybının belirlenmesinde, tıbbi sakatlığın hangi ölçüde söz konusu olduğı uzmanlar tarafından saptandıktan sonra, o tür sakatlığın somut olayda yürütölen meslek yönünden hangi oranda çalışma gücünün kaybına neden olduğı da araştırılmalıdır⁴⁵. Başka bir deyişle, sadece ihlalin zarar görenin soyut olarak çalışma gücüne etkisi değıil, yürüttüğü meslek yönünden kazançtan yoksunluk üzerine somut ve reel etkisi de uzman bilirkişilerce tespit olunmalıdır.⁴⁶

Zira insan bedenindeki belirli organ veya kısımların kaybı, mağdurun yürüttüğü meslek üzerinde farklı şekillerde olumsuz etkide bulunur. Bu yönden bedenin çeşitli organ veya kısımlarında meydana gelen ihlal, çalışma gücünde aynı olumsuz etkiyi yaratmaz. Örneğın, bir ayağın kaybı, masa başında çalışan bir kimsenin çalışma gücünü önemsiz ölçüde azaltırken, bir postacının mesleğini yürütmesine tamamen engel olmaktadır.⁴⁷

⁴⁴ Eren, sh.750.

⁴⁵ Eren, sh.747-748; Oğuzman-Öz, sh.93; Tekinay-Akman-Burcuoğlu, Altop, sh.608-609.

⁴⁶ Eren, sh.748.

⁴⁷ Eren, sh.748. Yine, örneğın, terzi olan mağdurun yüzündeki yara izi onun çalışma

Tıbbi sakatlığın, kazançtan yoksun kalma bakımından ne oranda etkili olduğu takdir edilirken zarar görenin kişisel durumu, mesleği, başka bir mesleğe yönelme olanağı önem taşır. Zarar görenden meslek değiştirmesi istenirken, onun mesleki , sosyal, zihni, fikri ve kişisel durumu, özellikle yaşı ve kapasitesi elverişli olmalıdır. Ayrıca mesleğini değiştiren zarar görenin, uğramış olduğu ihlalin yeni meslekte çalışma gücünü daha az oranda azaltacağı hususu da kesinlikle tespit olunmalıdır.⁴⁸

cc) Zarar görenin gelir durumu

Zararın belirlenmesinde zarar görenin yıllık kazanç miktarı⁴⁹ da önemli bir rol oynar. Zararın tayininde zarar verici olayın gerçekleştiği andaki gelir esas alınmakla birlikte, bu gelire zarar görenin daha ileri yıllarda elde edeceği yükselmeleri, ücret, maaş, dolayısıyla geliş artışları da eklenir.⁵⁰ Gelir kavramına, fazla mesai, ikramiye, prim, düzenli bahşiş, elbise, ayakkabı parası, konut tahsisi gibi ek gelirler de girer.⁵¹ Öte yandan elde edilecek gelir hesabında brüt değil (sosyal güvenlik için ödenen tutarlar hariç tutularak) net gelir esas alınır.

Zarar görenin (haksız fiil olmasaydı) elde edeceği varsayılan gelir saptanırken esas olan, sakatlığın tıbbi oranı değil, bu sakatlık dolayısıyla çalışma gücünün (gelir elde etme yeteneğinin) ne kadar azaldığıdır.⁵²

Zarar gören meslek değiştirecekse, yeni meslekteki muh-

gücünü hemen hemen azaltmazken, aynı duruma bir sinema yıldızı ya da mankenlik gibi mesleklerden birinin sahibi uğrasaydı ekonomik geleceğinin sarsılacağı kabul edilebilecektir, bk. **Oğuzman-Öz**, sh. 93, dn (266).

48 Meslek değiştirmesi eğitim, sosyal durum ve yeteneklerine göre mümkün olmakla birlikte, zarar gören bunu kabul etmezse, bu hareketi kusur sayılarak tazminattan bir miktar indirilebilir. Bk. **Eren**, sh.748; **Oğuzman-Öz**, sh.94.

49 **Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop**, sh.609, 610; **Eren**, sh.748; **Oğuzman-Öz**, sh.94; **Tandoğan**, sh.289.

50 **Eren**, sh.748; **Oğuzman-Öz**, sh.94; **Tandoğan**, sh.289.

51 **Eren**, sh.749.

52 "Mağdurun yıllık kazancının, çalışma gücü kayıp oranına çarpımı yıllık kazanç yoksunluğu (kayıbı) tutarını belirler. Bu miktarın çalışma gücünün kaybı süresi ile çarpımı çalışma gücünün tamamen kaybı veya azalmasının yol açacağı gelecekteki kazanç miktarını belirler", bk. **Oğuzman-Öz**, sh.94.

temel geliri ve gelir artışları hesaplanır. Mağdurun yaşının küçüklüğü, öğrenci olması gibi sebeplerle henüz kazancının bulunmaması halinde, ilerideki kazanç ihtimaline göre hesap yapılır.⁵³

dd) Zarar görenin ameliyata veya devamlı tedaviye rıza göstermiş olup olmadığı

Zararın tayininde, zarar görenin çalışma gücünde uğramış olduğu kaybı azaltacak bir ameliyat veya özel tedaviye rıza göstermiş olup olmaması da dikkate alınır. Ancak bu kriterin uygulanmasında, ameliyat veya tedavinin önemli bir risk taşıyıp taşımadığı veya önemli bir acı verip vermeyeceği, ameliyat sonunda zarar görenin durumunda bir iyileşme olacağı ihtimalinin yüksek olup olmadığı gözönünde tutulur. Ayrıca zarar verenin ameliyat veya öngörülen özel tedavinin gerektirdiği masrafları peşin ödemesi de şarttır.⁵⁴

Tedavi veya ameliyata rıza göstermeme zarar gören için kusur olarak değerlendirilirse, hakim tedavi ya da ameliyat yapılmış olsa idi çalışma gücü kaybı ne derece etkilenecek idiyse, tazminata karar verirken bu hususu dikkate alabilecektir.⁵⁵ Ameliyat veya özel tedavi ümit edilen iyileşme yerine zarar görenin durumunu daha da kötüleştirir veya zarar görenin ölümüne yol açarsa, uygun illiyet bağı bulunmak şartıyla meydana gelen bu zararlı sonuçlardan da zarar veren sorumlu olur.⁵⁶

3. Ekonomik Geleceğin Sarsılmasından Doğan Kayıplar

Bir kimsenin uğradığı haksız fiil yüzünden ekonomik geleceği sarsılmış olabilir. Hiç şüphesiz yukarıda incelediğimiz **“çalışma gücünün kaybı”** da ekonomik geleceği sarsar. Ancak burada söz konusu olan çalışma gücünün tamamen

⁵³ Oğuzman-Öz, sh.94; Eren, sh.749.

⁵⁴ Oğuzman-Öz, sh.94; Eren, sh.750.

⁵⁵ Oğuzman-Öz, sh.94; Eren, sh.750.

⁵⁶ Eren, sh.750.

veya kısmen kaybının yol açtığı zararlar dışında ekonomik geleceğın sarsılmasının meydana getireceğı zararlardır. Bu zararlar TBK madde 54, bent 4'te ayrı bir zarar kalemi olarak sayılmıştır.

Bu hallerde de "gelecekteki" bir zarar söz konusudur ve bu zarar çalışma gücünde bir azalma olmamasına rağmen meydana gelmektedir. Gerçekten vücut bütünlüğünün ihlali, bazı hallerde çalışma gücüne olumsuz bir etkiye bulunmamakla birlikte, zarar görenin ekonomik geleceğini sarsmak suretiyle menfi ekonomik sonuçlar, maddi kayıplar doğurabilir⁵⁷. Bedensel bütünlüğü zedelenen bir kişi çalışma gücünü tam olarak korusa bile, iş piyasasında, ekonomik rekabette yeni bir iş bulmakta veya eski işini korumakta güçlük çekebilir ya da aynı işte çalışsa bile, eskisine oranla daha çok güç sarf etmek, daha çok dikkat ve çaba harcamak zorunda olabilir⁵⁸.

Özellikle zarar görenin fiziki şeklinin anormal derecede değişmesi, kötürüm kalması, tik kazanması, sinir, akıl veya hafıza zayıflığı gibi haller buna örnek gösterilebilir. Bu durum mesleği icabı toplumla sürekli ilişki içinde bulunan film veya tiyatro sanatçıları, dansöz ve şantözler, mankenler için çok büyük önem taşır⁵⁹.

Ekonomik geleceğın sarsılmasından doğan zararların belirlenmesi açısından yukarıdaki kazanç kaybında belirttiğimiz esaslar uygulanır ve hakimın TBK madde 75'deki yetkisi burada da mevcuttur. Burada da zarar, zarar görenin ekonomik geleceğı sarsılmasaydı elde edeceğı kazançla gelecekte bu şartlar altında elde edeceğı muhtemel kazancın karşılaştırılması suretiyle saptanır.⁶⁰

⁵⁷ Eren, sh.750; Oğuzman-Öz, sh.96.; Tandoğan, sh.292; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp, sh.612-613..

⁵⁸ Eren, sh.750.

⁵⁹ Örneğın, bir dansöz veya mankenin vücudunun herhangi bir yerinde özellikle bacak veya yüzünde meydana gelen bir yaralama izi, onun çalışma gücünü azaltmasa bile, meslek yönünden durumunu sarsacağından ekonomik geleceğı de tehlikeye düşmüş olabilecektir. Bk. Eren, sh.751; Tandoğan, sh.293; Oğuzman-Öz, sh.96.

⁶⁰ Oğuzman-Öz, sh.96; Eren, sh.751; Tandoğan, sh.293.

Ekonomik geleceğin sarsılması nedeniyle kazanç imkanının azalması bağımsız bir zarar kaynağı olduğundan ayrı hesaplanması gerekir.⁶¹ Bu zararın uygulamada maddi veya manevi zarar içinde değerlendirilmesi eleştirilmektedir.⁶²

C. BEDENSEL ZARARIN HESAPLANMASI

1. Genel Olarak

Sorumluluk hukukunun ilk amacı, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi, yani zararı aynen veya nakden sağlamaktır. Kanunda yer alan sorumluluk sebeplerinden birinin Şartları geręekleřtięinde zarar veren kişi için zarar gorenin uğramış olduğu zararı tazmin etmek yükümlülüğü doğar. Bu yolla zarar veren, zarar gorenin malvarlığında eksilmiŐ olan değer yerine nitelik ya da nicelik yönünden eş bir değeri koymakla yükümlü tutulur.⁶³

Zarar verenin ödeyeceği tazminat miktarının belirlenebilmesi için önce zararın hesaplanması gerekir. Zira zarar verenin ödeyeceği tazminat, geręekleŐen zararla sınırlı olup, hiçbir zaman zararın azami miktarını geçemez. Zira tazminatın amacı zararı gidermektedir.⁶⁴ Bu nedenle zararın hesaplanması, tazminat miktarının belirlenmesinin temelini oluşturur.

Zarara uğradığını ve zararının miktarını ispat etmek zarar gorene (davacıya) düşer (TBK madde 50, fıkra 1 ve 2). Eğer zarar goren bazı yararlar da sağlamışsa bu yararların zarara mahsubu gerekir. Bu işleme denkleştirme denilmektedir. Bu yararların varlığını ve miktarını ispat etmek ise zarar verene (davalıya) düşmektedir.

Zarar ve yarar miktarlarının *ispatının mümkün olmadığı hallerde*⁶⁵, -bilhassa **kazanç mahrumiyeti** gibi hallerde mm-

⁶¹ Eren, sh.751; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, sh.612.

⁶² Eren, sh.751.

⁶³ Eren, sh.724; Oğuzman-z, sh.82; Tandoğan, sh.315; NOMER, H.: Haksız fiil sorumluluğunda Maddi tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, sh.33,

⁶⁴ Eren, sh.724; Oğuzman-z, sh.108; Nomer, sh.63; Tandoğan, sh.315.

⁶⁵ Her tazminat davasında zararın miktarını hakim tayin etmez. İspatı mümkün olan

kün değildir- zararın miktarını hakim takdir edecektir. TBK madde 50, fıkra 2 aşağıdaki gibidir:

“Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hakim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri gözönünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.”

Zarar miktarının belirlenmesinde hangi tarihin esas alınacağı tartışmalıdır. Öğretide hakim görüş, hüküm tarihinin esas alınmasını savunmaktadır⁶⁶. Ancak bu konu mala verilen zararlar açısından önemlidir. Beden bütünlüğünün ihlalden doğan zararlarda ise hüküm tarihinin esas alınacağı TBK madde 75’den anlaşılmaktadır.⁶⁷

2. Yararların Mahsubu (Denkleştirme)

a) Genel olarak

Bazı hallerde zarar verici olay aynı zamanda zarar gören için bazı ekonomik yararlar da sağlamış olabilir. Bazen aynı olay zarar görenin malvarlığında bir azalmaya yol açarken belirli bir artışa da sebep olur. Bu durumda haksız fiilin mağdura sağladığı ekonomik yararların, saptanmış olan zarar miktarından düşülmesi gerekir. Aksi halde mağdur hem zararını tazmin ettirmiŐ, hem de başka yararları da elinde tutacağından sebepsiz bir kazanç sağlamış ve dolayısıyla haksız zenginleŐmiŐ olur.⁶⁸

Oysa böyle bir sonuç tazminat (sorumluluk) hukukunun genel amacına aykırı düşer. Zira sorumluluk hukukunun amacı, yukarıda belirtildiği gibi, zarar görenin uğramış olduğu gerçek zararı gidermek, haksız fiil sonucunda onun malvarlığında meydana gelen azalmayı tazminat yoluyla karŐılamaktır.

zararları davacı ispatla yükümlüdür. Ancak ispatı mümkün olmayan zararlar için hakim takdir yetkisini kullanacaktır. Bk. Oğuzman-Öz, sh.83.

⁶⁶ Eren, sh. 726; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp, sh.602; Oğuzman-Öz, sh.84.

⁶⁷ Oğuzman-Öz, sh.84.

⁶⁸ AKÜNAL, T.: Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul 1977, sh.3; Eren, sh.729; Oğuzman-Öz, sh. 85; Tandoğan, sh.267; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp, sh.586.

Zarar verici olayın zarar gören lehine doğurmuş olduğu ekonomik menfaat, saptanan zarar miktarından düşölmek suretiyle “*net zararın*” bulunması işlemine, “*yararın zarara mahsubu*” veya “*yararla zararın denkleştirilmesi*” denilmektedir.⁶⁹

Ekonomik yararların, zarardan düşürölmesi, yani *denkleştirme işlemi*, tazminatın belirlenmesinin değil, *zararın hesaplanmasının bir unsurudur*. Zira ancak böyle işlem sonunda zarar görenin malvarlığının zarar verici olaydan önceki durumu ile sonraki durumu arasındaki fark bulunmuş olur. *Denkleştirme işleminin zararın hesaplanması aşamasında değil de tazminatın belirlenmesine ilişkin aşamada ele alınması, ödenmesi gereken tazminat miktarını zarar gören aleyhine etkiler*. Bu durum özellikle, zarar görenin birlikte kusuru bulunduğu için TBK madde 52 uyarınca tazminattan indirim yapılması gerektiğinde, açıkça görülür.⁷⁰

Denkleştirme işlemi, sözleşme sorumluluğunda uygulanabileceği gibi, sözleşme dışı sorumlulukta da uygulanır. Buna karşılık manevi zararda denkleştirme işlemi söz konusu olmaz.⁷¹ Hakim denkleştirme kuralını re’sen uygular.⁷²

b) Türk Borçlar Kanunu madde 55 uyarınca denkleştirmeye tabi tutulan ödemeler

Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların hesaplanmasına ilişkin TBK madde 55 şöyledir:

“ Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre

⁶⁹ Denkleştirme işlemine ilişkin geniş açıklamalar için bk. Akünal, sh.3 vd; Eren, sh.729 vd.; Oğuzman-Öz, sh.85 vd.; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, sh.586 vd..

⁷⁰ Akünal, sh.141. Örneğin, (A), (B)’ye (10) birimlik bir zarar vermiş, ancak (B) zarar verici fiil sonunda (2) birimlik de bir yarar sağlamıştır. (B) ayrıca zararın doğmasında %50 oranında kusurlu bulunmaktadır. Yarar, *zararın hesaplanmasında* bir unsur olarak düşünöldüğu takdirde brüt zarar, (10) - (2) = (8) birim; tazminat ise (8) : % 50 = (4) birimdir. Buna karşılık yarar, *tazminatın bir unsuru* olarak düşünöldüğu takdirde, brüt zarar (10) birim; tazminat ise (10) : % 50 = (5) - (2) = 3 birim olacaktır. Bk.Eren, sh.730.

⁷¹ Akünal, sh.49 vd.

⁷² Eren, sh.731.

hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılamaz veya azaltılamaz.

Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır”.

TBK madde 55, fıkra 1 esas olarak Şu hususları belirtmektedir:

- Bedensel zararlar, TBK hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanacaktır.
- Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından yapılacak ödemeler, ancak rücu edilebildikleri takdirde denkleştirme işlemine tabi tutulabileceklerdir.
- “İfa amacını taşımayan ödemeler” denkleştirilemeyecektir.
- Hesaplanan tazminat tutarı, “hakkaniyet” gerekçesiyle ne arttırılabilecek ne de azaltılabilecektir.
- TBK hükümleri, idare hukukuna göre idarenin sorumluluğuna yol açacak hizmet kusuruna bağlı bedensel zarar hallerinde, bu tür zararların giderilmesine yönelik istem ve davalarda da uygulanacaktır.

Maddede, bedensel zararların TBK hükümlerine göre hesaplanacağı söylenmiş olmakla birlikte, bedensel zararların hesaplanmasına ilişkin temel kural olarak (TBK madde 55 dışında) dikkate alınacak diğer hükümlerin hangileri olduğu belirtilmemiştir. “Bedensel zarar” deyimini TBK’nun dört maddesinde geçmektedir: TBK madde 54, madde 55, madde 56 ve madde 75.

aa) Rücu edilebilen sosyal güvenlik ödemeleri

TBK madde 55, SGK tarafından yapılan ödemelerin denkleştirilmesi konusunda, *rücu edilebilen veya edilemeyen öde-*

me kıstasını esas alarak, kısmen veya tamamen *rücu edilebilen* (SGK tarafından sorumlu kişi veya kişilerden istenebilen) sosyal güvenlik ödemelerinin *zarardan düşürüleceğini*; *rücu edilemeyen* ödemelerin ise *denkleştirmeye tabi tutulamayacağını* hükme bağlamıştır.

Kısmen veya tamamen **rücu edilebilen** sosyal güvenlik ödemeleri *zarar karşılığı* yapılan ödemelerdir. Bu nitelikteki bir ödeme zararı azaltıcı etkiye sahiptir. Buna karşılık *rücu edilemeyen* sosyal güvenlik ödemeleri, tıpkı tutar sigortaları⁷³ uyarınca yapılan ödemeler gibidir. Bunlar zarar karşılığı yapılmış ödemeler olmadıklarından zarar gören lehine doğmuş bir yarar da söz konusu olmaz, dolayısıyla da *denkleştirmeye tabi tutulmazlar*.

Bu bağlamda TBK'nda rücu edilebilen veya edilemeyen ödeme kıstası yerine "*zararı gidermeye yönelik olan-olmayan ödeme*" (*zarar karşılığı yapılan-yapılmayan ödeme*) kıstası benimsenebilirdi⁷⁴.

Madde gerekçesinde bu konuda aynen Şu ifadeler yer almaktadır:

"Sosyal güvenlik ödemelerinin, denkleştirme (indirim) işlevi görebilmesi, onun sorumluluğu doğuran olaya sebebiyet verenlere rücu edilebilmesine bağlıdır. Bir kural gereği rücu edilemeyen (emekli sandığı maaŐı, malullük aylığı, ölüm sigortası aylığı) sosyal güvenlik ödemeleri; teknik arıza, tam kaçınılmazlık halindeki ödemeler ve benzeri ödemeler bu tazminattan indirilemeyecektir. "

Denkleştirme, yukarıda da belirttiğimiz üzere, zarar verici olayın aynı zamanda "*yarara*" da yol açmış olması durumunda, bu yararların tespit olunan zarar tutarından düşürülmesidir. Şu halde, sosyal güvenlik ödemelerinin denkleştirmeye tabi olup olmayacağı hususunda değerlendirme yapılırken, bunların hangi koşullarla ne bakımdan "*yarar*" niteliği taşıyacağı araştırılacaktır.

⁷³ Bk. aşağıda III.A ve III.B.

⁷⁴ Ünan, Bedensel zararlar, sh.228.

Bunun için, sosyal güvenlik ödemelerinin, zarar karşılığı yapılıp yapılmadıkları yönünden bir ayırım yapmak gerekir.

· **Zarar karşılığı yapılan sosyal güvenlik ödemeleri**

Zarar görene, **zarar karşılığı yapılan** sosyal güvenlik ödemelerinin, tespit olunan bedensel zarar tutarından düşürülmesi “denkleştirme” niteliğinde değildir⁷⁵, burada yapılan indirim başka bir sebepten kaynaklanmaktadır. Şöyle ki:⁷⁶

- “Zarar karşılığı yapılan ödeme, zarar görenin zararını azaltmaya yöneliktir ve azalan zarar kadar zaten zarar görenin tazminat alacağı ortadan kalkar.
- Zarardan sorumlu kişinin zarar görene yapılan bu ödeme kadar borçtan kurtulmuş olup olmayacağı ise ayrı bir sorundur: Ödeme yapan taraf, zarar görene halef olmakta ise, zarardan sorumlu kişinin tazmin yükümlülüğü azalmaz, yalnızca (duruma göre alacağın tümü veya bir kısmı için) alacaklı değişmiş olur.
- Bu sebeple SGK, zarar görene onun zararını karşılamak için ödeme yaptığında, zarar görenin başka sorumlu kişilere karşı o zarar için başvurma hakkı, aldığı ödeme oranında son bulur. Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından “rücu edilebilen” ödemeler, zarar görenin maruz kaldığı zarardan başka bir kişinin de sorumlu bulunması olgusuna dayanır.
- Zarar görenin mevcut zararı sosyal güvenlik ödemesi sayesinde son bulmuş olduğuna ve bununla ilgili tazminat alacağı da yasa gereği sosyal güvenlik kurumuna geçtiğine göre, **denkleştirmeden söz etmemiz artık gerekmemektedir.**”

⁷⁵ **Eren**, sh.737’de aynen şöyle demektedir: “ Sosyal sigortalarn zarar görene yaptığı ödemeler , zarar vereni sorumluluk ve tazminat yükümlülüğünden kurtarmaz. Aksine zarar görenin zarar verene karşı haiz olduğu talep hakkı, sigortanın yaptığı ödeme oranında kanun gereği sigortacıya geçer. Burada alacağın kanuni temliki söz konusudur. Kanuni temlikin mevcut olduğu yerde, zarar gören lehine doğmuş bir yarar (menfaat) olmadığı için bunun denkleştirilmesi, dolayısıyla zarar verenin zarar görene ödemek zorunda olduğu tazminattan düşürülmesi de söz konusu olmaz.” Aynı yönde bk. **Akünel**, sh.65; 74 vd; 81; 175 vd.;185.

⁷⁶ **ÜNAN, S.**: Ölüm Dışındaki Bedensel Zararların Özel Sigortalar Kapsamında Karşılanması, (Editörler: ÜNAN, S.- YAZICIOĞLU, E.) Sigorta Hukuku Sempozyumları Sorumluluk Sigortaları Sempozyumu 1-2 Aralık 2017 İstanbul- Sigorta Hukukunda Güncel Sorunlar Sempozyumu 2-3 Şubat 2018 Bursa , İstanbul 2018 (sh. 215-256) (**Bedensel zararlar**), sh.228’den naklen.

· **Zarar karşılığı yapılmayan sosyal güvenlik ödemeleri**

Buna karşılık, SGK'nca zarar karşılığı yapılmayan ödemelerin "yarar" niteliği taşıyıp taşımadığı tartışmaya açık olmakla birlikte TBK madde 55 bunların denkleştirilmeye elverişli "yarar" niteliği taşımayacağını, dolayısıyla **zarardan düşürülmeyeceğini** hükme bağlamıştır.

Madde gerekçesinde, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemelerine örnek olarak emekli sandığı maaŐı, sakatlık aylığı, ölüm sigortası aylığı zikredilmiştir⁷⁷.

Madde Gerekçesinde ayrıca **rücu olanağının bulunmadığı** haller olarak "**teknik arıza**" ve "**tam kaçınılmazlık**" halindeki ödemeler de sayılmıştır.

· "**Teknik arıza**" halinde sosyal güvenlik ödemeleri

"**Teknik arıza**", örneğin trafik kazasına karışan araçtaki veya iş kazasına yol açan makinedeki bozukluk yahut bakım eksikliđidir⁷⁸.

Zarar görenin uğradığı sakatlık; bu bozukluk veya bakım eksikliğinin sebep olduğu bir kazadan kaynaklanmış olsa dahi, bu zarar sebepleri sorumlu tutulmak istenen işleten ya da işverenin sorumluluğunu engelleyici veya azaltıcı bir etki yaratmazlar.

Karayolları Trafik Kanunu (KTK) madde 86, fıkra 1'de konuyu düzenleyen açık bir hüküm mevcuttur. Madde 86, fıkra 1 aşağıdaki gibidir:

"İşleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin

⁷⁷ Emekli sandığı tarafından bağlanan dul ve yetim aylıklarının destekten yoksun kalma tazminatından düşürölüp düşürölmeceği öğretide ve uygulamada tartışmalıdır, bk. Eren, sh.738. Yargıtay'a göre bunlar, başka amaç ve sebeplerle ödendikleri dolayısıyla "yarar" olmadıkları için zarardan düşülemezler. Emekli Sandığı tarafından ödenen dul ve yetim aylıklarının düşürölmeceği hakkında bk. Yargıtay'ın 6.3.1978 tarih ve 1/3 sayılı İctihadı . Birleştirme Kararı. Karşı görüş için bk. Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, sh.645 vd.

⁷⁸ Ünan, Bedensel zararlar, sh.229.

kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.”

Madde 86, fıkra 1’de işletenin “...araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın..... ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulacağı” hükme bağlanmış olduğundan araçtaki bozukluk işletenin sorumlu olduğu bir haldir; sorumlu tutulmak istenen işleten “teknik arıza” gerekçesiyle sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Teknik arızanın yol açtığı kazadan dolayı SGK tarafından zarar görene yapılacak ödeme, işleteni sorumluluk ve tazminat yükümlülüğünden kurtarmaz; aksine SGK, zarar görene yaptığı ödeme uyarınca ve ödeme miktarınca yasa onun halefi olur. Böylece zarar görenin işletene karşı sahip olduğu talep hakkı, SGK’nun yaptığı ödeme oranında yasa gereği SGK’na geçer. Burada alacağın yasal temlik söz konusudur.

Zarar karşılığı SGK tarafından zarar görene yapılan ödeme ise, zarar görenin zararını azaltmaya yöneliktir ve azalan zarar kadar zarar görenin tazminat alacağı da ortadan kalkar. Zarar görenin mevcut zararı sosyal güvenlik ödemesi sayesinde son bulmuş olduğuna ve bununla ilgili tazminat alacağı da yasa gereği SGK’na geçtiğine göre, alacağın yasal temlikinin mevcut olduğu yerde zarar gören lehine doğmuş bir yarardan da söz edilemez; dolayısıyla bunun denkleştirilmesi, yani işletenin zarar görene ödemek zorunda olduğu tazminattan düşürülmesi de söz konusu olmaz.

Sonuç olarak, sorumlu tutulmak istenen işleten “teknik arıza” gerekçesiyle sorumluluktan kurtulamayacağından, zarar görene ödeme yapan SGK yasal halefiyete dayalı olarak sorumlu işletene rücu edebilecektir⁷⁹. Zarar görenin işletene karşı sahip olduğu tazminat talep hakkı Sosyal Güvenlik Kurumunca yapılan ödeme miktarınca sona ereceği ve zarar görene ödeme yapan SGK yasal temlik gereği işletene yöne-

⁷⁹ Ünán, Bedensel zararlar, sh. 230.

lik rücuen tazminat talep hakkına sahip olacağı için SGK'nca zarar görene yapılan ödeme denkleştirilmeye elverişli "yarar" değildir. Sorumlu işleyen SGK'nca karşılanmayan zarar miktarınca zarar görene karşı sorumlu olduğundan, -çünkü SGK zarar görene yaptığı ödeme miktarınca ona halef olmakta ve işletene rücu etmektedir- sorumlu işletenin zarar görene ödemek zorunda olduğu tazminat hesaplanırken SGK'nın zarar görene ödediği para düşürülmez. Sigortanın zarar verene ödediği para, zararın bir kısmı olup, denkleştirmeye tabi bir yarar değildir.

· **"Tam kaçınılmazlık" halinde sosyal güvenlik ödemeleri**

"Kaçınılmazlık" ilkesi Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 45'inci maddesinde "olayın meydana geldiği tarihte geçerli bilimsel ve teknik kurallar gereğince alınacak tüm önlemlere rağmen, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi durumu" biçiminde tanımlanmış ve bu hükmün devamında "işverenin, alması gerekli olan herhangi bir önlemi almamış olduğunda kaçınılmazlıktan söz edilemeyeceği" belirtilmiştir.

Şu halde iş kazası veya meslek hastalığının işveren tarafından alınması gereken önlemlerin ihmal edilmiş olmasından kaynaklandığı saptanırsa, işveren "olayın kaçınılmaz olduğu" savunmasında bulunarak sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Zarar görene ödeme yapan Sosyal Güvenlik Kurumu, yasal halefiyete dayalı olarak sorumlu işverene rücu edebilecektir⁸⁰. Zarar görenin işverene karşı sahip olduğu tazminat talep hakkı SGK'nca yapılan ödeme miktarınca sona ereceğinden, yukarıda belirttiğimiz gibi, burada da SGK'nın zarar görene yaptığı ödeme, **denkleştirilmeye elverişli bir yarar değildir**, dolayısıyla sorumlu işverenin zarar görene ödemek zorunda olduğu tazminat hesaplanırken SGK'nca zarar görene ödenen paranın düşürülmesi de söz konusu olmaz.

⁸⁰ Ünán, Bedensel zararlar, sh. 230.

Buna karşılık, işveren tüm önlemleri almışsa sorumlu tutulamayacaktır. Dolayısıyla, kendisine de SGK tarafından, zarar görene ödeme yapıldıktan sonra rücu edilemeyecektir. Bu olasılıkta zarar görenin işverene yönelik tazminat alacağı mevcut olmadığı için, bundan “indirim” (denkleştirme) yapılması da zaten konu dışıdır.⁸¹

· **Zarar görenin kusuruna yansıyan sosyal güvenlik ödemeleri**

Madde gerekçesinde, yukarıda belirtilenlerden başka Şu açıklamalar da yer almaktadır:

“Zarar görenin kusuruna (müterafik kusura) yansıyan sosyal güvenlik ödemeleri, tahsis tarihinden sonra meydana gelen sosyal güvenlik ödemelerindeki artışlar, kısmi kaçınılmazlık ve teknik arıza halindeki ödemeler ve benzerleri rücu edilemediğinden bu miktar dahi denkleştirilemeyecektir.”

Gerekçedeki “zarar görenin (müterafik (birlikte)) kusuruna yansıyan sosyal güvenlik ödemeleri” anlatımı açık değildir. Bununla kast edilen “zarar görenin zararın meydana gelmesine etki eden kusuru, zarardan sorumlu tutulmak istenen kişinin sorumluluğunu ortadan kaldırdığı ölçüde, sosyal güvenlik kurumunun rücu hakkına sahip olmayacağı”⁸² ise, Şüphesiz bunda bir isabetsizlik yoktur; zira sorumluluk doğmamışsa, rücu da söz konusu olmaz. Sorumluluk kısmen mevcutsa, rücu da ancak o kısım için olanaklıdır.

Haksız fiilin meydana gelmesinde zarar görenin kusurunun bulunması nedeniyle sorumluluğun hiç veya kısmen mevcut olmadığı hallerde (örneğin, KTK madde 86⁸³), sorumlu tutul-

⁸¹ Ünán, Bedensel zararlar, sh. 230.

⁸² Ünán, Bedensel zararlar, sh. 231.

⁸³ KTK madde 86, fıkra 1 ve 2 uyarınca “İşleten, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.

Sorumluluktan kurtulamayan işleten, kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hakim, durum ve Şartlara göre tazminat miktarını indirebilir”.

mak istenen kişinin tazminat yükümlülüğünden de hiç veya kısmen söz edilemez. Tazmin borcu yoksa, SGK'nun zarar görene dediğ para için rücu edebileceğ sorumlu bir kişi de yoktur. Şu halde, sorumlu bir kişi olmadığı gibi ödenecek bir tazminat da söz konusu olmadığına göre, gerekçede, bu gibi hallerde, SGK'nca zarar görene ödenen paranın "denkleŐtirilemeyeceğnin" (zarar görenin kusurunun denkleŐtirilmeyeceğnin)" belirtilmiş olmasına da gerek yoktu⁸⁴.

Yine Gerekçeye göre rücu edilebilen sosyal güvenlik ödemeleri zarar görene sosyal güvenlik kurumu tarafından ödenen tutarın tamamı olarak değl, yalnızca rücu edilebilen kısmı ile sınırlı olarak düŐülecektir.

bb) İfa amacı taşımayan demeler

TBK madde 55, fıkraya 1 "*ifa amacını taşımayan ödemelerin*" de tazminat tutarı belirlenirken dikkate alınmayacağını (indirilmeyeceğini) hükme bağlamaktadır. Madde gerekçesinde "*zarar veren yahut üçüncü kişi tarafından ödeme kasti dışında kalan saiklerle yapılan ödemelerin (söz gelişi yardım ve benzerlerinin) denkleŐtirilemeyeceği*" açıklaması yer almaktadır.

Bu maddeye göre, üçüncü kişilerin zarar görene yaptıkları *ifa amacını taşımayan* bağışlamalar, yardımlar ve karşılıksız kazandırmalar zarara mahsup edilemez. Bunun sebebi, üçüncü kişilerce zarar görene yapılan karşılıksız kazandırmaların **kanun veya sözleşme gereğ zorunlu olmaksızın** sırf iyilik veya yardım amacıyla gerçekleştirilmiş olmasıdır. Kanun veya sözleşme gereğ borçlu olmayan üçüncü kişilerin amaçları zarar verene değl, zarar görene yardım etmektir.⁸⁵

Birer tutar sigortası olan hayat ve kaza sigortaları kapsamında sigortacı tarafından yapılacak bütün demeler, sigortacının **sigorta sözleşmesi uyarınca** bu ödemeyi yapmakla yükümlü olması nedeniyle gerçekleştirilir. Dolayısıyla "*sigortacının ifa amacı ile gerekleŐtirdiği ödeme*" niteliğnde olduklarından,

⁸⁴ nan, Bedensel zararlar, sh.231.

⁸⁵ Eren, sh.734; Oğuzman-z, sh.87.

TBK madde 55 uyarınca denkleştirmeye tabi tutulmaları gündeme gelebilecektir; bu çözümün ise hatalı olduğu haklı olarak öğretilde ifade edilmiřtir⁸⁶. Bu konu aşağıda ele alınacaktır⁸⁷.

D. MADDİ TAZMİNAT MİKTARININ BELİRLENMESİ

1. Zararın Üst Sınır Olması

Yukarıda açıklanan kurallara göre tespit edilen zarar, hükmedilecek tazminatın üst sınırını belirler. Zararla tazminat arasında sıkı bir bağlantı vardır. Tam tazmin ilkesi, zarar görenin malvarlığında meydana gelen eksilmenin tam olarak karşılanmasını ifade eder⁸⁸. Tazminatın amacı zarar görenin zararını gidermek olduğundan, zarar verenin ödeyeceği tazminat, gerçekleşen zararla sınırlı olup, hiçbir zaman zararın azami miktarını geçemez.⁸⁹

Ancak bazı hallerde *tam tazmin ilkesinin* katı bir şekilde uygulanması bazı haksız sonuçlar doğurabilir. Somut olayda gerçekleşen özel sebepler, tazminattan bazı indirimlerin yapılmasını ve bu suretle tazminat miktarının zarar miktarından daha az olmasını haklı gösterebilir. Özellikle zararlı sonucun doğmasına zarar veren yanında zarar görenin kusuru veya bazı durum ve davranışları ya da umulmayan olaylar da katkıda bulunmuşsa, tazminattan belirli bir indirim yapılması hakkaniyete uygun düşer.⁹⁰

Bu düşünceden hareket eden kanun koyucu TBK madde 51 ve 52'de bazı sebepleri tazminattan indirim sebebi olarak

⁸⁶ Ünan, Bedensel zararlar, sh.232-233.

⁸⁷ Bk. aşağıda III.B.3.a.

⁸⁸ Eren, sh. Eren, sh.763

⁸⁹ Eren, sh.724; Oğuzman-Öz, sh.108; Nomer, sh.63; Tandoğan, sh.315. İstisnai olarak bazı özel sorumluluk hükümleri mağdurun failden zararını aşan miktarda tazminatı istemesine imkan vermiş olabilir, örneğin, kişilik hakkına tecavüz sayesinde failin elde ettiği kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre mağdura verilmesi (Türk Medeni Kanun, madde 25/3), hükmü böyledir. Bu ve diğer özel sorumluluk hükümlerinin amaçları, mağdurun zararını gidermekten çok, muhtemel failleri hukuka aykırı davranmaktan caydırmaktır. Bu istisnai durumlar asla kıyasen veya boşluk doldurma bahanesiyle genişletilemezler. Bk. Oğuzman-Öz, sh.108.

⁹⁰ Eren, sh.763.

kabul etmiş ve somut olayda bunların mevcut olması halinde hakime tazminattan indirim yapma, hatta gerektiğinde bunu tamamen reddetme yetkisi tanımıştır⁹¹

Bununla birlikte bedensel zararlara ilişkin TBK madde 55, fıkra 1 son cümlede şöyle denilmiştir:

“Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile arttırılamaz veya azaltılamaz”

Madde gerekçesinde, bu hükme ilişkin açıklama şöyledir:

“Bu maddenin birinci fıkrasının son cümlesinde öngörülen artırma ve azaltma yasağı, sorumluluk hukukunun öngördüğü hesaplama yöntemiyle ortaya çıkan miktarla ilgilidir. Başka deyimle yöntemine göre belirlenen tazminatın çok az çıkması halinde arttırılması, çok yüksek çıkması halinde azaltılması, hakimin bu yolla belirlenen miktara müdahale yetkisinin bulunmadığını vurgulamaktadır.”

Gerekçeden anlaşıldığı üzere, TBK madde 55, fıkra 1 hükmü, tazminatın belirlenmesi bakımından hakime takdir yetkisi veren TBK madde 51 ve 52 hükümlerinin uygulanmasını bedensel zararlar bakımından daraltmış değildir. Madde sadece hakimin yasada sayılan haller dışında *“kendi inancına göre, “durumun gereği” olduğu kanısıyla”* hesaplanan tazminatta indirim yapma ya da arttırma yapmasını engellemektedir⁹².

Tazminattan indirim sebepleri, özel hükümler mevcut olmadıkça, sözleşme sorumluluğunda da uygulanır.⁹³

2. Failin Kusur Derecesinin Etkisi

TBK madde 51, fıkra 1 uyarınca *“Hakim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını gözönüne alarak belirler.”*

Maddede belirtildiği üzere hakim tazminatın kapsamını ve ödeme biçimini belirlerken failin kusur derecesini dikkate alacaktır.

⁹¹ Eren, sh.763.

⁹² Ünan, Bedensel zararlar, sh.234.

⁹³ Eren, sh.764.

3. TBK madde 52’de belirtilen indirim sebepleri

Tazminatın zarardan daha düşük bir tutar üzerinden karara bağlanmasına olanak veren TBK madde 52 hükmü aşağıdaki gibidir:

“Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise, hakim tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.

Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluŐa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hakim, tazminatı indirebilir”.

Bu hüküm uyarınca hakim, zarar görenin zararın doğmasına veya artmasına etki eden davranışını, zarar görenin zarara rıza göstermiş olmasını, tazminatta indirim sebebi veya tazminat yükümlülüŐünün bütünüyle kaldırılması sebebi olarak dikkate alacaktır. Sadece mağdurun birlikte kusuru değil, kusuru olmadan sorumlu bulunduğu etkenlerin varlıŐı halinde de tazminat indirilebilecektir.⁹⁴

Diğer taraftan, TBK madde 52, fıkra 2, genel olarak, hükmedilecek tazminatın davalıyı yoksulluŐa düşüreceği hallerde, Şayet failin kusuru hafif ise (kasıt veya ağır ihmal değil ise) bu durumun tazminattan indirilmesine yol açabileceğini belirtmektedir. İndirimin söz konusu olabilmesi için iki Şartın, yani hem yoksulluŐa düşecek olma hem hafif kusur Şartının bulunması gerekir.⁹⁵

4. Diğer indirim sebepleri (TBK madde 51)

Tazminatın indirilmesi sebepleri TBK madde 52’de belirtilenlerden ibaret değildir. TBK madde 51 uyarınca hakim dikkate alacağı olayların özellikleri çerçevesinde zararın meydana gelmesinde veya artmasında etkili olan;

⁹⁴ OĞuzman-Öz, sh.118-119.

⁹⁵ OĞuzman-Öz, sh.120; Tandoğan, sh.326; Eren, sh. 770; Nomer, sh.151, 156, 157; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp, sh.592-593.

- o beklenmedik durum (fevkalade hal),
 - o mağdurun bünyesinden kaynaklanan fakat sorumlu olmadığı etkenler,
 - o failin mağdura yardım etmesi (hatır işleri) sırasında zarar vermiş olması gibi
- indirim sebepleri de söz konusu olabilir⁹⁶.

5. Tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilmesi

Hakim TBK madde 51, fıkra 1’de kendisine tanınan yetki uyarınca, “durumun gereğini” gözönüne alarak olayda uygun bulunduğu tazmin tarzını belirleyecektir. Hakim tazminatın irat şeklinde ödenmesine de karar verebilir. Bu husus BK madde 51, fıkra 2’de açıkça öngörölmüştür. BK madde 51, fıkra 2 şöyledir:

“Tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse, borçlu güvence göstermekle yükümlüdür”.

6. Tazminat hükmünün değiştirilmesi (TBK madde 75)

Beden bütünlüğünün ihlali sebebiyle uğranılan zararların tazmini davalarında TBK madde 75 hakime, kararını iki yıl içinde gözden geçirme yetkisini saklı tutar tarzda karar vermesine imkan tanımaktadır.

Bu hükme göre

“Bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hakim, kararının kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir.”

7. Geçici Ödemeye Hükmedilmesi (TBK madde 76)

“Geçici ödemeler” başlıklı TBK madde 76, bazı koşulların varlığı halinde, zarar görene geçici ödeme yapılmasına olanak tanımıştır:

⁹⁶ Oğuzman-Öz, sh.121-122; Erem, sh.771 vd; Nomer, sh.138-139; 143-147; 160-168; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop,sh.600-601.

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

Davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir; tazminata hükmedilmezse hakim, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine karar verir.”

E. MANEVİ TAZMİNAT

1. Genel Olarak

Yaşama hakkı ile beden bütünlüğünün ihlalinden doğan manevi zararların tazmini, özel nitelikte bir hüküm olan TBK madde 56’da düzenlenmiştir.

TBK madde 58 ise, kişilik hakkını koruyan genel bir sorumluluk normudur. TBK madde 58, duygusal kişilik değerleri ile özellikle şeref ve haysiyet, özel hayat, evlilik birliği, aile bütünlüğü, ticari itibar, çeşitli hürriyetler gibi sosyal kişilik değerlerinin ihlalinden doğan manevi zararların giderilmesini amaçlayan tazminat davasını düzenlemiştir.⁹⁷

Kişilik değerlerinin ihlalinden hem maddi hem de manevi zarar doğabileceği gibi bazen yalnız manevi zarar da doğabilir. Beden bütünlüğünün ihlalinde bu duruma rastlamak mümkündür⁹⁸. Zarar verici olay sonunda maddi zarar doğmasa, yalnız manevi zarar doğsa bile, zarar gören manevi tazminat talebinde bulunabilir. Zira manevi tazminat talebi maddi tazminattan bağımsız bir taleptir⁹⁹.

Manevi tazminat, bedensel bütünlüğü zedelenmiş (BK madde 56, fıkra 1) veya kişilik hakkı zedelenmiş (BK madde 58, fıkra 1) olan kişi lehine, duyduğu acı, elem, ızdırap karşılığında hükmedilir.

⁹⁷ Eren, sh.781.

⁹⁸ Örneğin estetik zararlar, zarar görenin malvarlığını veya ruh varlığını ya da her ikisini birden olumsuz yönde etkileyebileceği gibi ekonomik geleceğini de etkileyebilir. Bk. Eren, sh.745.

⁹⁹ Eren, sh.781.

Bedensel bütünlüğün ihlali, yukarıda belirttiğimiz üzere¹⁰⁰, beden veya ruh bütünlüğünün maddi veya manevi bir zarar meydana getirecek şekilde bozulmasıdır. Bedensel bütünlüğün ihlali, ruh bütünlüğünün ihlali şeklinde gerçekleşmişse zarar görenin ruh varlığı (sağlığı) zedelenmiş olur. Ruh bütünlüğünün ihlalinde, beden anatomisinde bir değişiklik olmaz, burada daha çok zarar görenin duygu, irade ve zeka yeteneklerinde bir değişme meydana gelir, ruh sağlığının bozulması söz konusu olur. Örneğin, tedavinin tamamlanması ertesinde, maruz kalınan bedensel zarar yüzünden uyku bozukluğu veya aşırı tedirginlik veya iştahsızlık çekilmesi, kişilik değişimi, nevroz, hafıza kaybı, korku, öfke, aşağılanma, cinsel hayat sorunları, ruhsal gelgitler/dalgalanmalar, depresyon gibi haller ruh bütünlüğünün ihlaline örnek gösterilebilir.

Manevi zarar kavramı ve manevi tazminatın amacı tartışmalı bir konudur. Klasik görüşe göre, manevi tazminat kişilik hakkına hukuka aykırı tecavüzdən doğan acı, elem ve ızdırabın giderilmesi amacını güder. Tecavüz sebebiyle duyulan acı, elem ve ızdırap manevi zarar olarak ifade edilir.¹⁰¹

Bedensel bütünlüğün ihlalden doğan manevi zararların tazmini düzenleyen TBK madde 56 şöyledir:

“Hakim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini gözönünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.

Ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarının da manevi tazminat olarak uygun bir miktar ödenmesine karar verebilir.”

Hukukumuzda manevi tazminatın nasıl hesaplanması gerektiği hususunda ayrıntılı bir düzenleme yoktur. TBK madde 56 manevi tazminata hükmedilmesi hususunda hakime geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Hakim zarar görene (bedensel za-

¹⁰⁰ Bk.yukarıda II.A.

¹⁰¹ Oğuzman-Öz, sh.245.

rara uğrayan kişiye) “olayın özelliklerini” göz önünde tutarak, uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verebilecektir.

Eğer bedensel zarar “ağır” ise, bedensel zarara uğrayan kişinin “yakınlarına” da uygun bir miktar para ödenmesi söz konusu olabilecektir.

2. TBK madde 56’ya göre Manevi Tazminat Davasının Şartları

TBK madde 56’da beden bütünlüğünün zedelenmesinden doğan manevi zararların tazmini düzenlenmiştir. Beden bütünlüğü içinde kişiyi sağlığı da yer almaktadır.

TBK madde 56’nın uygulanma şartları şunlardır:¹⁰²

- Beden bütünlüğü ihlal edilmelidir.
- Manevi bir zarar meydana gelmelidir.
- Uygun illiyet bağı bulunmalıdır.
- Beden bütünlüğünün ihlali hukuka aykırı olmalıdır.
- Olayın özellikleri manevi tazminatı haklı göstermelidir.

Özel durumları belirleyip değerlendirmek hakime tanınmış olan takdir yetkisi içindedir. Kusur sorumluluğunda zarar verenin kusurlu olması şart iken, kusursuz sorumlulukta zarar verenin veya yardımcılarının kusurlu olması şart değildir.¹⁰³

Hakim, kusur dışında olayın özelliklerini, özellikle ihlalin ve manevi zararın ağırlığını, oluş tarzını da gözönünde tutacaktır.

Ruhsal bütünlüğün her ihlali manevi tazminata hak kazandırmaz. Bu tazminatın ödenmesine karar verilebilmesi için ihlalin belirli bir ağırlıkta olması lazımdır. Olayın özelliklerinin manevi tazminata hükmetmeyi haklı gösterip göstermediği değerlendirilirken aşağıda belirtilen hususlar dikkatte alınabilir.¹⁰⁴

¹⁰² Eren, sh.790-791.

¹⁰³ Eren, sh.790-791.

¹⁰⁴ Ünan, Bedensel zararlar, sh.240.

- Bedensel bütünlüğünün ihlalinin zarar görenin kişiliği üzerinde yarattığı etkilerin şiddeti ve süresi
- Hastanede kalma süresi
- Zarar görenin maruz kaldığı psişik sorunlar
- Mesleki kariyerin zarar görmesi
- Aile hayatında ortaya çıkan sorunlar
- Zarardan sorumlu kişi ile zarar gören arasındaki ilişki (aile veya arkadaşlık bağları), sorumlu kişinin affedilip edilmediği ve hatta sorumlu kişi tarafından ne oranda üzüntü duyulduğu; onun olay sırasında hatır veya nezaket gereği olarak hareket etmekte olup olmadığı
- Zarar verici eylemin zaman açısından gerilerde kalmış bir eylem olup olmadığı
- Davanın zarar gören için psişik açıdan yaratacağı zorluk

Bu hususlar, yalnızca manevi tazminata hükmedilmesinin gerekip gerekmediği değerlendirilirken değil, fakat tazminatın tutarı belirlenirken de dikkate alınabileceklerdir.

3. Manevi tazminatın hesaplanması

Manevi tazminatın nasıl hesaplanacağı sürekli tartışılan, ancak kesin bir çözüme bağlanamamış olan bir konudur. Yurt dışında, sigortacıların daha çok özel bilgisayar programları aracılığıyla belirledikleri tutarları zarar görenlere önerdikleri, ancak bu alanda kesin bağlayıcı bir çözüm geliştirilemediği ifade edilmektedir.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Ünan, Bedensel zararlar, sh.240. Ünan, manevi tazminatın; yaralanmanın ağır olup olmadığı, somut olaydaki yaralanmanın sebep olacağı fiziksel acı, bedensel zarar dolayısıyla zarar görenin iş hayatı ile günlük hayatının ve ilişkilerinin nasıl etkilendiği, bedensel zararın gerektirdiği tedavinin türü ve bu tedavi için yapılan giderlerin tutarı, iyileşmenin ne kadar sürede söz konusu olabileceği, zarar görenin gelecekte bakım gereksiniminin olup olmayacağı ve ek tedavi görmesinin (mesela ameliyat olmasının) gerekip gerekmediği gibi çok çeşitli hususlar dikkate alınarak saptanacağını belirtmektedir. Bk. Ünan, Bedensel zararlar, sh.240-241. İsviçre ve ABD’de uygulanan yöntemler için bk.Ünan, Bedensel zararlar, sh. 241-242.

III. BEDENSEL ZARARLARDA SİGORTA UYGULAMASI

A. GENEL OLARAK

· Sigorta hukukunda zarar kavramı

Sigorta hukukundaki zarar kavramı ilke olarak Borçlar Hukuku anlamındaki zarar kavramıyla özdeştir. Bununla beraber sigortacının gidereceği zarar, sigorta sözleşmesinde üstlendiği edime dikkate alınarak belirlenir. Borçlar hukukundaki ikincil zarar giderim istemleri sigorta sözleşmesi çerçevesinde çoğu zaman karşılanmaz.¹⁰⁶

Bu bakımdan “*Tazminat ilkesi*” başlıklı Türk Ticaret Kanunu (TTK) madde 1459 (1)’deki “*Sigortacı, sigortalının uğradığı zararı tazmin eder*” şeklindeki hüküm isabetli görülmektedir¹⁰⁷. Sigortacı sigortalının uğradığı “*tüm zararları*” değil, sadece “*sigorta sözleşmesinde gidermeyi üstlenmiş olduğu*” zararları karşılayacaktır.

Zarar kavramı sigorta hukukunda “*menfaat*” ile bağlantılıdır. Sigortalanmış menfaatin zedelenmesi, zararı ortaya çıkarır. *Sigorta zararının* saptanmasında kural olarak sigortalının malvarlığının riziko öncesindeki durumu ile riziko sonrasındaki durumu arasındaki fark esas alınır. Ancak bu bağlamdaki değerlendirme malvarlığının bütünü bakımından yapılmaz. Yalnızca sigortalanmış menfaat gözönünde tutulur; örneğin sigorta konusu eşyanın zayı olması sebebiyle sigortalının yapmaktan kurtulduğu masraflar gibi rizikonun sigortalının malvarlığı üzerinde ne gibi etkiler yarattığı dikkate alınmaz. Normatif zararlar ve yararların denkleştirilmesi de ilke olarak devre dışıdır. Diğer taraftan muafiyet indirimi kararlaştırılmışsa bu da sigortacının zarardan daha az ödeme yapmasına yol açan bir hal oluşturur.¹⁰⁸

¹⁰⁶ ÜNAN, S.: Türk Ticaret Kanunu şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, Cilt II Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler Birinci Bölüm Zarar Sigortaları (Madde 1453-1486), İstanbul 2016 (Ünan, C.II), sh.89.

¹⁰⁷ Ünan, C.II, sh.89.

¹⁰⁸ Ünan, C.II, sh.89.

Sigorta uygulamasında zarar, Borçlar hukukuna benzer şekilde, sınıflandırılmaktadır. Sigorta uygulamasında zarar çeşitleri olarak Şu ayrımlar yapılmaktadır¹⁰⁹:

- Maddi zararlar
- can zararları
- saf malvarlığı zararları

Kişilik haklarının ihlali niteliğindeki *can zararları* esas olarak “ölüm zararlarını” ve “bedensel zararları” kapsar.

· Zarar sigortaları ve tutar sigortaları ayrımı

Sigorta sözleşmeleri *zarar sigortaları* ve *tutar sigortaları* olarak iki ana gruba ayrılmaktadır¹¹⁰.

Zarar sigortalarında amaç, rizikonun gerçekleşmesi sebebiyle sigorta koruması altına alınmış olan menfaati zedelenen kişinin uğradığı gerçek zararın karşılanmasıdır. Bu sigortalarda sigortacı riziko sebebiyle meydana gelen zararla sınırlı biçimde sorumlu olur. Buna “*zenginleşme yasağı*” denilir¹¹¹. Zarar sigortalarında amaç zararı gidermek olduğu için zarar miktarından fazla ödemeler sebepsiz zenginleşmeye yol açacaktır. Sigortacı tarafından en fazla zarar tutarı kadar ödeme yapılması ilkesini gerçekleştirmek için, zarar sigortalarında çiftte *sigorta yasağı* (TTK madde 1467) öngörülmüştür. Bundan başka sigortacının *yasal halefiyeti* de zenginleşme yasağının zarar sigortalarındaki bir diğer görünümüdür.

Tutar sigortalarında ise, sigortacı zarardan tamamen bağımsız bir biçimde edim yükümlülüğü altına girer. Sigortacının ödeme yapma yükümlülüğü rizikonun gerçekleşmesinin bir zarara yol açmış bulunmasına bağlı değildir. Diğer bir deyişle, tutar sigortalarında riziko, mutlaka zarara yol açması

¹⁰⁹ Ünan, C.II, sh.90-91.

¹¹⁰ ÜNAN, S.: Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, Cilt I Genel Hükümler (Madde 1401-1452), İstanbul 2016 (Ünan, Cilt I), sh. 16; ÜNAN, S.: Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, Cilt III Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler İkinci Bölüm Can Sigortaları (Madde 1487-1520), İstanbul 2017 (Ünan, C III), sh.1-2.

¹¹¹ Ünan, C.II, sh.86.

gereken bir olay niteliği taşımaz. Tutar sigortasında sigortacı, riziko gerçekteŐtiđinde sigorta sözleşmesinde taraflarca kararlaştırılmış olan parayı öder. Sigortacı edimini yerine getirirken, bir zararın söz konusu olup olmadığına ve eğer bir zarar gerçekteŐmiŐse bunun miktarına bakmaz. Sigortacı tarafından yapılacak ödeme zarar karşılığı olmadığından zarar sigortalılarında geçerli olan bazı kurallar bu sigortalarda söz konusu değildir. Bu bağlamda tutar sigortalılarında zarar sigortalılarında olduğu gibi **zenginleşme yasağı ilkesi geçerli değildir**. Dolayısıyla zenginleşme yasağı ilkesinin görünümleri olan çifte sigorta yasağı ve sigortacının **yasal halefiyeti kuralı tutar sigortalılarında uygulanmaz**. Çifte sigorta yasağının olmaması nedeniyle sigortalı istenilen tutar üzerinden birden fazla sigorta yaptırabilir

Keza yasal halefiyetin olmayıŐı nedeniyle de rizikoyu oluŐturan olay (örneğin sürekli sakatlığa yol ačan kaza) zarar doğuran ve bir üçüncü kiŐi kiŐinin sorumlu tutulabileceği bir olay olsa dahi, sigortacı ödeme yaptıktan sonra hukuken sigortalının yerini almaz (TTK madde 1491, fıkra 3). Bu sebeple sigortalı hem tutar sigortacısından hem de zarardan sorumlu üçüncü kiŐiden talepte bulunabilir. Sigortacı ile zarardan sorumlu kiŐi arasında teselsül yoktur.¹¹²

Tutar sigortalılarının geleneksel örnekleri hayat sigortası ile kaza sigortasıdır. 2011 tarihli TTK'nda düzenlenen hastalık sigortası da bir tutar sigortasıdır.

B. KAZA SİGORTASINDA SAKATLIK TEMİNATI

1. Tutar Sigortası Niteliğindeki Kaza Sigortasında

*Kaza; "dış etkiyle ve ani olarak meydana gelen ve sigortalının bedeni üzerinde etki meydana getiren bir olay (mesela bisiklet sürçüŐünün bisikletten düŐüp kafasını yolun bordür taŐına çarpması) yüzünden irade dışı bedensel zarara uğramayı (mesela kafanın yarılmaması) ifade eder."*¹¹³

¹¹² Ünan, C.III, sh.2.

¹¹³ Ünan, C.III, sh.332.

“Kazanın sonuçları” ise; sigortalının kaza sebebiyle ölümü veya (sürekli yahut geçici biçimde) sakat kalması ve /veya kazadan kaynaklanan bedensel zarar yüzünden “hastanede tedavi görmesi” ve bu yüzden (sürekli veya geçici olarak) iş göremez duruma düşmesi” gibi olgulardır.¹¹⁴ Sigortacının sorumluluğunu doğuran olgu kazanın sonuçlarıdır. Kaza sigortasında kazaya uğramış olan sigortalının “sakat kalması” rizikosunu temin edildiği için, önemli olan sakatlığın varlığıdır. Teminatının işletilebilmesi için sakatlık durumunun saptanması genellikle bilirkişi vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir.

Kaza sigortasında rizikonun gerçekleşmesi üzerine sigortacı tarafından, sigorta sözleşmesinde taraflarca önceden kararlaştırılmış olan toplu para ödenir. Bu ödeme, yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi “zararı giderme” amacıyla yapılan bir ödeme olmadığından, bu sigortanın niteliği gereği herhangi bir “zarar hesabı” söz konusu olmayacaktır.

2. Zarar Sigortası Niteliğindeki Kaza Sigortalarında

Kaza sigortasına ilişkin bir hüküm olan “*Uygulanacak hükümler*” başlıklı TTK madde 1510, fıkra 3’de aynen şöyle denmektedir:

“Gerçek zararın sigortacı tarafından karşılanması öngörül-müş ise, zarar sigortalarına ilişkin hükümler, kıyas yoluyla kaza sigortası hakkında da uygulanır.”

TTK madde 1510 (3) kazadan kaynaklanan zararın karşılanmasına yönelik sigorta söz konusu olduğunda, bunun zarar sigortalarına ilişkin hükümlere (o hükümler uygun düştüğü, uygulanabilir olduğu ölçüde) tabi olacağını hükme bağlamıştır.

Belirtelim ki, ülkemizde “*zarar sigortası niteliğinde*” kaza sigortası yaptırılması pek rastlanan bir uygulama değildir. TTK madde 1510 (3) anlamındaki kaza sigortası, “*tedavi giderleri*” teminatıyla (TTK madde 1508 (1)) sınırlı olarak anlaşıl-makta ve uygulanmaktadır.

¹¹⁴ Ünán, C.III, sh.333.

TTK 1508 (1)'e göre,

“Sigortacı, aksi kararlařtırılmamıősa, poliçede yazılı bedelden başka, sigortalının yaptığı tedavi giderlerini de ödemekle yükümlüdür.”

Görüldüğü gibi, kaza sigortası, *anlaşma ile kapsam dışında bırakılmış değilse, tedavi giderleri* teminatını da içerir. Tedavi giderleri teminatı *zarar sigortalarına* tabidir. Şu halde, tedavi giderleri teminatını içeren kaza sigortası, aynı zamanda hem tutar hem de zarar sigortası niteliği taşıyacaktır¹¹⁵.

Acaba sakatlık teminatı bakımından, kaza sigortası sözleşmesi hangi koşullarla zarar sigortalarına tabi olur?

Fransız yüksek mahkemesi (1993 tarihli) bir kararında, “*kaza veya hastalık teminatı içeren şahıs sigortaları uyarınca sigortacı tarafından ödenen tutarların, taraflarca zarardan tamamen bağımsız olarak önceden belirlenmiş bulunan kıstaslara göre hesaplanması durumunda, tazminat değil götürü ödeme niteliği (tutar sigortası) taşıyacağını*”¹¹⁶ belirtmiş iken, daha sonra verdiği (2003 tarihli) başka bir kararında “*sigortacı tarafından ödenecek tutarın önceden belirlenmiş kıstaslara göre hesaplanmasının her zaman tek başına yeterli olmayabileceğini de vurgulamıştır.*”¹¹⁷

Her şeyden evvel bir kaza sigortasının *zarar sigortası niteliğinde sayılması için*, sigortacı tarafından ödenecek tutar, tazminat hukuku alanında geçerli ilke ve kurallara göre hesaplanmalıdır¹¹⁸; sigorta parasının bu şekilde hesaplanmasını öngören bir kaza sigortasında, sigortacının sorumluluğunun bir limite tabi tutulması ise, bunun zarar sigortası niteliğini etkilemez.¹¹⁹

¹¹⁵ Ünan, C.III, sh.322.

¹¹⁶ Ünan, C.III, sh.362.

¹¹⁷ Ünan, C.III, sh.362

¹¹⁸ Ünan, C.III, sh.362. Fransa’da bir ürün, kazadan kaynaklanan zararları temin etmektedir. Bu üründe sigortacı tarafından ödenecek tazminat Borçlar Hukuku kuralları uyarınca hesaplanmakta ve sigortacı da, meydana gelen zarardan sorumlu üçüncü bir kişi varsa, o kişiyeye rücu edebilmektedir. Bk. Ünan, C.III, sh.361.

¹¹⁹ Ünan, C.III, sh.362.

Zarar sigortası niteliğindeki sigortalarda özellikle bedensel zarar bir “*sakatlık*” biçiminde gerçekleşmişse, gerek bu sakatlığın varlığı ve oranı (tam mı kısmi mi olduğu) , gerekse de bunun sakat kalan kişi için hangi ekonomik olumsuzluklara yol açtığı (malvarlığını ne şekilde olumsuz etkilediği) aktüer ve tıp uzmanları vasıtasıyla araştırılacaktır.¹²⁰

3. Kaza Sigortasında Yararların İndirilmesi (Denkleştirme) Sorunu

a) Bedensel zararların hesaplanmasına ilişkin TBK madde 55, fıkra 1 uyarınca ifa amacını taşıyan kazandırmaların denkleştirmeye tabi tutulması

Bedensel zararların hesaplanmasını düzenleyen TBK madde 55, fıkra 1’de, üçüncü kişilerin zarar görene yaptıkları *ifa amacını taşımayan* bağışlamalar, yardımlar ve karşılıksız kazandırmaların **zarara mahsup edilemeyeceğinin** hükme bağlandığı yukarıda açıklanmıştı¹²¹. Hükümün aksi anlamından çıkan sonuca göre, **ifa amacını taşıyan** kazandırmaların bedensel zararın hesaplanmasında **denkleştirmeye** tabi tutulmaları gerekecektir.

Birer tutar sigortası olan hayat ve kaza sigortaları kapsamında sigortacı tarafından yapılacak bütün ödemeler, sigortacının **sigorta sözleşmesi uyarınca** bu ödemeyi yapmakla yükümlü olması nedeniyle gerçekleştirilir. Dolayısıyla “*sigortacının ifa amacı ile gerçekleştirdiği ödeme*” niteliğinde olduklarından, TBK madde 55 uyarınca denkleştirmeye tabi tutulmaları gündeme gelebilecektir; bu çözümün ise hatalı olduğu haklı olarak öğretilde ifade edilmiştir.¹²²

Yukarıda belirtildiği gibi, tutar sigortası özelliğine sahip sigortalar uyarınca sigortacının yapacağı ödemeler, zararı giderme amacını taşımaz ve bu sebeple de zararı ve tazminat alacağını azaltmazlar. Yasal halefiyet kuralının tutar sigortalarında

¹²⁰ Ünan, Bedensel zararlar, sh. 244.

¹²¹ Bk.yukarıda II.C.2.b.bb.

¹²² Ünan, Bedensel zararlar, sh.232-233.

söz konusu olmaması nedeniyle, zarardan sorumlu üçüncü kişiler varsa, zarar gören sigortalının onlara yönelik tazminat isteme hakkı sigortacıya geçmez. Dolayısıyla bu sigortalarda, rizikonun gerçekleşmesi sonucunda zarar görmüş olan sigortalılar, hem sigortacıdan sigorta bedelini tahsil ederler hem de (eğer varsa) zarardan sorumlu üçüncü kişilerden tazminat alma hakkına sahip olurlar.

Hayat sigortası veya tutar sigortası niteliğindeki bir kaza sigortası uyarınca yapılan ödemeler ifa amacıyla yapılırlar, sigorta sözleşmesinden doğan borcun ifasına yöneliktirler. Ancak bu ödemeler zararı karşılamak için gerçekleştirilmediklerinden zararı azaltmazlar. Şu halde, tutar sigortaları söz konusu olduğunda, sigortacının ifa amacıyla yaptığı ödemelerin denkleştirilmesi, TTK'nun sigortaya ilişkin düzenlemesi karşısında mümkün görülmemelidir¹²³. Öğretide ifade edildiği üzere, TBK madde 55'in bu çerçevede içinde anlaşılması ve uygulanması doğru olacaktır¹²⁴.

b) zarardan sorumlu kişi tarafından zarar görenin sakat kalması olasılığı için yaptırılan zarar görene yarar sağlayan sigortalarda denkleştirme sorunu

Burada tartışma yaratan hukuki sorun şudur:¹²⁵

Sigorta ettiren zarardan sorumlu kişi, primini kendi ödediği, fakat kazada sakat kalanların yararlandıkları kaza sigortası uyarınca sigortacı tarafından yapılan ödemelerden, acaba fayda elde edebilirler mi?

Sigortacı tarafından yapılan ödemelerin, zarar veren sigorta ettirenin sorumluluğunu (yapılan ödeme oranında) azaltması doğru ve yerinde bir çözüm müdür?

a) zarardan sorumlu işverenler tarafından yaptırılan kaza sigortaları

¹²³ Şahıs sigortalarında (tutar sigortalarında) denkleştirmenin söz konusu olmadığını, (katılmadığımız) farklı gerekçelerle açıklayan görüş için bk. Eren, sh.738.

¹²⁴ Ünan, Bedensel zararlar, sh.233; Ünan, C.II, sh.105.

¹²⁵ Ünan, C.II, sh.282-282; Ünan, C.III, sh. 344-345.

Uygulamada, bazı işverenlerin, özellikle bir iş kazası meydana geldiği takdirde, bundan doğacak “sorumluluklarını azaltma amacına hizmet edeceğini düşünerek” çalıştırdıkları kişilerin (ölümü) veya sakat kalması olasılıklarına karşı (grup hayat veya) grup kaza veya kaza sigortası yaptırdıkları görülmektedir.

Aslında işverenin iş kazasından doğabilecek sorumluluğunun sonuçlarına karşı koruma sağlayan sigorta ürünü *işveren sorumluluk sigortasıdır*. Ancak işveren sorumluluğu sigortasının primlerinin yüksek olabilmesi veya teminat limitinin yeterli bulunmaması gibi sebepler yüzünden bazı işverenler, sorumluluk sigortası yerine aynı sonucu sağlayacağı inancıyla kaza sigortası yaptırmayı tercih edebilmektedirler¹²⁶.

Ancak işverenin sigorta ettiren sıfatıyla taraf olduğu bir grup (hayat veya) kaza sigortası uyarınca sigortalı çalışana yapılacak ödeme, işverenin tazminat yükümünü kural olarak azaltmayacaktır. Zira hukukumuzda,

*“sorumlu kişinin yaptırmış olduğu ve primlerini ödediği bir sigorta sayesinde zarar görenin elde ettiği mali avantajların sorumlu kişiye yüklenebilecek tazminat yükünü o oranda azaltacağı biçiminde açık bir genel kural yoktur.”*¹²⁷

Öğretide, bu gibi bir kurala ihtiyaç olmadığı, en azından yargının, zarardan sorumlu kişi tarafından zarar görene (veya mirasçılara), primlerini ödediği bir can sigortası aracılığıyla sağlamış bulunduğu “*yararın*”, tazminat hesaplamasında dikkate alınması ve **zararla denkleştirilmesini** mümkün görebileceği vurgulanmaktadır¹²⁸.

Uygulamada işverenlerin, “çalışanlarına karşı iş kazalarından doğan sorumluluklarını düşünerek” grup kaza sigortası yaptırmaları, kuşkusuz yerinde bir uygulama sayılamaz. Temel çözüm, aslında işverenlerin iş kazaları ve meslek hasta-

¹²⁶ Ünan, C.III,sh.344.

¹²⁷ Ünan, C.III, sh344.

¹²⁸ Ünan, C.III, sh.344.

lıkları sebebiyle çalışanlarının uğrayacakları zararlardan sorumlulukları için *işveren sorumluluk sigortası sözleşmeleri* yaptırmalarıdır.

Diğer bir çözüm ise, tutar sigortası niteliğindeki kaza sigortası yerine, yukarıda zikrettiğimiz, kazadan kaynaklanan **zararın ödeneceği bir kaza sigortası** (TTK madde 1510 (3)) yaptırmaktır. Başkası (çalışanlar) lehine işveren tarafından yaptırılacak *“zarar sigortası” niteliğinde* bir kaza sigortasında, sigortacı tarafından yapılacak ödeme çalışanın kaza sebebiyle uğradığı somut zararı karşılayacağından, o oranda işverenin zararı giderme yükümlülüğü de azalmış olacaktır. Poliçeye sigorta ettirene *rücu edilmeyeceği kaydı* da konulursa, işveren zarardan sorumlu olsa dahi, zararı ödeyen sigortacı, hukuken zarar gören çalışanın yerine geçip işverene rücu edemeyecektir. Böylece tutar sigortası niteliğinde bir kaza sigortası yaptırmakla izlenen *“sorumluluktan kurtulma”* amacı gerçekleştirilebilir.¹²⁹

Bu ürünün bir avantajı da kaza sonucu sakatlık rizikosu gerçekleştiğinde sigortacının yapacağı ödemenin bu halde de sigorta ettiren işverenin sorumluluğunu azaltacak olmasıdır.¹³⁰

b) zarardan sorumlu tutulan ve zorunlu sigortayı yaptırmakla yükümlü tutulan kişi tarafından yaptırılan kaza sigortaları

aa) Koltuk sigortaları

Bazı durumlarda, örneğin motorlu araç işleten kişinin aynı zamanda o araç için *“koltuk (kaza) sigortası”*, yaptırmaması gibi, zarardan sorumlu tutulan ve zorunlu sigortayı yaptırmakla yükümlü olan kişi, aynı zamanda zarar görenlerin yararlandığı başka sigortaların primlerini ödemiş olabilir.¹³¹

Ülkemizde kara taşıtları *kasko sigortası*, kural olarak, *paket poliçe* şeklinde; *isteğe bağlı sorumluluk sigortası* (İhtiyari Mali

¹²⁹ Ünan, C.III, sh.353.

¹³⁰ Ünan, C.III, sh.353.

¹³¹ Ünan, C.II, sh.281.

Mesuliyet Sigortası) ve araçtakiler için **kaza sigortası** da pakete dahil olarak yapılmaktadır. Bu paket içinde sigorta primleri sigorta ettiren işleyen tarafından ödenmektedir.

Keza, şehirlerarası yolcu taşıyan otobüs işletmeleri tarafından hem **zorunlu trafik sigortası** hem de (yolcuları kapsayacak şekilde) **koltuk sigortası** yaptırılması gerekmektedir. Burada da her iki sigortanın da primleri işleyen tarafından ödenmektedir.

Koltuk sigortası bulunan bir aracın sürücü hatası sonucu kaza yapması ve içindeki bazı kişilerin bu yüzden sakat kalmış olmaları durumunda, o aracın işleteni bundan sorumlu tutulacak ve önce zorunlu trafik sigortası ve arkasından isteğe bağlı sorumluluk sigortası ödeme yapacaktır. Her iki sigortanın limitlerinin zararları karşılamaya yetmemesi durumunda, aradaki fark işleyen tarafından karşılanacaktır. Ancak bu arada sakat kalanlar, sorumlu işletenin yaptırdığı ve kendi lehlerine hüküm ve sonuç doğuran “koltuk” (kaza) sigortasından da ödeme alabileceklerdir.

Acaba zarar görene, işletenin primlerini ödediği sigorta tarafından yerine getirilen edimler (zarar görenin elde ettiği yarar), işletenin ödemekle yükümlü olduğu tazminattan indirilebilir mi?

İsviçre Karayolları Trafik Kanunu madde 62(3), işletenin primini kısmen veya tamamen ödediği ve zarar görene yarar sağlayan sigortadan, sigorta sözleşmesi aksini öngörmedikçe, kendisinin de fayda elde etmesini öngören bir hüküm içermektedir. Bu hükme göre, primlerini işletenin ödediği bir özel sigorta tarafından yapılan ödemeler, aksi sözleşmede kabul edilmiş olmadıkça, işletenin zarar görene ödemekle yükümlü olduğu tazminattan, işletenin katılım payı oranında indirilecektir.¹³²

Türk hukukunda konu hakkında özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

¹³² Ünán, C.II, sh.281-282.

bb) Maden alıŐanları zorunlu (grup) kaza sigortası

Soma maden faciasında 302 maden çalıŐanının hayatını kaybetmesinden sonra Bakanlar Kurulu'nun 2015/7249 sayılı kararıyla madenlerde çalışanlar için kaza sigortası yaptırılması zorunlu hale getirilmiştir.

Maden alıŐanları zorunlu (grup) kaza sigortasını zorunlu kılan Bakanlar Kurulu kararının "*Sigorta Tazminatı*" başlıklı 4'üncü maddesi uyarınca sigorta parasının hesabında zarar saptaması yapılmaz , ancak sigortacı tarafından ödenen tutar hak sahiplerinin özel hukuk kuralları çerçevesinde sahip oldukları tazminat haklarının hesabında gözönünde tutulur.

Görüldüğü gibi Bakanlar Kurulu kararında. "Maden alıŐanları Zorunlu (Grup) Kaza Sigortası" uyarınca yapılacak ödemelerin, aynı kaza sebebiyle meydana gelmiş olan zararların karşılanmasına yönelik tazminat talepleri karara bağlanırken, toplam tutardan "düşüleceğı" açıkça öngörülmüştür.

Bunun anlamı, sigorta parasının hesabında zarar saptaması yapılmayacak, ancak sigortacı tarafından ödenen tutar, hak sahiplerinin (ölen veya sakat kalan işçinin) özel hukuk kuralları çerçevesinde sahip oldukları tazminat hakkını olumsuz etkileyecek ve sigortacının yaptığı ödeme kadar tazminat hakkı azalacaktır.¹³³

Diğer taraftan TBK madde 54, SGK'nun "zarar karşılığı yapmadığı" (rücua tabi olmayan) ödemelerin, zarar gören lehine tazminat hesaplanırken zarar tutarından düşürülmeyeceğini öngörmüştür. Bakanlar Kurulu kararı ise, zarar karşılığı olmayan bir ödemenin tazminat alacağından düşürüleceğini kararlaŐtırmıŐtır. Görüldüğü gibi Bakanlar Kurulu kararı, TBK'nun aksini benimsemiştir.

¹³³ Ünán, C.III, sh.384. Maden alıŐanları Zorunlu (Grup) Kaza Sigortası Genel Şartları madde 8'de tutar sigortalarna uygulanması gereken temel ilke ve kurallara bağıdaŐmayan bir biçimde sigortacıya , sigorta ettiren maden işleticisine rücu etme olanağı vermiştir. Bu hükmün eleştirisi için bk.Ünán, C.III, sh.385-386.

C. SORUMLULUK SİGORTALARINDA BEDENSEL ZARARLAR

Sorumluluk sigortası sözleşmede kararlaştırılan zararların karşılanmasını konu alır. Bu bağlamda bedensel zararlar (can zararı) sebebiyle sorumluluğun bu sigorta ile temin edilmesi mümkündür.

1. Sorumluluk sigortalarında zarar görenin kusurunun ne şekilde etki doğuracağı

Zarar gören, sakat kalmasına yol açan olaya kendi kusuruyla katkıda bulunmuş olabilir TBK.madde 52, fıkra 1). TBK madde 52 hakime tazminatı indirme ya da tamamen kaldırma yetkisi de vermektedir.

Hakim;

- o Zarar gören (sakat kalmış olan) kişinin kusurunun çok ağır olması halinde, ağır kusur, sorumlu olduğu öne sürülen kimsenin sorumlu tutulabilmesi için gerekli bulunan illiyet bağıını kesecek yoğunlukta olduğundan, sorumluluğun gerçekleşmediğine¹³⁴ ;
- o Zarar görenin kusuru illiyet bağıının kesilmesine yol açacak yoğunlukta değıl, fakat zararın doğmasında veya artmasında etkili olmuş (ve sorumlu olduğu öne sürülen kişinin sorumlu tutulması için gerekli koşullar tamamlanmış bulunmakta) ise, tazminattan indirim yapılmasına

karar verebilecektir.

Sorumluluk sigortalarında sigortacı, sorumluluğunu sigorta koruması altına almış bulunduğu kişi (sigorta ettiren veya başkası lehine sigortada sigortalı) hangi ölçüde sorumlu ise, en çok o kadar sorumlu tutulabilir. Dolayısıyla, zarar görenin kusurunun sigorta ettireni (veya sigortalıyı) sorumluluktan kurtarıcı etkisinden sigortacı da yararlanacaktır.

Tazminat miktarı belirlenirken, kusur derecesine göre taz-

¹³⁴ Eren, sh.766-767.

minatta matematik bir oranda indirim yapılması söz konusu değildir, kusur derecesiyle tazminat miktarının eşitliği ilkesi uygulanmaz.¹³⁵ Bu bağlamda,

- o Kusurun hangi oranda zararlı sonucun ortaya çıkmasına etki etmiş bulunduğu hususu ile,
- o Bu kusur sebebiyle tazminattan yapılması gereken indirimin tutar veya ölçüsünün ne olması gerektiği

birbirinden tamamen farklı şeylerdir¹³⁶. Zarar görenin kişisel kusurunun sakatlığı doğuran kazanın meydana gelmesinde %80 oranında etkili olması, hakimin belirlenen tazminat tutarını %80 oranında indirmesini gerektirmez. Kusur hafifse, yargıç çok az oranda (mesela %20'ye kadar) indirimle de yetinebilir.

2. Genel Şartlardaki veya Sigorta Sözleşmesindeki düzenleme

Bir sorumluluk sigortası, konusunu oluşturan sorumluluğu yasada düzenlenmiş (veya sözleşmede kararlaştırılmış) olduğu genişliğiyle temin etmek zorunda değildir. Sorumluluğun hangi ölçüde temin edilmiş olduğu, bu hususta yasada uyulması zorunlu bir düzenleme varsa önce ona bakılarak belirlenir. Bunun dışında, sigorta sözleşmesi esas alınacaktır.

Sorumluluk sigortası sözleşmelerine ilişkin sigorta genel şartları,

- bazen belirli hallerden doğan sorumluluğu veya
- belirli kişilere karşı gerçekleşen (gerçekleştiği öne sürülen) sorumluluğu
- bazen de sorumluluk kapsamındaki belirli zararları sigorta teminatı dışında bırakır¹³⁷.

Ayrıca, son zamanlarda sigorta sözleşmelerinde yer veril-

¹³⁵ Oğuzman-Öz, sh.114; Eren, sh.764.

¹³⁶ Ünan, Bedensel Zararlar, sh.244-245.

¹³⁷ Ünan, Bedensel Zararlar, sh.245

meye başlanan, sigortacının ödeyeceği zararın “hangi hesap yöntemi uygulanarak saptanacağı” veya zararın “hangi hesap yöntemi ile belirlenen kısmını kapsayacağını” düzenleyen hükümler vasıtasıyla da sigorta teminatının kapsamı sınırlandırılmaktadır¹³⁸.

Zorunlu sorumluluk sigortalarına ilişkin TTK madde 1484 (1) uyarınca,

“Sigortacı, sigortalıya karşı ifa borcundan tamamen veya kısmen kurtulmuş olsa da, zarar gören bakımından ifa borcu, zorunlu sigorta miktarına kadar devam eder.”

TTK madde 1484 (1) zorunlu sorumluluk sigortaları bakımından son derece önemli bir hükümdür. Buna göre, sigortacı sigorta ettirenle arasındaki sigorta sözleşmesinden veya bu sözleşmeyi düzenleyen yasa (TTK) hükümlerinden kaynaklanan savunmaları zarar gören üçüncü kişiye karşı ileri süremeyecektir.

Zorunlu sorumluluk sigortaları eğer özel bir yasada (en azından bazı yönleri açısından) özel olarak düzenlenmişlerse, bu düzenlemenin öncelikle geçerli olması ve uygulanması gerekir¹³⁹. Örneğin, Karayolları Trafik Kanunu (KTK) madde 92’de zorunlu trafik sigortasının “kapsamı dışında “bırakılabilen”¹⁴⁰ haller belirtilmiştir. Sigorta sözleşmesinde de bu yolda açık hüküm bulunduğu takdirde, KTK madde 92’de sayılan haller sigortacının edim yükümlülüğüne dahil olmayacaklardır. Çünkü bu hallerin teminata dahil olmayabileceği bizzat yasa koyucunun tercihidir¹⁴¹.

¹³⁸ Ünan, Bedensel Zararlar, sh.245.

¹³⁹ Ünan, Bedensel zararlar, sh.245.

¹⁴⁰ KTK madde 92’de Şu anlatıma yer verilmiştir: “AŞağıdaki hususlar, zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı dışındadırlar.” Burada geçen “kapsamı dışındadırlar” ifadesinin “kapsam dışında bırakılabilirler” biçiminde anlamak gerekir, bk. Ünan, Bedensel zararlar, sh.245.

¹⁴¹ Bu haller söz konusu ise, zarar görenin sigortacıya karşı doğrudan dava hakkını kullanması olasılığında sigortacı bunların teminat kapsamında olmadığı savunmasını zarar görene karşı da yapabilir; “sigorta sözleşmesinden veya sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması sonucunu doğuran hallerin zarar görene karşı ileri sürülemeyeceğini” hükmüne bağlayan KTK madde 95, fıka 1 bu durumda geçerli değildir.

Zorunlu sorumluluk sigortası yaptırmakla yükümlü olan sigorta ettirenler, sigortanın kendilerini “gereği gibi” (“en geniş ölçüde”) korumasını yetersiz buluyorlarsa; ek” (isteğe bağlı) teminat elde edebilirler. Bu isteğe bağlı *ek teminatın* ayrı bir sigorta sözleşmesi yapılarak elde edilmesi mümkün olduğu gibi, zorunlu sorumluluk sigortasının kapsamının (ek prim karşılığında) *genişletilmesi* yoluyla elde edilmesine de olanak sağlanması uygun bir çözüm olacaktır¹⁴².

Öğretide ayrıca şu hususa da dikkat çekilmektedir¹⁴³: “Eğer bir zorunlu sorumluluk sigortası, zararın sigorta sözleşmesinde öngörülen formül uygulanarak hesaplanacak kısmının temin edileceğini, bunu aşan zarar kısmının ise teminat dışında kalacağını hükme bağlamakta ise; sigorta sözleşmesindeki formül, yargının kabul ettiği formülden farklı olduğu ve daha az zarar tutarı belirlenmesine yol açtığı takdirde sigorta ettirenin üzerinde kalacak bir zarar kısmı (isteğe bağlı sigorta koruması altında bulunması hali hariç) her zaman söz konusu olacaktır. Hem sorumluluk sigortacısının hem de zarardan sorumlu sigorta ettirenin aynı anda dava edildikleri varsayımında, tazminat hesaplarının sorumluluk sigortacısı için ayrı, zarardan sorumlu sigorta ettiren için ayrı formüller uyarınca yapılması yadırgatıcıdır. Çünkü bunlar “aynı” zarardan sorumludurlar. Bununla birlikte, aynı zarardan sorumlu olan kişilerin tazminat yükümlülüklerinin özdeş olması zorunlu değildir. Yasa buna izin vermekte ise, sigortacı için kullanılan formül değişik olabilir. Zarar görenin uğradığı zarar tutarı belirlenirken, herkes için geçerli olan hesap yöntemi hangisiyse onun uygulanması doğaldır. Yasa farklı bir kural benimsemiş olmadıkça, sigorta ettirene yüklenecek tazminat borcu da bu genel geçerliğe sahip hesap yöntemine göre yapılan zarar hesabı esas alınarak saptanacaktır. Buna karşılık, sorumluluk sigortacısı için durum

Ayrıca KTK madde 95 fıkra 1’de sözü geçen “sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümleri” deyimini de kaynak İsviçre yasasına uygun biçimde, “KTK’ndaki hükümleri” değil, “TTK’ndaki hükümleri” belirttiği şekilde anlamak gerekir, bk. Ünán, Bedensel Zararlar, sh.246.

¹⁴² Ünán, Bedensel zararlar, sh.246.

¹⁴³ Ünán, Bedensel zararlar, sh.247’den naklen.

farklı olabilir. Çünkü sorumluluk sigortasının, sigorta ettirenin sorumluluğunu “bütünüyle” temin etme gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Nitekim, teminat limiti ve /veya muafiyet indirimi gibi sebeplerle, sigortacı daha dar bir çerçeve içinde sorumlu olabilmektedir.”

3. Trafik Kazalarında Tedavi Masrafları

Trafik kazalarından kaynaklanan bedensel zararlarda, işle-
tenin sorumlu olduğu tedavi masrafları SGK tarafından kar-
şılanmaktadır. “Sağlık hizmet bedellerinin ödenmesi” başlıklı
KTK madde 98 ilk ve ikinci fıkralarında şu düzenlemeye yer
vermiştir:

*“Trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer
bütün resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık
hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakıl-
maksızın Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır.*

*Trafik kazalarına sağlık teminatı sağlayan zorunlu sigortalarda;
sigorta şirketlerince yazılan primlerin ve Güvence Hesabınca tahsil
edilen katkı paylarının %15’ini aşmamak üzere, münhasıran bu te-
minatın karşılığı olarak Hazine Müsteşarlığınca sigortacılık ilkele-
ri çerçevesinde maktu veya nispi olarak belirlenen tutarın tamamı
sigorta şirketleri ve 3/6/2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Ka-
nunununun 14 üncü maddesinde düzenlenen durumlar için Güvence
Hesabı tarafından Sosyal Güvenlik Kurumuna aktarılır. Söz konusu
tutar, ilgili sigorta şirketleri için sigortacılık ilkelerine göre ayrı ayrı
belirlenebilir. Aktarım ile sigorta şirketlerinin ve Güvence Hesabının
bu teminat kapsamındaki yükümlülükleri sona erer”.*

Burada yalnızca **tedavi masrafları** ile sınırlı bir düzenleme
yapılmış olduğundan, bedensel zarar kapsamındaki **diğer ka-
yıplar** (tedavi masrafı dışındaki masraflar, örneğin, çalışma
gücünün yitirilmesinin yol açtığı kayıplar, ekonomik geleceğin
sarsılmış olmasından doğan kayıplar) sigorta şirketi tarafından
zorunlu trafik sigortası kapsamında (limitler dahilinde) öde-
necektir.¹⁴⁴

¹⁴⁴ Ünan, Bedensel zararlar, sh.248.

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Tarife Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelik madde 3 bent f uyarınca, “*Sigorta teminatları*” deyimini “*trafik sigortası kapsamında sağlanan maddi teminat ile tedavi gideri, sakatlanma ve ölüm teminatları*” anlamına gelmektedir. Sakatlanma zararları için, tedavi masraflarından ayrı bir teminat kategorisi öngörülmüştür.

4. Birden Çok Sigortanın Varlığı Halinde Hangi sigortanın Önce Geleceği Sorunu

Birden fazla sorumluluk sigortacısı mevcut olduğu takdirde, bunlardan hangisine öncelikle başvurulabileceği sorunu gündeme gelir. Genel kural “*Sorumluluk Sigortalarına Uygulanacak Hükümler*” başlıklı TTK madde 1485’te yer almaktadır:

“Sorumluluk sigortalarına genel hükümlerle birlikte, 1454’üncü ve 1458’inci maddeler, 1466’ncı maddenin birinci fıkrası ve 1471’nci madde de uygulanır”.

TTK madde 1485’in yollama yaptığı “*Müşterek Sigorta*” başlıklı TTK madde 1466 (1) ise şöyledir:

“Bir menfaat birden çok sigortacı tarafından aynı zamanda, aynı süreler için ve aynı rizikolara karşı sigorta edilmişse, yapılan birden çok sigorta sözleşmesinin hepsi, ancak sigorta olunan menfaatin değerine kadar geçerli sayılır. Bu takdirde sigortacıardan her biri, sigorta bedellerinin toplamına göre, sigorta ettiği bedel oranında sorumlu olur”.

Sorumluluk sigortalarına uygulanacak diğer hükümleri belirleyen TTK madde 1485, sorumluluk sigortalarında TTK’nun birden çok sigorta başlığı altında getirdiği düzenlemeden yalnızca TTK madde 1466 (1) hükmüne yollama yapmıştır. Çifte sigorta ve kısmi sigorta, “menfaat değerinin söz konusu olduğu” sigortalara ilişkin bulduklarından, bunların sorumluluk sigortalarında kural olarak uygulanmamaları makuldür.

TTK madde 1485’in yollama yaptığı TTK madde 1466 (1) hükmü müşterek sigortaya ilişkindir. Öğretide, bu hükmün

sorumluluk sigortalarına uygun düşen bir hüküm olmadığı¹⁴⁵; TTK madde 1485'in; TTK 1466 (1) cümle 1'e değil, (baş kısmındaki "bu takdirde" sözcükleri hariç olmak kaydıyla) cümle 2'ye göndermede bulunduğunu kabul etmenin daha doğru olacağı; ne var ki TTK 1485'in, TTK 1466 (1) cümle 2'ye gönderme yapmış olduğu kabul edilse dahi, bu halde de yerinde bir sonuca ulaşamadığı; doğru düzenlemenin, "*sigortacıların her birinin kendi sözleşmesindeki teminat limitine kadar sorumlu olması*" biçiminde olduğu; bu çözüm benimsenmiş olsa idi, zarar görenin tazminat alacağıının, mevcut sorumluluk sigortalarının her birinin öngördüğü teminat limiti dahilinde (bu limitlerin her birinden düşük) olduğu varsayımında, alacağıının tamamı için bu sigortacıardan herhangi birini (veya hepsini birlikte) dava edebilmesine olanak verilmiş olacaktı, denilmektedir¹⁴⁶.

Öte yandan, TTK madde 1485 hükmü, TTK madde 1486 (2) uyarınca "emredici" niteliğe sahiptir (TTK madde 1485'e aykırı sözleşme koşulları geçersizdir).

Tehlikeli Maddeler ve Tehlikeli Atık Zorunlu Sorumluluk Sigortası Genel Şartlar A.2 maddesinde ise özel düzenleme bulunduğu görülmektedir . Bu hüküm (ilgili fıkralar) aşağıdaki gibidir:

A.2. Sigortanın Kapsamı

--- --- ---

"Tehlikeli Maddeler ve Tehlikeli Atık Sorumluluk Sigortası bulunan bir işyerinde, kullanılmak üzere bulundurulanan LPG tüpünün infilakı, gaz kaçırmaması, yangın çıkarmaması sonucu verilecek zararlar, Tüpgaz Sorumluluk Sigortası limitleri dahilinde sigortacısı tarafından tazmin edilir.

¹⁴⁵ TTK 1466 (1) cümle 1'deki sigortalının "aynı zamanda" yapılmış olması, yani, sigortacıların birbirinden haberli olarak sigorta ilişkisine girmeleri koşulunun gerçekleşme olasılığı hemen hiç yoktur. Ayrıca, bu hüküm "sigorta olunan menfaat" kavramını esas almaktadır, oysa sorumluluk sigortalarında menfaat değerinden söz etmek doğru görünmemektedir, bk. Ünan, Bedensel zararlar, sh.249.

¹⁴⁶ Ünan, Bedensel zararlar, sh.249-250.

Ancak, kullanılmak üzere bulundurulan tüpgazın neden olduğu kaza, işyerinde bulunan yanıcı, parlayıcı, patlayıcı maddelerin de zarar vermesine yol açarsa, tazminat ödemelerinde Tüpgaz Sorumluluk Sigortasına öncelik verilir; bu sigortanın limitlerinin yetersiz kalması halinde Tehlikeli Maddeler ve Tehlikeli Atık Sorumluluk Sigortası, limitleri dahilinde işlemeye başlar.

Hasara yol açan kazanın çıkış nedeninin yanıcı, yakıcı, parlayıcı, patlayıcı maddeler olması halinde öncelikle Tehlikeli Maddeler ve Tehlikeli Atık Sorumluluk Sigortası işlemeye başlar”.

Aynı zarar için aynı anda hem “tüpgaz sorumluluğu” hem de “tehlikeli maddelerden kaynaklanan sorumluluk” gerçekleşmiş ise, bu durumda zarar görenin her iki sigortaya da TTK madde 1466 (1) çerçevesinde başvuru yapmak durumunda kalacağı; buna karşılık, eğer bu sorumluluklardan biri nedensellik açısından diğerinin önüne geçmiş bulunuyor ve zararın tek sebebi olarak yalnızca tehlikeli maddeyi veya tüpgazı kabul etmek gerekiyorsa, o zaman sigortalardan sadece birinin devreye gireceği ifade edilmektedir.¹⁴⁷

5. Manevi tazminat

Birçok sigortada “manevi zarar” “**kapsam dışı**” bırakılan bir hal olarak düzenlenmiştir¹⁴⁸. Örneğin,

- o KTK madde 92 bent f, manevi tazminatın zorunlu trafik sigortasının koruması altında olmayabileceğini öngörmüştür. Zorunlu Trafik Sigortası Genel Şartları A.6 bent f’ de, yasaya paralel bir biçimde manevi tazminat istemlerinin sigorta teminatı dışında kalacağını açıkça hükme bağlamıştır.
- o Aynı çözüm Tehlikeli Maddeler ve Tehlikeli Atık Zorunlu Sorumluluk Sigortası Genel Şartları A.4 bent b;

¹⁴⁷ Ünán, Bedensel zararlar, sh.250.

¹⁴⁸ Manevi tazminat istemlerinin bir çok sigorta sözleşmesinde teminat dışında bırakılmasının temel sebebi, hüküm altına alınacak tazminat tutarlarının bütünüyle hakimin takdirine bağlı olması ve önceden hesaplanmalarına olanak bulunmayışıdır, bk. Ünán, Bedensel zararlar,sh.252.

- o Tüpgaz Zorunlu Sorumluluk Sigortası Genel Şartları madde 3, bent b;
- o Özel Güvenlik Zorunlu Sorumluluk Sigortası Genel Şartları A.5 bent 1’de

yer almıştır.

Buna karşılık;

- o Motorlu Kara Taşıtları İhtiyari Sorumluluk Sigortası Genel Şartları madde 3, fıkra 1,
- o İşveren Sorumluluk Sigortası Genel Şartları A.2 D ve
- o Ürün Sorumluluk Sigortası Genel Şartları A.4.1, bent d,
manevi tazminatın “*aksine sözleşme yoksa*” kapsam dışı olduğunu öngörmektedirler.
- o Tıbbi Kötü Uygulama (TKU) Zorunlu Sorumluluk Sigortası Genel Şartları ile
- o Üçüncü Şahıslara Karşı Sorumluluk Sigortası Genel Şartları,
- o Deniz Araçları Zorunlu Sorumluluk Sigortası Genel Şartları ise

manevi tazminatı **kapsamadıklarına ilişkin açık hüküm içermemektedirler.**

Tartışmaya açık olan husus, bir sorumluluk sigortası sözleşmesinin “**bedensel zararlar**” için koruma sağladığını belirtmekle birlikte **manevi tazminat** konusunda (bu istemlerin teminata dahil bulunmayacağı hakkında) açık düzenleme getirmemiş olması halidir. Böyle bir durumda, bedensel zararlarla ilgili tazminat istemlerini temin eden bir sigorta sözleşmesinin, aksi açıkça kararlaştırılmış olmadıkça manevi zarar istemlerini de kapsadığını benimsemenin daha doğru olacağı belirtilmektedir¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Ünán, Bedensel zararlar, sh.251.

SORUMLULUK SİGORTALARINDAN DOĞAN TALEPLERİN İLERİ SÜRÜLECEĞİ SÜRELER

Dr. Öğr. Ü. Aslıhan SEVİNÇ KUYUCU*

TTK m. 1473'e göre, "Sigortacı sorumluluk sigortası ile, sözleşmede aksine hüküm yoksa, sigortalının sözleşmede öngörülen ve zarar daha sonra doğsa bile, sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle zarar görene, sigorta sözleşmesinde öngörülen miktara kadar tazminat öder." Zarar sigortalının bir türü olan sorumluluk sigortası, öğretide "sigortacının, sigortalıya gerçekleşen veya gerçekleştiği iddia edilen sorumluluğunun mali sonuçlarına karşı sigorta himayesi sağlamayı üstlendiği" sigorta sözleşmesi olarak tanımlanmaktadır¹. Sigorta ettirenin akdi veya akit dışı sorumluluğu sigorta sözleşmesinin konusu olabilir. Sigorta ettirenin gerek akdi gerekse akit dışı sorumluluğunun konu edildiği sigorta sözleşmelerinde sigorta ettirenin, sigortalının veya zarar gören üçüncü kişinin sigortacıya karşı sahip olduğu taleplerin ileri sürüleceği süreler sigorta himayesinden faydalanmak bakımından önemli hususlardandır.

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, sorumluluk sigortalarından doğan taleplerin ileri sürüleceği zamanaşımı sürelerine ilişkin 1420. ve 1482. maddelerinde düzenleme getirmiştir. TTK m. 1478'de ise sorumluluk sigortasında zarar görenin sigorta sözleşmesi için geçerli olan zamanaşımı süresinde sigortacıya doğrudan talep yöneltebileceği hüküm altına alınmıştır. Sorumluluk sigortalarından doğan taleplerin ileri sü-

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Emine YAZICIOĞLU, Sorumluluk Sigortalarında Riziko, Sigorta Hukuku Sempozyumları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 423.

rülebileceği sürelerle ilişkin yalnızca Türk Ticaret Kanunu'nda değil ikincil mevzuatta -özellikle akit dışı sorumluluğu karşı sigorta himayesi sağlanan Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortasına ilişkin olarak Karayolları Trafik Kanunu'nda- düzenlemeler bulunmaktadır. Kanun koyucu bu hususu dikkate alarak TTK m. 1420/2'de diğer kanunlardaki ilgili hükümleri saklı tutmuştur.

TTK'da düzenlenen zamanaşımı sürelerinin uygulanacağı talepler, sigorta ettirenin sigortacıya yönelteceği taleplerin yanında sigortacının sigorta ettirene yönelteceği talepleri de içermektedir. Sorumluluk sigortalarında sigorta sözleşmesinin tarafı olan sigorta ettiren sigortacıya başvurabileceği gibi, zarar gören üçüncü kişinin de sigortacıya başvuru hakkının bulunması taleplerin ileri sürüleceği süreleri zarar gören üçüncü kişi bakımından önemli hale getirmektedir. Bu çalışmada, genel olarak sorumluluk sigortasından doğan taleplerin tabi olduğu zamanaşımı sürelerine ilişkin düzenlemeler açıklanarak akit dışı sorumluluğuğun konu edildiği sorumluluk sigortalarında bedensel zararların tazmini bakımından sigorta ettirenin, sigortalının ve zarar gören üçüncü kişinin taleplerinin tabi olduğu süreler, sürelerin başlangıcı, işlemleri, durması veya kesilmesi, süreler arasındaki ilişki TTK ve ikincil mevzuat dikkate alınarak tespit edilmeye çalışılacaktır.

I- SORUMLULUK SİGORTASI SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN TALEPLERİN BELİRLENMESİ

A. Genel Olarak

Sigorta sözleşmesinde sigortacı ve sigorta ettiren karşılıklı borç altına girmektedir. TTK sigorta ettiren ve sigortacının karşılıklı borçlarından kaynaklanan talepleri farklı zamanaşımı sürelerine tabi tutmuştur. Sorumluluk sigortalarında sigorta sözleşmesinin tarafı olmayan zarar gören üçüncü kişilerin de sigortacıya doğrudan talep yöneltme hakkı söz konusu olduğundan zarar gören üçüncü kişinin de ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

B. Sigorta Ettirenin Sigortacıya Yönelteceği Talepler

Sigorta sözleşmesinde sigortacı sigorta ettirene karşı belli bir prim karşılığında sigorta teminatı sağlama borcu altına girer. Teminat sağlama borcu, rizikonun gerçekleşmesi halinde ödeme borcuna dönüşür ve sorumluluk sigortalarında sigortacının sigorta ettirene tazminat ödeme borcu doğar². Dolayısıyla sigorta ettirenin³ sigortacıya yönelteceği taleplerin başında sigorta tazminatına ilişkin talepler gelmektedir.

C. Sigortacının Sigorta Ettirene Yönelteceği Talepler

Karşılıklı borç doğuran sigorta sözleşmesinde, teminat belli bir prim karşılığında sağlandığından sigortacının sigorta ettirene yöneltebileceği talep denildiğinde temel olarak sigorta ettirenin prim ödeme borcunun ifasında temerrüde düşmesi halinde primin ödenmesine ilişkin talep ile karşılaşılmaktadır.

D. Zarar Gören Üçüncü Kişinin Sigortacıya Yönelteceği Talepler

Sorumluluk sigortasında sigortacı, sigortalıya gerçekleşen veya gerçekleştiği iddia edilen sorumluluğunun mali sonuçlarına karşı sigorta himayesi sağlamayı taahhüt etmektedir⁴. Sigortacı, sigorta ettirenin sorumluluğunun doğduğu zarar gören üçüncü kişiye karşı herhangi bir borç üstlenmemiş olmakla birlikte, kanun koyucu TTK m.1478’de zarar gören üçüncü kişiye sigortacıya doğrudan başvurma hakkı tanımıştır. Hükme göre, zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilir. Hükümden anlaşıldığı üzere, zarar görenin sigortacıya yönelteceği talep sigorta ettirenin fiili sebebiyle uğradığı zarara ilişkin tazminat talebidir⁵.

² Rayegan KENDER, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 311.

³ Başkası hesabına sigortada “sigortalı”.

⁴ YAZICIOĞLU, s. 423.

⁵ Zarar görenin sigortacıya karşı doğrudan dava hakkı ve sigortacının zarar görene

E. Sigorta Sözleşmesinden Doğmakla Birlikte Ayrı Esaslara Tabi Olan Talepler

Sigorta sözleşmesinden doğan talepler sözleşmeye dayalı olarak yapılan fazla ödemelerin iadesine ilişkin de olabilir. Bu talepler esasen sigorta sözleşmesinden doğmakla beraber sebepsiz zenginleşme esaslarına tabidir⁶. Örneğın, sigortacının riziko kapsamında olmayan bir olay için hataen ödeme yapması veya sigorta ettirenin hataen fazla prim ödemesi hallerinde borç olmayan şeyin ifası (condictio indebiti) söz konusu olduğundan tazminat veya prim ödemelerinin aşan kısımlarının iadesi sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olacaktır. Sigortacının TTK m. 1427/3 gereğince, rizikoya ilişkin araştırmaları üç ay içinde tamamlayamamış olması halinde avans ödemesi yapması ve araştırmalar sonucunda zararın ödenen avanstan az olduğunun tespit edilmesi halinde ödenen fazla avansın iadesi de sebepsiz zenginleşme esaslarına tabi olacaktır⁷. Buna göre, anılan talepler TBK m. 82/1 uyarınca hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunun öğrendiğı tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde zenginleşmenin gerçekleştiğı tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

karşı ifa yükümlüğü hakkında bkz.: Ecehan YEŞİLOVA ARAS, Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı (TTK m. 1478), Yetkin Yayınları, Ankara, 2013; Birgül SOPACI ÖZTUNA, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1484. Maddesine Göre Zorunlu Sorumluluk Sigortasında Sigortacının Zarar Görene Karşı İfa Yükümlülüğü, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununu Beklerken, Cilt 18, Sayı 2, Yıl 2012, s. 699- 723.

⁶ ÜNAN, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, Cilt I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 160; Zehra ŞEKER ÖGÜZ, Sorumluluk Sigortalarında Zamanaşımı, Sigorta Hukuku Sempozyumları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 153. Ayrıca bkz.: Tekin MEMİŐ, Sigorta Sözleşmelerinden Kaynaklanan Taleplerde Zamanaşımına İlişkin Eleştiriler ve Değerlendirmeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, İstanbul, 2012, s. 1940.

⁷ ÜNAN, C. I, s. 160.

II. SORUMLULUK SİGORTASI SÖZLEŞMELERİNDE ZAMANAŞIMI SÜRELERİ VE SÜRELERİN UYGULANACAĞI TALEPLERİN BELİRLENMESİ

A. TÜRK TİCARET KANUNUNDA DÜZENLENEN ZAMANAŞIMI SÜRELERİ

1. Türk Ticaret Kanununun Zamanaşımı Hükümlerine İlişkin Genel Değerlendirme

TTK'nın sigorta sözleşmelerinde zamanaşımına ilişkin 1420. ve 1482. maddeleri ile, sorumluluk sigortasında zarar görenin sigortacıya karşı doğrudan dava hakkının zamanaşımı süresinin tabi olacağı hükümler hakkında düzenleme getiren 1478. maddesi incelenmeye geçilmeden önce, bu hükümlerin hem kaleme alınışındaki aksaklıklara hem de gerekçelerdeki açıklamalar ile hükümlerin uyumsuzluğuna değinmek zorunludur. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak saptanacağı üzere, kanun koyucu anılan üç hükmü düzenlerken hükümlerin birbirleri ile bağlantılarını dikkate almamış, yorumlanması güçlük oluŐturacak ifadelere yer vermiş ve özellikle hükümlerin konuluş amaçları ile uyumsuz, bazı hatalar da içeren gerekçelere yer vermiştir⁸. Bu sebeple uygulamada sigorta hukukunun ve özellikle sorumluluk sigortalarının ihtiyaçlarına cevap veremeyecek bir düzenleme ortaya çıkmıştır. Çalışmamızda TTK'daki düzenlemenin halihazırdaki haliyle ne şekilde uygulanacağı aydınlatılmaya çalışılacaktır.

2. TTK m. 1420 Hükümünde Belirlenen Alt ve Üst Zamanaşımı Süreleri

a. Genel Olarak

TTK m. 1420 hükmü "*Sigorta sözleşmesinden doğan bütün istemler, alacağın muaccel olduğu tarihten başlayarak iki yıl ve 1482 nci madde hükmü saklı kalmak üzere, sigorta tazminatına ve sigorta bedeline ilişkin istemler her hâlde rizikonun gerçekteŐtiđi tarihten iti-*

⁸ MEMİŐ, s. 1941. TTK'nın bu düzenlemesi karşısında sigorta hukukunun ihtiyaçlarına yanıt verecek çözümlere ilişkin bkz.: ÜNAN, C. I, s. 158 vd. ve C.II, s. 385 vd., s. 355-361.

baren altı yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.” şeklindedir. Hükümde sigorta sözleşmesinden doğan taleplerin iki ve altı yıllık iki ayrı zamanaşımı süresine tabi kılındığı görülmektedir. İki yıllık süre alacağın muaccel olduğu tarihten, altı yıllık süre ise rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Öte yandan hükümde talepler bakımından da bir ayrıma gidilmiştir.

TTK m. 1452/2 uyarınca TTK m. 1420’de düzenlenen zamanaşımı sürelerinin değiştirilmesine ilişkin sözleşme şartları geçersizdir⁹.

b. Sigorta Sözleşmesinden Doğan Tüm Taleplerin Tabi Olduğu İki Yıllık Zamanaşımı Süresi

TTK m. 1420 sigorta sözleşmesinden doğan tüm taleplerin alacağın muaccel olduğu tarihten başlayarak iki yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu hükmünü getirmektedir. Sigorta sözleşmesinden doğan tüm istemler sigorta ettirenin sigortacıya yönelteceği talepleri ve sigortacının sigorta ettirene yönelteceği talepleri kapsamına alır. Sigorta türlerine ilişkin bir ayırım yapılmadığından ve TTK’nın Sigorta Hukuku kitabının Genel Hükümler başlıklı Birinci Kısımında yer aldığından zarar ve meblağ sigortaları bakımından uygulama alanı bulacaktır. TTK m. 1420’deki “sigorta sözleşmesinden doğan tüm istemler” ifadesi kanımızca sorumluluk sigortalarında zarar gören üçüncü kişinin TTK m. 1478’e dayalı olarak sigortacıya yönelteceği talepleri de kapsar¹⁰; zira zarar gören üçüncü kişinin sigortacıya doğrudan talep yöneltme hakkı kanun ile tanınmış olmakla birlikte talebin dayanağı sigorta sözleşmesidir. Sonuç olarak alt zamanaşımı süresi olarak ifade edebileceğimiz iki yıllık zamanaşımı süresinin düzenlendiği TTK m. 1420 hükmü değerlendirildiğinde, bu sürenin sigortacının sigorta etti-

⁹ Sigorta sözleşmelerinde yer alan teminata ilişkin zaman koşulu ile zamanaşımı arasındaki farka ilişkin açıklamalar için bkz.: ÜNAN, C. 1, s. 162-164. Sorumluluk sigortalarına ilişkin zamanaşımı sürelerinin değiştirilmesi hakkındaki sözleşme şartlarının geçersiz olduğu da TTK m. 1486/2’de hüküm altına alınmıştır.

¹⁰ Sigorta sözleşmesinin tüm taraf ve ilgililerinin -örneğin zarar gören- talepleri iki yıllık zamanaşımı süresine tabidir.: ŞEKER ÖGÜZ, s. 140- 142. Aksi yönde bkz.: ÜNAN, C. II, s. 391. Aşağıda dn. 13’teki açıklamalar.

rene yönelteceği taleplere (örneğin sigorta ettirenin prim ödeme borcunda temerrüde düşmesi halinde sigortacının sigorta ettirene yönelteceği prim talebi), sigorta ettirenin sigortacıya yönelteceği tazminat/bedel talebine ve sorumluluk sigortalarında TTK m. 1474 ile TTK m. 1476 uyarınca ileri sürülecek hukuki koruma teminatına dayanan taleplerle¹¹ yine sorumluluk sigortalarında zarar gören üçüncü kişinin sigortacıya doğrudan yönelteceği tazminat talebine uygulanacak süre olduğu tespit edilmektedir¹².

c. Sigorta Tazminatına ve Sigorta Bedeline İlişkin Taleplerin Tabi Olduğu Altı Yıllık Zamanaşımı Süresi

Sigorta tazminatına ve sigorta bedeline ilişkin taleplerin altı yıllık zamanaşımı süresine de tabi olduğu TTK m. 1420' de belirtilmiŐtir¹³. Altı yıllık zamanaşımı süresi aynı zamanda iki yıllık alt süreye tabi olan sigorta tazminatı ve sigorta bedeli

¹¹ TTK, hukuksal koruma teminatına ilişkin düzenlemesini iki ayrı maddede yapmıştır. TTK m. 1474, zarar görenin kendisine yönelttiği tazminat talebi ile ilgili olarak sigorta ettiren tarafından yapılan ve yapılacak masrafların karşılanmasını veya buna ilişkin avans verilmesini; TTK m. 1476 ise, tazminat istemi hakkında sigortacının yetkilerini ve yükümlölüklerini hüküm altına almıştır.: ÜNAN, C. II, s. 329- 330.

¹² MEMİŐ, s. 1941; ŞEKER ÖĞÜZ, s. 146. Öğretide TTK m. 1420' de düzenlenen iki yıllık alt zamanaşımı süresinin zarar görenin TTK m. 1478'e dayalı olarak sigortacıya yönelteceği talepler bakımından uygulama alanı bulmayacağı savunulmaktadır. Görüşe göre, doğrudan dava hakkına uygulanacak zamanaşımı konusunda iki yıllık asıl sürenin uygulanması uygun bir çözüm değildir; zira sigortacı en fazla sigortalı kadar sorumlu olmalıdır. Bu çözüm sigorta ettirenin sigortacıya karşı alacağının muacceliyet anı ve sigortalının sigorta ettirene karşı sahip olduğu alacağının muacceliyet anı dikkate alındığında da yerinde bulunmamaktadır. TTK'nun getirmiş olduğu düzenleme çerçevesinde uygulanması gereken çözüm zarar görenin doğrudan dava hakkı bakımından on yıllık tavan sürenin uygulanması, asıl süre bakımından ise kanunda boşluk olduğunun kabul edilmesidir. Anılan boşluk, Alman Hukukunda olduğu gibi (VVG Ő115(2)) on yıllık tavan süre aŐılmamak kaydıyla zarar görenin doğrudan dava hakkının zarardan sorumlu sigorta ettirene yönelik dava hakkıyla aynı zamanaşımına tabi tutulmasıdır. Ayrıca örnekler için bkz.: ÜNAN, C.II, s. 359-360. TTK m. 1478 hükmünün yalnızca tavan zamanaşımı süresi getirdiğinin kabul edilmesinin ve asıl zamanaşımı süresinin boşlukta bırakıldığının benimsenmesi; bu boşluğun Yargıtay'ın 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemdeki uygulamaları doğrultusunda zarar görenin zarar verene yönelteceği tazminat talebinin zamanaşımı süresi uygulanarak doldurulması gerektiği yönünde bkz.: ÜNAN, C. II, s. 391.

¹³ Sigorta sözleşmelerinde üst zamanaşımı süresi düzenlenmesinin hükmün gerekçesinde belirtilen faydayı sağlamaktan uzak olduğu yönünde bkz.: ŞEKER ÖĞÜZ, s. 138- 139; ÜNAN, C. I, s. 158- 159

line ilişkin taleplere uygulanacak üst zamanaşımı süresidir. Buna göre, sigorta ettirenin sigortacıya yönelteceği sigorta tazminatına veya bedeline ilişkin talepler bakımından alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren iki yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlayacak; öte yandan bu talepler herhalde rizikonun gerçekteŐtiđi tarihten itibaren altı yılın geçmesi ile zamanaşımına uğrayacaktır¹⁴. Dolayısıyla alacağın muaccel hale gelmemesi sebebiyle iki yıllık zamanaşımı süresinin işlemeye başlamaması halinde dahi, rizikonun gerçekteŐtiđi tarihten itibaren işlemeye başlayacak altı yıllık sürenin dolması ile sigorta tazminatına veya bedeline ilişkin talepler zamanaşımına uğramış olur.

d. TTK m. 1420’de Üst Zamanaşımı Süresi Bakımından Saklı Tutulan TTK m. 1482 Hükümü ve On Yıllık Zamanaşımı Süresi

Kanun koyucu sigorta tazminatına veya bedeline ilişkin taleplerin tabi olduğu altı yıllık üst zamanaşımı süresini düzenlerken “1482 nci madde hükümü saklı kalmak üzere” ifadesiyle sorumluluk sigortalarında zamanaşımına ilişkin özel hükme atıfta bulunmuştur. TTK m. 1482 sorumluluk sigortalarında sigortacıya yöneltilen tazminat taleplerini, sigorta konusu olaydan itibaren on yıllık zamanaşımı süresine tabi tutmuştur. Bu durumda sorumluluk sigortalarından kaynaklanan tazminat taleplerine TTK m. 1420’de hüküm altına alınan altı yıllık üst zamanaşımı süresi yerine TTK m. 1482’de sorumluluk si-

¹⁴ Öğretide sorumluluk sigortalarında sigorta ettirenin sigortacıya yönelteceği tazminat taleplerinin TTK m. 1420 hükümüne tabi olduğu; hükümde düzenlenen iki yıllık sürenin sigorta ettirenin taleplerine uygulanacağı; ancak altı yıllık üst sürenin uygulanmasının adaletsiz sonuçlara yol açacağı belirtilmektedir. Görüş, TTK m. 1420’deki altı yıllık tavan süre yerine herhangi bir tavan sürenin söz konusu olmamasının veya zarar görenin talepleri hakkında tavan süre getirmeyi amaçlayan TTK m. 1482’deki on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasının uygun çözümler olabileceğini ifade etmekle birlikte, ikinci çözümlerin daha kolay ve tutarlı olduğunu ancak ilk çözümlerin daha uygun göründüğünü de vurgulamaktadır. ÜNAN, C. II, s. 396-398. Kanımızca da kanun koyucunun amacının sigortacıyı sigorta ettirenden daha uzun süre sorumluk altında bırakmamak olması gerekip, TTK m. 1420 ve TTK m. 1482 hükümlerinin amaca yönelik sonuçlar doğuramamasının en önemli sebeplerinden birisi TTK m. 1482’de “olay” kavramını esas alan bir düzenleme getirilmiş olmasıdır. Ayrıntılı açıklamalar ve örnekler için bkz.: ÜNAN, C. II, s. 402-405.

gortalarına özel olarak öngörülen on yıllık üst zamanaşımı süresi uygulanmalıdır¹⁵.

TTK m. 1482 hükmünde on yıllık üst zamanaşımı süresine tabi kılınan talepler “sigortacıya yöneltilecek tazminat talepleri”dir. Hükmün gerekçesi ise, “Sorumluluğun doğumunun ve tazmini gereken zararın tespitinin uzun zaman alabiliyor olması nedeniyle genel hükümlerde öngörülen iki yıllık sürenin sorumluluk sigortalarında az olacağı düşüncesi ile bu tür sigortalarda zamanaşımı süresi beş yıl olarak belirlenmiştir.” şeklindedir. Hükmün metni ve gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde sorumluluk sigortalarından doğan tüm tazminat taleplerinin on yıllık zamanaşımı süresine tabi kılındığı anlaşılmaktadır; zira kanun koyucu sorumluluk sigortalarından doğan belli tazminat taleplerini, örneğin yalnızca zarar görenin tazminat taleplerini, on yıllık üst süreye tabi kılmayı amaçlasaydı bu hususa ilişkin hükümde veya gerekçede bir açıklama bulunması gerekirdi. Öte yandan TTK m. 1482’nin, 6. Kitabın “Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler” başlıklı İkinci Kısımının “Zarar Sigortaları” başlıklı Birinci Bölümde “Sorumluluk Sigortaları” başlıklı kısımda “Genel Hükümler” kenar başlığı altında yer alıyor olması da kanımızca hükümde öngörülen on yıllık üst sürenin sigortacıya yöneltilecek tüm tazminat taleplerini kapsadığını ortaya koymaktadır. Çünkü TTK m. 1482 hükmü, zarar görenin doğrudan dava hakkına ilişkin TTK m. 1478’den sonra yer almasına rağmen doğrudan dava hakkına ilişkin bir temel başlık altında bulunmamaktadır. Örneğin, sorumluluk sigortalarında halefiyete ilişkin TTK m. 1481 hükmü doğrudan dava hakkına ilişkin m.

¹⁵ Aynı yönde bkz.: ŞEKER ÖĞÜZ, s. 139. TTK m. 1482’de düzenlenen on yıllık üst zamanaşımı süresinin yalnızca zarar görenin talepleri bakımından öngörülen bir tavan süre olduğu yönünde bkz.: ÜNAN, C. II, s. 387. Öğretide zarar görenin sigortacıya karşı tazminat talebini zarar sebep olan sigorta ettirene karşı sahip olduğu talebin tabi olduğu zamanaşımı süresine göre belirlenmesinin uygun olacağı da savunulmaktadır.: SOPACI ÖZTUNA, s. 709. TTK m. 1420’deki “1482 nci madde hükmü saklı kalmak üzere” ifadesinin bir yorumu, sigorta ettirenin tabi olduğu zamanaşımı süresi ile zarar görenin tabi olduğu zamanaşımı süresini farklı esaslara tabi tutmak şeklinde olursa sigortacı rizikonun gerçekleşmesinden itibaren sigorta ettirene karşı altı, zarar görene karşı ise on yıl sorumlu kalmaya devam edecektir. Bu sonuç da kanun koyucunun istediği bir sonuç olmamalıdır; zira bu durumda zarar gören sözleşmenin tarafı olan sigorta ettirenden süre bakımından daha geniş bir himayeye kavuşmuş olacaktır.

1478'den sonra ancak zamanaşımına ilişkin m. 1482'den önce yer almakla birlikte tüm sorumluluk sigortaları bakımından geçerlidir. Diğer bir ifade ile TTK m. 1478'den sonra gelen (ve TTK m. 1483'e kadar devam eden) hükümlerin tamamının sadece doğrudan dava hakkına özgü olduğu anlaşılmamaktadır.

Sorumluluk sigortalarında üst zamanaşımı süresine ilişkin TTK m. 1482 hükmü ve gerekçesi incelendiğinde kanun koyucunun hükmü düzenlerken TTK m. 1420 ile ilgili de yanlış bir tespitten yola çıktığı anlaşılmaktadır. Gerekçede sorumluluk sigortaları için on yıllık süre öngörülmesinin sebebinin genel hükümlerde yer alan iki yıllık sürenin sorumluluk sigortaları için az bulunması olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla kanun koyucunun on yıllık süreyi düzenlerken genel üst zamanaşımı süresi olan altı yıllık süreyi değerlendirme dışı bıraktığı saptanmaktadır. Kanun koyucunun amacına ve hükmü koyarken temel aldığı esasa ilişkin bir çelişki de Adalet Komisyonu Raporundaki açıklamada görülmektedir. Adalet Komisyonu Raporunda iki yıllık genel zamanaşımı süresinden bahsedildikten sonra altı yıllık üst zamanaşımı süresine de değinilmiştir. Raporda TTK M. 1420'de TTK m. 1482 saklı tutulduğu için altı yıllık sürenin sorumluluk sigortalarında uygulanmayacağı; ni tekim bu sürenin sorumluluk sigortaları için kısa olduğu, sürenin tazminat talebinin tabi olacağı en uzun zamanaşımı süresi olan on yıl olarak belirlenmesinin uygun olacağı belirtilmiştir¹⁶. Görüldüğü üzere hükmün gerekçesi genel hükümlerde yalnızca iki yıllık zamanaşımı süresinin düzenlendiği gibi bir izlenimle kaleme alınmış; Adalet Komisyonu Raporunda ise altı yıllık sürenin kısa bir süre olduğundan bahsedilmiştir. Öte yandan Adalet Komisyonu Raporunda altı yıllık sürenin sorumluluk sigortaları için kısa olduğu belirtilirken TTK m. 1478'te düzenlenen doğrudan dava hakkına ilişkin bir örnek verilmiş olması, kanımızca bu hükmün yalnızca zarar gören bakımından uygulanmak amacıyla getirildiğini ortaya koyamamaktadır. Yukarı-

¹⁶ Arslan KAYA, Gerekçeli Karşılaştırmalı Notlu Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 1283.

da belirttiğimiz üzere, hükmün yalnızca zarar görenin talepleri bakımından uygulanması amaçlanıyor olsaydı, metinde buna ilişkin bir ifadenin yer alması gerekirdi¹⁷.

Sorumluluk sigortalarında sigortacının sağladığı hukuksal koruma teminatı kapsamında hukuki süreci yönetme kararı alması halinde veya hukuki süreci yönetme kararı almayıp yargılama sonucunda kesinleşecek tazminatı ödemesi halinde sigortacıya yöneltilecek talep sigortacının anılan kararını vermesinden önceki bir talep olduğundan bu talebin üst zamaşımı süresine tabi olup olmadığını TTK'nın halihazırdaki düzenlemesi çerçevesinde tespit etmek kanımızca mümkün gözükmemektedir¹⁸.

**e. TTK m. 1420 ve TTK m. 1482 Hükümlerine Göre
Akit Dışı Sorumluluğun Konu Edildiği Sorumluluk
Sigortalarından Doğan Taleplerde Uygulanacak
Zamaşımı Sürelerine İlişkin Ara Değerlendirme**

Akit dışı sorumluluğun konu edildiği sorumluluk sigortası sözleşmesinde sigortacıya talep yöneltebilecek birden fazla

¹⁷ Öğretide TTK m. 1482 hükmünün yalnızca sorumluluk sigortalarında zarar görenin sigortacıya yönelteceği talepler için geçerli olduğu savunulmaktadır. Anılan görüş, TTK m. 1478 ile TTK m. 1482 birlikte değerlendirildiğinde bu hükümlerin her ikisinin de sadece zarar gören üçüncü kişinin sigortacıya yönelik istemleri ile ilgili olduğunu, sigorta ettirenin sigortacıya yönelteceği taleplerin genel hükümler arasında yer alan TTK m. 1420 hükmüne tabi bulunacağı sonucunun çıktığını ileri sürmektedir. TTK m. 1478 hükmünün zarar görenin doğrudan sigortacıya yönelteceği taleplere ilişkin olduğunun kenar başlıktan anlaşıldığı; TTK m. 1482'nin kenar başlığından bu husus anlaşılmasa da iki hükmün birbirini tamamlayıcı nitelikte olduğu belirtilmektedir. TTK m. 1482 hükmünün gerekçesi değerlendirilerek yapılan ayrıntılı açıklamalar için bkz.: ÜNAN, C. II, s. 385 vd. Ayrıca bkz.: MEMİŐ, s. 1937.

¹⁸ Hukuki koruma teminatına ilişkin bkz.: Samim ÜNAN, Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Sorumluluk Sigortalarında Sigortacının Hukuksal Koruma Edimi (TTK m. 1474'te Düzenlenen "Tazminat İstemi İle İlgili Giderleri Karşılama" ve TTK m. 1476'da Düzenlenen "Yardımda Bulunma" Edimleri), Sigorta Hukuku Sempozyumları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 347- 389. Yazar, TTK m. 1420'de düzenlenen altı yıllık üst zamaşımı süresinin uygulanması halinde sorumluluk sigortalarına uygun düşmeyecek sonuçların ortaya çıkacağını; bu durumlarda tavan sürenin TTK m. 1474'e göre masraf yapma gereğinin doğduğu, TTK m. 1476'ya göre sigorta ettirenin sigortacıya karşı talebinin dayanağını oluşturan olgunun gerçekleştiği tarihte başlayabileceğini savunmaktadır. Bu durumda "riziko" masrafların yapıldığı, sulh anlaşmasının yapıldığı, sigorta ettirenin kendisine yöneltilen istemi kabul ettiği tarih sayılabilecektir.: ÜNAN, Hukuksal Koruma, s. 384- 385.

kişi söz konusudur. Bunlar sigorta ettiren, (başkası hesabına sigortada) sigortalı ve zarar görendir. Dolayısıyla akit dışı sorumluluğun konu edildiği sorumluluk sigortalarından doğan tazminat taleplerinin (gerek bedensel zarar gerekse diğer zararlar söz konusu olsun) tabi olduğu zamanaşımı süreleri TTK m. 1420, m. 1478 ve m. 1482 düzenlemeleri birlikte değerlendirilerek tespit edilmelidir.

TTK m. 1420, tüm sigorta sözleşmesi türlerinden doğan tüm taleplerin iki yıllık alt zamanaşımı süresine tabi olduğunu düzenlediğinden sorumluluk sigortalarında gerek sigortacının sigorta ettirene yönelteceği talepler gerekse sigorta ettirenin, sigortalının ve zarar gören üçüncü kişinin sigortacıya yönelteceği talepler alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren iki yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Buna göre sigorta ettirenin, sigortalının ve zarar görenin sigortacıya yönelteceği akit dışı sorumluluktan kaynaklanan talepler alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren iki yıllık alt zamanaşımı süresine tabidir.

Sorumluluk sigortalarından doğan tazminat taleplerine altı yıllık üst zamanaşımı süresinin uygulanmayacağı kuralı, 1420. maddede sorumluluk sigortalarına ilişkin m. 1482 saklı tutularak ortaya konmuştur. TTK m. 1482’de gerek sigorta ettirenin gerekse zarar görenin talepleri arasında ayırım yapılmadan on yıllık üst zamanaşımı süresi öngörölmüştür. Bu durumda, akit dışı sorumluluktan kaynaklanan bedensel zararlara ilişkin tazminat taleplerinin sigorta konusu olaydan itibaren on yıllık üst zamanaşımı süresine tabi olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

B. İKİNCİL MEVZUATTA DÜZENLENEN UZATILMIŞ SÜRELER

1. Uzatılmış Sürelerin Uygulanması

Zarar ve meblağ sigortalarında sigorta sözleşmelerinden doğan tüm taleplere uygulanacak genel zamanaşımı süresi bakımından “diğer kanunlardaki hükümlerin saklı” olduğunu ifade eden TTK m. 1420/2’nin madde¹⁹ gerekçesinde fıkraya

¹⁹ TTK m. 1420’nin genel hüküm niteliği sorumluluk sigortalarında da diğer kanun-

ilişkin bir açıklama yer almamaktadır. Öğretide, diğer kanunlardaki hükümlerin sigorta sözleşmesinden doğan taleplere ilişkin zamanaşımı süresi öngören kanunlardaki hükümler olduğunun kabul edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır²⁰.

TTK m. 1420/1 tüm sigorta sözleşmelerinden doğan tüm talepler için geçerli olan alt ve üst zamanaşımı sürelerini düzenlediğinden 2. fıkrasında saklı tutulan diğer kanunlardaki zamanaşımı sürelerinin, hem alt hem de üst zamanaşımı süreleri bakımından uygulanabileceği kabul edilmelidir²¹. Kanımızca diğer kanunlardaki zamanaşımı sürelerinin hem alt hem de üst zamanaşımı süresi bakımından uygulanması, alt süre bakımından diğer kanundaki alt sürenin, üst süre bakımındansa diğer kanundaki üst sürenin uygulanması anlamına gelmelidir.

2. Karayolları Trafik Kanununda Düzenlenen Zamanaşımı Süresine İlişkin Özel Hüküm

Karayolları Trafik Kanunu m. 109'da motorlu araç kazalarından doğan maddi zararların tazminine ilişkin talepler için özel bir zamanaşımı süresi hüküm altına alınmıştır. Motorlu araç kazalarından doğan maddi tazminat talepleri akit dışı sorumluluğa ilişkin talepler olup bedensel zararlar bu tazminat talepleri kapsamında yer almaktadır.

KTK'nun "Ortak Hükümler" başlıklı Beşinci Bölümünde "Zamanaşımı" başlığı ile düzenlenmiş m. 109 şöyledir:

"Motorlu araç kazalarından doğan maddi zararların tazminine ilişkin talepler, zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve herhalde, kaza gününden başlayarak on yıl içinde zamanaşımına uğrar.

Dava, cezayı gerektiren bir fiilden doğar ve ceza kanunu bu fiil

lardaki hükümlerin saklı tutulduğunu ortaya koymaktadır.: ŞEKER ÖĞÜZ, s. 150-151.

²⁰ ÜNAN, C. I, s. 164. Yazar sorumluluk sigortalarında zarar görenin sigortacıya karşı doğrudan dava hakkına ilişkin zamanaşımını düzenleyen özel hükümlerin TTK m. 1420/2'de değil sorumluluk sigortalarında üst zamanaşımı süresine ilişkin TTK m. 1482'de düzenlenmesi gerektiğini haklı olarak belirtmektedir.

²¹ ŞEKER ÖĞÜZ, s. 151.

için daha uzun bir zaman aşımı süresi öngörmüş bulunursa, bu süre, maddi tazminat talepleri için de geçerlidir.

Zamanaşımı, tazminat yükümlüsüne karşı kesilirse, sigortacıya karşı da kesilmiş olur. Sigortacı bakımından kesilen zamanaşımı, tazminat yükümlüsü bakımından da kesilmiş sayılır.

Motorlu araç kazalarında tazminat yükümlülerinin birbirlerine karşı rücu hakları, kendi yükümlülüklerini tam olarak yerine getirdikleri ve rücu edilecek kimseyi öğrendikleri günden başlayarak iki yılda zamanaşımına uğrar.

Diğer hususlarda, genel hükümler uygulanır."

TKT'da zamanaşımı hükmünün TTK m 1482'ye göre özel bir hüküm olarak uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte daha önce de belirttiğimiz üzere, öğretilde TTK m. 1420/2 hükmünün sigorta sözleşmesinden doğan istemlere ilişkin zamanaşımı süresi öngören kanunları kapsadığı kabul edilmektedir²². TTK m. 109 hükmü de zarar görenin doğrudan sigortacıya yöneltebileceği talebe ilişkin özel bir zamanaşımı süresi düzenlemektedir²³; zira zarar görenin sigortacıya talep yöneltebileceği kanun ile düzenlenmiş olmakla beraber bu talebin kaynağı zarar faili olan sigorta ettirenin sigortacı ile kurduğu sorumluluk sigortası sözleşmesidir. Bu durumda TTK m. 109 hükmü, TTK m. 1420/2 gereğince saklı tutulan diğer kanun hükümlerindedir.

TKT m. 109/1'de TTK'da olduğu gibi 2 yıllık alt ve on yıllık üst zamanaşımı süreleri öngörülmüş; ancak sürelerin başlangıç tarihi farklı belirlenmiştir. Hükme göre, motorlu araç kazalarından doğan maddi tazminat talepleri iki yıllık alt zamanaşımı süresine tabi olmakla beraber iki yıllık süre *zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlar*. TTK m. 1420'ye göre alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren işlemeye başlayan iki yıllık alt zamanaşımı süresi içinde zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrenememesi

²² ÜNAN, C. I, s. 164.

²³ ÜNAN, C. I, s. 164-165.

ihtimal dahilindedir. Bu durumda, örneğın bir trafik kazasının gerçekteştiğinin sigortacıya ihbar edildiğı tarihten itibaren iki yıllık süre dolmasına rağmen çarpan aracın kaçması sebebiyle zarar görenin henüz tazminat yükümlüsünün kim olduğunu tespit edememiş olması halinde KTK m. 109'da düzenlenen iki yıllık alt zamanaşımı süresinden yararlanmaya devam etmesi uygun olacaktır.

KTK m. 109'da öngörülen üst zamanaşımı süresi on yıl ve sürenin başlangıç tarihi rizikonun gerçekteştiğı tarih olarak belirlendiğinden, diğeri bir ifadeyle TTK düzenlemesi ile aynı olduğundan TTK hükümleri yerine uygulanmasına gerek ve imkan bulunmamaktadır.

KTK m. 109/2'ye göre, cezayı gerektiren bir fiilin söz konusu olması ve Ceza Kanunu'nda bu fiil için TTK'da belirlenen zamanaşımı sürelerinden uzun bir zamanaşımı süresinin öngörölmüş olması halinde maddi tazminat talepleri için ceza zamanaşımı süresi uygulanır. Hükümde ceza zamanaşımı süresinin uygulanması için aranan şart, yalnızca bu sürenin TTK'da düzenlenen zamanaşımı süresinden uzun olması ve zarar doğuran fiilin cezayı gerektirmesidir. Yargı kararlarında bu husus, ceza zamanaşımı süresinin uygulanması için ceza davası açılmış olmasının veya mahkumiyet kararı verilmiş olmasının aranmadığı ifade edilerek vurgulanmıştır. Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin 2014/1957 Esas 2017/2991 Karar sayılı 21.03.2017 tarihli kararında ölüm ile sonuçlanan trafik kazasında cezayı gerektirir bir fiilin söz konusu olduğunı, kamu davası açılmamış ve mahkumiyet kararı verilmemiş olsa dahi 5237 Sayılı TCK m. 66/1-d'de öngörölen 15 yıllık zamanaşımı süresinin maddi tazminat talepleri için de geçerli olduğunı açıklanmıştır. Öğretilerde TTK m. 109/2 hükmünde ceza zamanaşımı süresinin uygulanması bakımından sürücü, işleten ve Güvence Hesabı gibi diğeri ilgililer arasında bir ayırım yapılmadığından tüm ilgililer bakımından uzun zamanaşımı süresinin geçerli olacağı haklı olarak belirtilmektedir²⁴.

²⁴ ŞEKER ÖÇÜZ, s. 152-153.

TCK m. 66/1 (c) bendi gereğince yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıllık, (d) bendi gereğince beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda on beş yıllık dava zamanaşımı süresi uygulanır. TCK m. 81 vd. ile 86 vd. hükümleri göz önünde bulundurulduğunda öldürme suçunun 15, yaralama suçunun ise 8 yıllık dava zamanaşımı sürelerine tabi olduğu belirlenmektedir. Buna göre, yaralanmanın söz konusu olduğu trafik kazalarında 8, ölümle sonuçlanan trafik kazalarında ise 15 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekecektir.

TCK m. 66/6'da zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlayacağı tarih de belirlenmiştir. Hükme göre zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiğı günden, teşebbüs hâlinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiğı ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiğı günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kişiler tarafından işlenen suçlarda çocuğun on sekiz yaşını bitirdiğı günden itibaren işlemeye başlar.

Uzatılmış zamanaşımı sürelerinin alt veya üst zamanaşımı süresi olarak uygulanması da değerlendirilmesi gereken bir husustur. TCK'da tek dava zamanaşımı süresi düzenlenmiş olduğundan, kanımızca bu sürelerin üst zamanaşımı süresi yerine uygulanması uygun olacaktır²⁵. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise 2011/17427 Esas 2011/519 Karar sayılı 13.07.2011 tarihli kararında uzatılmış zamanaşımı süresinin olay tarihinden itibaren başlaması gerektiğini belirtmekle birlikte zarar veya failin uzatılmış zamanaşımı süresinden sonra öğrenilmesi halinde talebin öğrenme tarihinden itibaren iki yıl içinde yöneltilebileceğine hükmetmiştir. Karara konu olan olayda zarar görenin zararı veya faili üst zamanaşımı süresi sona erdikten sonra öğrenmesi halinde, zaten talep hakkı zamanaşımına uğramış olur. Zamanaşımına uğramış bir talep hakkı için yeniden

²⁵ ÜNAN, C. II, s. 394-395. Yazar ceza zamanaşımının daha uzun olması halinde uzun sürenin esas alınacağına ilişkin kuralın tavan süre bakımından getirildiğı görüşündedir.

iki yıllık zamanaŐımı sűresini iŐletmek gerek kanunları zamanaŐımı hűkűmlerinin konuluŐ amacına gerekse genel hukuk kurallarına uygun dűŐmemektedir²⁶.

C. ZAMANAŐIMI SűRELERİNİN İŐLEMESİ

1. Sűrelerin İŐlemeye BaŐlaması

a. İki Yıllık Alt ZamanaŐımı Sűresinin İŐlemeye BaŐlaması

Sigorta sűzleŐmesinden doĐan tűm taleplerin tabi olduĐu iki yıllık zamanaŐımı sűresi alacaĐın muaccel olduĐu tarihten itibaren iŐlemeye baŐladıĐından²⁷, her talebin hangi anda muaccel olduĐunun belirlenmesi gerekir²⁸. Akit dıŐı sorumluluktan kaynaklanan bedensel zararlara iliŐkin tazminat taleplerinin muacceliyet anı sigortacının tazminat űdeme borcunun muacceliyet anına iliŐkin TTK m. 1427/2'ye gűre tespit edilmelidir.

TTK m. 1427/2'ye gűre, zarar sigortalarında sigorta tazminatı rizikonun gerçekleŐmesini műteakip ve rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmesinden sonra sigortacının edimine iliŐkin araŐtırmaları bitince ve her hâlde 1446 ncı maddeye gűre yapılacak ihbardan kırk beŐ gűn sonra muaccel olur. Sigortacıya yűklenemeyen bir kusurdan dolayı inceleme gecikmiŐ ise sűre iŐlemez.

Sigortacının meydana gelen zararı tazmin etmesi için űncelikle, zararı doğurucu olgunun sigorta sűzleŐmesinde kararlaŐtırılan riziko kapsamında olup olmadığını ve oluŐan zararın miktarını belirlemesi gerektiĐinden²⁹ kanun koyucu tazminat

²⁶ Kararın eleŐtirisi için bkz.: ŪNAN, C. II, s. 393- 396.

²⁷ BK m. 149/1 bűtűn alacakların zamanaŐımı sűresinin alacaĐın muaccel olduĐu anda iŐlemeye baŐlayacaĐına iliŐkin genel bir ilke űngűrdűĐunden, iki yıllık zamanaŐımı sűresinin alacaĐın muaccel olduĐu anda iŐlemeye baŐlayacaĐına iliŐkin hűkműn gereksiz olduĐu yűnűnde bkz.: ŪNAN, C. I, s. 158.

²⁸ ŐrneĐin, sűz konusu alacak taŐıma sigortasından kaynaklanan prim alacaĐı ise TTK m. 1431'e gűre, tek veya ilk primin kararlaŐtırıldıĐı sigortalarda sűzleŐmenin kurulmasıyla, sonraki primler bakımından ise űzerinde anlaŐılan űdeme tarihinde muacceliyet gerçekleŐir.: ŪNAN, C. I, s. 160.

²⁹ Sigortacının tazminat űdemekle yűkűmlű olup olmadıĐına ve űdeyeceĐi tazminatın miktarına iliŐkin taraflar arasında anlaŐma yapılabilceĐi ve bu anlaŐmaların

ödeme borcunun muacceliyeti için öncelikle sigortacıya inceleme yapabilmesi için gerekli belgelerin verilmesini aramaktadır³⁰. Sigortacının tazminat ödeme borcu rizikonun gerçekleşmesinin ardından riziko ile ilgili belgelerin sigortacıya verilmesinden sonra sigortacının edimine ilişkin araştırmalarının bitmesi ile muaccel olur. Sigortacıya verilecek riziko ile ilgili belgeler sigortacı nezdinde bulunmayan, sigorta ettiren tarafından sigortacıya verilecek ve sigortacının zarar doğuran olguyu değerlendirmesine yarayacak belgelerdir. Dolayısıyla TTK m. 1447' de düzenlenen sigorta ettirenin rizikonun gerçekleşmesinden sonra rizikonun veya tazminatın kapsamının belirlenmesinde gerekli her türlü bilgi ve belgeyi sigortacıya makul süre içinde sağlamak yükümlülüğünün yerine getirilmesi, sigortacının tazminat ödeme borcunun muaccel hale gelmesine ilişkin sürenin başlamasında belirleyici olacaktır³¹. Bu yükümlülük yerine getirildikten sonra, sigortacı sigorta tazminatı ödemekle yükümlü olup olmadığına ve ödemekle yükümlü ise

sulh sözleşmesi niteliğinde olduğu yönünde bkz.: Emine YAZICIOĞLU, Sigorta Tazminatı Borcuna İlişkin Sulh-İbra Sözleşmelerinin Geçerliliği, Altıncı Yargıtay Kararları ve Sigorta Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 7-8 Haziran 2002, s. 117.

³⁰ 6762 Sayılı TTK m. 1299/1' de sigortacının tazminat ödeme borcunun sigorta ettirenin rizikonun gerçekleştiğini ihbar borcunun doğduğu tarihte muaccel hale geleceği öngörülmekteydi. Hükme göre, sigortacı rizikonun gerçekleştiğinin ihbarı ile birlikte gerçekleşen olgunun sözleşme kapsamındaki bir riziko olup olmadığına veya zararın miktarına ilişkin herhangi bir araştırma yapmaksızın tazminatı ödemekle yükümlü tutulmaktaydı. Sigortacının temerrüde düşmesine ilişkin bir düzenleme ise getirilmemişti. Bu durum sigortacı bakımından hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağından uygulamada sigorta tazminatının muaccel hale gelmesi ile sigortacının tazminat ödeme borcunda temerrüde düştüğu an bakımından yapay bir ayırım gözetilmekteydi. 6102 Sayılı TTK m. 1427/2 eski TTK'daki sakıncalı düzenlemeyi değiştirerek taraflar arasında daha adil bir denge sağlayan çözüm benimsemiştir. 6762 Sayılı TTK dönemine ilişkin konu ile ilgili açıklamalar ve örnek karar için bkz.: ÜNAN, C. I, s. 278-279.

³¹ ÜNAN, Cilt II, s. 281. Sorumluluk sigortalarında sigorta ettirenin sigortacıya yönelteceği taleplerden birisi sorumluluktan kurtarıma talebidir. Sigorta ettiren veya sigortalının sorumluluğu yargı kararı, sulh sözleşmesi veya ikrar ile sabit olduğu anda ve sigortacının araştırmaları için gerekli belgelerin sigortacıya verilmiş olması şartıyla makul sürenin dolması ile muacceliyet gerçekleşir ve iki yıllık süre işleme başlar. Sigorta ettirenin zarara uğrayana ödeme yapması halinde sigortacıya yönelteceği ödeme talebi ise sigorta ettirenin ödemeyi kanıtlayan delilleri ve diğer gerekli belgeleri sigortacıya iletmesi üzerine sigortacının gerekli incelemeyi yapması için geçecek makul sürenin sonunda muaccel hale gelir. Sigorta ettirenin hukuksal koruma giderlerini talep etmesi halindeyse giderlerin yapılması zorunluluğunun ortaya çıkmasından itibaren geçecek makul süre sonunda muacceliyet söz konusu olur.: ÜNAN, C. II, s. 399-400.

tazminatın miktarına ilişkin araştırmalarını tamamladığı anda tazminat ödeme borcu muaccel hale gelir³². Sözü edilen süre tazminat ödeme borcunun muacceliyetine ilişkin alt süredir.

Sigorta tazminatı ödeme borcunun muacceliyetine ilişkin üst süre zarar sigortalarında TTK m. 1446'ya göre yapılacak ihbardan itibaren kırk beş gündür³³. TTK m. 1446'e göre, sigorta ettiren, rizikonun gerçekleştiğini öğrenince gecikmeksizin; diğer bir ifade ile derhal, ilk uygun fırsatta sigortacıya rizikonun gerçekleştiğini bildirmelidir. Sigortacı rizikonun gerçekleştiğinin kendisine bildirildiği tarihten itibaren hesaplanacak kırk beş günlük süre içerisinde, sigorta ettiren tarafından gerekli belgeler kendisine verilmiş olmakla birlikte, sigorta tazminatı ödemekle yükümlü olup olmadığına ve tazminat ödemekle yükümlü ise tazminatın miktarına ilişkin araştırmalarını tamamlayamamış olsa dahi, kural olarak tazminat ödeme borcu bu süre sonunda muaccel hale gelir³⁴. Sigortacı rizikonun gerçekleştiğini kendisine ihbar yapılmadan öğrenmiş ise, muacceliyet için rizikonun gerçekleştiğine ilişkin ihbarın yapılmış olmasının da aranmaması gerektiği TTK m. 1427 hükmünün gerekçesinde açıkça belirtilmektedir.

Sorumluluk sigortalarında zarar görenin doğrudan sigortacıya yönelteceği talepler hakkında TTK m. 1427/2'nin uygulanıp uygulanmayacağı hususu da değerlendirilmelidir. Sorumluluk sigortalarına ilişkin genel hükümler içinde yer alan "Bildirim" başlıklı TTK m. 1475/2'e göre, "*sigortalı kendisine yöneltilen istemi, aksi kararlaştırılmamışsa derhâl sigortacıya bildirmek zorundadır. Bu bildirim üzerine veya zarar görenin sigortacıya doğrudan başvurması hâlinde 1427. madde uygulanır.*" Buna göre, sorumluluk sigortalarında sigorta ettirenin kendisine yöneltilen

³² Aslıhan SEVİNÇ KUYUCU, Zarar Sigortalarında Sigortacının Ödeme Yükümlülüğü, Sigorta Hukuku Sempozyumları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 45.

³³ Kırk beş günlük süre hükmün Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'ndaki metninde otuz gün idi. Otuz günlük sürenin kısa olduğu, bu sürenin özellikle uzun araştırma gerektirecek sigorta sözleşmeleri göz önünde bulundurularak altmış güne çıkarılması gerektiği ileri sürülüyordu.: Zihni METEZEDE, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Altıncı Kitap Birinci Kısım ile İlgili Görüşler (Genel Hükümler), Sigorta Hukuku Türk Derneği, Yıl:2005, Özel Sayı, Sayı:1, s. 44.

³⁴ SEVİNÇ KUYUCU, s. 46.

istemi sigortacıya bildirdiği veya zarar gören üçüncü kişinin (örneğin trafik kazasında yaralanan üçüncü kişi) doğrudan sigortacıya başvurduğu durumda sigortacının kendisine verilen belgeleri dikkate alarak edimine ilişkin yapacağı araştırmaların sona erdiği anda ve her durumda sigorta ettiren tarafından yapılan bildirim veya zarar görenin sigortacıya doğrudan başvurduğu tarihten itibaren 45 günlük süre sonunda tazminat ödeme borcu muaccel hale geleceği kabul edilmelidir³⁵.

TTK m. 1427/2 son cümlesine göre, “sigortacıya yüklene-meyecek kusurdan dolayı inceleme gecikmiőe” muacceliyet süresi işlemez³⁶. Muacceliyet süresinin işlememesi için sigortacıya yüklenemeyecek bir kusurun söz konusu olması gerekmektedir; ancak bu kusurun sigortacıdan başka kimselere, örneğin sigorta ettirene, sigortalıya veya başka üçüncü kişilere yüklenebilecek bir kusur olmasının gerekip gerekmediği hükümde açık deđildir³⁷. Kanımızca kanun koyucu kusur unsurundan bahsetmiş olmasına rağmen herhangi bir kimsenin kusuru olmaksızın sigortacının araştırmalarının gecikmesi durumunda da muacceliyet süresinin işlememesi söz konusu olabilmelidir³⁸.

Sorumluluk sigortalardan kaynaklanan hukuksal koruma taleplerinin tabi olduğu alt zamanaşımı süresi her talebe ilişkin

³⁵ TTK m. 1427/2 hükmünün sorumluluk sigortalarda zarar gören üçüncü kişinin doğrudan sigortacıya başvurması halinde uygulanıp uygulanamayacağı hususunun tartışmalı olduğu yönünde bkz.: ÜNAN, Cilt II, s. 280. Sorumluluk sigortalarda zarar görenin doğrudan dava hakkı bakımından alacağın muacceliyeti ile başlayacak zamanaşımına ilişkin açıklamalar için bkz.: YEŞİLOVA ARAS, s. 95-97.

³⁶ Cümlede bahsedilen “inceleme” fıkranın ilk cümlesinde bahsedilen sigortacı tarafından gerçekleştirilen edime ilişkin araştırmadır.: ÜNAN, C. II, s. 280.

³⁷ SEVİNÇ KUYUCU, s. 47- 48. “Sigortacıya yüklenemeyen kusur” ifadesiyle karşı tarafın kusuru kastedildiğinden bu hükmün uygulamada sorun doğuracağı vurgulanmıştır.: ÜNAN, (*Altıncı Kitap*), s. 127.

³⁸ “Sigortacıya yüklenemeyen bir kusur” ifadesinden sigorta ettirenin/sigortalının kusuru veya sözleşmenin taraflarının dahlinin olmadığı bir sebeple araştırmaların yapılamaması hali anlaşılmalıdır. Zehra ŞEKER ÖĞÜZ/Aslıhan SEVİNÇ KUYUCU, *Yeni Türk Ticaret Kanununda Sigorta Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 32. Sigortacının kendi kusurunun gecikmeye sebep olması halinde muacceliyet süresinin işleyeceğinin öngörülmesinin bu tür sakıncaları ortadan kaldıracığı öğretide vurgulanmıştır. Öte yandan sürenin işlememesinden hem işlemeye başlamaması hem de işlemeye başlayan sürenin durması anlaşılmalıdır. ÜNAN, C. II, s. 281- 282.

belgelerin sigortacıya verilmesi üzerinden geçecek makul süre sonunda ve her halde sigortacıya yapılan bildirimden itibaren 45 günlük sürenin sonunda işlemeye başlayacaktır³⁹.

b. Altı ve On Yıllık Üst Zamanaşımı Sürelerinin İşlemeye Başlaması

(1) Altı Yıllık Süre

TTK m. 1420'e göre, sigorta tazminatına ilişkin talepler herhalde rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren altı yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Zarar sigortasında riziko, genel olarak ilerde gerçekleşmesi muhtemel ve zarar ortaya çıkaracak olan olaydır⁴⁰. Zararı ortaya çıkaran olayın gerçekleşme tarihinden itibaren altı yıllık sürenin dolması ile sigorta tazminatına ilişkin talep hakkı zamanaşımına uğramış olur.

(2) On Yıllık Süre

TTK m. 1420'de saklı tutulan, sorumluluk sigortalarında zamanaşımı süresine ilişkin TTK m. 1482'ye göre, sigortacıya yöneltilecek tazminat talepleri sigorta konusu olaydan itibaren on yılda zamanaşımına uğrar⁴¹. Doğrudan dava hakkını düzenleyen TTK m. 1478, zarar görene "sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde" dava hakkı tanıdığından sorumluluk sigortasında hem sigorta ettiren hem de zarar gören sigorta konusu olaydan itibaren on yıl içinde sigortacıya talebini yöneltmezse talep hakkı zamanaşımına uğramış olur⁴². Dikkat edilmesi gereken husus, doğrudan dava hakkını kullanan zarar görenin sigortacıya karşı zarar sorumlusu sigorta ettireni so-

³⁹ Örnekler için bkz.: ÜNAN, Hukuksal Koruma, s. 385-388.

⁴⁰ KENDER, s. 311- 312.

⁴¹ TTK m. 1482'de on yıllık sürenin başlangıcının sigorta konusu olay olarak belirlenmesi BK m. 72/1'e göre fiilin işlendiği tarihten başlayan üst süre ile aynı esasın benimsendiğini göstermektedir.: ÜNAN, C. II, s. 392.

⁴² Sigortacının zarar görene ödeme yaparak sigortalıyı borcundan kurtarması aslında kendi borcunu ifa etmesinin bir sonucu olduğundan, zarar görenin sigortacıya doğrudan başvurusunun sigortacının akdi borcunun tabi olduğu zamanaşımı süresine tabi kılınmasının üçüncü kişi yararına sözleşme vasıtasıyla talep hakkı elde etmenin doğal bir sonucu olduğu; zira zarar gören için yeni bir alacak hakkı yaratılmadığı belirtilmektedir.: YEŞİLOVA ARAS, s. 95.

rumlu tutabileceđi zamanaŐımı sűresi yerine sigorta sűzleŐmesi için geçerli olan zamanaŐımı sűresine tabi tutulduđudur⁴³.

Kanun koyucu on yıllık űst zamanaŐımı sűresinin sigorta konusu olaydan itibaren iŐlemeye baŐlayacađını kabul ettiğinden sigorta konusu olayın tespit edilmesi gerekir. Őđretide, TTK m. 1482’de iŐaret edilen “olay”ın zararın sebebi niteliğindeki olay, sorumluluğa yol açan hukuka aykırı davranıŐ olduğu belirtilmektedir⁴⁴.

2. SűRELERİN DURMASI VEYA KESİLMESİ

Tűrk Borçlar Kanunu’nun zamanaŐımının durmasına ve kesilmesine iliŐkin dűzenlemeleri, sorumluluk sigortalarında geçerli olan zamanaŐımı sűreleri bakımından da uygulanacaktır. Buna gűre zamanaŐımının durmasına TBK m. 153, zamanaŐımının kesilmesine ise TBK m. 154 uygulanır.

a. ZamanaŐımı Sűresinin Durması

ZamanaŐımı sűresinin durmasına iliŐkin TBK m. 153’e gűre,

⁴³ ŐEKER ŐĐŪZ, s. 52. Zarar gűrenin sigortacıya yűnelteceđi taleplerin, sigorta ettiren ile arasındaki iliŐkinin tabi olduđu zamanaŐımı sűresine tabi tutulması halinde sorumluluk sigortacısının bizzat sorumlu kiŐiden daha fazla sorumlu olmayacađı ilkesine aykırı dűŐeceđi Őđretide belirtilmektedir.: ŪNAN, C. II, s. 391. Bu gűrűŐ, sigortalının sigortacıya karŐı sahip olduđu tazminat alacađının sigortacı tarafından teminat sađlanan bir konuda sigortalının sorumlu olmasına bađlı olduđu gerekçesiyle de desteklenmektedir.: YEŐŐLOVA, s. 96. Őrneđin, zarardan sorumlu sigorta ettirene karŐı asil iliŐkinin tabi olduđu zamanaŐımı sűresinin henűz baŐlamaması veya herhangi bir sebeple durması; ancak sigorta ettirenin sigortacıya karŐı sahip olduđu talep hakkının zamanaŐımı sűresinin iŐlemeye devam ederek daha űnce sona ermesi halinde sigorta ettirenin sigortacıya talep hakkı zamanaŐımına uđramıŐ olmasına rađmen zarar gűrenin sigortacıya baŐvurabilmesi bu ilkeye aykırı olacaktır. Kanun koyucu zarar gűrenin sigortacıya dođrudan dava hakkını sigorta sűzleŐmesi için geçerli olan zamanaŐımı sűresine tabi kılarak esasen bu amaca yűnelmiŐ olmalıdır.

⁴⁴ ŪNAN, C. II, s. 392. Gerekçedeki açıklamalardan hűkűmde “sigorta konusu olay” ifadesiyle TTK m. 1420’deki “rizikonun gerçekleŐtiđi tarih”in iŐaret edildiđi anlaŐılmaktadır; zira TTK m. 1473/1’de kanun koyucu sorumluluk sigortasında riziko ve gerçekleŐtiđi anın tespitinde olay esasını (sebep olayı esas) benimsediđini ortaya koymaktadır.: YAZICIOđLU, s. 429-430. Sorumluluk sigortalarında riziko ve gerçekleŐtiđi an hususunda Alman Hukukunda ileri sűrűlen gűrűŐlere iliŐkin ayrıntılı açıklamalar için bkz.: YAZICIOđLU, s. 425- 429. Ayrıca zararın meydana gelmesi ile rizikonun gerçekleŐmiŐ sayılacađının kararlaŐtırıldıđı sorumluluk sigortaları ile talep esasını da içeren karma sigortalarda da tavan sűrenin olay tarihinde iŐlemeye baŐlayacađı yűnűnde bkz.: ŪNAN, C. II, s. 399.

1. *Velayet süresince, çocukların ana ve babalarından olan alacakları için.*
2. *Vesayet süresince, vesayet altında bulunanların vasisiden veya vesayet işlemleri sebebiyle Devletten olan alacakları için.*
3. *Evlilik devam ettiği sürece, eşlerin diğerinden olan alacakları için.*
4. *Hizmet ilişkisi süresince, ev hizmetlilerinin onları çalıştıranlardan olan alacakları için.*
5. *Borçlu, alacak üzerinde intifa hakkına sahip olduğu sürece.*
6. *Alacağı, Türk mahkemelerinde ileri sürme imkânının bulunmadığı sürece.*
7. *Alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesinde, birleşmenin ileride geçmişe etkili olarak ortadan kalkması durumunda, bu durumun ortaya çıkmasına kadar geçecek sürece.*

zamanaşımı süresi işlemeye başlamaz; işlemeye başlamış olan zamanaşımı süresi ise durur. Zamanaşımı süresini durduran sebebin ortadan kalktığı günün bitiminde henüz işlemeye başlamamış olan süre işlemeye başlar; duran süre ise işlemeye devam eder (TBK m. 153/2).

b. Zamanaşımı Süresinin Kesilmesi

Borçlunun borcunu ikrar etmesi, özellikle faiz ödemesi veya kısmen ifada bulunması ya da rehin vermesi veya kefil göstermesi halinde; alacaklının dava veya def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurması, icra takibinde bulunması ya da iflas masasına başvurması halinde zamanaşımı kesilir (TBK m. 154). Zamanaşımı süresinin kesilmesine ilişkin sebeplerin sigorta sözleşmesinden doğan tazminat taleplerine ilişkin zamanaşımı süreleri bakımından uygulanma ihtimalinin durma sebeplerine göre daha yüksek olduğu görülmektedir.

Akit dışı sorumluluğun konu edildiği sorumluluk sigortalarında zamanaşımı süresinin kesilmesi sigortacı ve zarara sebep olan sigorta ettirenin zarar görene karşı sorumluluğu bakımından bir özellik taşımaktadır. Sorumluluk sigortalarında zarara sebep olan sigorta ettiren ve sigortacı zarar görene karşı müte-

selsilen sorumludur⁴⁵. BK m. 155'e göre, "zamanaşımı müteselsil borçlulardan veya bölünemeyen borcun borçlularından birine karşı kesilince, diğerlerine karşı da kesilmiş olur." Buna göre, zarar görenin sigortacıya talep yöneltmeyi tercih etmek yerine sigorta ettirene dava açması halinde zamanaşımı sigortacı bakımından da kesilmiş olacaktır. Rizikoya ilişkin araştırmaların üç aylık süre içinde tamamlanamaması halinde sigortacının TTK m. 1427/3 gereğince avans ödemesi yapması halinde de hem sigortacı hem de sigorta ettiren bakımından zamanaşımı kesilmiş olur⁴⁶. Yargıtay, kısmi davalarda talebe konu edilmeyen, ancak saklı tutulan bakiye alacak bakımından zamanaşımı süresinin işlemeye devam edeceğini; bakiye için işleyen zamanaşımı süresi dolduktan sonra talepte bulunulamayacağını hüküm altına almıştır⁴⁷. Belirsiz alacak davalarının ise kısmi davalar gibi değerlendirilemeyeceği, bu davaların tüm alacak bakımından zamanaşımını kesmekte olduğu kabul edilmektedir⁴⁸.

III. AKİT DIŞI SORUMLULUĞUN KONU EDİLDİĞİ SORUMLULUK SİGORTASINDAN DOĞAN TALEPLERİN TABİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI SÜRELERİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

A. GENEL OLARAK

TBK m. 65 vd.'nda akit dışı kusursuz sorumluluk halleri düzenlenmiştir. Bu haller arasında hakkaniyet sorumluluğu (TBK m. 65); özen sorumluluğu başlığı altında adam çalışıştranın sorumluluğu (TBK m. 66), hayvan bulunduranın sorumluluğu

⁴⁵ ŞEKER ÖĞÜZ, s. 149; ÜNAN, C. II, s. 392. Aynı esas KTK m. 109/3'te de benimsenmiştir.

⁴⁶ ŞEKER ÖĞÜZ, s. 149. Sigortacının avans ödeme yükümlülüğüne ilişkin bkz: SEVİNÇ KUYUCU, s. 50-53. Kısmi ödemenin kanun gereği yapılmasının zorunlu olması halinde de zamanaşımı sigortacı ve sigorta ettiren bakımından kesilmiş olur.: ŞEKER ÖĞÜZ, s. 149. TBK'nın tam ve eksik teselsül arasındaki ayrımı ortadan kaldırmıŐı olmasının sigortaya uygun dıŐısmeyen sonuçlar doğuracağı hususunda bkz.: ÜNAN, C. I, s. 161.

⁴⁷ Yargıtay 17. HD 2014/12442 Esas, 2014/10518 Karar, 03.07.2014 Tarih. Bkz.: ŞEKER ÖĞÜZ, s. 149.

⁴⁸ Yargıtay 17. HD 2015/4486 Esas, 2016/3363 Karar, 16.03.2016 Tarih. Bkz.: ŞEKER ÖĞÜZ, s. 149- 150.

(TBK m. 67), yapı malikinin sorumluluğu (TBK m. 69) ve ayrıca tehlike sorumluluğu bulunmaktadır. Kusursuz sorumluluk halleri TBK’da sayılanlar ile sınırlı değildir ve KTK’nın motorlu araçların sebep olduğu trafik kazalarından sorumluluğa ilişkin düzenlemesi bir örnektir. KTK m. 85/1’e göre, “bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar.” Hükümden anlaşıldığı üzere, sorumluluğun doğması için araç işletenin veya teşebbüsün kusuru aranmaktadır.

Her türlü kusursuz sorumluluğun sorumluluk sigortası sözleşmesine konu edilmesi mümkündür. Bununla birlikte kusursuz sorumluluğun sigorta sözleşmesine konu edilmesine motorlu araç kazalarından kaynaklanan sorumlulukta ve işverenin sorumluluğunda sıklıkla rastlanmaktadır. Aşağıda akit dışı kusursuz sorumluluğun konu edildiği sigorta sözleşmelerinin tipik örneği olan ve trafik sigortası olarak anılan “Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası”nda -KTK’da özel bir düzenleme de söz konusu olduğundan- bedensel zararlara ilişkin tazminat taleplerinin tabi olduğu zamanaşımı süreleri özet olarak tespit edilecektir⁴⁹.

B. KTK m. 85/1’DE DÜZENLENEN SORUMLULUĞUN KONU EDİLDİĞİ SİGORTA SÖZLEŞMELERİNDE BEDENSEL ZARARLARDAN KAYNAKLANAN MADDİ TAZMİNAT TALEPLERİNİN TABİ OLDUĞU SÜRELERİN TESPİTİ

Yaralanma ile sonuçlanan trafik kazalarında bedensel zararlardan⁵⁰ kaynaklanan tazminat taleplerinin alacaklısı sigor-

⁴⁹ Adam çalıştırmanın sorumluluğu da TBK m. 66 hükmüne göre kusur aranmayan özen sorumluluğu olmakla birlikte, KTK m. 109’da olduğu gibi uzatılmış bir zamanaşımı süresi söz konusu olmadığından örnek olarak KTK m. 109’un da uygulanacağı KYK m. 85/1’de düzenlenen sorumluluk tercih edilmiştir.

⁵⁰ TBK m. 54’e göre bedensel zararlar tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücü-

ta ettiren, sigortalı veya zarar gören olabilir. Bu taleplerin tabi olduğu zamanaşımı süreleri TTK m. 1420, m. 1478, m. 1482 ve TTK m. 1420'nin göndermesi ile KTK m. 109'a göre belirlenmelidir.

TTK m. 1420 genel hüküm niteliğinde olduğundan, gerek sigorta ettirenin gerekse zarar görenin tazminat taleplerinde hükümde **düzenlenen iki yıllık alt zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir. Taleplere uygulanacak üst zamanaşımı süresi belirlenirken**, TTK m. 1420'nin TTK m. 1482'yi saklı tuttuğu dikkate alınarak TTK m. 1482'de belirlenen zamanaşımı süresinin uygulanacağı sonucunda varılmaktadır. Buna göre, gerek sigorta ettiren gerekse zarar görenin sigortacıya yönelteceği tazminat talepleri on yıllık üst zamanaşımı süresine tabidir. TTK m. 1420/2 hükmünde diğer kanunlardaki zamanaşımı hükümleri saklı tutulduğundan ve KTK m. 109'da motorlu araç kazalarından doğan maddi zararların tabi olduğu zamanaşımı süreleri **düzenlendiğinden** bu hüküm trafik kazalarından doğan bedensel zararlar bakımından uygulanacaktır. Hükümde zamanaşımı süreleri TTK'da olduğu üzere iki yıllık alt süre ve on yıllık üst süre olarak belirlenmiş; ancak iki yıllık alt süre TTK m. 1420'den farklı olarak zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlatılmıştır. Do-

nün azalmasından veya yitirilmesinden doğan kayıplar ile ekonomik geleceğın sarsılmasından doğan kayıplardır. Bedensel zarar, bir kimsenin fiziki varlığının veya ruh sağlığının ihlal edilmesinden kaynaklanan zarardır. Beden bütünlüğünün ihlali, mekanik bir gücün etkisi ile bir organın kırılması, bir yara açılması veya korkutma gibi bir psikik etki ile de meydana gelebilir. Örneğın vücut bütünlüğünün ihlali halinde ortaya çıkabilecek bedensel zararlar tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından veya yitirilmesinden doğan kayıplar ile ekonomik geleceğın sarsılmasından doğan kayıplardır.: Kemal OĞUZMAN/ Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 94 vd. 6098 Sayılı TBK'da bedensel zararlar sebebiyle yapılan her türlü masraf yerine yalnızca tedavi masraflarının kapsama alınmasının yerinde olmadığı; yeni düzenlemenin de tüm masrafların kapsam dahilinde olduğu şeklinde anlaşılmasının gerektiği yönünde: Samim ÜNAN, Ölüm Dışındaki Bedensel Zararların Özel Sigortalı Kapsamında Karşılanması, Sigorta Hukuku Sempozyumları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 220. Ayrıca bedensel zararlar ve zararların hesaplanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: ÜNAN, Bedensel Zararlar, s. 215- 256; Tahir ÇAĞA, Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Ödenecek Tazminatın Hesabına Dair, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu IX, Ankara, 1992, s. 3- 30. Ayrıca bkz.: Tahir ÇAĞA, Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Ödenecek Tazminatın Hesabına Dair, Sigorta Hukuku Sempozyumları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 257-288.

layısıyla iki yıllık süre TTK m. 1420'deki gibi alacağın muaccel olduğu tarihten değil, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayacaktır.

Gelişen durumlar sonucu ortaya çıkan zararlardan söz etmek de gerekmektedir. Yargıtay'ın sürekli sakatlık hallerinde bedensel zararlardan kaynaklanan tazminat taleplerinde zamanaşımının (BK m. 72'de düzenlendiği üzere, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği günden başlayarak iki yılın dolmasıyla değil) sürekli sakatlığa ilişkin kesin rapor tarihinden itibaren başlatılmasına ilişkin yerleşmiş kararları bulunmaktadır⁵¹. Yargıtay bahsedilen kararlarında İsviçre Federal Mahkemesi'nin zararın kapsamının gelişen bir duruma bağlı olması halinde gelişme sona ermeden zamanaşımı süresinin işlemeye başlayamayacağı yönündeki kararına sıklıkla dayanmaktadır. Bununla birlikte öğretilde, İsviçre Federal Mahkemesi'nin gelişmenin tamamlanmasıyla zamanaşımı süresinin tüm zararlar bakımından işlemeye başlayacağı yönündeki kararının sadece gelişme sebebiyle zararın kapsamının belirlenemediği durumlarda geçerli olabileceği kabul edilmektedir⁵². Öte yandan zarar görenin zarar verici olay sebebiyle tahmin edilemeyen bir gelişme sonucu yeni bir zararının ortaya çıkması halinde de, ancak on yıllık üst süre dolmamışsa yeni zarar için yeni bir alt zamanaşımı süresinin işleyebileceği vurgulanmaktadır⁵³. On yıllık üst zamanaşımı süresinin başlangıcında kanun koyucu, zarara sebep olan olayı dikkate almıştır. Bu sebeple on yıllık süre rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Kanımızca da, sonradan ortaya çıkan veya artan zararlar bakımından kanun koyucunun bu

⁵¹ Yargıtay 4. H.D., 2008/5510 Esas, 2009/2292 Karar, 17.02.2009 Tarih; Yargıtay 4. H.D., 2007/10928 Esas, 2008/658708 Karar, 05.2008 Tarih; Yargıtay 21. H.D., 2008/9866 Esas, 2009/192012 Karar, 12.02.2009 Tarih; Yargıtay H.G.K., 2008/21245 Esas, 2008/24921 Karar, 12.03.2008 Tarih; Yargıtay 4. H.D. 2011/11890 Esas, 2011/13090 Karar, 07.12 2011 Tarih. Ayrıca hükmün verileceği sırada haksız eylemin sonuçları henüz yeterli bir kesinlikle tespit edilemiyorsa hakim kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı da tutabilir.: Haluk Nami NOMER, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 243.

⁵² OĞUZMAN/ÖZ, s. 74- 75.

⁵³ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 75.

iradesi göz önünde bulundurulmalıdır. KTK m. 109/1, on yıllık üst zamanaşımı süresini olay tarihinden başlattığından ve “olay” kavramı ile zarara sebep olan olay ifade edilmek istendiğinden her durumda zarara sebep olan olay üzerinden on yıllık sürenin geçmiş olması ile taleplerin zamanaşımına uğradığı kabul edilmelidir. Aksi halde, sigortacı süre sınırı bulunmayacak şekilde tazminat talebi ile karşı karşıya kalabilecektir.

KTK m. 109/2 ceza kanunlarında düzenlenen zamanaşımı sürelerini saklı tuttuğundan trafik kazasında failin fiili yaralama suçunu oluşturup cezayı gerektiriyorsa -kamu davası açılmamış, mahkumiyet kararı verilmemiş olsa dahi- ceza kanunlarında düzenlenen zamanaşımı süresi uygulanır. Bununla birlikte bedensel zararların söz konusu olduğu yaralanmalı trafik kazaları için TCK'nın öngördüğü zamanaşımı süresi KTK'nın öngördüğü **zamanaşımı süresinden kısa** (sekiz yıl) olduğundan ceza zamanaşımı süresinin uygulanması kural olarak mümkün ve gerekli olmayacaktır. Bununla birlikte ceza zamanaşımı süresinin kesilmesi ayrı hükümlere tabidir. Ceza zamanaşımı süresinin herhangi bir sebeple kesilmesi durumunda sigorta ettiren ve zarar görenin bu süreden faydalanmaya devam etmesi uygun olacaktır.

NÜKLEER SİGORTA HAVUZU VE FELAKET BONOLARI

Dr. Öğr. Üyesi Semih Sırrı Özdemir

Özet: Nükleer enerji tesislerine ilişkin kazalar, geniş bir coğrafi alanı ve çok sayıda insanı etkileme olasılığı taşımaktadır. Radyasyon sızıntısının doğrudan ve dolaylı etkileri, tıbbi tedavi ve etkilenmiş alanların boşaltılması gibi konularda yapılan masraflardan veya yakındaki işletmelerin zararlarından kaynaklanan yüksek tazmin taleplerine neden olabilir. Sigorta şirketlerinin riski dağıtma ve nükleer riskleri kapsamak için gereken fonları sağlama ihtiyacı, sigorta sektöründe alternatif risk transferi yöntemlerinin kullanılmasının öne çıkan nedenlerindedir. Bu kapsamda, nükleer sigorta havuzları ve felaket bonoları, piyasada artan bir şekilde kullanılmaktadır. Bu çalışmanın amacı, nükleer risklerin sigortalanmasının, bu süreçte uygulamada karşılaşılan zorlukların ve anılan risk transferi yöntemlerinin hukuki arka planının incelenmesidir.

Anahtar kelimeler: Nükleer risklerin sigortalanması, risk dağıtımı, sigorta sözleşmesi, nükleer sigorta havuzu, felaket bonoları

Abstract: Accidents related to nuclear plants have the potential to affect a wide scope of geographic areas and high number of people. Direct and indirect effects of radiation leakage may result high compensation claims arising from expenses such as medical treatment and evacuation of the infected areas or incurred losses of the nearby enterprises. Insurance companies' need to allocate risk and supply required funds for covering nuclear risks are noteworthy reasons behind the application of alternative risk transfer methods in the insurance sector. In this context, nuclear insurance pools and catastrophe bonds are used in the market, increasingly. The aim of this article is to examine insurance of the nuclear risks, concerning difficulties and legal background of aforesaid risk transfer methods.

Keywords: Insurance of nuclear risks, risk allocation, insurance contracts, nuclear insurance pools, catastrophe bonds

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

Giriş

Nükleer enerjinin kullanımının yaygınlaőması, nükleer tesislerin meydana getirebileceği risklerden doğan sorumluluğun ve bunların tazmini açısından sigorta uygulamasında karşılaşılan yöntemlerin değerlendirilmesini, uluslararası hukuk açısından daha önemli bir noktaya taőımuőtur. İnaaatı devam eden ve bu yönde sözleşme akdedilen nükleer tesisler nedeniyle, konunun Türk hukukunun gündeminde de daha yoğun bir yer tutmaya başladığı görölmektedir.

Nükleer hasarlar boyutları, etki alanları ve uzun döneme yayılan sonuçları ile, tazmin talepleri yönünden dikkate değer bir büyüklüğe erişme ihtimalini barındırmaktadır. Geçmişte karşılaşılan kazalar da, sonuçları itibariyle bu iddiayı doğrulamaktadır. Belirtilen ihtimal, nükleer tesis işletmecilerinin bu hasarları karşılama yetilerinin sorgulanmasına, tazmin taleplerinin farklı kaynaklardan bir arada karşılanmasına dair önlemlerin alınmasına ve bu yönde düzenlemeler yapılmasına neden olmuştur.

Bunların yanı sıra, sigorta anılan risklerin karşısında başvuru öncelikli kaynaklardan birisi olmaya devam etmektedir. Ancak, talep edilen poliçelerin şirketlerin mali güçlerini aşması ihtimali ile riskin dağıtılmasında ve istatistiki olarak tespitinde yaşanan zorluklar, sigortacılık açısından farklı risk transferi yöntemlerinin de kullanılmasına neden olmaktadır. Çalışmanın konusunu oluőturana, sigorta havuzları ve felaket bonoları, yalnızca nükleer riskler açısından değer, aynı zamanda benzeri nitelikteki çevresel riskler açısından da sıklıkla kullanılmaktadır.

Çalışmanın ilk bölümünde, nükleer kazalar ve bundan doğan zararların tazminine dair genel açıklamalarda bulunulmakta; ikinci bölümünde ise, nükleer tesis işleticisinin hukuki sorumluluğuna yer verilmektedir. Üçüncü ve dördüncü bölümde, sırasıyla, nükleer hasarların tazmini açısından öne çıkan farklı yöntemlerin ve bu risklerin sigortalanması sürecinde karşılaşılan zorlukların üzerinde durulmaktadır. Beşinci bölümde ise, nükleer sigorta havuzuna ve bir riskin menkul kıymetleőtirilmesi yöntemi olarak, felaket bonolarına yer verilmekte ve bunların hukuki işleyiőleri açıklanmaktadır.

I. Nükleer Kazalar ve İlgili Zararların Tazmini

Günümüzde sürekli artan enerji ihtiyacı¹, bu yöndeki talebin karşılanması için yeni yatırımların yapılması gereksinimini doğurmaktadır. Yatırımlarda üretim maliyetlerinin yanı sıra, ülkelerin doğal kaynakları, diğer enerji kaynaklarına yakınlıkları ve enerji güvenliği politikaları da etkili olmaktadır². Konuya ilişkin harcamalar, 2017 yılında toplamda 1.8 trilyon dolara ulaşmıştır³.

Nükleer enerji, enerji arzını sağlamak için elektrik üretiminde tercih edilen yöntemlerden birisidir. Her ne kadar, yüksek yatırım maliyetleri alana yönelik gelişmeler üzerinde kısıtlayıcı bir etki oluştursa da, emisyonları azaltıcı etkisi ve enerji güvenliği politikaları açısından katkıları, nükleer enerjinin öne çıkan olumlu yönleri arasında sayılabilir⁴. Bugün 32 ülkedeki nükleer enerji reaktörleri, global enerji gereksiniminin yüzde 11'ini karşılamakta ve halihazırda 55 yeni reaktörün inşaatına devam edilmektedir⁵. Türkiye'de de Akkuyu'da santral inşaatı için çalışmalar devam etmekte ve Sinop'ta bir santralin hizmete alınmasına ilişkin anlaşma yapılmış bulunmaktadır⁶.

1 2017 yılında, global enerji gereksiniminin önemli bir artış (%2.2) gösterdiği görülmektedir. Bu, son on yıllık ortalama artış oranının (%1.7) üzerindedir. Bu konuda bkz. BP Statistical Review of World Energy 2018, (<https://www.bp.com/content/dam/bp/en/corporate/pdf/energy-economics/statistical-review/bp-stats-review-2018-full-report.pdf>) (Erişim tarihi, 10.10.2018).

2 Enerji güvenliği kavramı hakkında bkz. Yergin, D.: *Ensuring Energy Security*, Foreign Affairs, C. 85, S. 2, 2006, s. 69 vd.

3 Bununla birlikte, anılan toplam 2016 yılı rakamlarına göre %2'lik bir azalışa karşılık gelmektedir. Konu hakkında bkz. *World Energy Investment 2018*, International Energy Agency, Paris 2018, s. 21.

4 Buongiorno, J./ Parsons, J. (vd.): *The Future of Nuclear Energy in a Carbon-Constrained World - An Interdisciplinary MIT Study*, Boston 2018, s. 1-31. Nükleer enerji ve enerji güvenliği ilişkisi hakkında bkz. Corner, A./ Venables, D./ Spence, A./ Poortinga, W./ Demski, C./ Pidgeon, N.: *Nuclear Power, Climate Change and Energy Security: Exploring British Public Attitudes*, Energy Policy, C. 39, 2011, s. 4823 vd.

5 Buongiorno/Parsons, s. 3. Bununla birlikte, belirli ülkelerin nükleer enerji kullanımını oransal olarak azaltma eğilimi gösterdiği not edilmelidir. Örneğin, 2040 yılı itibarıyla, Japonya'nın Fukuşima kazası öncesinde ülkesinde mevcut bulunan nükleer güce oranla çok daha az bir yerleşik güce sahip olacağı öngörülmektedir. Konu hakkında bkz Buongiorno/Parsons, s. 4.

6 T.C: Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı - Nükleer Enerji, (<http://www.enerji.gov.tr/tr-TR/Sayfalar/Nukleer-Enerji>), (Erişim tarihi: 10.10.2018).

Alınan tüm güvenlik önlemlerine rağmen, nükleer santrallerin taşıdığı riskler, konuya dair öne çıkan endişelere kaynaklık etmeye devam etmektedir⁷. Santrallere yönelik üretim, taşıma, depolama aşamalarında veya sızıntı nedeniyle ortaya çıkabilecek kazalar, etkileri itibariyle büyük zararlara yol açabilmektedir⁸. Çernobil, Fukuşima ve Three Mile Island reaktörlerinde meydana gelen kazalar buna örnek olarak verilebilir⁹. Serpentinin geniş etki alanı, aynı anda birden fazla bölge veya ülkeyi etkileme ihtimali ve uzun döneme yayılan ağır sonuçları, nükleer kazalar nedeniyle ortaya çıkan hasarın boyutunu arttırmaktadır¹⁰. Sağlık üzerindeki uzun dönemli etkileri bir yana¹¹, yalnızca Çernobil sızıntısının ortaya çıkmasıyla birlikte 115.000 ve bunu takiben de 220.000 kişinin bölgeden tahliye edilmek zorunda kalınması dahi¹², bu ölçekteki bir kazanın sonuçlarının kavranılabilmesine yardımcı olmaktadır.

II. Nükleer Tesis İşletenin Hukuki Sorumluluğu

Gerek uluslararası anlaşmalardan doğan yükümlülükler gerekse de iç hukuktan kaynaklı hukuki sorumluluk nedeniyle, nükleer kazaya ilişkin tazmin yükümü açısından genellikle karşımıza ilk olarak nükleer tesis işleticisi çıkmaktadır. Nükleer tesis işleticisi Paris Konvansiyonu'nda, ülkenin idari otoriteleri tarafından, ilgili nükleer tesisi işleten olarak kabul edi-

⁷ Nükleer santrallerin güvenliği hakkında teknik bilgi için bkz. Buongiorno/Parsons, s. 117 vd.

⁸ Skogh, G.: *A European Nuclear Accident Pool*, The Geneva Papers on Risk and Insurance, Issues and Practice, C. 33, S. 2, 2008, s. 275.

⁹ *Safety of Power Reactors*, World Nuclear Association, 2018, <http://www.world-nuclear.org/information-library/safety-and-security/safety-of-plants/safety-of-nuclear-power-reactors.aspx> (Erişim tarihi: 11.10.2018).

¹⁰ Çernobil kazasının sağlık üzerindeki uzun döneme yayılan sonuçları hakkında bkz. *1986-2016: Chernobyl at 30*, World Health Organization, 2016, http://www.who.int/ionizing_radiation/chernobyl/Chernobyl-update.pdf?ua=1 (Erişim tarihi: 11.10.2018).

¹¹ Çernobil kazasının bölgedekilerin psikolojileri üzerindeki uzun dönemli etkileri hakkında bkz. Bromet, E.J./ Havenaar, J.M./ Guey, L.T.: *A 25 Year Retrospective Review of the Psychological Consequences of the Chernobyl Accident*, Clinical Oncology, C. 23, 2011, s. 297-305.

¹² *Chernobyl Accident and Its Consequences*, Nuclear Energy Institute, 2015, <https://www.nei.org/resources/fact-sheets/chernobyl-accident-and-its-consequences> (Erişim tarihi: 12.10.2018).

len kişi Şeklinde tanımlanmaktadır¹³. Türk hukuku açısından yaklaşıldığında da, işleticinin kusursuz sorumlu olduğu kabul edilmektedir¹⁴.

Nükleer hasar tesiste, depolama alanlarında veya atık sistemlerinde meydana gelen (sızıntı, çekirdeğin erimesi vb.) kazalardan kaynaklanabileceği gibi; buna insan hatası, terörist saldırılar ile doğal felaketler (kasırĐa, sel vb.) de sebep olabilir¹⁵. Son yılların en büyük nükleer felaketi olarak değerlendirilebilecek Fukuşima kazasına da, deprem ve tsunami etkisiyle tesise elektrik iletiminin kesilmesi ve bunun neticesinde  reaktör ünitesinde soğutma işleminin kesintiye uğraması neden olmuŐtur¹⁶.

Nükleer enerji üretimi faaliyeti, taşıdığı riskler ve alınması gereken özel güvenlik önlemleri nedeniyle her ne kadar buna tahsis edilmiş kapalı bir tesiste yürütülse de, tesisin evre ile ilişkisi de dikkate alınmalıdır. Tesisin ihtiyaç duyduğu radyoaktif hammaddenin tesise nakli, tesis atıklarının işlenmesi süreci ve atıkların tesis dışına nakli, bunlara örnek olarak verilebilir. Bu süreçlerde de nükleer bir sızıntının yaŐanması ihtimali bulunmaktadır. Bu açıdan uluslararası konvansiyonlar çerçevesinde ilke, istisnalar saklı kalmak üzere, nükleer tesis işleticisinin tesis dışına gönderilenlerden kaynaklı kazalardan da sorumluluğunun kabul edilmesidir¹⁷.

Borçlar Kanunu m. 71’de, yapısı itibariyle *“bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu”* kanaatine ulaŐılmasını mümkün kılan işletmeler, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmeler olarak sayılmıştır. Nükleer santraller de faali-

¹³ Paris Konvansiyonu, I, a, vi.

¹⁴ Eren, F.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2012, s. 667.

¹⁵ Faure, M. G./ Fiore, K.: **The Coverage of the Nuclear Risk in Europe: Which Alternative?**, The Geneva Papers, C. 33, 2008, s. 289.

¹⁶ **The Fukushima Daiichi Accident**, Report by the Director General, International Atomic Energy Agency, 2014, <https://www-pub.iaea.org/MTCD/Publications/PDF/Pub1710-ReportByTheDG-Web.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2018), s. 19-20.

¹⁷ Kocaoğlu, N.K.: **Nükleer Tesis IŐletenin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara Barosu Dergisi, C. 68, S. 2, 2010, s. 93.

yet konuları nedeniyle, belirtilen mahiyetteki işletmeler arasındadır¹⁸. Bu düzenlemenin arka planında, tehlikeli faaliyetten yarar sağlayan işletmecinin, bu faaliyetten doğan zararı yüklenmesinin, adaletin sağlanmasına daha uygun olacağı düşüncesi yatmaktadır¹⁹. Tehlike sorumluluğu nükleer tesis işleten açısından ağır sonuçlar doğursa da, bu durum zarar ile nükleer tesis faaliyeti veya bu faaliyet sürecinde meydana gelen kaza arasında illiyet bağının bulunması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz²⁰. Sorumluluktan kurtulmak isteyen nükleer tesis işleticisi, zarar ile gerçekleşen olay arasında illiyet bağı kesen sebeplerin varlığını ispat etmelidir²¹.

III. Nükleer Hasarların Tazmini Açısından Öne Çıkan Yöntemler

Nükleer kazalar neticesinde ortaya çıkabilecek tazmin talepleri hasarın boyutu, uzun döneme yayılan sonuçları ve özellikle de dolaylı etkilerinin genişliği nedeniyle, toplamda yüksek tutarlara erişmektedir. Fukuşima kazası sonrasında, balıkçılığa ilişkin ağ üreten Japonya dışındaki şirketlerin dahi tazminat talebinde bulunmaları, bu dolaylı etkilere örnek olarak verilebilir²². Kazalardan belirli bir süre sonra meydana gelen kanser gibi hastalıkların, kaza ile arasındaki ilişkinin tespit edilebilirliği ve kaza ile bağlantılı olarak ortaya çıkan psikolojik rahatsızlıklara dair tazmin yükümlülüğünün sınırlarının belirlenmesi,

¹⁸ Tandoğan, H. : *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ankara 1981, s. 27; Yavuz, C.: *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre "Kusursuz Sorumluluk" Halleri ve İlkeleri*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 14, S. 4, 2008, s. 43; Korkusuz, M. H.: *Tehlike Sorumluluğunun Hukukumuzdaki Yeri*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15-16, S. 22-25, 2010, s. 92-93.

¹⁹ Yavuz, s. 38.

²⁰ Bu yönde bkz. Yavuz, s. 43-44.

²¹ Bu yönde bkz. Başoğlu, B.: *Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2015, s. 44.

²² Feldman, E. A.: *Fukushima: Catastrophe, Compensation and Justice in Japan*, DePaul Law Review, C. 62, S. 2, 2012, s. 345. Yazar, bu dolaylı zararın nedenini açıklamamaktadır. Ancak bunun, nükleer kirlilik ihtimali nedeniyle Japonya kıyılarında açık deniz balıkçılığına olan talebin azalması ve buna bağlı olarak da, anılan işletmelerden sipariş edilen ağ sayısında düşüş gözlemlenmesinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

bu açıdan karşılaşılan zorluklar arasındadır²³. Bununla birlikte, tazminat tutarı yönünden asıl ağırlığın taşınmaz mallar üzerinde meydana gelen zararlardan kaynaklandığı ve özellikle de radyoaktif serpinti nedeniyle belirli bir süre boyunca malikleri tarafından kullanılamayacak bu taşınmazlara ilişkin zararın tespitinin de dikkate değer zorluklar içerdiği açıktır²⁴.

Nükleer kazaların bu niteliği, ortaya çıkan zararın tazmininde izlenmesi gereken farklı yöntemlerden yararlanılmasına neden olmuştur. Bunun öncelikli nedeni, kaza nedeniyle ortaya çıkan tazmin yükümlülüğünün, genellikle nükleer santral veya santralleri işleten şirketlerin maddi gücünün ötesinde bir tutara erişmesi olasılığıdır. Bu durum, tazmin talebinin maddi olarak karşılanabilirliği konusunda soru işaretlerine neden olmaktadır.

Konu açısından temel sorun, hukuki olarak zarardan sorumlu olduğu sonucuna ulaşılan nükleer tesis işletmecisinin, kaza neticesinde zaten müflis durumuna düşmesi ve bu nedenle de tazmin taleplerini karşılayamaması ihtimalidir²⁵. Nükleer tesislerin işletilmesi, buna yönelik dikkate değer bir sermayeyi gerekli kılrsa da, kaza neticesinde işletmecinin bu tesisten sağladığı gelirin en azından kısa vade için tamamen sona ermesi yüksek ihtimaldir. Uzun vadede, tesisin tekrar faaliyete alınmasını mümkün kılabilecek kadar sınırlı ölçekte bir sızıntının olması halinde dahi, tesisin faaliyete alınması ve kaza sonuçlarının mümkün olduğunca ortadan kaldırılmasının, işletmecinin malvarlığı üzerinde ciddi bir olumsuz etkisinin olacağı açıktır. Buna ek olarak, bir şirketin aynı anda birden fazla nükleer tesis işletmesi durumunda dahi, nükleer sızıntı nedeniyle ortaya çıkan gelişmelerin şirketin ticari itibarı, şirket değeri, yeni yatırımlar yürütebilme yetisi ve kredi notu üzerinde dikkate değer bir baskı oluşturması muhtemeldir. Buna göre, kapsamlı bir nükleer sızıntı veya kazanın, nükleer tesis işletmecisinin mali yapısı üzerinde yıkıcı bir etki oluşturacağı sonucuna ulaşılabilir.

²³ Feldman, s. 346.

²⁴ Feldman, s. 347.

²⁵ Bu yönde bkz. Skogh, s. 274.

2011 yılında gerçekleşen Fukuşima kazasının 2018 yılı Mart ayı itibariyle 218 milyar Yen tutarında bir zarara ulaşması ve bunun, 2017 yılında tahmin edilen tazminat tutarını %58 oranında aşmış olması²⁶, nükleer kazalar nedeniyle meydana gelen hasarın büyüklüğüne ve bunun önceden öngörülmesinde yaşanan zorluklara işaret etmektedir. Bu durum, kazanın nükleer tesis işletenin mali durumu üzerindeki etkileri ile birlikte değerlendirildiğinde, zararın karşılanmasına ilişkin farklı yöntemlerin ileri sürülmesine neden olmuştur.

Burada asıl amaç, zararın tazminine ilişkin kaynakların çeşitlendirilmesi ve bunun için yalnızca, zaten kaza nedeniyle mali yapısı zarar gören ve her halde, mevcut kaynakları ile oluşan zararları tamamen karşılaması ihtimali çok düşük olan nükleer santral işleticisine dayanılmamasının önüne geçilmesidir. Paris ve Viyana Konvansiyonları'nda buna ilişkin olarak belirlenen çok katmanlı ödeme eşikleri, belirtilen duruma örnek olarak gösterilebilir²⁷. Paris Konvansiyonu'nun 2004 tarihli eki²⁸ uyarınca zararın 700 milyon Euro'ya kadar olan kısmı nükleer tesis işleticisinin kaynaklarından (veya sigortasından), bunu takip eden 500 milyon Euro tesisin bulunduğu ülkenin oluşturacağı kamu fonlarından ve bunu da izleyen 300 milyon Euro ise, Konvansiyon'a taraf olan ülkelerin oluşturacağı fonlardan karşılanacaktır²⁹. Amerika Birleşik Devletleri (ABD)

²⁶ Estimated Cost of Fukushima Disaster might Balloon to ¥218 Billion, Japan Times News, 24.03.2018, (Erişim tarihi: 13.10.2018).

²⁷ Bu konuda bkz. Kocaoğlu, s. 97-99. Konvansiyonlar hakkında kapsamlı bilgi için bkz. Busekist, O.: *A Bridge between Two Conventions on Civil Liability for Nuclear Damage: The Joint Portocol Relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention*, International Nuclear Law in the Post-Chernobly Report, OECD, 2006, s. 129 vd.

²⁸ Norveç ve İsviçre tarafından onaylanan 2004 tarihli ek, henüz Konvansiyon'a taraf ülkelerin çoğunluğu ve Türkiye tarafından onaylanmamıştır.

²⁹ Kocaoğlu, s. 97-98. Bu kapsamda ayrıca bkz. Brüksel Konvansiyonu, (<https://www.oecd-nea.org/law/nlbrussels.html>). Bununla birlikte, Paris Konvansiyonu'nun uygulamada olan hükümleri çerçevesinde nükleer işletenin sorumluluğuna dair sınırın 15 milyon SDR (yaklaşık 17 milyon Euro) olarak belirlendiği ve buna ilişkin taraf ülkelerce değişiklik yapılmasının mümkün olduğu belirtilmektedir. Konu ve taraf ülke uygulamalarından örnekler hakkında bkz. Liu, J./ Faure, M.: *Compensation for Nuclear Damage: A Comparison among the International Regime, Japan and China*, International Environmental Agreements, C. 16, 2016, s. 170. Paris Konvansiyonu'na taraf ülkeler hakkında bkz. <http://www.oecd-nea.org/law/paris-convention-ratification.html> (erişim tarihi: 15.10.2018).

hukukundaki Price Anderson Act de benzeri bir yaklaşımla, belirli bir limiti aşan tazmin talepleri açısından, bu kapsamda ödeme yapılabilmesini temin edecek ek katmanlara yer vermektedir³⁰.

Bu açıdan, nükleer kazanın istisnai yapıda bir risk oluşturduğu ve tazminine ilişkin yöntemlerin de kendine özgü bir yapı taşıdığı vurgulanmalıdır³¹. Öğretide, ortaya çıkabilecek zararın, en azından bir kısmının buna özgülenmiş vergilerle oluşturulacak kamu kaynaklarından³² veya nükleer tesis işletenin bu amaca özgü olarak oluşturacağı fonlardan³³ karşılanması gibi görüşler dahi ileri sürülmektedir. Bununla birlikte, Paris ve Viyana Konvansiyonları'nda da belirtildiği üzere, sigorta anılan zararların karşılanmasına ilişkin dayanılan öncelikli kaynaklardan birisi olarak öne ıkmaktadır³⁴.

IV. Nükleer Risklerin Sigortalanması Açısından Karşılaşılan Zorluklar

İster bu yöndeki uluslararası anlaşmalardan, isterse de işleticinin belirli risklere karşı kendisini güvence altına alma ihtiyacından kaynaklansın, sigortanın nükleer risklerin tazmini açısından ilk başvurulan kaynaklardan birisi olduğu açıktır. Nükleer enerji sektörü açısından sigortaya olan ihtiyaç, 1950'li yıllarda, nükleer gücün enerji amacıyla kullanımı ile eşzamanlı olarak kendisini göstermeye bařlamıřtır³⁵. Bununla birlikte, nükleer risklerin sigortalanabilirliği açısından uygulamadan kaynaklı bir dizi çekincenin bulunduğu da vurgulanmalıdır.

³⁰ Price-Anderson Act hakkında genel bilgi ve düzenlemede yapılan değişikliklerin kronolojik açıklaması için bkz. Kolomitz, D.: *A Nuclear Threat: Why the Price-Anderson Act Must be Amended Following Cook v. Rockwell*, Arizona State Law Journal, C. 48, 2016, s. 858 vd. Uygulanan eşikler hakkında bkz. Kocaoğlu, s. 48-50.

³¹ Faure / Fiore, s. 289.

³² Skogh, s. 275.

³³ Konuya ilişkin olarak ve bu fonların (veya özkaynağın) oluşturulması ihtimalini uygulamada sınırlayan nedenler hakkında bkz. Faure/Fiore, s. 298-300.

³⁴ Aynı yönde bkz. Liu/Faure, s. 170-171.

³⁵ Ernst & Young Report, *Study on Co(re)insurance – Pools and on Ad-hoc Co(re) insurance Agreements on the Subscription Market*, European Commission, (Ernst & Young Report), 2014, s. 97.

Bunun öncelikli sebeplerinden birisi, nükleer kazalar nedeniyle oluşan zararın ulaşabileceği boyutların ve buna bağlı olarak, ihtiyaç duyulan sigorta poliçelerinin maddi büyüklüğüdür. Belirtilen taleplerin, yalnızca sigorta şirketlerinden her birinin değil, aynı zamanda bir bütün olarak sigortacılık sektörünün maddi gücünü aşabileceği dahi savunulmaktadır³⁶. Herhangi bir nükleer tesisin, alınan tüm önlemlere rağmen, geniş bir alanda nükleer salınımında bulunması ve bunun bölgede ve çevrede yaşayanları, bu kişilerin taşınır/taşınmaz mallarını, doğayı ve çevredeki üretim tesislerini etkileme ihtimali değerlendirildiğinde, bu iddianın desteklenmesi mümkündür. Buna sızıntının sağlık üzerindeki uzun vadeli etkileri gibi doğrudan ve yakındaki turizm bölgelerinde yaşanan gelir kaybı gibi dolaylı zararlar da eklenebilir.

Nükleer kazaların zamana yayılan sonuçları ve bu sonuçların kısmen veya tamamen nükleer kazanın etkisi dışındaki nedenlerden kaynaklanma ihtimali, sigorta ettirenin sorumluluğunun ve dolayısıyla da sigorta şirketlerinin risklerinin değerlendirilmesinde dikkate alınmalıdır. Türk hukuku açısından işletmeciden beklenen, nükleer kaza ile zarar arasındaki illiyet bağını kesen sebeplerin ispatıdır³⁷. Karşılaştırmalı hukuk açısından ABD hukuku incelendiğinde, mahkemeler tarafından, davacının yakalandığı hastalığın yüksek ihtimalle nükleer sızıntıdan kaynaklandığının ispatının arandığı görülmektedir³⁸. Bu, birçok mahkeme tarafından, istatistiki değerlendirmelerin incelenmesine ve aradaki illiyet bağı ihtimalinin yüzde ellinin üzerinde bulunmasının aranmasına neden olmaktadır³⁹. Nükleer sızıntıların etkilerinin, genel bir yapı taşımaları, ortaya çıkmaları için genellikle uzunca bir sürenin gerekmesi ve takip edilebilecek bir iz bırakmamaları nedeniyle, ABD hukukun-

³⁶ Wagner, F.: *Risk Securitization – An Alternative of Risk Transfer of Insurance Companies*, The Geneva Papers on Risk and Insurance, C. 23, 1998, s. 574. Aynı yönde bkz. Faure/Fiore, s. 291.

³⁷ Bu yönde bkz. Başoğlu, s. 44.

³⁸ O'Connell, William: *Causation's Nuclear Future: Applying Proportional Liability to the Price-Anderson Act*, Duke Law Journal, C. 64, 2014, s. 351.

³⁹ O'Connell, s. 351-352.

da davacıların ispat sürecinde zorluklarla karşılaşmalarının mümkün olduğu öngörülebilir⁴⁰.

Bir diğer neden, nükleer kazaların nadiren karşılaşılan ve ancak, oldukça fazla zarara neden olan bir nitelik taşımalarıdır⁴¹. Sigortacılık uygulaması açısından, nükleer tesislerin riskinin hesaplanmasına yeter düzeyde olayla karşılaşılabilmesi⁴², sigorta şirketlerinin buna ilişkin yüklendikleri riski tam olarak tespit etmeleri açısından zorluk oluşturmaktadır. ABD’de Three Mile Island kazası gerçekleştiğinde, (o tarihe kadar faaliyet gösteren farklı reaktörlerin bilgilerinin de eklenmesiyle) toplamda 440 yıllık istatistiki verinin sigorta şirketlerinin elinde mevcut bulunmasına rağmen, bu durumun dahi şirketlerin kaza öncesinde kapsamlı bir istatistiki risk değerlendirmesi yürütmeleri için yeterli olmadığı anlaşıldığı belirtilmektedir⁴³. Bunun nedeni, sigorta şirketlerinin istatistiki değerlendirme yürütebilmeleri için yalnızca geniş bir zaman dilimi boyunca tekrar edilen faaliyete değil, aynı zamanda kazanın gerçekleşme olasılığını tespit edebilecek kadar hasarın (kazanın) gerçekleşmiş olmasına da ihtiyaç duymalarıdır⁴⁴. İstatistiki değerlendirmeyi zorlaştıran bir diğer neden ise, santrallerde yer verilen değişik teknolojiler ve bundan kaynaklanan risk değerleri arasındaki farklılıkların tespiti gereksinimidir⁴⁵.

Riskin öngörülmesinde karşılaşılan zorluklar ve riskin boyutu, her bir nükleer tesis açısından ödenmesi gereken sigorta primlerinin yükselmesine ve bu da, işleticilerin sigorta yaptırma istekliliğinin azalmasına neden olmaktadır⁴⁶. Bu durum, riskin sigortalanması açısından farklı alternatiflerin kullanıl-

⁴⁰ O’Connell, s. 356.

⁴¹ Ernst & Young Report, s. 97.

⁴² Weese, S.H.: *Another Look at “Nuclear Liability after Three Mile Island”*, The Journal of Risk and Insurance, C. 50, S. 2, 1983, s. 323-324.

⁴³ Weese, s. 323-324.

⁴⁴ Yazar, bunu büyük sayılar yasası (theory of large numbers) ile bağlantılı olarak açıklamaktadır, (Weese, s. 323-324).

⁴⁵ Weese, s. 323-324.

⁴⁶ Faure/Fiore, s. 298.

masının öncelikli sebepleri arasında yer almaktadır⁴⁷. Alternatif risk transferi (ART) yöntemleri arasında sayılan, sigorta havuzları ve felaket bonoları⁴⁸, uygulama açısından bunun önemli örnekleri arasında gösterilebilir.

V. Nükleer Sigorta Havuzu ve Felaket Bonoları

1) Nükleer Sigorta Havuzu

Her ne kadar, nükleer tesis işletmecileri sigorta gereksinimlerini büyük oranda sigorta şirketleri tarafından sunulan poliçelerle sağlamaya devam etseler de, sigorta havuzları alanda önemini gün geçtikçe arttırmaktadır⁴⁹. Nükleer enerji üretiminin ulaştığı yüksek sigorta değerinin, birçok sigorta şirketinin reasürans ile dahi karşılama imkânı bulamayacağı yüksek tutarlara erişmesi, sigorta havuzlarına olan gereksinimin öncelikli nedenlerindedir⁵⁰.

Nükleer hasarın olası boyutu nedeniyle, nükleer sigortadan doğan risklerin sigorta portföyü içinde dağıtılmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Bununla birlikte, birçok ülkede yalnızca bir adet veya az sayıda tesis bulunmasının risk dağıtımının etkin bir şekilde gerçekleştirilmesinin önüne geçtiği ve sigorta havuzlarının bu sorunun çözümüne de katkı sunduğu belirtilmektedir⁵¹. Hatta, farklı ülkelerde yer alan havuzların birbirini reasüre etmesiyle de sıklıkla karşılaşılmaktadır⁵². Reasürans işlemi, genellikle havuzlar arasında doğrudan yapıldığı için, bunun işlem maliyeti açısından da olumlu katkısı bulunmaktadır⁵³. Bu yönüyle, sigorta havuzları daha yüksek tutarları

⁴⁷ Faure/Fiore, s. 298.

⁴⁸ Cummins, D. / Weiss, M. A.: *Convergence of Insurance and Financial Markets: Hybrid and Securitized Risk-Transfer Solutions*, The Journal of Risk and Insurance, C. 76, S. 3, 2009, s. 506.

⁴⁹ Faure/Fiore, s. 290.

⁵⁰ McClure, R. D.: *A Review of Nuclear Energy Insurance*, Proceedings of the Casualty Actuarial Society, 1968, s. 256.

⁵¹ Ernst & Young Report, s. 97.

⁵² Ernst & Young Report, s. 97.

⁵³ Ampovska, M.: *Nuclear Insurance Pools Worldwide: The Role in the Nuclear Law*, Balkan Social Science Review, C. 9, 2017, s. 11.

kapsayan sigortaların yapılabilmesine imkân tanımaktadır⁵⁴. Ayrıca anılan sigorta havuzları, katılanların (üyelerin) arasında bilgi paylaşımının sağlanmasına ve riskin daha etkin bir şekilde ölçülebilmesine de yardımcı olmaktadır⁵⁵.

1956 yılında 3 adetle sınırlı olan nükleer sigorta havuzlarının sayısı⁵⁶, 2013 yılı itibariyle Avrupa genelindeki 11 ülkede yerleşik 46 adete ulaşmıştır⁵⁷. Buna AB dışındaki ülkeler de dahil edildiğinde, günümüzdeki sayının çok daha yüksek olduğu sonucuna ulaşılabilir. Bu bir anlamda, nükleer enerji üretilen her ülkede, bazı ülkelerde birden fazla olmak üzere, en az bir adet nükleer sigorta havuzunun bulunduğu işaret etmektedir⁵⁸. Türkiye’de de, inşaatı devam eden santrallerin tamamlanmasıyla, Doğal Afet Sigortaları Kurumu (DASK) vasıtasıyla nükleer risklere yönelik bir havuz oluşturulacağı belirtilmektedir⁵⁹. Bununla birlikte, halihazırda DASK web sayfasında, nükleer sigorta havuzu çerçevesinde ilgili hasar başvuru formuna yer vermeye başlandığı görülmektedir⁶⁰. Hazine ve Maliye Bakanlığı’nın ilgili birimleri tarafından, konuya ilişkin hazırlıkların devam ettiği; ancak, havuzun henüz tam olarak faaliyete geçmediği bilgisi iletilmiştir.

2013 yılında Avrupa Birliği Komisyonu tarafından yayınlanan bir raporda, nükleer sigorta havuzlarına ilişkin olarak yapılan araştırmaya dair şu sonuçlar paylaşılmıştır⁶¹: “Havuzların çoğunluğu (%55) sigorta ve reasürans faaliyetini bir arada yürütmekte ve kâr amacı gütmemektedir (%55). Bu havuzlarının çoğunluğunun üyelerce belirlenen bir yönetici tarafın-

⁵⁴ Faure/Fiore, s. 290.

⁵⁵ Faure/Fiore, s. 291.

⁵⁶ McClure, s. 256.

⁵⁷ McClure, s. 256-257.

⁵⁸ Ernst & Young Report, s. 97.

⁵⁹ Doğal Afet Sigortaları Kurumu - Zorunlu Deprem Sigortası Faaliyet Raporu, s. 4; Noyan, D.: Nükleer Havuz Kuruluyor, Hürriyet, 20.11.2017, (erişim tarihi: 14.10.2018).

⁶⁰ Bu konuda bkz. Türkiye Nükleer Sigorta Havuzu, <https://webtest.sbm.org.tr/dasknukleer>, (erişim tarihi: 18.10.2018).

⁶¹ Ernst & Young Report, s. 97 vd.

dan yönetildiği (%91) ve tamamının doğrudan doğruya üyeler tarafından sağlanan kaynaklara dayandığı görölmektedir. Bu durum, özellikle de büyük risklerin gerçekleşmesi durumunda, havuzların üyelerden taahhüt ettikleri tutarı (veya bunun ödenmesi gereken tazminat açısından oransal olarak karşılık gelen kısmını) getirmelerini talep etmelerine neden olmaktadır. Her bir havuzun, kurulduğu ülke, tabi olduğu hukuk sistemi, uygulamadan kaynaklanan ihtiyaçlar ve yönetim ilkeleri nedeniyle, kendine özgü nitelikler taşıması mümkündür. Havuzlar genellikle milli yapıda olmakla birlikte, özellikle reasürans yoluyla ülke dışı faaliyette de bulunmaktadır. Yapılan araştırmada bu nitelikte 12 havuzun olduğu tespit edilmiş, bunlardan altısının ise aynı anda 10 üye ülkede birden faaliyette olduğu belirlenmiştir.“

Nükleer sigorta havuzunun işleyişi açısından, genellikle her yıl başında, her bir üyenin sağlamayı taahhüt ettiği miktar belirlenir ve bunların toplamı, sigorta sözleşmeleri açısından havuzun karşılayabileceği azami tutarı oluşturur⁶². Sözleşmeler sadece işleticilerin kazalar karşısındaki sorumluluğunu değil, aynı zamanda tesisi kapsayacak şekilde de yapılabilmektedir⁶³. Bazı havuzların, nükleer enerji üretiminin kısa süreli kesintiye uğramasından kaynaklanan zararlar, çalışanların zarar görmesi ve şirket yöneticilerinin sorumluluğuna gidilmesi risklerini de dahil edecek şekilde, farklı rizikoları da içeren sözleşmelere taraf olduğu görölmektedir⁶⁴. Havuzun maddi hacmi, üyelerin katkı durumuna göre toplamda küçük rakamlarda kalabileceği gibi, yüksek rakamlara da erişebilir. ABD’de Price-Anderson Act çerçevesinde kurulan sigorta havuzu 102 işletici üyenin her biri açısından ayrı ayrı 121.255 milyon USD dolar ödeme yükümlülüğü getirmekte ve bu da, anılan havuzun büyüklüğünü toplamda 12.4 milyar USD’ye erişirmektedir⁶⁵.

⁶² Faure/Fiore, s. 292.

⁶³ Faure/Fiore, s. 291.

⁶⁴ Ampovska, s. 12 vd.

⁶⁵ Bununla birlikte, rizikonun gerçekleşmesi durumunda, üyelerin yapacağı ödemelere ilişkin sınırlar açısından farklı ilkeler bulunmaktadır. Bu konuda bkz. United States Nuclear Regulatory Commission, **Background on Nuclear Insurance and**

2) Riskin Menkul Kıymetleştirilmesi ve Felaket Bonoları

Sigorta piyasasının kaynaklarının, nükleer kazalar karşısında sınırlı kalan yapısı, nükleer risk sigorta havuzlarının⁶⁶ yanı sıra, sermaye piyasaları ile bağlantılı ek kaynaklardan da yararlanması düşüncesinin temelini oluşturmuştur⁶⁷. Bu, sigorta şirketlerinin üzerinde bulunan riski, sermaye piyasaları yoluyla dağıtmalarına imkân sağlamaktadır⁶⁸. Bununla birlikte, sigorta ve reasürans piyasasının büyüklüğüne kıyasla, anılan yöntem hala çok sınırlı düzeyde kullanılmaktadır⁶⁹.

Felaket bonoları, riskin dağıtılması amacıyla, ihraç eden ile yatırımcı arasında yapılan sözleşmeye dayalı olarak çıkarılmaktadır⁷⁰. Bu bonolar, genellikle reasüransın alternatifi olarak kullanılmakta ve felaketlerden doğabilecek büyük zararlara ilişkin riskin oldukça küçük parçalara ayrılarak dağıtılması amaçlanmaktadır⁷¹. Bonoların karşılık bedeli, bononun süresi boyunca ihraççılar tarafından çoğunlukla devlet tahvili gibi araçlarda tutulmaktadır⁷². Bunun, bedelin piyasa risklerine karşı güvence altına alınması ve bedel üzerinden getiri sağlanması gereksinimlerinin ortak sonucu olarak değerlendirilmesi mümkündür.

Bonoların sunacağı faiz, sigorta primlerinden ve bono karşılığı bedelin yatırıldığı devlet tahvillerinin getirilerinden karşılanır⁷³. Belirtilen dönemde riskin hiç gerçekleşmemesi durumunda, yatırımcı bono bedelini ve öngörülen faizi almaya hak kazanırken; riskin gerçekleşmesi durumunda ise genellikle,

Disaster Relief, 01.2018, (Erişim tarihi: 18.10.2018).

⁶⁶ Ernst & Young Report, s. 97.

⁶⁷ Wagner, s. 575-576.

⁶⁸ Wagner, s. 578.

⁶⁹ Cummins, J. D.:/ Trainar, P.: **Securitization, Insurance and Reinsurance**, The Journal of Risk and Insurance, C. 76, S. 3, 2009, s. 463.

⁷⁰ Martin, N. / Richter, A.: **Improving Risk Allocation Through Indexed Cat Bonds**, The Geneva Papers on Risk and Insurance, C. 29 S. 2, 2004, s. 184.

⁷¹ Eberl, J./ Jus, D.: **The Year Cat: Taxing Nuclear Risk with the Help of Capital Markets**, Energy Policy, C. 51, 2012, s. 369.

⁷² Eberl /Jus, s. 369.

⁷³ Wagner, s. 579.

oransal olarak bono bedelinin tamamını veya bir kısmını almayı ve işlemiş faizlerden vazgeçmeyi taahhüt eder⁷⁴. Risk, ihraç edenin zarara uğraması veya piyasa kayıp endeksleri üzerinden belirlenebileceği gibi, doğrudan doğruya bir dizi teknik eşik (belirli bir şiddette deprem veya belirli bir düzeyde sızıntı gibi) üzerinden de açıklanabilir⁷⁵

Felaket bonolarının taşıdığı tüm bu risklere rağmen yatırımcı çekebilmesi için, buna benzer bir riski içermeyen devlet tahvili gibi yatırım araçlarından daha fazla getiri sunması gerektiği beklenebilir. İşte, bu araçlar ile felaket bonolarının getirileri arasındaki fark, piyasanın nükleer kazalara ilişkin tespit ettiği risk oranı olarak adlandırılmaktadır⁷⁶. Yatırımcılar, bu riski değerlendirirken, bononun kapsadığı riskleri ve bunların dağılım oranını da dikkate almaktadır.

Türkiye'deki deprem riskine karşı DASK'ın oluşturduğu havuz çerçevesinde, Bermuda'da kurulan Bosphorus Re Ltd.⁷⁷ tarafından 2013 yılında toplam 400 milyon USD bedelle ve 3 yıllık süre ile ihraç edilen felaket bonusu, konuya ilişkin ülke uygulamasına örnek olarak verilebilir⁷⁸. "Bosphorus 1" bonosunun, şu ana kadar düzenlenmiş en düşük maliyetli felaket bonusu olduğu ve yılın en iyi reasürans anlaşması ödülünü aldığı belirtilmektedir⁷⁹. 2015 yılında, aynı şirket tarafından

⁷⁴ Wagner, s. 579.

⁷⁵ Nell, M./ Richter, A.: **Improving Risk Allocation Through Indexed Cat Bonds**, The Geneva Papers on Risk and Insurance, C. 29, S. 2, 2004, s. 184-185.

⁷⁶ Eberl /Jus, s. 369.

⁷⁷ Şirket bilgileri için bkz. Bosphorus Re Ltd. Series 2013-1 Class A Principal At-Risk Variable Rate Notes Due 03 May 2016, Bermuda Stock Exchange, http://www.bsx.com/company_details.php?CompanyID=1099937889, (erişim tarihi 22.10.2018).

⁷⁸ http://www.artemis.bm/deal_directory/bosphorus-1-re-ltd/, (Erişim tarihi: 23.10.2018).

⁷⁹ Doğal Afet Sigortaları Kurumu -Zorunlu Deprem Sigortası Faaliyet Raporu, s. 41. Uygulamada, anılan bonolar için "felaket bonusu" ifadesinin yanı sıra "afet bonusu" ifadesi de kullanılmaktadır. Bu konuda örnek olarak bkz. Zorunlu Deprem Sigortası Faaliyet Raporu, s. 41. Kanaatimizce, buna kaynaklık eden "*catastrophe bond*" ifadesinden ve "*catastrophe*" kelimesinden hareketle, her iki kullanımın da dilbilimsel olarak kavrama uygun olduğu sonucuna ulaşılabilir. Bununla birlikte, anılan bonoların uygulamada salgın hastalıklara yönelik olarak dahi düzenleniyor olması (bkz. bu çalışmada dn. 86), kavramın yalnızca doğal çevresel afetlerle sınırlı olarak değerlendirilmesinin önüne geçmektedir. Çalışmada, "felaket bonusu"

100 milyon USD bedelle bir başka bono daha ihraç edilmiştir⁸⁰. Bonoların temel dayanađı, Őirket ile DASK arasında reasűransa iliŐkin olarak yapılan sűzleŐmedir ve riziko olarak, belirli eŐiđi aŐan depremler esas alınmıŐtır⁸¹. Bonoların taŐıdıđı risklerin getirileri ile arasındaki iliŐkiye, ihraç edilen bu iki bono da iŐaret etmektedir. Reasűre edilen risklerin farklılaŐması nedeniyle, ihraç edilen ikinci bononun (%1.5) risk gerçekleŐme ihtimalinin ilkine (%1.05) gűre artıŐ gűstermesi, beklenen getiri oranının da yűkselmesine neden olmuŐtur⁸².

Eylűl 2018 rakamlarına gűre, felaket bonoları piyasasının toplam bűyűklűđünün 30 milyar USD'ye ulaŐtıđı, sigortaya dayalı menkul kıymetlerin toplam deđerinin ise 2013 yılındaki rakamların iki katına eriŐerek, 98 milyar USD Őeklinde gerçekleŐtiđi gűrűlmektedir⁸³. 2017 yılındaki dikkate deđer dođal felaketlere rađmen kendisini gűsteren bu artıŐ, anılan menkul kıymetlere yűnelen yatırımların da etkisiyle, geleneksel reasűrans maliyetlerinde bir űlçűde azalıŐa neden olmuŐtur⁸⁴. Bunun, alternatif risk transferi yűntemlerinin, sigorta piyasası maliyetlerinin azaltılması yűnűnde olumlu bir katkısı olarak deđerlendirilmesi műmkűndűr.

Anılan bonolar genellikle sigorta Őirketleri tarafından ihraç edilse de, Dűnya Bankası'nın 2018 yılında 1.36 milyar USD be-

ifadesinin kullanımının benimsenmesinin űncelikli gerekçesi, bunun afetleri de içeren daha geniŐ bir anlama karŐılık geldiđi yűnűndeki kanaatimizdir.

⁸⁰ http://www.artemis.bm/deal_directory/bosphorus-ltd-series-2015-1/, (Erişim tarihi:23.10.2018).

⁸¹ http://www.artemis.bm/deal_directory/bosphorus-ltd-series-2015-1/, (Erişim tarihi:23.10.2018). Riziko anılan kaynakta Şu Şekilde tanımlanmaktadır: "For an earthquake to qualify as a triggering event and cause a loss it must result in spectral acceleration (a gravity based measure of ground movement and shaking from earthquakes) above 0.1g for at least 10% of the defined measurement locations and be confirmed by the calculation agent, which is risk modeller RMS."

⁸² űngűrűlen getiri oranları, ilk bono için %2.5 iken, ikincisi için %3.5 ile %4 arasındadır. http://www.artemis.bm/deal_directory/bosphorus-ltd-series-2015-1/, (EriŐim tarihi:23.10.2018).

⁸³ **Global Catastrophe Bond Market Size Climbs to a Record 30 bn USD**, Financial Times, 07.09.2018, (Erişim tarihi: 23.10.2018).

⁸⁴ **Global Catastrophe Bond Market Size Climbs to a Record 30 bn USD** (Financial Times).

delli ve belirli ülkelerdeki (Őili, Kolombiya, Peru) deprem risklerine yönelik felaket bonusu ihraç etmiş olması, uluslararası kuruluşların sigorta fonlama ihtiyaçları çerçevesinde bu bonolara olan ilgisini göstermektedir⁸⁵. Buna ek olarak, Dünya Bankası tarafından 2017 yılında, gelişmekte olan ülkelerde takip eden beş yıl boyunca yaşanabilecek salgın hastalık riskine karşı da 500 milyon USD bedelle bir bono çıkarılmıştır⁸⁶.

Felaket bonolarına yatırımın, getiri aşıından hazine tahvili gibi araçlara göre olumlu yönleri bulunsa da, riskli yapısı bu alanda bireysel yatırımcıların varlık göstermesinin önüne geçmektedir. Dünya Bankası tarafından ihraç edilen 1.36 milyar dolarlık felaket bonusu için gerekli sermayeyi toplamda yalnızca 45 yatırımcının karşılamış olması da⁸⁷, bu sonuca işaret etmektedir.

Sonuç

Enerji ihtiyacının karşılanmasında nükleer tesislerden yararlanılması, bu tesislerin işletilmesi sürecinde üretim veya atık yönetimi gibi aşamalarda nükleer sızıntı yaŐanması ihtimalinin sorgulanmasına neden olmaktadır. Geçmişte yaşanan Çernobil benzeri kazalar, anılan kazanın olası etkilerinin ağır ve yıkıcı etkilerine işaret etmektedir. Belirtilen hasarın tazmini sürecinin çoğunlukla tesis işleticinin sermaye gücünü ve imkanlarını aşacağı öngörülebilir. Bu nedenle, konuya ilişkin uluslararası konvansiyonların da etkisiyle, çok katmanlı tazmin Őemaları oluşturulmuş ve işletmecinin maddi gücünü

⁸⁵ World Bank Affirms Position as largest Sovereign Risk Insurance Provider with Multi Country Earthquake Bond, <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2018/02/07/world-bank-affirms-position-as-largest-sovereign-risk-insurance-provider-with-multi-country-earthquake-bond>, (Erişim tarihi: 23.10.2018).

⁸⁶ World Bank Launches First-Ever Pandemic Bonds to Support 500 Million USD Pandemic Emergency Financing Facility, The World Bank, <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2017/06/28/world-bank-launches-first-ever-pandemic-bonds-to-support-500-million-pandemic-emergency-financing-facility>, (erişim tarihi: 23.10.2018).

⁸⁷ World Bank Issues Record 1.4 Billion USD Catastrophe Bond, Financial Times, (07.02.2018), <https://www.ft.com/content/4696996e-0c07-11e8-8eb7-42f857ea9f09>, (Erişim tarihi: 27.10.2018).

aşabilecek taleplerin, tesisin bulunduğu devlet ve konvansiyonlara taraf ülkelerce oluşturulmuş fonlardan karşılanması yöntemi benimsenmiştir.

Bununla birlikte, sigorta anılan riskler açısından başvuru öncelikli kaynak olmaya devam etmektedir. Ancak, nükleer tesis işleticilerinin, hasarın ulaşması muhtemel olan boyutlarıyla orantılı olarak artan gereksinimleri, sigorta şirketlerinin bu riskleri tek başlarına karşılamalarını zorlaştırmaktadır. Bunun yanı sıra, riskin istatistiki olarak tespitinde ve riskin etkin bir şekilde dağıtılmasında karşılaşılan sorunlar, sigorta sektörünün yeni çözümler aramasına neden olmuştur.

Alternatif risk transferi (ART) olarak da adlandırılan bu yöntemler, sigorta şirketinin üzerinde bulunan riski farklı şekillerde dağıtmasına olanak tanımaktadır. Sigorta havuzu ve felaket bonoları, nükleer tesislere ilişkin riskler açısından daha yoğun kullanılan yöntemler olarak öne çıkmaktadır. Sigorta havuzu, üyelerin taahhütlerine dayanmakta ve gerçekleşen hasarın, bu taahhütler arasında (genellikle) oransal olarak dağıtılması ilkesi çerçevesinde işlemektedir. Felaket bonoları ise (çoğunlukla), reasürans faaliyeti yürüten şirketin bu sözleşmeye dayalı olarak bono ihraç etmesi ve riskin gerçekleşmemesi durumunda, piyasaya oranla daha yüksek bir getiri taahhüt edilmesi esası üzerine yapılandırılmaktadır. Riskin gerçekleşmesi durumunda ise, reasürans sözleşmesinden doğan ödemenin oransal olarak bono bedellerinden karşılanacağı belirtilmektedir. Riskin hangi durumlarda gerçekleşmiş sayılacağı, özel bazı eşikler üzerinden önceden açıklanmaktadır.

Anılan yöntemler, riskin dağıtılması ve daha yüksek bedelli sözleşmelere taraf olunabilmesi imkânı sağlaması açısından, sigorta şirketlerinin ve bazı durumlarda da, sigorta havuzu üyesi olan nükleer tesis işletmecilerinin faaliyetlerine katkı sağlamaktadır. Ayrıca, felaket bonolarının, riskli olmalarına rağmen, sundukları piyasaya göre daha yüksek getiri nedeniyle kurumsal yatırımcılar tarafından ilgi ile takip edildiği görülmektedir. Sunduğu katkılar nedeniyle, bu yöntemlere olan ilginin artış göstermeye devam edeceği öngörülebilir.

Kaynakça

- Ampovska, M.: **Nuclear Insurance Pools Worldwide: The Role in the Nuclear Law**, Balkan Social Science Review, C. 9, 2017.
- Başoğlu, B.: **Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2015.
- Bromet, E.J./ Havenaar, J.M./ Guey, L.T.: **A 25 Year Retrospective Review of the Psychological Consequences of the Chernobly Accident**, Clinical Oncology, C. 23, 2011.
- Buongiorno, J./ Parsons, J. (vd.): **The Future of Nuclear Energy in a Carbon-Constrained World - An Interdisciplinary MIT Study**, Boston 2018.
- Busekist, O.: **A Bridge between Two Conventions on Civil Liability for Nuclear Damage: The Joint Portocol Relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention**, International Nuclear Law in the Post-Chernobly Report, OECD, 2006.
- Corner, A./ Venables, D./ Spence, A./ Poortinga, W./ Demski, C./ Pidgeon, N.: **Nuclear Power, Climate Change and Energy Security: Exploring British Public Attitudes**, Energy Policy, C. 39, 2011, s. 4823 vd.
- Cummins, J. D.:/ Trainar, P.: **Securitization, Insurance and Reinsurance**, The Journal of Risk and Insurance, C. 76, S. 3, 2009.
- Cummins, D. / Weiss, M. A.: **Convergence of Insurance and Financial Markets:Hybrid and Securitized Risk-Transfer Solutions**, The Journal of Risk and Insurance, C. 76, S. 3, 2009.
- Eberl, J./ Jus, D.: **The Year Cat: Taxing Nuclear Risk with the Help of Capital Markets**, Energy Policy, C. 51, 2012.
- Eren, F.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2012.
- Kocaoğlu, N.K.: **Nükleer Tesis İşletenin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara Barosu Dergisi, C. 68, S. 2, 2010.
- Kolomitz, D.: **A Nuclear Threat: Why the Price-Anderson Act Must be Amended Following Cook v. Rockwell**, Arizona State Law Journal, C. 48, 2016.

- Korkusuz, M. H.: **Tehlike Sorumluluğunun Hukukumuzdaki Yeri**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15-16, S. 22-25, 2010.
- Liu, J./ Faure, M.: **Compensation for Nuclear Damage: A Comparison among the International Regime, Japan and China**, International Environmental Agreements, C. 16, 2016.
- Martin, N. / Richter, A.: **Improving Risk Allocation Through Indexed Cat Bonds**, The Geneva Papers on Risk and Insurance, C. 29 S. 2, 2004.
- McClure, R. D.: **A Review of Nuclear Energy Insurance**, Proceedings of the Casualty Actuarial Society, 1968.
- Nell, M./ Richter, A.: **Improving Risk Allocation Through Indexed Cat Bonds**, The Geneva Papers on Risk and Insurance, C. 29, S. 2, 2004.
- O'Connell, William: **Causation's Nuclear Future: Applying Proportional Liability to the Price-Anderson Act**, Duke Law Journal, C. 64, 2014.
- Skogh, G.: **A European Nuclear Accident Pool**, The Geneva Papers on Risk and Insurance, Issues and Practice, C. 33, S. 2, 2008.
- Tandoğan, H. : **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Ankara 1981, s. 27.
- Wagner, F.: **Risk Securitization - An Alternative of Risk Transfer of Insurance Companies**, The Geneva Paper on Risk and Insurance, C. 23, 1998.
- Weese, S. H.: **Another Look at "Nuclear Liability after Three Mile Island"**, The Journal of Risk and Insurance, C. 50, S. 2, 1983.
- Yavuz, C.: **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre "Kusursuz Sorumluluk" Halleri ve İlkeleri**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 14, S. 4, 2008.
- Yergin, D.: **Ensuring Energy Security**, Foreign Affairs, C. 85, S. 2, 2006.

Av. Prof. Dr. ÇETİN ARSLAN- Semihçiğim, ben de teşekkür ediyorum. Süreleri gerçekten çok iyi kullandık, bir de 10 dakikalık aramıza rağmen yine zamanımız çok iyi, sorularımız geldi. Sırasıyla şimdi hocalarıma söz vereceğim. Önce Kemal Hocam söz istiyor, sonra Semihçiğim, sana iki tane soru var. Sorular da çoğaldı. Aslıhan Hocaya var. Evet Hocam, buyurunuz.

Prof. Dr. KEMAL ŞENOCAK- Teşekkür ederim. Soru: Sigortacının sorumluluğu açısından sigortalının, sigorta ettirenin ağır ihmalinin sigorta sözleşmesi kapsamında dışında tutulabileceğini belirttiniz. Bu durum 1429'a aykırılık teşkil etmez mi? Kanun ve poliçe genel şartlarına aykırı düzenlemeler sigorta ettiren aleyhine olduğu takdirde hükümsüz değil midir? Alman hukukundaki uygulamayı mı kastettiniz? Şimdi Türk Ticaret Kanununda sigortaya ilişkin hükümlerin bir özelliği var. Bu özellik 1452, 86 ve 1520. maddelerde de ortaya konuluyor. Hangi hükümleri ortadan kaldırabilirsiniz, değiştirebilirsiniz, hangi hükümleri sigorta ettiren lehine veya aleyhine değiştirebilirsiniz? Buna ilişkin özel olarak düzenlemeler var emredici hükümler, nispi emredici hükümler şeklinde. Şimdi 1429. maddeyle ilgili olarak ilk önce 1452'ye bakalım. 1452'nin 1. fıkrası, 1404, 1408. madde hükümleriyle 1429. maddenin 1. fıkrasının ikinci cümlesine aykırı sözleşmeler geçersizdir. 1429'un ikinci cümlesi kastla ilgili, yani *"sigorta ettiren kasten rizikonun gerçekleşmesine sebebiyet verdiği zaman sigortacı tazminat ödeme yükümünden kurtulur"* hükmünü aksine sözleşmede öngöremezsiniz. Öngördüğünüz takdirde sözleşmenin tamamının geçersiz olduğundan bahsediyor 1452. Sadece ona ilişkin var. 1429'un birinci cümlesinde açık hüküm var: *"Sigortacı aksine sözleşme yoksa sigorta ettirenin sigortalının lehtarı ve bunların hukuken fülllerinden sorumlu buldukları kişilerin ihmallerinden kaynaklanan zararları tazminle yükümlüdür"* diyor. Dolayısıyla ben sigorta sözleşmesiyle ağır kusuru teminat dışı bırakabilirim. Hatta biraz daha ileri gitmiş bu hüküm, hafif kusuru bile teminat dışı bırakabilirim. Çünkü açıkça diyor: *"Sigorta sözleşmesinde aksine hüküm yoksa sorumludur"* Aksine düzenleme getirebiliyorum, ama *"kasıt halinde kasten meydana gelen zararlardan sigortacı sorumludur"* şeklinde

bir düzenleme getirdiğim zaman sözleşme tamamen geçersiz. Mesleki sorumluluk sigortası genel şartlarında böyle bir abuk sabuk hüküm de var, onu da söyleyeyim, geçersiz bir düzenleme de var. Anlaşıldı herhalde, yani bu Alman hukukundaki düzenleme değil, Türk hukukundaki düzenleme, Alman hukukunda tam aksine ağır kusurla dahi rizikonun gerçekleşmesine sebebiyet verme söz konusu olduğunda otomatik teminat dışı, bizde ilk önce teminat içerisinde, aksine sözleşme varsa teminat dışı. Çünkü orada sigorta ettirenin özen yükümlülüğü rizikonun gerçekleşmesi konusunda özen yükümlülüğünü arttırmak için getirilmiş bir düzenleme. Oradaki düzenlemeyle bizdeki düzenleme bu açıdan farklılık arz ediyor.

Av. Prof. Dr. ÇETİN ARSLAN- Teşekkür ediyorum. Ecehan Hocam, size bir soru var, siz devam edin, sonra böyle azdan çoğa doğru gideceğim, bu şekilde toparlayalım.

Doç. Dr. ECEHAN YEŞİLOVA ARAS- *“P&I kulüplerine yönelik davalar tahkim yargılamasına müsait mi”* diye bir soru gelmiş. Tabii ki müsait, niye olmasın da nasıl? Şimdi zarar gören neyi talep ediyor, ona bakalım. Zarar gören sigorta sözleşmesinden doğan sigortacının edimini talep ediyor. Yani sigortacı aslında karşısına sigortalı gelseydi talep bakımından ona karşı hangi statüde yargılanacaksa, zarar görene karşı da o statüde yargılanacak. Eğer tahkim anlaşması varsa, zarar gören de bu tahkim anlaşmasına uyacak. Yani o yüzden P&I kulübünün verdiği teminatın sınırı, teminatın içi, aynı zamanda zarar göreni bağlamakla birlikte bir de bu teminatın verilmemesi halinde, iradi olarak sigortacı tarafından verilmemesi halinde doğan uyuşmazlığın yargılaması da yine sigortacının kendi sözleşmesinde belirlediği tahkim kaydına göre olacaktır. Tabii bu hoş bir şey mi? Zarar gören için hiç değil, zarar göreni ikinci kez mağdur etmek demektir bu, fakat zarar gören kendi hukuki ilişkisinden kopup, yani sorumluluk ilişkisinden kopup sigorta ilişkisine dayanarak talepte bulunmayı istiyorsa, bunu da göze alacaktır.

Av. Prof. Dr. ÇETİN ARSLAN- Çok teşekkür Sevgili Hocam. Aslıhan Hocam, size söz vereyim.

Dr. ASLIHAN SEVİNÇ KUYUCU- Benim ilk sorum: Manevi tazminata uzamıő ceza zamanaşımı uygulanacak mıdır? Yargıtay uygulanması gerektiği yönünde kararlar da vermiştir denilmiş. Karayolları Trafik Kanununu dikkate aldığımızda 109. maddeyi “hayır” yanıtını vermek gerekiyor. Çünkü hem maddi zararlar diye ilk fıkrada başlıyor, 2. fıkrada da maddi tazminat taleplerinden bahsediyor. Yargıtayın kararlarında inceleme yaptığımda ben de karşı karşıya kaldım. Sorunun yanıtı hayır, sadece maddi zararlar bakımından bir düzenleme getirilmiş, ama evet, Yargıtayın aksi yönde kararları var. Manevi tazminata da uzun zamanaşımı süresini uyguladığı kararları var.

Diğer soru: 109. maddenin 2. fıkrasındaki uzamıő zamanaşımının sigortacıya karşı uygulanıp uygulanamayacağı hususundaki görüş anlaőılamamıő. Burada uzun zamanaşımı süresinin uygulanması bakımından zaten borçlar hukuku öğretisindeki bir görüşü irdelemek, eleőtirmek gerekli sigorta hukuku bakımından, cezaen sorumlu kiőıye karşı sadece ceza zamanaşımı uygulanabilir deniliyor. Aynı hususu sigorta hukuku ve sorumluluk sigortalarında uygulayacak olursak hiçbir surette o uzun zamanaşımı süresiyle sigortacıya gidemeyecektir zarar gören, dolayısıyla oradaki ilkeyi burada benimsemek mümkün değil. Zarar gören, hatta güvence hesabına da öğretide bu da vurgulanıyor sigorta hukuku bakımından, güvence hesabına da, sigortacıya da o uzun zamanaşımı süresi içerisinde gidebilmelidir. Bu hususta yine borçlar hukuku öğretisi bakımından Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin aksine kararları var zaten, çünkü sadece cezaen sorumlu kiőıye gidilecek dersek işleten aynı zamanda sürücü değilse, işletene de gidilemeyecektir. O zaman nasıl uygulanacak ki uzun zamanaşımı süresi diye bir eleőtiriyle işletene de cezaen sorumlu kiőı olmasa dahi uzun zamanaşımı süresiyle başvurulabilir yönünde 4. Hukuk Dairesinin de kararları var.

Av. Prof. Dr. ÇETİN ARSLAN- Hocam, çok teşekkür ediyorum. Semihçiğim, sen söz almak istiyorsun.

Dr. SEMİH ÖZDEMİR- Üç ayrı soru var. Bunların ikisi keřiően mahiyette, onları bir arada cevaplayacağım. Sayın Av.

Birsen Avcı ve Sayın Av. Ragıp Eren'in soruları: Belli süre sonra, özellikle de örneğin 20 yıl sonra, örneğin Çernobil kazasından sonra veya Ermenistan'da veya farklı yerlerde meydana gelebilecek nükleer tesislerden kaynaklı sızıntılar nedeniyle hangi tarihe kadar başvuru yapılabileceği sorusu var. Burada tabii öğretilerde savunulan görüşlerden birisi sebep olay-sonuç olay bağlantılı olarak bunların değerlendirilmesi, yani nükleer sızıntının sebep olay, burada işte gerçekleşen örneğin, sakat doğum veya kanser olunmasıysa sonuç olay olarak değerlendirildiğini görmekteyiz. Burada zamanaşımının sebep olaydan değil de sonuç olaydan başlatılması yönünde bir eğilim olduğunu söylemek mümkün, tabii bunu söylememiz mümkün.

İkinci soruya geçiyorum. Stajyer Av. Sayın Mahmut Eken'in sorusu: Türkiye'de sigorta havuzu kurulmuş mudur, havuzun primini kim ödeyecektir? Tabii nükleer tesislere ilişkin onların özelinde soruyorsanız henüz halihazırda kurulmuş etkin şekilde faaliyete geçen bir havuz söz konusu değil. Her halükarda DASK'ın sitesine girdiğinizde siz şeyi görüyorsunuz, nükleer sigorta havuzu ve buna ilişkin hasar başvuru sistemini görüyorsunuz. Ancak verilen bilgi onun çok etkin bir şekilde işlemeye başlamadığı yönündedir. Bunun da tabii ki ikinci sorusu az önce cevapladığımla bağlantılı: Ermenistan'da ekonomik ömrünü tamamlamış bir tesiste kaza olursa ne olacak? Bu sadece Ermenistan özelinde değil, diğer birçok ülke açısından da değerlendirilebilir. Aslında uluslararası sözleşmelerin, konvansiyonların temel ilkesi burada o konvansiyonlar çerçevesinde nükleer işleticinin burada tesisin bulunduğu devletin ve bunlar da yeterli gelmezse, konvansiyona taraf olan ülkelerin sağlayacağı ortak bir fon var. İlgili başvurunun bu çerçevede karşılanması mümkün olacaktır. Teşekkür ederim.

Av. Prof. Dr. ÇETİN ARSLAN- Semihçğim, ben de teşekkür ediyorum. Serap Hocam, gazanız mübarek olsun, buyurunuz.

Doç. Dr. SERAP AMASYA- Şimdi isim belirtilmemiş, şöyle bir soru var: *"İdare hukukuna göre idarenin sorumluluğuna yol açacak hizmet kusuruna bağlı bedensel zarar hallerinde TBK hüküm-*

lerinin uygulanabileceğini belirttiniz” dediniz. Evet, kanundaki fıkra hükmünü okudum ve daha sonra “idarenin kusursuz sorumluluğu açısından acaba bunu niye dışarıda bırakıyorsunuz” diye bir soru yöneltilmiş. Benim uzmanlık alanıma girmiyor. Ben sadece kanun maddesini okudum. Üzgünüm, buna verilecek bir cevabım yok.

Gene isimsiz bir soru: *“Burada da trafik kazalarında yaralının tedavi masrafları SGK tarafından karşılanır dedikten sonra acaba bununla ilgili bir sınırlama var mıdır”* diye sorulmuş. Devlet hastanesi haricinde diğer hastanelerde yerine getirilen tedavi masraflarını yine SGK kapsamında karşılanıp karşılanmayacağı sorulmuş. Bildiğim kadarıyla evet, anlaşma varsa özel hastaneyle SGK arasında o anlaşma hükümlerine göre bir karşılama yapılıyor. Kaldı ki biliyorsunuz acil söz konusu olduğunda orada herhangi bütün hastalar için yine tedavi görme imkanı var.

İbrahim Türkay Beyefendi Sayın Avukat, ben tekrar görebilir miyim? Sağ olun, siz bu sorunuzu tekrar sorabilir misiniz? Ben üzgünüm, anlayamadım.

Av. İBRAHİM TÜRKAY- Tazminat hesaplamalarında haksız fiilden doğan zararlar söz konusu, ... sorumluluk sigortalarından doğan zararlar (144.24) haksız fiilden birisinin kasten işlediği fiilden zarar gördüğümüz zaman maddi tazminat alma hakkımız var tabii, manevi tazminat da var, ama bu manevi tazminat boyutunu iki şeyde de geçiyoruz. Onları sormuyorum, maddi tazminatın zarar gören kişinin durumuna göre bir maddi tazminat hesaplaması yapılıyor. Fakat aynı şey taksirle işlenen -sorumluluk sigortalarında çoğunlukla böyle- bir zarar ortaya çıktığında aynı esaslar ve sistemlerle tazminat hesaplamaları yapılıyor. Bunların arasında bir fark olması, birisi taksirle yüzde 100 kusurlu, biri kasten suç işlemiş, zarar vermiş, öyle bir kusur söz konusu. Bunlarla ilgili bir kanuni çalışma var mı veya mukayeseli hukukta böyle bir şey rast geldiniz mi?

Doç. Dr. SERAP AMASYA- Yok bildiğim kadarıyla.

Av. İBRAHİM TÜRKAY- Çünkü olması gerekiyor diye düşünüyorum. Birisi, kasten bir suç işliyor, zarar veriyor, maddi

tazminat miktarı aynı, birisi taksirle sonuca sebep oluyor, zarara sebep oluyor. Suç işliyor diyemeyiz ona tabii taksir olduğu için, aynı tazminata hükmediliyor.

Doç. Dr. SERAP AMASYA- Üzgünüm, bildiğim kadarıyla buna ilişkin bir çalışma mevcut değil Türkiye’de, mukayeseli hukukta bu konuda yanıtım yok.

Av. İBRAHİM TÜRKAY- Aynı sistem mi var?

SALONDAN- Aynı, İsviçre’den aldık çünkü biz.

Doç. Dr. SERAP AMASYA- Bir soru daha var, şöyle: Tazminat hesabı yapılırken sigorta şirketlerine özgü farklı bir hesaplama yönteminin kabul edilmesi Anayasanın *“hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz”* hükmünü içeren eşitlik ilkesinin düzenlediği 10. maddesine aykırı mıdır? Kanımca değildir. Yani burada o zaman bütün zarar görenlerin aleyhine olabileceğini düşündüğümüz bütün o zorunlu sorumluluk sigortalarına ilişkin sözleşme hükümlerinin hepsini geçersiz saymamız gerekecek. Halbuki söyledik, kanunun izin verdiği hallerde, hatta bazı haller teminat dışı bırakılabiliniyor. Bu da zarar görenin aleyhine olan bir şey, o zaman örneğin, Karayolları Trafik Kanununun teminat dışında bıraktığı hallerle ilişkin o hükmünün Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla bir kere önce iptal davası açılması lazım. Dolayısıyla ben buradaki bu görüşe katılamıyorum. Söyleyeceğim bundan ibaret, teşekkür ederim.

Av. İBRAHİM TÜRKAY- Sorunun devamında vardı.

Doç. Dr. SERAP AMASYA- Yine bu şekilde bir hesap yönteminin kabul edilmesi Karayolları Trafik Kanununun 95. maddesindeki tazminatın ortadan kaldırılması ya da miktarının azaltılması sonucunu doğuran haller zarar görene karşı ileri sürülemez hükmüne aykırı değil midir? Burada sigorta sözleşmesinden kaynaklanan def’ilerin ileri sürülemeyeceği bahsediliyor. Sonra devamında trafik genel şartları normlar hiyerarşisi gereğince kanuna aykırı olamayacağından yukarıdaki kanun ve Anayasa hükümleri karşısında tazminat miktarının azaltılması sonucunu doğuran genel şartlarda yer alan sigorta

Şirketlerine özgü hesaplama yöntemi esas alınması mümkün müdür? Şimdi belirttik, sigortacının sorumluluğunun zarar görenin uğradığı tazminat miktarını kapsayacak surette o kadar geniş olmasını aramıyoruz. Sigorta sözleşmelerinde muafiyetler de öngörülebiliyor. O zaman muafiyet ya da kapsam dışı bırakılan tüm haller -ki bunlar da çünkü zararın miktarını ve dolayısıyla ödenecek olan tazminatın miktarını etkileyecektir- hepsini geçersiz saymamız gerekir. Benim kanımca kanunun izin verdiği hallerde sigorta şirketleri için farklı yöntemin uygulanmasında bir isabetsizlik olduğunu düşünmüyorum. Teşekkür ederim.

Av. Prof. Dr. ÇETİN ARSLAN- Sevgili Ecehan Hocam'ın da Kemal Hocama bir sorusu varmış, tabii ki sorabilirsiniz, buyurunuz.

Doç. Dr. ECEHAN YEŞİLOVA ARAS- Hocam, ikinci kez dinliyorum ben bu tebliğinizi, bir noktayı iyice anlamak için bir soru sormak istiyorum. İlk defa şans buldum sizinle bu noktada konuşmak için, genel hüküm olan 1429. madde dediğimizi çok iyi anlıyorum, sübjektif riziko istisnası diyorsunuz kast için, niçin cümlelerin sonu tazminattan kurtulur diye bitiyor? Kanun koyucu niçin burada "tazminattan kurtulur" demiş de 77'de doğru olan ifade "tazminattan sorumlu olmaz" demiş?

Prof. Dr. KEMAL ŞENOCAK- Yani bu dediğiniz doğru, sübjektif riziko istisnasında bu lafız aykırı geliyor, ama gerekçeden hareketle ben o sonuca varıyorum. Çünkü gerekçede 1477'ye uygun bir düzenleme getiriyor. Kanun koyucu terimleri seçerken hiç özenli davranmamış, onun için tek çıkar yolumuz gerekçeye gitmek, gerekçeden olması gereken düzenlemeye varmaya çalışıyoruz. Ondan Sevgili Ecehan, yani kanun koyucu sadece bu maddede değil, birçok maddede ne yazık ki sigortaya ilişkin hükümlerde hiç özen göstermemiş. Onun için bu tür sıkıntılar ortaya çıkıyor, bu tür tartışmalar ortaya çıkıyor, ama gerekçeden hareketle ben de bu sonuca varıyorum. Mehaza da uygun bir düzenleme de bu şekilde anlaşılması gerekir diye düşünüyorum.

Doç. Dr. ECEHAN YEŞİLOVA ARAS- Teşekkür ediyorum Hocam, sağ olun.

Av. Prof. Dr. ÇETİN ARSLAN- Hocam, hiç üzülmeyin, bizim TCK 10 işte senelik, bırakın özeni, dil bilgisi hataları var. Üniversite sorusunda dil bilgisi hatasına örnek teşkil edecek hatalar var.

Arada fark var, sizin dil bilgisi hatası var, hani kanun koyucu cahil değildir dersiniz, ama ne yazık ki arkadaşlarımız sigorta hukukçusu kanun koyucu gerçekten sigorta hukuku konusunda cahilliğini bu düzenlemede ortaya koydu.

Av. Prof. Dr. ÇETİN ARSLAN- Şimdi ben sevgili hocalarıma sundukları çok değerli, kapsamlı tebliğ için teşekkür ediyorum, siz değerli katılımcılara ilginiz ve katkınız için ayrıca teşekkür ediyorum ve oturumu kapatıyorum, ama size söz veriyorum, buyurunuz.

SUNUCU- Teşekkür ediyorum Başkanım. Sayın konuklar, konuşmacılarımıza değerli paylaşımlarından dolayı teşekkür ediyoruz ve plaketlerini takdim etmek üzere Türkiye Barolar Birliği Başkan Başkanışmanı Av. Prof. Dr. Sayın Necdet Basa'yı sahneye davet ediyorum.

*AKİT DIŞI KUSURSUZ SORUMLULUKTA
BEDENSEL ZARARLAR ULUSLARARASI KONGRESİ*

3. GÜN

6. Oturum

*GELİŞİM KUSURU NEDENİYLE İŞLETMENİN
SORUMLULUĞU*

OTURUM BAŞKANI- Bu üçüncü günün 6. Oturumunda yine sizlerle birlikteyiz. Toplantı yoğun bir biçimde devam ediyor çok güzel, Erkan arkadaşımızın maalesef bir mazereti nedeniyle gelemeyeceği...

SALONDAN- Şimdiki dekan yardımcısısınız. ... (00.25)

OTURUM BAŞKANI- Bu ilginç oldu gerçekten arka arka-ya, şimdiki dekan vekaleten yürütüyor, aynı zamanda Erkan Bey, o da olsaydı böyle üçümüz bir arada olacaktık. Her neyse, ondan dolayı da biz bu görevi üstlenmek zorunda kaldık. Almanların bir sözü var: *“Metchen für alles”* ... (01.00) diyorlar. Yani her işe bakan kişi vaziyetinde, inşallah bu görevi de layıkıyla yerine getiririz.

Şimdi bugün gerçekten çok değişik konular var, çok güzel konular var. *“Gelişim Kusuru Nedeniyle İşletmenin Sorumluluğu”*, gelişim kusuru bağlamında, yani zaman içerisinde ortaya çıkan, daha sonradan ortaya çıkan zararlı faaliyetler dolayısıyla sorumluluğun kapsamının nasıl olacağını belirlenmesi gerçekten önemli bir konu, çok üzerinde durulan değişik yönleri olan bir konu. O çerçevede çok değerli konuşmacılarımız var. Bu çok değerli konuşmacılarımız bu bilgileri size aktaracaklar. Ben başlıkları teker teker okumayacağım şimdilik, sayın konuşmacıların başlıklarını, bu sıralamayı da aynı zamanda kullanmayacağım. Çünkü biraz önce Çetin Hoca öğleden önceki toplantıda açıkça Başkanın görevlerini ve yetkilerini belirledi. Dedi ki: *“Başkandır, istediğini yapar, istediği kararı verir”* Hatta ara verdi ara olmamasına karşılık, o yüzden de herhangi bir şey diyeceğini düşünmüyorum. Ben ilk sözü Sayın Prof. Dr. Ali Yarayan’a vermek istiyorum *“Alman Hukukunda Gelişim Kusuru Nedeniyle İşletmenin sorumluluğu”*nu anlatmak üzere, buyurun Sayın Yarayan.

(Prof. Dr. Ali Yarayan toplantıdaki konuşmasını Türkçe olarak yapmıştır. Fakat toplantı öncesinde Almanca konuşma metni gelmiş ve Türkçe çevirisi yazılı olarak yapılmıştır. Bu yüzden Ali Beyin toplantıda yaptığı konuşmanın sonuna kendisinin yollamış olduğu Almanca metin ve Türkçe çevirisi eklenmiştir.)

ÖNEMLİ ÖLÇÜDE TEHLİKE ARZEDEN İŞLETMENİN FAALİYETİNDEN DOĞAN KUSURSUZ SORUMLULUK

Prof. Dr. Ali YARAYAN

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

**“Verschuldensunabhängige Haftung aufgrund
erheblicher Gefahrenanlagen der Unternehmenstätigkeit”**

Sayın Hâkimler, Saygı değer Profesörler, Sayın Meslektaş
Avukatlar, Sayın Bayanlar ve Baylar.

Bugün sizlerle *“Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmenin
Faaliyetinden Doğan Kusursuz Sorumluluk”* konusunu sun-
maktan onur duyuyorum.

Hayatımızın birçok alanındaki teknolojik ilerlemelerden
dolayı, şirketlerdeki tehlike arzeden işletmenin faaliyetleri
nedeniyle ortaya çıkan zararlar için kusursuz sorumluluk ön-
görülmalıdır. Türk Borçlar Kanununun 71. maddesi zarar so-
rumluluğu için genel bir düzenleme öngörürken, Alman hu-
kukunda böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Almanya’da
zarar sorumluluğu için genel bir düzenleme yoksunluğu ne-
deniyle halen çeşitli özel kanun ve Alman Medeni Kanununda
birçok zarar sorumluluk durumları için çeşitli düzenlenmeler
bulunmaktadır. Bunlar, bir yandan tesisler, varlıklar ya da
maddeler için sorumluluk olarak, diğer yandan da eylemler
için sorumluluk olmak üzere iki kategoriye ayrılabilir.

Tesisler, varlıklar ya da maddeler kategorisinin örnekleri
şöyledir:

- Motorlu taşıt sahibinin sorumluluğu (§ 7 StVG),
- Uçak sahibinin sorumluluğu (§ 33 LuftVG),
- Nükleer tesisler için sorumluluk (§ 25 AtomG) ve
- Ayıplı ürünler için sorumluluk (§ 1 ProdHaftG).

İkinci sorumluluk kategorisinde ise diğer taraftan eylemler yer alır, örnek olarak

- İlaç şirketi sahibinin sorumluluğu (§ 84 AMG),
- İşletmecinin sorumluluğu (§ 32 GenTG),
- Maden şirketi sahibinin sorumluluğu (§ 114 Abs. 1 BBergG) ve
- Avlanma hakkı olan kişinin sorumluluğu (§§ 29, 33 BJagdG) olarak sayılabilir.

Son olarak, örneğin bir tesiste eylemsiz gerçekleşen su kirliliği nedeniyle, su kirliliği için sorumluluk (§ 89 Abs. 1 WHG) ve işletmecinin sorumluluğu (§ 89 Abs. 2 WHG) olduğundan, her iki kategori de sorumluluk bulunur.

- 1) Tüm bu sorumluluk durumlarında, zarar anında sadece tipik yaşam tehlikesi değil, tipik görevsel tehlike riski de gerçekleşmiş olmalıdır.¹
- 2) Son olarak ta pek çok tehlike sorumluluk durumunda, tutarı ile ilgili sorumluluk sınırları standartlaştırılmıştır (§ 12 StVG, § 37 LuftVG, §§ 9, 10 HPfIG, § 88 AMG, § 15 UmweltHG, § 31 AtG und § 33 GenTG), bunlar farklı ve çeşitlendirilmiş olarak düzenlenmiştir, ayrıca burada ayrıntılı olarak tartışılmayacaklar.
- 3) Buna karşılık, bu sorumluluk sınırı, hayvan sahibi sorumluluğu (§ 833 BGB) ve su hasarı sorumluluğu (§ 89 WHG) durumlarında bulunmamaktadır.
- 4) Maddi zararın yanı sıra 2002'deki yasa reformundan sonra (§ 253 Abs. 2 BGB) manevi zararın telafisi de mümkün hale gelmiştir.

¹ Röthel, s. 445.

- 5) Ancak, § 89 Abs. 2 WHG, § 4 UmweltHG, § 7 Abs. 2 StVG und §§ 1 Abs. 2 S. 1, 2 Abs. 3 Nr. 3 HaftPflG düzenlemeleri uyarınca, mücbir sebep hallerinde kesinlikle sorumluluk kabul edilmemektedir.
- 6) Ayrıca, zarar gören tarafın olayda kusurlu olması durumu için bazı sorumluluk indirim düzenlemeleri de vardır (§ 85 AMG, § 9 StVG, § 27 AtG, § 34 LuftVG ve § 11 UmweltHG).

Sayın Bayan ve Baylar, **şimdi burada Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmenin Faaliyetinden Doğan Kusursuz Sorumluluk ilkelerini belirledikten sonra, artık farklı kategorileri ayrıntılı olarak inceleyebiliriz.**

Önce tesisler, eşyalar ya da maddeler için kusursuz sorumluluğa değineceğim:

a) Demiryolları veya asman ray sistemleri için sorumluluk (§ 1 HPflG)

Eğer bir kişi bir demiryolu ya da bir demiryolunun işletilmesi sırasında öldürülürse, bir kişinin bedeni ya da sağlığı zedelediye ya da bir maddiyata zarar verildiyse o zaman işletme sahibi Mali Sorumluluk Kanununun 1. maddesinin 1. fıkrasına göre, zarar gören tarafın zararını telafi etmekle yükümlüdür.

Kaza, mücbir sebepten kaynaklandıysa tazminat ödeme yükümlüğü kabul edilmez.

Ayrıca,

1. Saklamak için teslim alınan bir maddiyat zarar gördüyse;

2. Yolcunun üzerinde bulunduğu veya beraberinde götürdüğü bir eşya hariç, taşıma sırasında bir maddiyat zarar gördüyse,

Tazminat ödeme yükümlülüğü kabul edilmez,

b) Tesisatlar için sorumluluk (§ 2 HPflG)

Eğer, bir elektrik hattından veya boru hattı tesisatından çıkan elektrik, gaz, buhar veya sıvıların etkileriyle veya belirtilen enerji veya maddelerin dağıtımına yönelik bir sistemden do-

layı, bir kişi öldürölürse, bir kişinin bedeni veya sağlığı zarar görölürse veya bir maddi zarar meydana gelmişse, tesisin sahibi, Mali Sorumluluk Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasına göre ortaya çıkan zararı telafi etmekle yükümlölüdür. Tesisin, zararın meydana geldiği sırada iyi durumda olmaması hali hariç, elektriğin, gazların, buharların veya sıvıların etkilerine dayanmaksızın, tesisin varlığından kaynaklanan zarar oluŐtuysa da aynı durum geçerlidir. Bir tesis, tanınmış teknoloji kurallarına uygun ve bozulmamıŐ olduğu sürece iyi durumdadır.

Zarar, tellerin düşmesinden kaynaklanmadığı sürece, mücbir sebepten kaynaklanıyorsa telafi yükümlölölüğu kabul edilmez.

c) Hayvan sahibinin sorumluluğu (§ 833 BGB)

Eğer bir hayvan bir kişiyi öldürölürse veya bir kişinin vücuduna veya sağlığına zarar verirse veya bir maddiyata zarar verirse, Alman Medeni Kanununun 833. maddesine göre, hayvan sahibi, yaralanan kişinin ortaya çıkan zararını telafi etmekle yükümlölüdür. Zarar, hayvan sahibinin mesleğine, faaliyetine veya bakımına hizmet etmeyi amaçlayan bir evcil hayvandan kaynaklanıyorsa veya hayvan sahibi, hayvanı gözetirken trafikte gerekli olan özeni gösterdiyse ya da bu özen gösterilse bile zarar meydana gelecektiyse tazminat yükümlölölüğu bulunmaz.

d) Motorlu taşıt sahibinin sorumluluğu (§ 7 StVG),

Eğer bir motorlu taşıtın veya bir römorkun taşınmasını amaçlanan bir motorlu taşıtın işleyişinde, bir insan öldürölürse, bir kişinin bedeni veya sağlığı zedelenirse veya bir maddi zarar meydana gelirse, Karayolları Trafik Kanununun 7. Maddesine göre, araç sahibi, yaralanan kişinin ortaya çıkan zararını telafi etmekle yükümlölüdür.

Kaza, mücbir sebepten kaynaklandıysa tazminat ödeme yükümlölölüğu kabul edilmez.

e) 1. Ekte belirtilen tesislerin sorumluluğu (§ 1 UmweltHG)

Eğer, Çevre Sorumluluk Kanununun 1. maddesinin 1. ekinde belirtilen tesislerden kaynaklanan bir çevresel etkiden dolayı, bir kişi öldürülürse, bir kişinin bedeni veya sağlığı zarar görürse veya bir maddi zarar meydana gelmişse, tesisin sahibi, zarar gören kişinin ortaya çıkan zararını telafi 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
 - o Katı veya sıvı yakıtlar için 50 megavatı veya
 - o 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,
- 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 tesisler

f) Uçak sahibinin sorumluluğu (§ 33 LuftVG),

Uçağın işletmesi sırasında kazara bir kişi öldürülürse, bir kişinin bedeni veya sağlığı zarar görürse veya bir maddi zarar

meydana gelmiŐe, Hava Trafik Kanununun 33. maddesine göre uçağın sahibi ortaya çıkan zararı telafi etmekle yükümlüdür.

Birisi uçağı sahibinin bilgisi ve rızası olmadan kullanırsa, zararı, uçağın sahibi yerine telafi etmek yükümlüdür. Bununla birlikte, uçağın sahibi, uçağın kullanımının kendi kusuru ile mümkün kılınması halinde, uçağın sahibi zararı telafi etmek yükümlü kalır. Ancak, kullanıcı, uçak sahibi tarafından uçağın işletilmesi için işe alındıysa veya uçak, uçağın sahibi tarafından kullanıcıya teslim edilmiŐe, uçağın sahibi zararı telafi etmekle yükümlüdür; Uçak sahibinin zararı telafi etmekle yükümlüğü, genel kanuni hükümlere göre kullanıcının yükümlülüğü etkilenebilir.

g) Nükleer tesisler için sorumluluk (§ 25 AtomG)

Bir nükleer tesisattan kaynaklanan nükleer bir olaydan dolayı hasar meydana gelirse, Atom Enerjisi Yasası hükümleri, Paris Sözleşmesi ve Ortak Protokol hükümlerine ek olarak, nükleer tesis sahibinin sorumluluğ da geçerli olacaktır (§ 25 Abs. 1 S. 1 AtomG). Paris Sözleşmesi, kuralları, Sözleşme'nin yrrlge girmesiyle ortaya çıkan karşılıklılık öngörmediği sürece, uluslararası hukuk kapsamındaki yükümlülüğünden bağımsız olarak, Federal Almanya Cumhuriyeti'ne uygulanacaktır.

İlgili depolama dâhil olmak üzere, temel malzemelerin taşınması durumunda, taşıyıcı, bu kanun kapsamında bir nükleer tesis sahibi yerine sözleşme kapsamındaki ykmllğ stlendiyse, yükümlülüğün kabul edildiği tarihten itibaren bir nükleer tesis sahibi sayılır. Bu sözleşme yazılı olarak yapılmalıdır.

Bir nükleer tesisin sahibi, hasarın olduğu yerden bağımsız olarak sorumludur.

h) Ayıplı rnler için sorumluluk (§ 1 ProdHaftG)

Ayıplı rnler nedeniyle bir kişi ldrlrse, bir kişinin bedeni veya sağlığı zarar görürse veya bir maddi zarar mey-

dana gelmişse, Ürün Sorumluluk Kanununun 1. maddesine göre ayıplı ürünün üreticisi, zarar görenin, bu üründen dolayı ortaya çıkan zararını telafi etmekle yükümlüdür. Maddi zarar meydana gelmişse ve sadece ayıplı üründen başka bir maddiyat zarar görmüşse ve diğer maddiyat türü itibariyle özel tüketim veya genel tüketim amaçlıysa ve çoğunlukla bu amaç için zarar gören tarafça kullanılmıŐsa, uygulanır.

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 dağıtmamıŐsa,
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 edilememiŐse,

Ürün Sorumluluk Kanununun 1. maddesinin 2. fıkrasına göre üretici zarar telafi yükümlülüğünden muaftır,

Ayıp, zarar ve ayıp ile zarar arasındaki nedensel bağlantı için, zarar gören taraf ispat yükümlülüğü taşır. Eğer, Ürün Sorumluluk Kanununun 1. maddesinin 2. veya 3. fıkrasına göre, zarar tazminat yükümlülüğünün bulunmadığı çekiŐmeliyse, bu durumda üretici ispat yükümlülüğü taşır.

Sayın Bayanlar ve Baylar, Şimdi artık faaliyetlerden doğan kusursuz sorumluluk meselesine geleceğiz; bunlar aşağıdaki gibidir;

a) İlaç Şirketi sahibinin sorumluluğu (§ 84 AMG)

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 Tıbbi Ürünler Kanununun 84. maddesinin 1. fıkrasına göre, bu kanun kapsamında tıbbi ürünü pazarlayan ilaç şirketinin sahibi, zarar gören tarafın bu zararını telafi etmekle yükümlüdür. Telafi yükümlülüğü sadece, eğer

1. Tıbbi ürün, amaçlandığı gibi kullanıldığında, tıbbi bilimde 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, Tıbbi Ürünler Kanununun 84. maddesinin 2. fıkrasına göre uyarınca bu ilacın zarara neden olduğu şüphe edilir. 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 şüphe geçerli değildir. Diğer bir şart ise, münferit olayın koşullarına göre, zarara neden olabilecek diğer tıbbi ürünlerin kullanımında değildir ya da bu ilaçların kullanımı nedeniyle, bu düzenlemeye göre taleplerin, zararın nedeninin bulunmaması dışında sebeplerle yapılmaz.

Diğer yandan, şartlara göre ilacın zararlı etkilerinin gelişim ve üretimden kaynaklanmadığı varsayılabilirse, Tıbbi Ürünler Kanununun 84. maddesinin 1. fıkrasının 2. numarasına göre, ilaç şirket sahibinin tazminat yükümlülüğünden hariç tutulur.

b) İşletmecinin sorumluluğu (§ 32 GenTG)

Genetik mühendisliğine dayanan bir organizmanın özelliklerinden dolayı bir kişi öldürülürse, bir kişinin bedeni veya

sağlığı zarar görürse veya bir maddi zarar meydana gelmişse, Genetik Teknoloji Kanununun 32. Maddesinin 1. fıkrasına göre işletmeci, zarar görenin, bu üründen dolayı ortaya çıkan zararını telafi etmekle yükümlüdür.

Zarar gören taraf, zarara neden olmakla ilgiliyse, o zaman Alman Medeni Kanununun 254. maddesi (§ 32 Abs. 3 GenTG) uygulanır; maddi hasar durumunda, malların üzerinde fiili iktidarı kullanan kişinin kusuru, zarar gören tarafın kusuruna eşittir. Zarar, üçüncü bir tarafın eylemi ile aynı anda meydana geldiğinde, İŞletmecinin 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 telafi edilir (§ 32 (4) GenTG). Tazminat yükümlüsü olan ayrıca, cenaze masraflarını ödeyen kişiye, cenaze masraflarını ödemek zorundadır. Öldürölen kişi, yaralanma sırasında, yasal olarak bakmakta yükümlü veya ileride bakmakta yükümlü duruma gelecek şekilde üçüncü bir kişi ile ilişki vardıysa ve bu üçüncü kişi bu ölüm ile bakım hakkından mahrum bırakıldıysa, tazminata yükümlü kişi, bu üçüncü kişiye, öldürölen kişinin muhtemel yaşam süreci boyunca bakmakta zorunlu olduğu süre boyunca tazminat öder. Tazminat yükümlölüğu, üçüncü tarafın yaralanma anında ana rahmine düŐtüđu, ancak henüz doğmadığı durumlarda da geçerlidir. Buna ek olarak, tazminat yükümlölüğünden sorumlu kişi, öldürölen kişinin yaralı olduğu zamanında özel yakın bir kişisel ilişki içinde olan ve bu yakın ilişkisi nedeniyle hayatta kalan yakının uğradığı manevi acıdan dolayı, hayatta kalan yakınına uygun parasal tazminat ödemek zorundadır. Hayatta kalan kişi öldürölenin eŐi, hayat partneri, bir ebeveyni veya bir çocuğu ise özel yakın bir kişisel ilişki varsayılr.

Vücudun ya da sağlığın zarar görmesi durumunda, Genetik Teknoloji Kanununun 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 telafi edilir. Maddi zararı olmayan zarar nedeniyle, ucuz bir Şekilde parasal tazminat istenebilir.

c) Maden Şirketi sahibinin sorumluluğu (§ 114 Abs. 1 BBergG)

Maden Őiletmeciliđinden dolayı bir insan öldürülürse, bir insanın bedeni veya sağlığı zarar görürse veya bir maddi zarar meydana gelmiŐe (maden zararı), Federal Maden Kanununun 114. maddesinin 1. fıkrasına göre bundan dolayı ortaya çıkan zarar Federal Maden Kanununun 115-120. maddelerine göre telafi edilir.

d) Avlanma hakkı olan kişinin sorumluluğu (§§ 29, 33 BJagdG)

Ortak bir avlanma bölgesine ait olan veya ortak bir avlanma bölgesine bağlı olan bir mülkün (§ 5 Abs. BJagdG) toynaklı hayvanlar, yabani tavŐanlar veya sülünler tarafından zedelenmesi durumunda, Federal Av Kanununun 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 karŐılacaktır. Av sahası kiracısı, av zararının tamamını veya bir kısmının tazminini üstlenmiŐe, tazminat ödeme yükümlülüğu av sahası kiracısına aittir. Eğer zarara uğrayan, saha kiracısından tazminat alamazsa avlanma kooperatifinin tazminat yükümlülüğu devam eder.

Ava çıkan herkes, mülk sahiplerinin veya kullanan kişilerin meşru menfaatlerini, özellikle de ekili arazileri ve kesilmemiŐ çayırları mümkün olduğunca korumak için (§ 33 (1) BJagdG) elinden geleni yapmak zorundadır. Saman ya da taneli ekin ya da tütün ile ekili tarlalarda avlanma uygulaması yasaktır; arama avcılığı, sadece olgunlaŐan ürünlere zarar vermeden gerçekleştirilebileceği ölçüde izin verilir.

Federal Av Kanununun 33. maddesinin 2. fıkrasına göre avlanma hakkını kullanan, kötü niyetli avlardan kaynaklanan

herhangi bir zarar için arazi sahibine veya izimli kullanıcıya karşı sorumludur; Ayrıca kendisi tarafından atanan av korucusunun ya da bir av misafirinin neden olduğu avlanma zararından sorumludur.

7) Son olarak, Alman yasa koyucu, motorlu araç sahibi için, zarar gören tarafın lehine zorunlu bir sigorta öngörmüştür (§ 1 PflVG). Ayrıca, mali sorumluluk sigortacıları, zarar tazminat ödeme durumunda, en az yasal yükümlülüklerinin kapsamı kadar, teminat verme yükümlülüğüne sahiptirler (§ 13 AtG, § 19 UmweltHG, § 36 GenTG ve § 94 AMG).

8) Bu hükümlere ek olarak, sözleşme ve hak ihlali ile ilgili hükümler de sınırlama olmaksızın uygulanabilir. Bu konuda tüm tehlike sorumluluk durum talepleriyle ilgili genel bir yasal düzenleme olmamasına rağmen - Türk Borçlar Kanununun 60. Maddesine göre, Türk hukukundan farklı - bazı durumlarda, özel yasalarda açık hükümler vardır, örneğin § 16 StVG ve § 15 ProdHaftG. Bununla birlikte, Federal Yüksek Mahkemesinin yüksek mahkeme içtihat hukukuna göre ve bunun da ötesinde tazminat talep rekabeti geçerlidir.

İlginiz için teşekkür ederim!

(RECHTSANWALT UND DIREKTOR DER
FORSCHUNGSSTELLE FÜR TÜRKISCHES
RECHT AN DER FRIEDRICH-ALEXANDER-
UNIVERSITÄT ERLANGEN-NÜRNBERG):
„VERSCHULDENSUNABHÄNGIGE
HAFTUNG AUFGRUND ERHEBLICHER
GEFAHRENANLAGEN DER
UNTERNEHMENSTÄTIGKEIT“

Prof. Dr. Ali YARAYAN

Sehr geehrte Damen und Herren Richter, sehr geschätzte Professorinnen und Professoren, sehr geehrte Damen und Herren Kollegen Rechtsanwälte, sehr geehrte Damen und Herren.

Ich bin geehrt, Ihnen heute zum Thema „**Verschuldensunabhängige Haftung aufgrund erheblicher Gefahrenanlagen der Unternehmenstätigkeit**“ (*Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmenin Faaliyetinden Doğan Kusursuz Sorumluluk*) vorzutragen zu dürfen.

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.

9) Bei all diesen Haftungstatbeständen muss sich das herausforderungstypische Gefahrrisiko und nicht lediglich das allgemeine Lebensrisiko im Schaden verwirklicht haben.¹

10) Schließlich sind in vielen Gefährdungshaftungstatbeständen betragsmäßige Haftungsbegrenzen normiert (§ 12 StVG, § 37 LuftVG, §§ 9, 10 HPfIG, § 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.

11) Haftungshöchstgrenzen bestehen demgegenüber nicht bei der Tierhalterhaftung (§ 833 BGB) und der Haftung für Gewässerschäden (§ 89 WHG).

¹ Röthel, S. 445.

12) Neben dem materiellen Schaden ist schließlich seit der Gesetzesreform im Jahre 2002 (§ 253 Abs. 2 BGB) auch der Ersatz des immateriellen Schadens möglich.

13) Gänzlich ausgeschlossen wird die Gefährdungshaftung indes etwa bei höherer Gewalt nach § 89 Abs. 2 WHG, § 4 UmweltHG, § 7 Abs. 2 StVG und §§ 1 Abs. 2 S. 1, 2 Abs. 3 Nr. 3 HaftPflG).

14) Ferner bestehen zum Teil Haftungsmininderungsregelungen, wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Verletzten mitgewirkt hat (§ 85 AMG, § 9 StVG, § 27 AtG, § 34 LuftVG und § 11 UmweltHG).

Sehr geehrte Damen und Herren, nachdem wir nun die Grundzüge der **verschuldensunabhängigen Haftung aufgrund erheblicher Gefahrenanlagen der Unternehmenstätigkeit festgestellt haben, können wir nun im Einzelnen auf die unterschiedlichen Kategorien eingehen.**

Zunächst zur verschuldensunabhängigen Haftung für Anlagen, Sachen oder Substanzen:

i) Haftung für Schienenbahnen oder Schwebebahnen (§ 1 HPflG)

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 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

3. zur Aufbewahrung angenommene Sache beschädigt wird;

4. beförderte Sache beschädigt wird, es sei denn, dass ein Fahrgast sie an sich trägt oder mit sich führt.

j) Haftung für Anlagen (§ 2 HPfIG)

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 HPfIG 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.

k) 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.

l) Haftung des Kraftfahrzeughalters (§ 7 StVG)

Wird bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs oder eines Anhängers, der dazu bestimmt ist, von einem Kraftfahrzeug mit-

geführt 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.

m) 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 Megawatt

übersteigt

- 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 (UF)

- Einrichtungen zur Aufbewahrung von Kernbrennstoffen in Form von löslichen Uranverbindungen und
- Einrichtungen zur Behandlung radioaktiver Abfälle

n) 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.

o) 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 Kernan-

lage 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.

p) 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.

Meine Damen und Herren, nun kommen wir zur verschuldensunabhängigen Haftung für Handlungen; diese sind folgende:

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 Zu-

sammenhang 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, Wildkaninchen 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.

15) 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).

16) Neben diesen Bestimmungen sind auch die Regelungen über die Vertrags- und Deliktshaftung unbeschränkt anwendbar. Wenngleich diesbezüglich keine generell auf alle Gefährdungshaftungstatbestände bezogene gesetzliche Regelung besteht – anders als im türkischen Recht gemäß Art. 60 TOG –, 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.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

TÜRK HUKUKUNDA GELİŞİM KUSURU NEDENİYLE İŞLETMENİN SORUMLULUĞU

*Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR**

I. Genel Olarak

Gelişim riski (inkişaf), malın piyasaya sürüldüğü sırada bilim ve teknolojiye ulaşılan düzey itibarıyla herhangi bir ayıbı tespit edilememekle birlikte, malın piyasada dolaşımı ve/veya tüketimi sırasında bilim ve teknolojiye gelişme(inkişaf) sonucunda ayıbının ortaya çıkmasını ifade etmektedir. Diğer taraftan risk ile sorumluluk kavramları arasındaki tabii bağın bir sonucu olarak gelişim kusuru üreticinin/imalatçının böyle bir ayıptan sorumlu olup olmayacağı konusuna da işaret etmektedir¹.

Gelişim riski, Amerikan hukuku menşelidir. Kıta Avrupa'sında ise, 85/374 sayılı Yönerge ile girmiştir. Gelişim kusuru, bir ürünün piyasaya sürülme anında bilinmeyen (tespit edilemeyen) ayıplardır. Bu ayıplar, malın piyasaya sunulmasından sonra imalatçının işin mahiyetine göre gerekli tedbirleri alması gerekir. İmalatçı bu tedbirleri alamamışsa yani imalatı durdurmamış, tehlikeyi ortadan kaldıracak ilave bir vasıta dağıtmamış, tehlike hususunda mamulü kullanacak kişileri ikaz etmemiş, mamulü piyasadan toplatmamışsa, imalatçının bu safha ile ilgili tehlikeyi uzaklaştırma yükümlülüğünün ihlali söz konusu olur. Çünkü imalatçının burada mamulü izleme konusunda yapması gerekenleri yapmaması durumu söz ko-

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
hayrunnisazdemir@gmail.com

¹ **Kırca**, İsmail/**Aydın**, Ramazan; İnkişaf Riski İmalatçının/Üreticinin Sorumluluğu, Fikret, Eren Armağan 2006 Ankara, 680 vd.; **Kırca**, Çiğdem; Ürün Sorumluluğu, 2007 Ankara, 178; Öztan, Bilge, İmalatçının Sorumluluğu, 1982 Ankara, 184.

nusudur². Ürünün imali sırasında bilim ve tekniğin o andaki seviyesine göre ayıpsız olduğu düşünölen ve piyasaya sürölen ilaç daha sonra kullananlarda bir takım yan etkiler göstermişse, bunların piyasadan toplatılması gerekir.

Gelişim riski, taşıyan ürünler piyasaya süröldüklerinde ayıplıdır. Ancak ayıplı olduklarının belirlenmesi o an imkânsızdır. Ayıbın belirlenmesindeki imkânsızlık objektiftir. Yani ayıbın belirlenebilmesi sadece ürünü piyasaya süren üretici için değil herkes için imkânsızdır. Bilim ve tekniğin o an için gelmiş olduğu seviye ayıbın belirlenebilmesine imkân vermemektedir. Ürünün içerdiği tehlikenin yani güvenlik ayıbının varlığı, bilim ve tekniğin gelişmesiyle ortaya çıkarılabildiğinden bu tür riskler gelişim riski olarak adlandırılmaktadırlar³. Örneğın, sigaranın kanser yaptığı veya **M-29** adlı kolesterol ilacının katarakt yaptığının yıllar sonra anlaşılmasını örnek olarak gösterebiliriz⁴.

Gelişme riski içeren bir ürün ayıplı bir üründür. Bu tür ürünlerin, bilim ve teknik ileride daha güvenliğini geliştirdiği için tehlikeli kabul edilmeye başlayan ürünlerden farklıdır. Söz konusu bu hükümler, ayıplı ürün sayılmazlar. Zira bir ürün sadece sonradan piyasaya daha güvenli bir başka ürün çıktı diye ayıplı hale dönüşmez. Bu durum 85/374 sayılı Yönetmelik m.6/II' de de yer verilmiştir. Örneğın, 1970 model bir araba bilgisayar teknolojisi ile donatılmamıştır. Bu durum bugün tehlikeli olarak kabul edilebilir. Ancak bu otomobil ayıplı değildir. Teknolojideki gelişmeler, söz konusu gelişmelerden sonra üretilecek otomobiller için ayıplı olup olmasının tespitinde önem taşıyacaktır.

² Öztan, 185.

³ **Akçura Karaman**, Tuba, Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2008, 200; Özsunay Ergun, Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk "Yapımcının Sorumluluğu", **BATIDER** 1979, S. 1, s. 109; **Kırca**, 178; **Havutçu**, Ayşe, Türk Hukukunda Örtölü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2005, 30; **Petek Hasan**, İlaç Üreticisinin Sorumluluğu, Ankara 2009, 30; **Kulaklı Emrah**, Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı, Ankara 2009, 90.

⁴ **Petitpierre**, Gilles; La Responsabilite du fait des produits, 1972 Geneve, 200.

Gelişme kusurlarından dolayı ayıplı sayılan ayıplı ürünlerde ise, tehlike, bilim ve tekniğin daha güvenli bir başka model geliŐtirmesi dolayısıyla sonradan ortaya çıkmaz. Bu tür ürünlerde tehlike, üretildikleri andan itibaren mevcuttur. Ancak tehlikenin mevcudiyeti belirlenememektedir. Böyle bir tehlikenin mevcudiyeti, ürün piyasaya sürüldüğü sırada belirlenebilseydi, ürün piyasaya hiç sürülmeyecek veya kullanıcılara gerekli uyarılar yapılarak sürülecektir. Mesela, Piyasaya sürüldüğü zamandaki ilim ve teknik düzeye göre herhangi bir yan etkisi bulunmayan tansiyon ilacının, sonradan kansere sebebiyet verdiğinin anlaşılması, bunun yanı sıra otuz yıldan fazla izolasyon işlerinde çalışan bir işçinin, izolasyon materyalini biçerken tozları yutması sonucu kansere yakalanmış olması gelişim riskinin bir sonucudur. Çünkü asbest maddesinin üretildiği yıllarda, o zamanın bilim ve tekniğin seviyesi tarafından bilinmiyordu⁵.

Bilim ve teknoloji düzeyinin tespitini, bölgesel/ulusal temelde değil bilakis, evrensel düzeyde değerlendirmek gerekir. Başka bir deyişle, Almanya'da ve Amerika'da yapılan bir araştırmanın sonuçlarının Türkiye'de olmaması Türk üretici için mazeret sayılmaz. Ancak bu temellendirme yapılırken, TMK m. 2 anlamında dürüstlük kuralları göz önünde bulundurulmalıdır. Çünkü Amerika'da yayınlanan İngilizce uluslararası bir araştırma sonuçlarını içeren makale ile Çin'de yerel bir dergide yayınlanan araştırma sonucu içeren makaleyi aynı şekilde değerlendirmemek gerekir. Bu durum Türk üreticinin de İngilizce makaleye ulaşımı ile Çin'de yayınlanan makaleye ulaşımı için farklılık arz edecektir⁶.

I. İŞLETMELERİN GELİŞİM KUSURUNDAN TÜRK HUKUKUNA GÖRE SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Gelişme riski içeren ürünler, ayıplı ürün kabul edilmelerine rağmen bu tür ayıp barındıran ürünlerin üreticinin objektif

⁵ Kırca/Aydın, 683.

⁶ Kırca/Aydın, 686.

sorumluluk kapsamına girip girmeyeceği oldukça tartışmalıdır. Üreticilere bu tür bir ağır sorumluluk getirilmesi halinde, üreticilerin yenilik yapamaya korkacakları ve bununda sanayiye gelişmelere sekte vuracağı düşünceyiyle bu tür ayıpların sorumluluk kapsamı dışında tutulması savunulmaktadır. Ancak, gelişme riskinden kaynaklanan ayıplı ürünlerin, ayıplı ürünle ilgili davaların önemli bir kısmını teşkil ettiği dikkate alınacak olursa, bu türden ayıp ihtiva eden ürünlerin, üreticinin sorumluluğunun dışında tutulması, söz konusu düzenlemelerin tüketicileri yeterli koruyamadığı tereddüdünü ister istemez gündeme getirmektedir⁷. İmalatçıyı/üreticiyi, gelişim riskinden kaynaklanan zararlarından mutlak biçimde sorumlu tutmak, hukukun temel ilkelerine aykırı düşmesi yanında ekonominin ve ticari hayatın gerekleriyle de bağdaşmaz. Aynı şekilde imalatçıyı/üreticiyi bu tür zararlardan mutlak sorumsuz saymak da, tüketicinin korunması ve hakkaniyet ilkesi açısından isabetli olmazdı.

Gelişim riskinden kaynaklanan ayıp, ya “*yapım veya uyarma*” ayıbıdır. Bir ürün, ayıplı yapımından veya ayıplı tasarımıdan dolayı, bir kimsenin o maldan haklı olarak bekleyebileceği güvenliği sağlamıyorsa, ortada bir yapım ayıbı söz konusudur⁸. Yapım hataları, ürünün yapımı aşamasında ortaya çıkan ayıplardır. Bu tür hatalar o serideki bütün ürünleri etkileyerek, ürünün başlangıçtan itibaren yararlılık niteliğini ortadan kaldırırlar veya daha da önemlisi ürünü tehlikeli hale getiriler⁹. Örneğin yeni otomobilin hava yastıklarının arızalı olması gibi. Buna karşın, uyarma ayıbı, bir ürüne ilişkin kullanma kılavuzunda yer alan bilgilerin doğru ve tam olmaması, ürünün özellikleri hakkında yeterli uyarının yapılmamasıyla ortaya çıkan üretim ayıbıdır. Gelişim ayıbı, uyarma ayıbı olarak da ortaya çıkabilir¹⁰. Çünkü ilgili risk ürün piyasaya sürüldüğü anda

⁷ Akçura Karaman, 201; Kırca/Aydın, 691.

⁸ Özsunay, 108, 148, 149; Öztan, 179, 180;

⁹ Çağlar, Özel; Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu Sorunu, M.K. Oğuzman Armağanı, Ankara 2000, 809.

¹⁰ Özsunay, 150; Öztan, 183-184; Kırca/Aydın, 682.

mevcut ilim ve tekniğin düzeyine göre bilinebilseydi, kullanma kılavuzu da buna göre kaleme alınacak ve ürünün kılavuzunda yer alan bilgilere uygun kullanımı halinde tüketici herhangi bir sorunla karşılaşılmayacaktı¹¹. Bundan dolayıdır ki, böyle bir imkân mevcut olmadığından ürünün yanlış kullanılması sonucunda tüketici zarar görmüştür.

Gelişim riskinde, kişilerin sorumluluğunun tehlike sorumluluğuna dayandırılıp dayandırılmayacağı tartışmaları söz konusudur. Gerçekten de her geçen gün yaşanan teknolojik ilerlemeler bir taraftan hayatımızı kolaylaştırmakta diğer taraftan da değişik riskleri karşımıza çıkarmaktadır. Söz konusu olan bu risklerin boyutları ve derecesinin de tespitini önceden belirleme olanağı söz konusu değildir. Çünkü uygulandığı an itibariyle, özellikle bilimsel araştırmalar sonucunda bu teknolojinin zararsızlığı kanıtlanmamış olsa da, aynı teknolojinin yıllar sonra ağır ve ciddi zararlara sebebiyet verme ihtimali mevcuttur¹².

Gelişim riskleri açısından en çarpıcı örnek Almanya'da bir dönem yaşanan "Contergan" ilaç vakasıdır. Anılan olayda, "Contergan" markalı ilaç, özellikle hamileliğin ilk döneminde mide bulantılarına karşı tavsiye edilmekte idi. Söz konusu ilaç piyasaya sürüldüğü dönemde herhangi bir yan etkiyi bünyesinde barındırmıyordu. Ancak ilerleyen dönemlerde ilaç hamile kadınların çocuklarında gelişim bozuklukları organ eksiklikleri ve ölü doğumlara sebebiyet vermiştir. Hatta bu süreçte 5000 ile 10000 bebeğin, söz konusu ilaç sebebiyle sakat dünyaya geldiği tahmin edilmektedir¹³.

¹¹ Kırca/Aydın, 682.

¹² Çekin, Mesut Serdar; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu, İstanbul 2016, 168.

¹³ Contergan vakası, TBK m. 71 çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün değerildir. Çünkü TBK m. 71 işletmenin teknik boyutuyla ilgilidir. Bizim olayımızdaki işletmenin ürettiği üründe yer alan bozukluk, işletmenin faaliyetinin sonucu ile ilgilidir. Bu ürünün ortaya çıkması ile işletmenin faaliyeti sona ermiştir. Ürünün piyasaya sürülmesi ile işletmenin faaliyetinin taşıdığı risk de sona ermiştir. Üründe teknik riskin devam etmesi bir istisna hükmü olan tehlike sorumluluğunun sınırlarının ve kapsama alanının fazlasıyla genişletilmesi anlamına gelir. Bu durumda maddenin konuluş amacına aykırıdır. Ürün sorumluluğuna tabi olması gereken durumların işletmenin faaliyetinin teknik boyutu ile ilişkilendirilmesi yersizdir.

B. Türk Hukukunda Gelişim Riskinden Doğan Sorumluluk

Gelişim risklerine ilişkin olarak Türk Hukukunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, Türk hukukunda gelişim ayıplarına ilişkin özel bir sorumluluk düzenlemesi bulunmamaktadır ve bu nedenle gelişim ayıplarından üreticiler sorumlu tutulmamalıdır¹⁴. Bu anlamda gelişim riskine genel hükümlerden hareketle haksız fiil, olağan sebep sorumluluğu ve nihayet tehlike sorumluluğunun uygulanıp uygulanamayacağı üzerinde durulması yararlı olacaktır. Haksız fiil hükümleri zarar görenin, zarar verenin kusurunu ispat etmesi ile söz konusu olacaktır. Kusurun ispatı da zarar gören açısından zor hatta imkânsızdır. Çünkü zarar görenin kusurun ispatını sağlayacak teknolojiye sahip değildir. Kusurun gerekli olmadığı diğer sorumluluk hallerinde ise durum farklıdır. Çünkü bu gelişim kusurunun yol açtığı zararların olağan sebep sorumluluğuna dayanarak tazmin yoluna gidilebilmesi için bu durumun mutlaka kanun koyucu tarafından kanun metninde belirtilmesi gerekirdi. Oysaki Türk Hukukunda gelişim risklerinden kaynaklanan zararlara ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu tespitlerden yola çıkarak gelişim kusuru TBK m. 71'in uygulama alanına dâhil olup olmadığı incelenmeye değerdir. Gelişim riskinin, Kanunda düzenlenmemiş olması onun tehlike sorumluluğuna tabi tutulmayacağı anlamına gelmez. Ancak TBK m. 71'de düzenlenen sorumluluk hali, işletmenin teknik boyutuyla alakalıdır. Bundan dolayı ürün sorumluluğunun bu madde kapsamında değerlendirilmesi imkân dâhilinde gözükmemektedir. Çünkü ürün hatası, işletme faaliyetinin teknik

Burada tehlike sorumluluğu söz konusu olmayıp, bilakis olayın durumuna göre olağan sebep veya kusuru sorumluluğu söz konusu olabilir (Çekin, 169; Paksoy Sermin Meliha/Demir Aslan, Gizem, Üreticinin TBK m. 71 Kapsamında Sorumlu Tutulması, İÜHFİM C. LXXI, S. 2, 2013, 299 vd; Karşı görüş, Dalcı, Nurcihan, TBK 71 Bağlamında İlaç Üreticisinin Tehlike Sorumluluğu, TBB Dergisi, 2014 (114), 49, 76.

¹⁴ Yıldırım M. Fadıl, "Türk Hukukunda İlaç Üreticisinin İlacın Ayıplarından Sorumluluğu", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İlaç Hukuku, 8-9 Mayıs 2009, s.19 vd. 29.

riskiyile alakalı değildir. Bu minvalde, TBK m. 71 teknolojinin henüz bilinmeyen risklerini de kapsayacak nitelikte midir? Bu sorunun cevabını, mesuliyet hukukunun iki ana amacı olan zararın önlenmesi ve zararın telafisi açısından incelemek daha faydalı olacaktır.

1. Zararın Önlenmesi

Yeni teknolojiler, potansiyel sorumlu ile kanun koyucu arasında bilgi geçişlerine sebebiyet vermektedir. Kanun koyucu yeni teknolojiler hakkında ve özellikle de teknolojiyi bizzat geliştiren kadar bilgiye sahip değildir. Bundan dolayıdır ki, kanun koyucu gösterilecek optimal özen ve faaliyet derecesini belirlemek yerine gelişim riskini tehlike sorumluluğuna tabi tutarak teknolojiden bizzat istifade etmek isteyen kişilere bu görevi yükleyebilir.

Yeni teknolojiyi kullanmak isteyen kişi muhtemel riski kendisi dikkate almak zorunda kalacaktır. İcra ettiği faaliyetin kendisini bekleyen muhtemel sorumluluğā katlanıp katlanamayacağına kendisi karar verecektir. Teknolojik yenilikler, soyut tehlike arz ederler. Her ne kadar riskin kapsamı ve derecesi henüz belli değilse de, riskin varlığı konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır.

2. Zararın Telafi Edilmesi

Hangi faaliyetlerin tehlike arz eder nitelikte olacağı konusunu açığā çıkarabilmek için bazı ölçütlerin varlığını aramamız gerekir. Bunlar, faaliyetin sıklıkla zarara sebebiyet vermesi veya nadiren de olsa ağır zararlara sebep olmasıdır. Bunlara ek olarak riskin bilinip bilinmemesini esas alan üçüncü bir ölçütün de kabul edilmesi söz konusu olabilir.

Gelişim riskinin tehlike sorumluluğuna tabi tutulmasına karşı gösterilebilecek sebeplerin başında, zararın kapsamının belirsiz olmasıdır. Risk sigorta ettirilebilir. Ancak gelişim riskinde ödenecek primler çok yüksek olacaktır. Bu konuda bir üst sınırın olması gerekir. TBK m. 71'de bu tür bir sınır bulunmamaktadır.

Bunlara ek olarak gelişim riskinin tehlike sorumluluğuna tabi tutulmasını meşru kılacak sebep, menfaat-külfet dengesidir. Teknolojik bir yeniliğı uygulayan kişi ya da kuruluş, bu teknolojiden aynı zamanda menfaat de elde edecektir. Eğer çok önemli ve çok nadir bulunan bir teknoloji ise pazarda büyük faydalar elde edecektir. Elde ettiğı bu faydalardan yararlanıp kazanç sağladığı için söz konusu teknolojiden kaynaklanan söz konusu risklere de katlanması gerekir.

Kanaatimizce, yukarıda da belirtilen unsurlar göz önünde tutulduğunda, TBK m. 71 gelişim risklerine de uygulanmalıdır. Ancak mesuliyetin söz konusu olabilmesi için TBK m. 71 anlamında tehlikenin işletmenin teknik boyutuyla alakalı olması gereklidir. Buna ek olarak, mesuliyet için diğer husus ise riskin belirli olmasıdır. Bu çerçevede, gelişmekte olan yeni teknolojilerin ihtiyaç duyduğu hareket serbestisi ile bu teknolojilerin kişilere vereceğı zarar arasında denge kurulması gerekir. Her yeni çıkan teknolojiyi, tehlikeli olarak nitelenmek gelişmelerin önünü keser. Ancak öte yandan bu teknolojinin de kişilere zarar vermemesi gerekir. Bir faaliyet ne zaman tehlikeli sayılmalıdır. Bunun tespitinde kişilerin görüşleri temel alınmayıp ciddi kurum ve kuruluşların yayınladıkları inceleme yazıları veya raporlar üzerine tehlikeli kabul edilmelidir.

Nihayet, gelişim riskinin tehlike sorumluluğuna tabi tutulabilmesi için sorumluluğun sınırlarının belirlenmesi gerekir. Söz konusu risklerin sigortalanabilmesi için sorumlulukta belli bir üst sınır belirtilmesi gerekir. Aksi takdirde, TBK m. 71 gelişimin zararlarını adil bir şekilde dağıtmaktan çok teknolojik gelişimleri önleyici bir görev üstlenir.

Bütün bunların yanında ilaç üreticisinin sorumluluğı kapsamında tehlike sorumluluğı söz konusu olabilir. İlaç üreticisinin sorumluluğunun söz konusu olduğu olayların çoğunlukla gelişim riskinden kaynaklandığı ve bu alanda gelişim riskine bağılı olarak meydana gelebilecek zararların büyüklüğü de göz önüne alındığında kanaatimizce TBK m.71 kapsamına gelişim riski de girmelidir¹⁵.

¹⁵ Korkusuz, Refik, "Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğı Uygulaması ve Yeni

İlaç üreticisi gelişim riskine bağlı olarak meydana gelen zararlar bakımından da TBK m.71 bağlamında sorumlu tutulabilmelidir. Zira gelişim riski ilaç üreticisi bakımından karakteristik risk içerisinde değerlendirilebilir. Genel anlamda üreticinin özel de ise ilaç üreticisinin sorumluluğunu ele almış olduğumuz çalışma kapsamında, sonuç itibariyle mevcut sistem açısından ilaç üreticisinin TBK m.71 bağlamında tehlike sorumluluğunu kabul etmek gerekmektedir. Zira tüketici mevzuatı çerçevesinde ilaç üreticisinin sorumluluğuna ilişkin bir çözüm bulmak gelinen noktada tatmin edici değildir. Bu doğrultuda Almanya örneğinde olduğu gibi yeniden yapılacak bir İlaç Kanunu içerisinde, ilaç üreticisinin sorumluluğunun kendine özgü dinamiklerini de dikkate alarak, tehlike sorumluluğu düzenlenene kadar, TBK m.71 bağlamında bir sonuca varmak isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akçura Karaman**, Tuba, Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2008.
- Çağlar, Özel; Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu Sorunu, M.K. Oğuzman Armağanı, Ankara 2000.
- Çekin, Mesut Serdar; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu, İstanbul 2016.
- Dalçı**, Nurcihan, TBK 71 Bağlamında İlaç Üreticisinin Tehlike Sorumluluğu, TBB Dergisi, 2014 (114).
- Havutçu**, Ayşe, Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2005.
- Kırca**, Çiğdem; Ürün Sorumluluğu, 2007 Ankara.
- Kırca**, İsmail/**Aydın**, Ramazan; İnkişaf Riski İmalatçının/Üreticinin Sorumluluğu, Fikret, Eren Armağan, Ankara.

Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 2009, 202; **Dalçı**, 76.

- Korkusuz**, Refik, "Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulaması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 2009.
- Özsunay Ergun, Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk "Yapımcının Sorumluluğu", **BATIDER** 1979, S. 1, s. 109.
- Öztan, Bilge, İmalatçının Sorumluluğu, 1982 Ankara, 184
- Paksoy** Sermin Meliha/Demir Aslan, Gizem, Üreticinin TBK m. 71 Kapsamında Sorumlu Tutulması, İÜHFİM C. LXXI, S. 2, 2013, 299 vd.
- Petek** Hasan, İlaç Üreticisinin Sorumluluğu, Ankara 2009, 30; **Kulaklı** Emrah, Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı, Ankara 2009.
- Petitpierre**, Gilles; La Responsabilite du fait des produits, 1972 Geneve, 200.
- Yıldırım** M. Fadıl, "Türk Hukukunda İlaç Üreticisinin İlacın Ayıplarından Sorumluluğu", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İlaç Hukuku, 8-9 Mayıs 2009.

TÜZEL KİŞİ TEMSİLCİSİNİN KAZALARDAN DOĞAN CEZAI SORUMLULUĞU

*Prof. Dr. Çetin ARSLAN**

I.- Tüzel Kişinin Cezai Sorumluluğu

Ceza hukukunun en tartışmalı konularından biri, genelde tüzel kişilerin, özelde ise tüzel kişi temsilcilerinin ceza sorumluluğudur¹. Gerçekten bir taraftan tüzel kişinin, sadece hukuki bir varlık olarak düşünülmemeyeceği, onun da bir gerçeklik olduğu ve ceza sorumluluğu açısından gerçek kişilerden farklı bulunmadığı iddia edilirken (Fransa, İngiltere, ABD, Kanada, Hollanda); diğer taraftan, hareket yeteneğinin sadece gerçek kişiye ait bir özellik olduğu, bu özelliğe sahip olmayan ve esasen bir faraziye olan tüzel kişiliğin ceza sorumluluğunun bulunmadığı, sorumluluğun suç teşkil eden eylemi gerçekleştiren gerçek kişi temsilciye ait olduğu da iddia edilmektedir (Almanya, İtalya).

Anayasa md. 38'deki cezaların şahsiliği ilkesini de gözeten Türk Kanun Koyucusu, Türk Ceza Kanunu (TCK) md. 20'de doktrinde de baskın olan ikinci görüşü esas almıştır. Buna göre; *"Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz"* (f. 1) ve *"Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırım uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır."* (f. 2). TCK md. 60'ta ise faaliyet izninin iptali ile eşya ve kazanç müsadereci düzenlenmektedir.

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

¹ Bu konuda bkz. Kangal, Zeynel T., Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003; Centel, Nur, "Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu -Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması", AÜHF, Sa. 65 (4) 2016, s. 3313-3326; Aslan, Yasin, "Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu", Ankara barosu Dergisi, Yıl 68, Sa. 2010/2, s. 233-246.

Tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde meydana gelen kazaların suç oluşturması halinde failin nasıl belirleneceği ve bu bağlamda tüzel kişi temsilcisinin ceza sorumluluğunun ne şekilde tespit edileceği sorunu gündeme gelmektedir. Bu noktada ilk olarak cezaların şahsiliği ilkesi gereğince “*Fiili kim gerçekleŐtirmişse fail odur*” ilkesi geçerli olacak, ikinci olarak ise, herkes kendi kusurlu fiilinden dolayı sorumlu tutulacaktır(TCK md. 22/5).

II.- Taksirli Sorumluluğun Kaynağı Olarak Kaza

Tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde kasti veya taksirli fiiller gerçekleşebilir. Bu bağlamda meydana gelen “*kaza*” kavramı üzerinde kısaca durmak gerekir. Kaza geniş ve dar anlamda ikiye ayrılabilir. “*Geniş anlamda kaza*” gerek insan gerekse diğer şeylere zarar veren ani ve arzu edilmeyen sebepler bütününü ifade eder. “*Dar anlamda kaza*” ise dışarıdan gelen, insan vücuduna olumsuz etkide bulunan ve ani olarak gerçekleşen zarar verici olaydır². Günlük yaşamda “*iŐ kazası*”, “*trafik kazası*”, “*mesleki uygulama hatası*” vb. şekillerde ortaya çıkabilecek olan kaza olgusu, TCK uygulamasında sadece taksirli suçlara temas edebilir. Bu bağlamda taksir TCK md. 22’de, taksirli ölüme veya yaralanmaya neden olma suçları ise sırasıyla TCK md. 85’te ve md. 89’da düzenlenmiştir. Buna göre taksirle bir insanın ölümüne veya yaralanmasına (başkasının vücuduna acı verme veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına) neden olan kişi cezalandırılacaktır.

TCK md. 22/2’ye göre basit taksir; “*Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmemeyerek gerçekleştirilmesidir.*” Bu durumda, taksirli suçlarda gerçekleştirilen haksızlıklarda da fail iradi davranmakta ancak hukuken önem taşımayan bir neticeyi öngörürken (örneğin elektrik düğmesini açmak isterken), hukuken önem taşıyan başka bir neticenin meydana gelmesine (örneğin arkadaşını elektrik akımına kapılmasına ve bu ne-

² Eren, Fikret, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 17. Baskı, Ankara 2014, s. 674-676.

denle yaralanması veya ölmesine) neden olmaktadır³. Bununla birlikte kişi neticeyi öngörüyor ama istemiyorsa (Şansına, ustalığına veya tecrübesine güvenle) manevi unsur bilinçli taksir (TCK md. 22/3); neticeyi öngörüyor ama gerçekleşmesini umursamıyorsa (neticeyi kabulleniyorsa, olursa olsun diyorsa) manevi unsur olası kast (TCK md.21/2) olmaktadır.

Öngörülemeyen neticenin meydana gelmesine; failin “objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranışı” sebep olmakta ve dolayısıyla taksirli suçun haksızlık unsurunu, dikkat ve özen yükümlüğünün ihlali oluşturmaktadır. Fail dikkatli ve tedbirli davranıŐıydı, objektif özen yükümlüğüne uysaydı zararlı sonuç da meydana gelmeyecektir. Önemle ifade edelim ki, meydana gelen kaza “dikkat ve özen yükümlülüğüne” uygun davranılsa dahi öngörülemez, önlenemeyecek zararlı bir netice ise ceza hukuku kapsamında taksirli bir fiil olarak dahi değerlendirilemez.

II.- Fail Olarak Tüzel Kişi Temsilcisi

Tüzel kişinin faaliyeti çerçevesindeki kazalarda (ör. iş kazalarında)⁴ failin belirlenmesi, taksire dayalı kusuru bulunan kişi veya kişilerin belirlenmesi ile mümkündür. Bu bağlamda ilk akla gelen kişi, işveren ve/veya işveren vekili gibi doğal olarak kanun, sözleşme veya fiili durum gereği temsilci sıfatını haiz olan kişidir. Bunun yanında başka kişi veya kişiler de (ör. başka bir işçi) yan yana veya bağımsız fail olabilir⁵.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, “... Olay sırasında faaliyette olmayan maden ocağında esasen bekçi olarak görev yapan

³ Bu konuda bkz. Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (11. Baskı), Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 190-191.

⁴ Bu konuda bkz. Narter, Sami, “İŐ Kazaları ve Meslek Hastalıklarında Tüzel Kişi Organı Olarak Ortak İşverenin Cezai Sorumluluğu”, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/287177>, s. 229-269.

⁵ Arslan, Çetin, “Maden İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle İşveren ve İşveren Vekilinin Cezai Sorumluluğu (The Criminal Liability of Employers and Representative of The Employers Resulting From Occupational Accident and Disease)”, Uluslararası Maden İşletmelerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Sempozyumu’2017 (International Symposium on Occupational Health and Safety in Mining’2017) (Editörler Dr. Mahmut Altınar Ali Can Özdemir Mehmet Yılmaz), Ankara 2017, s. 1-13 ve orada belirtilen kaynaklar.

işçinin, işveren vekili olan failin talimatıyla dalgıÇ pompasını açmaya çalışırken kükürdioksit gazına maruz kalarak öldüŐü olayda, işi ehil kişiye vermeyen, gerekli teŐhizatı saŐlamayan ve gerekli önlemleri almayan failin, taksirle ölüme neden olma suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken ...” demek suretiyle işveren vekilinin talimatı neticesinde meydana gelen taksirle ölüm neticesinden işveren vekilinin fail olarak sorumlu olduğuna karar vermiştir.⁶

Önemle ifade edelim ki, kaza sebebiyle zarara uğrayan kişinin/ mağdurun kendi kısmi kusuru, diŐer fail veya faillerin kendi kusurlu davranışları nedeniyle cezalandırılmalarını engellemez. TCK md. 22/4 ve 5'e göre, “(4) Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir. (5) Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.”

Nitekim Yargıtay, “... Kazanın meydana geldiği linyit ocağında, açılan lağım deliklerinden intıŐar eden metan gazının, anti grizu özellikli olmasına rağmen, bu özelliklerini yitirmiŐ olan tesisat ve malzemeler nedeniyle, vantilatörün çalışması sırasında oluşan ısı kaynağına teması sonucu patlamasıyla meydana gelen ve 18 kişinin öldüŐü, 13 kişinin yaralandığı olayda, önlenemezlik riskinin asıl etken olduğu dikkate alınarak her bir sanığın kusurluluk durumunun buna göre değerlendirilmesi gözetilmeden ...” demek suretiyle yukarıda değindiğimiz faillerin kusur durumlarının ayrı ayrı değerlendirilmesi hususunu karara bağlamıştır.⁷

Ayrıca Yargıtay, “... Sanığın iŐletmecisi olduğu yer altı kömür maden ocağında göÇük altında kalma şeklinde gerçekleşen olayda,... daimi nezaretinin sanık tarafından işletmede görevlendirildikleri, maden mühendisi olan bu nezaretçilerin işletme sahibi olan sanığın işletmede iŐ sağlığı ve güvenliği konularında eksiklerin denetimi, tespiti ve bildirimini konusunda yükümlölüklerinin bulunduğu, sanığın ayrıca ocak alanında tecrübeli ocak Őefleri de görevlendirdiği, gerekli

⁶ 12. CD, 18.01.2013 T., 2012/11534 E., 2013/1517 K.; Bu konuda geniş bilgi için ayrıca bkz. Yiğit, Onur, Yargıtay Kararları IŞığında Taksirli Suçlar, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 173-188.

⁷ 12. CD, 13.03.2017 T., 2013/12792 E., 2014/6385 K.

nezaret defterlerini tutturduğu, kendisine, belirtilen hususlarda eksiklik olduğuna dair bir bildirimde bulunulmadığı, yürütölen faaliyet kapsamında yeterli idari-kontrol-denetim organizasyonunun oluşturulduğu dikkate alınarak; adı geçene kusur atfedilemeyeceği gözeltmeden, asli kusurlu olduğu yönündeki bilirkişi raporuna itibarla beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, hatalıdır ...” demek suretiyle bu konuya açıklık getirmiş ve kendisine bildirim yapılmayan işverenin cezai sorumluluğu olmayacağını da ortaya koymuştur.⁸

Bu çerçevede failin belirlenmesinde önem arz eden bazı hususlar vardır. Bunlardan birincisi kanun sözleşmeye veya fiili duruma dayalı “işbölümü/görev dağılımı” ilişkisidir. Bu gibi durumlarda, öncelikle bu görev dağılımına göre sorumlu kişi ve kişiler ile bunların yükümlölükleri değerlendirilecektir. İkinci olarak kaza sonucu meydana gelen zararlı neticenin bu yükümlölüklere aykırılık teşkil edip etmediği, bunlardan kaynaklanıp kaynaklanmadığı, bir diğer ifade ile arada nedensellik bağının bulunup bulunmadığı değerlendirilecektir. Ancak bu konuda nedensellik bağının bulunması yeterli değerildir. Bunun yanı sıra neticenin failin eseri olup olmadığı, ona objektif olarak isnat edilip edilemeyeceği (objektif isnadiyet) araştırılmalıdır.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, “... Kazanın meydana geldiği restoranda düzenlenen eğlence sırasında, elindeki ispirto bidonu ile dans pisti etrafına ateş çemberi oluşturarak şov yapmak isteyen sanık garsonun elindeki ispirto bidonunun alev alıp patlaması sonucu meydana gelen, bir kişinin öldüğu ve birden çok kişinin yaralandığı olaydan, işletme müdürleri H.K ve K.T’ nin, fiili idareci K.K’nin ve garson T.T.A’nun bilinçli taksirle sorumlu olmaları gerekirken ...” demek suretiyle taksirli sorumlulukta işverenlerin ve fiili idarecinin durumunu ortaya koymuştur.⁹

Görev dağılımın yazılı veya sözlü/fiili olması önemli değerildir. Yazılı durum ile fiili durumun farklı olması halinde ise gerçek duruma bakmak gerekir. Zira TCK md. 22/4-5 uyarınca

⁸ 12. CD, 19.11.2014 T., 2013/23495 E., 2014/23292 K.

⁹ 12. CD, 05.12.2012 T., 2012/8172 E., 2012/26314 K.

burada esas olan, eylem veya işleme ihmali veya icrai kusurlu davranışıyla katılan kişi veya kişilerin, kendi kusurlu davranışlarından doğan cezai sorumluluğudur. Nitekim Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Zararlı neticenin, failin hareketlerinin, mağdurun ya da üçüncü bir kişinin hareketiyle birleşmesi sonucu meydana geldiği durumlarda, failin taksirli sorumluluk şartlarının bulunup bulunmadığının belirlenmesi açısından, neticeye kimin sebebiyet verdiği, failin iradi hareketiyle netice arasındaki nedensellik bağının kesilip kesilmediğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Mağdur ya da üçüncü kişinin hareketinin ya da bir başka nedenin neticenin tek sebebi olduğu veya zararlı neticenin yalnızca bu kişilerin kusurlu hareketlerinden kaynaklandığı durumlarda, failin hareketiyle netice arasındaki nedensellik bağının ortadan kalktığı kabul edilmez. Buna karşılık failin kusurlu hareketine mağdur ya da üçüncü bir kişinin kusurlu hareketinin eklendiği ve neticenin çeşitli kusurlu hareketlerin birleşmesinden meydana geldiği hallerde, nedensellik bağı kesilmeyip, TCK'nin 40. maddesine göre taksirli suçlarda iştirak ilişkisi de mümkün olmadığından, Kanununun 22. maddesinin 4. ve 5. fıkralarına göre herkes kendi kusurundan dolayı ve kusuruna göre sorumlu olacaktır.¹⁰

Nitekim Yargıtay, "... Sanık Z'nin de kolluk ifadesinde 'genel olarak fabrikanın bir çalışma düzeni vardır. Ben sabahleyin işyerine gelip çalışanlara sen şunu yap bunu yap şeklinde talimat vermem. Bu işleri takip edecek yöneticilerim var' şeklindeki ifadesi; Sanık A'nın ise, fabrikada elektrik teknikeri olarak görev yaptığı, olay günü fabrikanın içinde çalıştığı, fabrika binasının dışında bulunan trafonun boyanması işinden haberi olmadığı, bu konuda kendisine bilgi verilmemesinin tüm dosya içeriğinden anlaşılması karşısında; sanıklara yüklenebilecek kusur bulunmadığı gözetilmeksizin, sanıkların beaatleri yerine, ..." demek suretiyle cezai sorumluluğun soyut işverende değil talimat verme yetkisine sahip olan somut işverende olduğunu kabul etmiştir.¹¹

¹⁰ CGK, 21.4.2015 T., 2013/12-704 E., 2015/121 K.

¹¹ 12. CD, 19.06.2014 T., 2013/22292 E., 2014/15170 K.

III.- Tüzel Kişi Temsilcisinin Cezai Sorumluluğunun Tespitinde Sorunlu Noktalar ve Değerlendirme

Tüzel kişi faaliyeti çerçevesindeki taksirli fillerle bağlantılı olarak ceza hukuku alanında ve özellikle yargı pratiğinde ortaya çıkan en önemli sorun ceza hukukunun sorumluluk ve kusur ilkeleriyle özel hukukun bu konuya ilişkin kurallarının karıştırılması, özel hukuk yaklaşımı ile ceza hukuku uyumsuzluğunun çözülmeye çalışılmasıdır. Bunun sebebi, ceza hukukundaki fiil kavramı ile özel hukuktaki sorumluluk, kusur ve illiyet bağına ilişkin konularını birbirine karıŐtırmaktır. Buna örnek olarak 4857 sayılı İŐ Kanunu md. 2/6 uyarınca asıl işveren-alt işveren (taşeron) ilişkisi ile Borçlar Kanunu'ndaki eser sözleşmesi ilişkisinin karıştırılması verilebilir. Gerçekten asıl işveren-alt işveren ilişkisinde asıl işveren ile alt işveren birlikte sorumluyken, ceza hukukunda durum bu merkezde değildir. Bu bağlamda üzerine düşen her türlü sorumluluğu yerine getirerek yeterli bilgi, tecrübe ve donanıma sahip bir alt işvereni atamış olan asıl işverenin cezai sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Yargıtay bir kararında, “... Asıl işverene ait işyerinde, alt işveren tarafından yerine getirilen iş sırasında meydana gelen kazadan, iş yerinde iş sağlığı ve güvenliğinden sorumlu bir müdürün bulunması karşısında, artık asıl işveren vekilinin kusurluluğundan bahsedilemeyeceği anlaşılmağla aksi yöndeki yerel mahkeme kararının bozulması gerekmektedir ...” demek suretiyle, asıl işverenin sorumluluk alanının belirlenmesi konusunda önemli bir karar vermiştir.¹²

Yargıtay vermiş olduğu başka bir kararında, “... Taraflar arasında yapılan sözleşmeyle iş güvenliği ve işçi sağlığı ile ilgili yükümlülükler alt yükleniciye devredilmiş ise de; asıl işverenin işi ehil ve yeterli donanıma sahip yükleniciye devir etme yükümlülüğünün bulunduğu, aksi halde alt yüklenici emrinde çalışanların da asıl işverenin işçisi gibi değerlendirilmesinin gerektiği ...” demek suretiyle işin ehil ve yeterli olmayan işverene verilemeyeceğini görüş haline getirmiştir.¹³

¹² 12. CD, 24.12.2013 T., 2013/6517 E., 2013/30653 K.

¹³ 12. CD, 11.11.2014 T., 2013/26452 E., 2014/22392 K.

Öte yandan eser sözleşmesi kapsamında “iş sahibi-yüklenici” arasındaki ilişki, “asıl işveren-alt işveren (taşeron)” ilişkisi ile karıştırıldığından, “yüklenici”nin yanında, eserin oluşumunda hiçbir rolü olmayan “iş sahibine” sorumluluk atfedilebilmektedir. Böyle durumlarda sonuç vaat edildiğinden sorumluluk sadece yüklenicidedir, bununla birlikte iş sahibinin işveren gibi davranmış olması durumu ise istisnadır.

Nitekim Yargıtay, “... Anahtar teslimli akdedilen eser sözleşmesinde, yüklenicinin iş sağlığı ve güvenliğinden sorumlu olduğunun, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili tüm tedbirleri alarak uygulayacağına ve personeline de öğretilip uygulatacağının hükme bağlanmıştır. Bu nedenle üst işveren şirketin şantiye şefine kusur atfedilemez” demek suretiyle anahtar teslimi işlerde sözleşme ile iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alt işverenin üstlendiği hallerde asıl işverenin sorumlu olmayacağına karar vermiştir.¹⁴

İkinci sorunlu nokta ilk konunun alt görünümü niteliğinde olan, bilirkişilerin yetersizliği ile hâkim, savcı ve avukatların taksirli suça ilişkin ilgisizliği, bilgi ve tecrübe birikiminin yetersizliğidir. Öte yandan mahkemelerin bilirkişi raporu ile bağlı olmaması ilkesine yanlış anlam yüklenmesi, çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren konular bakımından sorunlu bir diğer noktadır. Buna göre mahkeme daha yetkin veya eşit raporlar arasından birini benimsemek zorunda değildir. Hâkimin her konuyu bilmesi beklenemeyeceği için bunun sınırı çizilmeli, bilimsel ve hukuki dayanağı olan sağlam gerekçe gösterilmelidir.

Teşekkürler...

¹⁴ 12. CD, 04.06.2014 T., 2013/19750 E., 2014/13728 K.

RADYOAKTİF ATIKLARIN SEBEP OLDUĞU BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİNE İLİŞKİN TAM YARGI DAVALARI

Doç. Dr. Süheyla Suzan Gökalg ALICA

Giriş

İnsan olmanın gereği olarak kişilik, tüm yönleriyle hukuk tarafından korunmaktadır. İnsanın insan olmasının temelinde sahip olduğu ve en üst düzeyde saygı gösterilmeyi hak eden insan onuru, insan yaşamının ve bedeninin korunmasını gerektirmektedir. Bu düşünce­nin temelinde, bütün insanların sırf insan olmak nedeniyle kişiliklerine bağlı bir değer olduğu inancı yatar ve insan bizi­tihi insan olduğu için bu saygıyı hak eder. Tarihi sürece baktığımızda da temel hukuk alanlarının doğrudan insanı ve temel değerlerini korumayı hedeflediğini görmekteyiz. En temel insan hakkı olarak da yaşam hakkının kabul edilmesi kaçınılmazdır. Çünkü yaşam hakkı, diğer bütün hakların varlık sebebi ve diğer haklardan yararlanabilmenin olmazsa olmaz koşuludur. Yaşam hakkının korunması amacıyla *beden bütünlüğünün korunması ilkesi* benimsenmiştir. Beden bütünlüğünün dokunulmazlığı ilkesi, kişinin yaşamının sona erdirilmemesini (öldürülmemesini), her hangi bir organından mahrum hale getirilmemesini, maddi ve manevi işkenceye, ezaya, sıkıntıya, üzüntüye maruz bırakılmamasını öngörür.¹ Çalışmamızda bu ilkeler göz önüne alınarak, teknolojinin gelişmesiyle her geçen gün daha fazla hayatımıza giren radyasyonun neden olduğu zararlarla ilgili olarak idari yargıda açılan tam yargı davaları incelenmiş, ilgili yasal ve kurumsal sorumluluklar üzerinde durulmuştur.

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Çevre Hukuku Öğretim Üyesi

¹ Bahri Savcı, Yaşam Hakkı ve Boyutları, Ankara 1980, s. 7.

I- BEDENSEL ZARAR VE KAVRAMSAL ÇERÇEVE

1.Yaşam Hakkı ve Beden Bütünlüğünün Korunması

Yaşama hakkı, bütün kişilik haklarının temelinde bulunan ve üzerinde hiç kimsenin tasarruf etme hakkının bulunmadığı bir kişilik hakkıdır.² Hiyerarşik olarak en üstte bulunan bu hakkın kapsamına dahil olan beden bütünlüğü hakkı da, elbette en temel kişilik haklarından. Anayasanın 12. maddesinde ifade edildiği üzere Yaşam Hakkı, kişinin *kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez* bir haktır. Anayasa'nın 15/2 maddesi gereğince de, "...savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler (...)dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz..." Hiç kimse ne kendisinin ne de bir başkasının hayatına son verme hakkına sahip değildir.³

2. Bedensel Zarar

Bilindiği üzere genel olarak zarar, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen azalmayı ifade etmektedir. Bedensel zararlar neleri kapsıyor? Bedensel zararların kapsamına tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalması ve yitirilmesinden kaynaklanan zararlarla, ekonomik geleceğin sarsılmasından kaynaklanan zararlar girmektedir.

Tedavi giderlerine ise, kişinin sağlığına kavuşması ya da hastalığının artmasını önleyecek tüm giderler dahildir. Bunlara muayene, tahlil, teşhis, ameliyat, hastane, ilaç, protez, pansuman, bakıcı gideri, yol ücreti, estetik ameliyat ve sair tüm tedavinin gerektirdiği akla gelebilecek giderler girmektedir. Tedavi giderlerinin ispatı hususunda başlıca ilke, bunların belgeyle ispatlanmasının zorunlu olmaması ve her türlü delille ispatının mümkün olmasıdır. Ayrıca tedavi giderleri tarifelerle sınırlı değildir. İleride yapılacak tedavi giderlerinin hesaplatı-

² Serap Helvacı, Gerçek Kişiler, İstanbul 2013, s. 112; M. Kemal Oğuzman/Özer Selici/Saibe Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2009, s. 136.

³ Serap Helvacı, Gerçek Kişiler, İstanbul 2013, s. 112.

lıp hüküm altına alınması istenebilir ve bir belge sunulmasa bile, hakim görevlendireceği uzman bilirkişilere tedavi ve tüm iyileşme giderlerinin hesaplatmakla ve hüküm altına almakla yükümlüdür.⁴

Bedensel bir zarara uğrayan kişinin, öncelikle bu durumdan kurtulmak, mümkünse olay öncesi sağlığına kavuşmak için gerekli tüm tıbbi müdahaleleri yapması gerekecektir. Bu durum mağdur olan zarar görenin hem hakkı hem de görevidir. Zira, zarar görenin zararı ortadan kaldırmak veya azaltmak için gerekli olan tedavileri yaptırmaması bir mütefarık kusur olarak değerlendirilmektedir. Borçlar Kanunu'nun 52/1 maddesine göre: "Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir" Bu hüküm uyarınca, bedensel zarara uğradıktan sonra tedavi olmak ve tedaviyi kabul etmek mağdurun hakkı olduğu gibi ayrıca görevidir de.

3. Radyasyon Sonucu Oluşan Bedensel Zarar

Varoluşlarından beri, tüm canlılar radyasyona maruz kalmıştır ve kalmaktadır. Radyasyon ve radyoaktif maddeler (doğal ve yapay) çevremizde her zaman bulunmaktadır. Radyoaktif maddeler dünyamızın ve evrenimizin her yerinde bulunmakta olup, her insanın vücudu hafif derecede radyoaktiftir.⁵ Radyasyon veya ışınım, elektromanyetik dalgalar veya parçacıklar biçimindeki enerji yayımı ya da aktarımıdır. "Radyoaktif maddelerin alfa, beta, gama gibi ışınları yaymasına" veya "Uzayda yayılan herhangi bir elektromanyetik ışını meydana getiren unsurların tamamına" radyasyon denir.⁶ Radyasyonun insan sağlığına etkileri, zararlı akut ve kronik etkileri olmak üzere iki çeşittir. Kronik etkiler aylar veya yıllar sonra

⁴ Çelik Ahmet Çelik, Tedavi Giderlerinin Kanıtlanması, Tazminat Hukuku.com. <http://www.tazminathukuku.com/yargitay-kararlari/tedavi-giderlerinin-kanitlanmasi.htm> (erişim tarihi 29.11.2018)

⁵ AFAD Radyasyon Kaynakları, <https://www.afad.gov.tr/tr/23711/Radyasyon-Kaynaklari>

⁶ <https://tr.wikipedia.org/wiki/Radyasyon>

habis hastalıklar, gelişme bozuklukları, intra uterin dönemde oluşan etkileşime bağlı anomaliler, katarakt ve sterilite gibi sonuçlarla ortaya çıkabilir. Buna karşılık bu yazının da konusu olan akut radyasyon sendromu kuşkusuz hematologları da yakından ilgilendiren, saatler ve günler içinde ortaya çıkan ve hızla tedavi gerektiren bir grup hastalık tablosuna yol açabilir.⁷

II- İDARİ YARGININ BEDENSEL ZARARLARININ TAZMİNİNE İLİŞKİN GÖREVİ VE TAM YARGI DAVALARI

1. İdarenin Sorumluluğu

Kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında bireylerin uğradığı zararların idarece tazmini Anayasa'nın 125. maddesi gereği olup, Hukuk Devleti ilkesinin bir sonucudur. İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde ve işleyişinde nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanan hizmet kusuru, hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır. Tazminat davalarının varlık nedeni; idarelerin tazmin edecekleri maddi ve manevi zararın miktarının, olası zararı önleyici tedbirlerin alınmasından daha fazla olacağı gereği karşısında kamu idarelerini kamusal hizmetin sunumunun kalitesinin yükseltilmesine ve maliyetinin düşürülmesine yönelik olarak geliştirmeleri isteğidir. Çevre ve insan sağlığında olduğu gibi kamusal hizmetlerde de koruyucu tedbirler hizmet kusuru sonucunda oluşan zararı karşılamaktan ucuzdur.

İdarenin mali sorumluluğu idari etkinliklerin tabi olduğu rejimin hukuki niteliğine göre değişmektedir. İdarenin özel hukuka ilişkin faaliyetlerinden doğan mali sorumluluğu özel hukuk hükümlerine, idarenin idare hukukuna ilişkin faaliyetlerinden doğan sorumluluğu ise idare hukuku kurallarına tabidir.

⁷ Teoman Soysal, "Hematolog Gözüyle Radyasyona Maruz Kalma", XXXVII. Ulusal Hematoloji Kongresi, s.58.

2. Tam Yargı Davaları

Tam yargı davası, idarenin işlem ve eylemleri sonucunda kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan davadır. (İYUK md. 2/b) İptal davasından farklı olarak, tam yargı davasının konusunu idari işlemler yanında idari eylem ve idari sözleşmeler de oluşturabilir. Tam yargı davası, adli yargıdaki tazminat davalarının idari yargılama hukukundaki karşılığı olarak kabul edilebilirse de⁸, sorumluluğun tespit ve takdiri, sorumluluğun dayanacağı esaslar bakımında farklar bulunmakta olup, bu farklar sebebiyle idari dava niteliğini kazanmaktadır.⁹ Tam yargı davaları salt bir tazminat davası olmayıp, aynı zamanda yargısal denetimin etkinliğini ve hukukun üstünlüğünü sağlayan bir dava türüdür¹⁰ ve tam yargı davalarında mahkemenin araştırma, inceleme yetkisi iptal davasına göre daha geniştir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Doğrudan doğruya tam yargı davası açılması" başlıklı 13. maddesi uyarınca, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanlar, bu eylem nedeniyle uğradıkları zararların tazmini için tam yargı davası açabilirler. Söz konusu maddenin 1. fıkrası uyarınca; idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka bir şekilde öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabileceği hükmü düzenlenmiştir. Tebliğin konusunu oluşturan kararda, doğrudan açılan bir tam yargı davası incelenmiştir. Bu dava açılmadan önce İYUK'nun 13. maddesine göre öncelikle idareye başvurulmuştur. İYUK'nun

⁸ Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa 2016, sh. 145.

⁹ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III. sh.1797.

¹⁰ Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, sh.579.

13. maddesinde yer alan usul kuralları, süresinde kullanılmadığında, davanın reddine neden olmakta ve hakkın yerine getirilmesine engel teşkil etmektedir. Sonuç olarak idari eylemlere karşı tam yargı davası açmadan önce idareye başvuru yapılması zorunlu olup, bu başvuru bir süre ile sınırlandırılmıştır. Diğer bir ifade ile idarenin “önkararı” bir dava şartı olarak kabul edilmektedir.¹¹

İnceleyeceğimiz yargı kararında yer verilen bedensel zararlarda, zarara yol açan eylemin öğrenildiği tarih ile zararın öğrenildiği tarih her zaman aynı olmayabilmektedir. Böyle bir durumda ise, bir yıllık başvuru süresinin, kesin sağlık raporunun alındığı veya sağlık kontrolü/muayene sonucu öğrenildiği anda başlayacağı,¹² bedensel zararın meydana geldiği olaylarda bir yıllık başvurma süresinin, bedensel zararın kesin tespiti bağlandığı sağlık raporlarının tebellüğ edildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı görüşü¹³ hakimdir. Konuya ilişkin bir Danıştay kararında; “..Yukarıda anılan Yasa maddesinde idareye başvuru süresinin, idari eylemlerden zarar gören kişilerin eylemi öğrendiği tarihten itibaren başlayacağı saptanmış olmaktadır. Zararın henüz ortaya çıkmadığı, çıksa bile öğrenilmediği tarihi, süreye başlangıç almanın dava açma süresinin çok kısılmasına yol açacağı ya da dava açma hakkının kullanılmaması sonucunu doğuracağıın kabulü gerekmektedir.

Bu haliyle başvurma süresine başlangıcı yalnızca eylem tarihi olarak almak yerine zararın o eylemden kaynaklandığının öğrenildiği tarihi esas almak hakkaniyete daha uygun olacaktır.”¹⁴

Konuya ilişkin olarak mevzuatta daha sonra yürürlüğe giren hükümler aşağıda belirtilmiştir.

¹¹ Gürsel Kaplan, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara 2011, sh.391.

¹² Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku, Cilt:2 İdari Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, sh. 983.

¹³ Kazım Yenice/ Yüksel Esin, İdari Yargılama Usulü (Açıklamalı-İzahatlı-Notlu), Cilt I,II, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983, sh.244.Şeref Gözübüyük/Güven Dinçer, İdari Yargılama Usulü, Turhan Kitabevi, Ankara 1996, sh. 251.

¹⁴ Danıştay 10. Dairesi'nin 11.12.2001 tarih ve E.2000/3767, K.2001/4722 sayılı kararı.

3. Hizmet Kusuru

Özel hukuk alanındaki kusura dayanan sorumluluk ilkesinin idare hukukunda uygulanmasının, diğer bir ifade ile idarenin sorumluluğunu, idarenin kullandığı kamu görevlilerinin kusunda ya da idarenin kamu görevlilerini seçiminde yaptığı kusurda aramanın uygun olmadığı doktrinde ve yargı kararlarında genel kabul görmektedir.¹⁵ Zira, hizmetin kurulmasından ve işlemeden doğan kusur, idarenin sorumluluğunun bir koşulu olarak görölmektedir. Kamu görevlileri tarafından yapılmakla birlikte, idareye ve yürüttüğü hizmetlere ilişkin kusurlu davranıştan idare sorumludur. Bu kapsamda, kamu hizmetinin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi olarak nitelendirilen hizmet kusurunu Danıştay; *“idarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişinde nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk”* olarak tanımlamaktadır.¹⁶ Olağan nitelikte sayılan her idarenin işleyebileceği kusur ve hukuka aykırılık hizmet kusuru olarak adlandırılmamakta ve idarenin sorumluluğunu ve bu kapsamda tazminini gerektirmemektedir.

4. Bedensel Zararların Tazminine İlişkin İdari Yargının Görev Alanı ve Konuya İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı

2011 tarihinde kabul edilen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde; *“Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar. İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda dahi bu hüküm uygulanır. 30/1/1950 tarihli 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri saklıdır.”* hükmü getirilmiş, ancak Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemeyi, Anayasa'nın 125, 155 ve 157. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.¹⁷

¹⁵ Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku, Cilt:2 İdari Yargılama Hukuku, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1999, sh. 655.

¹⁶ Danıştay 10. Dairesininin 28.12.2007 tarih ve E.2005/8407, K.2007/6526 sayılı kararı.

¹⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 16.02.2012 tarih ve 2011/35, K.2012/23 sayılı kararı. RG: 19.05.2012 tarih ve 28297 sayı.

Anayasa Mahkemesi Kararına göre; “İptali istenen kural-la, idari işlemler ve idari eylemler ile idarenin sorumlu tutu-labildiği diğer durumlarda vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalarda asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğu öngörülmektedir.

Anayasa’nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır”; 155. maddesinin birinci fıkrasında ise “Danıştay, idarî mahkeme-lerce verilen kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakma-dığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunda gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar” hükmü yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesinin daha önceki kimi kararlarında da belirtildiği üzere, tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa’da adlî ve idarî yargı ayırımına gidilmiş ve idarî uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kı-lınmıştır. Bu nedenle, genel olarak idare hukuku alanına giren konularda idarî yargı, özel hukuk alanına giren konularda adlî yargı görevli olacaktır. Bu durumda idarî yargının görev alanı-na giren bir uyuşmazlığın çözümünde adlî yargının görevlen-dirilmesi konusunda yasa koyucunun mutlak bir takdir hak-kının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. Ancak, idarî yargının denetimine bağlı olması gereken idarî bir uyuşmazlı-ğın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasakoyucu tarafından adlî yargıya bırakılabilir.

Dava konusu kuralla, sadece kişinin vücut bütünlüğüne verilen maddi zararlar ile buna bağlı manevi zararların ve ölüm nedeniyle oluşan maddi ve manevi zararların tazmini konusu kapsama alın-makta ve bu tazminat davalarına bakma görevi asliye hukuk mah-kemelerine verilmektedir. Buna göre, aynı idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlar kapsama alınmadığından, sorumluluk sebebi aynı olsa da bu zarar-ların tazmini davaları idari yargıda görülmeye devam edecek, bu du-rumda, idarenin aynı yapı içinde aldığı kararın bir bölümünün idarî yargıda bir bölümünün adlî yargıda görülmesi yargılamanın bütün-

lüğünü bozacaktır. Ayrıca iki ayrı yargı kolunda görülen davalarda, idarenin sorumluluğ, bu sorumluluğun kapsamı, idarenin tazmin yükümlülüğü konularında farklı sonuçlara ulaşılabilecektir. Esasen idare hukukunda var olan hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk kavramları, kişilerin gördüğü zararların tazmininde kullanılan ve kişilerin idare karşısında korunma kapsamını genişleten kavramlardır. İdare hukukunda, idarenin hiçbir kusuru olmasa da sosyal risk, terör eylemleri, fedakârlığın denkleştirilmesi gibi kusursuz sorumluluğa ilişkin kavramlara dayanılarak kişilerin uğradığı zararların tazmin edilmesi mümkündür. Özel hukuk alanındaki kusursuz sorumluluk halleri ise belirli konular için düzenlenmiş olup sınırlıdır. İdarenin idare hukuku esaslarına dayanarak tesis ettiği tartışmasız bulunan eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlara ilişkin davaların idarî yargı yerlerinde görülmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bu nedenle, yukarıda belirtildiği gibi aynı idari eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı neden olduğu söylenemez.

Öte yandan, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, Mahkemenin, kanunların, kanun hükmünde kararname-lerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya aykırılığı hususunda ileri sürülen gerekçelere dayanma zorunluluğu yoktur. Mahkeme, taleple bağlı kalmak şartıyla başka gerekçeyle de Anayasaya aykırılık kararı verebilir. Bu nedenle iptali istenen kural Anayasa'nın 157. maddesi yönünden de incelenmiştir. Anayasa'nın 157. maddesinin birinci fıkrasında, "Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, askerî olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir. Ancak, askerlik yükümlülüğünden doğan uyuşmazlıklarda ilgilinin asker kişi olması şartı aranmaz." hükmü yer almaktadır. Anayasa'nın 157. maddesi gereğince asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin olan eylemlerden ve işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, adli yargının değil; askeri idari yargının yani Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin görev alanına girmektedir. İptal konusu kural ile, vücut bütünlüğünün kısmen ya da tamamen

yitirilmesine yol açan eylem veya işlem, bir askeri hizmete ilişkin olsa ve bir asker kişiyi ilgilendirse bile, bundan kaynaklanan uyuşmazlıklar asliye hukuk mahkemesinin görev alanı kapsamına alınmaktadır. Asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin olan eylemlerden ve işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların kanunla adli yargının görev alanına sokulması Anayasa'nın 157. maddesine de aykırılık oluşturur.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kural, Anayasa'nın 125., 155. ve 157. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."

Anılan iptal kararı nedeniyle her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara idari yargı mahkemelerinde bakılacaktır.

5. Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu

Bilindiği üzere kamu personelinin mali sorumluluğuna ilişkin hükümlere, Anayasada yer verilmiştir. Anayasa'nın 40. maddesinin üçüncü 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." hükmü yer alırken; 129. maddesinin beşinci fıkrasında "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." hükmü düzenlenmiştir. Anayasa'nın 125. maddesinin ilgili hükmünde zarar doğuran işlem ve eylemin süjesi "idare" iken, değinilen iki hükümde "resmi görevliler" (Md. 40/3) ile "memurlar ve kamu görevlileri"nden bahsedilmektedir. Yine 125. maddenin son fıkrasında işlem ve eylemlere ilişkin bir nitelendirme yapılmazken, Md.40/3'de "haksız işlemler"den, Md. 129/5'de ise "kusurlardan" doğan tazmin yükümü ifade edilmiştir. Diğer bir ifade ile bu hükümlerde, idarenin değil idarenin görevlilerinin davranışlarının nitelendirilmesine gidilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda yer verilen kararına "Ek Gerekeç"

olarak sunulan metinde; "... Söz konusu hükümler (Md.40/3, 129/5) sorumluluk koşullarını gösteren ve sorumluluğu kuran nitelikten ziyade, usûli nitelikte normlardır ve davalı tarafı belirlemeye yöneliktir. Burada hemen işaret etmek gerekir ki her iki kuralın (Md.40/3, Md.129/5) çerçevesi, memur ve kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurla sınırlı olup "**görev kusuru**" olarak nitelendirilen bu kusur hali dışında, personelin "**salt kişisel kusurlarını**" idari işlem veya eylem olarak nitelendirmeye imkân yoktur ve bu son halde "**idarilik**" niteliğinden yoksun olan ve idareye bağlanamayan bu tür kusurlardan dolayı idarenin değil, "**salt kişisel kusurlu**" olduğu saptanan kamu görevlisinin kişisel sorumluluğu söz konusu olacak, bu görevli hakkında adli yargıda doğrudan tazminat davası açılabilir. Diğer bir deyişle, anılan anayasal kuralların, kamu görevlilerinin "**salt kişisel kusurlarını**" kapsadığı düşünülemez. Bu istisnai durum dışında, "**görev kusuru**" nedeniyle kamu görevlisi aleyhine adli yargıda tazminat davası açılmaz; "**görev kusuru**"nun mevcudiyeti halinde, o kamu görevlisini istihdam eden idareye karşı tam yargı davası açılması gerekir.

Dava konusu kuralda, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemelerinin bakacağı belirtilmektedir. Vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesi ya da kişinin ölümü halleri, doğrudan idari işlem ve eylem kaynaklı olabileceği gibi; yukarıda izahına çalışıldığı gibi idare ajanlarının görev kusurlarından kaynaklanmış da olabilir. Bu durumda idarenin sorumluluğu Anayasa'nın 125. maddesinin yanı sıra, 40/3 ve 129/5. maddelerine de dayanmış olacaktır. Diğer bir deyişle, idare ajanlarının görev kusurları sonucu vücut bütünlüğünün ihlâli ya da ölüm halleri meydana gelirse, belirtilen Anayasal kurallar karşısında idarenin ajanlarına karşı adli yargıda dava açma imkânı olamayacak ve ancak bu görevlileri istihdam eden idareye karşı tam yargı davası açılabilir.

Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarında işaret edilen "kamu yararı ve haklı neden durumunda" idari yargının görevine giren bir hususun adli yargıya bırakılabileceği şeklindeki saptamanın da somut davada uygulanabilme imkânı yoktur. Çünkü,

Anayasa'nın dört ayrı hükmünde (40/3, 125, 129/5, 157) idari faaliyetler neticesinde veya idare ajanlarının görev kusurları kaynaklı idari eylemler dolayısıyla, vücut bütünlüğünün ihlali veya ölüm meydana gelmesi durumunda, ilgililerin açacakları davanın bir tam yargı davası olacağı ve bu konuda idari yargının görevli bulunduğu açık ve kesin biçimde ifade edilmiş olduğundan; bu görevin idari yargıdan alınarak adli yargıya devredilebilmesi mümkün değildir."

III.RADYASYONLU MADDELERİN VERDİĞİ ZARAR NEDENİYLE AÇILAN TAM YARGI DAVALARI

1.Radyasyona Maruz Kalınan Olaylar ve Süreç

Türkiye Atom Enerjisi Kurumu tarafından verilen ithal lisansı kapsamında bir firma tarafından ithal edilen radyasyon kaynağının, kullanımı sonunda firma tarafından yurt dışı edilebilmesi için anılan idarece taşıma ve ihraç izni verilmesine karşın, radyasyon kaynağının ithalatçı firma tarafından ihraç edilmeyip bir depoda hurda olarak tutulması ve daha sonra hurda amacıyla satılması sonrasında radyasyon kaynağını satın alan kişinin bu kaynağı hurda amacıyla parçalaması sonucunda ortaya çıkan radyasyona maruz kalan davacı tarafından uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle aşağıda safahatı ayrıntılı biçimde açıklanan davanın gelişimi şu şekildedir;

Merkezi ABD'de bulunan bir medical sistem şirketinin 1992 yılında Türkiye'ye getirdiği ve Ankara Numune Hastanesi ile İstanbul Kanseri Vakfına verdiği Cobalt 60 kaynağı ve donanımlarının (aksesuarlarının) aktiviteleri bittikten sonra önce TAEK uzmanlarına muayene ettirilmiş ve daha sonra bir şirket tarafında kiralanan bir dükkana bırakılmış, radyasyon saçan bu maddelerin üzerine insan sağlığını kötü etkileyeceğini gösteren hiçbir ibare konulmamış, daha sonra dükkkanı satın alan malikin niteliğini bilmediği bu maddeleri sırf dükkandan uzaklaştırmak için hurda niyetine satışa çıkardıkları ve bir aracı marifetiyle işi hurdacılık olan davacının ailesinin fertleri tarafından parçalanmaya çalışılmış ve bu sırada aynı aileye ve

çevresine mensup olan kişilerin radyasyona maruz kalmaları nedeniyle bir süre sonra rahatsızlık belirtileri ortaya çıkmıştır. Davacı, idarenin lisans verdiği bir firmanın ithal ettiği radyasyon kaynağının kullanım sonucu ihraç edilmesine 1994 tarihinde izin vermesine karşın ihraç edilmeyip firma tarafından bir hurda deposunda tutulması ve 1998 yılında bu depodan hurda olarak satılması sonucu ailesiyle birlikte hurdayı parçalarken Co-60 kaynaklı radyasyona maruz kalması nedeniyle idarenin hizmet kusuru bulunduğunu ileri sürerek 50 milyar lira maddi, 50 milyar lira manevi tazminatın yasal faiziyle kendisine ödenmesi talebiyle tam yargı davası açmıştır. Dava, radyasyona maruz kalma nedeniyle idarenin hizmet kusurundan dolayı tazminat istemine ilişkindir.

1.1. İdare Mahkemesinin İlk Kararı

Davaya ilk bakan İdare Mahkemesi, radyasyonun insanlar üzerindeki etkilerini geniş bir çerçevede incelemiş ve bilirkişi raporuna dayanmıştır. Mahkemece davacıya ait kazayla ilgili tüm belgeler hastanelerden ve mahkemelerden getirtilerek dosya üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmış olup, İstanbul Üniversitesi Çapa Tıp Fakültesi Onkoloji, Hematoloji ve Çocuk Hematolojisi Bilim Dallarını öğretim üyeleri tarafından hazırlanan bilirkişi raporunda, davacının durumu ortaya konularak, Co-60 radyasyonuna maruz kaldığı, tüm hastalarda kemik iliği yetmezliğinin ve kan değerlerindeki azalmanın radyasyona maruz kalmanın erken dönem etkileri olduğu, mevcut hastaların hepsinde bu bulguların hemen hemen iyileşmesinin erken dönem radyasyon etkilerinin geçici olabileceğini düşündürdüğü, radyasyonun uzun dönemdeki en önemli etkisinin karsinogenezis olduğunu, karsinogenezisde latent dönemin lösemiler için 5-10 yıl olup, 15 yıl sonra riskin azaldığı, solid tümörler için latent dönemin 5-40 yıl olabileceği, normal popülasyonda 10.000'de 0,5 olan kanser riskinin, radyasyona maruz kalmış insanlarda 10.000'de 10-70 arasında (20-140 kat fazla) değiştiği, uzun dönemde gelişebilecek radyasyon etkilerini belirleyebilmenin hastaların uzun süre takipleri ile mümkün olabileceği belirtilmiştir.

Bilirkişi raporunda süresi belirtilen risk; zarara neden olan bir potansiyel olarak tanımlanan tehlikeden farklı şekilde belli bir zaman süresi içerisinde bir olay yada durumun gelişme olasılığı, diğer bir ifade ile negatif olarak değerlendirilen bir olayın olma olasılığı olarak ifade edilmiştir. İdare Mahkemesi bilirkişi raporuna dayanarak; radyasyonun erken dönem etkisini yaşıyan ve kanser riskini taşıyan davacının idarenin hizmet kusuru nedeniyle meydana gelen kazadan kaynaklanan zararının tazminin ödenmesi gerektiğine karar vermiştir.

İdare Mahkemesi Bilirkişi Raporu doğrultusunda radyasyona ve zararlarına ilişkin olarak aşağıda belirtilen kapsamlı açıklamaya da kararında yer vermiştir. Buna göre; *“Yasada ifade edilen iyonlaştırıcı radyasyon yayınlayan radyoaktif maddeler radyasyon kaynağıdır. Radyasyon; ışınım enerjisinin bir yerden başka bir yere taŐınmasıdır. İyonlayıcı ıŐınlar, etkiledikleri atomlardan elektrom sökebilecek, o atomun elektronlarını atomun dışına çıkarabilecek, böylece onun elektrik yükünü deđiŐtirebilecek güçte enerjisi olan ıŐınlardır. Radyasyonun dokuya etkisi atomik seviyede olmaktadır. İnsanda görülen radyasyon hasarı atomik seviyede olan etkilere bağlı moleküler yapının bozulması sonucudur. DNA: hücre ve insanın büyümesini ve gelişmesini kontrol eden kromozomları oluşturduğu için radyasyon hasarından etkilenen moleküllerin en önemlilerindedir. Radyasyonun DNA'ı etkilemesi, organizmaya üç şekilde zarar verebilir. 1)hücre ölümü, 2) malignite (kanser), 3) genetik hasar, Eğer hasar germ hücrelerindeki DNA'da oluŐursa bir sonraki ya da sonraki nesillerde zararlı etki görülebilir. DNA'daki hasar sonucu kromozomal değişikliklerin neden olduğu mutasyonlar çekinik (resesif) özelliكتedir. Bu durumda genetik etki, ancak aynı özellikte mutasyona uğramış diğer bir üreme hücresi ile fertilizasyon olduğunda ortaya çıkar. İyonizan ışınları maddeyle etkileŐimi sonucu ısı, eksitasyon ve iyonizasyon oluşur. Canlı organizma ile bu etkileşim, doğrudan ve dolaylı olarak iki şekilde olur. Doğrudan etki hücredeki makro moleküllerde (enzim, protein. RNA, DNA) olur. DNA'da oluşan bu etkiler genetik mutasyon ve hücre ölümüne neden olabilir. Dolaylı etkinin bir şekli su moleküllerinde görülür. Su radyasyona maruz kaldığında, başka moleküler yapılara bölünür. Dolaylı etkinin bir*

diğer şekilde bunların enerji fazlaları diğer molekülleri etkileyerek moleküller bağları çözebilir. Ayrıca radyasyonun erken etkileri ve geç etkileri vardır. Radyasyonun canlı üzerindeki biyolojik etkileri, ışınlamanın şiddeti ve süresine göre değişir. Etkiler hemen görülebileceği gibi, latent bir dönemden sonra da görülür. Radyasyonun biyolojik etkilerinin oluşması için gereken dozun bir alt sınırı yoktur. Küçük dozlarda bile kanser ya da genetik etki olabilir. Genetik etki birkaç kuşak boyunca ortaya çıkabilir. Bu risk topluma büyük sorumluluk yüklemektedir ve bu sorumluluktan kurtulmanın tek yolu korunma yöntemlerine titizlikle uymaktır. (Kaynaklar: Bushong C. Radiologic Science for Technologist: Biology and Protection. 3 rd ed. St. Luis, The C. V. Mosby Company, 1984, Oğuz M., Röntgen Fiziğine Giriş Diagnostik I. Adana, ÇÜ Basımevi 1992, Kaya T. Temel Radyoloji Tekniği Bursa Güneş & Nobel 1997). Çünkü sağlık; sosyal, ekonomik, çevresel faktörler tarafından doğrudan ve büyük ölçüde etkilenen fiziksel ve psikolojik olarak iyi olma durumu olup, hasta olmaktan korunma yöntemlerinin maliyeti tedavi yöntemlerinin maliyetinden daha ucuzdur.”¹⁸

Bu açıklamalar çerçevesinde kararda, tazminat davalarında maddi tazminatın hesaplanmasının bilirkişilerce yapıldığı, bu olayda davacının sağlık durumunun bilirkişilerce ortaya konulduğu, geçmişteki kaza nedeniyle yaptığı harcamaları kanıtlayamadığı ancak harcama yaptığının kesin olduğu, hastalığı nedeniyle sağlıklı çalışma koşullarının ortadan kalktığı, dolaşısıyla artık kendi tedavisi ile uğraşmak zorunda olduğu, ortalama yaşam süresi ve yaşı ile birlikte uğradığı zararın boyutu değerlendirilmiş, uzun dönemli sonucu belirsiz tedavinin kendisini beklediği, ayrıca bu tedavinin Devletçe üstlenilmemesi halinde maddi bedelinin yüksekliğinin yaşanan hayatın gerçeği olduğu da dikkate alınarak 40.000.000.000 (altı sıfır atılmadan önceki durum) lira maddi tazminatın ödenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Karara göre; davalı idarenin ağır hizmet kusuru sonucu doğan maddi zararın olumsuz etkilerinin olay tarihinde başladığı, halen sürmekte olduğu ve geleceğe yöne-

¹⁸ İstanbul 2. İdare Mahkemesinin 30.04.2003 tarih ve E.2000/480, K.2003/540 sayılı ve 27.02.2007 tarih ve E.2007/305, K.2007/645 sayılı kararları.

lik olarak da davacının yaşam süresi boyunca süreceği gerçeği karşısında tazminat miktarı farklı bir şekilde belirlenmiş ve bu gerekçeyle de zararın tazminine karar verilmiştir.¹⁹

1.2.Danıştay'ın Kararı

İlk derece mahkemesinin kararı üzerine Danıştay, idarenin tazminle yükümlü tutulmasının, ancak kesin olarak ortaya çıkmış ve belirgin hale gelmiş bir maddi zararın varlığı halinde mümkün olabileceğine; kişinin isteği dışında maddi varlığında meydana gelen kayıp ve eksikliklerde, çoğalma olanağından yoksunluk olarak tanımlanan maddi zararın henüz kesin olarak ortaya çıkmamış, belirgin hale gelmemiş olması durumunda idarenin tazmin yükümlülüğüne gidilmesine olanak bulunmadığına, bu durumda, ileride maddi zarar gerçekleştiğinde açılacak davada idarenin tazminle yükümlü tutulmasına engel oluşturmadığına karar vermiştir.²⁰ Danıştay ayrıca, davacının radyasyona maruz kalması nedeniyle olay tarihini izleyen süreçte tedavi giderleri idarece karşılanmış ise de, davacının tedavi masrafları dışında yaptığı giderler ve yoksun kaldığı gelir kaybı ile mahkeme kararında ve bilirkişi raporunda davacının bu dönemde yaptığı tedavi giderlerinin idarece karşılanıp karşılanmadığı, davacının tedavisi ile uğraşmak zorunda kaldığı belirtildiğinden, gelir kaybına ve bu olay nedeniyle efor kaybına uğrayıp uğramadığı araştırılmadan karar verildiğine hükmetmiştir. Karara göre; “... *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 zararın 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. Öte yandan, mahkeme-*

¹⁹ İstanbul 2. İdare Mahkemesi'nin 30.04.2003 tarih ve E.2000/480, K.2003/540 sayılı kararı.

²⁰ Danıştay 10. Dairesinin 16.09.2005 tarih ve E. 2004/4133, K.2005/5014 sayılı kararı.

ce yapılacak inceleme ve araştırma sonucunda maddi tazminata hükmedilmesini gerektirecek bir bilgi ve belgenin tespit edilememesi halinde, bir başka anlatımla daha sonraki bir aşamada, davacının radyasyonun etkisi nedeniyle işgücü kaybı, tedavi masrafları, doğal ömrün kısalması, kanser riskinin gerçekleşmesi gibi nedenlerle uğrayacağı bu zararın doğması üzerine açılacak bir başka davada, tazminat hukuku ilke ve kuralları çerçevesinde tazmin edilmesine hukuki bir engel de bulunmamaktadır.”

Sonuç olarak Danıştay’ın ilgili Dairesi idare mahkemesince verilen kararın maddi tazminata ilişkin kısmının bozulmasına, kısmen reddiyle kararın manevi tazminata ilişkin kısmının onanmasına karar vermiştir.

1.3.İdare Mahkemesinin Israr Kararı

Danıştay’ın bu kararının maddi tazminata ilişkin kısmına karşı İdare Mahkemesi ısrar kararı vermiştir. Israr Kararında; “... Maddi tazminatın, geçmişte meydana gelen ve olumsuz sonucu tümüyle ortaya çıkmış, dolayısıyla verili duruma göre zararın hesaplanma ile bulunabildiği durumlarda açılan tazminat davalarında bu konuda uzman bilirkişilerce yaptırılan hesaplama göre karar verilmekte olmasına karşın bakılan tazminat davasında; davalı idarenin ağır hizmet kusuru sonucu doğan maddi zararın olumsuz etkilerinin olay tarihinde başladığı, halen sürmekte olduğu ve geleceğe yönelik olarak da davacının yaşam süresi boyunca süreceği gerçeği karşısında tazminat miktarı farklı bir şekilde belirlenmiş ve bu gerekçeyle de talep ettiği miktarda zararın tazminine karar verilmiştir. Öte yandan, davacının yaşam süresi boyunca risk altında olduğu ve uzun dönemli, sonucu belirsiz, maliyetli bir tedavi sürecinin davacıyı beklediği gerçeği karşısında hukuk sistemimizde bu tür bir olaya maruz kalan kişilere irat bağlama ya da sağlık güvencesi anlamında bir sosyal güvenlik kurumu ile ilişkilendirmeye yönelik bir hukuki müessese de olmadığından maddi tazminat isteminin kabulü gerektiği sonucuna varılmıştır.” gerekçesine dayanılmıştır.²¹

²¹ İstanbul 2. İdare Mahkemesinin 27.02.2007 tarih ve E. 2007/305, K.2007/645 sayılı kararı.

1.4. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun Kararı

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, gerek ısrar kararında gerekse Danıştay 10. Daire kararında radyasyon kaynağının parçalanması sonucunda oluşan zararda, davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu ve zarar ile idari işlem ve eylemler arasında nedensellik bağı olduğu sonucuna varıldığından, kararlar arasında bu yønden bir farklılık bulunmadığını; ancak idarenin tazmin sorumluluğunun diğer Şartı olan zararın varlığı konusunda idare mahkemesi ile Danıştay arasında farklı sonuçlara ulaŐıldıđını, bu nedenle incelemenin bu hususa ilişkin yapıldığını belirtmektedir. Söz konusu kararda, Danıştay 10. Dairesinin Kararına atıfta bulunularak, idarenin tazminle yükümlü tutulmasının ancak kesin olarak ortaya çıkmış, belirgin hale gelmiş maddi zararın varlığı halinde mümkün olabileceği, kişinin isteği diŐında maddi varlığında meydana gelen kayıp ve eksikliklerle çoğalma olanağından yoksunluk olarak tanımlanan maddi zararın, henüz kesin olarak ortaya çıkmamış, belirgin hale gelmemiş olması durumunda, idarenin tazminle yükümlü tutulmasına olanak bulunmadığı ifade edilmiştir. Kararda, bedensel zararların tedavi giderleri, çalışma gücünün azalması ve yok olması (işgücü kaybı, fonksiyon kaybı, efor kaybı), bakıcı ücreti, ekonomik geleceğin zorlaŐması gibi bir çok biçimde ortaya çıkabileceği, bu bağlamda, uyuşmazlığın çözümünün de değinilen biçimlerde bir zarara uğranılıp uğranılmadığının ortaya konulmasına bağlı olduğu ifade edilmiştir. Karara göre; mahkemece davacının radyasyona maruz kalması üzerine yapılan ilk tedaviye ilişkin tedavi giderlerinin idarece karŐılandıđının belirlendiği, uğranıldığı ileri sürülen maddi zararın davacı tarafından belgelendirilemediği gibi bu hususla ilgili ara kararına cevap da verilmediği, mahkemece hastane ve dava dosyaları üzerinde yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda davacının radyasyona maruz kaldığının saptandığı, radyasyon nedeniyle insanlar üzerindeki kısa ve uzun dönemde ortaya çıkabilecek sağlık sorunlarının ise, davacıların uzun süre takipleri ile mümkün olabileceğinin belirtildiği, ancak davacı üzerinde herhangi bir inceleme yapılmadığı, dosyada bulunan tüm raporlarda davacının tedavisinin

uzun süre devam etmesi gerektiği ve gelecekte ortaya çıkabilecek olası sağlık sorunları nedeniyle düzenli olarak takibinin yapılması gerektiği belirtilmiş olmasına rağmen, masrafları idarece karşılanan ilk tedavilerden sonra yapılan tedavi giderlerinin de idarece karşılanıp karşılanmadığı, karŐılanmamıŐ ise davacının katlanmak zorunda kaldığı tedavi giderlerinin miktarı, davacının uzun süre tedavisi ile uğraşmak zorunda kaldığı açık olduğundan bahisle, gelir kaybına ve bu olay nedeniyle efor kaybına uğrayıp uğramadığı hususları araştırılmadan, radyasyonun insan sağlığı üzerindeki etkisinin dosyada mevcut raporlara gÖre mutlak olduğundan hareketle mutlaka bir zarara uğranıldığı ve bu zararın giderimi iÖin mutlaka harcama yapıldığı kabul edilerek karar verildiği belirtilmiştir. Bu ÖerÖevede; “ Davacının katlanmak zorunda kaldığı tedavi giderlerinin miktarı, uzun süre tedavisi ile uğraşmak zorunda kalması nedeniyle gelir kaybına ve efor kaybına uğrayıp uğramadığı araştırılarak zarara uğrayıp uğramadığının, zarara uğradı ise miktarının tespit edilmesi gerekmekte olup, yazılı gerekÖe ile verilen ısrar kararında hukuka uyarlık gÖrÖlmemiŐtir.” sonucuna hÖkmedilmiŐtir.

2. Tam Yargı Davalarında Fazlaya İlişkin Hakların Saklı Tutulması

İdari eylemlerden kaynaklanan zararların davanın açıldığı anda belirlenmesi pek Öok durumda olanaksız olabilmektedir. Özellikle idari eylemlerden doğan bedensel zararların devam edegelen zarar özelliğinden dolayı bu zararların davanın açılması döneminde belirlenmesi mümkün değildir. İdari eylemden doğan bedensel zararlar devam ediyorsa/sonradan ortaya çıkmışsa ve bu zararların tazmini iÖin idareye yÖneltilebilecek bir durum var ise (neden-sonuÖ ilişkisi kurulabiliyorsa) sÖregeleyen/sonradan ortaya çıkan zarar niteliğindedir ve idarenin zarar verici eylemi sonucunda bedensel bir zarara uğrayan kimse bu zararın devam etmesi halinde sırf miktar belirtme ve kısmi dava yasağı zorunluluğu nedeniyle zararını tam olarak tazmin edemeyecektir.²² Öünkü idari eylem ile zarar arasındaki

²² Fatih Birtok, “Tam Yargı Davalarında Fazlaya İlişkin Hakların Saklı Tutulması ve

illiyet bağı bozulmadan zararın tazminini idareden talep edebilmesi, ön karar için Kanunun öngördüğü 1 yıllık süre geçmiş olacağından, zarar görenin maddi ve manevi zararlarının tam olarak tazmin edilememesi durumu söz konusu olabilecektir. Bilindiği üzere, devam edegelen zararlar açısından iptal ve tam yargı davasının birlikte açılması halinde, bu dava neticelenene kadar geçen süre içerisinde doğan zararın ayrıca tam yargı davasına konu olacağı doktrin tarafından kabul edilmektedir.²³ Davanın sona ermesinden sonra ise İYUK'nun 13. maddesinde öngörülen 1 yıllık süre aşılmış olacağından, zarar gören kişinin ayrıca bir tam yargı davası açma olanağı mümkün görünmemektedir.

İYUK'un 3/2 maddesinde idari yargı mercilerine verilecek dilekçelerde bulunması gereken hususlar belirtilmiştir. Bu hükmün (d) bendine göre; vergi, resim, harç, benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalarına ilişkin davalarla tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktarının yer alması gerektiğine ve aynı Kanunun 24. maddesinin (e) bendinde ise; kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi ve hüküm ile tazminat davalarında hükmedilen tazminatın miktarının yer alması gerektiğine ilişkin hükümlerin; İYUK'nun yukarıda belirtilen 3/2-d maddesinde yer alan tam yargı davalarında dava dilekçelerinde miktarın gösterilmesi zorunluluğunun, münhasıran idarenin eylemlerinden dolayı bedensel ve devam edegelen zararların gerçek anlamda tazminini zorlaştırdığı; ayrıca söz konusu hüküm ve yargı kararlarının kişilerin hak arama hürriyetlerinin gerçekleşmesinde engel olarak görüldüğü belirtilmiştir.²⁴

Diğer taraftan bu husus Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne götürülmüş ve Mahkeme Sözleşmeye aykırılık kararı vermiştir. Olayın gerçekleştiği tarihte yürürlükte bulunan 2577 sayılı İYUK'nun 3/2 maddesinin (d) bendinde, tam yar-

Anayasa Mahkemesi'nin 12.08.2008 tarihli Kararı, Terazi Hukuk Dergisi, sa. 35, Temmuz 2009, sh. 20.

²³ Turan Yıldırım, İdari Yargı, Beta, İstanbul 2009, sh.403.

²⁴ Fatih Birtek, sh. 35.

gı davalarında uyuşmazlık konusu miktarın gösterileceği; 15. maddesinde ise, 3. maddeye aykırı düzenlenen dava dilekçesinin reddedileceği belirtilmiş; ancak, tam yargı davalarında dilekçede gösterilen uyuşmazlık konusu miktarın artırılmasını yasaklayan bir hükme yer verilmemiştir. Anılan Yasada uyuşmazlık konusu miktarın artırılmasını engelleyen hüküm bulunmamasına karşın, Danıştay içtihatları doğrultusunda istemle bağlı olma ilkesi uygulanmış, tam yargı davalarında dilekçede gösterilen uyuşmazlık konusu miktarın artırılmayacağı kabul edilmiştir. Tam yargı davalarında istemle bağlı olma kuralına ilişkin Danıştay içtihadının, uzun yargılama neticesinde hükmedilen tazminat tutarının bu süre içerisinde değer kaybetmesi dolayısıyla mülkiyet dokunulmazlığına saygı ilkesinin ihlal edildiği ve iç hukukta etkili bir itiraz yolu bulunmadığı ileri sürülerek hak ihlaline neden olduğundan bahisle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurulmuş ve Mahkemece söz konusu hak ihlallerinin varlığı yönünde kararlar verilmiştir. Nitekim, AHİM İkinci Dairesinin 21.07.2009 tarihli, 39515/03 Başvuru Numaralı kararıyla; olayda AHİM'e baővuranın mahalle bekçiliği görevini yerine getirirken silahlı soygun yapan saldırganlar tarafından yaralanması üzerine İçişleri Bakanlığına yapılan tazminat talebinin reddi işleminde karşı açılan tam yargı davasında, Mahkemelerince Devletin sorumluluğunun bulunduğu ve baővuranın tazminat hakkına sahip olduğu, ayrıca bilirkişi raporunda belirtilen tutarın baővuranın dava açarken talep ettiği tutarın çok üstünde olduğu ve tarafların davada talep ettiği tutarın çok üstünde olduğu ve tarafların davada talep ettikleri rakamlarla sınırlı kalınması gerektiği, dolayısıyla ilgili şahsa daha fazla bir miktar verilemeyeceği yönündeki kararın Danıştay tarafından onararak kesinleşmesi üzerine AHİM'ne başvuruda bulunulduğu, başvurana on beş yıl dört ay süren yargılama sonunda tahsis edilen tazminatın, enflasyon oranı karşısında gecikme faizlerinin yetersiz kalması nedeniyle, büyük ölçüde değer kaybettiğinden baővuranın alacağının tam değerini elde etme imkanı bulamamasının, 1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesinin 1. paragrafının ilk cümlesi anlamında mülk dokunulmazlığına saygı

gösterilmesi hakkına müdahale olarak değerlendirildiği, idare mahkemelerince, bir zararın (bedensel zararın) telafi edilme talebiyle ilgili davaların geç karara bağlanması durumunda, bu gecikmeden daha az tazminat ödenmesi halinde davacının mağdur olacağı, tazminat tutarının davanın açıldığı tarihteki değeri ile talep edilebileceği tarihteki değeri arasındaki büyük farkın yargılamanın yavaş işlemeden ve gecikme faizlerinin yetersizliğinden kaynaklandığı durumlarda iç hukukta bu ihtilaflı durumun üstesinden gelebilecek etkili bir itiraz yolunun ve Türk idare hukukunda başvurana dava devam ederken ilk başta talep ettiği rakamın yeniden değerlendirilmesini isteme imkanının yokluğunun başvurana aşırı bir yük altına soktuğu, öte yandan, Hükümetin başvurana alacağına tamamını elde etmek için bilirkişilerin belirlediği tutarı öğrendikten sonra ayrıca bir tam yargı davası açma imkanına sahip olduğu yönündeki iddiasının böyle bir davanın uygulamada makul bir başarı şansı olmadığından ve ilgili şahıs tarafından bilirkişilerce belirlenen tutarın ilk öğrenildiği gün itibarıyla İYUK'nun 13. Maddesinde öngörülen sürenin geçirilmiş olacağı gerekçesiyle AİHS'nin 6/1 maddesinin, 13. maddesinin, Ek 1 No'lu Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiği kararına varılmıştır.

Tam yargı davalarında istemle bağlı olma kuralının sebep olduğu hak kayıplarının giderilmesi amacıyla 2577 sayılı İYUK'nun 16. Maddesinin 4. Fıkrasına, 30.04.2013 tarihinde yürürlüğe giren 6459 sayılı Kanunun 4. Maddesi ile "Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilmeye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir." Cümlesi ve aynı Kanunun 5. Maddesi ile de 2577 sayılı Kanuna Geçici 7. Madde olarak, " Bu maddeyi ihdas eden Kanunla, bu Kanunun 16. Maddesinin 4. Fıkrasına eklenen hüküm, kanun yolu aşaması dahil, yürürlük tarihinde derdest olan davalarda da uygulanır" cümlesi eklenmiştir.²⁵

²⁵ 6459 sayılı Kanunun 4. Maddesi ile yapılan düzenlemenin gerekçesinde; "AİHM,

Bu çerçevede, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktarın, kanun yolu aşaması dahil, yürürlük tarihinde derdest olan davalarda da süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin artırılmasına olanak tanıyan 2577 sayılı Kanunda yapılan değişlikle davacıların dava dilekçesinde gösterdikleri zarar miktarını artırmalarına yönelik taleplerinin, mahkemelerce, istemle bağlı kalma ilkesinin uygulanması sonucu kabul edilmesi üzerine, dava dilekçesinde gösterilen zarar tutarı kadar tazminata hükmedilmesinden doğan hak kayıplarının giderilmesi amaçlandığından, zararın bilirkişi raporuyla öğrenilmesi üzerine daha önce artırılamayan kısmı için açılan davalarda süre aşımı bulunmadığı yönünde kararlar verilmiştir.²⁶

3. Konuyla İlgili Adli Yargı Kararları

Yukarıdaki davalarda sözü geçen davacı adli yargıda da firma aleyhine tazminat davası açmıştır.

3.1.Küçükçekmece 3. Asliye Hukuk Mahkemesi Kararı

Küçükçekmece 3. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilen kararda;²⁷ davacının radyasyon maddesinden etkilendiği haksız fiilden dolayı zarar gördüğü, ilerideki yaşantısında hastalığın iz ve eserlerinin çıkması ihtimalinin yüksek olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca, davacının ilgili idare mahkemesinde TAEK aleyhine açılmış bir davasının bulunması, tarafların sosyal, ekonomik durumu, davacının olaydan cismani zarar görmesi, zarar ile haksız fiil arasında uygun illiyet bağının bulunması, BK 47. maddesinin şartlarının davacı lehine olduğu göz

devletin sorumluluğuna ilişkin tazminat davalarında, davacıların yargılamanın yavaş işlemeden doğan zararlarını ortadan kaldıracak yeterli bir çözüm bulunmadığı yönünde ülkemiz aleyhinde ihlal kararları vermektedir. Düzenlemeyle, idari yargıda açılan tam yargı davalarında talep edilen tazminatın daha yüksek olduğunun dava devam ederken anlaşılması durumunda, davacıya talep edilen miktarı artırma hakkı verilmemesinin adil yargılama hakkının ihlali olarak kabul edilmesi sebebiyle, nihai karar verilinceye kadar ıslah suretiyle talep edilen tazminat miktarını artırma hakkı tanınmaktadır” ifadesine yer verilmiştir.

²⁶ Danıştay 6. Dairesinin 13.07.2017 tarih ve E.2016/318, K.2017/5777 sayılı kararı.

²⁷ Küçükçekmece 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin 20.07.2009 tarih ve E.1999/742, K.2009/536 sayılı kararı.

önünde tutularak, olaydaki müterafik kusur da dikkate alınarak takdiren 10.000 TL manevi tazminatın davalılardan dava tarihinden hesap edilecek yasal faiziyle birlikte tahsili ile davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin talebin reddine, maddi zararı ispatlayacak deliller ibraz edilemediğinden maddi tazminat yönünden talebin reddine, davacının BK 46/2 maddesindeki haklarının saklı tutulmasına karar verilmiştir.

3.2. Yargıtay'ın Kararı

Yargıtay öncelikle davacının adli yardım isteminde bulunduğuna ve yerel mahkemece de adli yardım istemi kabul edilerek dava açıldığına göre, dava konusu olay nedeniyle davacının bedensel zarara uğrayıp uğramadığının belirlenmesi için gerekli görülen biyokimya testleri, kan ve diğer tüm incelemeler için gereken giderlerin adliyenin suçüstü ödeneğinden harcanarak yaptırılması ve alınacak raporların sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği, ancak yerel mahkemece açıklanan yön gözetilmeyerek, yerinde olmayan gerekçeyle, maddi tazminat isteminin reddine karar verilmiş olmasının usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararı bozmuştur. Diğer taraftan, davacının aynı olay nedeniyle TAEK aleyhine idare mahkemesinde manevi tazminat davası açılmış olduğunu ve kesinleşen idare mahkemesi kararı ile davacı yararına manevi tazminatın takdir edildiğini belirtmiştir. Kararda, manevi tazminatın tekliği ve bölünmezliği ilkesi gereğince, manevi zarar karşılığı olarak istenebilecek manevi tazminatın bölünerek istenemeyeceğinden ve davacının uğradığı manevi zararın, dava dışı TAEK hakkında açılan idari davada kabul edilen manevi tazminat ile karşılandığından artık, aynı olay nedeniyle yeniden manevi tazminatın istenemeyeceğine hükmedilmiştir.²⁸

Adli yargı, idari yargıdan farklı olarak, olayda zarara neden olan bir haksız fiil olup olmadığını ve zararın doğup doğmadığını araştırmaktadır. Haksız fiil sonucu bir tazminat yükümlülüğünün doğabilmesi için, hukuka aykırı fiilin bir zarara sebep

²⁸ Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 29.03.2011 tarih ve E.2010/2345, K.2011/3370 sayılı kararı.

olması gerekir.²⁹ Haksız fiil sonucu herhangi bir zarar doğmıősa, failin cezaî sorumluluğuna gidilebilse bile, hukukî sorumluluğundan söz edilemez.³⁰

4. Bedensel Zarar ve Manevi Tazminat

Manevi tazminat; kişilik hakkının tecavüze uğramasıyla oluşan haksızlık karşısında mağdurun ruhsal veya bedensel bütünlüğünün ihlali nedeniyle oluşan acı ve ızdırabın unutturulması, yaşama sevinç ve arzusunun tekrar kazandırılması, bozulan ruhsal dengenin yeniden kurulması amacıyla getirilmiş olan bir denkleştirme aracı olarak tanımlanmaktadır.³¹ Bir Yargıtay kararına göre; “...hakimin özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile sigortalı yakınlarına verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özđün bir nitelik taőrır. Bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna dair zararın karşılanmasını da amaç edinmemiőtir. O halde, bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22.6.1966 tarihli ve 7/7 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre deđiőebileceđinden hakim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülene göre isabetli bir biçimde göstermelidir. Hakimin bu takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu, olayın ağırlığı, davacının sürekli iő göremezlik oranı, işçinin yaşı, olay tarihi gibi özellikleri göz önünde tutması, hükmedilecek tutarın manevi tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranda olması gerektiği de

²⁹ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (16. Bası). Ankara, 2014, s. 520; Safa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler (25. Bası). İstanbul, 2014, s. 170.

³⁰ Kemal Oğuzman / Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (11. Bası) Cilt-2. İstanbul, 2014, s. 38.

³¹ Şeref Ertaş, Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarın Tespiti, Prof. Dr. İlhan E. Postacioğlu'na Armağan, İstanbul 1990, s. 65.

söz götürmez ve yine 22.6.1966 gün 1966/7-7 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde de açıklandığı üzere zarar görenin müterafik kusurunun varlığı halinde bu durumun manevi tazminatın takdirinde göz önünde bulundurulması gerekir..."³²

İdare mahkemesinin ilk kararından itibaren davacının olaydan dolayı duyduğu ve yaşamı süresince de duyacağı elem ve ızdırap, ayrıca fizik yapısında taşıdığı risk nedeniyle takdir edilen 40.000.000.000 (altı sıfır atılmadan önce)³³ liranın kendisine tazminat olarak ödenmesi uygun bulunmuştur. Karara göre; manevi tazminata hükmedilmesi için kişinin fizik yapısını zedeleyen, yaşama ve kazanma gücünün azalması sonucunu doğuran olayların meydana gelmesi ve idarenin hukuka aykırı bir işlem veya eylemi sonucunda ağır bir elem ve üzüntünün duyulmuş olması veya şeref ve haysiyetinin rencide edilmiş bulunması gerekir. Kararda manevi tazminat isteminin faizine ilişkin farklı bir değerlendirmede bulunulmuştur. Karara göre; ".... Her ne kadar idari yargıda maddi tazminata yasal faiz uygulanabileceği ancak manevi tazminatın zenginleşme nedeni olmadığı gerekçesiyle manevi tazminata faiz uygulanamayacağı görüşü kabul edilmekte ise de, idari yargıda açılan tazminat davalarında istenilen tazminat miktarının davanın ilk açıldığında gösterilmesinin zorunlu olması, tazminat miktarının daha sonra artırılmaması ve davanın da taleple sınırlı olarak karara bağlanmasının gerekmesi nedeniyle manevi tazminata faiz uygulanamaması; bu davaların karar verme sürecinin uzun olması dolayısıyla davacının davanın açıldığı tarihteki tazminat talebinin dava süresince değer kaybına uğramasına neden olmakta ve tazminat davasının özü olan uğrulan zararın ekonomik olarak karşılanması yoluyla telafisini olumsuz yönde etkilemektedir. Bu itibarla davanın açıldığı tarihte talep edilen ve dava sürecinde artırılması mümkün bulunmayan manevi tazminat miktarına davanın açıldığı tarihten itibaren yasal faiz uygulanması; talep edilen tazminat miktarının gecikerek ödenmesi nedeniyle oluşan ekonomik değer eksilmesini karşılayacak ve manevi

³² Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 07.06.2016 tarih ve E. 2015/21544 K. 2016/9355 sayılı kararı.

³³ Türk parasından üç sıfır atılmadan önceki durum.

tazminat davalarından beklenen manevi zararın giderilmesini sağlayacaktır. Manevi tazminatın yukarıda belirtilen özellikleri dikkate alındığında, manevi zararın telafisi için hükmedilen miktara dava açma tarihi olan 06.03.2000 gününden itibaren, 3095 sayılı Yasal Faiz ve temerrüt Faizine İlişkin Yasa uyarınca faiz yürütülmesi uygun olacaktır.” gerekçesiyle karar verilmiştir.

5. Sorumlu İdare:

Yukarıda açıklanan yargı kararlarından da anlaşılacağı üzere sorumlu idare, Türkiye Atom Enerjisi Kurumudur.

5.1. Türkiye Atom Enerjisi Kurumu (TAEK)

İlk kez 1956 yılında 6821 sayılı Kanun ile Başbakanlık'a bağlı olarak Atom Enerjisi Komisyonu Genel Sekreterliği kurulmuş, daha sonra 1982 yılında 2690 sayılı Kanun ile Başbakan'a bağlı olarak Türkiye Atom Enerjisi Kurumu olarak yeniden yapılanmıştır.

1962 yılında nükleer alanda üniversite üstü profesyonel araştırma, geliştirme, uygulama ve eğitim çalışmaları yapmak amacı ile AEK Genel Sekreterliğine bağlı olarak kurulan Çekmece Nükleer Araştırma ve Eğitim Merkezi'nin kuruluşu tamamlanmış ve 1967 yılında da Ankara Nükleer Araştırma Merkezi faaliyete geçmiştir.

1967 yılında 6821 sayılı Yasaya dayalı "Radyasyon Sağlığı Tüzüğü" ve 1968 yılında "Radyasyon Sağlığı Yönetmeliği yürürlüğe konmuştur. Tüzük ile radyasyon içeren faaliyetlere ruhsat verme ve gerektiğinde iptal etme yetkisi Atom Enerjisi Komisyonuna verilmiştir. Mevzuat gereğince bu görevler Çekmece Nükleer Araştırma ve Eğitim Merkezi (ÇNAEM) ve Ankara Nükleer Araştırma ve Eğitim Merkezi (ANAEM)'in Sağlık Fiziği bölümlerince yürütülmüştür. Uyuşmazlığa konu olayda yürütülmesi gereken kamu hizmetinden sorumlu kamu idaresi, Türkiye Atom Enerjisi Kurumu olup, 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanunu ile görev ve yetkileri belirlenmiştir. Uyuşmazlığa konu olayın gerçekleştiği sırada yürürlükte bulunan anılan Kanununun 4/d

maddesine göre; radyasyon kaynaklarının zararlarına karşı korunmayı sağlayıcı ilkeleri, önlemleri ve hukuki sorumluluk sınırlarını saptamak, radyoaktif maddeler ve radyasyon cihazlarını bulunduran, kullanan bunları ithal ve ihraç eden, taşıyan, depolayan, ticareti yapan resmi ve özel kurum, kuruluş ve kişilere ruhsata esas olacak lisans vermek, radyasyon güvenliği yönünden denetimini yapmak kuralına yer verilmiş idi. Ayrıca, anılan kurum 2690 sayılı Kanun'un 4/f maddesine göre nükleer tesislerden ve radyoizotop laboratuvarlarından çıkan radyoaktif artıkların güvenli şekilde işlenmesi, taşınması, geçici veya sürekli depolanması için gereken önlemleri almak veya aldırarak, sorumluluklara katılarak radyasyon güvenliği konusunda tam yetkilidir. Söz konusu Yasa TAEK'e iyonlaştırıcı radyasyonların zararlı etkilerinden korunmayı sağlama diğer bir ifade ile toplumu koruma görevini vermiştir. Koruma görevinin kapsamına izin verme ve denetim yapma yükümlülüğü de girmektedir.³⁴ Ancak söz konusu Kurumun yukarıda belirtilen görevlerinin pek çoğu, 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmıştır.

5.2. Nükleer Düzenleme Kurumu

TAEK dışında konuyla ilgili yeni bir kurum daha teşkilatlanmıştır. 702 sayılı KHK ile barışçıl kullanım ilkesi esas alınarak, nükleer enerji ve iyonlaştırıcı radyasyona ilişkin faaliyetlerin yürütülmesi sırasında çalışanların, halkın, çevrenin ve gelecek nesillerin iyonlaştırıcı radyasyonun olası zararlı etkilerinden korunmasına yönelik uygulanması gereken temel ilke ve esaslar ile tarafların sorumluluklarını ve bu faaliyetler üzerinde düzenleyici kontrol yetkisini haiz Nükleer Düzenleme Kurumunun teşkilat, görev, yetki ve sorumlulukları ile personelinin özlük haklarına ilişkin esasları belirlenmiştir. Nükleer enerji ve iyonlaştırıcı radyasyon ile ilgili tesis, cihaz, madde ve faaliyetler bu Kanun Hükümünde Kararname kapsamında düzenlenmiştir. Anılan KHK ile kurulan Nükleer Dü-

³⁴ Ancak yukarıda belirtilen söz konusu görev ve yetkiler uyuşmazlığa konu olay tarihinde bu şekilde düzenlenmiştir.

zenleme Kurumu radyasyon ve nükleer güvenlik konularında TAEK'in yanı sıra yeni bir kurum olarak teşkilatlanmıştır. Söz konusu Kanun Hükmünde Kararname kapsamında verilecek muafiyetler ile bu muafiyetlerin sınır ve koşulların, güvenlik ve emniyet ilkeleri esas alınarak Nükleer Düzenleme Kurumu tarafından yönetmelikle belirleneceği, KHK kapsamındaki faaliyetlerin Kurumdan yetki alınmaksızın yürütülemeyeceği, bu kapsamdaki bir faaliyeti yürütmek isteyen gerçek veya tüzel kişilerin Kurumdan faaliyet için gerekli yetkiyi almak üzere Kuruma başvurmakla yükümlü oldukları belirtilmiştir.

KHK'nın 4/9 maddesi uyarınca ise; *"Kurum tarafından yetkilendirilen tüzel kişilerin verilen yetkinin koşulları çerçevesinde; her türlü sorumluluk kendisinde olmak üzere, yerine getirmekle yükümlü olduğu görev ve yükümlülükler Cumhurbaşkanınca düzenlenir. Yetkilendirilen tüzel kişiler, tesisi oluşturan yapı, sistem ve bileşenlerin inşa, imalat ve montaj süreçlerinin denetimine yönelik olarak, Kurum tarafından yetkilendirilen özel hukuk tüzel kişilerinden Kurumun belirlediği usul ve esaslar kapsamında ayrıca denetim hizmeti alır. Yetkilendirilen kişinin bu fıkra kapsamındaki denetim faaliyetlerine ve denetçilere ilişkin sorumlulukları Kurum tarafından yönetmelikle belirlenir."*

Görüldüğü üzere Nükleer Düzenleme Kurumu çok önemli yetki ve görevlerle donatılmıştır. Bu çerçevede belirtmek gerekir ki, kamu idareleri kanunlarla kendilerine verilen ve yapmakla yükümlü buldukları kamu hizmetlerini gereği gibi yerine getirmek, bu hizmetin işleyişini sürekli denetlemek ve hizmetin yürütülmesi sırasında gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Bu hizmetlerin gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zararları da tazmin etmek zorundadırlar.

Sonuç:

Öncelikle belirtmek gerekir ki, çalışmamızda incelenen yargı kararları alanında ilk kez tartışma konusu olan kararlar olma niteliğini taşımakla birlikte, yerleşik bir içtihat niteliği kazanamamıştır. Ancak gelecekte çevrenin kirlenmesinden ve bozulmasından dolayı insan sağlığı ve beden bütünlüğü üze-

rinde ortaya çıkabilecek zararlar nedeniyle bu hususların tartışıldığı yeni yargı kararlarının verilmesi kaçınılmazdır. Çünkü çevre kirliliği ile özellikle kanser gibi bazı hastalıklar arasında illiyet bağı kuran uluslararası kuruluşların bilimsel raporları yayımlanmaya başlamıştır. Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO), çevre kirliliğinin her yıl 5 yaş altında 1.7 milyon çocuğun ölümine yol açtığını açıklaması,³⁵ fiziksel çevre kirliliğinin, yaşam kalitesini ve insan sağlığını özellikle de çevresel etkenlere daha fazla duyarlı olan çocukları çeşitli yönlerden etkilediğine ilişkin bilimsel yazılar,³⁶ ve raporlar³⁷ gittikçe artmaktadır. Bu gibi kişilerin yaşam süresi boyunca risk altında olduğu ve uzun dönemli zararlar tedavisi sürecinin sonucu belirsiz, maliyeti yüksek tedavilerde tazminatın tespitine ilişkin yerleşik bir içtihadın oluşturulmasının önemi çok açıktır. İdari yargı, özellikle idareye lisans, izin, ruhsat gibi izinler verme veya denetim yapma yetkisinin verildiği durumlarda net bir şekilde idarenin sorumluluğuna gitmekte ve idare aleyhine tazminata hükmetmektedir. Ancak esas sorun, devam edegelen ve daha sonra ortaya çıkabilen zararların yargılama sürecinde (ve daha sonra) tespitine ilişkindir. Ayrıca bir diğer tartışılması gereken husus, çevre kirliliği ile meydana gelen bedensel zarar arasındaki illiyet bağı sorununun nasıl çözümlenebileceğine ilişkindir. Teknik bilirkişilerce hazırlanacak bilimsel raporlara ihtiyaç duyulacağı bu gibi uyuşmazlıklarda, yargı tartışmalı hususlarda ne yönde karar verebilecektir? Bu durumlarda, dava açma süresi, illiyet bağının tespiti, zararın bilirkişilerce değerlendirilmesi gibi konuların davacılar lehine yorumlanması gerektiği düşünölmektedir.

³⁵ https://www.ntv.com.tr/saglik/cevre-kirliligi-yilda-1-7-milyon-cocugun-olumune-neden-oluyor,cp9zFe5udUmOE_G0Qm9KVw

³⁶ Zuhul Gündoğdu, Gonca Keskindemirci, Melike Tuğrul Aksakal, Öykü Özbörü Aőkan, Gülbın Gökçay, " Fiziksel Çevre Kirliliğinin Çocuk Sağlığına Etkileri", Çocuk Dergisi 16(3-4):60-66, 2016 doi:10.5222/j.child.2016.060, https://www.journalagent.com/cocuk/pdfs/CD_16_2_60_66.pdf, Ali İhsan İlhan Tülay Balta, Gürhan Rasan, " Hava Kirliliği Ve Asit Yağmurlarının Çevre Ve İnsan Sağlığı Üzerine Etkileri", <https://www.mgm.gov.tr/FILES/genel/makale/hava-kirliligi.pdf>

³⁷ Human Health and the Environment, OECD ENVIRONMENTAL OUTLOOK, 2001, <http://www.oecd.org/health/health-systems/32006565.pdf>

KAYNAKÇA

- AFAD Radyasyon Kaynakları, <https://www.afad.gov.tr/tr/23711/Radyasyon-Kaynaklari>
- <https://tr.wikipedia.org/wiki/Radyasyon>
- Birtek,, Fatih “Tam Yargı Davalarında Fazlaya İlişkin Hakların Saklı Tutulması ve Anayasa Mahkemesi’nin 12.08.2008 tarihli Kararı, Terazı Hukuk Dergisi, sa. 35, Temmuz 2009.
- Çağlayan, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.
- Çelik Ahmet Çelik, Tedavi Giderlerinin Kanıtlanması, Tazminat Hukukucom. <http://www.tazminathukuku.com/yar-gitay-kararlari/tedavi-giderlerinin-kanitlanmasi.htm> (erişim tarihi 29.11.2018)
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (16. Bası). Ankara, 2014.
- Ertas, Şeref, Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarın Tespiti, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan, İstanbul 1990.
- Gözübüyük, Şeref / Tan, Turgut, İdare Hukuku, Cilt:2 İdari Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- Gözübüyük, Şeref / Dinçer, Güven, İdari Yargılama Usulü, Turhan Kitabevi, Ankara 1996.
- Gündoğdu, Zuhul / Keskindemirci, Gonca/ Aksakal, Melike Tuğrul/ AŐkan Öykü **Özbörü**/ Gökçay, Gülbin, “ Fiziksel Çevre Kirliliğinin Çocuk Sağlığına Etkileri”, Çocuk Dergisi 16(3-4):60-66, 2016 doi:10.5222/j.child.2016.060, https://www.journalagent.com/cocuk/pdfs/CD_16_2_60_66.pdf,
- İlhan**, Ali İhsan/ Balta, **Tülay**/ Rasan, **Gürhan**,“ Hava Kirliliği Ve Asit Yağmurlarının Çevre Ve İnsan Sağlığı Üzerine Etkileri”, <https://www.mgm.gov.tr/FILES/genel/makale/havakirliligi.pdf>
- Helvacı, Serap, Gerçek Kişiler, Legal Yayınevi, İstanbul 2013.
- Kaplan, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa 2016.
- Kaplan, Gürsel, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara 2011.

- Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Özdemir, Saibe Oktay, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2009.
- Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (11. Bası) Cilt-2. İstanbul, 2014.
- OECD ENVIRONMENTAL OUTLOOK, Human Health and the Environment, 2001, <http://www.oecd.org/health/health-systems/32006565.pdf>
- Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III. 3. Baskı, İstanbul 1966.
- Reisoğlu, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler (25. Bası). İstanbul, 2014
- Savcı, Bahri, Yaşam Hakkı ve Boyutları, İnsan Hakları Merkezi Yayınları No. 1, Ankara 1980.
- Soysal, Teoman, "Hematolog Gözüyle Radyasyona Maruz Kalma", XXXVII. Ulusal Hematoloji Kongresi, 19-22 Ekim 2011, Ankara, sh. 58-65.
- Yenice, Kazım / Esin, Yüksel, İdari Yargılama Usulü (Açıklamalı-İzahatlı-Notlu), Cilt I,II, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983.
- Yıldırım, Turan, İdari Yargı, Beta, İstanbul 2009.

TEHLİKE SORUMLULUĞUNA ÜST SINIR GETİRİLMESİ

*Arş. Gör. Ayça ZORLUOĞLU YILMAZ**

GİRİŞ

Tehlike sorumluluğu, Türk hukukunda 2012 yılında yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md 71 ile ilk defa genel bir hüküm olarak düzenlenmiştir. Bu tarihten önce tehlike sorumluluğu yalnızca özel hükümler ile düzenleniyordu.

Tehlike sorumluluğunun doğabilmesi için TBK md 71 gereğince önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme faaliyeti sonucu tipik tehlikenin gerçekleşmesiyle zarar doğmalıdır. Kanunun lafzı gereği; işletmenin mahiyeti, faaliyetinde kullanılan malzeme, araç veya güçler göz önünde bulundurulduğunda, uzman bir kişinin göstermesi gereken tüm özenin gösterilmesi halinde dahi, sık sık veya ağır zararlar doğurma riski varsa tipik tehlike unsuru gerçekleşmiş kabul edilir. Başka bir deyişle uzman bir kişiden beklenen tüm özen gösterilse dahi, önüne geçilemeyen tehlikenin tipik tehlike olduğu kabul edilmelidir.

TBK md 71/III hükmünde, bu kanunun kabulünden önce kabul edilmiş bulunan özel tehlike sorumluluğu hükümlerinin, bu düzenleme ile mülga edilmediği ve söz konusu hükümlerin de TBK md 71 hükmü ile birlikte uygulanmaya devam edeceği ortaya konulmuştur.

TBK md 71'in kabulünden önce Türk hukukunda kabul edilen özel tehlike sorumluluğu hallerine örnek verilirse; Karayolları Trafik Kanunu, Türk Sivil Havacılık Kanunu, Çevre Kanunu ve Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun sayılabilir.

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD.

Sorumluluğa üst sınır getirilmesi meselesi Türk hukukunda fazla karşılaşılan bir durum değildir. Kural olarak sorumluluğun varlığı halinde tüm zararın Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine göre tazmin edilmesi esastır¹. Yalnızca şartlarının varlığı halinde TBK md 52 gereğince hâkim, tazminat miktarından hakkaniyet oranında indirim yapabilir².

Tehlike sorumluluğunun düzenlendiği bazı özel hükümler bakımından ise sorumluluğa üst sınır getirilmesi hususunda farklı yaklaşımlar dikkati çekmektedir. Özellikle uluslararası sözleşmeler ile düzenlenen tehlike sorumluluğu hallerinde üst sınır kabul edilmektedir. Örneğin sivil hava aracı işletenin sorumluluğu halinde ve nükleer santral işletenin sorumluluğu halinde sorumluluğa üst sınır getirilmiştir. TBK md 71 hükmünde ise bir üst sınır düzenlemesi bulunmamaktadır. Bu çalışma kapsamında Türk hukuku bakımından sorumluluğa üst sınır getirilen haller incelendikten sonra, Türk hukukunun mehazı niteliğinde kabul edilebilecek hukuk sistemlerinde durumun nasıl olduğu üzerinde durulmuştur. Akabinde sorumluluğa üst getirilmesinin lehine ve aleyhine olan yaklaşımlar üzerinde durulduktan sonra TBK md 71 bakımından durum değerlendirilmiş ve konuya ilişkin görüşümüz ortaya konulmuştur.

I. SİVİL HAVA ARACI İŞLETENİN SORUMLULUğU BAKIMINDAN ÜST SINIR MESELESİ:

Sivil hava aracı işletenin sorumluluğu bakımından uygulanan 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nda taşıma

¹ Türk hukuku bakımından asıl olan zararın tazminidir. Bu sebeple, zarar, kural olarak tazminatın da üst sınırını oluşturur. Tazminatın miktarı, zarar gören kişinin kişisel bütünlüğünde ve malvarlığında meydana gelen zararı gidermeye yönelik olmalıdır. Tazminat miktarı, zarar meydana gelmemiş olsa zarar görenin içinde bulunacağı duruma getirilmesini sağlayacak oranda olmalıdır. Brüggemeier, Gert; Haftungsrecht: Struktur, Prizipien, Schutzbereich- Ein Beitrag zur Europaisierung des Privatrechts, Berlin, 2006, s. 556, 557; Keskin, Dilşad; Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, Ankara, 2016.

² Zarar sonucu, elde edilen yararlar varsa, zarar miktarından düşülmelidir. Bu şekilde zarar görenin haksız zenginleşmesinin de önüne geçilmiş olur. Brüggemeier, s. 557; von Tuhr, Andreas / Peter, Hans, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3.Auf., Zürich, 1979, s. 101; Tandoğan, Haluk; Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet), 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı bası, İstanbul, 2010, (Kısaltılması: Tandoğan, Mesuliyet), s. 267; Keskin, s. 96- 98.

sözleşmesinden doğan sorumluluk 120. md vd hükümlerinde düzenlenmiştir. TSHK md 120 gereğince; bir yolcunun hava aracında iken veya hava aracına iniş ya da iniş esnasında kaza sonucu ölmesi ve bedensel zarara uğraması halinde taşıyıcı bu zararı gidermekle mükelleftir. TSHK md 133 vd hükümlerinde ise, üçüncü kişilere karşı sorumluluk konusu düzenlenmiştir.

Türk Sivil Havacılık Kanunu'nda; sivil hava aracı işletenin, üçüncü kişinin kusurunu veya mücbir sebebi ileri sürerek sorumluluktan kurtulmasına izin verilmemiş olduğundan bir tehlike sorumluluğu olarak düzenlenmiştir³.

TSHK md 124/I hükmünde ise taşıyıcının sorumluluğunun sınırlandırılması meselesi düzenlenmiştir. Bu hükme göre taşıyıcının sorumluluğu; 12 Ekim 1929 tarihinde Varşova'da imzalanan ve Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Sözleşme ve bu Sözleşmeyi değiştiren Türkiye'nin katıldığı sözleşme ve protokollerin hükümlerine göre sınırlandırılır⁴.

Varşova Sözleşmesi'nin modern koşullara uyum sağlama-sı için 28. 05. 1999'de Montreal'de "Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme hazırlanmış ve imzalanmıştır. 02.04.2009 tarihli ve 5866 sayılı 'Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme'nin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun' ile Türkiye bu sözleşmenin tarafı olmayı kabul etmiştir⁵. Türkiye'nin Montreal Sözleşmesi'ne taraf olma şartlarının tamamlandığı 26.03.2011

³ Üçışık, Güzin; Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 28- 29 Mayıs 2009, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2009, s. 127- 145, s. 129.

⁴ TSHK md 125 hükmünde, taşıyıcının sorumluluğunu tamamen veya kısmen kaldıran ya da 124. md'de sayılan Sözleşmenin Türkiye bakımından geçerli olan versiyonundaki sorumluluk sınırlarını azaltan kayıtların geçersiz olduğuna hükmedilmiştir. TSHK md 126 hükmünde ise; zararın taşıyıcı ve adamlarının kasıt ya da ağır ihmal niteliğindeki davranışlarından meydana geldiğinin tespit edilmesi halinde sorumluluk üst sınırının uygulanmayacağı kabul edilmiştir.

⁵ Uygun Bulunma Kanunu 14.04.2009 tarihli ve 27200 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

tarihinden itibaren Türkiye, Montreal Sözleşmesi'ne üye olmuştur⁶.

Montreal Sözleşmesi ile taşıyıcının iki kademeli sorumluluğu⁷ kabul edilmiştir. Birinci kademe sorumlulukta sivil hava yolu taşıyıcısı; her bir yolcunun taşıma esnasında kaza sonucu ölümü veya yaralanması sebebiyle azamî tutarı 113.100 SDR'yi⁸ aşmayan zararlardan kusursuz olarak sorumludur. Taşıyanın birinci kademede düzenlenen bu sorumluluğu; mutlak sorumluluktur. Başka bir deyişle, taşıyanın bu sorumluluğu, sınırlandırılmayan ve ortadan kaldırılamayan bir tehlike sorumluluğu halidir⁹.

Sözleşme'nin md 21/II hükmünde ise ikinci kademe sorumluluk hali düzenlenmiştir. İkinci kademe bakımında da sorumluluğun üst sınırı 113.100 SDR'dir. Bu meblağı aşan zararlar bakımından taşıyıcı; somut olaydaki zararın kendisinin veya adamlarının kasıt veya ihmali ile gerçekleşmediğini veya zararın üçüncü bir kişinin kasıtlı veya ihmali bir eylemi sonucu gerçekleştiğini kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir. So-

⁶ Şenocak, Kemal; Editörler, Uçakhan Güleç, Sema/ Basa, Necdet, Montreal Konvansiyonu'na Göre Hava Yolu İle Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Cismani Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluğu, Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini, Uluslararası Kongre, C:1, Ankara, 2016, s. 355- 377, s. 355; Orbay Ortaç, Nurdan; Havayolu İle Taşınan Yolcuların Ölümünden Veya Bedensel Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Akdi Sorumluluk, Ankara, 2014. s. 74; Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme ('Montreal Sözleşmesi') Hakkında; <http://web.shgm.gov.tr/tr/genel-duyurular/1088-hava-yoluyla-uluslararasi-tasimaciliga-iliskin-belirli-kuralların-birlestirilmesine-dair-sozlesme-montreal-sozlesmesi-hakkında> (Erişim Tarihi: 01.10.2018).

⁷ Two- Tier liability.

⁸ SDR: Special Drawing Rights (Özel Çekme Hakkı). SDR, IMF tarafından günlük olarak belirlenen bir değerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Orbay Ortaç, s. 75, 76, 77. International Civil Aviation Organisation- Uluslararası Sivil Havaçılık Örgütü, 01.01.2010'dan itibaren sorumluluk limitini 100.000 SDR'den 113.100 SDR'ye çekmiştir. Birinci kademe sorumluluk, Montreal Sözleşmesi md 21'de düzenlenmiştir; <http://www.fog.it/convenzioni/inglese/montreal-1999-2010.htm#NR27> (Erişim Tarihi: 11.11.2018).

⁹ Orbay Ortaç, s. 72, 84; Wagner, Gerhard; Strict Liability in European Private Law, https://www.researchgate.net/publication/228224891_Strict_Liability_in_European_Private_Law?enrichId=rgreq08361dee3dd70a7658d85f27a3703bfaXXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzIyODIyNDg5MTtBUzo5OTYwNTAzNTM1NjE2NEAxNDAwNzU5MDk5NTU4&el=1_x_2&_esc=publicationCoverPdf, (Erişim Tarihi: 01.10.2018), s. 8.

rumluluktan kurtulma ve ispat yükü bakımından kademeler ayrılmıŐtır¹⁰.

II. NÜKLEER SANTRAL İŞLETENİN SORUMLULUĞU BAKIMINDAN ÜST SINIR MESELESİ:

Nükleer santral işletenin sorumluluğu konusunda Türk hukukunda 09.11.2007 tarih ve 5710 sayılı Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İŞletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun uygulanmaktadır¹¹. Bu Kanun ile nükleer santrallerin kurulması, işletilmesi ve ürün satışına ilişkin konular düzenlenmektedir¹². Nükleer santrallerden doğan zararın tazmini hususunda ise Kanun md 5 gereğince Türkiye'nin imzalayıp, onayladığı 29.07.1960 tarihli Nükleer Enerji Alanında Üçüncü ŐahıŐlara Karşı Kanunî Sorumluluk Hakkındaki Paris SözlüŐmesi uygulanır. Paris SözlüŐmesi ve Ek Protokollerinde, meydana gelen zarara ilişkin hüküm bulunmayan hallerde ise, Türk hukuku uygulanır¹³. Paris SözlüŐmesi'nin hükümleri incelenmeye baŐlanmadan önce kanaatimizce 1986 tarihli kanunlaŐmayan Nükleer Enerji Alanında Hukukî Sorumluluk Kanunu Ön Tasarısı değerlendirilmelidir.

Nükleer Enerji Alanında Hukukî Sorumluluk Kanunu Ön Tasarısı'nda nükleer santralin işletilmesinden sonucu üçüncü kişilerin uğradıkları zararların tazmini konusu düzenlenmişti. Bu Ön Tasarı hazırlanırken; Paris SözlüŐmesi'nin hükümlerinin yanı sıra, diğer ülkelerin nükleer santrallere ilişkin mevzuatları da göz önünde bulundurulmuŐtur¹⁴. Ön Tasarıda, nükleer santral işleticisinin sorumluluğu bir tehlike sorumluluğu olarak düzenlenmiş, ancak bu sorumluluğa üst sınır getirilmiştir.

¹⁰ Şenocak, s. 374, 375; Wagner, Strict, s. 8. Orbay Ortaç, s. 72, 73; Sözer, Bülent; Hava Yolu İle Yapılan Uluslararası Taşımalarda Taşıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen Varşova/ Lahey Sisteminin Tadiline İlişkin 1999 Montreal SözlüŐmesi, Batider, 2001, C. 21, S.1, s. 141- 194.s. 169- 173.

¹¹ 5710 sayılı Kanun, 21.11.2007 tarihli ve 26707 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹² Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt- 2, 10. Baskı, İstanbul, 2013, s. 237.

¹³ Korkusuz, Nükleer, s. 68, 69; Aydoğdu, s. 205; Kocaoğlu, s. 63; Güneysu, s. 216.

¹⁴ Oğuzman/ Öz, s. 236, 237.

Ön Tasarıda ayrıca nükleer madde taşıyıcılarının da sorumluluğu düzenlenmiştir. Nükleer santral işleticisine, bu üst miktar ile sınırlı sorumluluğu bakımından sigorta yaptırma zorunluluğu getirilmiş; taşıyıcılara ise teminat gösterme mükellefiyeti düzenlenmiştir.

İşleticinin sorumluluğunun üst sınırını aşan zararlar bakımından ise Devlet'in sorumluluğu öngörülmüştür. Fakat Devlet'in sorumluluğuna da bir sınır getirilmiş ve bu sınırı aşan zararların da paylaşılması esası kabul edilmiştir¹⁵.

Ön Tasarı'da nükleer santralden doğan tüm zararın işletici üzerinde doğması halinde, bu alanda faaliyet gerçekleştiren yatırımcılar üzerinde ağır bir yük getirileceği ve sonuç olarak işleticilerin bu faaliyeti yapmaktan çekinir hale geleceği endişesi ile üst sınır getirildiği ileri sürülmüştür¹⁶.

Nükleer santrallerin faaliyeti sonucu, üçüncü kişilerde bir zarar doğduğunda mevcut düzenlemeler bakımından, zararın tazmini hususunda Türkiye'nin imzalayıp onayladığı Paris Sözleşmesi uygulama alanı bulur¹⁷. Paris Sözleşmesi md

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Korkusuz, Mustafa Halit; Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2012, s. 65, 66; Aydoğdu, Murat; Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2009, s. 180 vd., 202, 203- 206; Kocaoğlu, Necip Kağan; Nükleer Tesis İşletenin Hukuki Sorumluluğu: Karşılaştırmalı ve Uluslararası Özel Hukuk Analizi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl. 68, S.2, Ankara, 2010, s. 33- 112, s. 57- 59; Arda, Aslı; Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Taraf Sorumluluğuna İlişkin Paris Sözleşmesi Kapsamında Nükleer Tesis İşletenin Hukuki Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2005, s. 13; Oğuzman/ Öz, s. 236, 237; Ulusan, İlhan; Türk Hukukunda Nükleer Zararlardan Doğan Hukuki Mesuliyet; Prof. Dr. Halit Kemal Elbir'e Armağan, 1996, s. 551- 563, s. 554- 555; TBMM Tutanak Dergisi, Dönem. 20, Cilt. 52, Yasama Yılı. 3, 85. Birleşim, 05.05.1998.

¹⁶ Aydoğdu, s. 203- 206.

¹⁷ Nükleer santral kazaları bakımından uluslararası platformda Paris sözleşmesi ve 21.05.1963 tarihli Nükleer Zararlar Hakkında Hukuki Sorumluluğa İlişkin Viyana Sözleşmesi önem taşır. Çalışmamızda, Türkiye taraf olmadığından, Viyana Sözleşmesi hükümlerine değinilmemiştir. Korkusuz, s. 55; Aydoğdu, s. 170, 171; Güneysu, Gülin; Nükleer Reaktörlerin Yol Açtığı Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluk, AÜHFĐ, C. 41, S. 1, Ankara, 1990, s. 207- 223, s. 216; Kocaoğlu, s. 78 vd; Erbaşı Çuhadar, Ayşe Aslıhan; Uluslararası Nükleer Sorumluluk Rejimi Çerçevesinde Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, Özel Sayı, Malatya, 2015, s. 341- 378, s. 357; Bagheri, Saeed; Nükleer Enerjinin Barışçıl Kullanımının Hukuki Çerçevesi: Olanaklar ve Sınırlılıklar, Enerji ve Diplomasi Dergisi, S. 4, 2015, s. 116- 141, s.132, 133.

14/b gereğince, nükleer santral kazaları halinde, zararın tazmini konusunda üye ülkelerin iç hukukları esas alınır. Bu sebeple, zararın tazmini yöntemi ve hesaplanması, Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin genel hükümlerine göre belirlenir¹⁸.

Paris Sözleşmesi'nin ilk metninde, nükleer santral işleticisinin sorumluluğu maksimum 15 milyon SDR ve minimum 5 milyon SDR olarak belirlenmiştir. Nükleer Enerji Ajansı, Paris Sözleşmesi'nde yer alan maksimum limitin 150 milyon SDR'ye yükseltilmesini teklif etmiştir¹⁹. Paris Sözleşmesi'nde 1964, 1982 ve 2004 Ek Protokolleri ile değişiklikler yapılmıştır. Türkiye, Paris Sözleşmesi'nde değişiklik yapan 1964²⁰ ve 1982²¹ Protokollerini de imzalamış ve onaylamıştır. Nükleer zararların sınır aşıcı etkisi sebebiyle Paris Sözleşmesi ve Viyana Sözleşmesi arasında bir köprü vazifesi görmesi amacıyla 1988 yılında Paris Sözleşmesi ve Viyana Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Müşterek Protokol²² kabul edilmiştir. En son yapılan değişiklik 2004 Protokolü ile meydana gelmiştir. Bu Protokol OECD²³ nezdinde de henüz yürürlüğe girmemiştir. 2004 Protokolü ile gelen

¹⁸ Kocaoğlu, s. 95; Aydoğdu, s. 268; Korkusuz, Nükleer, s. 137- 147.

¹⁹ <https://www.oecd-nea.org/law/paris-convention.html>, (Erişim Tarihi: 14.11.2018).

²⁰ Paris Sözleşmesi'nde Değişiklik Yapan 1964 Protokolü, İmza Tarihi: 28.1.1964, Kabul Tarihi: 01.06. 1967, 878 Sayılı Onay Kanunu. Bu Ek Protokol, 13 Haziran 1967 tarih ve 12620 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır. http://www.taek.gov.tr/attachments/article/763/906_paris_1964_ek_protokol.pdf, (Erişim Tarihi: 14.11.2018); https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanunbmmc050/kanunbmmc050/kanunbmmc05000878.pdf, (Erişim Tarihi: 14.11.2018).

²¹ Paris Sözleşmesi'nde Değişiklik Yapan 1982 Protokolü, İmza Tarihi: 16. 10. 1982, Kabul Tarihi: 24. 10. 1984, 3062 Sayılı Onay Kanun. Bu Ek Protokol, 2 Kasım 1847 tarih ve 18563 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır. http://www.taek.gov.tr/attachments/article/762/907_paris_1982_tr.pdf, (Erişim Tarihi: 14.11.2018); https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanunbmmc068/kanunbmmc068/kanunbmmc06803062.pdf, (Erişim Tarihi: 14.11.2018).

²² Bu protokol, 27 Nisan 1992'de yürürlüğe girmiştir. İmza Tarihi: 21.9.1988, Kabul Tarihi: 28.10.2005, 5422 Sayılı Onay Kanunu. Bu Protokol, 19 Kasım 2006 tarih ve 26351 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/11/20061119-2.htm>, (Erişim Tarihi: 14.11.2018); <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/11/20051106-7.htm>, (Erişim Tarihi: 14.11.2018). Türkiye bu Protokolü, 26 Mart 2007'de depo etmiştir. Protokol, 26 Haziran 2007 tarihinden beri yürürlüktedir; https://www-legacy.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/jointprot_status.pdf, (Erişim Tarihi: 14.11.2018)

²³ Organisation for Economic Co-operation and Development

en önemli değişikliklerden biri de tazminat üst sınırının artırılması olmuştur. 2004 Protokolü ile²⁴; nükleer santral işle­tenin sorumluluğu minimum 700 milyon Euro'ya yükseltilmektedir.

Özetle, Paris Sözleşmesi'nin Türk hukuku bakımından geçerli olan versiyonunda işle­tenin sorumluluğuna üst sınır getirilmiştir. Bu miktar 15 milyon SDR'dir. Üye ülkeler iç mevzuatlarında bu üst sınırı arttırabilir veya 5 milyon SDR'den az olmamak şartıyla indirebilirler. Paris Sözleşmesi'nde yer alan tazminat miktarlarının yetersiz olacağı düşüncesiyle ve ek tazminat fonları yaratmak amacıyla 31.01.1963 yılında Brüksel Ek Sözleşmesi kabul edilmiştir. Bu Ek Sözleşme'de tazminat miktarları minimum 300 milyon SDR'ye çıkarılmıştır. Fakat Türkiye, bu Ek Sözleşme'ye taraf olmamıştır²⁵.

III- YABANCI HUKUK SİSTEMLERİNDE ÜST SINIR MESELESİ

Alman hukukunda, tehlike sorumluluğunun düzenlendiği kanunların birçoğunda sorumluluğa üst sınır getirilmiştir²⁶. Örneğin; Çevre Sorumluluk Kanunu'nda (UmweltHG §15) hem bedensel zarar halinde hem de malvarlığı zararları halinde üst sınır her ikisi için de 85 milyon Euro olarak düzenlenmiştir. Ürün Sorumluluk Kanunu'nda (ProdHaftG §10) bedensel zarar halinde sorumluluk üst sınırı 85 milyon Euro olarak kabul edilmiştir. Hava Trafik Kanunu'nda (LuftVG §37) hava

²⁴ <http://www.oecd-nea.org/law/paris-convention-protocol.html>, (Erişim Tarihi: 14.11.2018).

²⁵ <http://www.oecd-nea.org/law/nlbrussels.html>, (Erişim Tarihi: 14.11.2018); <http://www.oecd-nea.org/law/brussels-convention-ratification.html>, (Erişim Tarihi: 14.11.2018); Aydoğdu, s. 269, 270; Arda, s. 64; Erbaşı Çuhadar, s. 365; Kocaoğlu, s. 93; Güneysu, s. 221; https://www.oecd-nea.org/law/nlparis_conv.html, (Erişim Tarihi: 14.11.2018), Article 7.

²⁶ Kötz, Hein; Haftung für besondere Gefahr – Generalklausel für die Gefaehrdungshaftung-, AcP, Band. 170, Heft.1, 1970, s. 1-41, s. 36- 40; Köndgen, Johannes; Haftpflichtfunktionen und Immaterialscha­den am Beispiel von Schmerzensgeld bei Gefaehrdungshaftung, Berlin, 1976, s. 36; Fedtke Jörg/ Magnus, Ulrich; Editors: Koch, B.A./ Koziol, H., Germany, Unification Of Tort Law: Strict Liability, The Hague, London, New York, 2002, s. 147- 176., s. 167 vd.; Deutsch, Erwin; Haftungsrecht Band I: Allgemeine Lehren, Köln, 1976, s. 381; Tiftik, Mustafa; Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu, Ankara, 2005, s. 120.

taşıtının ağırlığına göre farklı üst sınırlar getirilmektedir. Karayolları Trafik Kanunu'nda (StVG §12) bedensel zarar halinde, aynı olay sonucu bir veya birden fazla kişide bedensel zarar oluşması halinde toplam sorumluluk üst sınırı 5 milyon Euro olarak düzenlenmiştir. Gen Teknolojisi Kanunu'nda (GenTG §33) her türlü zarar bakımından üst sınır 85 milyon Euro'dur. Federal Madencilik Kanunu'nda (BBergG §117) bedensel zarar halinde sorumluluk üst sınırı 600.000 Euro'dur. Alman hukukunda bazı hallerde ise üst sınır getirilmeksizin zararın tümünden sorumluluk esası kabul edilmiştir²⁷. Örneğin Sular İdaresi Kanunu'nda (WHG), Federal Avcılık Kanunu'nda (BJagdG) veya hayvan tutucusunun sorumluluğu bakımından üst sınır getirilmemiştir²⁸.

İsviçre hukukunda ise, tehlike sorumluluğu hallerinde bir üst sınır düzenlenmesi yapılmadığı görülmektedir²⁹. İsviçre hukukunda, kural olarak gerçekleşen zararın tümünün tazmin edilmesi esası kabul edilmektedir. Uluslararası bir sözleşme ile zorunlu kılınmadığı müddetçe İsviçre hukukunda üst sınır getirilmesinden kaçınılmaktadır. Bunun tipik örneği Nükleer Santral İşletenin Sorumluluğuna İlişkin Kanun'da karşımıza çıkmaktadır. Bu Kanun ilk düzenlendiği sırada Uluslararası sözleşmelere uygun olarak bir üst sınır kabul edilmişti. Ancak 1983 yılında Kanun'da yapılan değişiklik ile nükleer santral işletenin sorumluluğu bakımından da artık üst sınır ortadan kaldırılmış durumdadır³⁰.

²⁷ Taschner, Hans Claudius; Begrenzung der Gefaerdungshaftung durch Haftungshöchstsummen?, Zum Deutschen und Internationalen Schuldrecht, herausgegeben von: Schlechtriem, Peter/ Leser, Hans G.; Kolloquium aus Anlass des 75. Geburtstages von Ernst von Caemmerer, Tübingen, 1983, s. 75- 88, s. 77; van Dam, Cees; European Tort Law, Oxford, New York, 2006., s. 257; Fuchs, Maximilian; Deliktsrecht - Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung des Rechts der unerlaubten Handlungen und der Gefaehrdungshaftung, 7. Auf., Heidelberg, 2009, s. 236; Krause, Monika; Schmerzensgeld und Gefaehrdungshaftung im österreichischen, deutschen und schweizerischen Recht, Dissertation, Graz, 1994. s. 12.

²⁸ Fedtke/ Magnus, s. 167, 168.

²⁹ Widmer, Pierre; Switzerland, Unification of Tort Law: Strict Liability, Bernhard A. Koch, ECTIL, Helmut Koziol (Eds.), The Hague, London, New York, 2002, s. 323-350, s. 343; Oftinger, Karl; Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 4.Auf., Zürich, 1975, s. 284, 285; Tiftik, s. 121; Taschner, s. 81.

³⁰ Widmer, s. 343.

Avusturya hukukunda Nükleer Enerji Kanunu (AtomHG) gibi bazı tehlike sorumluluğu hallerinde üst sınır düzenlenmemişken, birçok diğer tehlike sorumluluğu hali bakımından üst sınır kabul edilmiştir³¹. Örneğin; Demiryolu ve Motorlu Araç Sorumluluğu Hakkında Federal Kanun'da (EKHG §15-16) bir kişinin yaralanması veya ölmesi halinde tazminat üst sınırı 2.080.000 Euro veya yıllık 130.000 Euro irat olarak kabul edilmiştir. Aynı olay sebebiyle birden fazla kişi bedensel zarara uğrasa dahi, motorlu araç işletenin yalnızca üst sınır ile belirlenmiş tazminat miktarından sorumlu olacağı kabul edilmiştir³². Boru Hattı Kanunu'nda (RohrIG §11) bir kişinin yaralanması veya ölmesi halinde, her bir kişi için 2.080.000 Euro veya yıllık 130.000 Euro irat ödenmesi şeklinde tazminat üst sınırı düzenlenmiştir. Aynı olay sebebiyle birden fazla kişinin zarar görmesi halinde tazminat üst sınırı 2.080.000 Euro'nun üç katı olarak belirlenmiştir. Malvarlığı zararları halinde tazminat üst sınırı toplam 8.760.000 Euro'dur. Taşınmazın zarar görmesi halinde ise 18.250.000 Euro olarak tespit edilmiştir³³. Hava Aracı İşletenin Sorumluluğu Kanunu'nda (LFG §151) ise, hava aracının türüne göre değişen miktarlarda pek çok tazminat üst sınırı belirlenmiştir³⁴.

Belçika hukukunda kural olarak tazminata bir üst sınır getirilmesi anlayışı bulunmamaktadır. Buna karşılık nükleer santral işletenin sorumluluğu bakımından üst sınır kabul edilmiştir. Bu Kanun 11.07.2000 yılında değişikliğe uğramış ve üst sınır miktarı yaklaşık üç kat arttırılarak 297 milyon Euro'ya çıkarılmıştır³⁵. Fransız hukukunda ise, bir üst sınır düzenlemesi bulunmamaktadır³⁶.

³¹ Koch, Bernhard A./ Koziol, Helmut; Editors: Koch, B.A./ Koziol, H., Austria, Unification Of Tort Law: Strict Liability, The Hague, London, New York, 2002, s. 9- 42, s. 31, 32.

³² <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001981>, (Erişim Tarihi: 20.11.2018).

³³ <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10006405>, (Erişim Tarihi: 20.11.2018).

³⁴ <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10011306>, (Erişim Tarihi: 20.11.2018); Koch/ Koziol, s. 32.

³⁵ Cousy, Herman/ Droshout, Dimitri; Editors: Koch, B.A./ Koziol, H., Belgium, Unification Of Tort Law: Strict Liability, The Hague, London, New York, 2002, s. 43- 74, s. 70.

³⁶ Galand-Carval, Suzanne; Editors: Koch, B.A./ Koziol, H., France, Unification Of

IV- ÜST SINIR GETİRİLMESİNİN LEHİNE VE ALEYHİNE OLAN YAKLAŞIMLAR

Tehlike sorumluluğu hallerinde riskin büyüklüğu ve zararın gerçekleşmesi halinde bunun ciddiyeti işletme sahibi ve işletenleri, bu faaliyeti gerçekleştirirken uzman bir kişiden beklenebilecek tüm önlemleri almaya yönlendirir. Tehlike sorumluluğu bakımından ayırt edici özelliklerden biri de; işletme sahibi ve işleten, uzman bir kişiden beklenen tüm özeni gösterebilir dahi, bazı hallerde zararın gerçekleşmesine engel olamamalarıdır. Bir diğer önemli nokta ise, tehlike sorumluluğuna giren hallerde, zararın maliyetinin bazen bu faaliyet ile edilen kârdan daha fazla olabilmesidir. Bu da işletme sahipleri ve işletenleri; bu faaliyeti gerçekleştirirken alacakları önlemlerin maliyeti ve zarar gerçekleşmesi halinde karşılaşılabilecekleri tazminat miktarı ile faaliyetten elde edilen faydaları dengelemeye yönlendirmektedir³⁷. Aksi takdirde bu faaliyet işletme sahipleri ve işletenler bakımından cezbedici olmazdı.

Tehlike sorumluluğu hallerinde, tazminata üst sınır getirilmesinin birinci amacı; zararın gerçekleşmesi durumunda işletme sahibi ve işleteni ekonomik olarak mahvolmaktan korumaktır. Bu sayede işletme sahiplerinin ve işletenlerin, bu riskli faaliyeti yapmaya özendirilmesi amaçlanmaktadır. Üst sınır getirilmesinin ikinci amacı ise; riskin adeta kamu ile işletme sahipleri ve işletenler arasında dağıtılarak dengelenmesini sağlamaktır. Başka bir deyişle, tehlike sorumluluğu alanına giren olaylarda riskin gerçekleşme ihtimali, hatta zarar doğduğunda ciddiyeti belirlebilir durumdadır. Fakat bu faaliyet her ne kadar son derece tehlikeli olsa da kamu yararı sebebiyle, riske rağmen bu faaliyete izin verilmektedir. Sorumluluğa üst sınır getirilmesine olumlu bakan görüşlere göre, bu sayede zararın adeta işletme sahibi ve işletenler ile kamu arasında dağıtılması sağlanarak, fedakârlığın denkleştirilmesi benzeri bir yol izlenmelidir³⁸. Sorumluluğa üst

Tort Law: Strict Liability, The Hague, London, New York, 2002, s. 127- 146, s. 140.

³⁷ Sanlı, Kerem Cem; Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, İstanbul, 2007, s. 513- 515.

³⁸ Will, Michael R; Quellen erhöhter Gefahr: Rechtsvergleichende Untersuchungen

sınır getirilmesinin dolaylı bir sonucu da, bu sayede söz konusu işletme faaliyeti alanının desteklenmesidir. Hatta bazı hallerde bu durum yatırımcıları, belirli bir iş koluna yönelmeye teşvik etmek amacıyla kullanılabilir.

Sorumluluğa üst sınır getirilmesi lehine olan bir diğer görüşe göre; sorumluluğun sigortalanabilmesi için sorumluluğa bir üst sınır getirilmelidir. Böylece tehlike sorumluluğu gibi, sorumluluk sınırının belirsiz olduğu hallerde tazminatın üst sınırı belirli olursa, bu sorumluluğu sigortalamak da kolaylaşır. Bu yaklaşıma göre; sigorta şirketleri, belirsiz sorumluluk hallerini sigortalamaktan kaçınırlar. Sigortalamaları halinde ise, büyük risk taşıyan tehlike sorumluluğu hallerini ancak çok yüksek sigorta primleri ile üstlenirler. Bu da gerek işletme sahibi, gerek işleten, gerekse toplum açısından avantajlı değildir³⁹. Bu görüşe göre, riziko büyüdükçe, bunu teminat altına alan sigorta primleri de aynı oranda yüksek olur. Bu sebeple sınırsız bir sorumluluğun sigortalanması büyük zorluk taşır. Hâlbuki kanaatimizce bu yaklaşım yerinde değildir. Sigorta teminatının bütün riski ve zarar miktarını karşılayacak düzeyde olması şart değildir. Birçok hukuk sisteminde tehlike sorumluluğu hallerinde bir üst sınır düzenlenmemiş olmasına rağmen zarar tazmin edilebilmektedir, hatta sigortalanabilmektedir. Sigorta şirketi yalnızca riskin belli bir miktarını teminat altına alabilir ve bunun üstünde kalan tazminat miktarından işletme sahibi ve işleten yine sorumlu olmaya devam edebilir. Bu duruma bir örnek vermek gerekirse, ağırlıklı olarak tehlike sorumluluğu hallerinde üst sınır düzenlemesi getirilen Alman hukukunda dahi, uzun süredir geçerli olan sınırsız tazminat sorumluluğu getiren Sular İdaresi Kanunu (Das Wasserhaushaltsgesetz - WHG) bulunmasına rağmen sigortalamaya ilişkin bir sorun yaşanmamaktadır⁴⁰.

zur Weiterentwicklung der deutschen Gefaehrdungshaftung durch richterliche Analogie oder gesetzliche Generalklausel, München, 1980, s. 309, 310; Yücel, Özge; Türk Borçlar Kanununa göre Genel Tehlike Sorumluluğu, Ankara, 2014, s. 186, 187.

³⁹ Will, s. 311; Taschner, s. 83, 84; van Dam, s. 257, 258, Krause, s. 12, 13.

⁴⁰ Taschner, s. 84, 85; Fedtke/ Magnus, s. 168.

Tehlike sorumluluğu hallerinde, tazminata bir üst sınır getirilmesinin karşısındaki en büyük problem, zaman içinde ülkelerin değişen ekonomik yapıları ve enflasyon neticesinde yaşanabilecek değer kaybıdır. Bu yaklaşıma karşılık, her bir tehlike sorumluluğu türü bakımından ihtiyaca uygun bir üst sınır kabul edilebileceği eleştirisi getirilmektedir⁴¹. TBK md 71 ile Türk hukuku bakımından tehlike sorumluluğunu düzenleyen bir genel hüküm kabul edilmiş durumdadır. Bir genel hükmün kabul edildiği sistemlerde tüm tehlike sorumluluğu halleri bakımından ihtiyaca uygun bir üst sınır kabul etmek kanaatimizce mümkün değildir.

Sorumluluğa üst sınır getirilmesinin en temel sakıncalarından biri; zarar görenin zararının, üst sınırı aştığı hallerde, bunu tümüyle tazmin edemeyecek olması, başka bir deyişle buna katlanmak zorunda kalmasıdır. Kanaatimizce de sorumluluğa bir üst sınır getirilmemesi, tehlike sorumluluğu sebebiyle sorumlu olan işletme sahibi ve işleteni, riskin gerçekleşmemesi için uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilerek gerekli önlemlerin alınması hususunda teşvik eder⁴².

Sorumluluğa getirilen üst sınır, muhtemel zarar miktarından daha az belirlenirse, bu üst sınır, zarar görenlerin zararlarını tümüyle tazmin edememesi tehlikesinin yanı sıra, yalnızca üst sınıra kadar sorumlu olduğunu düşünen işletme sahibi ve işletenin de gerekli özeni göstermemesi ve ihmalkâr davranması sonucunu doğurabilir. Bu durum da, zarar doğması riskini arttırır⁴³.

Sorumluluğa üst sınır getirilmesi halinde, üst sınır miktarı, bu riskin gerçekleşmemesi için alınması gereken önlemlerin maliyetinin altında dahi kalabilir. Bu halde işletme sahibi ve işleten, üst sınır sebebiyle riskin doğmasını önleyici tedbirler almak yerine, zarar gerçekleştiğinde üst sınıra kadar tazminat ödemeyi tercih edebilirler. Bu durum ayrıca, elde edilen ürü-

⁴¹ Will, s. 305- 318.

⁴² Fuare, s. 387.

⁴³ Fuare, s. 387.

nün kalitesinin azalmasına da yol açabilir. Üst sınır getirilmesinin bir diğer sakıncası da, bu sayede sorumluluğuna üst sınır getirilen alanda faaliyet gösteren yatırımcı ile üst sınır olmaksızın zararın tümünden sorumlu olan yatırımcılar arasında haksız rekabete yol açılmasıdır. Sorumluluğuna üst sınır getirilen bir alanda faaliyet gösteren yatırımcı ile zarardan tümüyle sorumlu olan yatırımcı arasında eşitsizliğe neden olmaktadır⁴⁴.

VI- TBK MD 71 BAKIMINDAN SORUMLULUĞA ÜST SINIR GETİRİLMESİ MESELESİ

Tehlike sorumluluğu, sorumlular bakımından ancak illiyet bağının kesilmesi ile ortadan kalkan, kurtuluş kanıtı getirme imkânının olmadığı ağır bir tazmin yükümlüğü getirmektedir. Tehlike sorumluluğu alanına giren faaliyetler, faaliyetin doğası gereği, zararın sık sık gerçekleştiği veya bir kez gerçekleştiğinde dahi çok ağır sonuçlara yol açan hallerdir. Kanaatimizce daha önce de ifade edilen sorumluluğa üst sınır getirilmesinin sakıncaları sebebiyle tehlike sorumluluğu hallerinde üst sınır kabul edilmemelidir. Bilakis bedensel zararlar bakımından yaşam hakkı korunması gereken en kutsal menfaat olduğundan dolayı üst sınıra konu edilmemesi evleviyetle gereklidir. Kanaatimizce de İsviçre hukukunun üst sınırdan kaçınan yaklaşımı, tazminat hukuku sisteminin esas olduğu Türk hukuku bakımından da muhafaza edilmelidir. Üst sınır getirilerek zarar görenler mağdur edilmemelidir. Tehlike sorumluluğu alanına giren faaliyetler, tehlikesi daha bu işletme faaliyetine başlamadan önce bilinen, fakat kamuya sağladığı büyük yarar sebebiyle izin verilen hallerdir. Bu noktada tehlike sorumluluğu ile gelen bu ağır yükümlüğün yalnızca işletme sahibi ve işleten üzerinde bırakılmayarak sosyal ve dağıtıcı adalet anlayışı ile topluma da paylaştırılması fikrine katılıyor olsak da bunun üst sınır ile yapılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Bu sebeple, sorumluluğun kamu ile işletme sahipleri ve işleten arasında paylaştırılması bakımından sigorta sistemine müracaat edilmesi daha yerindedir. Bu sayede riskten kaçınmak isteyen sorumlular, sigorta sistemine yönelebilirler.

⁴⁴ Fuare, s. 387, 388.

Sigorta primleri belirlenirken; sigorta ettirenin, bu riskin gerçekleşmemesi için aldığı önlemler belirleyici rol oynar. Sigorta ettirenin, riskin gerçekleşmemesi için alması gereken önlemler belirlenebilir nitelikteyse, bu durum sigorta primlerinin azaltılmasına yardımcı olabilir. Bu sayede primlerin azalmasını isteyen sorumlular da, riskin gerçekleşmemesi için gerekli olan önlemleri almaya gönüllü olurlar⁴⁵. Buna karşılık, eğer sigorta ettirenin alması gereken önlemler belirlenemiyorsa, bu takdirde kısmî sigorta yapmak yoluna gidilebilir⁴⁶.

Sorumluluk sigortalarına yönelmek, hem sigorta ettiren hem de zarar gören taraf açısından daha avantajlı sonuçlar doğurmaktadır. Sigorta sayesinde zarar gerçekleştiğinde, kısmî olsa dahi zarar görenlerin zararı karşılanmaktadır. Sigorta sistemi ile sorumlular tazminat yükünün bir kısmını sigorta şirketine devretmektedirler. Bu sigortayı yaptırmaları sonucu doğan prim borcunu da işletme giderleri içerisinde ürün maliyetine yansıtabilirler. Böylece risk de ekonomik olarak paylaşılmış olur. Zararın gerçekleşmesi halinde, sigorta sistemi adeta bir bariyer gibi hem sorumluları hem de zarar görenleri koruyabilir. Sigorta sistemi, sorumluları ekonomik olarak mahvolmaktan koruyabileceği gibi; zarar görenlerin de kısmen dahi olsa tazminat alabilmelerini sağlayarak aslında toplum refahını arttırır. Zarar görenler, sigorta ile karşılanmayan zarar miktarı için yine sorumluları takip edebilirler⁴⁷.

Riskin sigorta ettirilmemesi durumunda sorumlu olan kişiler, riskin tümüyle karşı karşıya kalırlar ve ekonomik olarak mahvolabilirler. Bunun yanı sıra zararın gerçekleşmesi ile ekonomik olarak mahvolacağını düşünen sorumlular, riskin

⁴⁵ Shavell, Steven; Foundations of Economic Analysis of Law, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2004, s. 262; von Caemmerer, s. 15.

⁴⁶ Shavell, s. 263.

⁴⁷ İmre, Zahit; Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul, 1949, s. 71- 79; von Caemmerer, Ernst; Reform der Gefaehrdungshaftung, Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 20 November 1970; Berlin, New York, 1971, s. 15; Tiftik, s. 122; Wagner, Gerhard; Tort Law and Liability Insurance, The International Association for the Study of Insurance Economics, The Geneva Papers, V: 31, 2006, s. 277-292, s. 278, 279 .

gerçekleşmemesi için alınması gereken önlemleri almakta gönülsüz davranabilirler. Sorumluların zararın gerçekleşmesi ile ekonomik yönden mahvolmaları, zarar görenlerin de zararlarını tümüyle tazmin edememeleri sonucunu doğurabilir⁴⁸.

Tehlike sorumluluğunun düzenlendiği özel kanunlarda ekseriyetle zorunlu sorumluluk sigortası öngörülmektedir⁴⁹. Kanaatimizce TBK md 71 kapsamında da bir sigorta zorunluluğu düzenlenebilirdi. Böylece, zararın tazmini hususu bir ölçüde de olsa güvence altına alınmış olurdu. Zorunlu sigortanın en büyük avantajı, zarara görene sağladığı korumadır. Zorunlu sigorta sayesinde işletme sahibi ve işleten, iflas etse dahi, zarar görenin zararı sigorta kapsamında tazmin edilir⁵⁰.

Özellikle Alman hukukunda dile getirilen, sorumluluğun sınırsız olduğu hallerde sigorta ettirilemeyeceği düşüncesi kanaatimizce yerinde değildir. Herhangi bir sınır getirilmeyen sorumluluk halleri de sigortalanamaktadır ve bu sigortalaların primleri de işletmeler tarafından ödenebilir düzeydedir. Bu sebeple primleri sınırlandırabilmek amacıyla sorumluluğa üst sınır getirilmesi düşüncesi yerinde değildir⁵¹. Ayrıca sorumlu olunan miktarla sigorta bedelinin aynı olması zorunluluğu da yoktur. Sorumluluğa üst sınır getirerek işletme sahibi ve işleteni korumak yerine, zorunlu malî sorumluluk getirerek ko-

⁴⁸ Shavell, s. 264; Fedtke/ Magnus, s. 170; Fuare, Michael; Economic Analysis, Unification of Tort Law: Strict Liability, Bernhard A. Koch, ECTIL, Helmut Koziol (Eds.), The Hague, London, New York, 2002, s. 361- 394, s 387, 388, 389. Aynı ihtimaller sorumluluğa bir üst sınır getirilmesi durumunda da söz konusu olabilir. Sorumluluğa bir üst sınır getirilmesi halinde zarar görenlerin zararlarını tümüyle tazmin edememesi tehlikesi ortaya çıkar. Ayrıca sorumluluğa bir üst sınır getirilmesi halinde işletme sahibi ve işleten, bu üst sınıra güvenerek tehlikenin gerçekleşmemesi için gerekli önlemleri almakta ihmalkâr davranabilirler.

⁴⁹ Taschner, s. 85; İnceoğlu, Murat/ Kurtulan, Gökçe; TBK m. 71/f4 Hükmünde Alternatif Çözüm: Örtülü Boşluk, Prof. Dr. İlhan Uluşan'a Armağan, İKÜHFD, C. 15, S. 2, İstanbul, 2016, s. 45- 60, s. 46; Tandoğan, Haluk; Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu, 15- 16 Aralık 1978, İstanbul, 1981, s. 7- 52, (Kısaltılmışı: Tandoğan, Güncel Sorunlar) s. 14.

⁵⁰ Fuare, s. 389.

⁵¹ Taschner, s. 88, Krause, s. 12, 13.

rumak daha yerindedir. Böylece sorumlular zaman içerisinde peyderpey prim ödeyerek, zararın gerçekleşmesi halinde onun bir kısmını sigorta yoluyla karşılayarak, ekonomik yönden mahvolmaktan kurtulabilirler.

SONUÇ

Tehlike sorumluluğunun düzenlendiği yabancı hukuk sistemlerine bakıldığında ağırlıklı olarak Alman ve Avusturya hukukunda üst sınır düzenlemeleri getirildiği görülmektedir. Diğer ülkeler bakımından ise, ekseriyetle Paris veya Viyana Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmeler ile kabul edilen tehlike sorumluluğu hallerinde üst sınır getirildiği görülmektedir.

TBK md 71 hükmünde bir üst sınır kabul edilmemiştir. Tehlike sorumluluğundan doğabilecek zararın miktarı öngörülemediği ve üst sınırın belirlenmesiyle sorumluluğun sigortalanabilmesinin kolaylaşacağı düşüncesiyle sorumluluğu üst sınır getirilmesine olumlu bakan görüşler bulunmakla birlikte kanaatimizce, bu tür bir yaklaşımı benimsemek mümkün değildir. İlk olarak enflasyondan fazla etkilenen ekonomilerde sorumluluğu üst sınırın getirilmesi zaman içerisinde zarar görenler aleyhine sonuç doğurabilir. İkinci olarak tehlike sorumluluğuna konu zararların üst sınırı önceden belirlenemese de riziko, sigorta şirketleri tarafından sigortalanabilmektedir. Üçüncü olarak sigorta şirketleri bakımından hâlihazırda üst sınır, sözleşme ile belirlenebilmektedir. Bu sebeplerle, sorumluluğu bir üst sınır getirilmemeli ve evleviyetle bedensel zararlar bir üst sınır olmaksızın genel hükümler çerçevesinde tazmin edilmelidir. Üst sınır getirilmek suretiyle, zarar görenlerin zararlarını tazmin edememe riski ile karşılaşmalarının önüne geçilmelidir. Buna ilaveten üst sınır getirilmesine güvenerek işletme sahiplerinin ve işletenlerin, riskin doğmaması için almaları gerek önlemleri ihmal etmeleri sonucunun doğmasına izin verilmemelidir. Kanaatimizce sorumluluğun paylaşılması, üst sınır getirilerek değil, sigorta sisteminin güçlendirilmesi yoluyla sağlanmalıdır.

KAYNAKLAR

- Arda, Aslı; Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Taraf Sorumluluğuna İlişkin Paris Sözleşmesi Kapsamında Nükleer Tesis İşletenin Hukuki Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2005.
- Aydoğdu, Murat; Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2009.
- Bagheri, Saeed; Nükleer Enerjinin Barışçıl Kullanımının Hukuki Çerçevesi: Olanaklar ve Sınırlılıklar, Enerji ve Diplomasi Dergisi, S. 4, 2015, s. 116- 141.
- Brüggemeier, Gert; Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich- Ein Beitrag zur Europaisierung des Privatrechts, Berlin, 2006.
- Cousy, Herman/ Droshout, Dimitri ; Editors: Koch, B.A./ Koziol, H., Belgium, Unification Of Tort Law: Strict Liability, The Hague, London, New York, 2002, s. 43- 74.
- Deutsch, Erwin; Haftungsrecht Band I: Allgemeine Lehren, Köln, 1976.
- Erbaşı Çuhadar, Ayşe Aslıhan; Uluslararası Nükleer Sorumluluk Rejimi Çerçevesinde Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, Özel Sayı, Malatya, 2015, s. 341- 378.
- Fedtke Jörg/ Magnus, Ulrich; Editors: Koch, B.A./ Koziol, H., Germany, Unification Of Tort Law: Strict Liability, The Hague, London, New York, 2002, s. 147- 176.
- Fuare, Michael; Economic Analysis, Unification of Tort Law: Strict Liability, Bernhard A. Koch, ECTIL, Helmut Koziol (Eds.), The Hague, London, New York, 2002, s. 361- 394.
- Fuchs, Maximilian; Deliktsrecht - Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung des Rechts der unerlaubten Handlungen und der Gefaehrdungshaftung, 7. Auf., Heidelberg, 2009.
- Galand-Carval, Suzanne; Editors: Koch, B.A./ Koziol, H., France, Unification Of Tort Law: Strict Liability, The Hague, London, New York, 2002, s. 127- 146.
- Güneysu, Gülin; Nükleer Reaktörlerin Yol Açtığı Zararlardan Doğan Hukukî Sorumluluk, AÜHFD, C. 41, S. 1, Ankara, 1990, s. 207- 223.

- İnceoğlu, Murat/ Kurtulan, Gökçe; TBK m. 71/f.4 Hükümünde Alternatif Çözüm: Örtülü Boşluk, Prof. Dr. İlhan Ulusan'a Armağan, İKÜHFD, C. 15, S. 2, İstanbul, 2016, s. 45- 60.
- İmre, Zahit; Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul, 1949.
- Keskin, Dilşad; Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, Ankara, 2016.
- Kocaoğlu, Necip Kağan; Nükleer Tesis İşletenin Hukuki Sorumluluğu: Karşılaştırmalı ve Uluslararası Özel Hukuk Analizi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl. 68, S.2, Ankara, 2010, s. 33-112.
- Koch, Bernhard A./ Koziol, Helmut; Editors: Koch, B.A./ Koziol, H., Austria, Unification Of Tort Law: Strict Liability, The Hague, London, New York, 2002, s. 9- 42.
- Korkusuz, Mustafa Halit; Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2012.
- Köndgen, Johannes; Haftpflichtfunktionen und Immaterialschaden am Beispiel von Schmerzensgeld bei Gefaehrdungshaftung, Berlin, 1976.
- Kötz, Hein; Haftung für besondere Gefahr - Generalklausel für die Gefaehrdungshaftung-, AcP, Band. 170, Heft.1, 1970, s. 1-41.
- Krause, Monika; Schmerzensgeld und Gefaehrdungshaftung im österreichischen, deutschen und schweizerischen Recht, Dissertation, Graz, 1994.
- Oftinger, Karl; Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 4.Auf., Zürich, 1975.
- Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt- 2, 10. Baskı, İstanbul, 2013.
- Orbay Ortaç, Nurdan; Havayolu İle Taşınan Yolcuların Ölümünden Veya Bedensel Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Akdi Sorumluluk, Ankara, 2014.
- Sanlı, Kerem Cem; Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, İstanbul, 2007.
- Shavell, Steven; Foundations of Economic Analysis of Law, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2004.
- Sözer, Bülent; Hava Yolu İle Yapılan Uluslararası Taşımalarda Ta-

- şıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen Varşova/ Lahey Sisteminin Tadiline İlişkin 1999 Montreal Sözleşmesi, Batider, 2001, C. 21, S.1, s. 141- 194.
- Şenocak, Kemal; Editörler, Uçakhan Güleç, Sema/ Basa, Necdet, Montreal Konvansiyonu'na Göre Hava Yolu İle Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Cismanî Zararlardan Doğan Hukukî Sorumluluğu, Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini, Uluslararası Kongre, C:1, Ankara, 2016, s. 355- 377.
- Tandoğan, Haluk; Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu, 15- 16 Aralık 1978, İstanbul, 1981, s. 7- 52, (Kısaltılmışı: Tandoğan, Güncel Sorunlar).
- Tandoğan, Haluk; Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet), 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı bası, İstanbul, 2010, (Kısaltılmışı: Tandoğan, Mesuliyet).
- Taschner, Hans Claudius; Begrenzung der Gefaerdungshaftung durch Haftungshöchstsummen?, Zum Deutschen und Internationalen Schuldrecht, herausgegeben von: Schlechtriem, Peter/ Leser, Hans G.; Kolloquium aus Anlass des 75. Geburtstages von Ernst von Caemmerer, Tübingen, 1983, s. 75- 88.
- Tiftik, Mustafa; Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu, Ankara, 2005.
- Uluslan, İlhan; Türk Hukukunda Nükleer Zararlardan Doğan Hukuki Mesuliyet; Prof. Dr. Halit Kemal Elbir'e Armağan, 1996, s. 551- 563.
- Üçişik, Güzin; Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 28- 29 Mayıs 2009, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2009, s. 127- 145.
- von Caemmerer, Ernst; Reform der Gefaehrdungshaftung, Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 20 November 1970; Berlin, New York, 1971.
- van Dam, Cees; European Tort Law, Oxford, New York, 2006.
- von Tuhr, Andreas / Peter, Hans; Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band I., 3.Auf., Zürich, 1979.

- Wagner, Gerhard; Strict Liability in European Private Law, https://www.researchgate.net/publication/228224891_Strict_Liability_in_European_Private_Law?enrichId=rgreq-08361dee3dd70a7658d85f27a3703bfaXXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzIyODIyNDg5MTtBUzo5OTYwNTAzNTM1NjE2NEAxNDAwNzU5MDk5NTU4&el=1_x_2&_esc=publicationCoverPdf, (Erişim Tarihi: 12.05.2018), (Kısaltılmışı: Wagner, Strict).
- Wagner, Gerhard; Tort Law and Liability Insurance, The International Association for the Study of Insurance Economics, The Geneva Papers, V: 31, 2006, s. 277-292, (Kısaltılmışı: Wagner, Tort).
- Widmer, Pierre; Switzerland, Unification of Tort Law: Strict Liability, Bernhard A. Koch, ECTIL, Helmut Koziol (Eds.), The Hague, London, New York, 2002, s. 323-350.
- Will, Michael R; Quellen erhohter Gefahr: Rechtsvergleichende Untersuchungen zur Weiterentwicklung der deutschen Gefaehrdungshaftung durch richterliche Analogie oder gesetzliche Generalklausel, Munchen, 1980.
- Yucel, Ozge; Turk Borçlar Kanununa gore Genel Tehlike Sorumluluğu, Ankara, 2014.

OTURUM BAŞKANI- Biz de çok teşekkür ediyoruz. Gerçekten biraz vaktimizi aŐtıktık, ama o kadar güzel anlatıyordu ki kesmek de istemedim. Şimdi konuşmacılarımız bildirimlerinin hepsini sundular tamamıyla, bizim elimizde sorular var Şu an, vaktimiz olduğu muddetçe o soruları cevaplamaya çalışacağız. İsterseniz Hocam, sizden başlayalım Çetin Hocam, buyurun.

Prof. Dr. ÇETİN ARSLAN- Sayın Av. Bülent Dağsalın Şöyle bir soru sormuş: Kişisel Verileri Koruma Kanunu hükümleri çerçevesinde kişisel verilerin bilgilerini kaydettiği kişinin bilgilerini muhafazasını yeterli özen ve dikkati göstermeyen gerçek kişiler veri sorumlusu TCK'nın özel izne aykırı hareket etmekten cezalandırılması öngörülmektedir. Kaçınıcı maddeydi üstat? Kim sordu soruyu acaba, maddeyi hatırlıyor musunuz?

SALONDAN- Maddeyi hatırlamıyorum. ... (81.29)

Prof. Dr. ÇETİN ARSLAN- Dolayısıyla kasıtlı bir suça atf yapılmış. Bilim ve teknolojideki gelişmeler çerçevesinde bilgisayar ortamında bugün yeterli korunan bilgilerin gelecekte korunamama durumuna gelebilecektir. Doğru söylüyorsun, bu bağlamda kişisel verilerin korunması TCK kapsamında ceza hükümleri denetlemek uygun mudur veya gelişim kusuru nedeniyle özel bir hukuki düzenleme yapma ihtiyacı bulunmakta mıdır? Şimdi Şu an için TCK'nın kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükmü niteliği itibariyle bence hem yaptırım, hem düzenleniŐi itibariyle yeterli bir koruma sağlıyor üstat, ama tabii burada kişisel verilerin işte toplanması, elde tutulması, korunması konusundaki teknolojik gelişmeler ileride bu konudaki failin belirlenmesinde bir zafiyet oluşturabilir noktasındaysa -ki mutlaka olabilir, çünkü gerçekten hızlı gelişen bir, bir de teknolojiyle birlikte bu hususta giderek gelişiyor ve deđiŐiyor- o bağlamda belki o konuyu açıklığa kavuŐturan, atf yapan maddeyi biraz daha böyle geniş tutan, faili biraz daha belirlemede rahatlatan bir düzenleme olursa joker düzenleme diyebileceğimiz, ama belirlilik ilkesini, kanunilik ilkesini ihlal etmeden bir düzenleme yapılırsa faydalı olabilir. Sırf bu konu için ayrı bir düzenlemeye gerek olduğunu düşünmüyorum işin doğrusu, teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI- Sayın Alıca, sizden lütfen rica edeceğim, buyurun.

SALONDAN- Burada uyguladığınız usulle ilgili bir şey konuşmak istiyorum.

OTURUM BAŞKANI- Usul tartışmasını yapacak halde değiliz, zaten belli.

SALONDAN- Uyguladığınız usul doğru değil ... (83.25)

OTURUM BAŞKANI- Efendim, burada usul tartışması yapacak değiliz. Şimdi sorular soruldu yazılı olarak, onları alacağız, ondan sonra vakit kalırsa sözlü sorulara cevap vereceğiz.

SALONDAN- ... (83.42)

OTURUM BAŞKANI- Efendim geçti artık.

SALONDAN- ... (83.51)

OTURUM BAŞKANI- Buyurun.

Doç. Dr. SÜHEYLA ALICA- Öncelikle iki soru, 702 sayılı KHK'yla Nükleer Düzenleme Kurumunun kurulmasıyla birlikte düzenleyici kontrolün bu kuruma verilmesi nedeniyle idarenin sorumluluğu açısından nasıl bir değişiklik olmasını bekliyorsunuz? Getirilen düzenlemeyi yeterli buluyor musunuz? Şimdi baktım tekrar KHK'ya, benim tebliğimde idare olarak sunulan Türkiye Atom Enerjisi Kurumu yerine Nükleer Düzenleme Kurumu kurulmuş. Sonuçta kamu hizmeti yürüten idarenin içerisinde bir kurum, gene idarenin sorumluluğu açısından aynı sorumluluğa sahip, üstelik KHK'da: "2690 sayılı Kanuna, yani Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanununa yapılan atıflar bu kuruma yapılmış sayılır" diyor. Bu nedenle bu kurum idarenin içinde yer alan gene kamu hizmeti yürüten ve baktığım kadarıyla üstelik KHK'da çok daha geniş yetkiler veriliyor. Şöyle diyor: "Nükleer enerji ve yoğunlaştırıcı radyasyona ilişkin faaliyetlerin yürütülmesi sırasında halkın, çevrenin ve gelecek nesillerin yoğunlaştırıcı radyasyonun olası zararları, zararlı etkilerinden korunmasına yönelik uygulamalara yönelik temel ilke ve kurallar yer alıyor. Bunun dışında, tabii bu artık yeni düzenlemelerde hep geçiyor, gelecek nesilleri bile koyuyorlar. Bugünkü

nesilleri bırakın, gelecek nesilleri koruyacak bir kurum olarak kurulmuş, ama nükleerle ve radyasyonla ilgili TAEK yerine, TAEK kapatılıp onun yerine getirilen bir kurum. Bu kurum Cumhurbaşkanının belirleyeceği, bu Cumhurbaşkanlığı sistemi içinde örgütlenen bir kurum. Cumhurbaşkanının belirleyeceği bakanlıkla ilişkili bir kurum, tüzelkişiliğe haiz idari ve mali özerkliğe sahip. Yani sonuçta TAEK'ten çok daha geniş yetki, görevlere sahip, idarenin içinde, idare kamu hizmeti yürüten bir kurumdur. Aynı sorumlulukları, idari sorumluluk açısından aynıdır.

Getirilen düzenlemeyi yeterli buluyor musunuz? Hangi açıdan yeterli buluyor musunuzu sormak gerekiyor. Yani nükleer sorumluluk açısından yasaya baktığımız zaman, KHK'ya baktığımız zaman oldukça önemli yetkiler var. O açıdan yeterli, yeter ki bunları yerine getirsin. Gelecek nesilleri bile korumayı öngören bir düzenleme olarak getiriliyor, ama uygulama önemli biliyorsunuz.

İkinci bir soru da: Davanın devlete karşı açılması ve devletin, idarenin kamu görevlisine rücu etmesi Fransız ve Alman hukukunda kanun ve uygulama bakımından farklı mı? Uygulamayı bilemiyorum, yani o konuda bir araştırmam yok, ama bütün gelişmiş ülkelerde idarenin sorumluluğu açısından rücu sistemi var, ama uygulamada tabii ki sorunlar vardır, ama bu ülkelerdeki uygulamayı bilemiyorum. Bizim sistemimiz zaten biliyorsunuz Fransız sistemine yakın, orada idarenin kamu görevlisine rücu sorunu hususu var. Bizim de Anayasada yer alan bir hüküm, ama uygulamada yok. Onun için uygulama önemli, uygulamayı tam olarak araştırmadım, Fransız ve Alman hukukunda bilmiyorum, ama yasalarında var. Teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI- Bitirelim ne olur, vaktimiz çok kalmadı. Ali Hocam, buyurun.

Prof. Dr. ALİ YARAYAN- Teşekkür ederim. İki soru var. Birisi, tesis sahibinin sorumluluğuyla ilgili yap-işlet-devlet söz konusu olursa, yani konu nükleer tesis sanıyorum, burada kimin sorumluluğu mevcuttur diye soruluyor. Yani mal sahi-

binin mi ya da işletenin mi? Alman hukukunda Alman Atom Enerjisi Kanununun 25. maddesinin 1. fıkrasında nükleer enerji santrali sahibinden bahsediyor.

OTURUM BAŞKANI- Pardon, artık soru almayacağım bundan sonra, onu da belirtiyim.

Prof. Dr. ALİ YARAYAN- Burada santral sahibinden bahsederken kasıt iŐletenindir. Dolayısıyla sorumluluk onundur. İkinci soruda: *“Geleneksel tıp uygulamaları kapsamında bitkisel içerikli ürünler ve ilaç Şeklinde drajeler üretilmekte ve pazarlanmaktadır. Burada Alman hukukunda bu tıp  r nlere yönelik sorumluluk yükleyen kanuni düzenleme var mıdır”* diye sorulmuş. Burada bahsedilen drajeler veya ilaçlar eğer ila sa, o zaman Alman Tıbbi  r nler Kanununun 84. maddesi gereğince sorumluluk söz konusu olur, ama ilaç değil de gıda takviyesi vitaminlerse, bu durumda 13 Aralık 2014’te Avrupa Birliğinde y r rl ge giren Gıda Bilgilendirme Tüzüğüne göre bir sorumluluk söz konusudur. Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Buyurun.

Doç. Dr. HAYRÜNNİSA ÖZDEMİR- Bana da ortak bir sorunuzdu: Türk hukukunda geleneksel tıbbaya ilişkin olarak işletmeler, aktar, bitkisel ürünler pazarlayan işletme ve sağlık tesisleri içinde kanuni düzenleme var mı, yeterli mi ve yeni bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç bulunmakta mıdır? Şimdi efendim, son dönemlerde dikkat ederseniz özellikle kadın gündüz kuŐađında çok fazla profesördü veya o konuda yetkin olduğunu iddia eden kişiler kalkıp otlardan,  p lerden bizlere tavsiyelerde bulunuyor. Şunu yerseniz Şöyle, Şunu yaparsanız  dem giderici, bunun gerçekten böyle olup olmadığı bilinmiyordu veya bilinse bile ne kadar olduğu, fakat bizim son dönemde bir geleneksel tıbbaya yönelik yönetmeliğimiz  ıktı. Bu yönetmeliğin asıl dayanak maddesi 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname. Bu da Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarına ilişkin Teşkilat Yasasının 8. maddesinin 1.đ bendinde ilk kez geleneksel tıbbaya yer verildi. Bu hukuki, burası temel alınarak da 27.10.2014 tarihli geleneksel tıbbaya ilişkin bir yönetmeliğimiz oldu. Bugün bu yönetmelikle bu otlaya,  p le uğraşan

vatandaşlar en azından devletin kapsamına alındı. Bu yönetmelik kapsamında artık bu kişiler sağlık, geleneksel tıba ilişkin, özellikle akupunktur veya sırtını çiğniyor, çok iyi oluyor, bu artı dış hekimleriyle ilgili hususlarda Sağlık Bakanlığına ruhsat almak şartıyla ve yine Sağlık Bakanlığının denetimine tabi olmak şartıyla sağlık kuruluşlarının, özel sağlık kuruluşlarının kurulabileceği düzenlendi. Buna göre ama bu geleneksel tıbbi yöntem uygulayan, yani akupunkturla dış tabibi denilen geleneksel dişle ilgili hususlar kişilerin bir arada değil, onlar ayrı yapıyor, ama yönetmelikte şu da üzerine basılarak söyleniyor: *“Dış hekimleriyle ilgili dış hastanelerinde böyle geleneksel tıba ilişkin hususlar yapılamaz”* O tamamen modern tıpla ilgili yapılacak. Eğer böyle geleneksel tıpla ilgili nane çiğnersin dış ağrın geçer gibi durumlarda ayriyeten bir yerde düzenlenmesi gerekiyor ve bir yerde kurulan şimdi aynen özel hastane olarak teşkilatlandırılıyor. Bunlar mutlaka ruhsatlandırılıyor. Malumunuz olduğu üzere Türk Borçlar Kanunu 116. maddesi gereği bu anlamda sorumsuzluk anlaşması ağır kusura ilişkin zaten yapılamaz, hafif kusura da ilişkin yapılamaz, neden? Bu kuruluşlar devletten aldıkları ruhsat gereği 115.2, 116.2, bunların hiçbir sorumluluk anlaşmaları yapma imkanları yoktur. Öyle genel işlem şartlarının bir tarafına sıkıştırıp şöyle şöyle olursanız, dişinize nane koyar da sonra zehirlenirsiniz, vallahi biz sorumlu değiliz diyemezler. Bunlar tamamen devletin aynen özel hastane neyse, bu tür yerler de buna bağlandı. Burada çalışan ve bunun uzmanıyım diyen kişiler de yine Sağlık Bakanlığının açmış olduğu sertifikalı kursları bitirmiş, akupunktur uzmanı, sırt ağrıları uzmanı dip tabibi uzmanlarının olması gerekiyor. Yani öyle sokaktan buldum, eli çok iyi kırıkçı, aman nereyi tutarsa iyileştiriyor tipli kişilerle yaptığınız zaman ancak haksız fiil olur. Öbür türlü eğer zarar görürseniz devlete dava açarsınız. İdarenin kusursuz sorumluluğu var. Çünkü bunu izlemek zorunda, tabii ki özel sağlık kuruluşuna da açacaksınız, oradan da özel hukuk hükümleri gereği vekâlet sözleşmesi gereği bana baktın, böyle oldu, falan filan, ona göre sorumluluk hukukuna gideceklerdir. Biz de bu son dönemde bunu getirdi. Geç de olsa iyi oldu, ben Sağlık Bakanlığında bir

tanıdığım çok ünlü olan bir vatandaŐa suç duyurusunda bulunulmuŐ, adamın hiç kendisi yurtdiŐında Azerbaycan'dan aldığı diplomayla sahte bir hoca olduğunu, prof olduğunu ileri sürüyor. Aslında hiç ottan, çöpten anlayan, ancak bizim kadar anlayan bir insanın, yani ben de söyleyebilirim papatya çayı için çok iyi geliyor gibisinden, o kadar özelliği olan birisiymiŐ. Onun için dikkatli olmak gerekir. Bizim Türkiye'deki uygulamamız böyle, artık bizde de böyle sağlık kuruluşları var. Ona karşı da borçlar hukuku ve tabii ki devlete de, devletin kusursuz sorumluluğu var, açabilirsiniz.

Bir soru: Alman hukukunda Almanların kendilerine has ilaç hukuku var. Paragrafta 84'te gelişim kusurları için kabul edilebilir bir seviyeyi aşan zararların giderileceği düzenleniyor. Bu kapsamda Alman hukukunun bu değerlendirmesi yapılacağı anın dava anı olduğu kabul edilmektedir deniliyor. Almanya'da dava anı, Türk hukuku açısından diyor gelişim kusurlarının değerlendirme anının ürün piyasaya ilk sürüldüğü an mı, zararın doğduğu an mı, yoksa dava anı mı olmalıdır, neden deniliyor. Efendim, şimdi bu anlar çok önemlidir Türk hukukunda da, tabii Almanlarda da önemlidir. şimdi dava anında açarsanız size zararlı olur. Biliyorsunuz ki Türk Borçlar Kanunu madde 90 ne der? Eğer taraflar aralarında bir gün ifa zamanında ayarlamamıŐlar veya aksinden anlaŐılmıyorsa, borç doğduğu anda muaccel olur, yani istenebilir hale gelir. Dava edilebilir hale gelir. şimdi gelişim kusuru, işte mesela Kortegon ... (96.05) diye Alman piyasasında bir ilaç daha sonra doğum kontrolü için çıkarılmış, daha sonra bu ilacın yan etkilerinden dolayı birçok kadın düşük yapmış. Aslında ilaç o anki bilim ve teknolojiye göre hiçbir yan etki içermiyor. Çünkü ilaçların bir silsilesi vardır. Önce laboratuarda fareler üzerinde denenir, sonra insanlar, sonra daha bir sınırlı katman belli durumdan sonra çıkar. Bütün tetkikler yapılmış, ruhsatını almış Alman Sağlık İdaresinden, ama daha sonra anlaşılmış ki bu kadınlarda çocuk düşürme durumları olmuş. Buradaki Kortegon adlı ilacı piyasadan kaldırılıyor ve gelişim kusuru var. şimdi size böyle bir anda düşündüğünüz zaman tabii ki zararın doğduğu an olmalı. Belki dava tarihi gecikir, açamazsınız veya çok

sonraları açarsınız. Eğer dava tarihi olursa daha az tazminat olur, ama zarar olursa geriye gider, daha çok kazanırsınız, tüketiciyi korumak açısından geçerli.

TBK 71 Alman 84 gibi bir kısıtlama içeremez mi? Girişim riskiyle genişletmek biraz ağır değil mi? İsviçre'deki gibi, Almanya'daki gibi olsa olmaz mı? Olsa olur, keşke olsa, dikkat ederseniz Türkiye'deki ne yazık ki bu gaybubet bir durum var. Üreticinin sorumluluğu ne yazık ki kanuni bir düzenlemeye dahil değil. Biz de fikir yürütüyoruz, tüketiciyi korumak istiyoruz. Tehlike sorumluluğunu yaparsak tamam, ağır bir sorumluluk, geniş bir sorumluluk, ama olmaz da değil. Hani demişler kıza kocan çok çirkin, demiş annemin evinde o da yoktu. Onun için bence gidelim de, tüketiciyi korumak için o bizim görüşümüz, illa ki üzerinde oynanmalı, Almanlar gibi kanun yapmalıyız. İyi olur, ne güzel olurdu.

Bildiğiniz üzere patent hakkı 20 yıldır, çeşitli haklar vermektedir patent hakkına, bu bağlamda yönetmeliğin yürürlükte olduğunu kabul edersek, yani şu ayıptan doğan sorumluluklara tazmin yönetmeliğinin 10 yıllık süreyi patent süresinin bitiminden başlatmak mümkün olur mu veya bu mümkün değilse de özellikle de ilaçlar bakımından gelişim kusuru sebebiyle patent süresince üreticiyi sorumlu tutmak isabetli olur mu? Şimdi bir kere Alman İlaç Kanununa göre patent boyunca ilacın gelişim kusurundan sorumludur, yani öyle olmalıdır. Çünkü ne bileyim, belki son anda çıkacak, düzenleme olmalıdır. Peki, 10 yıllık süre 20 yılın sonunda mı başlar? Hayır, teslimden itibaren başlıyor. Piyasaya sürülme anından başlar. Şimdi o zaman da bunu ilaç üretecek adam bulamazsınız. Şimdi düşünün, o da hukuka aykırı olur. İfrat ve tefrit olur. Hem üreticiyi küstürmeyeceksiniz, hem tüketiciyi koruyacaksınız. Menfaat-külfet ilişkisi, şimdi 20 yılın sonunda da ben de korumaya başladım diyemezsiniz. Piyasaya sürülme anından itibaren gelişim kusuru başlar. Bizdeki uygulama 10 yıl sınırı bence yanlış, bunu vermek istiyorsan doğruca ver. Almanlarda olduğu gibi vermeyeceksin de 10 yıl, Türkiye şartlarında 10 yıl çok kısa bir süre, onun için süresiz olmalı, bizde de Almanlar gibi olmalıyız diyoruz. Teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI- Evet Ayça Hanım, sizden de alalım. Kısaca yalnız, çünkü hiç vaktimiz kalmadı, son vakitlerimizi kullanıyoruz.

AYÇA ZORLUOĞLU- Tamam Hocam. Hem gerekli özenin gösterilmesini sağlamak, hem de gerekli tedbirlerin alınmasını güvence altına alınması açısından üst sınır türlerinden nispi, yani üst sınırı aşan meblağ için sorumluluğun türünün kusursuz sorumluluktan kusur sorumluluğuna dönüşmesi de bu açıdan etkin bir çözüm olarak doktrinde ileri sürülmüştür. Evet, bu yönde de bir görüş var. Bu yolla korumanın sağlanması hakkında görüşleriniz nelerdir? Öncelikle soru için çok teşekkür ediyorum. Evet, hakikaten diyor ki üst sınıra biz üst sınırı kabul edelim, üst sınıra gelene kadar bir kusursuz sorumluluk tehlike sorumluluğu kabul edelim, fakat üst sınırı aşan haller bakımından artık kusur sorumluluğuna geçelim. Doktrinel olarak tabii ki de bu görüşü de tartışabiliriz. Fakat bunun kusur sorumluluğuna dönüŐtürmek aslında işletme sahibi ve işleten bakımından fayda sağlıyor. Fakat benim kanaatimce hâlâ daha bu durum zarar görenlerin mağduriyetini gidermek açısından etkin bir çözüm getirmiyor diye düşünüyorum. Bu soruya yanıtım bu şekildedir.

İkinci soru Stj. Av. Mahmut Eken'den gelmiş: Sabahki oturumda sigorta yerine sigorta havuzu önerilmişti. Sigorta priminin elektrik faturalarına yansması elektrik fiyatını çok çok pahalı hale getirmez mi? Şimdi öncelikle tabii ki de bir sigorta hukukçusu değilim. Buradaki, bu tebliğdeki hedefim üst sınırdan ziyade kuvvetli bir sigorta hukuku sisteminin kurulmasını vurgulamaktı. Tabii ki benim ileri sürdüğüm primlere, yani bunun sigorta primlerinden yüklenilen yükün maliyete yansması bir seçenek olarak düşünülebilir veyahut da sabahki bir sigorta hukukçusu arkadaşımın belki daha yerinde ileri sürdüğü gibi bir sigorta havuzu oluşturulması da düşünülebilir. Fakat sabahki oturumda da ifade edildiği şekilde bu konuda bir girişim evet, ismen başlatılmış durumda, fakat henüz içi bunun doldurulmuş durumda değil. Nereden bu havuzun parası da alınacak da, nereden toplanacak, henüz bunu da bilmiyoruz. Bu nedenle tabii ki de yerinde ve düzgün uygulanırsa

ne kadar güzel bir öneri, ama nasıl uygulanacağını süreç içerisinde göreceğiz.

Üçüncü soru da: Karayolları Trafik Kanunu kapsamında madde 85.1 sorumluluğu kusursuz sorumluluğun aynı zamanda bir tehlike sorumluluğu olduğu düşünöldüğünde buradaki araç işletenin tehlike sorumluluğunda üst sınır getirilmesi yönünden değerlendirir misiniz? Bazı kısımlarını okuyamadığım için çok özür diliyorum. Av. Serpil Nacaklı herhalde, şimdi burada Karayolları Trafik Kanunu bakımından zaten bizim öngördüğümüze yakın bir düzenleme var. Zorunlu mali sorumluluk sigortası getirilmiş durumda zaten, zorunlu mali sorumluluk sigortasıyla zararın büyük bir kısmı karşılanıyor ve bunun karşılanmadığı kısımlar bakımından da zarar gören yine zarar veren kişiyi, yani motorlu araç işleteni kişisel olarak takip etmeye devam edebiliyor. Bu noktada zaten üst sınır getirilmesini Alman hukukunda buna yönelik bir düzenleme var, ama bizim hukukumuzda yok. Olmaması gerekli, bizdeki düzenlemenin daha yerinde olduğunu düşünüyorum. Fakat zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarında değişiklik yapıldı biliyorsunuz. Özellikle destekten yoksun kalma tazminatı noktasında katılmadığım değişiklikler var. Bu noktada da zorunlu mali sorumluluk sigortasına katılıyorum, fakat bunu düzenleyen genel işlem şartlarının tekrar gözden geçirilmesi gerektiği kanaatindeyim. Çok teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI- Evet, çok teşekkür ediyorum ben de, bir tane sözlü soru alacağım, ondan sonra da kapatacağım. Buyurun.

Av. ABDÜLHALİM EKE- Süheyla Hocamın sunumuyla ilişki dava daireleri kararı ve 13 Daire kararını bozması nedeniyle tartışıldı mı bilmiyorum. Yasa hükmü şöyle: *“Bedensel zararın kapsamı karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa, hâkim kararın kesinleşmesinden başlayarak 2 yıl içinde tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir”* düzenlemesi hepimizin bildiği gibi 818 sayılı Borçlar Kanununda da vardı, ama biz hukukta elimizde olan enstrümanları sanırım kullanmıyoruz. Hatta hiç gündeme almıyoruz bazı yerlerde diyorum, teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim ben de katkınız için, Şimdi üçüncü günün de sonuna gelmiş olduk ve size de katılımınızdan dolayı çok çok teşekkür ediyorum, aynı zamanda konuşmacılarımıza da teşekkür ediyorum, sağ olun.

SUNUCU- Değerli paylaşımlarından dolayı biz de teşekkür ediyoruz ve plaketlerini takdim etmek üzere kongremizin düzenlenmesinde büyük emekler gösteren Ankara Barosu avukatlarından Sayın Sema Güleç Uçakhan'ı sahneye davet ediyorum.

*AKİT DIŞI KUSURSUZ SORUMLULUKTA
BEDENSEL ZARARLAR ULUSLARARASI KONGRESİ*

4. GÜN

7. Oturum

*SINIR AŞAN ZARARLARDAN
SORUMLULUK*

SUNUCU- Saygıdeğer hanımefendiler, beyefendiler, çok değerli misafirlerimiz; *“Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar”* Uluslararası Kongremizin 7. Oturumuna hoş geldiniz.

Sayın konuklar, *“Sınır Aşan Zararlardan Sorumluluk”* konu başlıklı 7. Oturumun başkanlığını yapmak üzere Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Av. Prof. Dr. Sayın Çağlar Özel’i, konuşmacılarımız *“Sonradan Ortaya Çıkan Zararlarda Zamanaşımı”* konu başlıklı sunumunu yapmak üzere Türkiye Odalar Borsalar Birliği Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Prof. Dr. Sayın Çiğdem Kırca’yı, *“Cismani Zararlara İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”* konu başlıklı sunumlarını yapmak üzere Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Doç. Dr. Sayın Sema Çörtöglü Koca’yı, *“Üreticinin Sorumluluğunda Zarar ve Tazminat Miktarının Sınırlandırılması”* konu başlıklı sunumunu yapmak üzere Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Dr. Sayın Özlem Tüzüner’i, *“Bedensel Zararların Tazminine Ortak Bir Yaklaşım: Hukukun Birleştirici Çalışmaları”* konu başlıklı sunumunu yapmak üzere Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Dr. Sayın Selin Özden Merhacı’yı, *“Alman Hukukunda Gelişim Kusuru Nedeniyle İşletmenin Sorumluluğu”* konu başlıklı sunumunu yapmak üzere Friedrich Alexander Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Sayın Mathias Rohe’yi sahneye davet ediyorum. Söz Sayın Çağlar Özel’dir, buyurun Başkanım.

Av. Prof. Dr. ÇAĞLAR ÖZEL- Çok teşekkür ederim. Efendim, bugün son günümüzdeyiz, dördüncü günümüzdeyiz. *“Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar”* Uluslararası Kongresini Türkiye Barolar Birliği, Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi ve Friedrich Alexander Üniversitesi birlikte düzenlediler. Bu anlamda Barolar Birliğinin ev sahipliğinde yürüten bu kongremiz dördüncü gününe başarıyla ulaşmış durumda, dördüncü günün bu ilk oturumunda *“Sınır Aşan Zararlardan Sorumluluk”* konusu bu çerçevede tebliğlerle sunulacak. Ben tekrar hepinize hoş geldiniz diyorum ve bu kongrenin bu gününün de başarılı bir biçimde sürmesini diliyorum. Sözleri ilk önce buradaki sıraya göre değil de, Sayın Mathias Rohe’ye vermek istiyorum ilk önce, onun daha önce bu toplantıdan sonra yolculuğu olacak kendisinin ve ilk sözü Sayın Mathias Rohe’ye veriyorum.

ALMAN ULUSLARARASI ÖZEL HUKUKUNDA (IPR) SÖZLEŞME DIŞI KUSURSUZ SORUMLULUK

Prof. Dr. Mathias ROHE

Friedrich-Alexander Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I. Giriş

Şu anda dünya çapında uygulanabilen uluslararası özel hukuk ilkelerine (IPR) göre, sınır ötesi durumlarda, ele alınan olayın gerçekleri ile en yakın bağa sahip olan hukuk uygulanmalıdır. 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 sorumluluğu, hangi hukuka göre belirleneceği ele alınacaktır. Baştan bilinmeli 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 Uluslararası Hukukun temel esasları olan Alman Medeni Kanuna Giriş Kanununun (EGBGB) 3. maddesinin numara 1a) 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 Söz-

leşmesi, bazı AB Üye Devletlerinde halen geçerlidir,¹ böylece bu anlamda bir AB birliği yoktur.

Roma II Tüzüğü doğrudan ve öncelikli olarak tüzük olarak uygulanır². Alman Medeni Kanuna Giriş Kanununun (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 sorumluluğu temeline bağlı yaralanma için sorumluluk talep edildiği, maddi hukukta da geçerlidir: Burada, 1985'ten beri uygulanan bir AB direktifinin kapsamlı bir yasal uyumu sağlanmışır. Bu direktif Almanya'da 15 Aralık 1989 tarihli Ürün Sorumluluk Yasası 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 4-90). Ayrıca, bazı özel haksız filler hukuku da Tüzüğün 5-9. maddesinde yer almaktadır.⁵ Bu telafi edici iddialara ek olarak, olumsuz talepleri, yani savunma haklarını da içermektedir. Buna Madde 2 II, III VO açıklık getirmektedir.

Tüzüğün uygulama kapsamında, devlet memuru sorumluluğu da dâhil olmak üzere, en geniş anlamda devlet sorumluluğundan doğan hak talepleri yer almamaktadır. Bir diğer önemli istisna ise Tüzüğün 1. maddesinin II g literatürüne

¹ Örneğin, Belçika, Fransa, Hırvatistan, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Hollanda, Avusturya, Polonya, Slovakya, Slovenya, İspanya ve Çek Cumhuriyeti ülkelerinde geçerlidir.

² Danimarka haricinde (karşılaştır mülahaza nedenine Numara 40 VO).

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.

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 Parlamentosunda en son yönetmeliği tamamlamak için bir öneriyi kabul edilmiştir. Buna göre, kişisel hakların korunmasında uygulanacak hukuk, 5a maddesinin eklenmesi ile düzenlenmelidir. Düzenleme bağıntısı, zararın büyük ölçüde meydana geldiği veya meydana gelme tehlikesinin bulunduğu yerde olmalıdır (Madde 5a I) 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 hak talepleri 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).

III. Roma II Tüzüğüne göre haksız fiilde uygulanacak hukuk düzenleme bağları

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

⁶ Kabul edilen 2009/2170 (INI) nolu önerinin ayrıntısı için <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).

olarak, ilişkili riskleri tahmin etmek için yeterli olasılıkları yoktur; İkincisi geçerli olacak yasaları önceden karşılıklı mutabakatla serbestçe belirleyebilirler.

Tüzüğü hazırlayanlar, haksız fiilde uygulanacak hukuk için esnek bir çerçeve oluŐturdular. Hukuk seçiminin birincil seçeneğine ek olarak, özel durumlar ve kaçınma hükümleri ile genel bir ilke birleştirilmiştir. Tüm bu standartlardaki referanslar, Tüzüğün 24. maddesine göre, maddi standart referanslardır: Dolayısıyla, yalnızca ilgili devletin maddi hukuku temelinde uygulanır, kanunlar ihtilafı hukuku temelinde uygulanmaz. Böylece rücu ve ardıl referanslar engellenir. Uygulama için önemli bir kolaylaştırma - 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 talep, doğrudan eylem olasılığı).

Roma II Tüzüğünün 4 I Maddesinin Temel Düzenlemesi

Roma II Tüzüğünün 4 I maddesinin temel düzenlemesi - dilbilimsel olarak yetersiz, çünkü yanıltıcıdır - zararın meydana geldiği devlet kanununu uygulama için geçerli sayar. Gerçekleşme yeri kast edilmektedir. Bu, doğrudan etkilenen tüzel kişiliğin (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 sınırını geçmek bir gerçekleşme yeri değildir; bunu Tüzüğün madde 4 I a.E. hükmü açıkça belirtmektedir.

⁷ EuGH. Urt. v. 10.12.2015, Rs. C-350/14.

Eylemde birçok katılımcının bulunması halinde, bir odak noktası analizinde tüm katılımcılar için haksız fiilde uygulanacak hukuk tek tip bir düzenleme belirlenip belirlenemeyeceği veya her bir katılımcı için ayrı bir soruşturma yapılmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır.⁸

Eylem ve gerçekteŐme yeri genellikle aynı olduğu için, ikisi arasındaki bir karar sadece sözde mesafeli haksız fiil veya yayılmıŐ haksız fiil için gereklidir. Bir mesafeli haksız fiil durumu, teorik olarak “sınırın üzerinden atılmıŐ” bir mermidir. Örneğin, telif hakkı ihlaline neden olan bir içeriğin baskısı birkaç ülkede dağıtılıyorsa, bir yayılmıŐ haksız fiil durumu mevcuttur. Burada bir eylem ve birçok gerçekteŐme noktası vardır.⁹

GerçekteŐme yerine göre belirme ilkesinden sapmalar

GerçekteŐme yerinin hukukundan farklı olarak, ortak olağan ikamet hukuku¹⁰ Tüzüğün 4 II maddesine göre uygulanır.¹¹ Olağan ikamet, Tüzüğün 23 Maddesi uyarınca özerk olarak iliŐkilendirilir. Gerçek kişiler için, mesleki faaliyetin kullanılması söz konusu olmadığı sürece (Tüzüğün 23 (2) Maddesi), gerçek yaşam merkezi kastedilmektedir. Birincil zarara uğradıktan sonra olağan ikametın başka yere taşınması, kanunun uygulanabilirliği ile ilgisizdir; haksız fiilde uygulanacak hukuk deđiŐtirilemez.¹² 2. Fıkranın düzenlemeleri aynı Şekil-

⁸ Vgl. *Wilhelmi*, IPR im Adhäsionsverfahren, IPRax 2005, 236 – zu BGH IPRax 2005, 256.

⁹ AB Yüksek Mahkeme *Shevill-Rspra*’a göre yeterlilik yasası mozaik ilkesi (EuGH 7.3.1995 – Rs. C-68/93, Slg. 1995) Şimdi kanunlar ihtilafı hukuku mozaik ilkesine karşılık gelmektedir. Yetkinlik ve uygulanabilir hukukun eŐzamanlılıđı bununla birlikte sağlanmıştır. Ancak, kişilik hak ihlaline uğrayanlar AB Yüksek Mahkeme 25.10.2011 - C-509/09 ve C-161/10 iÇtihadına göre ve Brüksel Ia Tüzüğünün 7. maddesi 2. fıkrasına göre sadece gerçekteŐme yerine değil de aynı zamanda kendi çıkarlarının merkezinde, yani, olağan ikamet yerinde dava açaŐabilirler, bu demek oluyor ki yargı yetkinliği ve uygulanabilir hukukun eŐzamanlılıđı da bozulabilmektedir.

¹⁰ Karşılaştır bunun için OLG MÜNİH BeckRS 2016, 19435xxx.

¹¹ Farklı kusurlu ikametli çoklu kusurluların sorunu: Farklı hukuk sistemlerin tekdüze bir yaşam durumuna uygulanması; Tüzüğün 4. maddesinin teleolojik indirgemeŐi / yorumlanmasıyla (Tüzüğün 4. maddesine göre rücu güvenliği) tek tip bir uygulama kanununun belirleyerek olası çözümler.

¹² Karşılaştır Palandt-Thorn, BGB, 77. Basım München 2018, Art. 4 Rom II Rn. 5 mwN.

de gemilerde¹³ veya hava taşıtlarında da kullanılabilir; çarpışma durumunda ortak bayrak yani bulunulan gezi yeri belirleyicidir.

Tüzüğün 4 III maddesi gerçekleşme yerine göre belirleme ilkesinden daha açık bir sapma imkânı sunuyor. Bu standart 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 III maddesi muhtemelen artık çok önemli olmayacaktır, çünkü Tüzüğün 14 I 1 maddesini b literatürü hukuk seçimini, artık zarar oluşmadan önce belirlemeye izni 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 III maddesi 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 çıkarları, 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, Rom-II- Tüzüğünün 4III maddesine doğrultusunda araç kiralama kazalarında ortak olağan ikamet bağlantısının kısıtlanması çok tereddütlüdür, (o zaman gerçekleşme yeri düzenlemesi, özellikle, eğer gerçekleşme yeri kusurlu aracın trafik tescil yeri ile aynı ise)¹⁶.

¹³ Karşılaştır Palandt-Thorn, BGB, 77. Basım München 2018, Art. 4 Rom II Rn. 22 mwN

¹⁴ Karşılaştır Palandt-Thorn, BGB (Alman Medeni Kanunu), 77. Basım München 2018, Art. 4 Rom II Rn. 27 mwN. by lex causae da sözleşme ihlalden kaynaklanan haksız fiil nitelikli haksızlık iddiasında, AB Yüksek Mahkemesi yeni içtihatları, sözleşme hukukuna dayanan hak niteliğini yeterli bulmaktadır.

¹⁵ Bu yüzden inandırıcı *Sieghörtner*, NZV 2003, 105-117.

¹⁶ *Sieghörtner*, NZV 2003, 105, 116. AA BGH IPRax 2010, 367xxx (ortak olağan

Yerel verilerin (*local data*) göz önünde bulundurulması

Alman Medeni Kanuna Giriş Kanununun (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 Tüzüğün 17. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. 34 numaralı gerekçelendirme nedeninin lafzına bakıldığında, Tüzüğün 17. maddesinin, Tüzüğün 4 II maddesi ile düzeltilmediğini, Tüzüğün 4 I maddesi ile zaten düzeltilmediğini anlaşılmaktadır.¹⁹ Böylelikle, Tüzüğün 17. maddesini, 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 sorumluluğunun da bilmediği davranışsal davranış kuralları ile ölçülmesinde ortaya çıkan zorluklardır.

Tüzüğün 4. maddesini 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 Sorumluluk Yasası hakkındaki Lahey Sözleşmesi'ni de imzalamadı Almanya ile İsviçre arasında, 22 Temmuz 1971'de yürürlüğe giren trafik kazalarında hasar te-

ikametgah bağlantısı düzenlemesi aynen kalır.

¹⁷ Karşılaştır BGH NJW-RR 1996, 732xxx.

¹⁸ Karşılaştır Palandt-Thorn, BGB (Alman Medeni Kanunu), 77. Basım München 2018, Art. 4 Rom II Rn. 15 mwN

¹⁹ Karşılaştır *Wagner* IPRax 2008, 5.

minat sözleşmesi vardır²⁰. Buna göre, diğer devlette bir motorlu araç tarafından yaralanan her iki devletin vatandaşları, kaza ülkesi vatandaşları ile aynı tazminat hak taleplerine sahiptirler.

IV Özel Düzenlemeler

1. Ürün Sorumluluğu (Tüzüğün 5. maddesi)

Düzenleme Bağlılığı

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 4 II, Madde 5 I 1) değılirse, bu durumda ilk olarak Tüzüğün 5 II literatürüne göre zarar görenin ikamet yerinin hukuku uygulanır, ikinci olarak ürünün elde edildiğı devletin hukuku uygulanır ve üçüncü olarak da zararın meydana geldiğı devletin kanunu uygulanır.

Lit 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* bayii zincir satışları yeterlidir. Piyasaya sürmek için, üreticinin merkezi değıl de, ürünün pazarlandığı yer belirleyicidir. Örneğın, uzaktan satış işinde, ürünlerin gönderici tarafından satışa sunulmamuşsa, göndericinin merkezi belirleyici değıldir.²¹

Lit. 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 (*yerel verilere*) göre değerlendirme yapılması gerekir.²²

²⁰ Fedéal Resmi Gazete II, 967.

²¹ MünchKomm BGB (Alman Medeni Kanunu)-Junker, Madde 5 Rom II-Tüzüğü, 7. Baskı 2018 Rn. 29 mwN.

²² Leible/Lehmann RIW 2007, 721, 728.

innocent bystandern (İlgisiz üçüncü şahısların yaralanması) olarak zarar görülmesi durumunda, Lit. b 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, Madde 5 I 2). Son olarak, Tüzük Madde 5 II, Tüzük Madde 4 III ‘den bilinen kaçınma hükmünün, açıkça daha yakın bağlantısını sunmaktadır. Öngörülebilirlikle ilgili bu sınırlama (Tüzük Madde 5 I 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, Lit. b’ye göre sürüm yeri prensibinin “sıkıştırılmış” uygulanmasına neden olmaktadır²³.

Ürün sorumluluğu davalarında inceleme sırası

1. Tüzük madde 14 I’e göre hukuk seçimi mevcut mu?
2. Tüzük madde 4 II, 5 I 1 ortak olağan bir ikamet var mı?
3. Zarar gören tarafın piyasaya sürülmesi şartıyla olağan bir ikamet (Tüzük Madde 5 I 1 Lit. a) ve imalatçının bunu öngörebilmesi (Tüzük Madde 5 I 2)
4. 3’teki gibi aynı kısıtlamalar altında: Sürüm Tüzük madde 5 I 1 lit. b’ye göre
5. 3 ile aynı kısıtlamalara göre: gerçekleşme yeri Tüzük madde 5 I 1 lit. c’ye göre
6. Piyasaya sürülmesinin eksikliğiyle ya da piyasaya sürülmesinin öngörülebilir olmaması durumunda: üreticinin olağan ikametgâhı. Tüzük madde 5 I 2

²³ Karşılaştır *Graziano VersR* 2004, 1205, 1208.

7. Tüzük Madde 5 II'ye göre görünüşte daha yakın bir bağlantı ile düzenlemeyle Tüzük Madde 5 I'in yer değiştirmesi

2. Çevresel Sorumluluğu (Tüzüğün 7. maddesi)

Tüzük 4 maddesinin kısmen yerine geçen bir diğer özel hüküm, çevresel sorumluluk davalarında Tüzük Madde 7'de bulunabilir. Burada da, 14. madde kapsamındaki hukukun seçimi prensipte mümkündür. Bu tür bir seçim gerçekleşmemesi halinde, zarar gören taraf, kişisel yaralanma ve maddi zarara ilişkin olarak, tek başına, tüzük Madde 4 I'e göre, geçerli olan gerçekleşme yeri yerine, eylem yerinin hukukunu (olayın meydana geldiği hasara yol açan devlet kanunu) seçebilir²⁴. Çevresel sorumluluk sadece su, hava ve toprak gibi ürünlerin zarar görmesini ve canlı organizma değişkenliğinin kötü yönde etkilenmesini kapsamaktadır²⁵, aynı zamanda insanlara veya mülklere verilen zararları da kapsamaktadır.²⁶ Nükleer enerjiden kaynaklanan zararlar hariç tutulmaktadır (Tüzük Madde 1 f)).

V. Kamu Düzeni (ordre public) tarafından sınırlama

Alman uluslararası özel hukuku uyarınca, eğer ilgili hükümün uygulaması başvuru mahkeme devletin kamu düzenine (ordre public) aykırılık teşkil ediyorsa, Tüzüğün 26. Maddesi doğrultusunda yabancı maddi hukukunun 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

²⁴ Ayrıntılar, görevlendirilen mahkemenin hukukundan ortaya çıkar, karşılaştır Roma II Tüzüğü, Mülahaza nedeni 25.

²⁵ karşılaştır Roma II Tüzüğü, Mülahaza nedeni 24.

²⁶ Palandt-Thorn, BGB Alman Medeni Kanunu, 77. Basım München 2018, Art. 7 Rom II Rn. 2; G. Wagner, IPRax 2008, 9xxx.

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 özenmesine izin veriyorsa²⁸, kamu düzenine (ordre public) karşı ihlali söz konusu değildir²⁹.

Ekler: Madde 4, 5, 7, 14, 15 Rom-II-Tüzüğü

Belki de bu Tüzüğün Türkçe çevirisi çoktan mevcuttur.

²⁷ Karşılaştır tümünden BGHZ 118, 312; Palandt-Thorn Art. 26 Rom II-VO Rn. 2 mwN.

²⁸ Karşılaştır BGHZ 123, 268.

²⁹ BGHZ 118, 312, 331.

DIE AUSSERVERTRAGLICHE VERSCHULDENSUNABHÄNGIGE HAFTUNG IM DEUTSCHEN INTERNATIONALEN PRIVATRECHT (IPR)

Prof. Dr. Mathias ROHE

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 außervertraglichen 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 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 klassi-

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.

⁵ So z.B. Produkt- und Umwelthaftung, Lauterkeits-, Immaterialgüter- und Arbeitskampfrecht.

scherweise 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 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 Akteu-

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).

ren 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 Per-

son 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 Schwerpunkt Betrachtung 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

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

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.

¹⁰ Vgl. hierzu OLG München BeckRS 2016, 19435xxx.

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).

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 Rechtswahl 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 Mietwagen-

¹² Vgl. Palandt-Thorn, BGB, 77. Aufl. München 2018, Art. 4 Rom II Rn. 5 mwN.

¹³ Vgl. Palandt-Thorn, BGB, 77. Aufl. München 2018, Art. 4 Rom II Rn. 22 mwN.

¹⁴ Vgl. etwa Palandt-Thorn, BGB, 77. Aufl. München 2018, 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.

¹⁵ Dies freilich nur für einer kommerziellen Tätigkeit nachgehende Parteien.

¹⁶ So überzeugend Sieghörtner, NZV 2003, 105–117.

*unfällen 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 Einigkeit darüber, dass der Schädiger ungeachtet des anwendbaren Rechts sich auf die am Ort und zur Zeit der Tat gültigen 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,

¹⁷ Sieghörtner, NZV 2003, 105, 116. AA BGH IPRax 2010, 367xxx (es bleibt bei der Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt.

¹⁸ Vgl. BGH NJW-RR 1996, 732xxx.

¹⁹ Vgl. nur Palandt-Thorn, BGB, 77. Aufl. München 2018, Art. 4 Rom II Rn. 15 mwN

²⁰ Vgl. Wagner IPRax 2008, 5.

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.

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

²¹ BGBl II, 967.

²² MünchKomm BGB-Junker, Art. 5 Rom II-VO, 7. Aufl. 2018, Rn. 29 mwN.

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 (Erwerb sort), da der Geschädigte in diesem Fall keinen Bezug zum Erwerb sort 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?

²³ Leible/Lehmann RIW 2007, 721, 728.

²⁴ Vgl. Graziano VersR 2004, 1205, 1208.

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 Markttort 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)
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 eingetreten 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,

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, 77. Aufl. München 2018, Art. 7 Rom II-VO Rn. 2; G. Wagner, IPRax 2008, 9xxx.

wenn die Anwendung der entsprechenden Vorschrift mit der öffentlichen Ordnung (dem ordre public) des Staates des angerufenen Gerichts offensichtlich unvereinbar ist. Für Personenschäden wedren 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, 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. 4, 5, 7, 14, 15 Rom-II-VO

Vielleicht gibt es schon eine Übersetzung der Verordnung ins Türkische?

²⁸ Vgl. zu alldem BGHZ 118, 312; Palandt-Thorn Art. 26 Rom II-VO Rn. 2 mwN.

²⁹ Vgl. BGHZ 123, 268.

³⁰ BGHZ 118, 312, 331.

SONRADAN ORTAYA ÇIKAN ZARARLARDA ZAMANAŞIMI SORUNU

*Prof. Dr. Çiğdem KIRCA**

I. Sonradan Ortaya Çıkan Zararların, Alacağın Zamanaşımına Uğraması Sebebiyle Tazmin Edilememesi

Sonradan ortaya çıkan zararlar, zarar verici fiilin gerçekleşmesinden uzun yıllar sonra, özellikle mutlak sürenin geçmesinden sonra meydana gelen zararlardır. Sonradan ortaya çıkan zararlar zararın ortaya çıkma süresi uzun bir zaman almaktadır. Özellikle asbeste maruz kalan kişilerde görülen bu zararlar, fiilin gerçekleşmesinden, örneğin asbeste maruz kalmanın sona ermesinden itibaren genellikle 15-20 yıl sonra ortaya çıkmakta; zarar gören zararını (kansere yakalandığını) ancak uzun yıllar geçtikten sonra öğrenebilmektedir. Zira asbest lifleri tek başına zehirli olmamakla birlikte, kansere sebep olmakta, ancak hastalık on yıllık sürenin geçmesinden sonra meydana gelmektedir. Böyle bir durumda haksız fiillerde, fiilden (davranıştan) itibaren başlayan on yıllık mutlak zamanaşımı süresi (TBK m. 72/OR Art. 60) geçmiş olduğundan, zarar görenlerin tazminat talepleri, borçlunun zamanaşımı def'inde bulunması üzerine alacağın zamanaşımına uğraması sebebiyle reddedilmektedir. Sözleşmeden doğan sorumlulukta ise, on yıllık genel zamanaşımı süresi alacağın muaccel olmasından itibaren başlamaktadır (TBK m. 146, 149). Muacceliyetin sözleşmenin ihlali anında mı yoksa zararın meydana gelmesiyle mi başlayacağı tartışmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi, sözleşmenin ihlal edildiği anda alacağın muaccel olduğunu kabul etmektedir¹. Böyle bir durumda sözleşmeden doğan sorumlu-

* TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

¹ BGE 137 III 16 (16.11.2010).

luk açısından da zarar görenin taleplerinin zamanaşımı dolayısıyla reddi söz konusu olmaktadır.

II. Zamanaşımının İŐlevleri

1. Haklı Olmayan, Bilinmeyen, Beklenmeyen Taleplerden Koruma

Uyuşmazlıklar veya taraflar arasındaki ilişkiler ne kadar geçmişe giderse, bunların tespiti o kadar zorlaŐır. Tanıkların hafızalarında kalanlar eksiktir, yeterli değildir; belgeler kaybolmuŐ veya atılmıştır, gerçekliği veya doğruluğu Şüphelidir; denetlenmesi genellikle mümkün değildir. Kısaca, deliller ispat aracı olma niteliğini yitirmiŐtir ve artık bulunması güçleŐmiŐtir.

Zamanaşımının en önemli iŐlevlerinden biri, iddia edilen ancak gerçek olmayan taleplerden borçlunun korunmasını sağlamaktır. İlk planda alacaklının ispat zorluğu ile karşı karşıya olduğu düşünülebilir. Ancak, alacaklının (davacının) talebin normal olarak var olmasına yeterli olan olguları ispatlaması yeterlidir. Buna karşılık borçlunun (davalının) alacağın sona erdiğini (rneğin ödendiğini veya ibra edildiğini) veya muhtemel itiraz ve defileri ileri sürmesi gerekir. Bu durumda borçlunun delil toplaması ve biriktirmesi zorluğu gündeme gelir. İŞte zamanaşımı kurumu, borçlu olduğu iddia edilen kişiyi bu zor durumdan kurtarma işlevi grmektedir².

Borçlu, miras, temsil, ortaklık ilişkisi sebebiyle borcun varlığından haberdar olmadan borçlanmıŐ olabilir. Bunun gibi borçlu hiç düŐünmediđi sebeplerle tazminat talepleriyle karŐılaŐabilir; Şarta bağlı sözleşmelerde Şart, bilgisi olmadan gerçekleşebilir. İŞte zamanaşımı, kişilerin haberi olmadığı ve haberi olmasının mümkün olmadığı taleplerden korunmasında da yardımcı olur³. Kişilerin ykmllğnn varlığını bilmediği ve status quo'nun devamına güvendiği durumlarda, bu güvenleri korunmalıdır.

² *Spiro, Karl: Die Begrenzung privater Rechte durch Verjhrung- Verwirkungs- und Fatalefristen, Band I: Die Verjhrung der Forderungen, Bern 1975, s. 8, 10.*

³ *Spiro, I, s. 11 vd.*

2. Hukuk Güvenliğini ve Hukuk BarıŐını Sağlama

Zamanın geçmesiyle uzun yıllar önce meydana gelmiş olayların tam anlamıyla aydınlığa kavuŐmama riski oldukça büyüktür. Hukuk güvenliği ngrleilmeyi, hukukun varlığını ve sürekliliğini ve uygulanabilir olmasını gerektirir. Kişilerin zamanın geçmesi ile ngremedikleri talepler ile karŐılaŐması başlı başına hukuk güvenliğine aykırı bir durum oluŐturur⁴. Burada ispat zorlukları sebebiyle hak sahibinin hakkını ileri sürememesi değil, yanlış veya yetersiz ispat araçları sebebiyle kişilerin haklarının ellerinden alınması tehlikesine ilişkin genel menfaatinin korunması söz konusudur⁵.

Açıklığa kavuşturulmamış hukuki meseleler taraflar arasındaki ilişkileri bozar dolayısıyla hukuk barışı zedelenir. Zama-naşımı sürelerinin varlığı, kişilerin yıllar önceki uyuşmazlıklar-la uđraŐmalarını engellemektedir. Toplumun barış ve huzuru için kişiler arasındaki çekiŐmelerin bir an önce sonuçlandırılması; uzun süre askıda bırakılmaması gerekir. Tüm hukuk uyusmazlıkları gün geldiğinde sonlandırılmalıdır (*ut sit finis litium*). Hakların uzun zaman sonra ileri sürülmesinin, onların ya hiç doğmadıklarına ya da zamanla sona erdiğine ilişkin ampirik veriler zama-naŐımının gerekliliğini dođrulamaktadır⁶. Böylece sadece hukuk barışı elde edilmemekte haklı bir barış da edilmektedir.

Zama-naŐımının amacı sadece potansiyel boruların bireysel menfaatlerini korumak değil, aynı zamanda hukuki işlem hayatını da korumaktır⁷. Alacak sadece potansiyel borulara yk getirmez, onunla sözleşme yapan kişilere de yk getirir. Zira potansiyel alacaklar, negatif olarak itibari değeri veya kredi elveriŐliliđini de etkiler. Zama-naşımı olmadığı takdirde, söz-

⁴ Oetker'e göre hukuk güvenliği, bu alacaklının talebinin varlığını bilmesi bile zamanın geçmesi ile ileri sürülemez hale gelmesini haklı kılan tek sebeptir. (Oetker, Hartmut: Die Verjhrung-Strukturen eines allgemeinen Rechtsinstituts, Baden-Baden 1994 s. 39, 40).

⁵ Piekenbrock, Andreas: Befristung, Verjhrung, Verschweigung und Verwirkung, Tübingen 2006, s. 317, 319.

⁶ Piekenbrock, s. 317.

⁷ BGE 90 II 428 E. 8; 8C_470/2009 E. 7.4

leşmenin diğer tarafı, çok geniş ölçüde geçmişe giden talepler sebebiyle tam anlamıyla yükümlü kılınacaksa, hukuki işlem hayatının önemli ölçüde etkilenmesi tehlikesi ile karşılaşılır. Böylece zamanaşımı kurumu ile sadece potansiyel borçluların değil, hukuki işlemlerin sürdürülebilmesine ilişkin genelin menfaatinin- kamu menfaatinin korunması söz konusu olmaktadır⁸.

3. Alacaklının Hareketsiz Kalmasının Oluşturduğu Güveninin Korunması

Zamanaşımı kurumuyla, potansiyel borçluların kendisine karşı artık tazminat talebiyle karşılaşmayacağına ilişkin güveni korunmaktadır⁹. Belli bir zaman geçmesine rağmen hak sahibinin hareketsiz kalması, davranışıyla açıklamayan bir çelişkiye sebep olur ve dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur (TMK m. 2, f.2). Bu durum en azından alacaklının talebinin varlığını bildiği veya bilmesi gerektiği durumlarda geçerlidir. Böylece zamanaşımı, çelişkili davranışları gidermek, potansiyel borçluların haklı güvenlerini koruma sebebiyle kabul edilmektedir.

4. Mahkemelerin Adil Yargılama Yapmasını Sağlama

Zamanaşımının olumlu bir yan etkisi de mahkemeleri somut olayda zor ispatlanan olguları açıklamak zorunda bırakmaktan korumaktadır¹⁰.

Çok geçmişte kalan olaylar adil bir kararın temelini oluşturamaz ve bu da yargılamaya güvenin zayıflamasına neden olur. Özellikle İngiliz hukukunda bu neden, zamanaşımının kabul edilmesinde öne çıkanlar arasında yer almaktadır.

III. Mutlak (Azami) Sürelerin Konulmasının Sebepleri

Mutlak sürelerin kabul edilmesi bir hukuk politikası sorudur. Burada iki menfaat çatışmaktadır. Bir taraftan alacak-

⁸ Seiler, *Philippe*: Die Verjährung von Schadenersatzforderungen aus positiver Vertragsverletzung, Zürich 2011, s. 7.

⁹ Seiler, s. 6.

¹⁰ Spiro I, S. 21 vd.; Seiler, s. 7, 8.

linın, talebini ileri sürebilmesi için adil bir şansa sahip olması gerekir. Alacaklı alacağın varlığını öğrenebilme, haklılığını denetleyebilme, delilleri toplayabilme ve dava açma için hazırlık yapabilme şansına sahip olmalıdır. Bu olanağın sağlanması için kısa zamanaşımı süreleri kabul edilmiştir. Diğer taraftan borçlunun da menfaatlerini korumak gerekir. Borçlunun menfaatlerini tek taraflı korumak kadar borçluyu sonsuza kadar yükümlü kılmak da isabetli değildir. Zamanaşımı düzenlemeleri borçluya kendisini savunma olanağı verebilmelidir; ölçüsüz şekilde borçlunun aleyhine olmamalıdır. İşte bu gerekçelerle mutlak zamanaşımı süreleri kabul edilmiştir. Zamanaşımının başlangıcı, talebin meydana geldiği olayların öğrenilebilmesi olanağından bağımsız olarak sadece süre içerisinde tipik olarak öğrenilmenin hesaplanmasına göre ölçülebiliyorsa haklıdır¹¹.

Kanun koyucu bu menfaat çatışmasında, riski fiilden itibaren azami belli bir süre boyunca sorumlu kişiye, bu süre dışındayken meydana gelen zararlarda, zarar gören üzerinde bırakarak çatışan menfaat sahipleri arasında paylaştırmaktadır. Mutlak zamanaşımı süresini zarardan itibaren başlatmak, sürelerin başlangıcını ne zaman gerçekleşeceği bilinmeyen tamamen belirsiz olgulara, dolayısıyla bilinmeyen bir tarihe ötelenmesi anlamına gelir. Kanun koyucu böyle bir sonucu istememiş, riskleri paylaştırmayı tercih etmiştir.

IV. Türk Özel Hukukunda Zamanaşımı ile İlgili Belli Başlı Düzenlemeler

Haksız fiillere ilişkin zamanaşımı süresi TBK m. 72’de düzenlenmiştir:

“Tazminat istemi zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

¹¹ Bkz., OLG Düsseldorf: Verjährung des Pflichtteilsanspruchs trotz langjähriger Unkenntnis von nichtehelicher Abstammung, ZEV (Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge) 2017, s. 717.

Ancak tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.”

Bu madde, kısa zamanaşımı süresinin bir yıl olması dışında, İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) m. 60 ile hemen hemen aynıdır.

Sözleşmeden doğan taleplere, özel normlarla bir düzenleme olmadıkça genel zamanaşımı süresi (TBK m. 146/İBK 127) uygulanır:

“*Kanunda aksine bir hüküm olmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.*”

Bu tür taleplerde zamanaşımının başlangıcı m. 149’da (İBK m. 130) düzenlenmiştir:

“*Zamanaşımı alacağıın muaccel olmasıyla işlemeye başlar.*”

V. Yargıtay Kararlarında Haksız Fiil Zamanaşımı Sürelerinin Uygulanması

Haksız fiil sorumluluğunda mutlak zamanaşımı süresi, Yargıtay kararlarının önemli bir kısmında fiilden itibaren başlamakta; bazı kararlarda zarardan itibaren başlamaktadır. Kısa zamanaşımında ise, hâkim çoğunluk, zararın gelişiminin tamamlanmasından itibaren süreyi başlatmaktadır.

1. Yargıtay’ın mutlak zamanaşımı süresinin fiilin işlendiği tarihten itibaren başlayacağına ilişkin birçok kararı bulunmaktadır:

- “ ... üç türlü zamanaşımı süresi öngörölmüş olup bunlar, zararın ve failin öğrenildiği tarihten itibaren 1 yıllık sübjektif ve nispi nitelikteki kısa zamanaşımı süresi, herhalde haksız fiil tarihinden itibaren 10 yıllık objektif ve *mutlak nitelikte uzun zamanaşımı süresi* ile olağanüstü nitelikteki ceza zamanaşımı süresidir” (Y. 4.HD, E. 2018/1620, K. 2018/4690, T. 4.6.2018).
- “Gerek 818 Sayılı BK’da, gerekse 2918 Sayılı KTK’da on yıl olarak düzenlenen uzun zamanaşımı süresi ... *zararı doğuran fiilin işlendiği*, diğer bir deyişle *kazanın meydana geldiği* tarihten itibaren işlemeye başlar” (Y.4.HD, E. 2018/2064, K.2018/5173, T.28.6.2018).

- “Dava, haksız eylem nedeni ile uğranılan zararın ödetilmesi istemine dair olduğuna göre zamanaşımı süresinin belirlenmesinde eylem tarihinde yürürlükte bulunan 6098 Sayılı TBK’nın 72. maddesinin uygulanması gereklidir. Buna göre zamanaşımı süresi; zarar görenin haksız eylem ve failini öğrendiği tarihten itibaren 2 yıl, *her halükârda zarar veren eylemin gerçekleşmesinden* itibaren 10 yıldır.” (Y. 4. HD, E. 2016/14374, K. 2017/520, T. 25.1.2017).
- “Uyuşmazlık haksız eylemden kaynaklanmakta olup, olay tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanunu’nun 60. maddesi uyarınca; haksız fiilden doğan zararın tazminine dair davalar, zarar görenin zararı ve zarar vereni öğrendiği tarihten itibaren 1 yıl ve her halde haksız eylem tarihinden itibaren 10 yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. BK 41. maddesinde, her hal ve durumda zarara neden olan *fiilin vukuundan* itibaren **10 yıllık sürede** davanın zamanaşımına uğrayacağını ifade edildiği, zarara neden olan fiilin 29.08.2004 tarihinde gerçekleşmesi karşısında davanın açıldığı 24.12.2015 tarihi itibarıyla 10 yıllık sürenin geçmiş olduğu ...” (Y.11.HD, E. 2016/14304, K. 2017/2644, T. 4.5.2017).

2. Yargıtay’ın bazı kararlarında mutlak süre zararın öğrenilmesinden itibaren başlatılmıştır:

Bu konuda öne çıkan karar “*Deprem Kararı*” olarak da bilinen Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun E. 2003/4-603, K.2003/594 sayılı, 22.10.2003 tarihli kararıdır. Dava konusu olayda 1972 yılında yapılan bina, yazılı yapı yönetmeliklerine ve teknik koşullara uygun olarak inşa edilmediğinden, 1999 yılında meydana gelen depreme dayanamamış ve yıkılmıştır. Bina’nın **yıkılması** sebebiyle davacıların uğramış oldukları maddi ve manevi zararların giderimine ilişkin açtıkları dava, fiilden itibaren yaklaşık otuz yıl geçmiş olmasına rağmen Yargıtay tarafından kabul edilmiştir. Yargıtay eBK m. 60’da düzenlenen on yıllık sürenin “*zararın meydana gelmesi*” anından itibaren başlayacağını kabul etmiştir.

Yargıtay'a göre, BK'nun 60. maddesindeki "...Her halde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene mürurundan sonra" cümlesindeki "zararı müstelzim" ifadesi, "zararı gerektiren" şeklinde değil, "zararı doğuran" şeklinde anlaşılmalıdır. Buna bağlı olarak ... söz dizini, "Her halde zararı doğuran haksız fiilin işlenmesinden itibaren on sene geçtikten sonra" şeklinde anlaşılmalıdır."

Oysa "zarar müstelzim" ifadesinin, "zararı gerektiren" **şeklinde değil**, "zararı doğuran" şeklinde anlaşılması, cümleye ayrıca "haksız" ifadesinin eklenerek maddenin "haksız fiilden itibaren on yıl geçtikten sonra" olarak okunmasına sebebiyet vermez. Burada kanunun amacı mutlak sürenin "fiilden" itibaren başlatılmasıdır. Diğer kelimeler bu fiilin nasıl bir fiil olduğunu belirlemek için konulmaktadır, ki o da, "zarara sebebiyet veren, yol açan, gerektiren, doğuran fiildir". Sürenin başlangıcının "zararı doğuran" fiilden itibaren olması, sürenin başlangıcının zararın meydana geldiği an olmasını gerektirmez. Sorumluluğun doğması için haksız fiilin zarar unsuru dahil tüm unsurlarının meydana gelmesi gerekir. Ancak kanun koyucu bilinçli olarak zamanaşımı süresinin hesaplanmasını "fiilden" itibaren başlatmaktadır. Yargıtay yorum yaparken tüm yorum yöntemlerini kullanmamış; amaçsal yorum ve tarihi yorum, yöntemlerini denetlememiştir. Bu kararla mutlak zamanaşımı süresinin "fiilden itibaren" başlayacağına ilişkin kanun hükmü değiştirilmektedir:

Yargıtay'ın yukarıdaki kararına göre, **mutlak zamanaşımı süresi**, "zararın doğduğu andan itibaren işlemeye başlar, zarar doğmadan hukuka aykırı eylem haksız fiil niteliğini kazanmaz. Dolayısıyla binanın yapımından itibaren kaç yıl geçerse geçsin, zamanaşımı işlemeye başlamaz, zamanaşımı ancak zararın doğmasıyla birlikte işlemeye başlar." "... bir fiilin salt işlenmiş olması, anılan sürelerin başlaması için yeterli değildir".

Sözü geçen dava Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna gelmeden önce Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin aynı yönde verdiği karara¹² katılmayan bir üyenin karşı oy yazısına göre, "... Zararın

¹² Y.4.HD, E. 2003/6370, K. 2003/8666, T. 1.7.2003.

doğduğunun öğrenilmesi tarihi de önemli olup, bu öğrenmeden itibaren 1 yıl içinde dava açılabilir ise de kanundaki “her halde zararın vukuundan itibaren 10 sene” içinde davanın açılması gerektiğine dair kesin ifade karşısında zararın **fiilden itibaren** 10 sene içinde meydana gelmemesi halinde davanın açılmayacağını kabul etmek gerekmektedir. Gerek akti ve gerek haksız fiil sorumlulukları için en fazla 10 yıllık süre kabul edildiğinden yapının yapıldığı tarih itibarıyla zarara sebep olan eylemin varlığını kabul etmek gerektiğinden, depremin bu 10 yıllık süreden sonra meydana gelmesi zamanaşımının o tarihten itibaren başlatılması için haklı neden sayılamaz. **Aksi halde yasalarda düzenlenmeyen bir zamanaşımı** türü meydana çıkar. Olayda zamanaşımının gerçekleştiğini kabul etmek gerektiğinden, zamanaşımı itirazının reddedilmiş olmasının uygun bulunmasına katılamıyorum”.

Bu olaydan sonra kabul edilen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, mutlak zamanaşımı süresinin zarardan itibaren başlatılmasını kabul etmemektedir. TBK m. 72’nin gerekçesinde, 72. maddenin lafzının yukarıdaki şekilde yorumlanmasını veya uygulanmasını önlemek amacıyla, madenin “... Zarar unsuru gerçekleşmedikçe fiilin işlendiği tarihten itibaren kaç yıl geçerse geçsin, haksız fiil nedeniyle tazminat isteminin zamanaşımına uğramayacağı şeklinde yorumlanmasını önlemek amacıyla; ‘her halde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak’ şeklinde değiştirilmiştir.”

Kanunun 72. maddesinin lafzında, **haksız fiil** ifadesi bulunmadığı gibi, kanun koyucunun mutlak süreyi **haksız fiilin tüm unsurlarının tamamlanmasından itibaren başka deyişle zarardan itibaren başlatma gibi bir amacı** da bulunmamaktadır.

Mutlak zamanaşımı süresi fiilden itibaren başlatılmakla birlikte, bu süre TBK tasarısında on yıldan yirmi yıla çıkarılmıştı. Mutlak süreyi yirmi yıla çıkaran TBK Tasarısının gerekçesinde, “bu değişiklik göz önünde tutularak 818 sayılı Borçlar Kanunundaki **on yıllık uzun zamanaşımı süresinin de yirmi yıla çıkarılması öngörülmüştür**. Nitekim, haksız fiil zamanaşımı süreleri olarak Alman Medenî Kanununun (BGB) 852nci maddesinde on ve otuz yıllık süreler öngörülmüştür” ifadeleri yer almaktadır. Ne var ki, yirmi yıllık süre TBMM görüşmelerinde kabul görmemiş, kanunlaşmamıştır.

Bununla birlikte, bir yapının ayıplı olmasından doğan davaların, satıcının ağır kusurlu olması halinde mülkiyetin devrinde itibaren yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağına (TBK m. 244, f.3) ve yüklenicinin ayıplı bir eser meydana getirmesi ve bunda ağır kusurlu bulunması halinde teslim tarihinden itibaren yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağına ilişkin (TBK m. 478) hükümler yeni TBK ile kabul edilmiştir. Bu hükümlerde zamanaşımı süresi teslim tarihinden itibaren başlamaktadır.

Yargıtay'ın kararı öğretilde eleştirilmiştir¹³. Bununla birlikte, *Büyükçağış* sonradan ortaya çıkan zararların tazmininde uygulanabilecek önemli bir karar olduğuna işaret etmektedir. Yazar'a göre, "Yargıtay, zamanaşımını düzenleyen kuralların katı bir şekilde uygulanmasının toplumun adalet duygusu üzerinde meydana getirebileceği olumsuz sonuçları zamanın ihtiyaçlarını giderebilecek yeni çözümler üretmek için gidirmiştir."¹⁴ Ne var ki, yukarıda da belirtildiği üzere burada yorumun sınırları içinde kalan bir durum söz konusu değildir. Ne lafzi ne tarihi ne de amaçsal yorum bu sonucu doğrulamaktadır. Ayrıca sadece bazı olaylarda mutlak zamanaşımını zarardan itibaren başlatıp diğer olaylarda fiilden itibaren başlatılması, hukuk güvenliğini önemli ölçüde sarsar. Kişilerin kendilerine hangi kanunun uygulanacağı bilme ve buna göre davranışlarını ayarlayabilme menfaatine aykırıdır.

3. Yargıtay kararlarında kısa zamanaşımı süresi, zararın gelişiminin öğrenilmesinden itibaren başlatılmaktadır:

Yargıtay'a göre kısa zamanaşımının başlaması için zarar gören tarafından zararın niteliğinin, unsurlarının, kapsamının bilinmesi gerekir. Zararın tam ve kesin miktarının bilinmesi aranmaktadır. Bu ise, kesin bilirkişi raporlarının gelmiş olması

¹³ Bkz., *Havutçu, Ayşe*: Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı, DEÜHFD (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi), C. 12, Özel Sayı 2010, 579 vd., 590 vd.

¹⁴ *Büyükçağış, Erdem*: Sonradan Ortaya Çıkan Zarar Davalarında Zamanaşımının Durması, Yargıtay Dergisi, 2017, C. 43, S.3, s. 491 vd. 495 vd.

ile gerekleŒebilir. Bedensel zararın gelişim gösterdiği durumlarda zamanaşımının baŐlangıı olarak gelişimin tamamlandığı tarih esas alınmalıdır:

- “Bedensel zararın gelişim gösterdiği durumlarda zamanaşımına baŐlangıı olarak hastalık seyrinin yani gelişimin tamamlandığı tarihin esas alınması gerekir. ...**Meslekte kazanma g kayıp oranının hiçbir duraksamaya yer vermeksizin saptanması gerekir**... Zarar, kendi özel yapısı içerisinde sonradan değişme eğilimi gösteriyor, kısaca zararı doğuran eylem veya işlemin doğurduğu sonuçlarda (zararın nitelik veya kapsamında) bir değişiklik ortaya çıkıyor ise, artık, “gelişen durum” ve dolayısıyla, gelişen bu durumun zararın nitelik ve kapsamı üzerinde ortaya çıkardığı değişiklikler (zarardaki değişme) söz konusu olacaktır”. (Y. HGK, E. 2017/3-2786, K. 2017/2016, T. 20.12.2017).
- “Zarar görenin zararı öğrenmesi demek, zararın varlığı, mahiyeti ve esaslı unsurları hakkında bir dava açma ve davanın gerekçelerini göstermeye elverişli bütün hal ve Şartları öğrenmiş olması demektir. Vücut bütünlüğünün ihlalinden doğan zarar, ancak bakım ve tedavi sonucunda düzenlenen hekim raporuyla belirli bir açıklığa kavuşur. Bedensel zararın gelişim gösterdiği durumlarda zamanaşımına baŐlangıı olarak hastalık seyrinin yani gelişimin tamamlandığı tarihin esas alınması gerekir” (Y.HGK, E. 2016/21-1600, K. 2017/937, T. 10.5.2017).
- “Eldeki davada ise gelişen durumun varlığı sebebiyle bu gelişme sona ermedikçe zarar henüz tamamen gerçekleşmiş olmayacağı için zamanaşımı süresi, *bu gelişen durumun durduğunun veya ortadan kalktığının öğrenilmesiyle işlemeye baŐlayacaĐından*, zamanaşımı süresinin, nceki Borçlar Kanunu döneminde işlemeye baŐlamadıĐının kabulü gerekmektedir. Dolayısıyla yeni Kanun döneminde işlemeye başlayan zamanaşımı süresinin de nceki BK’nın 60/1. maddesindeki bir yıllık süre değil, yeni TBK’nın 72/1. maddesindeki iki yıllık süre olduğu kabul edilmelidir”. (HGK, E. 2017/3-2786, K. 2017/2016, T. 20.12.2017).

4. Yargıtay iş kazalarında “zararın öğrenilmesinden itibaren on yıllık süre” şeklinde bir zamanaşımı süresi geliştirmiştir:

Yargıtay iş kazalarında TBK m. 146. maddesinde belirtilen on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağını kabul etmektedir. Ancak Yargıtay, 146. maddenin uygulandığı durumlarda zamanaşımı süresinin “muacceliyetten” itibaren başlaması gerektiğine ilişkin 149. maddeyi uygulamamakta, onun yerine haksız fiillere ilişkin zamanaşımı sürelerinde geçerli olan “failin ve fiilin öğrenildiği tarihten itibaren” (TBK m. 72) başlaması gerektiğine karar vermektedir. Ne var ki TBK m. 72’de düzenlenen failin ve fiilin öğrenilmesinden itibaren başlayan süre iki yıl iken, iş kazalarından doğan tazminat taleplerinde Yargıtay’a göre on yıla çıkmaktadır.

- “Bu tür davalarda gerek 818 Sayılı B.K.’nin 125. maddesi gereğince gerekse 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 146. maddesinde belirtilen 10 yıllık zamanaşımı süresi esastır.” “Uygulama ve öğretilde kabul edildiği üzere, zamanaşımı failin ve zararın öğrenildiği tarihten başlatılmalıdır.” (Y.21HD, 18.9.2014; E.2014/9574, K. 2014/17968).
- “İş kazası sonucu sürekli iş göremezlik sebebiyle uğranılan zararın giderilmesi amacıyla açılan maddi ve manevi tazminat davalarında; zamanaşımı süresi gerek olay tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanunu’nun 125. maddesi ve gerekse yürürlükteki 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 146. maddesi gereğince iş kazasının meydana geldiği tarihten itibaren 10 yıldır. Uyuşmazlık bu tür davalarda uygulanmakta olan 10 yıllık zaman aşımı süresinin hangi tarihte başlatılması gerektiği noktasında toplanmaktadır. Uygulama ve öğretilde kabul edildiği üzere, zamanaşımı failin ve zararın öğrenildiği tarihten başlatılmalıdır.” (21. HD, E. 2017/979, K. 2018/7165, T. 9.10.2018)

Zamanaşımı düzenlemeleri arasında zararın öğrenilmesinden itibaren on yıllık bir zamanaşımı süresi bulunmamaktadır. Haksız fiillerde “fiilden” itibaren başlayan bir on yıllık mutlak süre (TBK m. 72) ve kanunlarda özel bir düzenleme bulunma-

dığı takdirde ve sözleşme sorumluluğunda uygulandığı kabul edilen “muacceliyetten” itibaren başlayan bir on yıllık süre düzenlenmiştir (TBK m. 146, 149). TBK m. 417, f.3’e göre, işverenin kanuna veya sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararlarının tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir (bkz., 818 s. BK m. 332, f.2). Bu durumda iş kazalarında, sözleşmeye aykırılığa ilişkin genel zamanaşımı süresi (TBK m. 146) uygulanacaktır. İsviçre hukukunda hâkim görüş de bu yöndedir¹⁵.

İşverenin sorumlu tutulduğu iş kazalarında olduğu gibi sözleşmeye aykırılık sebebiyle meydana gelen kişiye ve mala verilen zararlarda (sözleşmenin olumlu ihlali) zamanaşımının ne zaman başlayacağı tartışmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi ve doktrinde bir görüş, zamanaşımının yükümlülüğün ihlali anından itibaren başlayacağını kabul etmektedir¹⁶. Zira, bu görüş taraftarları alacağı muacceliyetten itibaren zamanaşımına uğrayacağına ilişkin düzenlemenin sözleşmenin olumlu ihlali-ne ilişkin olaylar için uygun olmadığını savunmaktadırlar. Zamanaşımını zararın meydana gelmesinden itibaren başlatmak zamanaşımı kurumunun hukuki güvenlik ve barışı gerçekleştirme işlevlerine aykırılık olur. Buna karşılık bir diğer görüş zamanaşımının başlaması için, malvarlığında eksilmenin yani zararın meydana gelmesini aramaktadır¹⁷. Zira bu görüşe göre,

¹⁵ ZK-Berti, 3. Auf. 2002, Art. 127 OR, N. 33; İsviçre hukukunda bu konuda Türk hukukundaki gibi açık bir düzenleme yoktur. Doktrinde bir görüş bu sonucu kanundaki boşluğun tamamlanması olarak kabul etmektedir. *Gauch/Schluemp/Emmenegger*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N. 3322, 3289; *Krauskopf, Frederic*: Die Verjährung Schadenersatzforderungen aus positiver Forderungsverletzung, Anmerkung BGE, 4A 103/2009 vom 27 April 2009, HAVE 2009, s. 273.

¹⁶ BGE 137 III 16; BGE 106 II 134; 100 II 339 E.2b; BGE 87 II 155. Öğretide bu yönde bkz. *Schwenzer, Ingeborg*: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2009, N. 84.14; *Walter, Hans*: “Von der positiven Vertragsverletzung zur materiellen Forderungsverletzung: eine Skizze zu Art. 97 Abs. 1 OR”, in: *Wiegand, Wolfgang/Koller, Thomas/Walter Hans* (Eds.): *Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, Tradition mit Weitsicht*, Bern 2009, s. 778; *Gauch/Schluemp/Emmenegger*, N. 3322; *Krauskopf*, s. 273; *Voser, Nathalie*: Aktuelle Probleme zivilrechtlicher Verjährung bei körperlichen Spätschaden aus rechtsvergleichender Sicht, *Recht* 2005, s. 121, 126.

¹⁷ *Basik/Wiegand*, Art. 97 OR, N. 52; ZK-Berti, 3. Auf. 2002, Art. 130 OR, N. 129;

ifa zamanı kararlaŐtırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç doğar doğmaz muacceliyet kazanır (TBK m. 90). Muacceliyet kazanması için zararın doğması gerekir. Ancak tazminat talebinin muacceliyet kazanması için zarar görenin zararı öğrenmesi gerekli değildir¹⁸.

VI. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İsviçre Aleyhine Verdiğİ Karar

1. Davaya Konu Olan Olay

Howald Moor 1965-1978 yılları arasında, çalıştığı işyerinde asbest tozuna maruz kalmıştır. 1978 yılında yasaklanmasına kadar İsviçre'de asbest kullanımı serbestti. Bundan uzun yıllar sonra, yaklaşık 26 yıl sonra, 2004 yılında Moor'ın bir kanser türü olan malignant pleural mesothelioma (oldukça saldırgan bir habir **tümör**) yakalandığı anlaşılmış ve Moor 2005 yılında kansere yenik düşerek vefat etmiştir. Moor'ın yakınlarının destekten yoksun kalma zararlarının tazmini için işverene ve İsviçre sigorta idaresine (SUVA) karşı açtıkları davalar, İsviçre Federal Mahkemesince zamanaşımı sürelerinin geçmesi gerekçesiyle kesin olarak reddedilmiştir¹⁹.

Davacılar, kararı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) taşımışlardır. AİHM 2014 yılında verdiği kararla İsviçre devletini, davacının mahkemeye erişim hakkını, dolayısıyla adil yargılanma hakkını ihlal ettiği (AİHS m. 6, f.1) gerekçesiyle mahkûm etmiştir²⁰.

2. İsviçre Federal Mahkemesinin Gerekçesi

Dava konusu olayda sözleşmeye aykırılık (sözleşmenin olumlu ihlali) sebebiyle bir tazminat söz konusudur. İşverenin iş yerinde işçinin sağlığını korumak için yeterli tedbirle-

Schwander, Weber: Die Verjährung ausservertraglicher und vertraglicher Schadensersatzforderungen, Freiburg 1963, s. 137 vd. s. 91 vd.; Büyüksağış, Yargıtay Der-gisi 2017, s. 499 vd.

¹⁸ Bkz., *Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2015, s. 1285, 1286.*

¹⁹ BGE 137 III 16; BGE 136 II 87.

²⁰ AİHM, 11.03.2014- 52067/10, 41072/11 (*Howald Moor ve diğİerleri/İsviçre*)

ri almaması sebebiyle işçinin uğradığı zararların (olayda yakınlarının destekten yoksun kalma zararlarının) tazmini talep edilmektedir. Bu durumda sözleşmeden doğan sorumlulukta on yıllık genel zamanaşımı süresini düzenleyen İsviçre Borçlar Kanunu'nun 127. maddesi (TBK m. 146) uygulanmaktadır. Bu tür alacaklarda zamanaşımı Art. 130 OR (TBK m. 149)'a göre alacağın muaccel olmasından itibaren başlamaktadır. Federal Mahkemeye göre alacağın muaccel olması veya zamanaşımın başlangıcı, alacağın varlığının bilinip bilinmemesinden bağımsız olarak, sözleşmenin ihlaliyle gerçekleşir²¹. Dolayısıyla Federal Mahkeme somut olayda zamanaşımı süresinin geçtiğini kabul etmektedir.

Federal Mahkemeye göre, zamanaşımını zarardan itibaren başlatmak, zamanaşımı kurumunu işlevsiz kılar; fiilden çok uzun zaman sonra meydana gelebilecek zararlar için tazminat talep etme olanağı verir. Bu tür durumlarda borçlu, çok uzun yıllar boyunca alacaklının dava açıp açamayacağını bilemez. Alacaklı da zararın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini bilemez. Borçludan bu kadar uzun süre sözleşmeye uygun davrandığına ilişkin delilleri ileri sürmesi beklenmez. Kanun koyucu alacaklı ve borçlu arasındaki menfaatleri değerlendirmiş ve buna uygun olarak zamanaşımı süresini belirlemiştir. Alacaklının belli bir ölçüde zararı fark ettiğinde dava açmış olması halinde zamanaşımı kesilmiş olacaktır ve bu yeterli bir koruma sağlayabilir. Bunlardan başka, sözleşme hükümlerine de uygulanan İBK 46/2'e göre, bedensel zararın kapsamı karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa, hâkim tarafından kararın kesinleşmesinden iki yıl içinde tazminat hükmünün değiştirilmesi mümkün olabilir. Dolayısıyla bedensel zararın kapsamının tam olarak belirlenememesi zamanaşımının başlamaması için bir sebep olamaz. Alacaklının maddi tazminat hakkı kazanabilmesi için ihlalin sonuçlarının bilinmesi veya belirlenebilir olması şartı aransaydı İBK 46/II'nin bir anlamı kalmazdı. Üstelik, bedensel zararlar ile diğer zararlar arasında zamanaşımının başlangıcı bakımından bir fark bulunmamaktadır; fark yaratmak için özel bir sebep de bulunmamaktadır.

²¹ BGE 137 III 16. Ayrıca bkz. dn. 16.

Federal Mahkeme, İsviçre Nükleer Enerji Kullanımında Hukuki Sorumluluğa Dair Kanun ve Radyasyondan Koruma Kanunlarının İsviçre’de uzun sayılabilecek otuz yıllık mutlak bir zamanaşımı süresi içerdiğine işaret etmekte ve böylece kanun koyucunun asbeste maruz kalınmasından doğan zararlara ilişkin bir kural getirmeyerek uzun zamanaşımını düzenlemekten bilinçli olarak imtina ettiği sonucuna ulaşmaktadır.

Sonuç olarak, Federal Mahkemeye göre, işverenin özen yükümlülüğünü ihlal etmesinin sonuçlarının işçi tarafından on yıldan daha fazla süredir bilinmemiş olması işçinin muhtemel haklarının zamanaşımına uğramasını engelleyen bir sebep sayılamaz.

VII. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Gerekçeleri ve Bu Konudaki Temel Ölçütleri

AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin bütün kişilere hukuk alanında adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkını garanti ettiğine işaret etmektedir. Zamanaşımı ve diğer sürelerle ilişkin düzenlemelerle bu hak sınırlandırılabilir. Bununla birlikte mahkemeye erişim hakkı, somut olaydaki gibi sadece sözde (soyut-fiktif) kalmaktaysa, hakkın ileri sürülmesi hukuk düzeni tarafından genel olarak olanaksız kılınmışsa, bu takdirde hakkın sınırlanması ölçüsüzdür ve AİHS’nin 6. maddesi ihlal edilmiş olur²². *Bir hakkın ileri sürülmesi olanağı, hak sahibinin sorumluluğu kuran olaylardan haberdar olmasından önce ortadan kalkarsa*, bu durum mahkemeye erişim hakkını ihlal eder. Kişinin zarara uğradığını objektif olarak bilmesinin mümkün olmadığı durumlar, zamanaşımı sürelerinin hesaplanmasında dikkate alınmalıdır. “Vücut bütünlüğüne ilişkin müdahaleler sebebiyle tazminat taleplerinde, mağdur *gerçekten meydana gelen zararı değerlendirebildiğinde* dava açma hakkına sahip olmalıdır.”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin AİHS m. 6 çerçevesinde sürelerin uygulanmasının Sözleşmeye aykırılık oluşturup oluşturmadığı konusundaki ölçütleri aşağıdaki gibi belirlenebilir:

²² AİHM, 11.03.2014 -52067/10, 41072/11 (*Howald Moor ve diğerleri/İsviçre*).

a) ZamanaŐımı ve hak dűŐümü sűrelerinin baŐlıca iŐlevi ve amacı *hukuki gűvenliktir*. Bűylece dava aŐma sűrelerinin **belirli olması** ve zamanın geŐmesi sebebiyle **bűyűk olasılıkla aŐır koŐullarda savunulabilecek** davalardan muhtemel davalıların korunması saŐlanır. Ayrıca zamanaŐımı ve hak dűŐümü sűrelerinin bir diŐer amacı, mahkemelerin çok geŐmiŐte kalan olaylar hakkında, yeterince ikna edici olmayan veya zamanın geŐmesi sebebiyle yeterli olmayan delillerle karar vermek durumunda kalması sebebiyle meydana gelecek adaletsizliklerden korunmasıdır²³. *Ancak, hedeflenen amaç ile baŐvurulan araçlar arasında makul bir orantı olması gerekir. Bu durum lűlűlűk ilkesi olarak ifade edilmektedir.*

“Temyize baŐvurma, dava aŐma gibi usul kurallarına iliŐkin birtakım sűreler, hukuksal gűvenlik ilkesi ve mahkemelerin zamanın geŐmesi nedeniyle gűvenilirliŐi kalmayan ve eksik olan kanıtlara dayanarak uzak geŐmiŐte meydana gelmiŐ olaylar hakkında karar vermelerini istemekle oluŐabilecek adaletsizliklerin nűne geŐmek gibi önemli ve meŐru amaçlara hizmet etmektedir”²⁴

b) AİHS m. 6, adil yargılanma hakkını **dűzenlenmiŐtir**. Her kiŐi **zel hukuka iliŐkin taleplerini veya kendisine karŐı ileri sűrűlen ceza hukukuna iliŐkin davaları** baŐımsız ve tarafsız, kanunla kurulmuŐ bir mahkemede adil bir yargılama ile kamuya açık ve makul bir sűre içerisinde grűlmesini talep etme hakkına sahiptir.

Bununla birlikte mahkemeye eriŐim hakkı mutlak deŐildir; i hukukların yasal dűzenlemeleriyle sınırlandırılabilir. AİHM m.6, f.1, devletlere etkili bir yargı sistemi kurmak ve sűrdűrmek konusunda pozitif bir yűkűmlűlűk yűklemektedir. Devletler bu yűkűmlűlűklerini nasıl yerine getirecekleri konusunda serbesttirler²⁵. SözleŐme devletlerinin belli bir takdir alanı bulunmaktadır. rneŐin devletler yargının etkili olması için

²³ AİHM, 11.03.2014 -52067/10, 41072/11 (*Howald Moor ve diŐerleri/İsviçre*), N. 72.

²⁴ AİHM, 22.19.1996- 22083/93, (*Stubbings ve diŐerleri/İngiltere*), N. 51.

²⁵ HK-EMRK/*Meyer-Ladewig*: Europaische Menschenrechtskonvention (EMRK) 3. Aufl. 2011, Art. 6 (Recht auf ein faires Verfahren), N. 33.

yargıç sayısını arttırabilir veya süreleri uzatabilir. Bunun gibi devletler, mahkemeye erişim hakkını, süre ve şekil getiren; yargılama ehliyetini sınırlandıran, gerekçe zorunluluğu getiren, temsil edilme zorunluluğu getiren, ücretler öngören vs. hukuk kuralları ile sınırlandırabilir.

AİHM, iç mevzuatı yorumlamanın birinci derecede ulusal makamlara özellikle de mahkemelere ve yüksek yargı organlarına düştüğünü hatırlatmaktadır. AİHM'nin görevi, söz konusu yorumun etkilerinin AİHS ile bağdaşıp bağdaşmadığı tespitinde bulunmaktan ibarettir²⁶.

c) **Ölçülülük İlkesi:** Mahkemeye erişim, AİHS'de belirtilen garantinin esasına dokunacak şekilde sınırlandırılmaz. Sınırlandırmalar haklı bir amaç takip etmek ve ölçülü olmak zorundadır. Getirilen sınırlandırmalar, hakkın özünü ortadan kaldıracak şekilde kişinin mahkemeye erişimini engellememelidir. Bu tür sınırlandırmalar, *ancak meşru bir amaç güdüldüğü takdirde ve hedeflenen amaç ile başvuru araçları arasında makul bir orantı olması halinde Sözleşmenin 6/1. maddesi ile bağdaşabilir*²⁷. Bu orantının belirlenmesinde de şu ilkelerden hareket edilmektedir:

aa) *Dar/Katı Yorum Yasağı:* Dava açmaya ilişkin usul koşulları birden fazla yoruma neden olabilecek nitelikte ise mahkemeye erişim hakkı kapsamında o yorumlardan birinin davayı açmak isteyen kişileri engelleyecek şekilde dar/katı bir şekilde yorumlanmaması gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHS m. 6'nın devlet mahkemelerinin doğru karar vermelerini garanti etmediğini, ancak mahkemelerin devlet hukukunun makul yorumunu aştıkları veya mahkemelerin keyfi sonuçlara ulaştıkları takdirde de m. 6'yı ihlal ettiklerini belirtmektedir²⁸. AİHM'e göre, devlet mahkemeleri usul kurallarını mahkemeye etkili erişimi engellemeyecek şekilde yorumlamalıdır. Burada ölçü, bir kuralın

²⁶ AİHM, 14.10.2008- 36533/04, (Mesutoğlu/Türkiye).

²⁷ AİHM 17.9.2013- 59601/09, (Eşim/ Türkiye); AİHM, 14.10.2008- 36533/04, (Mesutoğlu/Türkiye).

²⁸ AİHM, 11.1.2005- 58580/00, (Blücher/Tschechien), N.56.

birden fazla yorum olanağı söz konusu ise bunlardan mahkemeye erişimi engellemeyenlerin tercih edilmesidir.

bb) Mahkemeler, yargılama usullerini uygularken bir yandan davanın hakkaniyetine halel getirecek kadar abartılı Şekilcilikten, öte yandan, kanunla öngörölmüş olan usul Şartlarının ortadan kalkmasına neden olacak kadar aşırı bir gevŐeklikten kaçınmalıdır²⁹.

Bu ölçüt, *Türk hukukunu önemli derecede* etkilemiş; Anayasa Mahkemesi kararlarında kullanılan bir gerekçe haline gelmiştir³⁰.

VIII. İsviçre Hukukunda Zamanaşımı Sürelerine İlişkin Kanunlarda Değişiklik

İsviçre’de, asbestten meydana gelen zararlar sorunu, siyasi olarak da önem kazanmış ve bu sorunu çözmek için 2007 yılında sonradan meydana gelen zararların tazmin edilmesini sağlayacak Şekilde zamanaşımı konusunda İsviçre Borçlar Kanunu’nda ve ilgili tüm kanunlarda bir değişiklik gündeme gelmiştir. Adalet Bakanlığı 31 Ağustos 2011’de ön tasarı yayınlamıştır. 29 Kasım 2013’de zamanaşımına ilişkin bir tasarı oluşturulmuŐtur³¹. Tasarı bazı değişikliklerle 15.06.2018’de kabul edilmiştir. 4.10.2018’e bırakılan referandum süresi –kullanılmadan- geçmiştir. Böylece İsviçre hukukunda zamanaşımına ilişkin önemli bir değişiklik gerçekteŐmiştir. Kanun 1.1.2020’de yürürlüğe girecektir³².

Bu değişiklikle *ile kısa zamanaşımı süresi üç yıl, fiilden itibaren başlayan mutlak zamanaşımı süresi on yıl, kişiye verilen zararlar da yirmi yıl olmuştur*. Böylece sonradan meydana gelen zararların tazminine olanak sağlanmıştir. Mutlak zamanaşımı süresi, zarara sebep olan son yapma veya kaçınma davranışın-

²⁹ AİHM 17.9.2013- 59601/09, (*EŞim/Türkiye*), N. 21; AİHM, 14.10.2008- 36533/04, (*Mesutoğlu/Türkiye*).

³⁰ Bkz., aŐa. IX.

³¹ BBl 2014-235 vd. ve 287 vd. Die Botschaft des Bundesrates vom 29. November 2013.

³² <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-72805.html> (Erişim tarihi 21.11.2018).

dan (fiilden) itibaren başlamaktadır. Zamanaşımı hukuku ile amaçlanan, potansiyel tazminat yükümlülerinin güvenini korumaktır. İsviçre kanun koyucusu buradaki zor kurulan menfaat dengesini tekrar tekrar kritik etmiş ayrıntılı ve özenli analizlerle değerlendirmiştir. *Potansiyel sorumluların ve buna bağılı olarak ortaya çıkan hukuki güvenlik ve hukuk barışı, muhtemel bazı durumlarda meydana gelecek sonraki zararların tazmininden daha ağır değerlendirilmiştir.*

Gerçekleşen önemli bir değişiklik ise, sözleşmenin ihlali halinde kişiye verilen zararlarda da kısa ve mutlak zamanaşımı sürelerinin kabul edilmesi ve bu sürelerin haksız fiil zamanaşımı süreleri ile yeknesaklaştırılmasıdır. *“Sözleşmeye aykırılık sebebiyle bir insanın ölüm veya vücut bütünlüğünün ihlalinin dolaylı maddi veya manevi tazminat istemleri, zarar görenin zararı öğrendiği günden itibaren üç yılda, her halde zarar veren davranışın meydana geldiği veya kesildiği günden itibaren yirmi yılda zamanaşımına uğrar.”*

Zamanaşımı süreleri büyük ölçüde yeknesaklaştırılmıştır. İdarenin sorumluluğuna ilişkin davalarda zamanaşımı konusunda haksız fiillere ilişkin düzenlemeye atf yapılmıştır. Dolayısıyla artık idare hukukunda da zararı ve zarar verenin öğrenilmesinden itibaren başlayan *üç yıl, fiilden itibaren* başlayan 10 yıl ve kişiye verilen zararlarda 20 yıllık mutlak zamanaşımı süreleri geçerlidir.

Böylece İsviçre hukukunda sonradan meydana gelen zararların tazmini sorunu İsviçre kanun koyucusunun zamanaşımı kurallarında çok kapsamlı değişiklikler yapmasıyla sonuçlandırılmıştır.

IX. Türk Anayasa Mahkemesi Kararları

Sonradan ortaya çıkan zararlar sorunu İsviçre hukukunda kanun değişikliği yapılarak giderilmeye çalışılırken, Türk hukuku açısından bu konuda kanun değişikliği gündemde değildir. Bununla birlikte, özellikle Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yoluyla verdiği kararlarda, kanunlarda düzenlenen süre kurallarının katı yorumlanarak Anayasa'nın 35. madde-

sinde düzenlenen hak arama özgürlüğünü ortadan kaldıran veya engelleyen uygulamaların Anayasayı ihlal olduğu sonucuna ulaşmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, süre yönünden reddedilen davalar sebebiyle açılan bireysel başvurularda esas olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kabul ettiği ilkeleri benimsemektedir. Anayasa Mahkemesi öncelikle zamanaşımı süreleri de dahil olmak üzere dava açmak için öngörülen sürelerin "... zamanın geçmesi nedeniyle güvenilirliği kalmayan, eksik ya da ulaşılması zor kanıtlara dayanarak uzak geçmişte meydana gelmiş olaylar hakkında karar vermelerini istemekle oluşabilecek adaletsizliklerin önüne geçmek ve hukuk güvenliğini sağlamak gibi **önemli ve meşru amaçlara hizmet**"³³ ettiğini, "*hukuki belirlilik ilkesinin bir gereği olduğunu*" ve "*dava açmayı imkânsız kılacak ölçüde kısa olmadıkça*" mahkemeye erişim hakkına aykırılık oluşturmadıđını³⁴ kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesine göre, mahkemeler, ölçülülük ilkesinin gereği olarak, bir taraftan kanunda düzenlenmiş süreler ile gerçekleştirilmeye çalışan hukuk **güvenliği** ve istikrarı, diğer taraftan mahkemeye erişim hakkı arasındaki *hassas dengeyi gözetmelidirler*³⁵:

Hassas dengeyi gözetmek için, kanundaki düzenlemeleri bertaraf edecek şekilde yorum yapılmamalıdır:

"Mahkemelerin sürenin varlık sebebini anlamsız kılma pahasına yorum kurallarının sınırlarını zorlayarak kanunda öngörülen dava açma süresini bertaraf etmesi hukuki güvenlik ve istikrar ilkesinin zedelenmesine neden olabilir."

Diğer taraftan, mahkemeye erişim hakkının özünü ortadan kaldırmayacak şekilde, sınırlamanın istisna olduğu ilkesini gözeterek yorum yapılmalıdır:

³³ AYM, 20.09.2017- 2014/18135 (Ahmet Yıldırım).

³⁴ AYM, 22.03.2018- 2014/7970, (RG. 12 Nisan 2018, Sa. 30389); AYM, 26.06.2014- 2012/855, N.37; AYM, 18.05.2016- 2014/956 (Mesut Ekinci); AYM, 20.09.2017- 2014/18135 (Ahmet Yıldırım).

³⁵ AYM, 25.7.2017- 2014/6673, (Yaşar Çoban), N.65; AYM, 7.1.2016- 2013/8045 (RG. 22 Mart 2016, Sa. 29661); AYM, 18.05.2016- 2014/956 (Mesut Ekinci).

“Mahkemeler, dava açma süresi öngören kanun hükümlerini yorumlarken sınırlamanın istisna olduğu ilkesini gözeterek aşırı şekilcilikten kaçınılmalı ve yorum kurallarının imkân verdiği ölçüde davayı ayakta tutma yolunda bir yaklaşım benimsemelidir.”

Anayasa Mahkemesi, bu ilkeler çerçevesinde verdiği kararlarında, özellikle idari eylemler sebebiyle açılan tam yargı davalarında zararın sonuçlarının hangi tarihte öğrenildiği dikkate alınmadan verilen süre aşımı kararlarını katı yorum olarak değerlendirmektedir:

“AYİM tarafından başvuruçunun idari eylemden kaynaklanan zararının sonuçlarını hangi tarihte öğrenmesi ve bu durumu değerlendirmesi gerektiği ile sağlık durumunda meydana gelen değişikliklerin askerlik hizmeti sırasındaki rahatsızlıktan kaynaklanıp kaynaklanmadığı ve bu durumun dava açma süresine etkisi hakkında bir gerekçeye yer verilmeksizin salt terhis tarihini esas alarak beş yıllık sürenin geçtiğinden bahisle açılan davada süre aşımı bulunduğu yönündeki katı yorumun davanın esasının incelenmesine engel olduğu ve bu nedenle başvuruçunun mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır”³⁶.

“Kişinin idari eyleme ilişkin tam yargı davası açma hakkını, idari eylem nedeniyle bir zarara uğramış olduğunu ve uğradığı zararın hangi sebep veya sebeplerden kaynaklandığını gerçekte değerlendirebildiğinde kullanabilmesi gerekir (Kemal İnan, B. No: 2013/1524, 6/10/2015; Haluk Pek, B. No: 2013/9094, 4/2/2016; Nahit Aydın, B. No: 2013/4072, 6/1/2016; Sezai Balta, B. No: 2013/8834, 4/2/2016; Mesut Ekinci, B. No: 2014/956, 18/5/2016)”³⁷.

Anayasa Mahkemesi bu konudaki içtihadını, özel hukuka ilişkin zamanaşımı süreleri için de uygulamıştır.

“Dava açma süresinin işlemeye başladığı an, mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin ölçülülüğü bağlamında

³⁶ AYM, 18.05.2016- 2014/956 (Mesut Ekinci).

³⁷ AYM, 20.09.2017- 2014/18135 (Ahmet Yıldırım).

büyük önem taşımaktadır. Bu kapsamda *dava açma süresinin hak sahibinin henüz dava hakkının doğduğundan haberdar olmadığı ve somut koşullar çerçevesinde haberdar olduğunun kabulünü haklı kılan nedenlerin bulunmadığı bir dönemde işlemeye başlaması* dava hakkının varlığını anlamsız kılabileceğinden ölçülülük ilkesini zedeleyebilir³⁸.”

Bu kararlardan anlaşıldığı üzere Anayasa Mahkemesi, davacının zararını öğrenip öğrenmediği araştırılmadan, süreleri fiilden (eylemden) itibaren başlatarak davaların süre nedeniyle veya zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle reddedilmesini, mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirmektedir. Bu durumda, kanunlarda düzenlenen “her halde fiilin işlendiği tarihten/eylem tarihinden itibaren” ifadesiyle başlayan mutlak sürelerin³⁹ Türk hukukunda uygulanma olanağı ortadan kalkmış mıdır sorusunun sorulması kaçınılmaz olmaktadır. Nitekim bilindiği üzere bu süreler zarar görenin zararını öğrenip öğrenmemesinden bağımsız olarak hukuk güvenliğini ve yukarıda açıklanan diğer menfaatleri korumak için kabul edilmiştir. Eğer her olayda sürelerin başlangıcı için davacının zararını öğrenmesi aranacaksa, fiilden itibaren başlayan mutlak sürelerin uygulanması söz konusu olmaz. Bu durumda, fiilden itibaren çok uzun yıllar (kırk yıl, elli yıl vs.) geçtikten sonra da tazminat davaları açılabilir. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi kanunları uygularken, öngörülen süreleri ortadan kaldıracak

³⁸ AYM, 25.7.2017- 2014/6673 (*Yaşar Çoban*). “Bu itibarla derece mahkemelerinin, uyuşmazlığın dayanağını teşkil eden olgunun öğrenildiği tarih ile ilgili her somut olay özelinde bireyselleştirilmiş bir değerlendirme yapma yolunu tercih etmeleri mahkemeye erişim hakkının korunmasına yönelik en uygun yaklaşım tarzı olacaktır. Aksi düşüncenin kabulü ile sadece uyuşmazlığın konusuna ya da davanın türüne göre genel ve ilkesel bir yaklaşım benimsenerek varsayımdan hareketle olgunun öğrenildiği, dolayısıyla dava açma süresinin başlatılacağı tarihin belirlenmesi ve bu yoruma göre geçen süreden sonra öğrenilmiş bir olguya dayalı olarak dava açılmayacağı kabul edilmesi dava açılmasını aşırı derecede zorlaştıracak ve hatta imkânsız hâle getirebilecektir. Bir başka ifadeyle derece mahkemesi kararlarında başvuruçuların uğradıklarını ileri sürdükleri zararı öğrendikleri veya öğrenmeleri gereken tarih hakkında hiçbir değerlendirme yapılmaksızın dava açma süresine ilişkin bazı kategorik kabul ve değerlendirmelerle davaların süre yönünden reddedilmesi mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir” [AYM, 20.09.2017-2014/18135 (*Ahmet Yıldırım*)].

³⁹ TBK m. 72; İYUK m. 13, f.2.

şekilde hareket edilmemesi gerektiğini kabul etse de sürelerin başlangıcını mutlaka zarar görenin zararı öğrenmesi olarak belirlemek bu sonucu kendiliğinden meydana getirmektedir. Sadece öğrenmeden itibaren başlayan bir zamanaşımı rejimine mevcut kanunların yorumlanması yoluyla ulaşılamayacağı kanısındayız⁴⁰. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, TBK m. 72’de düzenlenen kuralın, “her halde fiilin işlendiği tarihten itibaren başlayan” on yıllık bir mutlak zamanaşımı süresinin varlığı yok sayılarak maddenin katı/dar yorumu ile sadece zararın öğrenilmesinden itibaren başlayan bir sürenin kabul edilmesi, yorum sınırları içerisinde mümkün olmaz. Böyle bir durumda katı/dar yorum yapılması değil, kanunun aşılması söz konusudur.

X. Sonuç

Sonradan ortaya çıkan zararlarda zamanaşımı sorunu önemi ve güncelliğini korumaktadır. Sorun mutlak zamanaşımı sürelerinin varlığının tartışılmasında yoğunlaşmaktadır. Hukuk güvenliği, hukuk barışı ve borçlunun ispat zorluğuna düşmemesi menfaatlerini korumak için kabul edilen mutlak sürelerin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında adil yargılanma hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle, ihmal edildiği görülmektedir. Aynı konuda AIHM tarafından mahkûm edilen İsviçre devleti ise bu sorunu çözmek için, zamanaşımı kuralları konusunda büyük bir değişiklik gerçekleştirmiştir. İsviçre değişikliğinde mutlak sürelerin varlığından vazgeçilmemiş, sadece süre, ölüm ve vücut bütünlüğünün ihlalinden doğan zararlar açısından fiilden itibaren yirmi yıla çıkarılmıştır. Ayrıca bu süre sadece haksız fiil sorumluluğu için değil, aynı zamanda sözleşme sorumluluğu için kabul edilmiş ve idare hukukuna da uygulanır hale getirilmiştir.

⁴⁰ Yorum ile ilgili olarak, bkz., Kırca, Çiğdem: Kanunların Yorumunda Yorum Yöntemleri, Ankara Hukuk Toplantıları, Norm Koyma Hüküm Verme, Ankara 2011, s. 347 vd.; 6502 Sayılı TKHK’daki Düzenlemelerin Yorumlanması ve Görevli Mahkeme, Yargıtay Dergisi, Nisan 2017, C. 43, Sa.2, s. 348 vd.

Türk hukuku açısından, mahkemelerin mutlak süreleri uyguladıkları takdirde Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasayı ihlal yaptırımı ile karşı karşıya kalıp kalmayacakları konusunda bir belirsizlik vardır. Belirsizliğin giderilmesi için kanun değişikliği yapılmasının yararlı olacağı düşünülmektedir. Değişiklik ile İsviçre modelinde olduğu gibi, mutlak sürelerin uzatılması; haksız fiil, sözleşme ve idare hukukundaki sürelerin yeknesaklaştırılması önerilmektedir.

CİSMANİ ZARARLARA İLİŞKİN YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ

*Doç. Dr. Sema ÇÖRTOĞLU KOCA**

I. GİRİŞ

Yabancı mahkeme kararlarının Türk hukukunda hüküm doğurması, yabancı kararın niteliğine göre ya tanınması ya da tenfizi ile mümkün olur. Tanıma ve tenfiz talepleri, dava yoluyla ileri sürülmesi gerekir. Yabancı mahkeme kararlarının Türk mahkeme kararı gibi hukuki sonuç doğurabilmeleri için Türk mahkemelerince bir tanıma veya tenfiz kararı verilmesine bağlıdır. Tanıma ve tenfiz kararının verilmesiyle birlikte yabancı mahkeme kararı, Türk mahkemesi kararı kuvvet ve niteliğine sahip olur¹.

Örneğin, yabancı devlet mahkemesi cismani zarar nedeniyle tazminata hükmetmiş olabilir. Bu tazminatın, Türkiye’de bulunan davalının mallarından tahsil edilebilmesi için bu mahkeme kararının Türkiye’de tenfiz edilmesi gerekir.

Tanıma, yabancı mahkeme kararının sahip olduğu kesin hüküm kuvvetinin yabancı bir ülkeye de teşmili, yabancı bir ülkede de kabulüdür². Tespit kararlarının ve inşai (yenilik doğurucu) kararların örneğin; boşanma, nesebin reddi, vesayet kararı, kayyım atanması, isim tashihine ilişkin kararın tanınması gerekir.

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Öğretim Üyesi

¹ ŞANLI, C. /ESEN, E. / ATAMAN-FİGANMEŞE, İ. : Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2018, s. 503-505.

² NOMER, E. : Devletler Hususî Hukuku, İstanbul 2017, s. 504; ÖZBAKAN, I. : Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1987, s. 18; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 505.

Tanınmayan bir mahkeme kararı, ileri sürüldüğü ÷lke-
de kesin hükmün etkilerini göstermez. Bu durumda, yabancı
mahkeme kararının meydana getirdiği durum, maddi bir olgu
olarak göz önünde bulundurulabilir. Yani, tanıma talebini red-
deden mahkeme böyle bir yabancı mahkeme kararına takdirî
delil olarak dayanabilir³.

Yabancı mahkemelerce verilen eda kararları, Türkiye’de
tenfize konu teşkil ederler ve Türkiye’de icra edilebilmeleri
için tenfiz edilmeleri gerekir. Eda kararlarının örneğin; nafaka,
velayet, tazminat, alacağın tahsiline ve menkul malın teslimine
ilişkin kararların tenfiz edilmesi gerekir.

II. TANIMA VE TENFİZE İLİŞKİN TÜRK HUKUKUNDA YER ALAN DÜZENLEMELER

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfize iliş-
kin hükümler, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku
Hakkında Kanun’un⁴ (MÖHUK) 50-59. maddeleri arasında
düzenlenmekle beraber Türkiye’nin taraf olduğu, iki veya çok
tarafli milletlerarası sözleşmelerde de yabancı mahkeme karar-
larının tanınması ve tenfize ilişkin hükümler yer almaktadır.

A. MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELERDE YER ALAN TANIMA VE TENFİZE İLİŞKİN HÜKÜMLER İLE MÖHUK ARASINDAKİ ÖNCELİK İLİŞKİSİ

Türkiye, birçok devletle, yabancı mahkeme kararlarının
tanınması ve tenfize ilişkin hükümler içeren, iki veya çok
tarafli milletlerarası sözleşmeler akdetmiştir. Tanınması veya
tenfizi istenen yabancı mahkeme kararının verildiği devlet ile
Türkiye arasında, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve
tenfize ilişkin hükümler içeren bir anlaşmanın bulunması hal-
linde MÖHUK’ta yer alan tanıma ve tenfiz şartlarının mı yoksa
iki veya çok tarafli anlaşmada yer alan tanıma ve tenfiz şartla-

³ TİRYAKİOĞLU, B. : Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Ten-
fizi, Ankara 1996, s. 65.

⁴ 12.12.2007 tarihli ve 26728 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

rının mı uygulanacağı üzerinde durulması gereken önemli bir konudur⁵.

Anayasa'nın 90(5). maddesine göre, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır. Yine MÖHUK'un 1(2). maddesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır. MÖHUK'un ilgili hükmünde, uygulama açısından önceliğın milletlerarası anlaşmalara verildiği kabul edilmektedir. Bu nedenle, adli yardımlaşma anlaşması olan bir devlet mahkemesinden verilen kararının tanınması ya da tenfizinin, MÖHUK'ta yer alan hükümlere göre değil adli yardım anlaşmasında yer alan hükümlere göre değerlendirilmesi gerekir⁶.

Doktrinde, MÖHUK ile öngörülen tanıma ve tenfize ilişkin hükümlerin eski tarihli adli yardımlaşma anlaşmalarına nazaran daha elverişli olmaları sebebiyle anlaşmaların önemini yitirdiği ifade edilmiştir⁷. İki taraflı adli yardım anlaşmalarında, ilgililerin daha lehte olan iç hukuk hükümlerine (MÖHUK hükümlerine) dayanmalarına mâni değildir. Bu anlaşmalar eski olabilir ve MÖHUK'taki hükümlere göre daha ağır şartlar taşıyabilir. Taraflar, MÖHUK'un ilgili anlaşmaya nazaran daha avantajlı olan hükümlerinden yararlanabilirler. Çünkü anlaşmaların amacı, hiçbir zaman mahalli hukukun genel hükümleri ile sağlanan statü altında bir durum yaratmak deđildir⁸. Bu nedenle, uluslararası anlaşmaların MÖHUK'ta yer alan şartlardan daha ağır şartlar içermesi hainde MÖHUK hükümleri uygulanacaktır⁹.

⁵ ÇELİKEL, A. /ERDEM, B. B. : Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2017, s. 702-703.

⁶ EKŞİ, N. : Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul 2013, s. 1 (Tanınma ve Tenfiz), s. 481-482.

⁷ ERTAŞ, Ő. : "Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi", Kudret Ayiter Armağanı, Ankara 1988, s. 405.

⁸ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 567.

⁹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 703.

Kadıköy 4. Asliye Ticaret Mahkemesi 17.06.2008 tarihli kararında¹⁰; Özbekistan ile Türkiye arasında yapılan iki taraflı adli yardım anlaşmasındaki hükümlerin MÖHUK'a nazaran daha ağır şartlar içermesi nedeniyle tenfiz için genel kanun niteliğinde olan MÖHUK'un tanıma ve tenfize ilişkin hükümlerini uygulamıştır.

B. MÖHUK'TE YER ALAN DÜZENLEMELER UYARINCA YABANCI MAHKEME KARARLARININ TÜRKİYE'DE TANINMASI VE TENFİZİ

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi 50-59. maddeler arasında düzenlenmiştir. MÖHUK'un 50. maddesinde ön şartlar yer almaktadır. Tenfize ilişkin diğer şartlar ise, MÖHUK'un 54. maddesinde düzenlenmektedir.

a. Tanıma ve tenfizin ön şartları:

1. Yabancı bir devlet mahkemesi tarafından verilmiş bir ilamın bulunması gerekir.

Cismani zararlara ilişkin olarak verilmiş olan hükmün, yabancı bir mahkeme tarafından verilmesi gerekmektedir. Yabancı hakem kararlarının MÖHUK m. 50-59 hükümleri çerçevesinde tanınması ve tenfizi mümkün değildir. Hakem mahkemeleri tarafından verilen kararların tanınması ve tenfizi ya Türkiye'nin taraf olduğu 1958 tarihli New York Anlaşması-na¹¹ göre ya da MÖHUK'un 60-63. maddelerine tabidir.

Milletlerarası antlaşmalarla veya bir ülkenin kendi yapacağı düzenlemelerle, yabancı idari makamlar tarafından verilen kararların tanınması ve tenfizi de mümkün olabilir¹². Örneğin,

¹⁰ Kadıköy 4. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2007/1020, K. 2008/386, T. 17.06.2008. Karar için bkz. EKŞİ, N. : Kanunlar İhtilâfı Kurallarına Milletlerarası Usul Hukukuna Vatandaşlık ve Yabancılar Hukukuna İlişkin Seçilmiş Mahkeme Kararları, İstanbul 2009, s. 123-125 (Mahkeme Kararları).

¹¹ 21.05.1991 tarihli ve 20877 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

¹² Örneğin 29.04.2006 tarihli ve 26153 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 30/2. maddesine göre evlât edinme olaylarına ilişkin yabancı adli veya idarî makamlarca verilen ve o ülkenin hukukuna

Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda 17.04.2017 tarihinde yapılan değişiklik ile yabancı ülke adli veya idari makamlarınca verilen boşanma kararları nüfus kütüğüne tescil edilebilir¹³. Ancak halen, cismani zararlara ilişkin olarak yabancı idari makamlardan verilmiş bir ilamın Türkiye'de tanınması ve tenfizi mümkün değildir.

2. İlamın, hukuk davalarına ilişkin olması gerekir.

Bu şarta göre, cismani zararlara ilişkin olarak verilmiş yabancı mahkeme kararının hukuk mahkemelerinden verilmesi şart olmayıp, verilen kararın özel hukuk ilişkilerinden doğan bir ihtilafı çözmek için verilmiş olması yeterlidir¹⁴. Ceza kararlarında yer alan kişisel haklarla ilgili hükümler hakkında da tenfiz kararı verilebilir.

3. Kararın, verildiği devlet kanunlarına göre kesinleşmiş olması gerekir.

Hukukumuzda göre kararın kesinleşmesi için hem şekli hem de maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmesi gerekir¹⁵. Geçici

göre kesinleşmiş olan veya kesin hüküm gibi sonuç doğuran karar ve belgelerin Türkiye'de icra olunabilmesi, yetkili Türk mahkemesi tarafından tanıma veya tenfiz kararı verilmesine bağlıdır. Bu düzenleme uyarınca, yabancı idari makamlarca evlat edinme olaylarına ilişkin verilen kararlar diğer şartları da sağlama şartıyla Türk mahkemeleri önünde tanıma veya tenfiz davasına konu edilebilir: KÖLE, M. : "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizinde Usul", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 34, Yıl: 2016, s. 46-47.

¹³ Kanunun 27/A maddesine göre, yabancı ülke adli veya idari makamlarınca boşanmaya, evliliğin butlanına, iptaline veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin olarak verilen kararlar; bizzat veya vekilleri aracılığıyla tarafların birlikte başvurusu, verildiği devlet kanunlarına göre konusunda yetkili adli veya idari makam tarafından verilmiş ve usulen kesinleşmiş olması ve Türk kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması şartlarıyla nüfus kütüğüne tescil edilir. Nüfus kütüğüne yapılacak tescil işlemleri, yurt dışında kararın verildiği ülkedeki dış temsilcilikler, yurt içinde ise Bakanlık tarafından belirlenen nüfus müdürlükleri tarafından yapılır. Bu maddede sayılan şartlar yerine getirilmediği gerekçesiyle tescil talebi reddedilen kararların Türkiye'de tanınması, MÖHUK uyarınca yapılır. Yabancı ülke adli veya idari makamlarınca boşanmaya, evliliğin butlanına, iptaline veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin verilen kararların aile kütüğüne tescilini düzenlemek amacıyla Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmelik, 07.02.2018 tarihli ve 30325 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁴ KÖLE, s. 48.

¹⁵ ÖZBAKAN, s. 150.

nitelikteki ihtiyati tedbir ve haciz kararları tanınıp tenfiz edilemez. Yine iflas kararlarının da tenfizi mümkün değildir.

Yabancı kararda kesinleşme şartı bakımından bulunması gereken özellik, verildiği ülke hukukuna göre ihtilaf konusunun kesin ve nihai olarak halletmiş olmasıdır. Bu nedenle, verildiği ülke hukukuna göre hem şekli hem de maddi anlamda kesinleşmiş yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi mümkündür. Sadece şekli anlamda kesinleşmiş mahkeme kararlarının tenfizi ise mümkün değildir. Yabancı kararın şekli ve maddi anlamda kesinleşip kesinleşmediği, kararın verildiği ülke hukukuna göre belirlenecektir. MÖHUK'un 53(b) maddesine göre bunu ispat zımında davacının kesinleşme şerhi veya belgesini dava dilekçesine eklemesi gerekir. Mahkeme kararlarının kesinleşmesi bazı hukuk sistemlerinde karar altına yazılan ve hâkim tarafından imzalanan bir şerhle, bazı ülkelerde bir ek veya ara kararla, bazı ülkelerde mahkeme kararlarının tescil veya depo edildiği resmi bürodan verilen belgelerle, bazı ülkelerde ise davanın avukat tarafından verilen bir yeminli beyan (Affidavit) ile açıklanmaktadır¹⁶.

b. Tanıma ve tenfize ilişkin diğer şartlar:

1. Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiilî uygulamanın bulunması.

Tanıma için karşılıklılık şartı aranmamaktadır (MÖHUK m. 58(1)).

Gerek akdi gerekse fiili veya hukuki karşılıklılığın tespiti, mahkemece bir araştırmayı gerektirmektedir. Mahkeme her üç karşılıklılık türü bakımından doğrudan kendi bilgi ve araştırmasına dayanabileceği gibi, özellikle fiili ve hukuki karşılıklılığın tespiti konusunda Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne, Hukuk Fakültelerine, Türkiye'nin de taraf olduğu Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi

¹⁶ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 521-522.

Edinilmesine Dair Anlaşmaya istinaden yabancı ülke makamlarına veya ilgili yabancı ülkenin Türkiye'deki elçilik veya konsolosluklarına başvurulabilir¹⁷.

2. İlâmın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması.

Bir yetki kuralının yabancı mahkeme kararının tenfizini önleyebilmesi için, ihtilaf konusunun mutlak şekilde ve sadece Türk mahkemelerinde görülmesini sağlamak amacıyla konulmuş olması gerekir¹⁸. Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanununun¹⁹ (HMK) 12. maddesi uyarınca, Türkiye'de bulunan taşınmazın aynından doğan davalarda yetki kuralı, münhasır yetki kuralıdır. Yine vasi tayini ve bunun icrasına ilişkin kararlar, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini oluşturmaktadır.

Yabancı mahkemelerin vermiş olduğu cismani zararlara ilişkin tazminat kararları, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konudur. Bu nedenle, bu kararların tenfizi mümkündür.

Tanıma ve tenfizde Türk hâkimi, kural olarak, kararı veren yabancı mahkemenin yetkisine ilişkin herhangi bir inceleme yapmamaktadır. Dolayısıyla yabancı ülke mahkemelerinin yetkisi, Türk tenfiz hâkiminin incelemesine dahil değildir. Bununla birlikte kanun koyucu, ihtilaf konusu olay veya taraflar ile gerçek bir bağlantısı olmayan ülke mahkemelerinden verilen kararların tenfizine engel olmak istemiştir. Hükmün amacı, aşırı yetki kuralları ile kendini yetkili gören ülke mahkemelerinden verilen kararların tenfizine engel olmaktır²⁰.

Yabancı mahkemenin kendisini aşırı yetki teşkil edecek şekilde yetkili saymasının tenfize engel olabilmesi, bu hu-

¹⁷ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 534.

¹⁸ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 535.

¹⁹ 4.2.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

²⁰ DOĞAN, s. 118-119.

susun tenfiz davasında davalı tarafın itiraz konusu yapmış olmasına bağlıdır.

Örneğin, davalının yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesinin genel yetkili mahkeme olarak pek çok hukuk sisteminde kabul edilmesine karşın, davacının yerleşim yeri veya mutad meskeni mahkemesinin yetkili olması istisnai bir durum olmaktadır. Münhasıran davacının *forum* ile olan belli bir irtibatını (uyrukluk, yerleşim yeri, mutad mesken gibi) esas alan, geniş uygulama alanına sahip yetki kuralları, prensip olarak, aşkın yetki (aşırı yetki) kuralları (*exorbitant jurisdiction rules*) olarak nitelendirilir²¹. Bu kurallar, davanın konusu veya tarafları ile mahkeme arasındaki irtibatı zayıf, geçici, tesadüfi ölçülere göre tesis eden veya herhangi bir bağlantı aramayan yetki kurallarıdır²².

3. Hükümün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması.

Yabancı bir kararın Türk kamu düzenine açıkça aykırı sayılabilmesi için, kararda yer alan hüküm fıkrasının, Anayasanın veya hukuk sisteminin temel ilkelerine, Türk toplumunun genel örf-adet ve ahlak anlayışına aykırı olmamalıdır²³. Bu anlamda, örneğin, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükleri yok eden veya kısıtlayan ya da Anayasa'da yer alan bazı temel ilkeleri ihlal eden kararlar, savunma haklarına riayet edilmeden verilen kararlar, genel ahlaka aykırı talep ve ilişkileri hüküm altına alan kararlar, hukuken veya ahlaken ifası istenemeyen ve himayesi caiz olmayan bir alacağı, özellikle tenfiz devletinin veya bir üçüncü devletin dış ticaret, gümrük veya vergi mevzuatına karşı muvazaa teşkil eden ilişkilerden doğan alacakları hüküm altına alan kararlar; sahte evrak tanzim etmek suretiyle hile ile elde edilen kararlar kamu düzenine açıkça aykırı sayılabilir²⁴.

²¹ DARDAĞAN, E. : Milletlerarası Usul Hukukunda "Aşkın Yetki" Kavramı, Ankara 2005, s. 145-146.

²² EKŞİ, N. : Milletlerarası Ticaret Hukuku, İstanbul 2015, s. 138 (Milletlerarası Ticaret).

²³ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 543.

²⁴ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 543-546.

Tazminat davası aleyhine sonuçlanan tarafın bu ilamın icrası nedeniyle güç duruma düşecek olması, ekonomik varlığının çok ciddi bir bölümünü kaybedecek, iflas edecek, bakmakla yükümlü olduğu kişilere bakamayacak duruma düşecek olması Türk kamu düzenine aykırı değildir. Tazminata ya da belli bir meblağ paranın karşı tarafa ödenmesine hükmederken hâkim, kural olarak borçlunun ekonomik şartlarını, objektif imkansızlıklarını düşünmek zorunda değildir²⁵.

Ancak bu tazminatlar cezai nitelikte ise ya da bir takım temel prensiplerimize aykırı yabancı hukukların uygulanması suretiyle karar verilmişse, bu noktada esasa uygulanan yabancı hukukun Türk kamu düzenini ihlal ettiğini söylemek mümkündür²⁶.

Hangi tür yabancı mahkeme kararlarının kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle tenfiz edilemeyeceğini önceden tespit edebilmek mümkün değildir. Kamu düzeni zamana ve mekâna göre değişebilen bir yapıya sahiptir. Bu nedenle, her somut olayda, tenfiz kararını verecek olan hâkimin değerlendirme yapması şarttır²⁷.

4. O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması.

Bir başka deyişle, karar, davalının savunma haklarına riayet edilerek verilmiş olmalıdır. Savunma haklarına uyulup uyulmadığı, esas davanın görüldüğü ülke hukukuna göre belirlenecektir. Davalının savunma haklarına uyulmamış olması yeterli değildir ayrıca davalının buna Türk mahkemesinde itiraz etmesi gereklidir. Hâkim bunu resen göz önüne alamaz.

²⁵ DEMİR GÖKYAYLA, C. : Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni, Ankara 2001, s.177.

²⁶ DEMİR GÖKYAYLA, s. 177.

²⁷ DOĞAN, V. : Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2016, s. 123.

Hakkında tenfiz istenen taraf, davanın görüldüğü ülke hukukuna uygun olarak mahkemeye çağrılmadığını; yani kendisine tebligat yapılmadığını veya mahkemede temsil edilmediğini ya da usulüne uygun bir gıyap prosedürü içinde karar verilmediğini ileri sürdüğünde, davalıdan olumsuz bir hususun ispatı istenemeyeceğinden, bunların aksini ispat külfeti davacıya geçecektir. Bu durumda davacı, doğrudan yabancı ülkedeki dava dosyasından temin edeceği veya mahkemenin resen yabancı mahkemeden getireceği bilgi ve belgelerle davalının ileri sürdüğü hususların aksini ispatlayabilir. Burada, davalıya usulüne uygun tebligatın yapıldığının kararda belirtilmiş olmasının bir önemi yoktur. Davacının, karar metnindeki ifadeden bağımsız olarak, usulüne uygun bir tebligatın davalıya yapıldığını karar harici belgelerle ispatlaması gerekir²⁸.

c. Tanıma ve tenfize engel diğer sebepler:

Tanıma veya tenfize engel diğer sebepler MÖHUK'un 55(2). maddesinde sayılmaktadır. Karşı taraf ancak tenfiz şartlarının bulunmadığını veya yabancı mahkeme ilâmının kısmen veya tamamen yerine getirilmiş yahut yerine getirilmesine engel bir sebep ortaya çıkmış olduğunu öne sürerek itiraz edebilir.

MÖHUK'un 55(2). maddesi uyarınca, tanıma veya tenfiz davasında davalı, yabancı mahkeme ilâmının kısmen veya tamamen yerine getirilmiş olduğu itirazını da yapabilir. Yabancı karara konu alacağın ifa edilmiş olması, bu alacağı hüküm altına alan yabancı kararın tenfizine engel olur. Burada söz edilen ifa, kural olarak, yabancı kararın verilmesinden sonra gerçekleşen ifadır²⁹. Örneğin, yabancı mahkeme tarafından tazminat kararı verilmiş ve aleyhine tazminat kararı verilen taraf söz konusu miktarı mahkeme veznesine kısmen veya tamamen yatırmış olabilir³⁰. Yine, davalı ifayı gerçekleştirdiğini yargılama sırasında ileri sürmüş ve fakat mahkemece bu talep ve iddia hiçbir şekilde değerlendirilmemiş ise, davalı yine de tenfiz da-

²⁸ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŐE, s. 560-561.

²⁹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŐE, s. 562.

³⁰ EKŞİ (Tanınma ve Tenfiz), s. 317.

vasında, ifaya dayanarak itirazda bulunabilir. Bu durum, esasa girme anlamına gelmez³¹. Bu durumlara rağmen, kendisine karşı Türk mahkemesinde tenfiz davası açılırsa, MÖHUK'un 50. maddesindeki ön şartlar ve MÖHUK'un 54. maddesindeki esasa ilişkin şartlar gerçekleşmiş olsa bile, davalı, yabancı ilamın kısmen veya tamamen yerine getirdiği itirazını yaparak, tenfize engel olabilir. Eğer yabancı ilamı tamamen yerine getirmişse o zaman tenfiz davası reddedilecektir; yok eğer yabancı ilam kısmen yerine getirilmişse davalının yerine getirdiği kısım ölçüsünde davacının tenfiz talebi reddedilecektir. Bazı hallerde, yabancı mahkeme kararındaki tazminat, alacağın tahsili veya menkul bir malın iadesine ilişkin hüküm yerine getirmekle beraber yargılama masrafları ödenmeyebilir. Böyle bir durumda sadece yabancı mahkeme tarafından hükmedilen yargılama giderlerinin tahsil edilmesi için de tenfiz davası açılabilir³².

MÖHUK'un 55(2). maddesine istinaden, ifa sebebiyle tenfize itiraz edebilmek için, ifanın bizatihi davalı tarafından gerçekleştirilmiş olması şart değildir. Davacı, tenfize konu kararda hükme bağlanan alacağını bir başkasından tahsil etmiş ise, davalı kararın ifa edildiğini ileri sürerek tenfize itiraz edebilir. Cismani zarar sonucunda ortaya çıkan zararın sigortalandığı uygulamada sıklıkla görülmektedir. Davacı zarar gören, tüm zararını sigortacıdan tahsil etmesine rağmen, yargı yoluna başvurup bir alacak veya tazminat kararı elde etmiş ve bunun tenfizini talep etmiş ise, davalı, tenfize konu alacağın veya tazminat talebinin sigortadan tahsil edildiğini, yani borcun ifa edildiğini ileri sürerek tenfize itiraz edebilir³³.

Yabancı mahkeme ilâmının kısmen veya tamamen yerine getirilmesine engel bir sebebin ortaya çıkması durumunda da tanıma ve tenfizin yapılması mümkün olmamaktadır. Tanıma ve tenfize engel olabilecek sebeplere şu örnekler verilebilir:

³¹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 563.

³² DOŐAN, s. 107; EKŞİ (Tanınma ve Tenfiz), s. 317.

³³ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 563.

1. Yabancı mahkemenin verdiği kararın, Türk mahkemesince verilen ve tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir ilamla çelişmesi

Yabancı mahkemenin verdiği cismani zarara ilişkin kararın, Türk mahkemesince verilen ve tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir ilamla tezat teşkil etmesi, bir tanıma ve tenfiz engeli- dir. Davalı taraf, Türk mahkemesinde kesin hüküm itirazında bulunarak, tanıma ve tenfize engel olabilecektir.

Örneğin, Türkiye’de meydana gelen bir trafik kazası nede- niyle açılan ceza davasında tamamen kusursuz bulunarak be- raat eden bir kişi aleyhine yabancı mahkemede açılan hukuk davasında tazminata hükmedilmiş olması halinde, tazminata ilişkin yabancı ilamın tenfizi mümkün deđildir³⁴.

2. Yabancı ilamın zamanaşımına uğraması

Cismani zarara ilişkin yabancı mahkeme kararının tanınma- sı ve tenfiz edilebilmesi için zamanaşımına uğramamış olması gerekir. Zamanaşımı süresinin Türk hukukuna mı yoksa kara- rın verildiği devlet hukukuna göre mi belirlenmesi konusunda sorunlar ortaya çıkabilecektir. Doktrinde yabancı ilamın, ne kadar sürede zamanaşımına uğrayacağını, kararı veren yaban- cı mahkemenin hukukuna göre belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu şekilde, kararın verildiği devlette zamanaşı- mına uğramış yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de tenfi- zi de mümkün olmayacaktır³⁵.

3. Tenfizi istenen ilama konu alacağın alacaklı tarafından ibra edilmesi

Davacının, tenfize konu cismani zarar alacağı için davalıyı ibra etmiş olması tenfize engeldir³⁶.

4. Yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması

³⁴ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 551.

³⁵ EKŞİ (Tanınma ve Tenfiz), s. 320-321; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 565.

³⁶ EKŞİ (Tanınma ve Tenfiz), s. 323; ERTAŞ, s. 402; ŞANLI /ESEN/ ATAMAN-Fİ- GANMEŐE, s. 565.

Cismani zarara ilişkin yabancı ilamın, verildiği ũlkede yargılamanın yenilenmesine konu olması, Tũrk mahkemesinde sŕz konusu ilamın tenfizine engel olur³⁷.

5. Yabancı mahkeme ilamının konusunun ortadan kalkması

Yabancı mahkeme ilamının konusunun ortadan kalkması, Tũrk mahkemesinde tenfize engel teşkil eder³⁸.

Tũrk tanıma ve tenfiz hâkimi kural olarak yabancı mahkeme kararının doğruluğunu inceleyemez. Gerek yabancı kararda uygulanmış olan usul gerekse kararda yer alan maddi ve hukuki tespitler tanıma ve tenfiz hakiminin inceleme konusu dışındadır. Bu sistem revizyon yasağı (*révision au fond*) olarak ifade edilir. Usulde veya kararın hũkmünde yapılan hatalar, tanıma ve tenfiz kararına kural olarak etkili olmamaktadır. Tanıma ve tenfiz usulũnde yabancı mahkeme kararının maddi ve hukuki bakımdan bũtũn çerçevesiyle incelemesine izin verilseydi, bu, davanın Tũrk mahkemesinde tekrar gŕrũlmesi anlamına gelirdi. Yabancı kararın inceleme dışında tutulması kuralının istisnası ise, vazgeçilemeyecek değerlerin ihlal edilmesidir. Bu durumda, tanıma ve tenfiz devletinin kamu dũzeninin mũdahalesi kaçınlmaz olur³⁹.

d. “RICO Damages” ve “Punitive Damages” kararlarının Tũrkiye’de tenfizi

Amerikan hukukunda yer alan bazı tazminat tũrlerine ilişkin mahkeme kararlarının Tũrkiye’de tanınması ve tenfizinin mũmkũn olup olmayacağı tartışmalıdır. Özellikle “RICO Damages” ve “Punitive Damages” kararlarının Tũrkiye’de tenfiz edilip edilmeyeceği belirsizdir.

Dolandırıcılık ve Suç Őrgũtũ Kanunu (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*) kısaca RICO Kanunu veya RICO olarak anılmaktadır. RICO’nun kapsamına, kumar, adam Ől-

³⁷ EKŞİ (Tanınma ve Tenfiz), s. 323; ERTAŞ, s. 402.

³⁸ EKŞİ (Tanınma ve Tenfiz), s. 323.

³⁹ NOMER, s. 516-517.

dürme, hırsızlık, rüşvet, zimmet, kara para aklama, yasa dışı yollarla Amerikan vatandaşlığını kazanma gibi suçlar girmektedir. RICO Kanununda işi veya malvarlığı zarar göre şahsın, zararının üç katı tazminata (treble damages) karar vereceği ifade edilmiştir. Üç katı tazminat (treble damages), mahkemenin zarar gören taraf için hükmettiği tazminatı, üç katına çıkarmasıdır. Bu kavram yerine “exemplary damages” kavramı da kullanılmaktadır. Bu tazminat, toplam zararı aşar ve genellikle gerçek zararın katlarından oluşur⁴⁰.

Amerikan hukukunda bir de punitive damages yer almaktadır. Punitive damages ile bir yandan maddi kayıpların giderilmesi diğer yandan aynı eylemin tekrarlanmaması amaçlanmıştır. Punitive damages, hukuka aykırı davranan şahsı cezalandırmak için gerçek zararın üstünde bir tazminata karar verilmesidir. Amerikan hukukunda, punitive damages’a haksız fiiller, sözleşmeler, eşya hukuku, deniz hukuku, iş hukuku ve aile hukuku alanlarında izin verilmektedir⁴¹.

RICO ve punitive damages kararlarının Türk mahkemelelerinde tenfizinin mümkün olup olmadığı sorusunun yanıtlandırılması açısından bu kararın niteliğinin vasıflandırılması çok önemlidir. Çünkü yabancı mahkeme kararlarının tenfiz edilebilmesi için bu kararların özel hukuka ilişkin olması şarttır. Kararı veren mahkemenin niteliği önem taşımamakla beraber verilen kararın niteliği önemlidir. Bu kararın özel hukuka ilişkin olması tenfiz için ön şart teşkil etmektedir. Punitive damages ve RICO Kanununda yer alan treble damages Amerikan hukukuna göre özel hukuk müessesesi olarak vasıflandırılmaktadır⁴².

RICO damages ve punitive damages kararlarının Türkiye’de tenfizinin mümkün olup olmayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Nomer’e göre, Amerikan hukukunda ekonomik ceza hukuku karakterli RICO Kanunu uyarınca, haksız fiilden doğan

⁴⁰ EKŞİ (Tanınma ve Tenfiz), s. 578-581.

⁴¹ EKŞİ (Tanınma ve Tenfiz), s. 581-583.

⁴² EKŞİ (Tanınma ve Tenfiz), s. 605-607.

zararların üç misliyle tazminine (treble damages) hükmeden Amerikan mahkemesi kararları, Türk sorumluluk hukukunun temel ilkelerine, özellikle “zarar miktarını aşan bir tazminata hükmedilemeyeceği” ilkesine aykırılığı sebebiyle, Türk kamu düzeninin müdahalesine uğrayabilecektir. Çünkü Türk hukukunda özel hukuka ait zararların giderilmesinde, zarar görene sadece haksız fiilin sebep olduğu maddi kayıpların ve belirli gayri maddi zararların tazmin edilmesi imkânı tanınmıştır (telafi ilkesi). Buna karşılık, haksız fiil failinin sebep olduğu zararlar sebebiyle cezalandırılması, cezalandırmak münhasıran devletin tekelinde olduğundan, adli mahkemelerin değil, ceza mahkemelerinin yetkisindedir. Bir Amerikan mahkeme hükmünde yer alan tazminat miktarı, zarara uğrayanın zararını telafi etmenin yanında zarar verenin cezalandırılmasına da hizmet etmekte ise, Amerikan mahkeme kararının tanınması mümkün değildir. Böyle bir durumda ancak kısmi bir tanıma ve tenfiz mümkün olabilir⁴³.

Doğan, bazı ülkelerin hukuklarında mevcut olan ve cezalandırma amacı ile verilen tazminat kararlarının tanıma ve tenfize konu olamayacağını belirtmektedir. Ceza hukuku alanında ülkesellik esasının geçerli olduğunu, cezalandırma amacı taşıyan tazminat kararlarının diğer ülkelerde hüküm ve sonuç doğuramayacağını ifade etmiştir⁴⁴.

Şanlı/Esen/Figanmeşe’ye göre, Amerikan hukukunda punitive damages ve Türk hukukunda bazı kambiyo suçları ile ilgili olarak verilen kararların, maddi hukuktan doğan haklardan ziyade kamu adına caydırma, korkutma veya iyileştirme amacı taşıdığı ölçüde cezai niteliktedir. Cezai nitelikteki kararların tenfizi mümkün deđildir⁴⁵.

Demir Gökyayla’ya göre, hukuk hakiminin zarar vereni cezalandırmak amacıyla, gerçek zararın üzerinde bir tazminata mahkûm edilmesi, Türk kamu düzenini zedeleyen bir durum-

⁴³ NOMER, s. 510.

⁴⁴ DOĞAN, s. 111.

⁴⁵ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 518.

dur. Bu anlamdaki kararları hukuk davalarına ilişkin olmasına rağmen kamu düzenine aykırılıkları nedeniyle reddedilmesi mümkündür. Bu kararlar⁴⁶, cezai nitelikleri nedeniyle, tenfiz edilmeleri Türk kamu düzenine aykırılık nedeniyle kabul edilmemelidir⁴⁷.

*Ekşi'*ye göre, eğer, RICO damages veya punitive damages kararlarının, özel hukuka değil ceza hukukuna dahil olduğu kabul edilecek olursa o zaman MÖHUK'un 50. maddesinde tenfizin ön şartlarından biri olarak anılan, yabancı ilamın özel hukuka ilişkin olması şartı yerine gelmemiş olduğundan tenfiz edilmeleri mümkün olmayacaktır. *Ekşi'*ye göre, cezalandırıcı ve caydırıcı tazminatlar özel hukuka ilişkindir⁴⁸.

RICO damages veya punitive damages kararları, Türk hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizin de kamu düzeni müdahalesini gerektirebilecek durumlardan biridir. Türk hukukunun da dahil olduğu Kıta Avrupası hukuk sisteminde tazminat, zararın giderici olma yönü ağırlık taşımakta, ancak önleyici amacı bulunmamaktadır. Verilen zarar gideren kısmı dışında kalan tazminat miktarı, tazminat olarak değerlendirilmemekte, ceza olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, Çelikel/Erdem'e göre, ABD hukukunda bulunan, oluşan zararın üç katına kadar verilen tazminat miktarı, cezai nitelikte kabul edilmelidir⁴⁹.

⁴⁶ Örneğin, Alman Yüksek Mahkemesi (BGH., 04.06.1992; IPRax5/1993 310-321) verdiği bir kararında cezai tazminata ilişkin Amerikan mahkeme kararının tenfizini reddetmiştir. Amerikan mahkeme kararında davacı lehine 750.260\$ tazminata hükmedilmiştir. Karardaki tazminatın oluőturduduęu kalemler Şunlardır;
260\$ tedavi masrafları
100.000\$ gelecekteki tıbbi bakım masrafları
50.000\$ gelecekte gerekirse bir bakım evine yerleőtirilme masrafları
200.000\$ yaşadığı korku, çektiği ağrı, acı ve bu tür diğer zararlara karőtılık
400.000\$ cezai tazminat
Alman Federal Mahkemesi, diğer tazminat kalemlerinin tenfizini kabul etmekle beraber, 400.000\$ tutarındaki cezai tazminatın Almanya'da tenfiz edilemeyeceğine karar vermiştir. Kısmi tenfiz, ancak kararın deęiőtik hüküm fıkraları için mümkündür. Tazminatın, miktarı indirilerek "kısmen" tenfizi, Türk hukuku bakımından kabul edilmiőt bir kısmi tenfiz değildir: DEMİR GÖKYAYLA, s. 178-180.

⁴⁷ DEMİR GÖKYAYLA, s.179.

⁴⁸ EKŞİ (Tanınma ve Tenfiz), s. 680.

⁴⁹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 737.

Gerçek zararın üç katı tazminat ödemesinde olduğu gibi RICO damages veya punitive damages kararlarının bir kısmı, misli tazminat niteliğindedir. Türk hukukunda, bazı yasal düzenlemelerde örneğin, Türk Borçlar Kanunu'nda, misli tazminata yer verilmiştir. *Ekşi'*ye göre, misli tazminat, Türk hukukunda da düzenlenen bir müessese olduğundan yabancı mahkemeler tarafından verilen misli bir tazminat kararlarının, sırf misli niteliklerinden dolayı Türk kamu düzenine aykırı değildir. Hatta misli tazminata Türk hukukunda hiç yer verilmemiş olsaydı bile, yabancı mahkemece verilen misli tazminat kararının Türkiye'de tenfizine, kamu düzeni vasıtasıyla engel olmak mümkün değildir. Çünkü sistem farklılıkları kural olarak, yabancı mahkeme kararının, Türk hukukunda mevcut olmayan esaslara dayanıp dayanmaması değil, tahammül edilemez bir sonuç yaratıp yaratmadığıdır. Türk hukukunda punitive tazminatın olmadığını öne sürmek de mümkün değildir. Tıpkı Amerika'nın bazı eyaletlerinde punitive tazminatlarda limit belirlenmesinde olduğu gibi, İcra İflas Kanunu'nda (İİK)⁵⁰ yer alan icra inkâr tazminatının ödenmesi kararlaştırılmıştır. İİK'da yer alan icra inkâr tazminatı, hiç şüphesiz punitive yani cezalandırıcı ve caydırıcı niteliktedir. Yabancı mahkemece verilen punitive tazminat, sırf adından dolayı kamu düzenine aykırı olmayacaktır. Ancak yabancı mahkemece hükmedilen cezalandırıcı ve caydırıcı tazminatın makul düzeyde olmaması; somut olayın özelliklerine göre fahiş ve aleyhine tazminat kararı verilen tarafın ekonomik yıkımına sebep olması ya da AİHS'e ek 1 numaralı Protokolün 1. maddesi ile teminat altına alınan mülkiyet hakkını ihlâl etmesi halinde, cezalandırıcı ve caydırıcı tazminata ilişkin yabancı ilam, Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edebilir⁵¹.

e. Tanıma ve tenfiz davalarında usul:

Tenziz kararını verecek görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir (MÖHUK m. 51(1)). Aile hukukuna ilişkin yabancı

⁵⁰ 19.06.1932 tarihli ve 2128 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁵¹ EKŞİ (Tanınma ve Tenfiz), s. 680-681.

mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi, Aile mahkemelerinin bulunduğu yerlerde, bu mahkemelerin görevi dahilindedir (Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un⁵² 4(2). maddesi). Bu kararlar kendisine karşı tenfiz istenen kişinin Türkiye'deki yerleşim yeri, yoksa sâkin olduğu yer mahkemesinden, Türkiye'de yerleşim yeri veya sâkin olduğu bir yer mevcut değilse Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinden istenebilir (MÖHUK m. 51(2)).

Kararın tenfiz edilmesinde hukukî yararı bulunan herkes tenfiz isteminde bulunabilir. Tenfiz davası, taraf teşkili suretiyle (hasımlı şekilde) HMK'da öngörülen (m. 316-322) "basit yargılama usulü"⁵³ **hükümlerine göre görülür**⁵⁴.

Tenfiz istemi dilekçe ile olur. Dilekçeye karşı tarafın sayısı kadar örnek eklenir. Dilekçede; tenfiz isteyenle, karşı tarafın ve varsa kanunî temsilci ve vekillerinin ad, soyad ve adresleri, tenfiz konusu hükmün hangi devlet mahkemesinden verilmiş olduğu ve mahkemenin adı ile ilâmın tarih ve numarası ve hükmün özeti ve de tenfiz, hükmün bir kısmı hakkında isteniyorsa bunun hangi kısım olduğu hususları yer alır (MÖHUK m. 52). Tenfiz dilekçesine; yabancı mahkeme ilâmının o ülke makamlarınca usulen onanmış aslı veya ilâmı veren yargı organı tarafından onanmış örneği ve onanmış tercümesi ile ilâmın kesinleştiğini gösteren ve o ülke makamlarınca usulen onanmış yazı veya belge ile onanmış tercümesi eklenir (MÖHUK m. 53).

MÖHUK'un 53. maddesine göre, tenfiz dilekçesine usulüne uygun tercüme edilmiş ve onanmış yabancı karar aslı ve tercümesi, usulüne uygun tercüme edilmiş ve onanmış kesinleşme belgesinin eklenmesi gerekir. Ancak bu belgelerin dilek-

⁵² 18.01.2003 tarihli ve 24997 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁵³ Tanıma ve tenfiz kararların bakımından basit yargılama usulünün kabul edilmesi, tanıma ve tenfiz taleplerinin içeriği bakımından da uygundur. Zira esasa girme yasağı nedeniyle mahkeme etrafıca bir inceleme yapmayacak, şekil ve esas bakımından tanınması ve tenfizi kabil bir kararın olması durumunda karar Türk mahkemelerinde tanınacak ve tenfiz edilecektir. ÖNAL, A. : "Tanıma ve Tenfiz Kararlarının Hukuki Niteliği", MHB, Cilt: 37, Sayı: 2, MHB, Cilt: 37, Sayı: 2, s. 593.

⁵⁴ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 596.

çeye eklenmemesinin müeyyidesi MÖHUK'ta açıklanmamıştır. Burada, Yargıtay'ın da bazı kararlarında belirttiği gibi, bu tür usuli konularda özel kanunda hüküm yoksa genel kanun durumundaki HMK hükümleri dikkate alınmalıdır. HMK hükümlerine göre, dava dilekçesinde eksiklik bulunması halinde hâkim davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verir. Bu süre içerisinde eksikliğin tamamlanamaması halinde dava açılmamış sayılır (HMK m.119(2)). Bu nedenle, MÖHUK'un 53. maddesindeki belgelerin eksikliğini tenfiz mahkemesi resen dikkate alacaktır. Ayrıca MÖHUK'un 53. maddesinde öngörülen ve dava dilekçesine eklenmesi zorunlu olan belgeler "delil" niteliğindedir. Bu sebeple davacı, dava dilekçesine MÖHUK'un 53. maddesinde öngörülen belgeleri eklemediğinde veya eksik eklemiş olduğunda, dava "dava şartı" yokluğundan bahisle reddedilmeyecek, bu eksiklikleri tamamlamak üzere davacıya münasip bir mehil verilecektir⁵⁵.

Nitelik itibariyle konusu belli bir parasal değerle ilgili yabancı mahkeme kararlarının tenfizi davaları, nispi harca tabidir. Harçlar Kanunu'nun⁵⁶ 4. maddesine göre, yabancı bir mahkeme tarafından verilen ilamların tenfizi için açılacak davalardan, bu ilamlarda hükmolunmuş şeyin değeri, nevi ve mahiyetine göre (1) sayılı tarife gereğince harç alınır. (1) sayılı Tarifenin "Karar ve İlam Harcı" başlığını taşıyan III. Bölüm hükümlerine göre ise, konusu belli bir değerle ilgili bulunan davalarda, hüküm altına alınan anlaşmazlık konusu değer üzerinden harç (nisbi harç) alınır⁵⁷.

Cismani zararlara ilişkin olan yabancı mahkeme ilamının tenfiz davasına bakan mahkemenin verebileceği kararlar, MÖHUK m. 56'da sayılmaktadır. Buna göre, tenfiz mahkemesi, tenfiz talebi hakkında, yabancı ilamın kısmen veya tamamen tenfizine yahut da tenfiz talebinin reddine karar verebilir. Tenfiz kararı verildiğinde, bu husus yabancı ilam altına yazılır ve hâkim tarafından mühürlenir (MÖHUK m. 56).

⁵⁵ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 599.

⁵⁶ 17.7.1964 tarihli ve 11756 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁵⁷ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 600.

Tenfizine karar verilen cismani zararlara ilişkin yabancı mahkeme kararı, icra gücü bakımından, Türk mahkemesi kararı kuvvet ve niteliğini kazanır. Bu sebeple, tenfizine karar verilen yabancı karar, aynen Türk mahkemesi kararları gibi icra edilir (MÖHUK m. 57). Ancak temyiz, tenfize konu kararın icrasını kendiliğinden durdurur (MÖHUK m.57(2)).

HMK ile ilk derece mahkemelerinde verilen kararlara karşı istinaf kanun yolu düzenlenmiş ve temyiz istinaf sonrası başvurulabilecek bir kanun yolu olarak kabul edilmiştir. HMK m. 341(5) uyarınca, ilk derece mahkemelerinin diğer kanunlarda temyiz edilebileceği veya haklarında Yargıtay'a başvurulabileceği belirtilmiş olup da Bölge Adliye Mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işlere ilişkin nihai kararlarına karşı, Bölge Adliye Mahkemelerine başvurulabilir. Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulmasıyla birlikte artık ilk derece mahkemelerinin tanıma ve tenfiz taleplerine ilişkin kararlara karşı öncelikle istinaf kanun yoluna başvurulması gerekmektedir. Bu değişiklik, istinaf başvurusunun icrayı durdurup durdurmayacağı bakımından uygulamada belirsizliğe sebep olmaktadır. **Çünkü MÖHUK'ta tanıma ve tenfiz davalarında verilen kararlara karşı istinaf yolu düzenlenmediğinden bu yola başvurmanın kararın icrasına etkisine ilişkin olarak bir hüküm öngörülmemiŐtir. MÖHUK m. 57(2)'de yer alan düzenleme, temyiz başvurusunun, genel kuralın aksine (HMK m. 350), tanıma ve tenfiz talebinin kabulüne ilişkin kararın icrasını durduracağına ilişkindir. MÖHUK'un 57. maddesinin 2. fıkrası her ne kadar sadece temyizden de söz etse bu hükmü istinafa da teŐmil etmek gerekir⁵⁸. Kanaatimizce de, tanıma veya tenfiz davalarında verilen kararlara karşı istinaf yoluna başvurulması halinde icranın duracağını kabul etmek yerinde olacaktır.**

Cismani zararlara ilişkin yabancı mahkeme kararı, Türk mahkemelerince tenfiz edilmiş ise, tenfiz kararı ile yabancı karar bir Türk mahkeme kararı niteliğini kazanmış olduğu için, tenfiz kararının kesinleşmesinden itibaren 10 yıl içinde tenfize

⁵⁸ TARMAN, Z. D. : "Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler", MHB, Cilt: 37, Sayı: 2, s. 804-805.

konu yabancı karar icra edilmelidir (İİK m. 39 ve BK m.156(2)). Aksi halde, yabancı ilamda tanıma ve tenfize, dolayısıyla yabancı karara konu teşkil eden cismani zarara ilişkin dava zamanlaşımına uğramış sayılır⁵⁹.

Yabancı ilâmın kesin hüküm veya kesin delil etkisi yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade etmedir (MÖHUK m. 59).

⁵⁹ DOĞAN, s. 133; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 601-602.

ÜRÜN SORUMLULUĞUNDA ZARAR VE TAZMİNAT MİKTARININ SINIRLANDIRILMASI

Doç. Dr. Özlem TÜZÜNER*

ÖZET: Mukayeseli hukukta, mala gelen zararda, zarar miktarının, zarar eşiğiyle (alt limitle); cana gelen zararda ise, tazminat miktarının tazminat tavanıyla (üst limitle) sınırlandırılması ürün sorumluluğunun temel prensibidir. Zarar eşiği ve tazminat tavanı şeklindeki miktar sınırlamaları, ekonomik sistemin bekasına, üreticinin ödediği tazminatın sigorta edilebilmesine ve riskin adil dağıtılmasına hizmet eder. Ayrıca, davaların yığılmasına ve satış fiyatlarının anormal artmasına engel olur. Ürün sorumluluğunda sigorta edilebilir risk miktarına denk düşen mezkûr sınırlamaların Türk Hukuku'nda da benimsenmesi önerilir. Gerek eşiğin, gerek tavanın kanunlaşmasında, Avrupa Birliği Hukuku'nun 85/374/EEC Sayılı Direktif'i örnek alınabilir. Türk kanun koyucusu, Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağlamak istiyorsa, her hâlükârda ve hiç olmazsa mala gelen zararda zarar eşiğini kabul etmelidir. Ayrıca, Türk sigorta sektörünün direncini artırmayı isterse, cana gelen zararda tazminat miktarına tavan da koymalıdır.

Anahtar Kelimeler: Zarar eşiği (mala gelen zararda), tazminat tavanı (cana gelen zararda), miktar sınırlamaları ve sigorta

LIMITATION OF DAMAGE AND COMPENSATION AMOUNT IN PRODUCT LIABILITY

ABSTRACT: Delimitating the amount of damage to a *lower threshold* (to a *lower limit*) in property losses and the amount of compensation to the *upper limit* in case of death or corporeal damage is the guiding principle of product liability in comparative law. These *amount limits* play the most crucial role on the survivability of the economic system, the insurability of the compensation paid by the producer and the equitable distribution of the risk. It also prevents the accumulation of cases in courts and upsurge in prices of goods and services. It is recommended that these limits equalling to the amounts of insurable risk should be adopted in Turkish product liability. The EU Directive Nr. 85/374/EEC could be a beneficial model in this legislative process for the adoption of both the threshold and the ceiling. If the Turkish legislator has the intention to comply with the European Union *acquis*, a legal instrument regarding the lower threshold for property losses shall be enacted. In addition, to support the resistance and stability of the Turkish *insurance* industry, it should also draw an upper limit on the amount of compensation for damage in case of death/ corporeal damage.

Keywords: Lower threshold (property losses), compensation ceiling (damage in case of death/ corporeal damage), amount limitations and insurance

* Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı

GİRİŞ

Sanayi devriminden sonra ivme yitirmeksizin gelişmesini sürdüren teknoloji, ürün çeşitliliği sunar. Ürün çeşitliliği, beraberinde, ayıplı¹ ürün kaynaklı zararlardan üreticisinin sorumluluğunu getirir.

¹ Üreticinin sorumluluğu bakış açısında kullanılan “ayıplı (défectueux/ défectueuse; defective; Fehler)” terimi, akit merkezinde malum ayıp manasına ek olarak, “güvenlik (sécurité; safety; Sicherheit)” odağında bozuk (délabré/ délabrée; distorted; Fehlerhaft) anlamını da içerir. Ayrıca “Fehlerhaft” teriminin “uygun olmayan/ bozuk/ uygunsuz” şeklinde Türkçeye çevrilmesi de (Öz T. M., Üreticinin Sorumluluğu, İKÜHFD, Y. 2007, C. 6, S. 2, s. 9; Özel Ç., Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu Sorunu, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, Beta, 1. Baskı, İstanbul, 2000, s. 797), üreticinin sorumluluğunda kullanılan “ayıplı” kelimesinin, sözleşmelerde dile gelen ayıplı nitelenmesine nazaran daha geniş manalı olduğu savını destekleyebilir. Başka bir çeviriye göre, “Fehlerhaft” terimi, ayıp kavramından farklı olup, “tehlike tehdidi olan” anlamına gelir (Kırca Ç., Ürün Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1. Baskı, Ankara, 2007, s. 127). Doktrininde, üreticinin sorumluluğuna sebep olan ürünün “hatalı”, “bozuk”, “uygun olmayan” şeklinde anılması önerilir. Oysa isabetli olduğu düşünülen görüşe göre, ürün sorumluluğunda, kamu hukuku cephesinde kullanılan “güvensiz, güvenli olmayan, tehlikeli” nitelendirmeleri, yanlış bağlantılar kurulmasına sebep olabilir. Ürün sorumluluğunda da, yine ayıp teriminin kullanılması uygundur (Kırca, s. 90, 129). Uygun bulunan başka bir görüşe göre, ayıp kavramı, üreticinin olumsuz davranışlarının tamamını dolayısıyla ihmali de kapsayan üst/çatı kavramdır (Büyüksağış E./Öz K., Tıbbi Ürünlerin Yol Açtığı Zararlardan Sorumluluk: Karşılaştırmalı ve Eleştirel Yaklaşım, Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, S. 8 (Aralık), s. 160). Asgari güvenlik koşullarına aykırılık şeklinde farklı ayıp tanımına rağmen üreticinin sorumluluğuna sebep olan ürün yine ayıplı şekilde nitelenebilir (Aslan Y., Tüketici Hukuku, Ekin, 4. Baskı, Bursa, 2014, s. 238). Sonuçta ürün, objektif olarak önceden görülebilecek tehlike taşıması nedeniyle ayıplı bulunur (Özcan B., İmalatçının Sorumluluğu, Turhan, Ankara, 1982, s. 182). Teknik düzenlemelere aykırı olan emtia da ayıplıdır ve hiç şüphesiz piyasaya sürülemez. Aslında buradaki ayıp, piyasaya sürülmemesi gerektiği hâlde bir şekilde piyasaya sürülmekle tüketicinin zararına sebep olmuş ürünü betimler. “Bozuk” kelimesi her ürün veya hizmeti nitelenecek için kullanılamaz. Meselâ oyuncak veya telefon bozuk olabilir ama elbise, temizlik bezi, şampuan, şeker yahut tuz bozuk şeklinde nitelenmez. Zaten ürünün bozuk olmaması fakat sağlığa zararlı olması imkân dâhilindedir. “Hatalı veya hileli” sıfatları ise, yanıltıcı anlamıyla, iptal edilebilirlik sebebi olan yanıltma/hata veya aldatma/hile terimleriyle karışır. Gerçekte akit kapsamında, ürünün, haklı güvenlik beklentisine aykırı olması ihtimali de zaten ayıp terimine karşılık gelecekti. Kısacası, haklı güvenlik beklentisine aykırı ürünü, ayıplı terimiyle betimlerken de, ürün sorumluluğu, ayıba karşı garanti borcundan bağımsız kabul edilebilir.

Üreticinin sorumluluğunda “bozuk” nitelenmesinin tercih edilmesi yönünde bkz. Özsunay E., AB’de ve Türkiye’de Ürün Sorumluluğu (AB Yönergesi ve Bazı Yabancı Düzenlemelerin Işığında Türk Hukuku’na İlişkin Düşünceler, Uluslararası Tüketici Hukuku Sempozyumu, 24-25 Kasım 2011, Metinler Kitabı, İstanbul Kültür Üniversitesi Yayınları 189, İstanbul, 2013, s. 179, 186, 188, 193.

Üreticinin sorumluluğunda “hatalı” nitelenmesinin tercih edilmesi yönünde bkz. Havatçu A., Türk Hukuku’nda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Seçkin, 1. Baskı, Ankara, 2005, s. 28 vd., 71 vd. Aynı yönde bkz. Tarman Z. D., Türk Hukuku’nda İmalatçının Sorumluluğuna Genel Bir Bakış, İÜHFMD, Y. 2007, C. LXV, S. 2, s. 315, 316.

Doktrinde, üreticinin veya imalatçının sorumluluğu şeklinde de adlandırılan ürün sorumluluğu, gerek Türk Hukuku'nda, gerek mukayeseli hukukta, geniş çaplı tartışılır. Sorumlu süjelerin ve ayıp türlerinin sınıflandırılması kadar, mala ve/veya cana gelmesi bakımından zararın kapsamının netleşmesi, hat-ta illiyet bağı, zararın ispatı, kurtuluş kanıtları ve zamanaşımı süresi hukuken tartışılan hususlardır. Bunlardan biri de, ürün

Aynı yönde bkz. Gümüş A. M., 6502 Sayılı Tüketicin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. 1, Vedat, 1. Baskı, İstanbul, 2014, s. 102.

Gümüş A. M., Türk Hukuku'nda Ürün Sorumluluğunun Yasal Temelleri, 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90'ıncı Yılı Uluslararası Sempozyumu, 17-20 Şubat 2016, Yetkin, 1. Baskı, Ankara, 2017, s. 1063, 1064.

Kaplan İ., İmalatçının Sorumluluğu Üzerine Düşünceler, Batider, Y. 1985, C. 13, S. 1, s. 139, 140.

İmalatçının yalnızca objektif ayıplardan sorumlu olacağı, satıcının ekstra vaat etiklerinden sorumlu olmayacağı yönünde bkz. Atamer Y. M., Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m. 4-Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri, Batider, Y. 2007, C. 24, S. 1, s. 98, 99.

Hem bozuk, hem de hatalı terimlerinin birlikte anılması yönünde bkz. Demir M., Genel Ürün Güvneliğine İlişkin 2001/95 Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi ve Ülke-mizdeki Pozitif Hukuk Düzenlemeleri, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Turhan, 1. Baskı, Ankara, 2008, s. 263.

"Güvenli olmayan" kavramının, "ayıp" terimine oranla daha geniş kapsamlı olduğu yönünde bkz. Antalya G. O., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, Legal, 1. Baskı, İstanbul, 2015, s. 346.

"Tehlikeli (güvenli olmayan)", "ayıplı (bozuk, yapım/fabrikasyon/tasarım/ta-limat hataları) şeklinde geniş spektrumlu ayıplı ürün değerlendirmesi için bkz. Öztan, s. 179-182.

Aynı yönde bkz. Özel Ç., Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin, 2. Baskı, Anka-ra, 2014, s. 118, 125-129. Özel, Yapımcının Sorumluluğu, s. 796, 797, 801, 809.

Uygunluk ve güvenlik ayıbı birleşiminde istenmeyen durumların kast edildiği yönünde bkz. Akçura Karaman T., Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Sebebiyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, Vedat, 1. Baskı, İstanbul, 2008, s. 14, 15.

Barış A., 6502 Sayılı Kanun Kapsamında Ayıplı İfadan İthalatçı ve Üreticinin Sorumluluğu, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana-bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Gümüş A. M., İstanbul, 2018, s. 103.

İmalatçının sorumluluğundaki ayıbı, malın olması gereken durumdan, yani gü-venilir olması ölçüsünden ayrılması şeklinde ayırt eden görüş için bkz. Tiftik M., Türk Hukuku'nda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Soru-nu, Yetkin, 2. Baskı, Ankara, 2005, s. 56.

Üreticinin sorumluluğu kapsamında, haklı güvenlik beklentisine aykırılık teşkil eden her ürünün ayıplı olduğu; ayıplı üründen doğan zararın üretici tarafından tazmin edilmesiyle kamu sağlığının ve güvenliğinin korunduğu yönünde bkz. Bü-yüksağış/Öz, s. 165.

Ürün sorumluluğundaki ayıp teriminin, satıcının veya sağlayıcının ayıba karşı garantisindeki ayıp teriminden farklı anlama geldiği, haklı güvenlik beklentisini sağlamama şeklinde tanımlandığı yönünde bkz. Özdemir H., Gıda Hukuku ve Hukukî Sorumluluk, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, Y. 2017, C. 19, Özel Sayı, s. 455.

sorumluluğunda zarar ve tazminat miktarlarının sınırlandırılmasıdır.

Bu çalışmada, anılan hukukî meselelerden sadece birine, ürün sorumluluğunda, mala gelen zararda, zarar miktarının, zarar eşiğiyle (alt limitle); cana gelen zararda ise, tazminat miktarının tazminat tavanıyla (üst limitle) sınırlandırılmasına odaklanılır.

Zarar ve tazminat miktarlarına alt ve üst sınırlar konulmasının, kaynağının keşfedilmesi yanı sıra, avantaj ve dezavantajlı yönleri itibariyle araştırılması, akademik birikime katkı sağlayabileceği gibi, özellikle kanun koyucuya da kaynak teşkil edebilir.

Türk Hukuku'nda ürün sorumluluğu özel düzenlemesine kavuşurken, böylesine sınırlar tercih edilecekse, bunların Türk Lirası karşılığı belirlenirken, mukayeseli hukuktan yardım alınabilir.

İşte zarar ve tazminat miktarlarının sınırlanıp sınırlanmayacağı; sınırlanacaksa, alt ve üst miktarın Türk Lirası ayarında netleştirilmesi sorun arz eder ki bu hususlarda mukayeseli çalışmakla, kanun yapma hazırlıklarına nitelikli ve ikna edici katkı üretmek hedeflenir.

Aşağıda, üreticinin sorumluluğunda zarar ve tazminat limitleri konusu, dört bölümde incelenir. Birinci bölümde, Türk Hukuku'ndaki güncel durum ve Türk Hukuk doktrinindeki görüşler aktarılır. Daha sonra, ikinci bölümde, mezkûr sınırlamalar, Avrupa Birliği Hukuku yanı sıra, Avrupa Birliği'ne üye bazı ülkelerin ulusal hukuklarına değinilerek; sonra, Birleşik Krallık ve İsviçre hukuk sistemlerinden bahsedilerek ayrıntılı işlenir. Ardından, üçüncü bölümde, zarar ve tazminat miktarlarına getirilen alt ve üst sınırların, aslında hangi kesim veya kesimleri koruduğu üzerine hukukî veriler ortaya konur. Dördüncü kısımda, bu çalışmayla elde edilen verilerin Türk Hukuku'na uyarlanmış analizinden hareketle somut önerilerde bulunulur. Sonuç kısmı ise, çalışmanın özet teşkil eden tekrarından ibarettir.

I- TÜRK HUKUKU'NDA ÜRÜN SORUMLULUĞU KAYNAKLI ZARARIN ALT VE TAZMİNATIN ÜST LİMİTİNİN HENÜZ BULUNMAMASI

Türk Hukuku'nda, üreticinin sorumluluğunda, ayıplı ürün kaynaklı zararların tazmininde, alt veya üst limit belirlenmiş değildir². 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun³, akde aykırılıkta kaynağını bulan ayıba karşı garantiye değinirken, klasik ayıp kavramından bağımsız vaziyette ürün sorumluluğundan zaten bahsetmez⁴.

Esasen Türk hukuk doktrininde, ürün sorumluluğunun yasal temeli oldukça tartışmalıdır. Bu münakaşalar, *bilatéral* incelenebilir. Ürün sorumluluğunun Türk Hukuku'nda düzenlemediğı, bu konuda boşluk bulunduğu düşüncesine karşılık, adresi farklı da olsa sair kanunlarda düzenlendiğı fikri bulunur.

İmalatçının veya üreticinin sorumluluğı konusunda boşluk bulunduğu uzun yıllardır dile getirilir⁵. Çünkü imalatçı satıcı

² Dinç İnan D., Ürün Sorumluluk Sigortasında Rizikonun Konusu ve Teminatın Kapsamı, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Danışman: Kender R., İstanbul, 2017, s. 128.

Mülga Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (RG. T. 8.3.1995, S. 22221; 4077 Sayılı Kanun) döneminde bkz. Canpolat Ö., Üretici ve Sorumluluğı, ABD, Y. 2013, S. 2, s. 376, 377, 383.

Ayrıca bkz. Özel, s. 120.

³ RG. 28.11.2013, S. 28835; 6502 Sayılı Kanun. Aynı dönemde ve aynı yönde bkz. Kirca, s. 161, 245. Tarman, s. 318. Özel, Yapımcının Sorumluluğı, s. 800.

⁴ Aydoğdu M., 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiğı Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiğı Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz, DEÜHFHD, Y. 2013 (Basıl Yılı 2014), C. 15, S. 2, s. 10.

Aydoğdu M., Madde-11/Aydoğdu Şerhi, Millî Şerh-6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Editörler: Tokbaş H./Tüzüner Ö., Aristo, 1. Baskı, İstanbul, 2016, s. 319.

Aydoğdu M., Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet, 1. Baskı, Ankara, 2015, s. 116.

Oğuzman M. K./Öz T. M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, Vedat, 12. Baskı, İstanbul, 2016, prg. 666. Aynı yönde bkz. Gümüş, s. 108. Gümüş, Ürün Sorumluluğı, s. 1065. Barış, s. 101. Özdemir, s. 452.

Aynı yönde ayrıca bkz. Öz Turgut M., Üreticinin Sorumluluğı, İKÜHFHD, Y. 2007, C. 6, S. 2, s. 7-18.

Oruç M., 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulama Alanının Eleştirisi, Second International Congress on Political, Economic and Social Studies (ICPESS), 19-22 May 2017, s. 92, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewjM1fTln8DdAhWGEVAKHel2CEAQFjAJegQIABAC&url=http%3A%2F%2Fwww.registerepess.org%2Findex.php%2FICPESS%2Farticle%2Fdownload%2F1265%2F35&usg=AOvVaw0FsKolyG8ieUtgMS4CCG83> ET. 16.9.2018.

⁵ Havutçu, s. 111-117. Özel, s. 121, 122. Özel, Yapımcının Sorumluluğı, s. 799, 800.

değilse akdi sorumluluk düzeninin ayıba karşı garanti hükümleri işe yaramaz⁶.

Doktrinde bu boşluğa işaret edilmiş olmasına rağmen, ayrıca söz konusu kanunun taslağında da yer aldığı hâlde, üreticinin sorumluluğu konusunun 6502 Sayılı Kanun'da özel ve bağımsız olarak düzenlenmemesi önemli eksiklik şeklinde nitelenir. Bu açığın 4703 Sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun⁷ ile giderilmeye çalışıldığı düşünülebilir⁸. Diğer görüşe göre, ürün sorumluluğu özel ve bağımsız olarak düzenlenmedikçe, adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğundan yararlanılmalıdır⁹.

Türk Hukuku'nda ürün sorumluluğu konusunda boşluk bulunmadığı da savunulur. Bir görüşe göre, üreticinin kusursuz sorumluluğu, 4703 Sayılı Kanun'da düzenlenir¹⁰. Boşluk bulunmadığını düşünen başka bir görüş, ürün sorumluluğunun Mülga 4077 Sayılı Kanun'da kaynağını bulduğunu ileri sürmüştü¹¹. Gerçekten, mülga kanununun 4'üncü maddesi imalatçının sorumluluğu çerçevesinde değerlendirildiğinde, amacını aşan sorumluluk rejimi nitelenmesine ulaşılır¹².

Sonuçta, ne 6502, ne 4703 Sayılı Kanun, ayıplı ürün kaynaklı

Akçura Karaman, s. 118, 152-154. Aynı yönde bkz. Barış, s. 104, 105. Bu görüş hakkında ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Kirca, 76-78. Ayrıca bkz. Atamer Y. M., Yapımcının Sorumluluğu, Türk Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku'na Uyumunu-Acquis Communautaire'in Alınması-Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, Editör: Tekinalp Ü., İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2001, s. 379 vd.

⁶ Atamer, Yapımcının Sorumluluğu, s. 379.

⁷ RG. 11.7.2001, S. 59244; 4703 Sayılı Kanun.

⁸ Aydoğdu, Önerilerimiz, s. 6. Aydoğdu, Şerh, s. 318. Aydoğdu, s. 116.

⁹ Gümüş, s. 108, 109. Gümüş, Ürün Sorumluluğu, s. 1069. Özel, s. 135, 136. Özel, Yapımcının Sorumluluğu, s. 815. Kaplan, s. 140.

¹⁰ Öz, s. 17. Oğuzman/Öz, prg. 667-673. Antalya, s. 343, 344. Aynı yönde bkz. Aydoğdu, Şerh, s. 318.

Aynı yönde bkz. Antalya G. O., Sorumluluk Hukuku'nda Yeni Gelişmeler, MÜHF-HAD, Y. 2018, C.14, S. 4, s. 73.

Bu görüşe karşı eleştiriler için özellikle bkz. Havutçu, s. 116, 117.

¹¹ Kirca, s. 85, 86, 101. Antalya, Yeni Gelişmeler, s. 73. Tarman, s. 313, 309.

Serozan R., Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri, İÜHFH, C. 61, S. 1-2, Y. 2003, s. 347, 348.

¹² Atamer, s. 97.

zararların tazmininde, alt veya üst limit getirir. Mülga 4077 Sayılı Kanun ve Mülga Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik¹³ de, ürün sorumluluğunda geçen söz konusu zarar ve tazminat limitlerine yer vermemiŐti¹⁴. Diğer taraftan, Ürün Güvenliği Ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Tasarısı¹⁵ da tazmini kabil zarara alt veya üst limit getirmez. Bilakis, “Ürün Sorumluluğu Tazminatı” başlıklı maddesi, maddî ve manevi tazminat miktarlarının belirlenmesinde, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu¹⁶ hükümlerine atıf yapmakla yetinir (ÜGK Tasarısı m. 6/5). Sanayi ve sigorta lobilerince dışlandığı malum olan tasarı belki de sırf bu limitlere yer vermediği için yasalaŐmamıŐtır.

Oysa “25.7.1985 Tarihli ve 85/374/EEC Sayılı Arızalı Ürünlerden Sorumluluk Hakkında Üye Devletlerin Hukuk, Düzenleme ve İdarî Hükümlerinin YakınlaŐtırılması Üzerine Konsey Direktifi (*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*)”¹⁷, hem mala gelen zararda zararın alt limitine, hem de cana gelen zararda tazminatın üst sınırına yer verir (85/374/EEC Art.

¹³ RG. T. 13.06.2003, S. 25137.

¹⁴ Kırca, s. 245. Özsunay, Ürün Sorumluluğu, s. 187, 190. Ayrıca bkz. Gümüş, s. 109. Gümüş, Ürün Sorumluluğu, s. 1066. Havutçu, s. 141, 142. Demir, s. 291, 292. Aydoğdu, s. 114. Özel, Yapımcının Sorumluluğu, s. 800. Ayrıca bkz. Paksoy S. M./Demir Arslan G., Üreticinin TBK 71 Kapsamında Sorumlu Tutulması, İÜHFMD, Y. 2013, C. 71, S. 2, s. 312. Aydos S. O., Ürün Sorumluluğu, Adalet, 1. Baskı, Ankara, 2009, s. 212. Tiryaki B., Avrupa Konseyi’nin 25.7.1985 Tarihli Direktifi’ne Göre Üreticinin Sorumluluğunun Şartları ve Tüketicinin Korunması Mevzuatı ile Mukayesesi, AÜHFMD, Y. 2006, C. 55, S. 2, s. 243.

¹⁵ Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Tasarısı (1/934) ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporları, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 551, Türkiye Cumhuriyeti. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Sayı: 31853594-101-1144-121 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss551.pdf> ET. 16.9.2018, İnternete Konulduğu Tarih: 29.3.2018.

¹⁶ RG. T. 4.2.2011, S. 27836; 6098 Sayılı Kanun.

¹⁷ Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985L0374:en:HTML> Accessed on June 14, 2018.

9/1-b, 16/1). Mukayeseli hukuka aşağıda ayrıntılı deđinilir¹⁸. Bu noktada asıl ilginç olan, Ürün Güvenliği Ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Tasarısı'nın genel gerekçesinde 85/374/EEC Sayılı Direktif anıldığı hâlde, ne tasarıda veya madde gerekçelerinde, ne de tasarıya ilişkin raporlarda, anılan direktifte kabul edilmiş mezkür limitlerden hiç bahsedilmemesidir.

Her ne kadar, kanun koyucu limit belirlemiŐ olmasa da, doktrinde böylesine sınırlama getirilmesi gerektiği savunulur. Aslında doktrinin bu konuda da ikiye bölündüğü söylenebilir ve yine *bilatéral* analize uygun olduğu tespit edilebilir.

Özsunay tarafından "Bozuk Ürünlerin Sebep Oldukları Zararlardan Dolayı Üreticinin Sorumluluğu Hakkında Kanun Tasarısı" hazırlanır. Bu tasarının "Tazminat miktarının üst sınırı" başlıklı 8'inci maddesinde her yıl Bakanlar Kurulu'nca belirlenen üst limit öngörölür. Aynı tasarının "Zarar gören taraftan istenemeyecek maddi zarar tutarı" başlıklı 9'uncu maddesinde ise, üreticiden talep edilebilecek tazminatın alt sınırı düzenlenir¹⁹.

Özel, Türk Hukuku'nun ürün güvenliği konusundaki hükümlerinde, tazminatın en yüksek sınırının belirlenmemiŐ olmasını önemli eksiklik Şeklinde niteler²⁰. Serozan, batıda yapımcının sorumluluğunun genelde tazminat tavanıyla sınırlandığını; Türkiye'de de sorumluluk sigortasıyla birlikte böylesine düzenlemenin gelmesi gerektiğini düşünür²¹.

Arbek, olması gereken hukuk bakımından ayıplı malın sebep olduğu zararlardan sorumluluğun, Alman veya İsviçre hukuklarında olduğu gibi, ayrı kanunla düzenlenmesini önerirken, üst sınır belirlenmemesini sakıncalı bulur. Bazı olasılıklarda, ortaya çıkan zararın büyüklüğu, imalatçı veya üreticinin

¹⁸ Bkz. II- Mukayeseli Hukukta Ürün Sorumluluğu Kaynaklı Zarar ve Tazminat Miktarının Sınırlandırılması, A-Avrupa Birliği.

¹⁹ Özsunay, Ürün Sorumluluğu, s. 194, 195.

²⁰ Özel, s. 120.

²¹ Serozan, s. 349.

ödeme gücünü aşabilir. Ekonomik olumsuzlukların önlenmesi için sigorta sistemi elzemdir²².

Tiftik, sorumluluğun üst sınırının bulunması gerektiği kanaatinde. Çünkü ancak bu şekilde imalatçı kendisine yöneltilen talepleri önceden hesaplayabilir. Üst limit olmazsa sigorta primlerindeki artış imalatçı tarafından satış fiyatına yansıtılabilir ki bu da tüketicinin zararına sonuç doğurur²³.

Aydos, cismanî zararda tazminatın azamî sınırına Türk Hukuku'nda yer verilmemesinin, çeşitli sorunları beraberinde getireceği; seri üretimde meydana gelen ayıp dolayısıyla geniş dağıtım ağına sahip üreticilerin ekonomik anlamda mahvolabileceği görüşündedir²⁴.

Kırca, mezkûr direktifte getirilen 500-Euro sınırının üye ülkeler açısından ihtiyari değil zorunlu olduğuna dikkat çekerek, konuya ilişkin Avrupa Birliği mevzuatına uygun olmak isteyen Türkiye'nin bu eşiği kabul etmek için değişikliğe gitmesi gerektiğini açıklar²⁵.

Koç, Avrupa Birliği Hukuku'nda meydana gelen sözleşme dışı sorumluluk gelişmelerini takip ederek, üreticileri de kapsayıp ilgilendirecek şekilde, genel olarak *de minimis* kuralını anar ve giderimde önemsiz zararların göz önünde tutulmamasını aktarır²⁶.

Erlüle ve Çığ, öngörülemeyen rizikoların sigorta edilemedikleri için bir nev'i yok sayılması, ya da sorumluluk hukuksundan dışlanması amacıyla bu limitlerin benimsendiğini dile

²² Arbek Ö., Ayıplı Mal veya Hizmet Sebebiyle Tüketicinin Uğradığı Zararlardan Sorumluluk, e-Akademi, Y. 2005, S. 44 (Ekim), prg. 57 <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=AYIPLI%20MAL%20VEYA%20H%DDZMET%20SEBEB%DDYLE%20T%CKET%DDC%DDN%DDN%20U%D0RADI%D0I%20ZARARLARDAN%20SORUMLULUK&kimlik=1128408673&url=makaleler/oar-bek-1.htm> ET. 13.9.2018, Son Güncelleme Tarihi: 4.9.2005.

²³ Tiftik, s. 56, 57. Aynı yönde bkz. Dinç, s. 128. Ayrıca bkz. Tarman, s. 319. Bu görüşe katılmasa da bu bakış açısının kaynağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Havutçu, s. 82, 83.

²⁴ Aydos, Ürün Sorumluluğu, s. 212.

²⁵ Kırca, s. 161,

²⁶ Koç N., Başkasına Verilen Zararlardan Sözleşme Dışı Sorumluluk, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 2009 (Güz-8), S. 16, s. 44.

getirirken, mezkûr limitlerin benimsenmesini isabetli bulur gözüktür. Yine de, böylesine seçimlerini açıkça dile getirdikleri söylenemez²⁷.

Tarman da, konuyu doktrinden ayrıntılı aktarmakta, fakat şahsî görüşünü beyan etmemektedir. Sınırlamaları reddeden ve öneren zıt iki kutba da, eserinde, eşit önemde yer verdiği için kişisel görüşü tahmin edilememektedir²⁸.

Bunlara karşılık Öztan, ürünlerin yaratacağı tehlikelerin önceden tahmin edilmesinin imkânsız olduğunu; peşinen yasalarda düzenlenmesindenense, tazminat miktarının çok yüksek olduğu durumlarda indirimin hâkimin takdirine bırakılması gerektiğini savunur²⁹.

Havutçu, imalatçı üzerindeki rizikonun sigorta yoluyla karşılanacağını, Türk ve İsviçre hukuklarında tazminat miktarı belirlenirken hâkimin geniş takdir yetkisinin bulunduğunu belirterek imalatçının ödeyeceği tazminat miktarını sınırlandırmaya gerek olmadığını düşünür³⁰.

Atamer de, hâkimin olayın özelliklerini dikkate alarak gerekli tazminat miktarına hükmedebileceğini, böylesine sınırlamalara gerek olmadığını dile getirir³¹. Gerçekten, standart ürün sorumluluk sigortası, yasal sınırları dâhilinde mahkeme kararı uyarınca ödenen tazminatı karşılar. Standart ürün sorumluluk sigortası kapsamında sadece sözleşme dışı zarar bulunur; akdi taahhütler ve hatır ödemeleri kapsam dışıdır. Bununla birlikte, sigorta, ölüm, bedenî zararlar ile güvenli olmayan ürünün kendisi dışındaki şeylerde meydana gelen mala gelen zararların

²⁷ Erlüle F., Avrupa Topluluğu Konsey Yönergesi Çerçevesinde Yapımcının Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Danışman: Antalya G., İstanbul, 2002, s. 141.

²⁸ Erlüle F., Yapımcının Sorumluluğu, MÜHF-HAD, Y. 2008, C. 14, S. 4, s. 325, 326, dpn. 62.

²⁹ Aynı yönde bkz. Çığ Özlenen A., Ürün Sorumluluğu Sigortasında Teminatın Kapsamı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Yazıcıoğlu E., İstanbul, 2014, s. 50, 51.

³⁰ Tarman, s. 318, 319.

³¹ Öztan, s. 298, dpn. 5.

³² Havutçu, s. 142. Aynı yönde bkz. Tarman, s. 319.

³³ Atamer, Yapımcının Sorumluluğu, s. 382.

tamamını tazmin eder³². Görüldüğü üzere, hâkimin davalıyı mahkûm ettiği tazminat miktarı, aslında sigortacının ödediği bedeli eş güder.

Türk Hukukunda, nihayet, üreticinin, sorumluluk rizikosunu azaltmasının mümkün olduğu açıklanır. Şöyle ki, talimat ve uyarıların muhtemel kullanıcılara hitap eden her dilde ayrıntılı, açık, kolay anlaşılır kaleme alınması en önemli tedbirlerden biridir³³.

II- MUKAYESELİ HUKUKTA ÜRÜN SORUMLULUĞU KAYNAKLI ZARAR VE TAZMİNAT MİKTARININ SINIRLANDIRILMASI

Avrupa Birliği, buna bağlı olarak bazı Avrupa Birliği ülkelerinin ulusal hukukları, Birleşik Krallık ve İsviçre hukuk sistemleri, ulaşılabilen tamamlayıcı doktrin yanı sıra önemli içtihatları da anılarak burada ortaya konulur. Böylece, Türk Hukuk doktrinindeki tartışmaların kaynağı, mukayeseli hukuktan keşfedilebilir. İncelenen konuda mukayeseli hukukun önem arz etmesinin sebebi, Türk Hukuku'nda henüz zararı ve/veya tazminatı sınırlandıran pozitif düzenleme yapılmaması fakat konu üzerinde yoğun tartışmalar bulunmasıdır³⁴. Oysa mukayeseli hukukta, ürün sorumluluğu, pozitif hukuk metinlerinde, zarar ve/veya tazminat limitleriyle ifadesini bulur.

A- AVRUPA BİRLİĞİ

Avrupa Birliği Hukuku'nda, 27.1.1977 Tarihli "Vücut Yaralanması ve Ölüm Hâlinde Ürünlerden Sorumluluğa İlişkin Avrupa Antlaşması (*Convention européenne sur la responsabilité du fait des produits en cas de lésions corporelles ou de décès*)"³⁵ ürün

³² Dinç, s. 236

³³ Aydos S. O., Ürün Sorumluluğu Risk Kontrolü, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C. XVII, S. 1-2, s. 1795.

³⁴ Bkz. I-Türk Hukuku'nda Ürün Sorumluluğu Kaynaklı Zararın Alt ve Tazminatın Üst Limitinin Henüz Bulunmaması.

³⁵ Le Convention Européen du 27.1.1977, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680077328> Accédé le 14 juin 2018.

sorumluluğu konusunun temel metnidir. Bu çerçevede, künyesi yukarıda anılan 85/374/EEC Sayılı Direktif³⁶ hemen ikinci sırada gelir.

85/374/EEC Sayılı Direktif, zarar kavramını tanımlar (85/374/EEC Art. 9). Bu tanımda, ürünün kendisine gelen zarar dışında mala gelen zararın tazmin edilebileceği miktar, asgarî 500-Euro tutarını aşmakla sınırlıdır (85/374/EEC Art. 9/1-b). Bununla birlikte, her üye devlet, üreticinin, cana gelen zarardan sorumluluğunu 70 milyon-Euro tutarından az olmayacak üst tazminat miktarıyla sınırlandırabilir (85/374/EEC Art. 16/1).

Avrupa Birliği Hukuku'nda, üreticinin ayıplı ürünün sebep olduğu zararlardan sorumluluğu, mala gelen zarar bakımından, zarar alt sınırı 500-Euro, cana gelen zarar konusunda ise, tazminat üst sınırı 70 Milyon-Euro tutarıyla nettir. 70 Milyon-Euro sınırı her üye devlet ulusal hukukunda kabul görmez. Üye devletlere dayatılan 500-Euro alt sınırı ise, üye devlet ulusal hukuklarında sabittir³⁷.

“La responsabilité du fait des produits”, “ürünlerin yüzünden/ürünlerden dolayısı” şeklinde kelimesi kelimesine çevrilebilse de, basitçe kulağa daha hoş geldiği için “ürünlerden sorumluluk” çevirisi tercih edilmiştir.

³⁶ Bkz. I-Türk Hukuku'nda Ürün Sorumluluğu Kaynaklı Zararın Alt ve Tazminatın Üst Limitinin Henüz Bulunmaması.

³⁷ Özsunay E., İlaç ve Tıp Sektöründe Tüketicinin Korunması, 3. Tüketicici Hukuku Sempozyumu Sektörel Bazda Tüketicici Hukuku ve Uygulamaları, Düzenleyenler: Tokbaş H./Üçışık F., Bilge, I. Baskı, Ankara, 2014, s. 580, 582. Ayrıca bkz. Özsunay, Ürün Sorumluluğu, s. 181. Tarman, s. 318.

Akçaal M., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İlaç Üreticisinin Hukukî Sorumluluğu, ABD, Y. 2012, S. 3, s. 281, dpn. 175.

Karaman T., Üreticinin Sorumluluğu, Sorumluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mayıs 2009, s. 298, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_14.pdf ET. 28.5.2018.

Kulaklı E., Avrupa Birliği Ürün Sorumluluğu Konsey Yönergesi ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Ayıp Kavramının Karşılaştırılması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Akkanat H., İstanbul, 2008, s. 19, 21, 113, 119.

Üstün M. Z., Türk ve Avrupa Birliği Tüketicici Hukuku'nda İmalatçının Hukukî Sorumluluğu, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Avrupa Hukuku Programı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Göksoy C. Y., İzmir, 2007, s. 86, 89, 91.

Cavalière A., The Economic Impact Of Product Liability And Product Safety Regulations In The European Union, Quaderni Del Dipartimento Di Economia Pubblica e Territoriale, N° 4/2001, Novembre 2001, Società italiana di economia pubblica, Working Papers N° 113/2001, p. 6, 9, <https://www.researchgate.net/publication->

Üretici, eőyaya gelen zarar hakkında, 500-Euro limiti altında kalan zararları karşılamak zorunda olmayıp, bu değerin üstün-

on/228609394_The_economic_impact_of_product_liability_and_product_safety_regulations_in_the_European_Union Accessed on June 17, 2018.

Giesen I./Loos M. B. M., Liability for Defective Products And Services: The Netherlands, *Electronic Journal of Comparative Law*, September 2001, II A 3, p. 76, 82, 100, <https://www.ejcl.org/64/art64-6.pdf> Accessed on June 17, 2018.

Thomas K., The product liability system in China: Recent changes and prospects, *International and Comparative Law Quarterly*, Y. 2014, Vol. 63, Iss. 3. p. 20, http://eprints.nottingham.ac.uk/29178/1/ILQ63_3THOMAS-author%20final%20version.pdf Accessed on June 20, 2018.

Trzaskowski J., Procedural Consumer Protection in Cross-Border Purchases, *Essays in Honour of Micheal Bogdan*, Juristförlaget i Lund, 2013, p. 561, 562, http://www.legalriskmanagement.com/PUBLICATIONS/2013_BOGDAN.pdf Accessed on June 20, 2018.

Dollani N., The EU Origin of the Albanian Legal Regime on Product Liability, Discussion Paper N° 2/14, Europa-Kolleg Hamburg Institute for European Integration, June 2014, p. 19, 33, <https://europa-kolleg-hamburg.de/wp-content/uploads/2014/06/NadaDollani.pdf> Accessed on June 20, 2018.

Charot B./Ferry L./Lapillonne D., Responsabilité du fait des produits défectueux: quelles évolutions 30 ans après la directive 85/374/CEE?, *Journal des sociétés*, Dossier L'Entreprise face à ses nouveaux facteurs de risqué, Février 2016, N° 138, p. 10, 16, <https://www.reedsmith.com/-/media/files/perspectives/2016/02/lentreprise-face--ses-nouveaux-facteurs-de-risques/files/journal-des-socits--reed-smith--2016/fileattachment/journal-des-socits--reed-smith--2016.pdf> Accédé le 25 juin 2018.

Matringe E., La réforme de la responsabilité civile en droit suisse: modèle pour le droit français?, Université de Strasbourg École doctorale de droit, Thèse pour l'obtention de grade de docteur en droit privé, sous la direction de Flauss J., 27 mars 2010, p. 139, http://cdpf.unistra.fr/fileadmin/upload/CDPF/theses_memoires_et_rapports/MATRINGE_Eve_2010.pdf Accédé le 12 août 2018.

Doğan G., Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medenî Hukuk) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Eren F., Ankara, 1997, s. 153-155.

Ronka-Chmielowiec W./Jędrzychówka A./Poprawska E., The sufficiency of the minimum amounts in compulsory liability insurance to cover personal injury claims-based on motor third party liability insurance and medical liability insurance, *Insurance Review 4/2015 (Wiadomości Ubezpieczeniowe 4/2015)*, p. 82, https://www.researchgate.net/profile/Anna_Jedrzychowska/publication/309464518_The_sufficiency_of_the_minimum_amounts_in_compulsory_liability_insurance/links/5811d4b508ae205f8101d870/The-sufficiency-of-the-minimum-amounts-in-compulsory-liability-insurance.pdf Accessed on June 17, 2018.

Kriek C., The Scope of Liability for Product Defects under the South African Consumer Protection Act 68 of 2008 and Common Law-A Comparative Analysis, Dissertation presented for the degree of Doctor of Laws in the Faculty of Law at Stellenbosch University, Supervisor: Loubser M., March 2017, p. 156, https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKewieh87C9trbAhXGzRQKHfAjDsgQFggoMAA&url=https%3A%2F%2Fscholar.sun.ac.za%2Fbitstream%2Fhandle%2F10019.1%2F101296%2Fkriek_scope_2017.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy&usg=AOvVaw0LoiP697z-O3qSGg0_kEL Accessed on June 17, 2018.

Ayrıca bkz. Havutçu, s. 82-84. Akçura Karaman, s. 243, 249. Aslan, s. 245, 247. Arbek, dpn. 62. Aydos, Ürün Sorumluluğu, s. 212-215. Dinç, s. 128. Paksoy/Demir Arslan, s. 312. Tiryaki, s. 243.

de meydana gelen mameleki zararları kusursuz sorumluluk esasına göre gidermek zorundadır³⁸. Cana gelen zararlar, 500-*Euro* alt sınırından etkilenmez. 500-*Euro* alt sınırının aksine 70 Milyon-*Euro* üst sınırı ihtiyaridir. Üye ülkeler 70 Milyon-*Euro* sınırını benimseyip benimsememekte serbesttir³⁹.

500-*Euro* alt limiti, ayıplı ürünün kendisi dışında başka bir eşyanın hasara uğramasından doğan zararlarda geçerlidir⁴⁰. 500-*Euro* limitine, ne ayıplı ürünün bedeli, ne de onun yerine yenisinin alınması için harcanan bedel dâhildir⁴¹. Kişiyeye gelen zararda 70 Milyon-*Euro* azami sınırı ise, öngörülmesi imkânsız zarar rizikosunun sigorta edilememesine dayanır. Hakikaten ürün sorumluluğunda sigorta, geniş coğrafi alana ve yıllara yayılan, hatta silsile hâlinde ortaya çıkan büyük zararlara karşı teminat işlevi görür⁴². Burada, çok fazla dava açılmasının engellenmesi yanı sıra, riske zarar görenin de katılması sağlanarak adil dağıtım temenni edilir⁴³. Adil dağıtım derken kast edilen, zarar görenin 500-*Euro* tutarına kadar zarara katılım payını üstlenmesidir⁴⁴.

Cismanî zararda geçerli olan 70 Milyon-*Euro* tazminat tavanında, ölüm ve yaralanma arasında fark bulunmaz⁴⁵. Üreti-

³⁸ Erlüle, Konsey Yönergesi Çerçevesinde Yapımcının Sorumluluğu, s. 136. Erlüle, Yapımcının Sorumluluğu, s. 325, 326. Üstün, s. 89. Aydos, Ürün Sorumluluğu, s. 215. Charot/Ferry/Lapillonne, p. 16.

³⁹ Kriek, p. 156. Doğan, s. 153, 155.
Feng J., Le droit des produits défectueux: une approche Euro-Américaine, Université de Perpignan Via Domitia, Thèse pour obtenir le grade de docteur en droit privé, dirigé par Picod M. Y., Soutenue le 6 Décembre 2016, p. 184, <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01511829/document> Accédé le 12 août 2018.

⁴⁰ Kulaklı, s. 119. Aynı yönde bkz. Charot/Ferry/Lapillonne, p. 16.

⁴¹ Soussan G./ Puech-Roos M./Le Bars C., Objectifs de la Directive RC Produits 85/374/CEE, Deauville 5 au 7 Février 2014, Atelier B2, Produits: "un droit de l'UE et des droits nationaux", p. 9, http://amrae.fr/sites/default/files/udr/2014_02_AtelierB2RCproduits_Amrae_C.pdf Accédé le 29 juin 2018.

⁴² Çığ, s. 50, 51.

⁴³ Kırca, s. 161. Aynı yönde bkz. Paksoy/Demir Arslan, s. 312. Erlüle, Yapımcının Sorumluluğu, s. 326, n. 63.

⁴⁴ Erlüle, Yapımcının Sorumluluğu, s. 326.

⁴⁵ Huon C., La responsabilité des fabricants de matériel aéronautique en Europe, Mémoire de Maîtrise, Mc Gill University Institute of Air and Space Law, Sous la direction de Milde M., Juillet 1991, p. 89, http://digitool.library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder_id=0&dvs=1530301691937~462 Accédé le 29 juin 2018.

cinin yararına hizmet eden üst sınır, aynı ayıplı üründen veya aynı ayıbı taşıyan benzer ürünlerden doğan tüm zararların global üst sınırı şeklinde planlanır⁴⁶.

İspat edilen zarar tutarından 500-Euro düşölerek tazminat hesaplanır ki bu hesaplama tarzı 85/374/EEC Sayılı Direktif'in İngilizce metninde geçen "500-Euro alt eőiői ile (*with a lower threshold of 500 Écu*)" ifadesine uygundur⁴⁷. Daha doğrusu, 500-Euro tutarını aşan taleplerde de ilk 500-Euro talep edilemez⁴⁸. Örneőin, 20.000-Euro talep edildiői zaman, zarar gören kişiye 19.500-Euro ödenir. Direktife göre, davacının zararının tamamen tazmin edilmesi, kusura dayanmayan talebin kusura dayanan taleple birleşmesi hâlinde mümkündür⁴⁹. Hakikaten, üretici veya satıcının emtianın ayıplı/arızalı/bozuk olduğunu bilmesine rağmen piyasaya sürmesi veya satması durumunda, direktifin 500-Euro alt limiti uygulanmaz⁵⁰.

"85/374/EEC Sayılı Konsey Direktifini Değiştiren Avrupa Parlamentosu ve Konsey'in 1999/34/CE Sayılı ve 10.5.1999 Tarihli Direktifi (*Directive du Parlement Européen et du Conseil du 10 mai 1999 modifiant la directive 85/374/CEE du Conseil*)"⁵¹ yürürlüğe girse de, değişikliğe yönelik bu direktifte, yalnızca

⁴⁶ Feng, p. 55. Aydos, Ürün Sorumluluğu, s. 214. Havutçu, s. 83. Kırca, s. 245, dpn. 1120.

⁴⁷ Schwenzer I., L'adaptation de la directive communautaire du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux en Allemagne fédérale, *Revue internationale de droit comparé*, Y. 1991, Vol. 43, Iss. 1 (Janvier-mars), p. 71, https://edoc.unibas.ch/10430/1/20160923164735_57e54087679ef.pdf Accédé le 25 juin 2018.

⁴⁸ Aydos, Ürün Sorumluluğu, s. 215, ayrıca bkz. dpn. 808. Kriek, p. 201, n. 713, p. 206, 269. Ayrıca bkz. Feng, p. 229, 249.

⁴⁹ Aydos, Ürün Sorumluluğu, s. 215, ayrıca bkz. dpn. 808. Aynı yönde bkz. Kriek, p. 201, n. 713, p. 206, 269.

⁵⁰ Giesen/Loos, p. 76.

Ayıbın hileyle gizlenmesi durumunda sonuç zararı terimiyle tam tazminin mümkün olduğu; üretici olmayan satıcının hile yapmamasına ve kusuru da bulunmamasına rağmen üretici gibi dolaylı zararlardan sorumlu tutulmaması gerektiği yönünde bkz. Pichonnaz P., *Ayıplı Mal Teslimi Sonucunda Doğan Zarar Bir İsviçre Vakası ve Tazminatın Sınırlandırılması Üzerine Düşünceler*, Çeviren: Öcal Apaydın B., BAUHF, Y. 2016, C. 11, S. 143-144 (Temmuz-Ağustos), s. 175, 176.

⁵¹ *Directive du Parlement Européen et du Conseil du 10 mai 1999*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999L0034&from=IT> Accédé le 14 juin 2018.

ürün kavramı genişletilir, zarar veya tazminat limiti hakkında yeni düzenlemeye gidilmez.

Fransa 85/374/EEC Sayılı Direktif'i iç hukukuna aktarmıştır. Fakat aşağıda ayrıntılı açıklanacağı üzere, Fransa'nın ilk aktarma tarzı sorunludur⁵². Fransız Medenî Kanunu'nun ilgili maddesine 500-Euro alt limiti konulmaz (CC Art. 1386-2). Komisyon ile Fransa arasındaki davayı inceleyen Adalet Divanı, Fransa'yı, Fransız Medenî Kanunu'nun ilgili maddesine 500-Euro sınırını koymaya mahkûm eder⁵³.

500-Euro alt sınırına iç hukukunda yer vermeyen ve bundan dolayı mahkûm olan diğer ülke Yunanistan'dır⁵⁴. Çünkü 85/374/EEC Sayılı Direktif, ürün sorumluluğunda mala gelen zarara, üye devletlerin ulusal hukuklarıyla değiştirmeyeceği "fiks sorumluluk limiti (*fixed liability limit*)" koyar. Mala gelen zararlar için 500-Euro alt sınırı, dava yığılmasını engellemek amacıyla yönelir⁵⁵. Başka görüşe göre, "tüketici ve firmalar arasında risk paylaşımıdır (*risk sharing between consumers and firms*)". Diğer görüşe göre, 500-Euro alt sınırı, sadece dava sayısını azaltmaya yaramaz; aynı zamanda küçük ve orta ölçekli işletmeleri korur⁵⁶. Her hâlde, bu eşik, ekonomik düzlemde *status quo*'nun haddinden fazla bozulmaması amacıyla hizmet

⁵² Bkz. II-Mukayeseli Hukukta Ürün Sorumluluğu Kaynaklı Zarar ve Tazminat Miktarının Sınırlandırılması, B-Avrupa Birliği'ne Üye Bazı Ülkelerin Ulusal Hukukları, 3-Fransa.

⁵³ Arrêt de la Cour (Cinquième Chambre), 25 avril 2002, Affaire C-52/00, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:62000CJ0052&from=EN> Accédé le 14 juin 2018. Bu içtihat için ayrıca bkz. Tarman, s. 318, dpn. 71. Dollani, p. 19. Akçura Karaman, s. 249. Charot/Ferry/Lapillonne, p. 10. Kirca, s. 161, dpn. 723.

⁵⁴ Arrêt de la Cour (Cinquième Chambre), 25 avril 2002, Affaire C-154/00, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=47307&doclang=fr> Accédé le 14 juin 2018. Bu içtihat için ayrıca bkz. Tarman, s. 318, dpn. 71. Aydos, Ürün Sorumluluğu, s. 87, dpn. 338. Dollani, p. 19. Kirca, s. 161, dpn. 723.

⁵⁵ Kriek, p. 206. Dollani, p. 19. Aydos, Ürün Sorumluluğu, s. 215. Havutçu, s. 82, 83, 142. Akçura Karaman, s. 249. Linger M. L., The Products Liability Directive: a Mandatory Development Risks Defence, Fordham International Law Journal, Y. 1990, Vol. 14, Iss. 2, Art. 6, p. 484, n. 42, <https://pdfs.semanticscholar.org/4980/ca9252b4340f0acac07cd863b14a4ea716b4.pdf> Accessed on June 14, 2018.

⁵⁶ Feng, p. 186.

eder⁵⁷. Aksi yönde görüşe göre, böylesine mali eşik kabulü, tüketim malları alanında yaygın olan küçük taleplere tatmin edici olmayan cevaplar verilmesine sebep olur⁵⁸. Her hâlükârda, üye ülkelerde görülen davalarda, ulusal hukuk, direktifin boşluklarını doldurucu vaziyette devreye girer. Zira 85/374/EEC Sayılı Direktif, esasa ilişkin tam hukukî yapı inşa etmez⁵⁹.

B- AVRUPA BİRLİĞİ'NE ÜYE BAZI ÜLKELERİN ULUSAL HUKUKLARI

Avrupa Birliği müktesebatı kapsamında meydana gelen ve yukarıda anılan hukukî gelişmeler, ürün sorumluluğunun, üye devletlerin ulusal hukuklarına, aşağı yukarı aynı hukukî içerikle fakat farklı yasama modelleriyle intibak etmesine zemin hazırlar. Öyle ki, bazı ülkeler, bu konuda özel kanun çıkarır; bazı ülkeler ise, medenî kanununa veya tüketici mevzuatına entegre eder. Meselâ Hollanda ve Fransa, medenî kanunlarına ekle ilgili direktifi kabul eder. Buna karşılık, Birleşik Krallık ve Yunanistan, 85/374/EEC Sayılı Direktif'i tüketicinin korunması kanunlarına dâhil eder⁶⁰. Aşağıda, Almanya, Avusturya, Fransa, Belçika ve Lüksemburg hukuklarına değinilir.

1- Almanya

Almanya'da ürün sorumluluğu konusu, özel kanun çıkarmak yoluyla halledilir. 15.12.1989 Tarihli "Ayıplı/Bozuk Ürünlerden Sorumluluk Hakkında Kanun (*Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte*)"⁶¹, "Mala Gelen Zararda Aşmak (*Selbstbeteiligung bei Sachbeschädigung*)" başlıklı maddesinde,

⁵⁷ Giesen/Loos, p. 100.

⁵⁸ Cavalière, p. 6.

⁵⁹ Fagnart J. L./Boularbah H., La garantie et la responsabilité en matière de dommages causés par les produits, p. 137, <https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/138217/1/Le%20droit%20des%20affaires%20en%20évolution%2C%20Vol.%20XI%2C%202000%2C%20pp.%2093-152.pdf> Accédé le 14 juin 2018.

⁶⁰ Ayrıntılı inceleme için bkz. Özsunay, Ürün Sorumluluğu, s. 174, 175. Linger, p. 490.

⁶¹ Produkthaftungsgesetz vom 15.12.1989, <https://www.gesetze-im-internet.de/prodhaftg/ProdHaftG.pdf> Zugriff am 14. Juni 2018.

500-Euro alt sınırını dile getirir (ProdHaftG § 11). “Sorumluluk Sınırı (*Haftungshöchstbetrag*)” başlıklı maddesinde ise, 85 Milyon-Euro üst sınırını belirler (ProdHaftG § 10/1). Görüldüğü üzere, Almanya, cana gelen zararda, 70 Milyon-Euro tutarındaki üst limiti artırır; azami tazminat miktarını 85 Milyon-Euro ile sınırlar⁶². Gerçekten ilgili direktifte, üst sınırı artırma izni bulunur (85/374/EEC Art. 16). Bu izinden, Almanya yanı sıra, Yunanistan, Portekiz ve İspanya da yararlanır⁶³.

Alman Hukuku’nun İngiliz Hukuku’ndan farkları arasında en önemli nokta, Almanya’nın 85 Milyon-Euro tavan belirlemeyi seçmesidir⁶⁴. Alman Hukuku’ndaki 85 Milyon-Euro üst sınırında, zararın orijini, mezkûr üreticinin belirli bir ürünü veya “benzer ürünler grubu (*group of similar products*)” şeklinde nitelenir⁶⁵.

Almanya’da Euro yürürlüğe girmeden önce belirlenen ilk alt eşik 1125-DM şeklindeydi. Üretici, 1125-DM tutarından daha düşük miktarda zararları karşılamak zorunda değildi. Bu bedelin üstünde zararlarda, 1125-DM tutarı zarar miktarından düşüldükten sonra ortaya çıkan fark tazmin ediliyordu. Mağdur, zarar miktarından düşülen alt limit tutarını üreticiden bu defa genel hükümlere göre talep etmekte serbestti⁶⁶. 1125-DM yerine 500-Euro konularak aynı esasların bugün de geçerli olduğu ifade edilmelidir.

Ayıplı Ürünlerden Sorumluluk Hakkında Kanun, işbu kanunun diğer kanunlardan doğan hakları bertaraf etmediğini

⁶² Özsunay, İlaç ve Tıp, s. 584. Aynı yönde bkz. Fagnart/Boularbah , p. 140. Ayrıca bkz. Havutçu, s. 83. Aslan, s. 247.

⁶³ Sadece Almanya ve Portekiz’in maksimal sınırı yükseltme izninden yararlandığı yönünde bkz. Fagnart/Boularbah , p. 140. Almanya, Yunanistan, Portekiz ve İspanya’nın yararlandığı yönünde bkz. Cavalière, p. 9. Son anılan dört ülkenin yararlandığı yönünde ayrıca bkz. Straub W., La responsabilité du fait des produits en pratique (Droit communautaire et suisse), Berne, Janvier 2003, p. 22, Livre électronique, <https://www.it-recht.ch/wp-content/uploads/2014/11/Paper-Straub-La-responsabilite-du-fait-des-produits-2007.pdf> Accédé le 25 juin 2018.

⁶⁴ Schwenger, p. 71, 72.

⁶⁵ Spindler G./Rieckers O., Tort Law in Germany,

⁶⁶ Schwenger, p. 71. Ayrıca bkz. Doğan, s. 154. Aslan, s. 245.

dile getirir (ProdHaftG § 15/1). Burada sorumluluk sebeplerinin yarışması ihtimali dikkate alınır⁶⁷. Ayıplı Ürünlerden Sorumluluk Hakkında Kanun'da ihdas edilen **dışında farklı sorumluluk sebebine dayanılmışsa, anılan** zarar eőiői ile tazminat tavanının uygulama alanı bulmayacağı aőikârdır.

2- Avusturya

Avusturya'da, "21.1.1988 Tarihli Ayıplı/Bozuk Üründen Sorumluluk Hakkında Federal Kanun (*Bundesgesetz vom 21. Jänner 1988 über die Haftung für ein fehlerhaftes Produkt*)"⁶⁸, "Sorumluluk (*Haftung*)" başlıklı maddesinde, mala gelen zararın, yalnızca 500-Euro tutarını aşması hâlinde tazmin edileceğini belirtir (PHG § 2).

Avusturya'da, cismanî zarara biçilen 70 Milyon-Euro tutarındaki üst limit, 21.1.1988 tarihli kanunda anılmamış olsa da, müktesebatın üye devlet ulusal hukuklarına oranla üstün olmasından ötürü, Avrupa Birliği Hukuku'ndaki açıklamalar aynen burada da geçerlidir⁶⁹. Esasen, Almanya'nın aksine, İtalya, Yunanistan, Birleşik Krallık gibi, Avusturya'da da, cismanî zarar bakımından, tazminat miktarına tavan konulmaz⁷⁰.

3- Fransa

Fransa, ürün sorumluluğu konusundaki entegrasyonu medenî kanununa eklemek suretiyle çözer. Fransızlar, ürün sorumluluğu konusunda zarar gören yararına tavır takınma eğilimindedir. Bu anlamda, 85/374/EEC Sayılı Direktif'i olduğu gibi iç hukukuna aktarmayı kolaylıkla içselleştiremez. Sadece zararın alt miktarında ve tazminatın üst miktarında limit bakımından değil, başka konularda da, özellikle ispatı kolaylaştırma ve zamanaşımını tüketici lehine algılama eğilimlerinden

⁶⁷ Aslan, s. 257.

⁶⁸ Produkthaftungsgesetz vom 21. Jänner 1988, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002864> Zugriff am 15. Juni 2018.

⁶⁹ Özsunay, İlaç ve Tıp, s. 592.

⁷⁰ Doğan, s. 155.

ötürü de Avrupa Adalet Divanı'yla sorun yaşar. Hakikaten Adalet Divanı, üreticinin zararına, haksız varsayımların getirilmesi boyutunda, ispatın kolaylaştırılmamasını salık verir⁷¹.

İlk etapta, "19.5.1998 Tarihli ve 98-389 Numaralı Ayıplı Ürünlerden Sorumluluğa **İlişkin Kanun** (*Loi n°98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux*)"⁷², Fransız Medenî Kanunu'na, 1386-1 ile 1386-18 arası on sekiz madde ekler. Bu maddelerde 500 veya 70 Milyon-Euro limitleri bulunmaz. Bu süreçte, Fransa'da, ayıplı **üründen mala gelen zarar tam (intégralement)** tazmin edilir. Ayrıca küçük uyuşmazlıkların davaya dönüşmesini cesaretlendirmeme saiki güdülmeyiz⁷³.

19.10.2000 tarihli ve 2669 numaralı meclis raporundan edinilen bilgiye göre, Fransız Medenî Kanunu'nun mezkûr direktife pek de uygun olmayan 1386-1 ile 1386-18 arası **hükümleri** ayıplı **üründen sorumlulukta tüketicinin üst düzey korunması** amacına hizmet ederdi. Öyle ki, Fransız Hukuku, tüketiciiye 500-Euro alt sınırı dayatmadı, üreticiye 70 Milyon-Euro imtiyazı tanımadı ve sorumlu üreticiye profesyonel tedarikçiiye ekledi. En önemlisi, ürünün kötü sonuçlarının daha ortaya çık-

⁷¹ Avrupa Adalet Divanı tarafından 21.6.2017 tarihli "W ve diğerleri Sanofi Pasteur'e karşı (W and Others versus Sanofi Pasteur) içtihadı Fransız Hukuku'nun uygulanması bakımından önem arz eder. Defolu aşı dolayısıyla çoklu skleroz olunduğu iddiasında, illiyet bağı, ispat külfeti ve delillerin yönetilmesi meselelerini değerlendiren Adalet Divanı, ulusal mahkemeler tarafından, delillerin yönetilmesi sisteminin, üreticinin zararına, haksız varsayımların getirilmesiyle sonuçlanacak şekilde uygulanmamasına işaret eder (Arrêt de la cour (Deuxième chambre), 21 juin 2017, L'affaire C-621/15, http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=FR&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=192054&occ=first&dir=&cid=213753 Accédé le 14 juin 2018). Doktrinde ise, mezkûr içtihat vesilesiyle, aynı tipte ürünün farklı açılardan defolu olabileceği; bunun için, ürünün bileŐim, dizayn, ambalaj, imalat ve talimat yönlerinden karakteristik özelliklerinden hareketle potansiyel defonun belirlenebileceği; ispat yükünün ise, sorgulanan ürünün tipine göre değil, defonun tipine yani zararın ve kazanın sebebine göre dağılacığı tespit edilir (Büyüksağış E., Arrêt Sanofi: la responsabilité du fait du produit défectueux appliquée aux vaccins, une responsabilité objective basée sur des présomptions, *Journal de Droit Européen*, 2017/1, p. 395-397).

⁷² Loi n°98-389 du 19 mai 1998, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000205903&categorieLien=id> Accédé le 14 juin 2018.

⁷³ Testu X. F./ Moitry J. H., *La responsabilité du fait des produits défectueux* (Commentaire de la loi 98-389 du 19 mai 1998), *Dalloz Affaires*, p. 6, <http://jl.droit.free.fr/docs/produitsdefectueux.pdf> Accédé le 12 août 2018.

madan veya yayılmadan önlenmesi amacıyla, üreticiye izleme yükümlülüğü yükledi. İzleme yükümlülüğünü yerine getirmeyen üretici, kurtuluş imkânlarından yararlanamaz. Gerçekten, Fransız Medenî Kanunu'nun 1386-1 ile 1386-18 arası maddelerinde alt ve üst limitlerin benimsenmemesi, profesyonel kuruluşlar ve tüketici dernekleri tarafından onaylanan birkaç tüketici yararına önlemden biridir⁷⁴.

70 Milyon-Euro tavanının Fransa'da asla benimsenmesi, tam tazmin ilkesinin yasal gelenek olmasında kaynağını bulur. Risk teorisi gereği üreticinin kusursuz ve otomatik sorumluluğunun adil noktaya indirgenmesinde, eşik, yani alt sınır kâfi görülür. Fransa bu konuda nettir. Avrupa Birliğı Hukuku, önceki yasaların sağladığı korumayı azaltma etkisine sahip olamaz⁷⁵.

Fransız Medenî Kanunu'nda üreticiye yüklenen ürününü izleme yükümlülüğü, ürünü geri çağırma veya üreticinin piyasadan tamamen çekilmesi tedbirleriyle birleştğinde, tüm ekonomik operatörlerin lehinedir. İzleme yükümlülüğünü yerine getiren üretici, bir tek risk olasılığını dâhi kaçırmaksızın zamanında müdahale etmekle, gelecekte ödeyeceğı tazminat miktarını yönetir⁷⁶.

Yukarıda açıklandığı üzere, 2002 yılında ilgili maddeye direktifte geçen sınırı eklemeye mahkûm edilen Fransa⁷⁷, 2004 yılında Fransız Medenî Kanunu'nda yeniden **değişiklik yapar: "Bu bölüm, ayıplı ürünün kendisi dışında mala gelen zararın aynı zamanda tüzükle belirlenen miktarı aşması hâlinde**

⁷⁴ Assemblée Nationale Française, Rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée Nationale Pour L'Union Européenne sur le Livre vert de la Commission européenne et sur la responsabilité civile du fait des produits défectueux (COM [1999] 396 final-document E 1296), Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 19 octobre 2000, N° 2669, p. 107, 111, <http://www.assemblee-nationale.fr/europe/rap-info/i2669.pdf> Accédé le 15 juin 2018. Ayrıca bkz. Linger, 501, 502.

⁷⁵ Testu/Moitry, p. 6.

⁷⁶ Reis P., L'impact de l'application ou de l'absence d'application du principe de précaution quant aux préjudices, HAL archive-ouvert.fr, HAL Id: halshs-00730885, p. 5, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00730885/document> Accédé le 15 juin 2018.

⁷⁷ Bkz. II-Mukayeseli Hukukta Ürün Sorumluluğı Kaynaklı Zarar ve Tazminat Miktarının Sınırlandırılması, A-Avrupa Birliğı.

tazmine uygulanır” (CC Art. 1386-2/al.2). Daha sonra Fransız Medenî Kanunu’ndaki, 1386-1 ile 1386-18 arası hükümler yürürlükten kaldırılır. Nihayet, 2016 yılında, Fransız Medenî Kanunu’na “Ayıplı **Ürünlerden Sorumluluk** (*La responsabilité du fait des produits défectueux*)” başlıklı bölüm açılmakla, 1245-1 ile 1245-17 arası on yedi maddeyle konu son yasal düzlemine kavuşur⁷⁸. Tüzükle belirlenen miktarı aşma kuralı yine aynı cümleyle Fransız Medenî **Kanunu’nda ifadesini bulur** (CC Art. 1245-2/al.2).

1985 yılından 2004 yılına uzanan yolculukta Fransa, dava değerine getirilen asgarî **sınırı ve tazminat miktarına getirilen üst limiti kabullenmekte en zorlanan Avrupa Birliği ülkelerinden biridir**. Fransa’nın 1998 yılındaki mükemmellikten uzak ilk atağı bile, Avrupa Birliği’ni aşağı yukarı on yıl farkla takip eder vaziyettedir⁷⁹.

Dijon İstinaf Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi’ne göre, asgarî 500-Euro miktarına ayıplı **ürünün değerinin dâhil** olmaması, davacı huzurunda, ayıplı üründen kaynaklanan fakat sözleşmeye bağlanmayan (*non lié par un contrat*) zarar arayışında gizlidir⁸⁰.

Mezkûr direktifin 2011-2015 yılları arasındaki verimliliği hakkında yazılan raporda, zarar miktarı 500-Euro’nun altında, tazminat miktarı 70 Milyon-Euro’nun üstünde olan davalarda hukukî sebep değişir. Şöyle ki, davacı ilgili direktife ve Fransız Medenî Kanunu’nun 1245-1 ile 1245-17 arası **hükümlerine dayalı olarak dava açamaz; fakat davasını genel hükümlere dayandırabilir**⁸¹.

⁷⁸ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?sessionId=AE1A98C679438649C1D4384C9C7A31A5.tpl&fr42s_2?cidTexte=JORFTEXT000032004939&idArticle=LEGIARTI000032006591&dateTexte=20160211&categorieLien=cid#LEGIARTI000032006591 Accédé le 15 juin 2018.

⁷⁹ Matringe, p. 137.

⁸⁰ Cour d’appel Dijon 2ème chambre civile, le 22 Mars 2018, N° de pourvoi: 15/01907, http://web.lexisnexis.fr/LexisActu/CADijon_22mars2018_1501907.pdf Accédé le 29 juin 2018.

⁸¹ Note des autorités Française, le 3 juillet 2017, Paris, p. 2,

Fransız Temyiz Mahkemesi, üreticinin sorumluluğu bakış açısında, hâkimin kesin hukukî nitelme yapmasını bekler; hukukî sebeplere kümülatif olarak dayanılamayacağını emreder. Daha açık bir ifadeyle, üreticinin sorumluluğuna dayalı hüküm kurarken, hâkim, ya Medenî Kanun'un 1245-1 ve devamı maddelerinde belirtilenlerden başka diğer borç sebeplerini dıŐlamalıdır; ya da Medenî Kanun'un 1245-1 ve devamı maddelerini reddedip genel hükümleri kullanmalıdır⁸².

4- Belçika

Belçika'da ürün sorumluluğu özel kanunla düzenlenir. Kısacası Belçika, 85/374/EEC Sayılı Direktif'i özel kanun çıkarmak yoluyla iç hukukuna entegre eder. 25.2.1991 Tarihli "Ayıplı Ürünlerden Sorumluluğa İlişkin Kanun (*Loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux*)"⁸³, mala gelen zararın en az 500-Euro olması alt sınırını yasalaŐtırır (LRPD Art. 11/Ő2-al.3).

Belçika'nın söz konusu direktifi iç hukukuna aktarması altı yıllık tartışmalar sonucunda gerçekleşir. Kalkınma savunucuları, işbu kusursuz sorumluluk düzeninin üreticilerin üretim masraflarını katlayacağı, özellikle sigorta masraflarını artıracacağı, söz konusu masraf artışının ürünün fiyatına yansıtacağı öngörüsünde bulunur. Belçika'da 90'lı yıllardaki ekonomik durumun, üreticinin sorumluluğunu artırmaya elverişli olmadığı eleştirisi getirilir. Öyle ki, Belçika'nın direktifi iç hukukuna aktarmakta alt yıl beklemesi, gecikme değildir; Belçika devletin, iktisadî işletmelere ve üreticilere yönelik zaman tanıma, yani ihtiyat ve ihbar görevinde zemin bulur⁸⁴.

<http://www.amalyste.fr/wp-content/uploads/2017/11/NAF187-FR-RC-produits-defectueux-final.pdf> Accédé le 15 juin 2018. Ayrıca bkz. Charot/Ferry/Lapillonne, p. 16.

⁸² Cour de cassation chambre mixte, le 7 juillet 2017, N° de pourvoi: 15-25651, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000035156022> Accédé le 29 juin 2018.

⁸³ *Loirelativeàlaresponsabilitédufaitdesproduitsdéfectueux*(25Février1991),http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=1991022530 Accédé le 15 juin 2018.

⁸⁴ Linger, p. 500. Ayrıca bkz. Feng, p. 185.

5- Lüksemburg

Lüksemburg'da, "21.4.1989 Tarihli Ayıplı Ürünlerden Medenî Sorumluluğa İlişkin Kanun (*Loi du 21 avril 1989 relative à la responsabilité civile du fait des produits défectueux*)"⁸⁵ uygulanır. Kanun, ancak 500-Euro tutarını geçen mameleki zararların tazmin edileceğini belirtir (LRCFPD Art. 2/al.2). Cana gelen zararların tazmininde geçerli olan 70 Milyon-Euro limiti, 21.4.1989 tarihli kanunda yer almamakla Lüksemburg Hukuku'nda benimsenmemiştir.

27.12.1989 tarihinde meydana gelen değişiklik, "500-Ecus" şeklinde kaleme alınmış para biriminin "22.500-Francs" tutarında Lüksemburg frangına dönüştürülmesidir. 1999 yılı ve devamında Euro para biriminin gelişiyile para birimi farkları ortadan kalkar. Bu bakış açısında, Euro tedavüle girmeden önce, Lüksemburg Hukuku'nda, 22.500-Francs, yani 500-Ecus alt sınırı, üretici lehine muafiyet miktarı olarak uygulanır. Eşiğin tazminattan indirilecek tutar olarak algılanıp algılanamayacağı Avrupa Birliği'nde tartışmalıyken bile, Lüksemburg'da mameleki zararın ilk 22.500-Francs tutarının düşülmesiyle tazminatın hesaplanması yolu izlenir. Lüksemburg çerçevesindeki hazırlık çalışmalarında, alt limit kümülatif iki sonuç doğurur. Alt limit gerek asgarî dava değerine, gerek muafiyet tutarına tekabül eder. Kısacası, 22.500-Francs, sadece davacının dava açabileceği asgarî dava değeri değildir; aynı zamanda, hasarın kapsamı ne olursa olsun, mağdurun bu miktarı aşan zararının yalnızca belirli kısmı için tazminat alabileceğini de belirtir. Böylece, örneğin 750-Ecus tutarında değerlendirilen maddî zarar sadece 250-Ecus tutarında tazminata yol açar⁸⁶.

⁸⁵ Loi du 21 avril 1989 relative à la responsabilité civile du fait des produits défectueux, <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/1989/04/21/n1/jo> Accédé le 15 juin 2018.

⁸⁶ Von Kuegelgen M., La loi du 25 février 1991 sur la responsabilité du fait des produits dans ses rapports avec le droit commun de la vente, Vente et cession de créance (sous la coordination de Foriers P. A.), Edition Formation Permanente Commission Université Palais, Volume 15, Mars 1997, p. 82, <http://local.droit.ulg.ac.be/sa/cup/doc/15.pdf> Accédé le 12 août 2018.

C- BİRLEŞİK KRALLIK

Birleşik Krallık topraklarında, “1987 Tüketicinin Korunması Kanunu (*Consumer Protection Act 1987*)”⁸⁷ yürürlüktedir. Bu kanunun 43’üncü bölümü 1’inci kısım başlığı itibariyle “Ürün Sorumluluğu (*Product liability*)” konusuna odaklanır. Anılan kısımda, “Sorumluluk doğuran zarar (*Damage giving rise to liability*)” başlıklı madde, sorumluluk yaratabilecek zarar miktarının alt limitini açıklar: “İşte bu kısım dolayısıyla, **mülkiyete gelen zarar** anlamında, faiz hariç 275-Sterling tutarını geçmeyen hiçbir zarar tazmin edilemez” (CPA. c. 43 Art. 5/4). Böylece, 1987 Tüketicinin Korunması Kanunu’na göre, ürün sorumluluğu temeline dayalı dava açılması, mameleki zararlar bakımından 275-Sterling alt limitine tâbidir⁸⁸.

275-Sterling tutarında alt limit İngiltere’de eleştirilir. Bu limitin altında kalan miktarların da, her şeye rağmen tüketici için anlam ve önem arz edebileceği savunulur. Aslında farz edilen, ilk 275-Sterling meblağının tüketici açısından önemsiz olduğudur. Kullanılan veya kullanılmış mülkiyete gelen zararda, 275-Sterling eşiği, yalnızca asgarî dava değeri değildir. Aynı zamanda, zarar miktarının ilk 275-Sterling tutarının tazminata dönüşmemesidir⁸⁹.

İngiliz Hukuku’nda cana gelen zararda 70 Milyon-Euro tavanı bulunmaz. Bu tavan ayıplı bina inşaatından kaynaklanan zararlarda olduğü gibi tavanı aşması muhtemel kötücül olası-

⁸⁷ Consumer Protection Act 1987, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1987/43/pdfs/ukpga_19870043_en.pdf Accessed on June 21, 2018.

⁸⁸ Castley S./Le Marquer A., England and Wales, Getting the Deal Through Product Liability 2008, Contributing editors: Kaplan Harvey/ Fowler Gregory, p. 57, https://www.sbh.com/~media/files/professionals/castleysimon/englandandwales_pl2010.pdf?la=en Accessed on June 21, 2018.
East F., England&Wales, Chapter 7, The Product regulation and Liability Review, Editors: Varner D. C./Pratt W. B., Fourth Edition, April 2017, London, p. 75, [https://thelawreviews.co.uk/digital_assets/de8d9bf4-be1f-4df0-a329-23ce88cc1b5d/The-Product-Regulation-and-Liability-Review-\(Fourth-Edition\).pdf](https://thelawreviews.co.uk/digital_assets/de8d9bf4-be1f-4df0-a329-23ce88cc1b5d/The-Product-Regulation-and-Liability-Review-(Fourth-Edition).pdf) Accessed on June 21, 2018.
Deards E./Twigg Flesner C., The Consumer Protection Act 1987: Proof At Last That It is Protecting Consumers, Nottingham Law Journal, Y. 2001, Vol. 10, Iss. 2, p. 2, http://irep.ntu.ac.uk/id/eprint/10185/1/187737_5374%20Berry%20Publisher.pdf Accessed on June 21, 2018.

⁸⁹ Deards/Twigg Flesner, p. 2, 4.

lıklar düşünülerek benimsenmemiştir⁹⁰. Britanya'nın üst limit koymama tercihi, sadece üreticinin değil, asıl sigortacının sorumluluğunu tavanla sınırlandırmamak anlamına gelir⁹¹.

D-İSVİÇRE

İsviçre'de, "Ayıplı Ürünlerden Sorumluluğa İlişkin Federal Kanun (*Loi fédérale relative à la responsabilité du fait des produits défectueux*)"⁹² yürürlüktedir. Söz konusu kanunun çerçevesi, kanun koyucu tarafından şöyle belirlenir: "Borçlar Kanunu'nun Uygulanması ve Tamamlayıcı Hükümler (*Dispositions complémentaires et d'exécution du Code des obligations*)". Ayıplı Ürünlerden Sorumluluğa İlişkin Federal Kanun'un "Maddî Zarar Durumunda Muafiyet (*Franchise en cas de dommage matériel*)" başlıklı maddesinde 900-Franc (CHF) alt sınırı bulunur (LRFP Art. 9/1). Bu kanunun uygulama alanı tarım, hayvancılık, balıkçılık, avcılık hariç tüm üretim sektörlerini kapsar. Maddî ve gayri maddî tüm taşınırlar kadar taşınmazları ve elektriği de ürün kabul eder (LRFP Art. 3). Görüldüğü üzere, kanunun uygulama alanı, sektör ve ürün tanımı bakımından geniş spektrumludur. Gerçekten, İsviçre'de ilaçlar hakkında özel kanun olmasına rağmen, sağlığa zararlı ilaçtan sorumluluk, Ayıplı Ürünlerden Sorumluluğa İlişkin Federal Kanun'a tâbidir⁹³.

İsviçre Sorumluluk Hukuku'nun ürün sorumluluğu kısmı, Avrupa Birliği Hukuku'ndaki gelişmeleri, neredeyse harmonizasyon yakınlığında takip eder. Yalnız İsviçre'nin harmonizasyon benzeri takibi, Fransa'nunki gibi değil, daha çok koordinasyon boyutundadır⁹⁴.

⁹⁰ Ewen M., Product Liability, Fenwick Elliott Annual Review 2017/2018, p. 8, https://www.fenwickelliott.com/sites/default/files/annual_review_2017.pdf Accessed on June 20, 2018.

⁹¹ Ronka-Chmielowiec/Jędrzychówka/Poprawska, p. 82.

⁹² Loi fédérale relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19930205/200707010000/221.112.944.pdf> Accédé le 14 juin 2018.

⁹³ Özsunay, İlaç ve Tıp, s. 592. Aynı yönde ayrıca bkz. Büyüksağış/Öz, s. 179, 180.

⁹⁴ Matringe, p. 13, 137, 255 et s.

İsviçre'den Avrupa'ya ithal edilen ürünler için bu kanun uygulanmaz; Avrupa'ya ithal edilen İsviçre mallarından doğan sorumluluk 85/374/EEC Sayılı Direktif'e tâbidir⁹⁵. Aslında kapıdan satış, tüketici kredisi ve devre tatil konularında olduğu gibi, üreticinin kusursuz sorumluluğunda da İsviçre Hukuku ile Avrupa Birliği Hukuku aynı çizgide uyuşur. Doktrinde, bu uyuşmanın sebebi, İsviçreli firmaların ortak pazardaki şanslarını artırmak şeklinde açıklanır⁹⁶.

Nasıl ki, direktifler, Avrupa Birliği çapında, üye ülkeler nazarında, tüketicilerin aynı düzeyde korunması ve firmaların eşit şartlarda rekabet etmesi hedeflerine yönelir; İsviçre de, kendi firmalarının ve tüketicilerinin, rekabet ve korumada, Avrupa'yla homolog kalmasını ister⁹⁷.

İsviçre'de zarar gören taraf 900-Franc (CHF) tutarına kadar olan zararını bizzat üstlenir. Tersinden ifade edilirse, 900-Franc (CHF) tutarına kadar olan zarardan üretici muaftır. İsviçre'de ne cana, ne de mala gelen zarar bakımından 70 Milyon-Euro karşılığı tazminat tavanı bulunur⁹⁸.

Avrupa Birliği Hukuku'ndaki 500-Euro sınırı gibi, kaynağını buradan alan 900-Franc (CHF) meblağı da, sadece küçük uyumsuzlukları filtre etme amacını haiz olsaydı, aşkın davalardan oluşan yargılama yükü, ulusal çerçeveyi aşıp, Adalet Divanı'nı ilgilendiren bir meseleye dönüşmezdi ve en önemlisi üreticinin ödeyeceği tazminattan doğrudan indirilmezdi⁹⁹.

⁹⁵ Straub, p. 4.

⁹⁶ Pichonnaz P./Werro F./Hurni B., Un reflet de la jurisprudence récent en droit privé européen, Annuaire suisse de droit européen 2010-2011, Stämpfli Editions, Berne, p. 203, 204, http://www.unifr.ch/ius/assets/files/chaieres/CH_Pichonnaz/files/Annuaire%20suisse%20de%20droit%20européen%202010_11.pdf Accédé le 25 juin 2018.

Aynı yönde bkz. Werro F., La jurisprudence de la CJUE en matière de responsabilité du fait des produits et son impact sur l'application de l'article 208 al 2 CO, Droit de la responsabilité civile et des assurances, Edité par Fuhrer Stephan/Chappuis Christine, Stämpfli Editions, Berne, 2012, p. 474, <http://www.pierre-legrand.com/werro.pdf> Accédé le 25 juin 2018.

⁹⁷ Werro, p. 473, 474.

⁹⁸ Straub, p. 22. 50 Milyon-Frank tavan bulunduğu yönünde bkz. Ronka-Chmielowiec/Jędrzychówka/Poprawska, p. 82.

⁹⁹ Matringe, p. 139.

III- MALA GELEN ZARARDA ALT VE CANA GELEN ZARARIN TAZMİNİNDE ÜST LİMİTİN ORTAK SEBEPLERİ

Üreticinin kusursuz sorumluluğunda, mala gelen zarara alt, cana gelen zararın tazminine üst limit konulması üzerine düşünce üretebilmek için, öncelikle, mezkûr limitlerin varlık sebebi aydınlatılmalıdır. Ancak limitlerin hizmet ettiği gerçek amaç açığa çıkarılırsa, Türk Hukuku'nda üreticinin sorumluluğu özel kanunla düzenlenirken böylesine limitlere yer veriliş verilmemesi avantaj ve dezavantajlarıyla ortaya konulabilir. Bu araştırmada, ilk görünüş tespiti, her iki sınırlandırmanın da, davacının aleyhine, davalının lehine imaj sergilemesidir.

Kusursuz olsa bile üreticinin ayıplı ürününden kaynaklanan zarardan sorumlu tutulması, global ölçekte iki gayeyi hazir: ekonomik operatörler arasında haksız rekabetin engellenmesi ve ürünlerin serbest dolaşımının kolaylaştırılması¹⁰⁰. Yalnız zarar bakımından eşik ve tazminat bakımından tavan belirlenmesinin, haksız rekabetin engellenmesiyle bağlantısı bulunmaz. Buna karşılık, bu sınırlamaların, büyük resimde, ürünlerin birlik içinde serbest dolaşımını kolaylaştırdığı söylenebilir. Çünkü ürün sorumluluğu limitleri Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde özdeş düzenlenirse, zarar gören nazarında, kendi ülkesinde veya birliğe üye diğer ülkelerde üretilmiş tehlikeli ürünler arasında, işbu ayıplı üründen doğan zararın tazmini bakımından, tazminat miktarının hesaplanmasında yeknesaklık hâkim olur.

Üreticinin kusursuz sorumluluğunun ulusal hukuklarda belirli limitlerle düzenlenmesi, yüksek riskli ürünlerde sorumluluğu adil dağıtma ve paylaşırma amacına yönelir. İnşaat ve hava taşımacılığı sektörlerinde, çok sayıda tüketicinin cismani zarara maruz kalması ihtimallerinde, büyük risklerin altından kalkılabilir hâle dönüştürülmesi elzemdir. Meselâ Alman menşeli *Grünenthal* firması tarafından *thalidomide* etken maddesiyle üretilen *Contergan* jenerik isimli ilacın uzuvları eksik veya bo-

¹⁰⁰ Pichonnaz/Werro/Hurni, p. 211.

zuk bebek doğumlarına sebep olması üzerine ortaya çıkan trajedi, büyük risklerin altından kalkılabilir hâle dönüştürölmesi ihtiyacını ortaya koyar¹⁰¹. Yaşam alanı üzerine uçak düşmesi gibi ekstrem olaylar dikkate alınırsa, ayıplı üründen üreticinin sorumluluğuna konulan tavanın ilk bakışta üretici lehine olduğu belirgindir. Seri zararlar, özellikle sağlığa zararlı ilaç kaynaklı cana gelen zararlar, üretici lehine belirlenen tavanın sorgulanmasına sebep olabilir¹⁰². Yalnız hukuk düzeni, ürün sorumluluğunda uzmanlaştıkça, üreticinin sorumluluk sigortasından yararlanması kaçınılmaz olur. Zararın tamamen tazmin edilmesi ilkesiyle sigorta garantilerinin limitleri çakışır¹⁰³. 70 Milyon-Euro tavanı tam tazmin yasal geleneğini bozar. Böylece, kusursuz ve otomatik sorumluluğun, risk teorisiyle, adil noktaya indirilmesi yanı sıra üst limiti aşmaması sağlanır¹⁰⁴.

Üreticinin kusursuz sorumluluğu, incelenen mukayeseli hukuk sistemlerinin tamamında tali ve tamamlayıcı kabul edilir. Kusur temeline dayalı haksız fiil sorumluluğunun kapısı her zaman açıktır¹⁰⁵. Aslında üreticinin kusursuz (objektif) sorumluluğuyla kusurlu (sübjektif) haksız fiil sorumluluğu yarışır¹⁰⁶. Bu yarışmada, davacının dava sebebini nasıl tayin ettiğine bağlı olarak, kusurlu üretici, zarar ve tazminata getirilen limitlerden yararlanma olanağını yitirebilir.

Üreticinin sorumluluğu teorilerini, daha başlangıçta, 1960'lı yıllarda başkalaştıran rizikonun sigorta edilebilme imkânıdır¹⁰⁷. Şu hâlde, üreticinin sorumluluğunda kabul edilen alt ve üst li-

¹⁰¹ Straub, p. 22, 36. 50 Milyon-Frank tavan bulunduğu yönünde bkz. Ronka-Chmielewicz/Jeđrzychówka/Poprawska, p. 82.

¹⁰² Schwenger, p. 69, 73.

¹⁰³ Feng, p. 215, 92, n. 526.

¹⁰⁴ Testu/Moitry, p. 6.

¹⁰⁵ Werro, p. 479.

¹⁰⁶ Laroche H., Les concours de responsabilités civiles, Thèse pour obtenir le grade de Docteur de l'Université François-Rabelais de Tours, Spécialité du droit privé, Dirigée par Ophéle C., soutenue le 19 mars 2014, Centre Val de Loire, p. 83, 167, 183, http://www.applis.univ-tours.fr/theses/2014/helene.laroche_3531.pdf Accédé le 14 juin 2018.

¹⁰⁷ Kessler F., Products Liability, The Yale Law Journal, Y. 1967, Vol. 76, p. 902, <https://pdfs.semanticscholar.org/4b28/2b457814ef47c86e0e6617bd5e8767e5168a.pdf> Accessed on June 21, 2018.

mitlerle sigortacılık arasında, hem ekonomik, hem de hukukî bağ olabilir.

Kusursuz sorumluluk düzeninde cana gelen zararın tazminini maksimum tutarla sınırlandırma eğilimi, sağlık ve inşaat sektörlerinde sigorta edilemeyen risklere dayanır. Bu gerçek, sorumluluk hukukunun AmerikalıŐtıęına işaret eden verilerden biridir¹⁰⁸.

Üreticinin sorumluluğuna dayalı tazminat taleplerinin artması sigorta primlerinin de anormal artışına zemin hazırlar. Ardından, hukuk düzeninin üreticiye objektif sorumluluk biçme eğilimi, artan sigorta primleriyle çatıŐır. Derin cep stratejisi (*deep pocket strategy*) ki bu Amerikalı güç odaklarının kaçınmak istedikleri sonuçtur, 85/374/EEC Sayılı Direktif'in gerçek amacının, üreticilerin karşılaştıkları güçlükleri kolaylaŐtırmak olduğunun delilidir. Sigorta ve sorumluluk hukuklarının çatıŐması neticesinde ortaya çıkan kriz, kusursuz sorumlulukta zarar ve tazminat miktarlarına limitler getirilerek çözümlür¹⁰⁹. Nitekim Türk Hukuk doktrininde de, öngörülemeyen rizikoların sigorta edilemedikleri için bir nev'i yok sayılması ya da sorumluluk hukukundan dıŐılanması amacıyla bu limitlerin benimsendiği dile getirilir¹¹⁰.

Amerika Birleşik Devletleri'nde, üreticinin kusursuz sorumluluk düzeni tartıŐılırken, en önemli yararının, üreticinin ürün güvenliğine maksimum özen göstermesi olduğu iddiasına karşı çıkılır. Bu görüşte, özel sorumluluk düzeni ihdas edilmeseydi bile, üretici zaten ürün güvenliğine maksimum özeni gösterirdi. Çünkü tüketiciye zarar veren ürünler onların satıŐlarını azaltırdı. Faydasından çok zararı olan bu sorumluluk sistemi kaldırılrsa yeridir¹¹¹.

¹⁰⁸ Schiller S., Hypothèse de l'américanisation du droit de la responsabilité, Archives de philosophie du droit, Dalloz, Y. 2001, Vol. 45, p. 195, <http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/222.pdf> Accédé le 29 juin 2018.

¹⁰⁹ Huon, p. 31, 38, 52, 83, 128.

¹¹⁰ Erlüle, Konsey Yönergesi Çerçevesinde Yapımcının Sorumluluğu, s. 141. Çığ, s. 50, 51.

¹¹¹ Polinsky A. M./Shavell S., The Uneasy Case for Product Liability, p. 1-3, 55, 56, https://law.yale.edu/system/files/area/workshop/leo/document/09-09-08_

Kapitalist sistemi mümkün olduğunca kendi hâline bırakma, hukukî müdahaleleri zorunluluk hâleriyle sınırlandırma eğilimi bu bakış açısında gözlenir. Bakış açısının tarafgirliği bir yana, üreticinin kusursuz sorumluluğundan en çok yararlanan aktör kimdir sorusunun cevabı burada yön değiştirir. İlaç şirketlerinin 25 Milyon-Dolar teminatlı ürün sorumluluğu poliçeleri hesaba katılmalıdır. Üreticinin sorumluluk masraflarının en yüksek tutarlı kalemi hiç şüphesiz sigorta primidir¹¹².

Global ekonomik sistem boyutunda, ürünlerin serbest dolaşmasının üretici lehine talebin artmasına zemin hazırladığı açıktır. Diğer taraftan, zararda belirli eşiğin geçilmesi, tazminatta tavanın altında kalınması beklentisi, kapitalist sistemde *status quo*'nun haddinden fazla bozulmamasını temin eder¹¹³.

Kapitalist sistemde *status quo*'nun sigortayla sağlanması düşüncesi ilk defa ürün sorumluluğunda dile getirilmez. Zararın neden ödenmesi gerektiğini açıklayan teorilerde, hak bazlı (*right based*) ve görev bakış açısı (*duty view*) şeklinde iki farklı teori bulunur. Esasen görev bakış açısına dayalı yararçı teoriler (*utilitarian theories*), zararın giderilmesi gerekliliğini sigorta tırımı ile açıklar. Potansiyel davacıların bakış açısına göre, hasar ödülleri sigortaya benzer. Tazminat davası ikame edip zararı tazmin ettirebilme ihtimali müstakbel davacılar için bir nevi sigorta teşkil eder. Yararçı teorilerin perspektifinden, hasarı/zararı parayla giderme pratiği, prensipte, sigorta benzeri şekilde açıklanıp haklı çıkarılabilir. Meselâ, mahsullerime veya canıma zarar verirsiniz, kaybımı telafi etmek için sizi zorlamasını mahkemeden isteyebilirim. Böylesine güçlü yetkim olmasaydı, mahsul üretmekten veya sokaklarda dolaşmaktan çekinebilirdim. Zarar vereni mahkeme aracılığıyla zorlama yetkisi sınırlandıkaça, vatandaşlar kendi kendilerini korumak adına

Polinsky.Shavell_ProductLiability.pdf Accessed on June 17, 2018.

¹¹² Garber S., Economic Effects of Product Liability and Other Litigation Involving the Safety and Effectiveness of Pharmaceuticals, RAND Institute for Civil Justice, 2013, California, p. 5, n. 1, n. 3, https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/monographs/MG1200/MG1259/RAND_MG1259.pdf Accessed on June 21, 2018.

¹¹³ Giesen/Loos, p. 100.

farklı yöntemlerden yararlanır. Meselâ, özel sigortayla koruyucu zırh giyebilir. Ya da mahsullerini korumak adına çitler inşa ettirebilir¹¹⁴. Şu hâlde, üreticinin lehine sorumluluğun zarar ve/veya tazminat yönünden sınırlanması demek, bu sefer potansiyel davacıların bizzat özel sigortalara yönelmesi sonucunu doğurur. Kısacası, üretici lehine sorumluluğun zarar ve/veya tazminat yönünden alt ve/veya üst limitlerle sınırlanması, dava yoluyla zararın telafisi imkânı daraltıldıkça, sigorta sektörünü iki yönlü besler; daha doğrusu, poliçe arzını ikiye katlar. Hem üreticilere, hem de ürünlerin potansiyel zarar ekseninde tüketici olsun olmasın sair gerçek kişilere, sigorta poliçesi satılmasının yolu açılır.

Orijinin sigorta hukuku olduğu, üreticinin sigorta masraflarını nereden ve nasıl karşıladığından da anlaşılabilir. Esasen, üreticinin sigorta masrafları, tüketicinin sırtındadır. Zira üreticinin kusursuz sorumluluğunun getirdiği masraf, kısmen veya tamamen satış bedeline yansıtılır¹¹⁵.

70 Milyon-Euro üstü belirsiz rizikolar sigorta edilemeyince iki olasılık ortaya çıkar: direktifin artırdığı imalat masrafı, ya üreticinin sırtında kalır ki, bu olasılık üretimin durmasından ötürü tüm ekonomik ajanların zararınadır; ya da ürün fiyatına eklenir ki, bu da tüketicinin zararınadır¹¹⁶.

Mahkemelerdeki tazminat hesaplama tarzıyla, sigorta hukukundaki riziko hesaplama şeklinin, gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde yeknesaklaşması gerektiği savunulur. Gerçekte, hukukî korumanın hakikati, firmadan ödemesi beklenen tazminatın sigorta karşılığının bulunmasıdır¹¹⁷. Gerek alt, gerek üst sınırdaki, sigorta edilebilirlik kıstası geçerlidir. Ürün sorumluluğu konusunda iddiaların hacmi belirsiz olduğu için riskin

¹¹⁴ Smith A. S., Duties, Liabilities and Damages, Harvard Law Review, Y. 2012, Vol. 125, p. 1727, 1734, https://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol125_%20ssmith.pdf Accessed on August 21, 2018.

¹¹⁵ Polinsky/Shavell, p. 4, 7, n. 18, 20, n. 82. Kriek, p. 16.

¹¹⁶ Erlüle, Konsey Yönergesi Çerçevesinde Yapımcının Sorumluluğu, s. 141. Ayrıca bkz. Erlüle, Yapımcının Sorumluluğu, s. 325.

¹¹⁷ Ronka-Chmielowiec/Jędrzychówka/Poprawska, p. 99, 100.

makul maliyetlerle kısıtlanması ortaya çıkar¹¹⁸. Aslında Fransa ve Birleşik Krallık gibi ülkelerde, ürün sorumluluğuna tavan konulmaması, üreticinin değil, sigortacının sorumluluğunu sınırlandırmamak esasına dayanır¹¹⁹.

Sorumluluk hukukuyla sigorta hukuku arasındaki bu danışıklılık, mala gelen zarar yanı sıra cana gelen zararda da izlenebilir. Çünkü sosyal sigorta (*assurance sociale*) tarafından karşılanan tedavi masrafları da üreticinin ödeyeceği tazminata dâhil değildir. Örneğin Avrupa Birliği'nde arızalı ürün dolayısıyla cana gelen zararda, sosyal yardım (*prestation sociale*) 800-Euro tutarına kadar masrafları karşıladığı için, dava aşamasında, bu miktarın üzeri ispatlanmaya odaklanılır¹²⁰.

Zarara sebep olan arızalı eşyanın kendisinin değerinin tazmin edilmemesi konusunda konsensüs bulunur¹²¹. Bunun dışında, ülkeler kusursuz sorumluluğa adım atılan alt sınırı ve tazmini kabil olmayan üst sınırı kendi anlayışlarına göre tatbik eder. Örneğin, 500-Euro minimum zarar çizgisi, Avrupa Birliği bakımından, üye ülkelerin, söz konusu alt limite, sigorta fazlası (*insurance excess*) şeklinde muamele etmesiyle karakterizedir. Bazı üye ülkelerde, zarar miktarından alt eşik miktarı düşülerek tazminat belirlenir. Buna karşılık, İngiltere ve Hollanda'da, zararın alt limiti geçmesi kaydıyla, tam tazmin yoluna gidilir¹²². Başka kaynaklara göre, Avusturya, Almanya, Danimarka, Finlandiya, Lüksemburg ve İtalya'da, alt limit tazminattan düşülür ve yasal indirim sebebi olarak kullanılır. Buna karşılık, Hollanda ve Birleşik Krallık'ta, sadece asgari dava değeri olarak algılanır¹²³.

¹¹⁸ Kriek, p. 92.

¹¹⁹ Ronka-Chmielowiec/Jędrzychówka/Poprawska, p. 82.

¹²⁰ Matringe, p. 213.

¹²¹ Global konsensüs bulunduğu fakat Çin Hukuku'nda bu konsensüse uyulmadığı gibi tarif edilen tarzda alt ve üst limitler de bulunmadığı yönünde bkz. Thomas, p. 20. Aynı yönde bkz. Feng, p. 184, 185. Türk, İsviçre ve Avrupa Birliği hukuklarında konsensüs bulunduğu yönünde bkz. Büyüksağış/Öz, s. 165. Ayıplı eşyanın kendisinin değerinin tazmin edilmemesi konusunda ayrıca bkz. Aydos, Ürün Sorumluluğu, s. 182. Havuççu, s. 84-86. Akçura Karaman, s. 244. Özel, s. 120. Öztan, s. 94.

¹²² Dollani, p. 19.

¹²³ Feng, p. 229, 249, n. 1320, 1321. Von Kuegelgen, p. 82.

Avrupa Birliği Hukuku'nda, 500-Euro alt limitin, yani sigorta edilemeyecek minimum miktarın, kusursuz sorumluluk istisnasından dışlanması mantıklı bulunur. Aslında alt ve üst limitli kusursuz sorumluluk düzenine geçilmesi, genel hükümlere nazaran olağanüstü fark yaratmaz. Cana gelen zarar bakımından illiyet bağının daha özenli araştırılması yargı kararlarında belirgindir. Bunun dışında, taşınmaz yönünden, alt ve üst limitin deđiŐtirilmemesi ve daha uzun zamanaşımı süresi belirlenmemesi yerindedir¹²⁴.

Avrupa'da 500-Euro tutarından az zararı olan kişilerin nadiren alternatif çözüm yollarına başvurma aksiyonu aldığı tespit edilir. Ayrıca, mala gelen zararın tazmininde, mahkemeye gidildiğinde 500-Euro; alternatif çözüm yoluna başvurulduğunda 200-Euro kaybedildiğini bilen davacılar arasında yapılan araştırmada, on kişiden dördünün alternatif çözüm yolunu tercih ettiği tespit edilir. Bu durumda, hak arama hürriyeti, az veya çok zorunlu masrafa bağlıdır. Zaten alternatif çözüm yoluna başvurmak her iki tarafın da kabulünü gerektirir. Üretici alternatif çözüm yolunu kabul etmedikçe, zarar gören 500-Euro tutarından vazgeçerek mahkemede dava açmak zorundadır. 500 veya 200-Euro olsun muafiyet tutarı görünümünde, dava veya çözüm masraflarının her hâlde davacıya yüklenmesi, tüketicilerin sınır ötesi dava masraflarını sırtlanmaya hiç cesaret edememesi, böylece yerel üreticileri tercih etmesi sonucunu doğurur ki, bu sonuç birliğin amacına aykırıdır¹²⁵.

IV- ELDE EDİLEN VERİLERİN ANALİZİ

Üreticinin ayıplı ürününden sorumlu tutulmasında tartışmalı noktalardan biri, zarar ve tazminat miktarlarının alt ve üst limitlerle sınırlandırılmasıdır. Ürün sorumluluğunda, mala gelen zararda, zarar miktarının alt limitle; cana gelen zararda ise, tazminat miktarının üst limitle sınırlandırılması, bu çalışmanın odak noktasıdır. Türk Hukuku'nda, ürün sorumlulu-

¹²⁴ Giesen/Loos, p. 100.

¹²⁵ Trzaskowski, p. 561, 562, 570.

ğunda, mameleki zararda, dava edilebilir değer bakımından minimum; cismanî zararda, tazmin edilebilir tutar bakımından maksimum henüz belirlenmemiştir. İŖte bu eşik ve tavan boşluğu araştırmanın mukayeseli yapılmasını anlamlı kıldı. Artık Türk Hukuk doktrini yanı sıra mukayeseli hukuktan buraya kadar elde edilen verilen analizine sıra gelir.

Üreticinin ayıplı üründen kusursuz sorumluluğunda, Avrupa Birliği Hukuku, mala gelen zararda, dava edilebilir minimum miktar, kısacası zarar eşiği belirler. Ayrıca, cana gelen zararda, maksimum tazminat miktarı, yani tazminat tavanı getirir. Yalnız üye devletleri, ulusal hukuklarında, bunlardan ikincisi bakımından serbest bırakır. Mala gelen zararda eşik zorunludur. Ne var ki, cana gelen zararda tazminat tavanı zorunlu değildir. Tabii ki üye devletlerin tamamında eşik bâki iken, bazılarında tavan benimsenir; bazılarında tercih edilmez. 85/374/EEC Sayılı Direktif, mala gelen zararda, 500-*Euro* zarar eşiği; cana gelen zararda ise, 70 milyon-*Euro* tazminat tavanı belirler (85/374/EEC Art. 9/1-b, 16/1). Almanya, hem 500-*Euro* eşik, hem de 85 Milyon-*Euro* tavan bakımından, 85/374/EEC Sayılı Direktif ile uyumludur. Buna karşılık, Avusturya, Fransa, Belçika ve Lüksemburg'da eşik yasalaŐığı hâlde, tavan bulunmaz. İngiltere ve İsviçre'de de, tavan bulunmadığı hâlde, 275-*Sterling* ve 900-*Franc* (CHF) tutarına kadar olan zarardan üreticinin muaf olması esastır.

Türk Hukuku'nda, ayıplı ürün kaynaklı zararların tazmininde alt veya üst limit bulunmaz. 6502 Sayılı Kanun'da zaten ayıp kavramından bağımsız vaziyette ürün sorumluluğundan bahsedilmez. 4703 Sayılı Kanun da, ürün güvenliği konusunda kamu düzenini ilgilendiren hükümler getirdiği hâlde, sorumluluk hukuku konusunda sessizdir. Türkiye'de, ürün sorumluluğu, diğer sorumluluk sebeplerinden bağımsız ve münhasır olarak özel kanunla düzenlenmelidir.

Mülga 4077 Sayılı Kanun yanı sıra, Mülga Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik de, ürün sorumluluğunda geçen söz konusu zarar ve tazminat limitlerine yer vermemiŐti. Her ne kadar, kanun koyucu limit

belirlememiŐ olsa da, doktrinde böylesine sınırlamalar getirilmesi gerektiği savunulduğu gibi bunu reddeden görüşler de yer alır.

Türk Hukuk doktrinde, Özsunay, Serozan, zel, Tiftik, Arbek, Aydos, Kırca, mezkûr kusursuz sorumluluk düzeninde, zarara alt, tazminata üst limit getirilmesini destekler. Koç, sözleşme dışı sorumluluğu Avrupa Birliği'nden çalıŐmakla, sınırlama getirilmesine taraftar kabul edilebilir. Erlüle ve çığ da, söz konusu limitlerin orijinini sigorta hukuku olarak tespit etmekle, limitlere taraftar yönde yorumlanabilir. Buna karşılık, ztan, Havutçu ve Atamer sınırlama getirilmesine karŐıdır. Havutçu, reticinin ödediği tazminatı sigorta sisteminden karŐıladıđına; ztan, zarar miktarından daha az tazminata hükmetme takdirinin zaten borçlar hukuku genel hükümler sayesinde hâkime tanındığına dayanır. ztan ile paralel olarak Atamer de, hâkimin olayın özelliklerini dikkate alarak gerekli tazminat miktarına hükmedebileceğini dile getirir.

Türk Hukuku doktrinde, sınırlamayı reddeden görüşler, nicelik olarak azınlıkta gözükse de nitelik olarak önem sahibidir. Bu görüşler, ya somut olay adaletine odaklanır; ya da üreticinin sigorta primi ödediğini göz ardı eder. Hâkimin tazminattan indirime yönelik takdir yetkisiyle donatılmıŐ olması somut olay adaletini ilgilendirir. Yine reticinin davacıya ödediğini zaten sigortacıdan tahsil edebilmesi onun yüksek primlerle bođuŐmadıđı anlamına gelmez. Sınırlamayı arzu eden görüŐlerde ise, ayrıntılı gerekçe getirilmediği vaki olduğu gibi, üreticinin ödeme gücü gibi ifadelerle üreticiyi koruma kaygısı dâhi açıkça ifade edilir. Bunlarla birlikte, yüksek sigorta primlerinin satış fiyatı üzerinden neticede tketickiye yansıyacağı farkındalık dâhilindedir.

Sınırlamalar benimsenecekse veya reddedilecekse, *ratio legis* ekonomik aktörlerden birini, özellikle üreticiyi veya sigortacıyı tek başına korumak olmamalıdır. Sebep sistemin bekasında, özellikle sigorta sektöründe kaynağını bulmakta olup, bu sınırlamaların tercih edilmesi, büyük resimde, ekonomik sistemin yeknesaklığının korunmasına hizmet eder; üstelik, sigor-

tacının, ayrıca üreticinin, hem de tüketicinin yararına belirir. Mezkûr sınırlandırmalar, ön kabulde ekonomik sistemi korur. Zararda belirli eőiőin geçilmesi, tazminatta tavanın altında kalınması beklentisi, ekonomik sistemde *status quo'*nun haddinden fazla bozulmamasını temin eder.

Aslında orijin araştırmasında, ilk bakış üzerine ulaşılan tespit, her iki sınırlandırmanın da, davacının aleyhine, davalının lehine olmasıdır. Oysa üreticinin sorumluluk masraflarının en yüksek tutarlı kaleminin hiç şüphesiz sigorta primleri olduğu, bu primlerin doğrudan satış fiyatına yansıdığı hesaba katıldığında, sınırlamalar, bu defa davacı lehine derinliğe kavuşur. Çünkü ilaç, uçak sanayi, inşaat gibi ekstrem sektörlerde, üreticinin katlandığı masrafların en yüksek tutarlı kalemlerinden biri, hiç şüphesiz sigorta primidir. Görüldüğü üzere, bu perspektifte yararlanan doğrudan üretici değildir. Yüksek sigorta primleriyle boğuşan üretici doğrudan korunmadığı gibi, tüketici de doğrudan korunmuyorsa, iktisadî ve hukukî sonuç, ürün sorumluluğu sigorta poliçeleri satan sigorta şirketlerinin bu sınırlamalardan maksimum kâr eden ve doğrudan korunan taraf olmasıdır. Limitlerin varlık sebebinde de, miktarında da, yöneticilik sigorta sektöründedir; denklik, sigorta edilebilir tutardadır. Sigorta edilebilirlik kıstası, iddiaların hacmini belirli kıldığı gibi, riski de makul maliyetlerle kısıtlar.

İsviçre, Belçika, Lüksemburg, Fransa ve Birleşik Krallık gibi ülkelerde, ürün sorumluluğuna tavan konulmaması, gerçekte üreticinin değil, bilakis sigortacının sorumluluğunu sınırlandırmamak esasına dayanır. Çünkü bu ülkelerde, özellikle Birleşik Krallık ve İsviçre'de sigortacılık öyle deneyimli ve kuvvetlidir ki sigortacıların sorumluluğunu sınırlandırmaya gerek duyulmaz. Belki Almanya'daki 85 Milyon-Euro üst sınırı, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Alman yasa koyucusunun, dirilişeye yönelen ekonomik politikasının ve işletmeyi kayıran hukuk politikasının **ölçülü** uzantılarından biri dâhi olabilir. Üreticinin sorumluluğunda İsviçre'nin sadece alt limiti benimsemesi, 85/374/EEC Sayılı Direktif'in Fransız, Belçika ve Lüksemburg hukuklarına aktarılma şeklini andırır.

Kaynağın sigorta hukuku olduğu Şu kesiŐmeden de anlaşılır: sigorta edilebilir teminat miktarları ile limit tutarları eş gÜdümlüdür. Şöyle ki ürün sorumluluğu sigortalarında, teminatın yani karŐılanacak rizikonun miktar bakımından alt ve/veya üst sınırı, ürün sorumluluğunu düzenleyen mukayeseli hukuk yasalarında benimsenen alt ve/veya üst limitlere te-kabül eder. Hukukî korumanın hakikati, üreticiden ödemesi beklenen tazminatın sigorta karşılığının bulunmasıdır. Öyle bir sistem yaratılmıştır ki, basitçe, davalı üretici, sigortacısından tahsil edemeyeceğini, zarar gören davacıya ödemez. Dolayısıyla, mezkûr sınırlandırmaların, direkt olarak sigortacıyı; dolaylı olarak üreticiyi koruduğu iddia edilebilir. Çünkü yüksek primlerle bođuŐa bile, sigorta sisteminden yararlanan üreticinin de, poliçesinde kararlaştırılmış primi aşan riziko sorunlarını, sigortacısına yıkmanın kolaylığını tatması ihtimal dâhilindedir.

Ekonomik sistemin bekasına hizmet etmesi yanı sıra mezkûr limitler, ilk sırada, sigortacıyı; ikinci sırada, üreticiyi; üçüncü sırada, tüketiciyi/zarar göreni korur. Başka bir deyişle, mezkûr sınırlandırmalar, ilk sırada ve direkt olarak sigortacıyı; ikinci sırada ve dolaylı olarak üreticiyi; üçüncü sırada ve yine dolaylı olarak tüketiciyi/zarar göreni korur. Dolaylı korumanın ilk sırasında, gerek alt, gerek üst limit, üreticinin ödeyeceği tazminat miktarının düşmesine sebep olur. Dolaylı korumanın ikinci sırasında, üreticinin ödediği sigorta primlerinin, derin cep stratejisiyle, satış fiyatı olarak tüketicinin sırtına yüklen-diği hatırlanmalıdır. Böylece, limitler, prim miktarlarının ve bunların izdüşümü olan satış fiyatlarının anormal yükseliŐine engel olduğu için tüketiciye dolaylı koruma kalkanıdır. Lâkin mezkûr limitler, ilk sırada ve doğrudan korunan sigorta sektörünü, iki yönlü besler; daha doğrusu, poliçe arzını ikiye katlar. Hem üreticilere, hem de tüketicilere, sigorta poliçesi satılmasının yolu açılabilir.

Ürün sorumluluğunda böylesine limitlerin kabul edilme-siyle tüketicinin korunması dolaylıdır. Tüketici ekonomik sistemin yeknesaklığından yararlandığı gibi, sigorta primi kaynaklı anormal fiyat artıŐından korunur. Diğer taraftan, dava

edilebilir zarar miktarında *de minimis* belirlenmesi, bu defa sosyal devleti zarar gören lehine harekete geçmeye zorlar. Çünkü cana gelen zararda sosyal sigorta tarafından karşılanan tedavi masrafları da üreticinin ödeyeceği tazminattan düşölür.

Mala gelen zarardaki eşik algısında, Avrupa Birliği'ne üye ölkeler arası uygulama farklarına değinilmiştir. Zarar miktarından 500-Euro düşölerek tazminat hesaplanması olasılıklardan ilkidir ki, bu olasılığa yasal indirim sebebi veya sigorta fazlası nitelermeleri uygun görölür. İkinci ihtimalde ise, 500-Euro minimum zarar çizgisi, sadece asgari dava değeri olarak algılanır ve yine tam tazmin ilkesi tatbik edilir. Eşik maddi hukuk kaynaklı dava edilebilirlik şartını aşması, yani sadece asgari dava değeri olarak algılanmaması, buna ek olarak tazminattan indirim sebebine ve sigorta fazlasına dönüşmesi, açıklandığı gibi ekonomik ajanların tümünü ortaklaşa koruma amacına hizmet eden en isabetli yoldur.

Kusursuz ve otomatik sorumluluğun, risk teorisiyle, adil noktaya indirilmesi yanı sıra üst limiti aşmaması sağlanır. Seri ve fahiş zararlar dikkate alındığında, trajedinin altından kalkılabilir hâle dönüştürölmesi, zarar gören aleyhine tam tazmin ilkesinden vazgeçilse de, onun lehine tama yakın tazminin sigorta sistemi vasıtasıyla garantilenmesidir. Diğer taraftan, *de minimis*, yargılamanın hızlanmasına ve masraflarının azalmasına katkı sağlar. Dava yığılmasını engeller. Eşik getirilmemesi üzerine hukuk düzeninde küçük çaplı işlerin yok yere tazminat davalarına dönüşmesi, yargılamanın kalitesini olumsuz etkileyeceği gibi sigorta primlerini artırır. Oysa artan sigorta primlerinin doğrudan ürünün fiyatına yansıdığı ve bu yansımanın da tüketicinin aleyhine olduğu; dolayısıyla, sınırlamaların benimsenmesi üzerine, ürün satışında sigorta masrafları kaynaklı beklenmeyen fiyat artışının önüne geçilebildiği açıklanmıştır.

Mala gelen zararda, zarara alt eşik yanı sıra cana gelen zararda, tazminata tavan belirlenmesinin, haksız rekabetin engellenmesiyle bağlantısı bulunmaz. Yalnız bu sınırlamaların, büyük resimde, yerel ürünlere rağbeti artırdığı söylenebilir.

Şöyle ki, ispatlanan zarar miktarından her hâlıkârda eşiğin indirilmesi üzerine tazminat miktarı belirlenecekse, adeta dava masrafına benzeyen bu eşik, tüketicilerin yabancı üreticilere hitap eden dava masraflarını üstlenmeye hiç cesaret edememesi, böylece yerel üreticilerin ürünlerine yönelmesi sonucunu doğurur.

SONUÇ

Ürün sorumluluğunda, mala gelen zararda, zarar miktarına eşik; cana gelen zararda, tazminat miktarına tavan getirilmesi, kaynağı itibariyle sigorta hukuku ve sigorta sektörü olarak açıklığa kavuşur. Bu sınırlamaların en önemli avantajı, ekonomik sistemin yeknesaklığını korumasıdır.

Artık eşik ve tavanın, ekonomik sistemin bekasına hizmet etmesi yanı sıra, ekonomik aktörlerin tamamını (sigortacı-üretici-tüketici) üç yönlü koruduğu ayrıntılı belirmiŐtir. Böylece, Türk kanun koyucusunun, gerek eşiği, gerek tavanı benimsemesi, bu konuda 85/374/EEC Sayılı Direktif'i örnek alması önerilir.

Türk kanun koyucusu, Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağlamak istiyorsa, her hâlıkârda ve hiç olmazsa mala gelen zararda zarar eşiğini kabul etmelidir. Ayrıca, Türk sigorta sektörünün direncini artırmayı isterse, tazminat miktarına tavan da koymalıdır.

Mezkûr limitlerin Türk kanun koyucusu tarafından benimsenmesi, yargılama bakımından pek fark yaratmaz. Hakikaten alt ve üst limitli kusursuz sorumluluk düzenine geçilmesi, genel hükümlere nazaran olağanüstü değişiklik değildir. Belki, illiyet bağı, ispat külfeti ve delillerin yönetilmesi meselelerine daha temkinli yaklaŐılabilir; özellikle illiyet bağının daha ayrıntılı araştırılması yargı kararlarında belirginleŐebilir.

Zarara sebep olan ayıplı ürünün kendisinin değerinin tazmin edilmemesi konusunda konsensüs bulunur. Mala gelen zararda 500-Euro yerine (tam veya) uygun karŐılıkta Türk Lirası minimum zarar çizgisi (eşik) kabul edilebilir. Cana gelen

zararda ise, 70 Milyon-*Euro* yerine (tam veya) uygun karşılığta Türk Lirası, maksimum tazminat çizgisi (tavan) sayılabilir.

Alternatif çözüm yollarına, özellikle hakem heyetlerine başvurulunca, mala gelen zararda eşik, 500-*Euro* değerinin (tam veya) uygun karşılığı Türk Lirasının daha da altında belirlenirse, meselâ 200-*Euro* tutarının (tam veya) uygun karşılığı Türk Lirası şeklinde, alternatif çözüm yolları özendirilmiş olur. Çünkü ayıplı üründen doğan zararın tazmininde, tazmini talep edilen zarar miktarı, tüketici mahkemesine gidilebilen minimum dava değerini aşıyor olsa bile, eşğin az belirlenmesiyle tazminattan indirim hakem heyetinde yine daha az olacağı için, hakem heyeti tercihe şayan sayılabilir.

Mala gelen zarardaki eşik algısında, Avrupa Birliği'ne üye ülkeler arası uygulama farklarına değinilmiştir. Zarar miktarından 500-*Euro* düşölerek tazminat hesaplanması ki, bu olasılığa yasal indirim sebebi veya sigorta fazlası nitelemeleri uygun görülür, Türkiye'de tercih edilmesi gerektir. Eşik maddi hukukla desteklenen tazminattan indirim sebebi ve sigorta fazlası şeklinde benimsenebilir. Şöyle ki, mala gelen zararda örneğin 500-*Euro* değerinin (tam veya) uygun karşılığı Türk Lirasının doğrudan zarar miktarından düşölerek tazminatın belirlenmesi tavsiye edilir. Bununla birlikte, hakem heyetine gidildiğinde, eşğin daha düşük belirlenmesi önerildiğinden, tazminatın zarar miktarından bu defa daha düşük eşğin, meselâ 200-*Euro* tutarının (tam veya) uygun karşılığı Türk Lirasının doğrudan zarar miktarından düşölerek tazminatın hesaplanması uygun olabilir.

KAYNAKÇA

Antalya Gökhan O., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, Legal, 1. Baskı, İstanbul, 2015.

Antalya Gökhan O., Sorumluluk Hukuku'nda Yeni Gelişmeler, MÜHF-HAD, Y. 2018, C.14, S. 4, s. 63-83 (Antalya, Yeni Gelişmeler).

- Akçaal Mehmet**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İlaç Üreticisinin Hukukî Sorumluluğu, ABD, Y. 2012, S.3, s. 251-290.
- Akçura Karaman Tuba**, Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Sebebiyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, Vedat, 1. Baskı, İstanbul, 2008.
- Arbek Ömer**, Ayıplı Mal veya Hizmet Sebebiyle Tüketicinin Uğradığı Zararlardan Sorumluluk, e-Akademi, Y. 2005, S. 44 (Ekim), <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=AYIPLI%20MAL%20VEYA%20H%DDZMET%20SEBEB%DDYLE%20T%DCKET%DDC%DDN%DDN%20U%DORADI%D0I%20ZARARLARDAN%20SORUMLULUK&kimlik=1128408673&url=makaleler/oarbek-1.htm> ET. 13.9.2018, Son Güncelleme Tarihi: 4.9.2005.
- Aslan Yılmaz**, Tüketici Hukuku, Ekin, 4. Baskı, Bursa, 2014.
- Atamer Yeşim M.**, Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m. 4-Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri, Batider, Y. 2007, C. 24, S. 1, s. 81-106.
- Atamer Yeşim M.**, Yapımcının Sorumluluğu, Türk Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku'na Uyumu-*Acquis Communautaire*'in Alınması-Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, Editör: **Tekinalp Ünal**, İstanbul Üniversitesi Yayımı, İstanbul, 2001, s. 379-391 (Atamer, Yapımcının Sorumluluğu).
- Aydoğdu Murat**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz, DEÜHFD, Y. 2013 (Basıl Yılı 2014), C. 15, S. 2, s. 1-62 (Aydoğdu, Önerilerimiz).
- Aydoğdu Murat**, Madde-11/Aydoğdu Şerhi, Millî Şerh-6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Editörler: **Tokbaş Hakan/Tüzüner Özlem**, Aristo, 1. Baskı, İstanbul, 2016, s. 254-327 (Aydoğdu, Şerh).
- Aydoğdu Murat**, Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet, 1. Baskı, Ankara, 2015.
- Aydos Sadık Oğuz**, Ürün Sorumluluğu Risk Kontrolü, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C. XVII, S. 1-2, s. 1785-1802 (Aydos, Risk Kontrolü).

- Aydos Sadık Oğuz**, Ürün Sorumluluğu, Adalet, 1. Baskı, Ankara, 2009 (Aydos, Ürün Sorumluluğu).
- Barış Ayşe**, 6502 Sayılı Kanun Kapsamında Ayıplı İfadadan İthalatçı ve Üreticinin Sorumluluğu, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: **Gümüş Alper M.**, İstanbul, 2018.
- Büyüksağış Erdem**, Arrêt Sanofi: la responsabilité du fait du produit défectueux appliquée aux vaccins, une responsabilité objective basée sur des présomptions, Journal de Droit Européen, 2017/I, p. 395-397.
- Büyüksağış Erdem/Öz Kerem**, Tıbbî Ürünlerin Yol Açtığı Zararlarından Sorumluluk: Karşılaştırmalı ve Eleştirel Yaklaşım, Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, S. 8 (Aralık), s. 157-197.
- Canpolat Önder**, Üretici ve Sorumluluğu, ABD, Y. 2013, S. 2, s. 370-398.
- Castley Simon/Le Marquer Aaron**, England and Wales, Getting the Deal Through Product Liability 2008, Contributing editors: **Kaplan Harvey/Fowler Gregory**, p. 56-60, https://www.shb.com/~media/files/professionals/castleysimon/englandandwales_pl2010.pdf?la=en Accessed on June 21, 2018.
- Cavalière Alberto**, The Economic Impact Of Product Liability And Product Safety Regulations In The European Union, Quaderni Del Dipartimento Di Economia Pubblica e Territoriale, N° 4/2001, Novembre 2001, Società italiana di economia pubblica, Working Papers N° 113/2001, p. 3-23, https://www.researchgate.net/publication/228609394_The_economic_impact_of_product_liability_and_product_safety_regulations_in_the_European_Union Accessed on June 17, 2018.
- Charot Benoît/Ferry Laura/Lapillonne Delphine**, Responsabilité du fait des produits défectueux: quelles évolutions 30 ans après la directive 85/374/CEE?, Journal des sociétés, Dossier L'Entreprise face à ses nouveaux facteurs de risqué, Février 2016, N° 138, p. 10-16, <https://www.reedsmith.com/-/media/files/perspectives/2016/02/lentreprise-face--ses-nouveaux-facteurs-de-risques/files/journal-des-socits--reed-smith--2016/fileattach>

ment/journal-des-socits--reed-smith--2016.pdf Accédé le 25 juin 2018.

Çığ Özlenen Ayşe, Ürün Sorumluluğu Sigortasında Teminatın Kapsamı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: **Yazıcıoğlu Emine**, İstanbul, 2014.

Deards Elspeth/Twigg Flesner Christian, The Consumer Protection Act 1987: Proof At Last That It is Protecting Consumers, Nottingham Law Journal, Y. 2001, Vol. 10, Iss. 2, p. 1-19, http://irep.ntu.ac.uk/id/eprint/10185/1/187737_5374%20Berry%20Publisher.pdf Accessed on June 21, 2018.

Demir Mehmet, Genel Ürün Güvelliğine İlişkin 2001/95 Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi ve Ülkemizdeki Pozitif Hukuk Düzenlemeleri, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Turhan, 1. Baskı, Ankara, 2008, s. 263-297.

Dinç İnan Deniz, Ürün Sorumluluk Sigortasında Rizikonun Konusu ve Teminatın Kapsamı, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Danışman: **Kender Rayegan**, İstanbul, 2017.

Doğan Gül, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medenî Hukuk) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: **Eren Fikret**, Ankara, 1997.

Dollani Nada, The EU Origin of the Albanian Legal Regime on Product Liability, Discussion Paper N° 2/14, Europa-Kolleg Hamburg Institute for European Integration, June 2014, p. 1-40, <https://europa-kolleg-hamburg.de/wp-content/uploads/2014/06/NadaDollani.pdf> Accessed on June 20, 2018.

East Fiona, England&Wales, Chapter 7, The Product regulation and Liability Review, Editors: **Varner Davis Chilton/Pratt W. Bradley**, Fourth Edition, April 2017, London, p. 66-76, [https://thelawreviews.co.uk//digital_assets/de8d9bf4-be1f-4df0-a329-23ce88cc1b5d/The-Product-Regulation-and-Liability-Review-\(Fourth-Edition\).pdf](https://thelawreviews.co.uk//digital_assets/de8d9bf4-be1f-4df0-a329-23ce88cc1b5d/The-Product-Regulation-and-Liability-Review-(Fourth-Edition).pdf) Accessed on June 21, 2018.

Erlüle Fulya, Avrupa Topluluğu Konsey Yönergesi Çerçevesinde Yapımcının Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Sosyal

Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Danışman: **Antalya Gökhan**, İstanbul, 2002 (Erlüle, Konsey Yönergesi Çerçevesinde Yapımcının Sorumluluğu).

Erlüle Fulya, Yapımcının Sorumluluğu, MÜHF-HAD, Y. 2008, C. 14, S. 4, s. 303-340 (Erlüle, Yapımcının Sorumluluğu).

Ewen Martin, Product Liability, Fenwick Elliott Annual Review 2017/2018, p. 8, 9, https://www.fenwickelliott.com/sites/default/files/annual_review_2017.pdf Accessed on June 20, 2018.

Fagnart Jean-Luc/Boularbah Hakim, La garantie et la responsabilité en matière de dommages causés par les produits, p. 97-156, <https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/138217/1/Le%20droit%20des%20affaires%20en%20évolution%2C%20Vol.%20XI%2C%202000%2C%20pp.%2093-152.pdf> Accédé le 14 juin 2018.

Feng Jiayan, Le droit des produits défectueux: une approche Euro-Américaine, Université de Perpignan Via Domitia, Thèse pour obtenir le grade de docteur en droit privé, dirigé par **Picod M. Yves**, Soutenue le 6 Décembre 2016, <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01511829/document> Accédé le 12 août 2018.

Garber Steven, Economic Effects of Product Liability and Other Litigation Involving the Safety and Effectiveness of Pharmaceuticals, RAND Institute for Civil Justice, 2013, California, https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/monographs/MG1200/MG1259/RAND_MG1259.pdf Accessed on June 21, 2018.

Giesen Ivo/Loos Marco B. M., Liability for Defective Products And Services: The Netherlands, Electronic Journal of Comparative Law, September 2001, II A 3, p. 73-122, <https://www.ejcl.org/64/art64-6.pdf> Accessed on June 17, 2018.

Gümüş Alper M., 6502 Sayılı Tüketicin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. 1, Vedat, 1. Baskı, İstanbul, 2014.

Gümüş Alper M., Türk Hukuku'nda Ürün Sorumluluğunun Yasal Temelleri, 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medenî Hukuku, Medenî Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90'ıncı Yılı Uluslararası Sempozyumu, 17-20 Şubat 2016, Yetkin, 1. Baskı, Ankara, 2017, s. 1063-1070 (Gümüş, Ürün Sorumluluğu).

- Havutçu Ayşe**, Türk Hukuku'nda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Seçkin, 1. Baskı, Ankara, 2005.
- Huon Christian**, La responsabilité des fabricants de matériel aéronautique en Europe, Mémoire de Maîtrise, Mc Gill University Institute of Air and Space Law, Sous la direction de **Milde Michael**, Juillet 1991, http://digital.library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder_id=0&dvs=1530301691937~462 Accédé le 29 juin 2018.
- Kaplan İbrahim**, İmalatçının Sorumluluğu Üzerine Düşünceler, Bati-der, Y. 1985, C. 13, S. 1, s. 137-140.
- Karaman Tuba**, Üreticinin Sorumluluğu, Sorumluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mayıs 2009, s. 295-308, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_14.pdf ET. 28.5.2018.
- Kessler Friedrich**, Products Liability, The Yale Law Journal, Y. 1967, Vol. 76, p. 887-938, <https://pdfs.semanticscholar.org/4b28/2b457814ef47c86e0e6617bd5e8767e5168a.pdf> Accessed on June 21, 2018.
- Kırca Çiğdem**, Ürün Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1. Baskı, Ankara, 2007.
- Koç Nevzat**, Başkasına Verilen Zararlardan Sözleşme Dışı Sorumluluk, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 2009 (Güz-8), S. 16, s. 29-47.
- Kriek Carla**, The Scope of Liability for Product Defects under the South African Consumer Protection Act 68 of 2008 and Common Law-A Comparative Analysis, Dissertation presented for the degree of Doctor of Laws in the Faculty of Law at Stellenbosch University, Supervisor: **Loubser Max**, March 2017, https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwi eh87C9trbAhXGzRQKHfAjDsgQFggoMAA&url=https%3A%2F%2Fscholar.sun.ac.za%2Fbitstream%2Fhandle%2F10019.1%2F101296%2Fkriek_scope_2017.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy&usq=AOvVaw0oLO iP697z-O3qSG0_kEL Accessed on June 17, 2018.
- Kulaklı Emrah**, Avrupa Birliğı Ürün Sorumluluğu Konsey Yönergesi ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Ayıp Kavramının Karşılaştırılması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: **Akkanat Halil**, İstanbul, 2008.

- Laroche H el ene**, Les concours de responsabilit es civiles, Th ese pour obtenir le grade de Docteur de l'Universit  François-Rabelais de Tours, Spécialité du droit privé, Dirigée par **Ophele Claude**, soutenue le 19 mars 2014, Centre Val de Loire, http://www.applis.univ-tours.fr/theses/2014/helene.laroche_3531.pdf Accédé le 14 juin 2018.
- Linger M. Lori**, The Products Liability Directive: a Mandatory Development Risks Defence, Fordham International Law Journal, Y. 1990, Vol. 14, Iss. 2, Art. 6, p. 478-509, <https://pdfs.semanticscholar.org/4980/ca9252b4340f0acac07cd863b14a4ea716b4.pdf> Accessed on June 14, 2018.
- Matringe Eve**, La réforme de la responsabilité civile en droit suisse: modèle pour le droit français?, Université de Strasbourg  cole doctorale de droit, Th ese pour l'obtention de grade de docteur en droit privé, sous la direction de **Flauss Jacqueline**, 27 mars 2010, http://cdpf.unistra.fr/file-admin/upload/CDPF/theses_memoires_et_rapports/MATRINGE_Eve_2010.pdf Accédé le 12 août 2018.
- O uzman M. Kem l/ z Turgut M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, Vedat, 12. Baskı, İstanbul, 2016.
- Oru  Murat**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulama Alanının Eleştirisi, Second International Congress on Political, Economic and Social Studies (ICPESS), 19-22 May 2017, s. 80-94, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjM1fTln8DdAhWGEVAKHel2CEAQFjAJegQIABAC&url=http%3A%2F%2Fwww.registericpess.org%2Findex.php%2FICPESS%2Farticle%2Fdownload%2F1265%2F35&usg=AOvVaw0FsKoIYG8ieUtgMS4CCG83> ET. 16.9.2018.
-  z Turgut M.,  reticinin Sorumluluğu, İKÜHFD, Y. 2007, C. 6, S. 2, s. 7-18.
-  zdemir Hayrunnisa, Gıda Hukuku ve Hukukî Sorumluluk, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a ArmaŐan, Y. 2017, C. 19,  zel Sayı, s. 443-491.
- Özel  aŐlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, ŐeŐkin, 2. Baskı, Ankara, 2014.
- Özel  aŐlar, Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan DoŐan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu Sorunu, Prof. Dr. M. Kem l Oğuzman'ın Anısına ArmaŐan, Beta, 1. Baskı, İstanbul, 2000, s. 771-819.

- Özsunay Ergun, AB’de ve Türkiye’de Ürün Sorumluluğu (AB Yönergesi ve Bazı Yabancı Düzenlemelerin Işığında Türk Hukuku’na İlişkin Düşünceler), Uluslararası Tüketici Hukuku Sempozyumu, 24-25 Kasım 2011, Metinler Kitabı, İstanbul Kültür Üniversitesi Yayınları 189, İstanbul, 2013, s. 174-198 (Özsunay, Ürün Sorumluluğu).
- Özsunay Ergun, İlaç ve Tıp Sektöründe Tüketicinin Korunması, 3. Tüketici Hukuku Sempozyumu Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Düzenleyenler: **Tokbaş Hakan/Üçışık Fehim**, Bilge, 1. Baskı, Ankara, 2014/Nisan s. 574-621 (Özsunay, İlaç ve Tıp).
- Öztan Bilge, İmalatçının Sorumluluğu, Turhan, 1. Baskı, Ankara, 1982.
- Paksoy Sermin Meliha/Demir Arslan Gizem**, Üreticinin TBK 71 Kapsamında Sorumlu Tutulması, İÜHFİM, Y. 2013, C. 71, S. 2, s. 299-316.
- Pichonnaz Pascal**, Ayıplı Mal Teslimi Sonucunda Doğan Zarar Bir İsviçre Vakıası ve Tazminatın Sınırlandırılması Üzerine Düşünceler, Çeviren: **Öcal Apaydın Bahar**, BAUHFD, Y. 2016, C. 11, S. 143-144 (Temmuz-Ağustos), s. 159-177.
- Pichonnaz Pascal/Werro Franz/Hurni Béatrice**, Un reflet de la jurisprudence récent en droit privé européen, Annuaire suisse de droit européen 2010-2011, Stämpfli Editions, Berne, p. 203-250, http://www.unifr.ch/ius/assets/files/chaieres/CH_Pichonnaz/files/Annuaire%20suisse%20de%20droit%20européen%202010_11.pdf Accédé le 25 juin 2018.
- Polinsky A. Mitchell/Shavell Steven**, The Uneasy Case for Product Liability, p. 1-56, https://law.yale.edu/system/files/area/workshop/leo/document/09-09-08_Polinsky.Shavell_ProductLiability.pdf Accessed on June 17, 2018.
- Reis Patrice**, L’impact de l’application ou de l’absence d’application du principe de précaution quant aux préjudices, HAL archive-ouvert.fr, HAL Id: halshs-00730885, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00730885/document> p. 1-20, Accédé le 15 juin 2018.
- Ronka-Chmielowiec Wanda/Jędrzychówka Anna/Poprawska Ewa**, The sufficiency of the minimum amounts in compulsory liability insurance to cover personal injury claims-based on motor third party liability insurance and medical liability insurance, Insurance Review 4/2015 (Wiadomości Ubezpieczeniowe 4/2015), p. 79-102, <https://www.>

researchgate.net/profile/Anna_Jedrzychowska/publication/309464518_The_sufficiency_of_the_minimum_amounts_in_compulsory_liability_insurance/links/5811d4b508ae205f8101d870/The-sufficiency-of-the-minimum-amounts-in-compulsory-liability-insurance.pdf Accessed on June 17, 2018.

Schiller Sophie, Hypothèse de l'américanisation du droit de la responsabilité, Archives de philosophie du droit, Dalloz, Y. 2001, Vol. 45, p. 177-198, <http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/222.pdf> Accédé le 29 juin 2018.

Schwenzer Ingeborg, L'adaptation de la directive communautaire du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux en Allemagne fédérale, Revue internationale de droit comparé, Vol. 43, Iss. 1 (Janvier-mars), Y. 1991, Iss. 1, p. 57-74, https://edoc.unibas.ch/10430/1/20160923164735_57e54087679ef.pdf Accédé le 25 juin 2018.

Serozan Rona, Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri, İÜHFİM, C. 61, S. 1-2, Y. 2003, s. 339-356.

Smith A. Stephen, Duties, Liabilities and Damages, Harvard Law Review, Y. 2012, Vol. 125, p. 1726-1756, https://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol125_%20ssmith.pdf Accessed on August 21, 2018.

Soussan Guy/ Puech-Roos Marie/Le Bars Céline, Objectifs de la Directive RC Produits 85/374/CEE, Deauville 5 au 7 Février 2014, Atelier B2, Produits: "un droit de l'UE et des droits nationaux", p. 1-49, http://amrae.fr/sites/default/files/udr/2014_02_AtelierB2RCproduits_Amrae_C.pdf Accédé le 29 juin 2018.

Spindler Gerald/Rieckers Oliver, Tort Law in Germany,

Straub Wolfgang, La responsabilité du fait des produits en pratique (Droit communautaire et suisse), Berne, Janvier 2003, Livre électronique, <https://www.it-recht.ch/wp-content/uploads/2014/11/Paper-Straub-La-responsabilite-du-fait-des-produits-2007.pdf> Accédé le 25 juin 2018.

Tarman Zeynep Derya, Türk Hukuku'nda İmalatçının Sorumluluğuna Genel Bir Bakış, İÜHFİM, Y. 2007, C. LXV, S. 2, s. 299-326.

Testu Xavier François/Moitry Jean-Hubert, La responsabilité du fait des produits défectueux (Commentaire de la loi 98-389

du 19 mai 1998), Dalloz Affaires, p. 1-38, <http://jl.droit.free.fr/docs/produitsdefectueux.pdf> Accédé le 12 août 2018.

Thomas Kristie, The product liability system in China: Recent changes and prospects, *International and Comparative Law Quarterly*, Y. 2014, Vol. 63, Iss. 3. p. p. 1-33, http://eprints.nottingham.ac.uk/29178/1/ILQ63_3THOMAS-author%20final%20version.pdf Accessed on June 20, 2018.

Tiftik Mustafa, Türk Hukuku'nda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu, Yetkin, 2. Baskı, Ankara, 2005.

Tiryaki Betül, Avrupa Konseyi'nin 25.7.1985 Tarihli Direktifi'ne Göre Üreticinin Sorumluluğunun Şartları ve Tüketicinin Korunması Mevzuatı ile Mukayesesi, AÜHFD, Y. 2006, C. 55, S. 2, s. 229-248.

Trzaskowski Jan, Procedural Consumer Protection in Cross-Border Purchases, *Essays in Honour of Micheal Bogdan*, Juristförlaget i Lund, 2013, p. 557-570, http://www.legalriskmanagement.com/PUBLICATIONS/2013_BOGDAN.pdf Accessed on June 20, 2018.

Üstün Meltem Zübeyde, Türk ve Avrupa Birliği Tüketici Hukuku'nda İmalatçının Hukukî Sorumluluğu, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Avrupa Hukuku Programı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: **Göksoy Can Yaşar**, İzmir, 2007.

Von Kuegelgen Manuela, La loi du 25 février 1991 sur la responsabilité du fait des produits dans ses rapports avec le droit commun de la vente, p. 59-123, Vente et cession de créance (sous la coordination de **Foiers Paul Alain**), Edition Formation Permanente Commission Université Palais, Volume 15, Mars 1997, <http://local.droit.ulg.ac.be/sa/cup/doc/15.pdf> Accédé le 12 août 2018.

Werro Franz, La jurisprudence de la CJUE en matière de responsabilité du fait des produits et son impact sur l'application de l'article 208 al 2 CO, *Droit de la responsabilité civile et des assurances*, Edité par **Fuhrer Stephan/Chappuis Christine**, Stämpfli Editions, Berne, 2012, p. 471-487, <http://www.pierre-legrand.com/werro.pdf> Accédé le 25 juin 2018.

BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİNE ORTAK BİR YAKLAŞIM: HUKUKUN BİRLEŞTİRİLMESİ ÇALIŞMALARI

*Dr. Öğr. Üyesi Selin ÖZDEN MERHACI**

I) Hukukun Birleştirilmesi Kavramı ve Haksız Fiiller Alanında Hukukun Birleştirilmesi

Hukukun birleştirilmesi kavramı karşılaştırmalı hukukun en önemli araştırma alanlarından birisidir. Avrupa'da birçok komisyon, sözleşmeler, haksız fiiller ve hatta aile hukuku gibi özel hukukun çeşitli alanlarında, karşılaştırmalı hukukun işlevsel denklik ilkesinden de yararlanarak, hukuki bazı kavram ve kuralların en azından benzer hukuki kurumlara sahip ve kısmen de olsa ortak Roma hukuku kökeninden gelen Kıta Avrupası hukukları açısından birleştirilmesi için çaba göstermektedir. Hukukun birleştirilmesi aynı zamanda Avrupa Birliği'nin de hukuk politikası içerisinde yer almaktadır.

Haksız fiiller hukukunun temeli Roma hukukuna dayanan *Ius Commune*'ye ilişkin kurallar çerçevesinde şekillendirilmiştir. *Ius Commune*, 11. yüzyıldan 18. yüzyıla kadar kıta Avrupası'nda Roma hukuku etkisi altında kalmış ülkelerde uygulanan ortak hukuku ifade etmekteydi¹. Bu birlik 18. yüzyılda bozulmuş olsa da, günümüzde gelişen etkileşim sebebiyle ulusal hukuklar, diğer ulusal hukuklardan ve uluslararası hukuki metinlerden etkilenmektedir. Bu etkileşimin sonucu olarak haksız fiiller alanında da hukukun birleştirilmesi çalışmaları hız kazanmıştır. Bu çalışmalara örnek olarak, *European*

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Karşılaştırmalı Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi sozden@law.ankara.edu.tr

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Oğuz, A.: Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003, s. 49; Özkan, Z.: Avrupa Özel Hukukunun Uyumulaştırılması, AÜHF, 66 (1), 2017, s. 161 vd.

Group on Tort Law (Haksız Fiiller Üzerine Avrupa Grubu) ve *Study Group on a European Civil Code* (Avrupa Medeni Kanunu Çalışma Grubu) gibi grupların çalışmaları gösterilebilir².

Hukukun birleştirilmesi alanında çalışan komisyonlar, karşılaştırmalı hukuk çalışmalarıyla haksız fiiller hukuku alanında tüm Avrupa düzeyinde ortak bazı kurallara ulaşmayı hedeflemiştir. Böylelikle bu çalışmalara değer atfeden kanun koyucuların ülkelerinin hukuklarını uyumlaştırma konusunda önemli bir adım atılmıştır. Ayrıca bu yolla, milletlerarası özel hukukun konusu olan hangi ülke hukukunun uygulanacağının tespiti problemine atfedilen değerin azalması da söz konusu olacaktır.

Haksız fiiller hukuku alanında hukukun birleştirilmesi için çalışan komisyon olan ve 1992 yılında kurulan Haksız Fiiller Üzerine Avrupa Grubu –eski adıyla *Tilburg Grubu-* (*European Group on Tort Law*) 2005 yılında Avrupa Haksız Fiiller Hukuku İlkelerini (*Principles of European Tort Law-PETL*) yayınlamıştır. Çalışmanın amacı, katı ve bağlayıcı kurallar getirmekten ziyade, Avrupa ülkelerinin haksız fiillere ilişkin düzenlemelerini inceleyip değerlendirerek, temel bir değerler sistemi yaratmak olarak tespit edilmektedir. Amaç, Avrupa ülkelerinin haksız fiillere ilişkin genel hükümlerini değerlendirip, yeknesak bir çerçeve yaratmak olup, temelinde tüm Avrupa hukuk düzenlerindeki esasların muhafaza edilmesi ve bu kurallardan hareketle ortak ilkeler ortaya konulmasıdır. Kendinden beklenen işlevi yerine getirmeyen hükümler konusunda ise yeni çözüm arayışlarına gidilmiş ve böylece ayrıntılı olmayan ancak açık ve net bir haksız fiiller hukuku oluşturulmuştur³.

Yine benzer şekilde Avrupa Medeni Kanunu Çalışma Grubu da Ortak Referans Çerçevesi Taslağı (*Draft Common Frame of Reference-DCFR*) adı altında bir çalışma kaleme almıştır. 1998 yılında kurulan ve Avrupa Birliği üye ülkelerinden bir-

² Haksız fiiller alanında çalışma grupları hakkında detaylı bilgi için bkz.: Özkan, s. 165 vd.; Çağlayan Aksoy, P.: Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul 2016, s. 130 vd.

³ Bkz.: Çağlayan Aksoy, s. 131 vd.

çok akademisyenin yer aldığı bu grup çalışmalarını, Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri (*Principles of European Contract Law-PECL*) adlı sözleşmeler hukuku alanında hukukun birleştirilmesine ilişkin çalışan komisyonun ortaya koyduğu metnin üzerine inşa etmiştir. İlk hali 2005 yılında yayınlanan bu çalışmada, sadece haksız fiiller değil tüm borçlar hukukuna ilişkin kurumlar ve kurallar yer almaktadır. 2008 yılında bu çalışmanın son versiyonu tamamlanmış ve 2009 yılında karşılaştırmalı notlarla birlikte yayınlanmıştır. Avrupa Birliği düzeyinde politik bir metin niteliğinden çok, akademik bir doküman niteliği taşımakta olup, amacı Avrupa ülkelerinde kanun yapma faaliyetlerine temel teşkil edebilecek bir referans metni oluşturmaktır⁴.

Hem *DCFR* hem de *PETL*, Avrupa haksız fiiller hukuku bakımından ihtiyaç ve beklentileri karşılayacak modern kurallar formüle etmeyi hedeflemiştir. Bu karşılaştırmalı hukuk çalışmaları bağlayıcı kurallar getirmemekte, kendi tabirleriyle ortak bir referans çerçevesi oluşturmayı amaçlamaktadır. Nitekim tüm karşılaştırmalı hukuk çalışmalarında olduğu gibi bu çalışmaların da arkasında zorlayıcı bir otorite bulunmamaktadır. Günümüzde tüm Avrupa ülkeleri kanun koyucuları, ulusal kanunların hazırlanmasında bu ortak referans metinleri dikkate almaktadır. Çalışmalara verilen bu değer, metinlerin akademik kalitesi ile açıklanmaktadır. Nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Gereğesinde, Kanun'un hazırlanması esnasında bu bahsettiğimiz metinlerden yararlanıldığı belirtilmektedir. Hal böyleyken Türk kanun koyucusunun da bu çalışmalara değer atfettiği söylenebilir.

II) *DCFR* ve *PETL*'nin Bedensel Zararlar ve Tazminine İlişkin Yaklaşımları

Bedensel zararların tazmini kavramına geçmeden önce kısaca bahsi geçen metinlerde zarar kavramının nasıl ele alındığının incelenmesinde fayda bulunmaktadır;

⁴ Bkz.: Çağlayan Aksoy, s. 144 vd.; Özkan, s. 181 vd.

PETL, md. 1:101'de haksız fiillere ilişkin genel bir norm ortaya koyduktan sonra, md. 2:101'de "zarar, hukuken korunan bir menfaate maddi veya gayrimaddi bir hasar verilmesini gerektirir" hükmünü getirmiştir⁵. Aynı bölümde yer alan md. 2: 102'nin 2. fıkrasında da "En geniş ölçüde korunan menfaatler yaşam, fiziksel, zihinsel bütünlük ve özgürlüktür." ifadeleri yer almaktadır.

Zarar kavramı DCFR kapsamında ele alındığında, metnin VI.-2:101. maddesinde "Hukuken tazmini uygun olan zarar" kavramına yer verildiğini görüyoruz⁶. Bu maddeye göre, "(1) ekonomik olup olmamasına bakılmaksızın hasar veya zarar eğer; (a) bu Bölümdeki hükümlerden biri gerektiriyorsa, (b) hukuk ile verilen bir hakkın ihlalinden kaynaklanıyorsa (c) hukuken korumaya değer bir menfaatin ihlalinden kaynaklanıyorsa; hukuken tazmini uygun olan zarardır... (4) Bu kitaba göre, (a) ekonomik kayıplar kar veya gelir kaybı, doğan yükümlülükleri ve malın değerindeki azalmayı kapsar; (b) ekonomik olmayan kayıp, elem ve ıstırap ve yaşam kalitesinin bozulmasını kapsar." Devam eden maddelerde ise hukuken tazmini uygun olan zararın özel örneklerine yer verilmiştir. Bu zararlar, kişiye ilişkin zararlar ve takip eden kayıplar (vücut bütünlüğü), bir başkasının ölümü sebebiyle üçüncü kişinin uğradığı kayıplar, haysiyet, özgürlük ve gizliliğin ihlali, bir kimse hakkında yanlış bilginin verilmesinden doğan kayıplar, gizliliğin ihlalinden doğan kayıplar, mülkiyetin veya zilyetliğin ihlalinden doğan kayıplar, yanlış bilgi veya tavsiyeye güvenden doğan kayıplar, ticaretin hukuka aykırı şekilde bozulmasından doğan kayıplar, çevrenin bozulması sebebiyle devlet tarafından katlanılan sorumluluklar, yalan beyandan doğan kayıplar ve bir yükümlülüğün ifa edilmemesini teşvik sebebiyle doğan kayıplar olarak sayılmıştır (VI.-2:201 - VI.-2:211).

Zarar konusundan sonra, bu metinlerde genel olarak tazminat konusunun da nasıl ele alındığına kısaca bakmakta fayda bulunmaktadır;

⁵ PETL metni Sn. Erdem BÜYÜKSAĞIŞ tarafından Türkçeye de çevrilmiştir. Bkz.: <http://www.egtl.org/> (Erişim Tarihi: 29.09.2018)

⁶ DCFR'nin Başkasına Verilen Zararlardan Sözleşme Dışı Sorumluluk başlıklı bölümü Sn. Nevzat KOÇ tarafından Türkçeye çevrilmiştir. Bkz.: Koç N.: Başkasına Verilen Zararlardan Sözleşme Dışı Sorumluluk, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, Y. 8, S. 6, Güz 2009/2, s. 29-47.

PETL’de tazminatlar 10. bölümde yer almaktadır. PETL’nin 10: 101. maddesinde “Tazminat, zararının giderilmesi için zarar görene verilen bir miktar paradan ibarettir ve onun zarar verici eylem meydana gelmemiş olsaydı sahip olacağı durumda bulunmasını sağlama amacı gütmektedir. Tazminat, zararı önleme işlevini de haizdir.” ifadesi yer almaktadır.

DCFR’de tazminatlar VI. 6: 101. maddede düzenlenmiştir. Maddeye göre, “ (1) Giderim, hukuken tazmini uygun bir zarardan zarar gören kişinin, hukuken tazmini uygun o zarar olmasıydı içinde bulunmuş olacağı durumu yeniden sağlamak içindir. (2) Giderim, para olarak (tazminat) veya uğranılan zararın nitelik ve kapsamı ve somut olayın diğer bütün durum ve koşulları göz önünde tutulduğunda, en uygun düşen diğer bir yolla da gerçekleştirilebilir” şeklinde ifade yer almaktadır.

Bu kısa açıklamalardan sonra metinlerin bedensel zararlara ve tazminine ilişkin yaklaşımlarını incelemek gerekirse;

PETL’yi bedensel zararlar bakımından incelediğimizde karşımıza “Bedensel zararlar ve ölüm halinde uğranılan zarar” başlıklı madde 10.202. çıkmaktadır. Maddeye göre; “vücut bütünlüğüne veya tanımlanmış bir hastalığa sebep olacak şekilde akıl sağlığına verilen zararları da içeren bedensel zarar halinde maddi tazminat, kazanç kaybını, ekonomik geleceğin zedelenmesinden doğan kayıpları (kazanç kaybı şeklinde ortaya çıkmasa bile) ve tedavi giderleri gibi makul masrafları kapsar”. Maddenin ikinci fıkrasına göre ise “Ölüm hâlinde, ölen tarafından desteklenen veya ölüm meydana gelmeseydi bakılacak olan aile üyeleri gibi kimseler destekten yoksun kaldıkları ölçüde zarara uğramış kabul edilir”.

Metnin 10.301. Manevî zarar başlıklı maddesinde ise şu hüküm yer almaktadır; “Koruma kapsamı göz önünde bulundurulduğunda (m. 2.102.), bir menfaatin zedelenmesi manevî tazminat ödenmesini haklı kılabılır. Bu durum, özellikle zarar görenin bedensel bütünlüğünün, haysiyetinin, özgürlüğünün ya da diğer şahsî haklarının ihlali hâlinde söz konusu olur. Manevî zarar, ölenin ya da ciddi şekilde yaralananın yakınlarının da tazminat istemesine olanak tanır”⁷.

⁷ Çev. Büyüksağış; <http://www.egtl.org/> (Erişim Tarihi: 29.09.2018).

Bu maddelerden de kolaylıkla anlaşılacağı üzere metnin bedensel zararların tazmini konusuna yaklaşımı oldukça açıktır. Bir zarar doğması halinde doğan zararın telafisi için maddi tazminat ile manevi tazminata hükmedilmesine izin vermektedir. Benzer şekilde ölüm halinde destekten yoksun kalanların tazminat taleplerinin de karşılanması gerektiği öngörülmüştür.

DCFR'a bakıldığında konu ile ilgili ön plana çıkan bir maddenin de hukuken tazmini uygun zarar kavramının çeşitlerinin sayıldığı "VI. – 2:201 Bedensel (Yaralanmalar) Zararlar ve Dolaylı Zararlar" başlıklı madde olduğu görülmektedir. Madde hükmüne göre, "1) Bir gerçek kişinin vücut bütünlüğüne veya sağlığına verilen zararlar hukuken tazmini uygun zarar olarak kabul edilir. 2) Bu zarar, a) kendisine yakın kişiler tarafından yapılan makul bakım giderleri dahil olmak üzere, tıbbi masrafları kapsar ve b) akıl sağlığına verilen zararlar ancak bir tıbbi duruma yol açmak kaydıyla bedensel zararlardan sayılır" şeklinde bedensel zararların tazmine ilişkin yaklaşımını açıklamıştır.

DCFR'nin vücut bütünlüğüne verilen zararlar ile sağlığa verilen zararlar arasında bir ayrım yaptığı görülmektedir. Her ne kadar çoğunlukla vücut bütünlüğüne verilen bir zarar söz konusu olduğunda, sağlığa verilen bir zarar söz konusu olsa da, açıklamalarda sağlığa verilen zararların vücut içi işleyişte, vücuda verilen zararların ise dış vücut bütünlüğünde bir bozulmaya yol açtığını belirtmektedir. Bu anlamda örneğin HIV virüsünün bir kimseye bulaştırılması, sağlığa verilen bir zarar olarak nitelendirilmiştir⁸. Metinde bahsi geçen bir diğer zarar türü de akıl sağlığına verilen zararlar olup, bu zararlar da tıbbi bir duruma yol açmak kaydıyla kişiye verilen zararlar arasında sayılmıştır.

Bu noktada maddenin tedavi giderlerini maddi zararlar arasında saymış bulunduğu açıktır. Başka hangi zararların tazmin edilebileceğinin tespiti içinse bu maddenin daha önce ele aldığımız ve "hukuken tazmini uygun olan zarar"ı açıklayan VI.-

⁸ von Bar C./Clive E. (ed.): Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Vol. 4, s. 3194 vd.

2:101. maddeye geri dönmemiz gerekmektedir. Maddenin 4. fıkrasında “(4) Bu kitaba göre, (a) ekonomik kayıplar kar veya gelir kaybı, doğan yükümlülükler ve malın değerindeki azalmayı kapsar; (b) ekonomik olmayan kayıp, elem ve ıstırap ve yaşam kalitesinin bozulmasını kapsar.” ifadelerinin yer aldığını belirtmiŐtik. Bu kapsamda genel hüküm olan bu maddenin konumuz bakımından da uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu anlamda bedensel zarar halinde metin, tedavi giderlerini ve hali hazırdaki kazanç kayıpları ile gelecekteki kazanç kayıplarının ve manevi zararın tazminini gerektirdiği belirtilmektedir. Kazanma yeterliliğinin kaybı olarak ifade edilen ekonomik geleceğın sarsılmasından doğan zararların da kazanç kayıpları içinde değerlendirileceği ifade edilmektedir⁹.

DCFR’ın bedensel zararlara yaklaşımını incelerken “*md. VI.-2:202 bir başkasının ölümü sebebiyle bir 3. kişinin uğradığı kayıplar*” başlıklı maddenin de ele alınması uygun olacaktır. Maddenin ilk fıkrasında, bir kişinin ölümü veya kişisel bir zarara uğraması nedeniyle zarar gören kişi ile yakın kişisel bir ilişki içinde olan kişilerin uğradığı ekonomik olmayan zararların hukuken tazmini uygun zarar olarak nitelendirileceği belirtilmektedir. Madde devamında eğer kişi ölümcül bir biçimde zarar görmüşse, ölüme kadar sürede zarar gören üzerinde doğan zararlar mirasçılar bakımından ve cenaze masrafları ise bu masrafları yapan kişi bakımından hukuken tazmini uygun zarar olarak nitelendirilmektedir. Madde ayrıca, destekten yoksun kalanların uğradığı zararları da kapsam altına almıştır¹⁰.

III) DCFR ve PETL’nin Ulusal Hukuklara Etkisi

Bu noktada bahsi geçen hukukun birleştirilmesi çalışmalarının maddi hukuka yaklaşımlarının yanı sıra önem taşıyan bir husus da iç hukuk düzenlerine bu metinlerin yaptığı etkidir. Bir başka ifadeyle bu metinlerin hukukun bu alanda birleştirilmesine hangi oranda hizmet ettiğine de bakılmalıdır.

⁹ von Bar/Clive (ed.), s. 3198.

¹⁰ von Bar/Clive (ed.), s.3224 vd.

Son yıllarda Fransa ve İsviçre başta olmak üzere Avrupa ülkelerinde borçlar hukukuna ilişkin reform çalışmaları göze çarpmaktadır. Fransa'da *Avant-Projet Catala* adı verilen ve *Code Civil*'in borçlar hukukuna ilişkin bölümünün revize edilmesi amacıyla hazırlanmış bir tasarı, Eylül 2005'te Fransız Adalet Bakanlığı'na sunulmuştur. *Catala* Tasarısı olarak anılan bu tasarinın ardından, 2008 ve 2011 yıllarında borçlar hukukunun genel hükümlerine ilişkin iki tasarı (*Terré* Tasarısı) sunulmuştur. İlk tasarı sözleşmeler hukukuna, ikinci tasarı ise haksız fiiller hukukuna ilişkindir. Ardından bir milletvekili tarafından meclise, *Catala* Tasarısının haksız fiil sorumluluğuna ilişkin kısmından alınan bir kanun teklifi (*Béteille* Teklifi) getirilmiştir. Ancak bu gelişmelerden herhangi bir sonuç alınamamıştır¹¹. Metinler değerlendirildiğinde özellikle *Terré* Tasarısının hukukun birleştirilmesi çalışmaları dikkate alınarak hazırlandığı belirtilmektedir¹². Bedensel zararların tazmini hususunda ise hem *Catala* Tasarısı, hem *Terré* Tasarısı hukukun birleştirilmesi çalışmalarındaki benzer bir yaklaşım sergileyerek, masrafların, kazanç kayıplarının ve kar kayıplarının tazmin edilecek zarar kalemlerinden olduğunu kabul etmiştir. Ayrıca hem *Catala* hem de *Terré* Tasarısı destekten yoksun kalma tazminatını da ele almıştır. Yanı sıra *Terré* Tasarısında manevi zararların tazminine ilişkin hükme de yer verilmiştir. Bu hükümlerde özellikle *PETL*'nin konuya yaklaşımıyla benzerlik arz ettiği belirtilmektedir¹³.

İsviçre'de ise bir grup akademisyen OR 2020 adı altında borçlar kanununun genel bölümüne ilişkin bir takım değişiklikleri içeren bir tasarı hakkında çalışmak üzere toplanmış ve taslak bir metin yayınlanmıştır. Bu tasarinın temelini de hukukun birleştirilmesi çalışmalarına dayandığı belirtilmektedir¹⁴.

¹¹ Moréteau O.: French Tort Law in the Light of Harmonization, 6 J. Civ. L. Stud. (2013), s. 762 vd.

¹² Moréteau, s. 766 vd, Nitekim *Catala* Tasarısının hazırlanması sırasında henüz bu çalışmalar tamamlanmamıştır.

¹³ Moréteau, s. 782.

¹⁴ Huguenin C./Hilty R. M.: Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Einleitung vor Art. 1 ff., Zürich 2013, s. 9, N. 52 (Swisslex).

Hukukumuzda gelindiğinde de yukarıda bahsedildiği üzere 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun Genel Gereğesinde özellikle bu incelediğimiz metinlerden *PETL'*ye de vurgu yapılarak uzun yıllardır Avrupa içerisinde ortak bir borçlar kanunu düşüncesinin varolduğu ve hazırlık sürecinde uluslararası/uluslararası çalışmalara değer atfedildiği belirtilmiştir. Buna karşılık bu çalışmaların ulusal kanunlara engel olmadığı veya kanunların bu metinlerin bir ürünü olarak ortaya çıkmasının zorunlu olmadığı da belirtilerek, kanun çalışmaları sırasında bu metinlerin esas alınmadığı ve fakat bu metinlerden yararlandığı vurgulanmıřtır¹⁵.

IV) Sonuç

Tüm bu bilgiler altında görölmektedir ki hukukun birleştirilmesi çalışmalarının bir amacı olan yeknesak bir hukuka ulaşmak amacına, ulusal hukuklar tarafından da değer atfedilmektedir. Bu çabaların sonuçları iç hukuk düzenlemelerine yansımaya başlamış, değişiklik tasarılarına temel oluşturmuştur. Ancak Borçlar Kanunu'nun Genel Gereğesinde de ifade bulduğu üzere, kanun koyucular kendilerini bu metinler ile bağlı görmemektedir. Her ne kadar bu metinlerden yararlandığı belirtilse de, bu tarz bir yararlanmanın hukukun birleştirilmesine ne kadar hizmet ettiği tartışılabilir. Nitekim bu metinlerin herhangi bir bağlayıcılığının olmaması ve bağlayıcılıklarının arkalarında yatan güçlü akademik çalışmalara dayanıyor olması bu çalışmaların iç hukuklara alınma sürecini yavaşlatmaktadır.

Benzer şekilde hukukun sadece yazılı hukuk kurallarından oluşmadığı da dikkate alındığında, hukukun birleştirilmesi çalışmalarının, özellikle içtihat hukukunun getirdiği farklılıkları azaltması mümkün değildir. Bu anlamda kanun maddelerinin uyumlaştırılması söz konusu olsa bile, hukukun kaynakların-

¹⁵ Borçlar Kanunu Genel Gereğesi; <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> (Erişim Tarihi: 03.10.2018), s. 2.

dan biri olan içtihat birliğinin sağlanamadığı hallerde metinlerin ulaşmak istediği amacın ne kadar gerçekteleşmiş sayılacağı şüphelidir.

Bu noktada hukukun birleştirilmesini yavaşlatan bir hususun da hukukta ulusalcılık akımının güç kazanması olduğu belirtilmelidir. Bir başka ifadeyle kanun koyucuların ulusal hukuklarında alıştıkları veya yatkın oldukları hukuku uygulama ve benimseme eğilimi arttıkça, hukukun birleştirilmesi amacı geri planda kalmaktadır.

Tüm bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda halen milletlerarası özel hukuka duyulan ihtiyacın azalmadığı belirtilmelidir. Hukukun bu alanının, somut olayda kanunlar ihtilafı boyutuyla uygulanacak hukuku tespit etmesi gerekmektedir. Uygulanacak hukukun tespitinden sonra ise ikinci adım, tespit edilen hukukun maddi hukuk kurallarını bulmak olacaktır. Belirtmek gerekir ki bu noktada da karşılaştırmalı hukuk, gösterilen hukukun içeriğine erişmede yardımcı olacaktır.

Av. Prof. Dr. ÇAĞLAR ÖZEL- Biz de çok çok teşekkür ediyoruz bu açıklamaları için Sayın Merhacı'ya, böylece bütün konuşmacılar tebliğlerini sunmuş oldu. Birazcık daha vaktimiz var ve bu vaktimizi aslında daha iyi kullanabilmek için belki yazılı olarak sorularınız varsa o soruları alalım bu kısa vaktimizde onları değerlendirmek için, eğer bu arada sözlü olarak sormak isteyen varsa, onları da alabiliriz. Buyurun.

Dr. AHMET SALTİK- Herkesi saygıyla selamlıyorum. Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesinden öğretim üyesi Dr. Ahmet Saltık, ayrıca sağlık hukuku alanında da master çalışması yapmış bir arkadaşınız olarak buradayım. Bir öneriyle minicik başlayayım. Hukuki Hekimler Enstitüsü diye bir derneğimiz var. Bu alanın bir çatışma alanı haline getirilmeden iki taraf arasında bir ortak kesit alanı oluşturması, ortak bir dil yaratılması, birlikte çalışılması bağlamındaki dileklerimi önce seslendireyim, sonra da sorumu sorayım. Benim tezim: "*Anayasa Mahkemesinin Aşı Reddi*"yle ilgiliydi. İki bireysel başvuruda bulunduğu gibi yaptırmayabilirsiniz dedi Anayasa Mahkemesi başvuruculara, bu çok yakıcı bir sorun tıp ve sağlık hizmetleri açısından, çok kapsamlı bir tezle bunu irdeledik, yakında kitaplaştıracacağız. Şimdi toplantının da teması bağlamında benim aklıma gelenler şunlar: Akit dışı kusursuz sorumlulukta bedensel zararları konuşuyoruz. Yalnızca bedensel zararlar değil, mental ruh sağlığı bakımından da ciddi sakıncalar, zararlar doğabilecek bir durum. Yurttaşla devlet arasında bir toplum sözleşmesi var olduğuna göre akit dışı kusursuz sorumluluk kapsamına mı girecektir bu durum? Yurttaşla devlet arasında bir toplum sözleşmesinin -tekrarlayayım- varlığını öne koyarsak, akit içi olacak. Yurttaşla devlet arasında örtük ya da açık bir toplum sözleşmesi var. Devletin yurttaşının sağlığını koruma yükümlülüğü var. Anayasa madde 56 çok net, bu kapsamda görülürse akit içi, değilse akit dışı her nasılsa, aşılama hizmeti kamusal alana da ilişkin olduğuna göre devletin sorumluluğu burada aşı yapılmayan çocuklara ve onlardan kaynaklanacak salgınlar nedeniyle başka çocuklara ve erişkinlere -altını çiziyorum, erişkinlere- bütün toplum risk altındadır. Erişkin ya da çocuk aşı olsun ya da olmasın doğacak zararlar kamu açısından, devlet

açısından kusursuz sorumluluk mudur, kusurlu sorumluluk mudur?

İkinci olarak, aşılanmayan çocuk nedeniyle, çocuklar nedeniyle -ki bunların oranı son olarak yüzde 4 ve 280 000 çocuğa karşılık geliyor. Sorun korkunçtur, parantez içinde bir daha söyleyeyim. Zarar gören üçüncü kişiler zararlarını kime karşı ileri sürecekler? Örneğin, çocuk felcine yakalanan bir yetişkin -dilim sürçmüyor, bilerek söylüyorum- daha ağır geçirir. Doğacak zararları ölüm dahil bedensel engellilik, mental engellilik dahil kime karşı ileri sürecektir? Anne-babasına karşı ileri sürebilecek midir kendisini aşılatmayan, keyfi bir biçimde sana aşı yaptırmıyorum diyen ana-babaya karşı bu zarar ileri sürülebilecek midir? Devlete karşı hizmet kusuru olarak ileri sürülebilecektir gibi sorular önümüzde duruyor. Bunlara birazcık yanıt verilmesini çok istirham ediyorum. Teşekkür ederim.

Av. Prof. Dr. ÇAğLAR ÖZEL- Biz teşekkür ediyoruz. Hemen kimden istiyorsunuz sorunuzu? Herkes cevap verebilir. Biraz felsefi bir cevap, Hocam, siz başlamak ister misiniz?

Prof. Dr. ÇİğDEM KIRCA- Evet, Ahmet Bey hukukçu olmadığı için ister istemez tabii biz de nereden başlayacağız, neyi bitireceğiz, o soruları belirlemek açısından zorlanabiliriz. Mümkün olduğu kadar kısa cevap vermeye çalışacağım. Yurttaşla devlet arasında toplum sözleşmesi var. O halde sözleşme sorumluluğu mudur, değil midir konusu teknik bir hukuki soru konusu değildir. Sorumluluğu sözleşmenin olduğu yerde Borçlar Kanununun belirlediği zamanda söz konusu olur. Buradaki başlattığımız toplumsal sözleşme bu anlamda, yani Borçlar Kanunu anlamında sözleşme değildir. Bizim bahsettiğimiz aralarında sözleşme ilişkisi olmayan kişiler arasındaki sorumluluktur. Ancak tabii burada şuna da dikkat edelim: Aynı zamanda hem aralarında sözleşme ilişkisi olsa bile haksız fiile ilişkin unsurlar gerçekleşirse, haksız fiil sorumluluğunun şartları gerçekleşirse, bu ikisi beraber yarışrlar. Dolayısıyla aslında sözleşme dışı sorumluluktan bahsedebilmek için bu haksız fiil ya kusura dayanan haksız fiil veya sebep sorumluluğu veya tehlike sorumluluğunun kanunda belirtilen unsurlarının

gerçekleşmesi gerekir. Bu sanıyorum ilk sorunuyla ilgiliydi. Diğer sorduğunuz soru çok kapsamlı, hem devletin sorumluluğu kısmı var. Ben o konudaki görüşümü iletmeyeyim, bir idare hukukçusu değilim. Sonuçta doğru olmaz. Diğeriyse, acaba özel hukuk sorumluluğu açısından anne-baba çocuğunu aşılattıysa, bundan sorumlu olabilir gibi bir sorunuz var. Dolayısıyla ona bir cevap vermeye çalışayım. Anne-babanın çocuklarına bakım yükümlülükleri var sonuçta, aynı velisi olarak, velayet görevlerinin gereği olarak, velayet görevinin gereğini yerine getirmemiş olmasından kaynaklanan bir sorumluluğu olabilir, ama acaba bu sorumluluğun kapsamına girip girmediğini ayrıca tartışmak gerekir kanunda düzenlenen sorumluluk hükümleri açısından diyerek ben kısaca bitireyim. Çünkü sanıyorum cevaplamam gereken 3-5 tane daha sorum var.

Av. Prof. Dr. ÇAĞLAR ÖZEL- Evet, gerçekten bu konuyla ilgili olarak başka konuşmak isteyen var mı? Dediğim gibi birazcık bu hukuk alanını aşan devlet politikasını doğrudan doğruya ilgilendiren bir husus olarak burada bu şekilde bir hukuki değerlendirme yapmak hemen hemen kolay değil, ama ben de Çiğdem Hocanın dediklerine aynen katılıyorum. Şimdi ben özellikle hemen yazılı sorulara cevap vermeye başlayacağız, o anlamda sizden başlayalım, buyurun Merhacı.

Dr. SELİN ÖZDEN MERHACI- Teşekkürler. Av. Ahmet Polat Ankara Barosundan *“Avrupa Medeni Kanun Çalışma Grubu içinde Türkiye’nin de bulunması girişimi oluşmuş mu, olmuş mu”* diye bir soru yöneltiyor. Tabii bu bahsettiğim komisyon, bu DCFR’ı yayınlayan komisyon aslında Avrupa Birliği üye ülkeleri hukukçuları arasından toplanan bir grup, bir çalışma grubu, zaman zaman tabii ki Türk hukukçuları bu çalışmaların yapıldığı yerleri ziyaret ediyor akademik çalışmalarına dayanak oluşturmak bakımından, ama esas ana çalışan grup içinde bir Türk hukukçusu yok. Girişim olduğunu da zannetmiyorum, genelde bunlar da davet üzerine çalışıldığı için bu komisyonlarda Türk bir hukukçunun dahil edilmediğini biliyorum.

Diğer bir sorusu da: *“Bedensel zararların tazmini yönünde hukukun birleştirilmesi çalışmaları var mı”* İşte haksız fiillere ilişkin

bu iki metinde, bahsettiğim iki metinde bedensel zararların tazmini yönündeki çalışmalarda bu şekilde ele alınmış. Tabii ki tazmine ilişkin hem genel zarar kavramı, hem tazminat, genel tazminat kavramı, hem bedensel zarar ve bedensel zararların tazmini kavramlarına sunumum boyunca kısaca değindim. Onları tekrar etmek istemiyorum, ama hesaplama konusunu diyorsanız, hani zararın tazminatı nasıl hesaplanacağı konusunu, o tabii sadece metinlerle ilgili değil, tamamen mahkeme uygulamalarıyla ilgili olduğu için içtihat hukukunda da bir destek olmadığı için bu metinlere böyle bir maalesef bir çalışma mevcut değil diyebiliriz. Teşekkürler.

Av. Prof. Dr. ÇAĞLAR ÖZEL- Teşekkür ederim. Şimdi Çiğdem Hocaya sorular var, yazılı sorular, buyurun Hocam.

Prof. Dr. ÇİĞDEM KIRCA- Birinci soru isimsiz: Bedensel zarar veren bir trafik kazasında İstanbul Adli Tıp Kurumunun sakatlık oranı tespit kararı tarihi zamanaşımı başlangıcı tarihi olarak alınabilir mi? Şimdi burada tabii Yargıtay uygulamalarına baktığımız zaman -ki Danıştayda da benzer uygulamalar var- kısa zamanaşımı süresinin başlangıcında öğrenme zararı ve zarar vereni öğrenme haksız fiil zamanaşımında her halükarda zararın miktarını öğrenme esas alınıyor. Zararın gelişimi diye bir kavram var. Zarar diyelim ki böyle bir Adli Tıp Kurumu karar verdi, fakat aradan zaman geçti, tekrar konuyla ilgili önce ayağı kırıldı, ondan sonra bu kırıkla bağlı olarak başka yan hastalıkları meydana geldi. Bu tip başka zararlar ortaya çıktı. O zararların ortaya çıkması halinde dahi o en son zararın ortaya çıkması halini dikkate alıyor. Zararın İsviçre hukukundan farklı, bu zarar ilk meydana geldi, işte hafif bir yaralama gördü, o anda öğrendi diye kabul etmiyor Türk hukuku, İsviçre hukukunda öyle evet, o anda öğrendi, sen hastaneye gittin, demek ki öğrendin diyor. O, o zamandan itibaren başlatıyor. Halbuki bizim Yargıtayımız her halükarda zararın gelişimini arıyor ve zararın geliştiği an ne zamansa, sonradan kararlar verilebilir, işte başka adli tıp, bu Adli Tıp Kurumu verdi, sonra başkası verebilir. En son hangisi verdiyse, onu dikkate alıyor. Sanıyorum ikinci soru da bununla alakalı, tedavi ve ameliyatlar devam ederken kesin bir sakatlık

oranı tespiti vardır denilebilir mi? Yani denilemez tabii ki bu dikkate alındığı zaman, henüz tedavi ve ameliyatlar devam ediyor. O halde devam ederken bu belirlenmemiştir. Önce tamamlanacak, ondan sonra sakatlık oranı belirlenecektir diye düşünüyorum.

İkinci soru yine benzer değil, daha farklı bir açıdan bakıyor. Biraz uzunca yazılmış, hepsini okumayacağım, ama aslında sorduğu soru şu: “Medeni Kanun 2 çerçevesinde değerlendirilebilir mi bu tip kararlar? Yani zamanaşımı meselesi, zamanaşımı konusundaki olumlu gelişmeler yaşanırken İsviçre hukukunda Türk uygulamasında zamanaşımı hususunda Türk Medeni Kanununda yukarıda belirtilen maddesinin sınırlayıcı bir etkisi olduğunu dikkate almak gerekir mi” diye sorusunu Av. Gülendağ Sağlın -okuyamadım- sormuş. Şimdi Medeni Kanun 2. maddesinin 2. fıkrası hakkın kötüye kullanılma yasağını düzenler, 1. fıkrasına dayanabileceğini zaten bu anlamda düşünmüyorum. 2. fıkrasının kişinin hakka sahip olması, ancak bu hakkını ileri sürmesinin ağır sonuçlar doğurması, yani hakkın kötüye kullanılması şartı aranıyor ve istisnai bir kurumdur ve bu kurum o somut olaydaki o adaletsizlikleri gidermek için istisnaen kullanılabilir. Bazı durumlarda bizde de örneğin, şekle ilişkin şekil zorunluluğu vardır mesela, ama şekil zorunluluğuna uyulmamış bir sözleşme hakkın kötüye kullanılması Medeni Kanun bu 2. maddesinin 2. fıkrası gereğince dikkate alınmayabiliyor. Dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması yaptırımıyla düzeltilebiliyor. Çok istisnaen kullanılan bu kurum bu konuda da istisnai durumlarda dikkate alınabilir diye düşünüyorum. Ancak tabii bu insan hakları mahkemesi kararını bir tarafa bırakarak, yalnız bunun istisnai olma artık kuralı tamamen ortadan kaldırma sonucunu da doğurmaması gerekir diye düşünüyorum.

Av. Prof. Dr. ÇAĞLAR ÖZEL- Teşekkür ederim. Şimdi çok kısa bir şekilde lütfen, bitirmek zorundayız çünkü.

SALONDAN- Öğrenilmesinden itibaren dediniz, değil mi? Yalnız sorumluluk hukukunda zarar gün geçtikçe anlaşılan bir kavram olduğu için bu tatbikatçılar açısından ciddi bir problem yaratmaz mı?

Prof. Dr. ÇİĞDEM KIRCA- Evet, uygulamacılar açısından problem yaratır, ama Şu anki uygulama bu Şekilde.

SALONDAN- Mesela, zarar kavramını özellikle ekonomik geleceğın sarsılması, bir küçük kız çocuğunu düşünelim. Yüzünde bir bedensel zarar oluŐtu. Bunun ekonomik geleceğının sarsılması evlenme aşamasında da aynı Şekilde ekonomik geleceğın sarsılması olarak kabul edildiğı için, ancak diyelim ki çocuk 20 sene sonra evlilik çağına geldiğinde bir görücü ya da kendi arkadaşları evlenme aşamasına geldiğinde böyle bir zarar Şey olur. Bunu bu Şekil tamamen uzun sürelere yaymak ciddi bir problem yaratacaktır. İkinci husus: Mesela, tazminat hesaplamalarında asgari ücretten kaynaklanan artışlar var her yıl, zarar aslında her yıl değışmektedir. O zaman zamanaşımı başlangıcı açısından hiçbir zamanaşımı olmayacak, zamanaşımı o zaman uygulanamayacaktır. Ücretlerde her yıl artış olacak, zarar hiçbir zaman net değildir. Bugünkü zararlar 20 sene sonra zarar daha net olarak ortaya çıkmış olacak.

Av. Prof. Dr. ÇAĞLAR ÖZEL- Cevap vermek ister misiniz?

Prof. Dr. ÇİĞDEM KIRCA- Evet. Şimdi tabii bu tip sorunların ortaya çıkmasının engellenmesi ve hukuki güvenilirliğı sağlamak için mutlak süreler kabul edilmiştir. Mutlak sürelerin kabul edilmesinin sebebi de işte budur. Yani en az kısa süreler açısından da yine tartışmalar olabilese bile, çünkü mutlak sürenin fiilden itibaren, daha doğrusu davranışın sona ermesi anından itibaren başlaması bu tip sorunları ortadan kaldırması amacıyla düşünölmüŐtür, ama Şu andaki uygulamalar da âdeta mutlak sürenin yok sayılıp tamamen zararın öğrenilmesinden itibaren başlaması Şeklinde olunca bence Türk hukuku zamanaşımı gibi bir müessesenin gittikçe içi boşaltılmakta, zamanaşımı aslında yok gibi bir yola doğru hızla ilerlemektedir eğer bu konuda bir önlem alınmazsa

Av. Prof. Dr. ÇAĞLAR ÖZEL- Evet, ben hem katılımcılara aynı zamanda katkılarından dolayı, hem de konuşmacılarımıza çok çok teşekkür ediyorum. Bir tane daha soru var, ama zaten süremiz bitti. Bir de konuyla doğrudan doğruya ilişkili olmayan bir soru, o yüzden bu soruyu bırakıyorum burada,

Çünkü avukat-vekâlet-müvekkil ilişkisindeki bir durumdan bahsediyor. Bugün de bu toplantının sonuna gelmiş oluyoruz, dördüncü günümüzde ilk sabah toplantısını da bu şekilde bitirmiş oluyoruz. Hepinize çok çok teşekkür ediyorum katkılarınızdan dolayı, sağ olun.

SUNUCU- Sayın konuklarımız, konuşmacılarımıza değerli paylaşımlarından dolayı teşekkür ediyoruz ve plaketlerini takdim etmek üzere Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. Prof. Dr. Sayın Metin Feyzioğlu'nu ve Kastamonu Baromuzun Başkanı Sayın Başkanımız Av. Özgür Demir'i sahneye davet ediyorum.

Değerli konuklar, oturumumuz sona ermiştir. 8. Oturumumuz saat 14.00'te başlayacaktır, teşekkür ediyoruz.

*AKİT DIŞI KUSURSUZ SORUMLULUKTA
BEDENSEL ZARARLAR ULUSLARARASI KONGRESİ*

4. GÜN

8. Oturum

*BEDENSEL ZARARLAR YÖNÜNDEN
HESAPLAMA TEKNİKLERİNİN DAYANAKLARI*

SUNUCU- Saygıdeğer hanımefendiler, beyefendiler, çok değerli misafirlerimiz; *“Bedensel Zararlar Yönünden Hesaplama Tekniklerinin Dayanakları”* konulu 8. Oturumun başkanlığını yapmak üzere Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Başkanı Sayın Şahabettin Sertkaya’yı, konuşmacılarımız *“Tazminat Hesaplamalarına Aktüeryal Yaklaşım”* konu başlıklı sunumunu yapmak üzere Hacettepe Üniversitesi Aktüerya Bilimleri Bölümünden Prof. Dr. Sayın Meral Sucu’yu, *“Türkiye’de Hayat Sigortaları ve Hayat Tabloları”* konu başlıklı sunumlarını yapmak üzere Başkent Üniversitesi Ticari Bilimsel Fakültesi Sigortacılıkta Risk Yönetimi Bölümünden Dr. Sayın Şeref Hoşgör’ü, *“Cismani Zararlar Hesabında Aktüerya”* konu başlıklı sunumlarını yapmak için Hacettepe Üniversitesi Aktüerya Bilimleri bölümünden Dr. Uğur Karabey’i, *“İspat Vasıtaları: Bedensel Zararlarda İspat Vasıtaları”* konu başlıklı sunumunu yapmak üzere Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Dr. Sayın Levent Börü’yü, *“Farklı Hesap Yöntemlerinin Uygulanmasının Adil Yargılanma Hakkını İhlali”* konu başlıklı sunumunu yapmak üzere Ankara Barosundan Sayın Av. Sema Uçakhan Güleç’i, *“Bedensel Zararlarda Tazminat Unsurları ve Hesap Yöntemleri”* konu başlıklı sunumunu yapmak üzere Sayın Çelik Ahmet Çelik’i sahneye davet ediyorum. Söz Sayın Başkan Şahabettin Sertkaya’dadır, buyurun Başkanım.

ŞAHABETTİN SERTKAYA (Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Başkanı)- Teşekkür ediyorum. İyi bir çalışma saati diliyorum. Dört gündür epey yorulduanız, farkındayım. Biz de mümkün olduğu kadar bize ayrılan sürede tartışılan konuları bitirmeye çalışacağız. 17. Hukuk Dairesi olarak biz trafik kazalarından doğan bedensel zararlar ve destek zararları davalarının temyiz incelemelerini yapmaktayız. Aynı zamanda can sigortalarından da bir bölümünün temyiz incelemesini yapmaktayız. Türkiye’de tahminim 1.5 milyona yakın trafik kazası oluyor, bunun en az bildiğim kadarıyla 300 000’i yaralama ve maddi hasarlı, 5 000 ölü ve çok fazla da yaralı; bunun sonucu tabii davalar olarak mahkemelere yansıyor, sonunda da temyizle birlikte Dairemize temyiz incelemesi olarak geliyor. Tabii bu davaların temyiz incelemesini yaparken tazminat davalarının

sonuçlandırıldığı delillerin başında dayanak olarak bilirkişi raporları geliyor. Bunların çoğunluğu da bilirkişi raporlarını aktüer bilirkişiler bunu yapıyorlar, mahkemeler buradan bilirkişi raporları alıyorlar. Bunun için önemli bir yer tutuyor tabii bu hizmet dediğimiz, aktüer biliminin verdiği bu hizmet önemli bir yer tutuyor. Diğer baŐlıklarda da sorunlar olan uygulamada nasıl olacağı, Şu tarih itibariyle işte yasadaki ve genel Şartlardaki değişikliğe göre hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda birtakım tereddütler var. Mutlaka mahkemeler de bekliyor Yargıtayda, davanın tarafları da bekliyor. Şu anda biz de o konularla ilgili hazırlık aŐamasındayız, tartiŐma aŐamasındayız. Mutlaka bir sonuca varacağız, ama buradaki tartiŐmalardan da ben Şahsen yararlanacağım. Arkadaşlarıma da katkılarından dolayı Őimdiden teşekkür ediyorum, sizlere de teşekkür ediyorum, organizasyonu yapanlara da teşekkür ediyorum.

Şimdi ayrılan bölüm zannediyorum 1.5 saatlik, biraz süre aŐıldı, ama 15'er dakika gibi bir süre var. Değerli konuşmacıların bu sürelere riayet edeceğini umuyorum, Őimdiden teşekkür ediyorum. İlk konumuz: "*Tazminat Hesaplarına Aktüeryal Yaklaşım*", Sayın Prof. Dr. Meral Sucu Hanımefendi bu sunumu yapacaklar. Hemen kısaca Şunu da söylemek istiyorum: İŞte aktüerya bilimi bizim baktığımız dava çeŐitlerinden de yaşamı ilgilendiren veya mal varlığını ilgilendiren konularda onların finansal ne kadar etki eder, onunla ilgili, en azından biz onlardan faydalanıyoruz. Bunun için tabii ki bizler için çok önemi var. Bu nedenle sözü Sayın Hocama bırakıyoruz.

TAZMİNAT HESAPLARINA AKTÜERYAL YAKLAŞIM

*Prof. Dr. Meral SUCU**

1. Giriş

Rizikonun gerçekleşmesi ile sigorta bedelini veya tazminatı ödeme borcu esasen sigorta şirketlerine ait olmakla birlikte, ödemeye esas alınan tutarı hesaplayan aktüerler ve bilirkişilerin kullandıkları varsayımlar ve değişkenler, ödenecek tazminat tutarını önemli oranda etkilemektedir.

Çalışmada destekten yoksun kalma ve bedensel zararların tazminatlarının hesaplanmasında kullanılan varsayımlar ile hesaplama yöntemleri ve aktüeryal yaklaşımın nasıl kullanılması gerektiği üzerinde durulacaktır. Böylece, sigorta ve emeklilik şirketleri ile aktüerler ve bilirkişiler tarafından yapılacak tazminat hesaplamalarında standartların belirlenmesi ve hesaplamalarda birbirine yakın ve kabul edilebilir sonuçlar veren yaklaşımların uygulanmasına yardımcı olunması amaçlanmaktadır.

2. Bedensel Zarar Hesabı

Haksız fiile uğrayan mağdurun çalışma gücünü kullanarak elde ettiği bir geliri varsa ve haksız fiilden kaynaklanan iş göremezliği sebebiyle bu gelirden bir azalma olursa, bu azalma maddî zararı oluşturur.

Mağdur, uğradığı haksız fiil sebebiyle birtakım ekonomik yararlar da sağlamışsa, kural olarak bu yararlar tespit edilen zarar miktarına mahsup edilir.

Denkleştirmenin yapılabilmesi için zarar veren fiille yarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasının yanı sıra denkleştirmenin hakkaniyete uygun olarak yapılması gerekmektedir.

* Hacettepe Üniversitesi Fen Fakültesi Aktüerya Bilimleri Bölümü

Borçlar Kanunu Madde 54'te " Bedensel Zararlar ;

1. Tedavi giderleri.
2. Kazanç kaybı.
3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.
4. Ekonomik geleceğın sarsılmasından doğan kayıplar.

tanımlanmıştır. Bu çalışmada bedensel zarar tazminat hesaplamalarındaki varsayımlar iki grupta toplanmıştır:

Temel Varsayımlar

- Hayat Tablosu
- Aktüeryal Teknik Faiz Oranı

Yardımcı Varsayımlar

- Kişinin Aktif Dönem Geliri
- Kişinin Pasif Dönem Geliri
- İndirimler

3. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 49'uncu maddesine göre kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren bir kişi, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de bu zararı gidermekle yükümlüdür.

6098 sayılı *Türk Borçlar Kanunu Madde 53'te ölüm halinde uğranılan zararlar;*

1. Cenaze giderleri,
2. *Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar,*
3. *Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları zararlar*

olarak tanımlanmıştır.

Destekten yoksun kalma tazminatı, bir kişinin vefatı nedeniyle, onun sağlığında iken fiilen destek olduğu ya da ilerde destek olacağı kuvvetle muhtemel olan bireylerin, vefat eden kişi hayatta iken sahip oldukları yaşam seviyelerinin ölüm olayından sonra da sürdürebilmelerini sağlamaya yönelik bir tazminat türüdür. Tazminatın amacı, desteğin ölümü nedeniyle onun desteğinden yoksun kalanların (hemen veya ilerde yoksun kalacaklar) refah seviyelerinde ölüm olayından sonra bir kayıp yaŐanmasını önlemektir.

Ölüm, bir başka kişinin kusurlu bir hareketi sonucunda meydana gelmiş ya da kusur olmasa bile ölüm olayından hukuken bir başka kişi sorumlu tutulabiliyorsa, ölüm nedeniyle desteğini kaybedenler, ölüm olayında kusuru bulunan ya da kusursuz da olsa hukuken sorumluluğu olanlardan tazminat talep edebilmektedirler.

Destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasına ilişkin temel ilkeler 6098 sayılı Kanun ile **düzenlenmiştir. Kanunun 55 ve 56.** maddelerinde, destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların, 6098 sayılı Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanacağı ve kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemelerin, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemeyeceği; zarar veya tazminattan indirilemeyeceği, ayrıca hesaplanan tazminatın, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılamayacağı ve azaltılamayacağı düzenlenmiştir.

Bu çalışmada destekten yoksun kalma tazminat hesaplamalarındaki varsayımlar iki grupta toplanmıştır:

Temel Varsayımlar

- Hayat Tablosu
- Aktüeryal (Teknik) Faiz Oranı

Yardımcı Varsayımlar

- Destek ve Destekten Yoksun Kalanlar,
- Destek Süresi,

- Aktif Destek Süresi,
- Pasif Destek Süresi,
- Gelir Paylaştırma Oranları,
- Dul Kalan EŞin Yeniden Evlenme Olasılığı,
- Çocukların Desteklikten Çıkma Zamanı,
- İndirimler
 - Kusur indirimi
 - Müterafik kusur indirimi
 - Hatır taşımacılığı indirimi

Yardımcı varsayımlardan destek süresinin belirlenmesi dışındaki varsayımlarda tazminat hesaplamalarını yapanlar arasında bir uzlaşma söz konusudur, ancak

- destek süresinin ne olacağı,
- hesaplamalarda hangi hayat tablosunun kullanılacağı,
- tazminat tutarının hangi tarih itibariyle hesaplanacağı yani, hesaplama tarihinin kaza tarihi mi yoksa rapor tarihi mi olacağı,
- kullanılan teknik faiz oranı

konularında bir karmaŐa yaşanmaktadır.

01.06.2015 tarihli Resmi Gazetede Başbakan Yardımcılığı (Hazine Müsteşarlığı) tarafından yayınlanarak yürürlüğe giren Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları (ZMSS) ve ekleri ile karmaŐaya son vermeye ve hesaplamalara bir standart getirilmeye çalışılmıştır. Bu eklerde;

- Tazminat hesabında TRH-2010 Hayat tablosunun kullanılacağı, bu tablonun belirli peryotlarla güncellenebileceği,
- Hesaplamalarda iskonto oranının (teknik faiz) %1,80 olarak dikkate alınacağı ve gerekli görülen hallerde Hazine Müsteşarlığı tarafından güncelleneceği,

- Tazminatın ax, n formülü ile hesaplanacağı, tazminat hesaplanırken Devre Başı Ödemeli Belirli Süreli Rant formülünün esas alınacağı ve bu formülde kullanılacak yaş parametresi (x), hesap yapılacak mağdurun yaşını, destek süresi (n) ise mağdur ile ölenin muhtemel yaşam sürelerinin keŐiŐtiđi ve desteğin devam ettiği süreyi gösterdiği

belirtilmektedir.

3.1 Destek ve Destekten Yoksun Kalanların Belirlenmesi

Bir kişiye fiilen ve düzenli şekilde bakım veya yardımda bulunan ya da bakması veya yardımda bulunması kuvvetle muhtemel olan kişi, bakılan ya da yardımda bulunulan/bulunulacak açısından destek kabul edilmektedir. Destek tarafından yapılan yardım veya bakımın, kanuni veya akdi bir yükümlükten kaynaklanıyor olması gerekmemektedir. Önemli olan, yardım veya bakımın eylemli olarak yapılması ya da ilerde yapılacağıının kuvvetle muhtemel olmasıdır. Öldüğü ana kadar başkasına fiilen ve düzenli şekilde bakan veya yardımda bulunan kimse gerçek destektir.

Bir ölüm olayında ölenin kimlere destek olduğu, sağlığında iken düzenli olarak bakım ve yardımda bulunduğu ve yaşasaydı bulunmaya devam edeceği kişiler göz önünde bulundularak tespit edilir. Bunlar, geride kalan eş ve çocuklar ile anne ve baba olabileceği gibi eski eşler, kayınpeder, kayınvalide, kardeŐler, komŐular ya da burs veya yardımda bulunulan diğer kişiler de olabilir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 53 ve 55'inci maddeleri gereği bir kişinin ölümü nedeniyle, ölüm olayının gerçekteleŐmesinde kusuru bulunan ya da kusursuz da olsa sorumluluğu olan kişilerden (veya onların yerine sigorta Şirketlerinden) destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilmesi için ölenin mirasçısı olması gerekmemektedir.

Sorumluluk sigortaları kapsamında bir ölüm olayının gerçekteleŐmesi ve bu durumdan sigortalının sorumlu olması halin-

de, ölen kişinin sağlığında baktığı veya yardımında bulunduğu olduğu kişiler ile ilerde bakması veya yardımında bulunacağı gereken kişilerin belirlenmesi gerekmektedir.

3.2 Kullanılacak Hayat Tablolarının ve Destek Süresinin Belirlenmesi

Destekten yoksun kalma tazminatının, hesaplanabilmesi için desteğin destek olabileceği, desteğini kaybedenlerin de destek alabilecekleri sürenin belirlenmesi gerekmektedir.

İnsan ömrünün doğal olarak sınırlı olması ve yaşamın belirli bir kısmında gelir elde edilebilmesi ve başkalarına destek olabilmesi nedeniyle, bir ölüm olayında desteğini kaybedenlerin sınırsız bir destek kaybetmiş olmaları söz konusu olamaz. Dolayısıyla, sigorta konusu riskin gerçekleşmesi sonucu bir ölüm olayının yaşanmasında desteklik durumunun tam olarak belirlenebilmesi için aşağıdaki soruların belirli varsayımlara göre hesaplanması gerekmektedir.

Destek kaza sonucunda ölmemiş olsaydı;

- Ne kadar süre ile destek olabilecekti ya da ne zaman destek olmaya başlayacak ve desteği ne kadar sürecek?
- Desteğini kaybedenler ne kadar süre bu destekten yararlanabilecekler ya da ne zaman yararlanmaya başlayacaklar ve destek ne kadar sürecek?

Bu sorulara kesin ve tam doğru bir cevap verilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, insanların olası yaşam süresinin belirlenmesinde Hayat (Mortalite) tablolarından yararlanılarak, cinsiyete ve olay tarihindeki yaşa göre kişilerin ortalama yaşam süreleri belirlenmekte ve buna göre hesaplama yapılmaktadır.

Hayat tabloları; yaşlar itibariyle yaşayan kişi sayısı (l_x), ölen kişi sayısı (d_x), x yaşında yaşama olasılığı (p_x) ve x yaşındaki bir bireyin beklenen (muhtemel) yaşam süresini (0e_x) içermektedir. Her hayat tablosunda sıfır yaşında yaşayan kişi sayısı büyük bir tamsayı (100.000, 1.000.000 vb gibi) olarak alınır ve yıllar itibariyle ölen kişiler nedeniyle yaşayan kişi sayısı yıldan yıla azalarak tablonun son yaşında (w) yaşayan kişi sayısı sıfır olur.

PMF-1931 Hayat Tablosunun son yaşı 106, TRH-2010 Hayat Tablosunun son yaşı 99 ve TÜİK-2016 Hayat Tablosu ise 100 yaşında son bulmaktadır. Ancak ekonomik koşullardaki iyileşme ve tıptaki gelişmeler vb nedenlerle insan ömrünün uzadığı ve son yaşı 110 ve 120 olduğu hayat tabloları da söz konusudur.

Tablo 1. TRH -2010 Erkek Hayat Tablosundan bir kesit

TRH - 2010 ERKEK										
YAŞ	l_x	d_x	p_x	e_x		YAŞ	l_x	d_x	p_x	e_x
0	100.000,00	1.953,31	0,9805	71,93		89	8.157,41	1857,8	0,7723	3,12
1	98.046,69	87,08	0,9991	72,35		90	6.299,64	1520,9	0,7586	2,9
2	97.959,61	76,03	0,9992	71,42		91	4.778,79	1213	0,7462	2,66
3	97.883,58	67,17	0,9993	70,47		92	3.565,78	968,29	0,7284	2,39
4	97.816,41	62,84	0,9994	69,52		93	2.597,48	786,68	0,6971	2,1
5	97.753,58	54	0,9994	68,57		94	1.810,80	668,18	0,631	1,8
6	97.699,57	42	0,9996	67,6		95	1.142,62	507,6	0,5558	1,55
7	97.657,57	34,64	0,9996	66,63		96	635,02	304,95	0,5198	1,4
8	97.622,92	31,92	0,9997	65,66		97	330,06	165,41	0,4988	1,23
9	97.591,00	33,84	0,9997	64,68		98	164,65	88,98	0,4596	0,96
10	97.557,16	32,66	0,9997	63,7		99	75,67	75,67	0	0,5

Günümüze kadar olan dönemde çeşitli ülkelerde insanların her bir yaş için yaşama (ya da ölme) olasılığı ile beklenen yaşam sürelerinin verildiği bir çok yaşam tablosu oluşturulmuştur. Halen ülkemizde de kullanılan yaşam tablolarından biri olan 1931 yılında Fransa nüfus verisinden oluşturulan (cinsiyet ayrımı olmayan) PMF 1931 Yaşam Tablosudur.

Her ülkede gelecekle ilgili olarak yapılacak planlama ve programlamalarda önemli olan nüfus faktörünün de dikkate alınması için farklı tarihlerde hayat tabloları hazırlanmış ve bunlar belirli aralıklar ile yeni nüfus verisi dikkate alınarak güncellenmiştir. Bunlardan en çok bilineni Amerika Birleşik Devletleri için CSO 1953-1958 (ortak), CSO 1980, CSO 2001 ve 2010 yılında ülkemiz nüfus sayımı verilerinden hazırlanan TRH 2010 Hayat Tablolarıdır. Türkiye İstatistik Kurumu da

2013 yılından itibaren her yıl Adrese Dayalı Nüfus Kayıt Sistemi verisinden TÜİK Hayat Tabolarını oluşturmuştur.

Türkiye İstatistik Kurumu verilerine göre 2013 yılı için ülkemizde doğuőta beklenen ortalama yaşam süresi kadınlarda 79,20 erkeklerde ise 74,70 yıldır. **Buna karşılık, PMF 1931** Hayat Tablosunda doğumda beklenen ortalama yaşam süresi yaklaşık 56,66 yıldır. **Aşağıda çeşitli** hayat tablolarına göre farklı yaőlar için beklenen yaşam süreleri Tablo 2’de verilmiştir.

Tablo 2. PMF-1931,TRH-2010 ve TÜİK-2016 Hayat Tablolarına göre Kadın ve Erkeklerin Beklenen Yaşam Süreleri

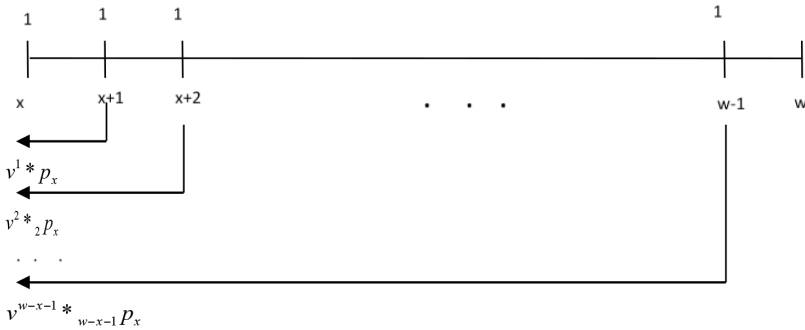
Yaş	KADIN			ERKEK		
	1931 PMF	TRH-2010	TUİK-2016	1931 PMF	TRH-2010	TUİK-2016
0	56,64	78,02	80,80	56,64	71,93	75,30
5	58,41	73,73	76,70	58,41	68,57	71,30
10	54,03	68,77	71,80	54,03	63,70	66,40
15	49,49	63,80	66,80	49,49	58,80	61,50
20	45,90	58,85	61,90	45,90	53,99	56,70
25	41,49	53,92	57,00	41,49	49,24	51,90
30	37,50	49,00	52,10	37,50	44,45	47,10
35	33,49	44,10	42,30	33,49	39,67	42,30
40	29,73	39,23	37,50	29,73	34,93	37,50
45	25,64	34,43	32,70	25,64	30,27	32,80
50	21,88	29,74	23,50	21,88	25,79	23,80
55	18,28	25,18	19,20	18,28	21,54	19,70
60	14,89	20,79	15,20	14,89	17,62	16,00
65	11,75	16,63	11,60	11,75	14,04	12,60
70	8,98	12,87	8,60	8,98	10,87	9,60
75	6,88	9,62	6,30	6,88	8,17	7,10
80	4,85	7,01	4,70	4,85	5,99	5,10
90	2,71	3,29	4,00	2,71	2,90	3,80
100	2,00	0,50	4,30	2,00	0,50	3,30

Tablo 2’den görüldüğü üzere kadın ve erkeklerin beklenen yaşam süreleri üç tabloya göre farklılık göstermektedir. Genel olarak genç yaşlarda PMF-31 Hayat Tablosu diğer iki tabodan daha küçük beklenen yaşam süresi vermekte, ileri yaőlar için aradaki fark azalmaktadır. Dolayısıyla tazminat hesaplamalarında beklenen yaşam süresi kullanıldığında PMF-31 Hayat Tablosundan elde edilecek tazminat tutarı diğer tablolardan

elde edilen değerler ile karŐılaŐtırıldıęında daha dűŐuk olacaktır. Burada önemli olan tazminat tutarının doğru olarak belirlenmesi ve hak kaybına sebep olmamasıdır.

3.3 Dönem Başı Ödemeli Belirli Süreli Hayat Anüitesi

ZMSS'nın Genel Şartları'nın ekinde hesaplamanın devre başı ödemeli belirli süreli rant formülünün kullanılacağını belirtilmiştir. Buradaki belirli süre, mağdur ile ölenin beklenen yaşam sürelerinin keŐiŐimi olarak tanımlanmıştır. Ölen sigortalının (erkek) 40 yaşında, destek olduğu kişinin de (kadın) 35 yaşında olduğu varsayıldığında, TRH-2010 Hayat Tablosuna göre bu kişilerin beklenen yaşam süreleri sırasıyla 35 ve 44 yıldır. Birlikte yaŐayacakları olası süre ise 35 yıl olmaktadır. Ancak her iki bireyin TRH-2010 Hayat Tablosuna göre 100 yaşına kadar yaŐamaları da söz konusu olabilecektir. Çünkü bu tabloya göre yaşam 100 yaşında sonlanmaktadır. 40 yaşındaki destek için beklenen yaşam süresi 35 olduğundan $40+35=75$ yaşında desteğin destek süresi tamamlanacaktır. Bu hesaplama göre destek süresi kısalmaktadır. Dolayısıyla burada destek süresinin, tablonun sonlandığı son yaşta bitmesi gerektiğinden belirli süre, $n = w-x = 100-40 = 60$ olarak alınmalıdır. Devre başı ödemeli belirli süreli hayat anüitesine (ranta) ilişkin zaman doğrusu aşağıdadır:



Şekil 1. Dönem Başı Ödemeli Hayat Anüitesi Zaman Doğrusu

Zaman doğrusundan da görüleceği üzere x yaşındaki kişiye yaşadığı sürece 1 birim ödeme yapılacağı dŐnldđnde; bu ödemelerin başladığı yaŐtaki değer bu günkü değer olarak adlandırılır. Bu değer, kişinin her bir yıl içinde yaŐaması olasılığı ve o yıldıki iskonto faktörünün çarpımlarının w-x yıl üzerinden alınan toplamından oluşmaktadır ve

$$a_{x:n} = \ddot{a}_{x:\overline{w}|} = 1 + v \cdot p_x + v^2 \cdot {}_2p_x + v^3 \cdot {}_3p_x + \dots + v^{w-x} \cdot {}_w p_x = \frac{N_x \cdot N_w}{D_x}$$

eşitliği ile bulunur. **EŞitliğin** D_x ve N_x komütasyon faktreri cinsinden değer de eŐitlikte yer almaktadır.

ZMSS'nin Genel Şartları'nın ekinin 4. Maddesinde; *hesaplamalarda iskonto oranı (teknik faiz) %1,80 olarak dikkate alınır* denilmektedir. Teknik faiz ve iskonto kavramları birbirinden farklı olup, teknik faizden iskonto faktörüne ulaşılmaktadır.

Teknik faiz oranı; enflasyondan arındırılmıŐ efektif faiz oranıdır. r enflasyon oranı, i getiri oranı olmak üzere,

$$\text{Teknik faiz } (j) = \frac{1+i}{1+r} \cdot 1$$

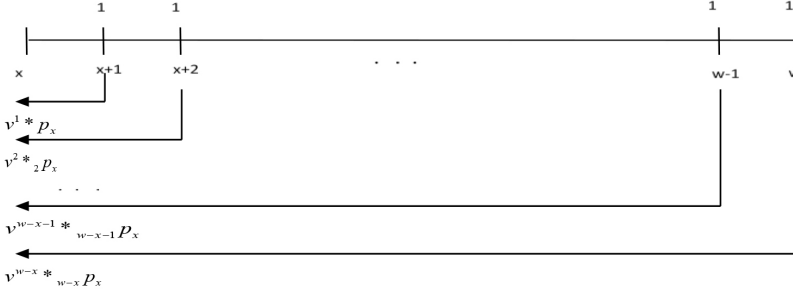
eŐitliđinden bulunur. İskonto faktörü de dönem sonunda değer 1 birim olan yatırım için o yılın başında kaç birim yatırılmalıdır sorusunun cevabının bulunmasında kullanılır ve (1+j) birikim faktörünün tersidir. Dolayısıyla,

$$\text{İskonto Faktörü} = v = \frac{1}{1+j}$$

olur. ZMSS Genel Şartlarına teknik faiz oranı %1,80 olarak alındığında, iskonto faktörü yaklaşık olarak 0,982318 dir. Dolayısıyla iskonto oranı ile teknik faiz aynı olmamaktadır.

3.4 Dönem Sonu Ödemeli Belirli Süreli Hayat Anüitesi

Dönem sonu ödemeli belirli süreli hayat anüitesine (ranta) ilişkin zaman doğrusu aşağıdadır:



Şekil 2. Dönem Sonu Ödemeli Hayat Anüitesi Zaman Doğrusu

Zaman doğrusundan da görüleceği üzere x yaşındaki kişiye $x+1$ yaşından başlamak üzere yaşadığı sürece 1 birim ödeme yapılacağı düşünüldüğünde; bu ödemelerin x yaşındaki değeri, bugünkü değer olarak adlandırılır. Ölüm ve bedensel zararlar nedeniyle açılan davalarda, tazminat hesaplamaları 1931 PMF Hayat Tablosu ile progressif rant yöntemine göre yapıldığında;

· %10 artırım ve %10 iskonto yapıldığında teknik faiz oranı %0 olmaktadır.

$$\text{Teknik faiz } (j) = \frac{1 + 0,10}{1 + 0,10} - 1 = 0 \%$$

· Teknik faiz oranı %0 olarak alındığında, "iskonto faktörü" 1 değerini almaktadır

$$\text{İskonto Faktörü} = v = \frac{1}{1 + 0} = 1$$

· Progresif Rant Yönteminde

$$a_{x:\overline{w}|x} = v * p_x + v^2 * 2p_x + v^3 * 3p_x + \dots + v^{w-x+1} * (w-x+1)p_x + v^{w-x} * wp_x$$

eşitliği ile verilen “*dönem sonu ödemeli belirli süreli hayat annüitesi*” kullanılmaktadır. İskonto faktörü 1 olduğundan hayat annüitesinin bugünkü (peşin) değeri,

$$a_{x:\overline{w|x}} = p_x + {}_2p_x + {}_3p_x + \dots + {}_{w-x-1}p_x + {}_{w-x}p_x = e_x = n$$

olarak bulunur. Bu bugünkü değeri, e_x ile gösterilen x yaşındaki bir kişinin Beklenen yaşam süresi olmaktadır.

Bu hesaplamada birinci terim kişinin bir yıl yaşama olasılığını, ikinci terim iki yıl yaşama olasılığını,.., son terim de tablonun son yaşına kadar yaşama olasılığını göstermektedir. Dönem başı ödemeli belirli süreli hayat annüitesi ile dönem sonu ödemeli belirli süreli hayat annüitesi arasındaki tek fark, dönem sonu annüitede birinci yılın başında yapılmayan bir birimlik ödeme olduğundan iki hayat annüitesi arasındaki ilişki aşağıdaki gibidir.

$$\ddot{a}_{x:\overline{w|x}} = a_{x:\overline{w|x}} + 1$$

Destekten yoksun kalma ve maluliyet tazminatının hesaplamalarında aynı annüite formülleri kullanılmaktadır. Bu nedenle %10 maluliyet oranına göre aktif dönemde gelirinin asgari ücret, pasif dönemde asgari geçim indirimsiz asgari ücret olan, $x=30, \dots, 89$ yaşları için; progresif rant yöntemi (PMF-1931 Hayat Tablosu %10 artırım ve %10 iskonto), %1,80 teknik faiz oranı ile TRH-2010 (Erkek) Hayat Tablusundaki $w=99$ son yaş (tam hayat annüitesi) ve %1,80 teknik faiz oranı ile TRH-2010 (Erkek) tablosundaki beklenen yaşam süresine göre yapılan maluliyet tazminat tutarları Tablo 3’te verilmiştir.

Tablo 3. Karşılaştırmalı Tazminat Tutarları

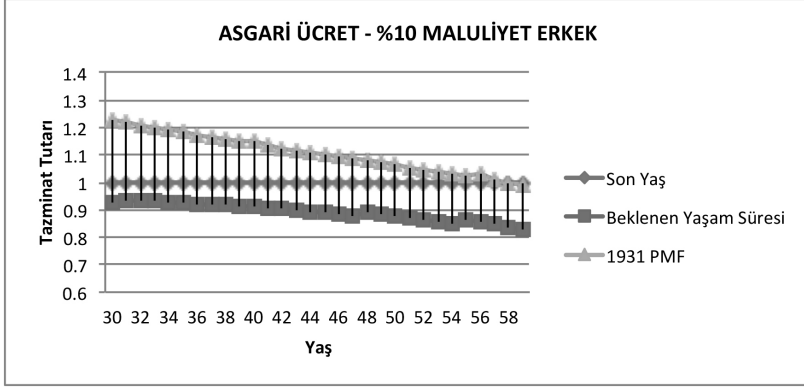
YAŞ	TAM HAYAT ANNÜİTESİ	BEKLENEN YAŞAM SÜRESİ	PROGRESSİF RANT YÖNTEMİ	YAŞ	TAM HAYAT ANNÜİTESİ	BEKLENEN YAŞAM SÜRESİ	PROGRESSİF RANT YÖNTEMİ
30	58.811,52	54.627,66	72.156,21	60	29.124,64	24.475,47	28.667,30
31	57.968,16	54.217,93	70.621,61	61	28.105,96	23.302,10	27.379,53
32	57.109,09	53.287,61	69.087,01	62	27.087,87	22.117,85	26.157,21

AKİT DIŞI KUSURSUZ SORUMLULUKTA BEDENSEL ZARARLAR ULUSLARARASI KONGRESİ

YAŞ	TAM HAYAT ANNÜTESİ	BEKLENEN YAŞAM SÜRESİ	PROGRESSİF RANT YÖNTEMİ	YAŞ	TAM HAYAT ANNÜTESİ	BEKLENEN YAŞAM SÜRESİ	PROGRESSİF RANT YÖNTEMİ
33	56.235,49	52.341,29	67.528,25	63	26.076,01	20.925,88	24.974,85
34	55.348,45	51.379,92	65.972,56	64	25.075,93	20.521,28	23.768,34
35	54.449,07	50.404,45	64.437,96	65	24.093,26	19.353,47	22.625,07
36	53.535,16	49.412,77	62.905,55	66	23.125,13	18.181,04	21.492,35
37	52.605,41	48.403,64	61.392,03	67	22.166,98	17.806,12	20.230,94
38	51.662,12	47.379,06	59.833,27	68	21.221,75	16.650,09	19.332,31
39	50.707,48	46.340,97	58.314,48	69	20.292,68	15.485,39	18.291,38
40	49.743,58	45.291,15	57.208,11	70	19.383,42	15.150,62	17.300,96
41	48.766,85	44.226,25	55.284,36	71	18.499,73	14.014,78	16.307,46
42	47.775,19	43.144,24	53.794,12	72	17.641,51	13.706,41	15.377,21
43	46.772,56	42.048,58	52.293,34	73	16.804,52	12.597,34	14.517,68
44	45.762,75	40.942,50	50.795,63	74	15.984,73	12.305,63	13.619,05
45	44.749,38	39.829,04	49.342,28	75	15.178,19	11.206,78	13.256,27
46	43.728,57	38.704,48	47.867,85	76	14.404,60	10.937,50	12.028,67
47	42.696,89	37.565,60	46.403,96	77	13.676,64	9.877,36	11.295,63
48	41.658,28	37.080,07	44.945,34	78	12.980,81	9.658,67	10.596,40
49	40.616,44	35.936,62	43.528,88	79	12.301,25	8.605,29	9.931,88
50	39.574,91	34.788,38	42.112,43	80	11.617,76	8.397,20	9.350,80
51	38.527,66	33.629,71	40.690,70	81	10.955,73	8.178,03	8.709,55
52	37.471,06	32.457,08	39.292,25	82	10.347,45	7.165,20	8.121,01
53	36.411,57	31.275,68	37.917,96	83	9.780,44	7.020,09	7.624,26
54	35.355,35	30.090,27	36.538,40	84	9.235,38	6.865,64	7.153,87
55	34.308,32	29.626,76	35.171,57	85	8.679,22	5.866,24	6.725,64
56	33.265,83	28.456,88	34.299,30	86	8.122,51	5.710,91	6.357,58
57	32.222,36	27.278,34	32.535,87	87	7.606,48	5.550,75	6.005,33
58	31.181,82	26.093,69	30.977,11	88	7.133,83	4.553,17	5.737,41
59	30.148,02	24.905,12	29.928,71	89	6.703,47	4.470,58	5.466,42

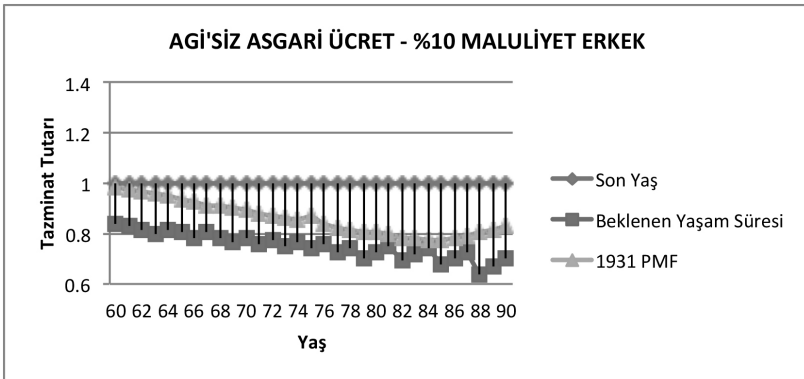
Tablo 3'ten görüldüğü üzere 57 yaşından sonrası için TRH-2010 (Erkek) Hayat Tablusundaki $w=99$ son yaş (tam hayat annütesi)'ne göre tazminat tutarları daha yüksektir.

Farklı varsayımlardan oluşan üç hesaplama göre tazminat tutarları oranları Şekil 3 ve Şekil 4'te verilmiştir.



Şekil 3. 30-59 Yaş Arası İçin Maluliyet Tazminatı Oranları

Şekil 3'ten görüleceği üzere aktif dönem için erken yaşlarda 1931 PMF Hayat Tablosu'na göre elden edilen tazminat tutarının yüksek olduğu fakat ileri-orta yaşlara doğru bu farkın azaldığı ve 57 yaşından sonra TRH-2010 (Erkek) Hayat Tablosundaki $w=99$ son yaş (tam hayat annüitesi)'ne göre tazminat tutarından düşük olduğu tespit edilmiştir.



Şekil 4. 60-89 Yaş Arası İçin Maluliyet Tazminatı Oranları

Şekil 4'te ise TRH-2010 (Erkek) Hayat Tablosundaki $w=99$ son yaş (tam hayat annüitesi)'ne göre tazminat tutarı diğer yöntemlerden daha yüksektir.

4. Yardımcı Varsayımlar

Destekten yoksun kalma ve bedensel zarar tazminatı hesaplarında temel varsayımlar haricinde yardımcı varsayımların her bir olaya göre ayrı ayrı ve dikkatlice belirlenmesi gerekmektedir.

Yardımcı varsayımlar hususunda Yargıtay Hukuk Daireleri arasında uyumsuzluklar bulunmaktadır. Örneğin; yeniden evlenme indirimi hususunda Yargıtay 10,17 ve 4 HD arasındaki birbirinden farklı tespitler aşağıda verilmiştir.

Yargıtay 10.HD'nin 11.10.2016 tarih, 2016/12100 E., 2016/12309 K. sayılı "Dul eşin yeniden evlenme olasılığı, olay tarihindeki yaşına göre değil, hüküm tarihine en yakın rapor tarihindeki yaşına göre saptanmalıdır."

Yargıtay 4.HD'nin 25.02.2016 tarih, 2015/3046 E., 2016/2415 K. sayılı "Destekten yoksun kalma tazminatı hesaplanırken dul kalan eşin yeniden evlenme ihtimali, hesap tarihindeki yaşı üzerinden .. tarafından kullanılan yeniden evlenme şansı tablosuna göre belirlenmektedir."

Yargıtay 17. HD'nin 23.10.2017 tarih, 2016/9924 E., 2017/9413 K. sayılı "Dairemiz'in yerleşmiş içtihatları gereği; evlenme ihtimali oranları belirlenirken, destek gören eşin kaza tarihindeki yaşına göre, AYİM Evlenme İhtimali Tablosu'ndaki belirlemelerin esas alınması gerekmektedir. O halde, davacı eş ...'nin kaza tarihindeki yaşı ve küçük üç çocuğu bulunduğu gözetilerek, evlenme ihtimali oranının belirlenmesi gerekirken; hatalı biçimde, rapor tarihindeki yaşı esas alınmak suretiyle yapılan hesaplama göre karar verilmesi de doğru görülmemiştir."

Yardımcı varsayımların belirlenmesindeki en temel sorun "olay tarihi" ve "hesaplama tarihi" arasındaki görüş ayrılıklarıdır. Bilinen dönemde kişinin sosyal durumu belirlidir. Bu nedenle bu döneme ilişkin hesaplamalarda "gerçekler belliyken varsayımlardan yararlanılamaz" ilkesi gereğince olasılıkların dikkate alınmaması gerekir. Bu döneme ilişkin hesaplamalarda yıllar itibariyle ödenecek tutarın, teknik faiz oranıyla birikimli değeri olacaktır. Bilinmeyen dönem için hayat anütesi yardımıyla bulunan değer, hesap tarihindeki bugünkü değerdir.

Dolayısıyla hem bilinen dönem hem de bilinmeyen dönem için tazminatın değeri, rapor tarihindeki değeri olmaktadır. Dosya hakkında karar mercinin temerrüt tarihini belirlerken rapor tarihini dikkate alması ve bu tarihten itibaren temerrüt faizine hükmetmesinin *aktüeryal denge eşitliği* ilkesine daha uygun olacağı düşünölmektedir.

5. Sonuç ve Öneriler

Rizikonun gerçekleşmesi ile sigorta bedelini veya tazminatı ödeme borcu esasen sigorta şirketlerine ait olmakla birlikte, ödemeye esas alınan tutarı hesaplayan aktüerler ve bilirkişilerin kullandıkları varsayımlar ve değışkenler, ödenecek tazminat tutarını önemli oranda etkilemektedir. Yapılan hesaplamada, her bir olayın kendine has özelliklerinin dikkate alınması gerekli olmakla birlikte, kullanılan temel varsayımlar ile yöntemlerde standart sağlanamaması, farklı kişiler tarafından yapılan aynı olaylara ilişkin hesaplamalar arasında önemli farklılıklar olabilmektedir.

Destekten yoksun kalma ve bedensel tazminat hesaplaması için bir standart oluşturulması gerekmektedir. Bu amaçla; T.C. Maliye ve Hazine Bakanlığı Sigortacılık Genel Müdürlüğü ve Sigorta Denetleme Kurulu, Yargıtay ve Danıştay'ın ilgili daireleri, Türkiye Barolar Birliği, Türkiye İstatistik Kurumu, Türkiye Sigorta ve Emeklilik Şirketleri Birliği, Hukuk Fakölteleri ve Üniversitelerin Aktürya bölümlerinin katılımları ile yapılacak bir çalıştay düzenlenerek konunun ayrıntılı olarak ele alınması önem taşımaktadır.

6. Kaynaklar

1. Yargıtay Kararları, www.yargitay.gov.tr (Kasım,2018).
2. Danıştay Kararları, www.danistay.gov.tr (Kasım,2018).
3. Dr. K. Emre Gökyayla, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Seçkin Yayınevi, 2004.
4. Kılıçoğlu M.; Tazminat Hukuku 2. Baskı. Ankara: Legal Yayınevi; 2005.
5. Sucu M., Kul F., Finans Matematiği, Nobel Yayınevi; 2015.

TÜRKİYE'DE HAYAT SİGORTALARI VE HAYAT TABLOLARI

Dr. Öğr. Üyesi. Şeref HOŞGÖR

ÖZET

Türkiye'de çeşitli araştırmacılar, belirli dönemlerde, çeşitli yöntemlerle Hayat Tabloları konusunda araştırmalar yapmışlar ve bu araştırmalarda aynı döneme ait, farklı kişiler tarafından, hatta aynı araştırmacı tarafından, farklı zamanlarda yapılan araştırmalarda, farklı değerler bulunmuştur.

Bu çalışmanın amacı temel olarak Türkiyede ki hayat sigortacılığı sektörünün gelişimini kısaca inceleyip, bugüne kadar hesaplanan ve hayat sigortacılığında kullanılan, hayat tabloları konusunda bilgi vermektir.

Eldeki bulgular doğuştaki hayat ümidinin 2018 yılı itibarı ile kadınlar için 79.89, erkekler için ise 73.34 yıl olarak tahmin edildiğini göstermektedir.

I. GİRİŞ

Hayat tabloları, demografi öğretisinin final analizlerinden birisidir. Sonuçta bir ülkede gerek doğumda gerekse diğer yaşlarda yaşama ümidinin kaç yıl olduğunu veren bu tablolar, ülkelerarası gelişmişlik düzeyinde bir göstergesi olarak kabul edilmektedirler. Gelişmiş ülkelerdeki doğuştaki hayat ümidi, gelişmekte olan ülkelerle kıyaslandığı zaman çok daha yüksektir. Türkiye'de çeşitli araştırmacılar, belirli dönemlerde, çeşitli yöntemlerle Hayat Tabloları konusunda araştırmalar yapmışlar ve bu araştırmalarda aynı döneme ait, farklı kişiler

¹ Başkent Üniversitesi, Ticari Bilimler Fakültesi Sigortacılık ve Risk Yönetimi Bölümü

tarafından, hatta aynı araştırmacı tarafından, farklı zamanlarda, farklı değerler bulunmuştur. Hayat sigortaları ise, özellikle hayat tablolarının her yaşın başındaki tahmin edilen hayat ümidleri () kullanılarak yapılan sigortalardır. Türkiye de hayat sigortacılığını iki farklı periyot halinde incelemekte fayda vardır.

1.1.CUMHURİYET'İN KURULUŞ DÖNEMİNDEN İTİBAREN HAYAT SİĞORTACILIğI

Cumhuriyetin kurulmasından itibaren hiç vakit geçirmeden sigortacılık alanında da o güne göre devrim diye nitelenebilecek yeniden yapılanma çalışmalarına başlanmış ve Türk sermayesine sahip sigorta şirketlerinin yer aldığı bir sigorta endüstrisi oluşturma yönünde faaliyetlere girişilmiştir. 1923 yılında Genç Türkiye Cumhuriyeti'nde sigortacılık alanında üretilen kişi başına primin 0,35\$ civarında olduğu tahmin edilmektedir.

1934 yılında sigorta şirketlerinin sermayeleri ve karları Cumhuriyet Gazetesi'nde yayınlanmıştır. Buna göre;1934 yılında sermayesi 200.000TL ile 1.000.000 TL arasında değişen 5 sigorta şirketi vardır. 1942 yılında faaliyette bulunan toplamda 31 sigorta şirketinden 24'ü yabancı şirket temsilcilikleri ve 7'siyse yerli kuruluşlardır. 7 Türk sigorta şirketinden 4'ü hayat branşında faaliyet göstermekle birlikte, 5 yabancı şirket de yalnızca hayat branşında faaliyet göstermektedir. Bu durumda, toplamda 31 sigorta şirketinin 12'si hayat branşında üretim yapmaktadır.

Sektörün en eski şirketlerinden biri olan Milli Reasürans'a sigorta şirketleri tarafından 1954-1963 yılları arasında reasüre edilen primlerin toplam miktarı 1954 yılında 107.202.392 TL iken bu rakam 1963 yılında 1.614.526.545 Tl ye ulaşmıştır.

Dönemin Türkiye'si için, bu miktarın çok daha üzerinde bir hayat sigortası üretimi gerçekleştiği düşünülse de, hayat sigortacılığının gelişmekte olduğu ancak bu gelişmenin yeterli olmadığı görölmektedir.

1.2.SERBEST REKABET DÖNEMİNDE HAYAT SİGORTACILIĞI

24 Ocak 1980 kararlarından sonra sigortacılık sektörü, 1980'lerin sonlarına doğru bu istikrar programının hedefine uygun olarak, yürürlüğe giren dıŐa açılma, serbest piyasa ekonomisine geçiş ve liberalleşme politikalarından etkilenerek değişim içine giren sektörlerden biri olmuştur. 1988 yılında sigorta şirketlerinin kurulmasına izin verilmesi, tarife rejiminden kademeli olarak serbest tarife rejimine doğru sektörün açılımını sağlamıştır. Bu çerçevede, Türk sigortacılık sektörü de hızlı bir gelişme göstererek, ulusal bankacılık sektörü ve finans sistemi ile bütünleşme sürecine girmiştir. Rekabetin artması ürün sayısının ve hizmet kalitesinin yükselmesine neden olmuş, ileri teknoloji kullanımı hızlanmıştır. Ancak bu dönemde kontrolsüz ve denetimsiz rekabet, bir çok sigorta şirketinin de iflas ederek piyasadan çekilmesine yol açmıştır. Daha sonra fiyatların makul noktalara çekilmesi ile birlikte sigortalı sayısında önemli artışlar kaydedilmiş, 1988 yılı sonunda yeni sigorta şirketlerinin kurulmasına izin verilmesi ile birlikte 35 olan sigorta şirketi sayısı süratle artmaya başlamıştır. Sektörü ilgilendiren bir diğer önemli gelişme, 1990 yılında Hazine Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından hazırlanan Sigorta Denetim Kanunu tasarısının Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği'nin görüşüne sunulması ve görüşler alındıktan sonra ikinci bir taslağın daha hazırlanarak hayata geçirilmesidir. Bu tasarıda yer alan önemli değişiklikler şöyledir:

- Hayat sigortalarının zorunlu olarak ayrı şirketler tarafından yürütülmesi,
- Sigorta şirketlerinin mali yapılarının güçlendirilmesi,
- Sigorta şirketlerinin yatırımlarının serbestleştirilmesi ve menkul yatırım fonu kurabilmeleri

Bu taslak sonrasında bazı sigorta şirketleri Hayat Sigortaları branŐlarını yeni bir şirket olarak ayırmışlardır.

Serbest Rekabet döneminde Türkiye Ekonomisinde vuku bulan krizler sigorta endüstrisini de ciddi anlamda etkilemiş-

tir. Bu krizlerde o dönemde bankaların sermayedar olduğu sigorta Şirketlerinin faaliyetlerine son verilmesi yanında rekabete ayak uyduramayıp ruhsatları iptal edilen çok sayıda sigorta Şirketi olduğu bilinmektedir. Diğer yandan Türkiye Ekonomisi'nin gelişmesi, nüfusun 80 milyona ulaşması, yabancı sigorta Şirketlerinin Türkiye piyasasına olan ilgisini arttırmıŐ ve Türk Sigortacılığı yabancı sermaye ağırlıklı bir sektör konumuna gelmiştir. Günümüzde hayat dışı branŐlarda faaliyet gösteren sigorta Şirketlerinin %74'ü, hayat/emeklilik branŐında faaliyet gösteren Şirketlerin ise %63'ü yabancı sigorta Şirketlerine aittir. Ancak geçmiş dönemlere göre, halkın sigortaya olan ilgisinin giderek artmaktadır. 2016 sonu itibari ile ulaşılan 2,8 milyon hayat poliçe sayısı ve her yıl sağlanan reel büyüme, serbest rekabet döneminde hayat sigortalarında çok ciddi anlamda başarılı bir dönemin yaŐandığını göstermektedir.

1.3. TÜRKİYEDE HAYAT TABLolarININ GELİŞİMİ

Türkiye de hayat tabloları ile ilgili çalışmalar 1950 li yıllarda başlamıştır. Wiesler (1950), K.GÜRTAN (1966), TÜİK (1967,1989), A.ALPAY (1969), M.ÖCAL(1974), Ő.HOŞGÖR (1983,1991,1992,1997), A.TOROS(2000) gibi araştırmacılar çeşitli dönemlerde Türkiye için hayat tabloları üzerinde çalışmalarına karşın, hiçbir çalışma sigorta sektörü tarafından Türkiye Şartlarında bir hayat sigortacılığı için kullanılmamış, sosyal gelişme açısından ülkemizin çok gerisinde olan ülkelerin ölüm riskleri kullanılarak, yurt dışı reasürerlere normalden fazla bir para transferine sebep olunmuştur. 2010 yılında Hacettepe, Başkent, ve Marmara üniversitelerinden bir grup bilim insanı, Hazine Müsteşarlığı ve Sigorta Bilgi Merkezi işbirliği ile Türkiyenin 2000-2015 periyoduna ait hayat ve annüite tablolarını cinsiyetler bazında hesaplamıŐlar, Hazine Müsteşarlığı da sigorta sektörü ve üst kuruluşları ile iŐ birliği içinde kanuni düzenlemeleri yaparak Türkiyede bu tabloların kullanımını sağlamıştır.

2015 yılına gelindiğinde üretilen hayat tablolarının yenilenip, elde edilen serinin 2025 yılına kadar uzatılması gereğinin yanısıra, mevcut hayat tablosu serisinin esnek olmaması hususunda sektörden gelen tepkiler dikkate alınarak, iyi ve kötü senaryoları da kapsıyan bir aralığı temsil edebilecek alternatif serilerinde üretilmesine karar verilmiştir.

Çalışmanın amacı, Türkiye'nin kendi nüfus verileri kullanılarak nüfus yapısına uygun hayat tablolarının oluşturulmasının yanı sıra mevcut tabloların yenilenmesi ve en yüksek, yüksek, orta, düşük ve en düşük seviyelerde hayat tablolarının 2025 yılına kadar hesaplanmasıdır.

Bu tablolar sosyal güvenlik kurumlarının, özel sigorta şirketlerinin, özel sandıkların ve bireysel emeklilik şirketlerinin ihtiyacı olan tablolardır.

II:YÖNTEM

2.1. Ölüm Düzeylerinin Regresyon Modellemesi

Bilindiği gibi ülkemizde en son nüfus sayımı 2000 yılında yapılmıştır. Daha sonra çıkarılan ve DİE'nin isim değiştirip TÜİK adını aldığı yasada da, yeni nüfus sayımının hangi tarihte yapılacağına dair herhangi bir ibare yoktur. Bu nedenle öncelikle 1930-2000 yılları arasındaki tüm nüfus sayımları arasındaki periyotlarda elde edilen ölüm seviyelerinin modellenmesi ve ileriye yönelik tahmin verebilecek hale getirilmesi gerekmektedir. Bu durumda;

- i. Birinci adım olarak, Preston-Bennet tekniği 1930-2000 yılları arasındaki tüm nüfus sayımlarına 5,10,15 ve 20 yıllık aralıklarla uygulanarak, mümkün olduğu kadar çok regresyon modellemesine imkan veren ölüm seviyesi verisi elde edilmiştir. Sınanacak regresyon modellerine esas teşkil edecek nokta veriler, Preston-Bennet yöntemi ile elde edilen yaş gruplarına ait ölüm seviyelerinin en alt ve en üstteki maksimum ve minimum değerleri atıldıktan sonra, geriye kalan değerlerin ortalaması alınarak elde edilmiştir (Hoşgör, 1997).

- ii. Bağımlı değişkeni elde edilen ölüm seviyeleri, bağımsız değişken ise yıllar alınarak farklı regresyon modellemeleri (Exponential, Linear, Multiplicative ve Reciprocal) denenmiş, bu regresyon modellerinin açıklayıcılığına (R^2) ve diğer istatistiksel parametrelerine bakılarak, seriyi en iyi temsil eden model seçilmeye çalışılmıştır.

Sınanan regresyon modellerinden doğrusal (linear), üstel (exponential) ve çarpımsal(multiplicative) modellerin her üçü de erkekler için (R^2) = % 33' ün üstünde, kadınlar için (R^2) = % 75' in üstünde sonuç vermiştir. Her üç regresyon modelinin hem saçılım grafikleri incelenmiş hem de ileriye yönelik tahminleri, ilgili regresyon modelleri kullanılarak yapılmıştır.

Sonuç olarak doğrusal ve üstel modellerin 2020 yılına varmadan kadın ve erkek için fiziksel olarak mümkün olmayan doğuştaki yaşam ümidi sonuçları verdikleri görülmüştür. Saçılım grafiği önce hızla artan ama daha sonra yavaşlayarak durağanlaşan çarpımsal modelin hem erkekler hem de kadınlar için Türkiyenin ölümlülüğünü temsil eden bir model oluşturabileceğine karar verilmiştir. Bilindiği gibi demografi literatürü de bir gün ülkelerin doğan kadar ölen insana sahip bir yapıya ulaşacağını belirtmektedir. Bunun anlamı nüfusun durağan bir yapıya kavuşması ve doğuştaki yaşam ümidinin sabitleşmesidir.

- iii. Bu aşamada kadınlar ve erkekler için elde edilen 1930 - 2000 periyoduna ait regresyon modellerinin iyileştirilmesi çalışmalarına başlanmıştır. Elde edilen 5/10 yıllık ölüm seviyelerinin saçılım grafiğinden negatif ve pozitif olarak çok ayrı düştüğü gözlemlenen değerlerin yerine, 15/20 yıllık değerler kullanılarak modellerin açıklayıcılığının arttırılmasına ve istatistiksel parametre değerlerinin daha anlamlı kılınmasına çalışılmıştır.

Sonuç olarak 1930-2000 periyodunda

Kadınlar için;

Modeli	: $Y = a X^b$
Denklemi	: $\hat{Y} = 2,02545 X^{0,334885}$
Korelasyon Katsayısı	: $r = 0,9388$
Açıklayıcılık oranı	: $R^2 = \% 88,14$
Tahminin Standart Hatası	: $S = 0,105405$

Erkekler için;

Modeli	: $Y = a X^b$
Denklemi	: $Y = 2,32198 X^{0,237929}$
Korelasyon Katsayısı	: $r = 0,8322$
Açıklayıcılık oranı	: $R^2 = \% 69,26$
Tahminin Standart Hatası	: $S = 0,135982$

olan regresyon denklemlerinin Türkiye'nin ölümlülük seviyesi serilerini temsil ettiklerine karar verilmiştir.

iv. Elde edilen serileri en iyi temsil eden model ile geçmiş ve geleceğe yönelik projeksiyonlar yapılarak ilgili yıllara ilişkin cinsiyet ayrımında e_0' lar hesaplanmıştır

Türkiye üzerinde araştırma yapan bazı demografların (Shorter, Macura, Hoşgör, v.b). Türkiye'yi öncelikle iki periyot olarak inceleme altına aldıkları tespit edilmiştir. Bu periyotlar öncelikle neo-natal politikaların öncelikli olduğu 1923-1960 dönemi, ikincisi ise anti-natal politikaların etkili olduğu 1960 yılından günümüze kadar olan dönemdir. Daha önce yapılan Türkiye Hayat Tablosunun hesaplanması projesi 1927-2000 yılları arasındaki Türkiye nüfus verilerine dayandırılmıştı. Bu nedenle 1960 sonraki periyot ise bizim için dikkate alınması ve 2025'e kadar alternatif Türkiye Hayat tablolarına baz teşkil edecek, hesaplanması gereken ikinci periyot olarak belirlendi. Ancak 1960 yılından 15 yıl kadar önce, katılmadığı halde ikinci dünya savaşından demografik olarak oldukça etkilenen Türkiye gerçeğinin de gözden kaçırılmaması gerekiyordu. Aynı zamanda, 1945 sonrası Türkiyesi incelendiği zaman, küçük göç olaylarının dışında (Almanya ve Bulgaristan göçleri) Türkiye'yi demografik açıdan

önemli bir şekilde etkileyecek olayların olmadığı da görülmektedir. Bu nedenle Türkiye Hayat Tablolarının yenilenmesi çalışmasında en yüksek veya en düşük alternatif hayat tabloları serilerinin hesaplanabilmesi için her iki cinsiyet için de 1950-2000 periyodundaki iyileştirilmiş yaşam modelleri serisi kullanılarak hesaplamaların yapılmasına karar verilmiştir.

2.2. 1950-2000 Periyodu İçin Cinsiyetler Ayrımında İyileştirilmiş Çarpımsal Regresyon Modellerinin Hesaplanması

Yapılan çalışmalar sonucu kadınlar ve erkekler için 1950 - 2000 periyodunda elde edilen iyileştirilmiş çarpımsal regresyon modeline ait istatistiksel parametreler ve modele ilişkin eğriler aşağıda sunulmuştur.

Tablo 2.1. Erkekler İçin 1950-2000 Çarpımsal İyileştirilmiş Regresyon Modellemesi Parametreleri

Regression Analysis - Multiplicative model: $Y = aX^b$

Dependent variable: TUBITAKI.ERKEK Independent variable: TUBITAKI.YIL

Parameter	Estimate	Standard Error	T Value	Prob. Level
Intercept*	2.76323	0.0473986	58.2977	.00000
Slope	0.117433	0.0209715	5.59964	.00003

* NOTE: The Intercept is equal to Log a.

Analysis of Variance

Source	Sum of Squares	Df	Mean Square	F-Ratio	Prob. Level
Model	.173064	1	.173064	31.35593	.00003
Residual	.099348	18	.005519		

Total (Corr.) 0.272413 19

Correlation Coefficient = 0.797058 **R-squared = 63.53 percent**

Std. Error of Est. = 0.0742923

Tablo 2.2. Kadınlar için 1950-2000 Çarpımsal İyileştirilmiş Regresyon Modellemesi ParametreleriRegression Analysis - Multiplicative model: $Y = aX^b$ Dependent variable: TUBITAKI.KADIN Independent variable:
TUBITAK1.YIL

Parameter	Estimate	Standard Error	T Value	Prob. Level
Intercept*	2.61921	0.0437434	59.8767	.00000
Slope	0.169833	0.0193543	8.77498	.00000

* NOTE: The Intercept is equal to Log a.

Analysis of Variance

Source	Sum of Squares	Df	Mean Square	F-Ratio	Prob. Level
Model	.361970	1	.361970 77	.00025	.00000
Residual	.084616	18	.004701		

Total (Corr.) 0.446586 19

Correlation Coefficient = 0.900293 **R-squared = 81,05 percent**

Sonuç olarak, 1950-2000 periyodunda her iki cinsiyet için de bulunan regresyon denklemlerinin Türkiye'nin en düşük ölümlülük seviyesi serilerini temsil ettiklerine karar verilmiştir. Bu serilerin, daha önce bulunan orta ölümlülük seviyesindeki serilere göre simetrikleri alınarak, her iki cinsiyet için de en yüksek ölümlülük seviyesi serisi elde edilmiştir. Orta ölümlülük seviyesi serisi ile en yüksek ve en düşük ölümlülük seviyeleri serilerinin orta noktaları her iki cinsiyet için de düşük ve yüksek ölümlülük seviyeleri serilerini oluşturmuştur.

III.BULGULAR

3.1. 1930-2000 ve 1950-2000 Verilerinden Elde Edilen, Cinsiyetler Ayrımında, En Düşük, Düşük, Orta, Yüksek, En Yüksek Ölümlülük Seviyeleri Ve Doğuştaki Yaşam Ümidi (2000-2025)

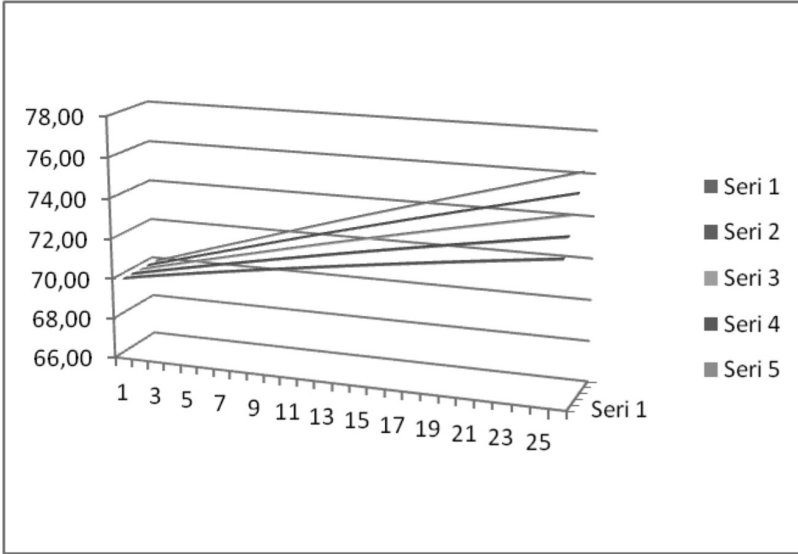
Beş kademede her iki cinsiyet için ölüm seviyeleri tahmin edildikten sonra, Coale Demeny (1983) Batı modeli hayat tabloları kullanılarak, her ölümlülük seviyesi ve cinsiyet ayrımında 2000-2025 yılına ait ölümlülük seviye serileri hesaplanmıştır. Cinsiyetler ayrımında hesaplanan ölümlülük seviyesi serileri ve grafiksel gösterimleri aşağıda verilmiştir.

Tablo 3.1. Erkekler İçin 2000-2025 Yılları Arasında Doğuştaki Yaşam Ümidi Tahminleri

En Düşük	Düşük	Orta	Yüksek	En Yüksek	Yıl
69,96	69,96	69,96	69,96	69,96	2000
70,11	70,14	70,16	70,19	70,21	2001
70,25	70,31	70,36	70,42	70,47	2002
70,38	70,47	70,56	70,65	70,73	2003
70,52	70,63	70,75	70,87	70,99	2004
70,64	70,80	70,95	71,10	71,25	2005
70,77	70,95	71,14	71,32	71,50	2006
70,90	71,11	71,33	71,54	71,76	2007
71,02	71,27	71,52	71,77	72,02	2008
71,14	71,43	71,71	71,99	72,28	2009
71,26	71,58	71,90	72,21	72,53	2010
71,38	71,73	72,08	72,43	72,78	2011
71,50	71,88	72,27	72,65	73,03	2012
71,62	72,03	72,45	72,86	73,28	2013

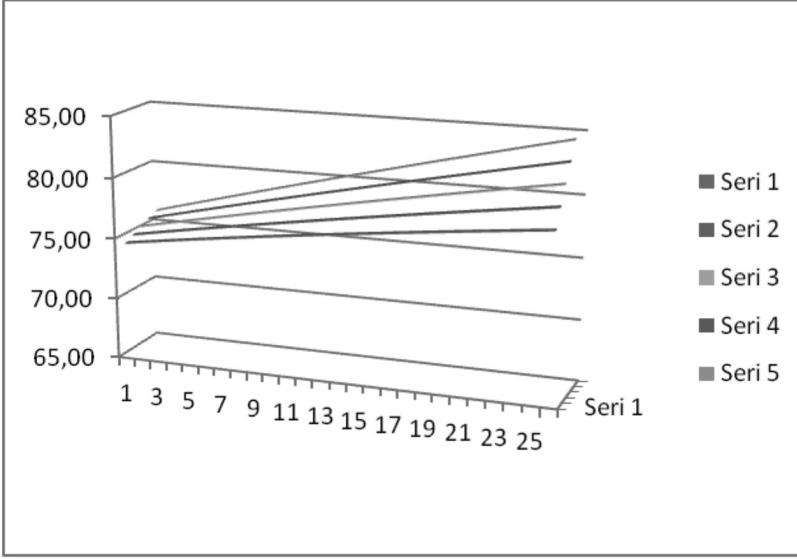
AKİT DIŞI KUSURSUZ SORUMLULUKTA BEDENSEL ZARARLAR ULUSLARARASI KONGRESİ

En Düşük	Düşük	Orta	Yüksek	En Yüksek	Yıl
71,74	72,18	72,63	73,08	73,52	2014
71,85	72,33	72,81	73,29	73,77	2015
71,96	72,47	72,99	73,50	74,01	2016
72,07	72,62	73,16	73,71	74,25	2017
72,18	72,76	73,34	73,91	74,49	2018
72,29	72,90	73,51	74,12	74,73	2019
72,40	73,04	73,68	74,32	74,96	2020
72,50	73,18	73,85	74,53	75,20	2021
72,61	73,32	74,02	74,73	75,44	2022
72,71	73,45	74,19	74,93	75,67	2023
72,81	73,59	74,36	75,13	75,91	2024
72,91	73,72	74,53	75,33	76,14	2025



Tablo 3.2. Kadınlar İçin 2000-2025 Yılları Arası, Doğuştaki Yaşam Ümidi Tahminleri

En Düşük	Düşük	Orta	Yüksek	En Yüksek	Yıl
74,57	74,93	75,29	75,64	76,00	2000
74,76	75,16	75,56	75,96	76,36	2001
74,95	75,39	75,83	76,27	76,72	2002
75,14	75,62	76,10	76,59	77,07	2003
75,32	75,85	76,37	76,90	77,42	2004
75,50	76,07	76,64	77,20	77,77	2005
75,68	76,29	76,90	77,51	78,12	2006
75,85	76,51	77,16	77,81	78,47	2007
76,03	76,72	77,42	78,11	78,81	2008
76,20	76,94	77,67	78,41	79,15	2009
76,36	77,15	77,93	78,71	79,49	2010
76,53	77,36	78,18	79,00	79,83	2011
76,69	77,56	78,43	79,30	80,17	2012
76,85	77,77	78,68	79,59	80,50	2013
77,01	77,97	78,92	79,88	80,83	2014
77,17	78,17	79,17	80,17	81,16	2015
77,33	78,37	79,41	80,45	81,49	2016
77,48	78,56	79,65	80,74	81,82	2017
77,63	78,76	79,89	81,02	82,15	2018
77,78	78,95	80,12	81,30	82,47	2019
77,93	79,14	80,36	81,58	82,79	2020
78,07	79,33	80,59	81,85	83,11	2021
78,22	79,52	80,82	82,13	83,43	2022
78,36	79,71	81,05	82,40	83,75	2023
78,50	79,89	81,28	82,67	84,06	2024
78,64	80,07	81,51	82,94	84,38	2025



Tablo 3.1 ve Tablo 3.2 den görülebileceği gibi, içinde bulunduğumuz 2018 yılında doğustaki yaşam ümidi erkekler için 73.51, kadınlar için ise 78.76 yıl olarak tahmin edilmiştir. Bu göstergelerin 2025 yılında erkekler için 74.53, kadınlar için ise 81.51 yıl olması beklenmektedir.

2018 yılının ortalarında TÜİK, 2015-2017 dönemine, bir başka deyişle 2016 yılına ait hayat tablolarını, cinsiyetler ayrımında yayınlamıştır. Bu tablolarda hesaplanan doğustaki yaşam ümitleri erkekler için 75.3, kadınlar için ise 80.8 yıldır. Bu rakamlar erkekler için bizim bulduğumuz aralığın çok az da olsa üstünde olmakla beraber, kadınlar için aralığın içinde ve orta noktasına çok yakındır. Ülkemize son beş yılda göç eden Suriyeli veya yabancı uyrukluların çalışma kapsamı dışında bırakıldığına dair TÜİK açıklaması göz önüne alındığında, TÜİK tarafından hesaplanan bu rakamların, de facto sistemi ile yapılan nüfus sayımlarından hesaplanan hayat tablolarına göre daha yüksek sonuçlar vermesi beklenebilir. Diğer yandan sosyal göstergeleri daha düşük olan suriyelilerin toplam nüfusa katılarak yapılacak yeni araştırmalarda doğustaki yaşam ümidinin, her iki cinsiyet açısından da daha düşük seviyelerde belirlenmesi de kaçınılmaz görünmektedir.

IV. SONUÇ VE ÖNERİLER

- Bilindiği gibi Türkiye’de 2000 yılından bu yana nüfus sayımı yapılmamaktadır. ADNKS ile elde edilen veriler ise, Hayat ve Anniüte tablolarının yapılması için yeterli ve güvenilir gözükmemesinin yanısıra, eksik kapsama sahiptirler. Eldeki veriler de 2025 yılı sonrası için projeksiyonel hayat tablosu yapmak için de sağlıklı görünmemektedir.
- Diğer yandan Türkiye son beş yılda, başta Suriye kaynaklı olmak üzere yoğun bir mülteci akınına maruz kalmıştır. Resmi kaynaklar, bu kişilerin bir kısmının Türk Vatandaşlığına geçtiğini belirtmekle beraber, bu kitlenin ne kadar olduğuna, demografik ve sosyal niteliklerinin ne olduğuna dair her hangi bir resmi belge yayınlamamışlardır.
- Vatandaşlığı geçmemiş ve halen Türkiye’de bulunan kitlenin, sayı ve niteliklerine ilişkin herhangi bir bilgi kaynağı da bulunmamaktadır.
- Sonuç olarak Türkiye’nin acilen tam sayım yöntemi ile gerçekleştirilecek bir nüfus sayımına ihtiyacı vardır. Ancak yapılacak bir nüfus sayımından elde edilecek verilerle, çeşitli yöntemler kullanılarak, ileriki yıllara ait hayat tablolarının üretilmesi, daha sağlam plan, politika ve uygulamaların gerçekleşmesini mümkün kılacaktır.
- Elde edilen Hayat Tabloları, farklı seviyelerde ve cinsiyetler ayrımında, belirli varsayımlar altında Annüite tablolarının üretilmesine de, imkan verecek alt yapıya sahiptirler.

Yapılan çalışmanın kullanıcılara, sektöre ve ilgili kurumlara yol gösterici olacağı inancıyla ve saygılarımızla...

Kaynaklar

1. Anbarcı, M., 1977, “Hayat Tabloları”, T.C. Başbakanlık Sigorta Murakabe Kurulu.
2. Barclay, G.W., 1958, “Techniques of population analysis”, Popline Document Number: 198680, New York.
3. Brass, W., Coale, A.J., Demeny, P., 1968, “Methods of analysis and estimation”. Princeton University Press.

4. Coale A.J. ve diğerleri,1983, "Regional Model Life Tables and Stable Populations", Second Edition, Academic Press Inc.,New York.
5. Coale, A.J., Demeny, P., 1983, "Regional Model Life Tables and Stable Populations", New York and London Academic Press.
6. Gavin, J., et. al, 1993, "Moving weighted average graduation using kernel estimation", Insurance: Mathematics and Economics, Vol.12-2, p. 113-126.
7. Grtan, K., 1966, "Türkiye'de Nfus Problemi ve İktisadi Kalkınma ile İlgisi", Faculty of Economics, İstanbul University, Publication No.1/66.
8. Hayat Sigortaları Yönetmeliği, 18.07.2007, Resmi Gazete Sayı 26586, T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı.
9. Heligman, L. and Pollard, J.H., 1980, "The Age Pattern of Mortality", Journal of the Institute of Actuaries, 107, Part 1, 49-80.
10. Hill, K.,1977, "Further Developments in Indirect Mortality Estimation", Population Studies, 31, p:313-334.
11. HoŐgr, Ő., 1992, "Estimation of Post-Childhood Life Tables Using Age and Sex Distributions and Intercensal Growth Rates Turkey, (1930-1990)". Unpublished Master Thesis, Hacettepe University Institute of Population Studies, Ankara.
12. HoŐgr, Ő.,1997, "Using age and sex distributions and intercensal growth rates, and coverage differences between two censuses", Teknik Demografi Doktora Tezi, Ankara.
13. HoŐgr, Ő., 1997, "Estimation of Post-Childhood Life Tables of Provinces and Regions in Turkey, by Using Age and Sex Distributions and Intercensal Growth Rates (1985-1990)". Unpublished Doctoral Dissertation, Hacettepe University Institute of Population Studies, Ankara.
14. HoŐgr,Ő., Tansel,A, 2011. "Demography and Management Towards 2050: Repercussions on Education, Labor, Health and Social Security Systems". TSİAD ve UNFPA, 2011. Ankara.
15. Jordan, C.W., 1952, "Life Contingencies", Schaumburg, Society of Actuaries.
16. KırkbeŐođlu, E., 2006, "Construction of Mortality Tables for Life Insurance Sector from the 2003 Turkey Demographic and Health Survey", Hacettepe Üniversitesi, Yayınlanmamış Y.Lisans Tezi, Ankara.

17. Morali, N., 1997, "Aktüeryal Teknikler", GESİD Yayınları.
18. Newell, C., 1988, "Methods and Models in Demography", Belhaven Pres, London.
19. Oral, A. 1969, "Techniques for Mortality Estimation in Turkey", in F.C.Shorter and B.Güvenç (eds), Turkish Demography: Proceeding of a Conference, Hacettepe University Institute of Population Studies, pp:109-131.
20. Özsoy, A., 1970, "Türkiye için Ölüm Tabloları", Ordu Yardımlaşma Kurumu Yayınları, Ankara.
21. Pressat R, 1972, "Démographie statistique", Presses Universitaires de France.
22. Preston, S.H. and Bennett, N.G. (1983), "A census-based method for estimating adult mortality", Population Studies, 37(1), pp. 91-104.
23. Shorter, F., Macura, M., 1982, "Trends in Fertility and Mortality in Turkey, 1935-1975", Committee on Population and Demography, National Research Council, Report No:8, National Academy Press, Washington D.C.
24. Shryock, H.S. et. al, 1971, "The methods and materials of demography: the life table", US Bureau of the Census, Washington DC.
25. Shryock, H.S, Siegel, J.S, 1976, "The methods and materials of demography", Academic Press, New York.
26. Sigorta Tanımları, Web:<http://www.tsrbsb.org.tr/tsrbsb/Templates/innerpage.aspx?NRMODE> (22 Temmuz 2008'de alınmıştır).
27. Sivamurthy, M. et. al, 1980, "Handbook of Indirect Methods for Mortality Estimation", Cairo Demographic Centre, Cairo.
28. Slud, E.V., 2001, "Actuarial Mathematics and Life-Table Statistics", University of Maryland, College Park.
29. UN Population Division - <http://www.un.org/esa/population/unpop.htm>
30. Ural, K., 1994, "Yaşam Sigortalarının Aktüeryal Prensipleri", Beta Yayınları, İstanbul.
31. Wilmoth, J., R., 1995, "Are Mortality Falling at Extremely High Ages? An Investigation Based on a Model Proposed by Coale and Kisker", Population Studies, 49, 281-295.

ŞAHABETTİN SERTKAYA (Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Başkanı)- Değerli Hocama teşekkür ediyorum. Somut bir öne-ride bulundu: Hayat tablolarının yeniden düzenlenmesi, değil mi Hocam? Nüfus sayımıyla birlikte. Teşekkür ediyoruz. Şimdi biraz daha somut bir durum "*Cismani Zarar Hesabında Aktüerya*" konusunda değerli hocamız Uğur Karabey görüşlerini aktaracaklar. Bu da tabii önemli bir konu, bilirkişi raporlarında cismani zarar hesabında değerli hocalarımın da sözünü ettiği gibi bilinen dönem var, bilinmeyen dönem var, onların gelirleri, bu gelirlerin hesaplanması, bunlar da önemli bir yer tutuyor. Bir de biz özellikle teyiz incelemesinde gelir konusunda çok zorluk yaşıyoruz. Yani çok afaki rakamlar da söyleniyor, çok basit delillerle örneğin, kişinin hiç işle ilgisi olmadığı halde, işte bu motor ustasıydı, inşaat ustasıydı, bu 3 000 lira kazandı. SGK'ya soruyorsunuz, herhangi bir kaydı yok veya olan da asgari ücret üzerinde işte fazla bir ödeme aldığına dair geliri var mı? O da ispat edilemeyince bizde iki arada bir derede kalıyoruz. Onun zorluğunu yaşıyoruz. Evet Hocam, buyurun. Teşekkür ediyorum.

CİSMANİ ZARAR HESABINDA AKTÜERYA

*Yrd. Doç. Dr. Uğur KARABEY**

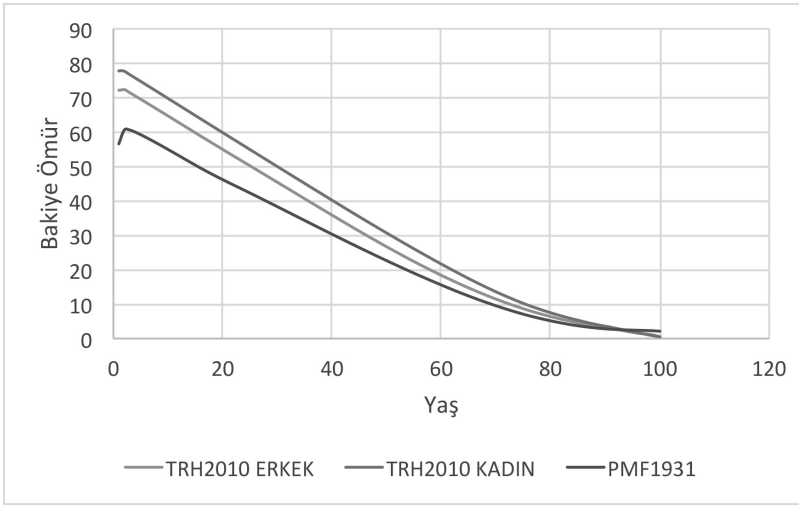
Haksız fiil sonucu yaşanan cismani zarar hesaplarına ilişkin unsurlar Yargıtay içtihatları çerçevesinde belirlenmektedir. Desteğin geliri, bakiye ömrü, aile yapısı, eş/anne/baba/çocuklar/destekten yoksun kalan diğer kişiler açısından desteklik süreleri, pay oranları, dul kalan eşin yeniden evlenme olasılığı, olaya ilişkin kusur oranları dağılımı vb. tazminat hesabında belirlenmesi gereken temel unsurlardır. Yüksek yargı kararlarında bu unsurların çoğunun Hakimlik tarafından belirlenmesi gerektiği ifade edilse de uygulamada genellikle bu tür talimatlar bulunmamaktadır. Dolayısıyla bilirkişiler hesaplama yaparken birçok varsayımda bulunmakta, sonrasında ise yapılan varsayımlara ilişkin itirazlar sonucu ek rapor talepleri ile karşılaşmaktadır.

Tazminat hesabına ilişkin varsayımların birçoğu toplumun yapısı, gelenekler, örf-adetler ve sosyo-ekonomik unsurlar çerçevesinde değerlendirilmekte; bir kısmı ise aktüeryal bakış açıları ile belirlenmektedir. Hesaba esas zarar süresinin belirlenmesinde kullanılan bakiye ömür kavramı, bakiye ömrün belirlendiği hayat tablosu, gelecekte yapılacak yıllık iratların (desteğin yıllık gelirleri) peşin değeri hesabında kullanılan hesap yöntemi ve bu hesaba ilişkin iskonto oranı gibi unsurlar hesabın aktüeryal tarafını temsil etmektedir. Özellikle kullanılan hayat tablosu, hesaplama yöntemi ve iskonto oranının doğru belirlenmesi tazminatın taraflar açısından haksız zenginliğe yol açmayacak şekilde belirlenmesi açısından büyük önem taşımaktadır.

* Aktüerya Bilimleri Bölümü, Hacettepe Üniversitesi

Özellikle hesaplamada kullanılan hayat tablosunun ülkemizin güncel demografik yapısını temsil etmesi büyük önem arz etmektedir. Yargıtay uzun bir süredir Fransa'nın 1931 yılındaki demografik yapısını yansıtan ve aynı zamanda cinsiyet ayrımı gözetmeyen PMF 1931 hayat tablosuyla hüküm kurmaya devam ederken, dünyada ve Türkiye'de PMF 1931 tablosundan daha güncel ve bilimsel olarak çok daha doğru kabul edilebilecek, cinsiyetler ayrımında hayat tabloları hazırlanmıştır. Yargıtay PMF 1931 tablosu kullanımını sürdürdükçe, mağdurların bakiye ömürlerinin olması gerekenden daha kısa olarak belirlenmesine sebebiyet vermektedir. Yaşlara göre bakiye ömürler açısından PMF 1931 ve TRH 2010 tablolarının karşılaştırması Şekil 1' de verilmektedir.

Şekil 1. Yaşlara Göre Bakiye Ömürler TRH 2010 & PMF 1931



Şekil 1'de görüldüğü üzere özellikle genç yaşlardaki bireyler için belirlenen bakiye ömürler arasında fark 15-20 yıl aralığında değerler alırken, orta yaş gurubunda bu fark 5-10 yıl aralığında bulunmakta, ileri yaşlarda ise fark 3-5 yıl aralığında değişmektedir.

Bakiye ömür açısından doğru bakış açısı ülkemiz ve günümüz gerçeklerini temsil eden TRH 2010 ya da benzeri tabloları

kullanılmaktadır. TRH 2010 tablosu dışında ÷lkemize özgü TÜİK 2013-2014 tabloları da bulunmaktadır ve bu tabloların güncellenmiş versiyonları yakın gelecekte yayınlanacaktır.

Diğer taraftan tazminat hesabının bir diğer önemli aktüeryal unsuru ise hesaplama yöntemi ve yöntemde kullanılan iskonto oranıdır. Yargıtay, günümüzde progresif rant adı verilen basit bir hesaplama yöntemi kullanmaktadır. Progresif rant yönteminde desteğin bakiye ömrü boyunca gelecekte alacağı muhtemel gelirleri hesap tarihi itibarıyla belirlenen geliri üzerinden her yıl için %10 artış yapılarak belirlenmekte olup, bu artışları kapsayan yıllık iratların hesap tarihindeki peşin değerini belirlemek amacıyla her yıl için %10 iskonto işlemi yapılmakta ve bunun sonucunda reel olarak %0 iskonto işlemi yapıldığından desteğin hesap tarihindeki yıllık geliri * zarar süresi şeklinde basit bir sonuca ulaşılmaktadır. Hesap basitliği yönünden tercih edilmekte olup, ortaya çıkan %0 iskonto sonucunun reel olarak doğru/adil bir yaklaşım olup olmadığı asıl tartışılması gereken noktadır.

Desteğin ölmeseydi bakiye ömrü boyunca elde edeceği yıllık gelirlerin (iratların) tek ödeme için peşin değerine çevrildiği hesaplamada reel olarak %0 iskonto kullanılması bilimsel açıdan gerçekçi görülmemektedir. Yıllar boyunca elde edeceği iratların toplamı ile tek ödeme karşılığı hesaplanan peşin değerlerin birbirine eşit olması ve bununla birlikte hak sahibine yapılan tek ödemenin tarafa gelecekte yaratacağı muhtemel getirileri ile birlikte düşünüldüğünde haksız zenginleşmeye sebebiyet verebileceğinden reel iskonto oranının 0'dan büyük bir değer alması aktüeryal açıdan gerçekçidir. İskonto oranı ÷lkemizin bazı finansal göstergeleri: gelirlerdeki artışlar, yatırım araçlarının getirileri, enflasyon, faiz vb unsurlar çerçevesinde belirlenmesi gereken bir kavram olup özellikle ÷lkemizde değişkenliği yüksek bu unsurlar karşısında sabit bir iskonto oranının belirlenmesi zorlayıcı olmaktadır.

Tazminat hesaplarında mükerrer faize yol açan bir yaklaşım ise hesap tarihi gerçekleriyle belirlenen ve geleceğe dönük iratların peşin değerinin belirlendiği işleyecek dönem tazmi-

nat tutarına olayın özelliğine göre olay/dava/temerrüt tarihi başlangıç kabul edilerek faiz işletilmesidir. Bu uygulama reel olarak mükerrer faiz doğurmakta, fakat hukuksal açıdan haksız fiillerde temerrüt başlangıcının olayın özelliğine göre olay/dava/temerrüt tarihi kabulü altında uygulanmaktadır. Eğer zarar haksız fiil tarihi itibarıyla (gerçekleriyle) hesaplanmış olsaydı uygulanan bu faiz başlangıcı reel olarak doğru kabul edilebilirdi ancak tazminatı güncel hesap tarihi (günümüz) itibarıyla hesaplayıp, sonrasında yine faizi geçmişten başlatmak aktüeryal olarak doğru bir yaklaşım olmamakta, haksız zenginleşmeye sebebiyet vermektedir.

Hesabın aktüerya fonksiyonuna ilişkin önemli unsurların değerlendirilmesi sonrasında, hesap aşamasında yapılan belirlemelere ilişkin de uygulamada hatalı yaklaşımlar sergilendiği görülmektedir:

Dul Kalan Eşin Yeniden Evlenme Olasılığı:

Bilirkişi raporlarına bakıldığında dul kalan eşin yeniden evlenme olasılığının hatalı bakış açıları ile belirlendiği görülmektedir. Hesap tarihi (günümüz) itibarıyla yeniden evlenmediği bilinen dul eşlerin tenzil belirlenmesinde olay tarihi gerçekleri kullanıldığı görülmektedir. “Bilinen varken varsayım yapılmaz” bakış açısına uygun olmayan bu tür belirlenmeler kişilerin hak kaybına yol açmaktadır.

Farazi Maluliyet Hesaplarında Aktif Hayat Öncesi Dönem:

Farazi (erişkin olmayan bireylere ilişkin) maluliyet hesaplarında tazminat hesabı aktif hayat başlangıcı itibarıyla değerlendirilerek hatalı bir saptama yapılmaktadır. Örneğin 14 yaşında kaza geçirip sürekli malul kalan bir bireye en erken 18 yaşından itibaren gelir elde edebileceği bakış açısıyla hesaplama yapılmaktadır. Oysa çocuğun 18 yaşına kadar günlük yaşamda harcanan fazla eforu göz ardı edilmektedir. Doğru bakış açısı olay tarihinden 18 yaşına girdiği tarihe kadar da günlük yaşamda efor kaybı bakış açısıyla Asgari Geçim İndirimi içermeyen net asgari ücret üzerinden hesaplama yapmaktır. Hesabın

bu yönüyle emeklilik/pasif dönem de günlük yaşamda efor kaybı bakış açısından bir farkı bulunmamaktadır.

Maluliyet Hesaplarında Askerlik Tenzili:

Maluliyet hesaplarında uygulanması gereken askerlik tenzili destekten yoksunluk hesapları ile karıştırılmaktadır. Malul bir kişinin (askere gideceği varsayımıyla) askerlik döneminde gelir elde etmeyeceği bakış açısıyla bu döneme ilişkin tazminat hesabı yapılmamaktadır. Oysa malul kişinin askerlik süresince gelir elde edemeyeceği sabitken günlük yaşamda harcanan fazla efor devam etmektedir. Bu sebeple malul kişilerin askerlik tenzili Asgari Geçim İndirimi içermeyen net asgari ücret üzerinden değerlendirilmelidir.

Yukarıda kısaca değinilen hayat tablosu, hesap yöntemi, iskonto oranı gibi hesabın aktüeryal bakış açıları ile birlikte, hesaplamaya esas belirlemelerin doğru bakış açılarıyla değerlendirilmesi tazminat hesabının hakkaniyeti açısından önem arz etmektedir. Ülkemizde büyük bir sorun teşkil eden iş kazaları ve trafik kazaları başta olmak üzere tüm haksız fiillere ilişkin cismani zarar hesaplarında kullanılacak yeknesak ve hakkaniyetli bir hesap yöntemine ihtiyaç duyulduğu açık bir biçimde görünmektedir.

BEDENSEL ZARARLARDA İSPAT- İSPAT VASITALARI

*Levent BÖRÜ**

GİRİŞ

Bedensel zararlar Türk Borçlar Kanunu m. 54'de hükme bağlanmıştır. Bedensel zarar ile bir kimsenin fiziki varlığının veya ruh sağlığının ihlal edilmesi anlaşılmaktadır. Bedensel zararın maddede bir tanımı yapılmamakla birlikte, bedensel zararlar örnekleyici şekilde tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olarak sayılmıştır. Bunların dışında bedensel zararlar trafik kazalarından, iş kazalarından veya tıbbi hatalardan da kaynaklanabilir. Zarar gören, malvarlığındaki bu azalmayı, bedensel zarar adı altında talep edebilir¹. Bedensel zararlara ilişkin davalarda ispat yükünün kimin üzerinde olduğunun belirlenmesinden sonra, ispat yükünü taşıyan tarafça zarara ilişkin ispat vasıtalarının ortaya konulması gerekir.

1- GENEL OLARAK İSPAT, İSPAT YÜKÜ VE İSPAT VASITALARI

I- GENEL OLARAK İSPAT

İspat, bir yargılama sürecinde taraflarca iddia edilen veya hâkimce kendiliğinden göz önünde bulundurulacak olan talebin konusu ile ilgili olarak uygulanması gereken bir hukuk

* Dr. Öğr. Üyesi, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul-İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: leventboru@hacettepe.edu.tr.

¹ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.22, Ankara 2017, s. 769; Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 12, İstanbul 2016, s. 94; Avcı Braun, Cihan, Haksız Fiilde Bedensel Zararların İspatına ve Bedensel Zarardan Sorumluluğa İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, AÜHFD 2015/1, s. 37-64, s. 46; Çelik, Ahmet Çelik, Bedensel Zararlar, Ankara 2018, s. 1 vd.

kuralının soyut vakıalarını karşılamaya elverişli olan somut (maddî) vakıaların iddia edildiği gibi olduğu konusunda hâkimde kanaat uyandırmak (ikna etmek) üzere yapılan inan-dırma faaliyetidir².

İspatın konusunu, tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuzmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur (HMK m. 187/1). Dolayısıyla, ispat konusu olan va-kıalar üzerinde her iki tarafın da ispat hakkı vardır; fakat ispat hakkı, taraflara mutlak sınırsız bir hak bahşetmez. İspat hakkı-nın Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 189'da belirtildiği üze-re bazı sınırları vardır: 1- Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usûle uygun olarak ispat hakkına sahiptir. 2- Kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar, başka delillerle ispat olu-namaz. Örneğin, senetle ispat zorunluluğunun (HMK m. 200) temel dayanağı olan kanunî delil sistemi bunu gerektirir. Fakat bedensel zararların her türlü delille ispatlanması mümkündür. 3- Bir vakıanın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığı-na mahkemece karar verilir (HMK m. 189, 4). Mahkeme de bu hususu re'sen incelemek ve karara bağlamakla yükümlüdür. Hâkimin bu konudaki takdir yetkisi, mutlaka kanuni temele dayalı olmalıdır³.

II- İSPAT YÜKÜ

İspat yükü, hükmün temelini oluşturan, hukuk kuralında olması öngörülen maddî vakıaların belirsiz kalması (ispat edi-lememesi, tespit edilememesi) hâlinde ortaya çıkan bu belir-sizliğin sonuçlarına, rizikosuna kimin katlanacağının belirlen-mesidir. İspat yükü, tarafların bütün çabalarına rağmen iddia edilen olayın tespit edilememesi (aydınlatılamaması) hâlinde söz konusu belirsizliğin (ispatsızlığın) hukukî sonuçlarını açık-lar⁴. İspat yüküne ilişkin temel kural HMK m. 190'da hükme bağlanmıştır: "ispat yükü, *kanunda özel bir düzenleme bulunma-*

² Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder, İspat Yükü, B.2, Ankara 1980, s. 2.

³ Görgün, şanal/ Börü, Levent/Toraman, Barış/Kodakoğlu, Mehmet, Medeni Usul Hukuku, B.6, Ankara 2017, s. 466.

⁴ Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu s. 466.

dıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir”.

Günümüzde ispat yükü kavramının yavaş yavaş farklı anlamları da içinde barındırdığı kabul edilmektedir. Hatta, ispat yükünden de önce, ispat yükü ile bağlantılı, fakat ispat yükünden ayırt edilmesi gereken temel usuli yüklerin de olduğu kabul görmektedir. Bu anlayışa göre, iddia-savunma yükü, somutlaştırma yükü, delil gösterme yükü ve ispat yükü olarak ayırım yapılmaktadır. Bu yükler her ne kadar birbirinden ayırt edilmesi gerekse de, birbirleri ile yakın ilişki içerisindedir; hatta bu yükler birbirlerini tamamlama işlevine sahiptirler. Dolayısıyla, ispat yüküne ilişkin sonuç, hâkim tarafından yukarıda belirtilen yüklerin yerine getirilmesinden sonra değerlendirilmeye alınmalıdır⁵.

İddia yükü, tarafların bir hukuk kuralında öngörülen hukuki sonucun doğabilmesi amacıyla, hukuk kuralında öngörülen soyut vakıaların karşılanmasına yönelik maddî vakıaların varlığını mahkemeye (hâkime) yazılı veya sözlü olarak ileri sürmesi veya bildirmesidir. Davanın taraflarından birisinin (iddia yükünü taşıyan tarafın) hukuk kuralında öngörülen hukukî sonucun doğması için, gerekli olan soyut vakıaların maddî vakıalarla karşılandığı iddiasına karşı, diğer tarafın isterse (onu hükümden düşüren, etkisiz kılan, engelleyen) yeni vakıa ekleyerek, vakıalar üzerinde kendi bilgisini, açıklamalarını ve değerlendirmelerini mahkemeye bildirmesi gereken yüke, savunma yükü denir⁶.

Somitlaştırma yükü (HMK m. 194), maddî vakıaya ilişkin iddiaların kapsamını, detaylandırma derecesini ve vakıa iddialarının parçalara ayrılmasını, hükme elverişli olay olarak ortaya koyar. Hâkim, tarafların olaya ilişkin ileri sürmüş olduğu vakıa iddialarından yola çıkarak, söz konusu iddiaların hukuk kuralında öngörülen soyut vakıalara uyup uymadığını

⁵ İspata ilişkin yükler için bkz. Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu s. 476; Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukuku, B.2, Ankara 2018, s. 795.

⁶ Börü, Levent, Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016, s. 118, 149.

ve karşı tarafın bu iddialara karşı vereceği savunmayı göz önüne alarak karar vermek zorundadır. Sadece yeterli bir somutlaştırılması yapılan vakıa iddiaları, ispat hakkına konu olabilir. Dolayısıyla, bir davada haklı çıkabilmek için, yalın bir şekilde genel hatlarıyla bir iddiayı (savunmayı) ortaya koymak yeterli değildir. Somutlaştırmak, bir iddiayı, zaman, yer, kişi, oluş şekli vs. unsurlarıyla algılamaya, anlamaya, tartışmaya, ispata elverişli şekilde ortaya koymaktır⁷.

Delil gösterme yükü, çekişmeli olayların ispatı için hangi tarafın delil göstereceğini belirler. Bir davada taraflar, ispat yükü kuralları sebebiyle hâkimin aleyhte karar verme riskinin (tehlikesinin) önüne geçebilmesi için, kendi iddialarının haklılığı, karşı taraf iddialarının ise haksız olduğu konusunda hâkimde bir kanaat oluŐturma (usuli) yükü altındadır⁸.

III- İSPAT VASITLARI (DELİLLER)

İspat vasıtası (delil), davada iddia ve savunmanın doğruluğunu gösteren, davanın çözümüne etki edebilecek çekişmeli hususların ispatı için başvuru (ispata yarayan) araç olarak tanımlanabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre delilleri ikiye ayırarak incelemek gerekir⁹:

Kesin deliller, şartlarını, hükümlerini ve sonuçlarını kanunun belirlediği ve bu şartların var olması hâlinde, hâkimin bağlı olduğu ve takdir yetkisine sahip olmadığı delillerdir. Bir vakıanın ispatı için kanunda kesin delil öngörölmüŐse, hâkim başka delil inceleyemez ve bir vakıanın ispatı için taraflarca kesin delil gösterilir ve o delil o vakıayı tespit ederse, hâkim bu vakıanın doğru olduğunu varsayarak karar vermek zorundadır. Kesin deliller, senet (HMK m. 200 vd), yemin (HMK m. 225 vd) ve kesin hükümdür (HMK m. 303).

⁷ Börü s. 184.

⁸ Tanrıver s. 810.

⁹ Bkz ispat vasıtalarının (delil) çeşitleri için Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar-Ayvaz, Sema, Medeni Usul Hukuku, B.3, Ankara 2017, s. 389-390; Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017 s. 232 vd.

Takdirî deliller, şartlarını ve hükümlerini kanunun tayin etmediği delillerdir ve bu tür deliller ile hâkim bağlı değildir; hâkim, bu delilleri serbestçe takdir eder. Hâkim, takdirî delillerle ispatın mümkün olduğu olaylarda, ispat aracı niteliğindeki her şeyi delil olarak değerlendirebilir. Takdirî deliller, tanık beyanı (HMK m. 240-265), bilirkişinin oy ve görüşü (HMK m. 266-287) ile keşif incelemesidir (HMK m. 288-292).

Bedensel zararlara ilişkin vakıaların, kesin delillerle ispat zorunluluğu yoktur ve kesin delille ispat zorunluluğunun istisnalarından sayıldığı için bedensel zararlara ilişkin davalarda her türlü delil ileri sürülebilir ve hâkim delilleri serbestçe değerlendirir (HMK m. 198). Hâkim tarafından bedensel zararlara ilişkin vakıaların her türlü delille ispatlanabilmesi ispat hakkının da bir gereğidir.

2- BEDENSEL ZARARLARDA İSPAT YÜKÜ VE İSPAT VASITLARI

I-BEDENSEL ZARAR KAVRAMI

Bedensel zararın varlığından bahsedebilmek için, beden bütünlüğünün ihlâli yüzünden malvarlığında bir azalma gerçekleşmelidir. Bedensel zarar kavramı ile bir kimsenin fiziki varlığının veya ruh sağlının ihlal edilmesi anlaşılmaktadır. Zarar gören, malvarlığındaki bu azalmayı, bedensel zarar adı altında talep edebilir. Beden bütünlüğünün ihlâli durumunda maddî zararın kapsamını, Türk Borçlar Kanunu m. 54 uyarınca zarar görenin malvarlığında beden bütünlüğünün ihlâli yüzünden meydana gelen eksilme oluşturur¹⁰. Bedensel zararın maddede bir tanımı yapılmamakla birlikte, bedensel zararlar örnekleyici şekilde sayılmıştır: Tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar. Bunların dışında bedensel zararlar trafik kazalarından, iş kazalarından veya tıbbi hatalardan da kaynaklanabilir.

¹⁰ Oğuzman/Öz, s. 94; Eren s. 769; Avcı Braun, s. 46.

A- Tedavi Giderleri

Beden bütünlüğünün ihlâli durumunda maddî zarar kapsamına, öncelikle beden bütünlüğünü iyileştirmeyi sağlamaya veya hastalık ya da sakatlığın ilerlemesini önlemeye yönelik tedavi giderleri girer¹¹. Bunlar ambulans, hastane, doktor, ilaç, serum, ameliyat, röntgen, ultrason, tomografi gibi görüntüleme makinaları, diyaliz makinesine ödenen paralar, tekerlekli sandalye, havalı yatak, protez, psikoterapi, fizyoterapist için yapılan masraflar gibi giderleri ifade eder. Tedavi gideri olarak da açıkça nitelendirilmese de, hastaneye gidip gelmek için yapılan yol masrafları veya evde tedavi gördüğü sürece zorunlu olarak yapılan bakıcı masrafı gibi haksız fiilin yol açtığı diğer masraflar da zarar kapsamına girer. Haksız fiil sonucu kişi sakat kalmışsa, yaşamını devam ettirmek için bakıcı tutulması durumunda bakıcı giderleri de tedavi giderlerinin içerisine girer¹². Trafik kazalarında ise Karayolları Trafik Kanunu, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartları A.5’de kapsamına giren teminat türleri üst başlığı ile tedavi giderleri, sağlık giderleri teminatı ve sürekli sakatlık teminatı adı altında ayrıca tanımlanmıştır. Dolayısıyla trafik kazaları sonucu ortaya çıkan tedavi giderleri için söz konusu mevzuat hükümlerinin dikkate alınması gerekecektir.

B- Kazanç Kaybı

Kazanç kaybı, haksız fiil olmasaydı, kişinin elde etmesi muhtemel kayıpları ifade eder¹³. Mahkemenin nihai karar (hüküm) tarihine kadar olan kazanç kaybına ücretle veya maaşla çalışanlarda, ücret ve maaşın yanı sıra zarar gören çalışabilmiş olsaydı yararlanabileceği ücret ve maaş artışları ile prim vb. gibi yan ödemeler de girer. Eğer zarar gören normalde ücret karşılığı yapılan bir işi herhangi bir ücret almadan yapıyorsa, bu işi ücret karşılığında yapmış olsaydı ne kadar gelir elde ede-

¹¹ Eren s. 770.

¹² Eren s. 770-771.

¹³ Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 20, Ankara 2016, s. 433.

cek idiyse, bu miktar da Türk Borçlar Kanunu m. 54/b. 2 anlamında kazanç kaybı olarak dikkate alınmalıdır¹⁴.

C- Çalışma gücünün Azalmasından veya Yitirilmesinden Doğan Zararlar

Çalışma gücünü kısmen veya tamamen kaybeden zarar görenin, gelecekte uğrayacağı kazanç kaybıdır. Bu zarar gelecekteki bir zarar olup, kesin miktarını belirlemek neredeyse imkânsızdır; bu nedenle bu zarar varsayımlara dayanılarak tespit edilir¹⁵. Uygulamada çalışma gücünün azalması için geçici iş göremezlik, çalışma gücünün kaybı için ise sürekli iş görmezlik kavramları kullanılmaktadır¹⁶. Çalışma gücünün kısmen veya tamamen yitirilmesi zarar görenin malvarlığında bir eksilme meydana getirmemekle birlikte, onun daha fazla efor sarf etmesini gerektiriyorsa “*efor zararı*” adı verilen bir maddî zararın gerçekleştiği kabul edilir¹⁷.

D- Ekonomik Geleceğin Sarsılmasından Doğan Zararlar

Beden bütünlüğünün ihlali, bazı durumlarda çalışma gücünde bir azalma meydana getirmemesine rağmen, zarar gören için birtakım ekonomik zorluklar ortaya çıkarır¹⁸. Örneğin bir mankenin yüzünde meydana gelen bir yaralanma izi, onun çalışma gücünü azaltmasa bile, onun ileride iş bulmasını güçleştirebilir ve hatta imkânsızlaştırabilir. Yine zarar görenin genç bir kız olması halinde bu kişinin evlenme şansını kaybetmesi veya beden şeklinin önemli derece değişmesi, sakat kalması, sinir, akıl veya hafıza zayıflığına uğraması gibi durumlarda da zarar görenin ekonomik geleceğinin sarsıldığından söz edilir¹⁹.

¹⁴ Avcı Braun s. 48.

¹⁵ Eren s. 772.

¹⁶ Tuztaş, Hüseyin, Trafik Kazalarından Kaynaklanan Bedensel (Cismani) Zararlar, s.1-63, s.11 (bkz www.sevgipinari.org, erişim tarihi 01.10.2018).

¹⁷ İlgili Yargıtay Kararları için bkz Çelik s. 23 vd.

¹⁸ Avcı Braun s. 54.

¹⁹ Eren s. 775-776; Oğuzman/Öz s. 100-101.

II- BEDENSEL ZARARLARDA İSPAT YÜKÜ

İspat yüküne ilişkin temel (genel) kuralın dışında, diğere özel kanunlarda bir çok özel ispat yükü kuralı hükme bağlanmıştır: Bunlardan birisi de haksız fiil ilişkilerine dayanan (yani bedensel zararlara ilişkin davalarda) ispat yükünün düzenlendiğı Türk Borçlar Kanunu m. 50'dir. Buna göre, "zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır". Madde açıkça ifade edilmemiş olmasına rağmen, davacı hem uğranılan zararı hem de bunun miktarını ispat etme yükü altındadır. Uygulamada genellikle zararın varlığı konusuna ilişkin ispatta bir sorun ortaya çıkmamaktadır. Zira zararın varlığının ispatı için, davacının zarara uğradığı konusunda hâkime kanaat verici vakıaları iddia ederek, bu vakıaların ispatını ortaya koyan delilleri sunması yeterlidir²⁰. Dolayısıyla, dava sonunda bedensel zarara ilişkin vakıa iddiasının ortaya çıkmadığı varsayılmışsa bu durumda ispat yükünü taşıyan davacının davasının esastan reddedilmesi gerekir.

Bazı durumlarda, ispat yükünü taşıyan davacının zarara ilişkin miktarı ispatı zordur (hatta imkânsızdır). Özellikle beden bütünlüğünün ihlâli durumunda, çalışma gücünün kısmen veya tamamen kaybında yoksun kalınan kârın, ekonomik geleceğın sarsılmasına ilişkin zararlarda zararın kesin miktarının belirlenmesi, ispatı oldukça zordur²¹. Kısacası geleceğe ilişkin zararların, menfi vakıaların ispatında zorluk söz konusudur. Bu tür ispat zorluğunun olduğu durumlarda ispat yüküne ilişkin temel kuralın katılığı yumuşatılmıştır²². Buna göre davacının, zararın varlığını veya gerçek miktarını ispat etmesinin zor olduğu durumlarda, Türk Borçlar Kanunu m. 50/f. 2'ye göre hâkim takdir yetkisini kullanacaktır. Yani bedensel zararlardan doğan borç ilişkilerinde, uğranılan zararın miktarı tam olarak tespit edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın

²⁰ Eren s. 749-750.

²¹ Avcı Braun s. 55.

²² Pasquier, Bruno, Die Schätzung nach gerichtlichem Ermessen -unmittelbare und sinngemässe Anwendung des Art. 42 Abs. 2 OR, Zürich 2014, s. 39.

miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyecektir. İŞte bu tür durumlarda hâkimin, özel bilgi ve uzmanlığı gerektiren durumlarda bilirkişiye başvurması bir zorunluluktur²³. Özellikle aktüerya konusunda uzman bilirkişilerce TRH 2010 (veya PMF 1931 gibi) hayat tablosu gibi yardımcı hesap tekniklerinden yararlanılarak raporlar düzenlenecektir²⁴. Zira, bedensel zararın hesaplanmasında önem arz eden hususlardan biri de zarar görenin çalışma ve muhtemel yaşam süresidir. Beden bütünlüğü ihlâl edilen kişinin kısmen veya tamamen çalışmaması nedeniyle uğradığı zararların tazmin edilmesi gerektiğinden, zarar gören çalışmaya başlamamışsa çalışmaya başlayacağı sürenin, çalışıyorsa çalışmasının devam edeceği sürenin hesaplanması gerekmektedir²⁵.

Hâkim, zarara ilişkin miktarın tam olarak ortaya konulabilmesi amacıyla davacının elinde olmayan bazı bilgi ve belgelerin temini için karşı taraftan veya üçüncü kişilerden bilgi isteyebilir (HMK m. 219; 221). Örneğın mahkeme, iş kazalarından doğan bedensel zararlarda SGK'dan iş kazası tahkikat dosyası ve müfettiş raporunu celpettirebilir.

İŞte bu tür durumlarda, hâkimin takdir yetkisinin uygulanma alanına ilişkin durumlarda (TBK m. 50/2) belirsiz alacak davası (HMK m. 107) açılması gerekecektir. Alacağın miktarını hâkimin takdirine bıraktığı durumlarda davacı alacağın miktarını belirlemekten muaf tutulmuştur.

Dikkat edilirse, davacı (zarar gören) burada ispat yükünden kurtulmamaktadır. Sadece iddia ve somutlaştırma yükü zarar gören davacı lehine düşürölmektedir. Bir başka deyişle davacı lehine ispat ölçüsü düşürölererek zararın davacı lehine yaklaşık olarak ispat edilmesi imkânı verilmiŐtir²⁶. Bu konuda somutlaştırma yükünün kapsamı daraltılarak somutlaştırma ve ispat yükü üzerine düşen davacı lehine bir ispat kolaylığı sağlan-

²³ Bkz HGK 26.04.1995 T., E. 1995/11-122, K. 1995/430; 17.HD, 13.09.2018 T., E. 2015/14238, K. 2018/7741 (www.kazancı.com.tr, erişim tarihi 01.10.2018).

²⁴ Söz konusu tablolar için bkz Çelik s. 535 vd.

²⁵ Bkz Tuztaş s. 42 vd; Avcı Braun s. 58 vd.

²⁶ Pasquier s. 15, 83.

mıŐtır. Davacının iddiasını belirli bir ölçüde somutlaŐtırarak ileri sürmesi yeterli sayılmıştır. Bunun akabinde ispat yükü üzerine düşmeyen davalı tarafa ise savunmasını somutlaştırma yükü yüklenmiŐtır. Davalının savunmayı somutlaştırma yükünü yerine getirmemesi durumunda ise, davacının iddiasının fiili karine olarak doğru olduğu kabul edilmelidir. Fakat böyle bir durumda da aşağıdaki durumların hâkim tarafından göz önünde bulundurulması gerekir²⁷:

Vakianın Tarafça Ortaya Konulmasının Beklenilememesi: Dava sebebini oluşturan vakıaların, iddia ve somutlaştırma yükünü taşıyan tarafça ortaya konulmasının beklenilememesi durumunun söz konusu olması gerekir. Söz konusu taraf öncelikle, iddianın ve somutlaŐtırmanın konusunu oluşturması gereken olaylar zincirinin dışında bulunmalıdır ve bu sebeple de iddia ve somutlaştırma yükünü taşıyan tarafın, iddia konusu vakıaları tam ve aÇık olarak ileri sürmekte zorlanmalıdır.

Karşı Tarafça Vakianın Ortaya Konulabilmesi : İddia ve somutlaştırma yükünü taşıyanın karşısında yer alan tarafın, iddia ve somutlaştırma konusunun içinde yer alan olay hakkında kolayca bilgi edinebilmesinin mümkün olması, yani beklenilebilir olması gerekir. Bu koşul, yukarıdaki ilk koşulu tamamlar; iddia yükünü taşıyan taraf, iddia konusu olayın dışında olması sebebiyle iddiasını somutlaŐtırmakta zorlanırken, savunma yükünü taşıyan taraf ise, savunmasını rahatlıkla somutlaŐtırbilecek bir durumdadır. Dolayısıyla, savunma yükünü taşıyan tarafın, dava sebebini oluşturan maddi vakıaların içinde, ya da söz konusu vakıalar hakkında gerekli bilgilere sahip olabilecek bir konumda olması gerekir. Bu tür durumlar yukarıda gösterildiği gibi, tıbbi hatalardan kaynaklanan bedensel zararlara ilişkin olaylarda sıklıkla görülmektedir. Örneğin, ameliyat sonrası vücunda gazlı bez unutulup kişinin sağlıksız yaşam sürdürmek zorunda kalması, anestezinin yanlış uygulanması sonucu hastanın felç olması, ameliyat sırasında, dikkatsizlik ve özensizlik sonucu sinirlerin kesilmesinden dolayı felç yaŐan-

²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz Börü s. 229 vd.

ması, ortopedi ameliyatları öncesi yanlış teşhis hatası ve uzuv kaybı, doğum sırasında omur sinirlerinin zedelenmesi sonucu bebeğın sakat doğması gibi.

Menfaat Dengesinin Sağlanabilmesi: Davanın taraflarından birisinin dava sebebini oluşturan maddi vakıaların bizzat içinde yer almış olsa bile veya bilgi sahibi olabilecek bir konuda olsa bile, tarafın belirli bazı özel menfaatleri o vakıa hakkında detaylı açıklama veya ayrıntılı bir somutlaştırma yapmasının önüne geçebilir. Bu tür özel menfaatlere örnek olarak, kişilik hakları, namus ve onur, korunmaya değer ekonomik itibar, özel hayatın gizliliğı, üçüncü kişilerin korunmaya değer hakları, hakkında cezai takibata yol açabilecek durumlar örnek olarak gösterilebilir.

III- BEDENSEL ZARARLARDA İSPAT VASITALARI

Bedensel zararlar bir haksız fiil sonucu ortaya çıkan zararlar olacağı için takdiri delillerin hepsi, yani bilirkiőı raporu, tanık beyanı ve keşif tutanağđ burada bedensel zararlara ilişkin vakıaların ispatında kullanılabilir. Bunun dışında bedensel zararların ispatına ilişkin belgeler; hatta hiçbir belge olmasa bile bedensel zararın varlığınđ ortaya koyan bilgi ve açıklamalar delil olarak kullanılabilir. Davacı en son çare olarak dava dilekçesinde açıkça belirtmek suretiyle yemin deliline de başvurabilir. Zira, hâkim bedensel zararlara ilişkin ileri sürülen bütün delilleri serbestçe değerlendirecektir (HMK m. 198). Dolayısıyla bedensel zararlara ilişkin vakıaların ispatında çeşitli ispat vasıtaları kullanılabilmektedir²⁸:

Kazanç kaybının, çalışma gücündeki kayıp oranının veya ekonomik geleceğın sarsılmasında zarara ilişkin miktarın oranını belirlemek uzmanlık gerektirdiğđ için bunun tespitinin yapılmasında uzman bilirkişiler görevlendirilmelidir²⁹. Bilirkişilik denince bedensel zararlarda ilk akla gelen adli tıp kuru-

²⁸ Bedensel zararlarda ispat vasıtalarına ilişkin örnekler için bkz Çelik s. 311 vd.

²⁹ 17.HD, 3.10.2018 T., E.2015/16325, K. 2018/8522 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 01.10.2018).

mudur. Bunun dışında, üniversitelerin adli tıp kurumları da bu hususta düşünülebilir³⁰. Örneğın kazancını TV sunucusu olarak kazanan kişinin yüzünde elinde oluşacak kalıcı iz mesleğini kaybetmesine sürekli iş göremez hale getirecektir. İşte tüm bu durumlar dikkate alınarak hâkim tarafından konusunda uzman doktor olan bilirkişilere bu zararlar hesaplatılacaktır.

Trafik kazalarında öncelikle Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırılması ve Özürlülülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmeliğın öngördüğü şekilde raporların hazırlanması gerekmektedir. Buna göre, kazanç kaybının hesaplanması durumunda özellikle zarar görenin kazancı önem arz etmektedir. Zarar gören çalışmasa dahi (örneğin ev hanımı) asgari ücret üzerinden hesaplama yapılması gerekir. Davacı çalışan birisiyse, ücret bordroları, vergi kayıtları, serbest meslek makbuzları dikkate alınarak bir hesaplama yapılır. Fakat son mevzuat değışiklikleri ile birlikte Yargıtay'ın son kararlarına göre özellikle vergi kayıtlarının ve ücret bordrolarının gerçek kazancı yansıtmaması durumunda, bunların geçerli olmadığını belirtilerek tazminat hesabında dikkate alınmaması gerektiğı belirtilmektedir³¹. Zarar görenin herhangi bir iş yerine bağılı olmaksızın belirli bir mesleğı ifa etmesi durumunda o meslek odalarından ortalama kazanç sorulmalıdır. Özellikle Şu hususlara dikkat edilerek, kaç gün iş ve güçten kaldığı, kaç günde iyileşeceği, sürekli iş görmezlik durumu ve oranı, yaralanmasının bu kaza ile illiyet bağının olup olmadığı, varsa talebinde faturalandırılmayan giderlerin ne kadar olacağı, ileride ortaya çıkan tedavileri ve olması gereken ameliyatların olup olmadığı ve bunlara yapılması gereken harcamalar, bakıcıya ihtiyacı olup olmadığı ve kaç gün ihtiyaç duyulacağı hususları konusunda bilirkişi yardımıyla çözüme kavuşturulacaktır³².

³⁰ Çelik s. 72 vd.

³¹ Bkz 17. HD 27/04/2015 T., E. 2013/18452 K. 2015/6099. (www.kazancı.com.tr, erişim tarihi 01.10.2018).

³² Tuztaş s. 34.

Trafik kazalarında sıklıkla Şu tür belgeler ispat vasıtaları olarak kullanılmaktadır: Kaza tespit tutanağı, görgü tanıklarının beyanları, karakol yazısı, alkol raporları, araçların ruhsatname fotokopileri, sürücülerin ehliyet ve kimlik fotokopileri, sigorta poliçelerinin fotokopileri, Cumhuriyet savcılığı iddianamesi, fezleke ve takipsizlik kararı, ceza davası aılmıŐa dosya bilgileri, ceza davasında bilirkişi incelemesi yapılmıŐa bunun bilgileri gibi. Trafik kazalarında kişinin işleten olduğu savunması varsa, kira sözleşmesinin uzun süreli olup olmadığı, aracın fiilen teslim edilip edilmediği, ekonomik yararlanmanın kime ait olduğu gibi husulara ilişkin bilgi ve belgeler de önem arzeder³³.

Bedensel zararlara neden olan haksız fiilin, kusurun ve sorumluluğun oluşumuna ilişkin her türlü belge de önemli birer ispat vasıtasıdır. Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taŐıyıcıları belge olarak nitelendirilmiŐtir (HMK m. 199). Buna göre, tedavi ve iyileştirme için yapılan tüm harcamalara ilişkin dokümanlar, fatura ve makbuzlar, hastane kayıtları, belge delili olarak nitelendirilmelidir.

Hastane kayıtlarına ilişkin özellikle Şunlar ispat vasıtası olarak belge sayılır: Hastaneye giriş-çıkış kayıtları, hasta izleme ve gözleme belgeleri, labaratuvar ve tahlil sonuçları, röntgen, ultrason, tomografi görüntüleme film, kayıtları, ameliyatın yapıldığına ve sonuçlarına ilişkin kayıtlar ve raporlar, ilgili doktorların tanı ve tedavi raporları, hastaya verilen ilaçların türü, kullanım sürelerine ilişkin belgeler, fizik tedavi kayıtları, oda ve refakatçi ücretleri, hastanenin faturaları, döner sermaye ve vakıf makbuzları, doktorların serbest meslek makbuzları, ambulans makbuzu gibi. Bazı durumlarda hastane belgeleri tedavi giderlerini ortaya koymada yeterli olmayabilir. Özellikle ayakta tedavilerde masraflar kayıtlara iŐlenmemiŐ olabilir. Bu durumda savcılık veya ceza mahkemesinde veri-

³³ elik s. 212-213.

len geçici veya kesin adli tabip raporları da ispat vasıtası olarak kullanılabilir³⁴.

Davacının bedensel zarara uğradığı kesin olup da tedavisi için gerekli masrafların hesaplanmasında bilgi ve belgeler yeterli olmuyorsa, olayla ilgili kimseler tarafların dilekçelerinde dayanması şartıyla mahkeme tarafından tanık olarak da dinlenebilir. Başka bir deyişle davacı veya davalı ileri sürdüğü vakıaların ispatı için tanık deliline dayanabilir (HMK m. 240). Bunun dışında hâkimim davayı aydınlatma ödevi ölçüsünde (HMK m. 31) taraflarca ileri sürülen bazı çelişkili ve belirsiz gördüğü hususlar hakkında hâkim ilgili tarafa soru sorabilir ve delil göstermesini isteyebilir; örneğin, hâkim, belgeler üzerinde ismi olan kişileri de tanık olarak dinleyebilecektir³⁵.

Davacının kimlik bilgileri, işi, işyeri, mesleği, kazancı hakkında bilgi ve belgeler tazminatın miktarının hesaplanmasında önem arzeder. Bu sebeple, öğrenim durumu, diplomalar, uzmanlık, ustalık, kalfalık belgelerinin dosyaya sunulması gerekir. Bedensel zarara uğrayan bir çocuksa, hangi okulda okuduğu, kaçınıcı sınıfta olduğu hakkında okuldan alınacak belgeler, uzun süre tedavisi sebebiyle sınıfta kalıp kalmadığı veya kaç yıl kaybettiğine ilişkin belgelerin sunulması zarara ilişkin miktarın tespit edilebilmesi bakımından önemlidir³⁶.

İş kazalarında, kaza ile ilgili tutanaklar, SGK iş kazasıyla ilgili kayıtlar, SGK müfettiş raporu, ceza davası var ise bilirkişi raporu, işe giriş bildirgesi, vizite kağıdı, ücret bordrosu, tanık beyanları delil olarak sıklıkla kullanılmaktadır. Bu tür durumlarda; işyerinden işçinin sicil dosyası, SGK'dan beden gücü kayıp oranına ilişkin raporun mahkemeye sunulması gerekir³⁷.

Son olarak, davacının da bedensel zararın doğmasında herhangi bir kusuru var ise davalı taraf, bunları ortaya koyan

³⁴ Bkz Tuztaş s. 33-34; Çelik s. 271 vd.

³⁵ Çelik s. 272.

³⁶ Çelik s. 312; Tuztaş s. 10; 17.HD, 26.03.2015 T., E. 2013/13386, K. 2015/4873 (www.kazancı.com.tr, erişim tarihi 01.10.2018).

³⁷ Çelik s. 313.

bilgi ve belgeleri de mahkemeye delil olarak sunması gerekir. Çünkü, Türk Borçlar Kanunu m. 52'e göre, zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğumuna ya da artmasına etkili olmuş (veya ortak kusuru var) ise, hâkim tazminatı indirebilecektir veya tamamen kaldırabilecektir. Ancak burada Karayolları Trafik Kanunu'nun 111. maddesinin göz önünde bulundurulması gerekir. Buna göre, tazminat miktarlarına ilişkin olup da yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten itibaren 2 yıl içinde iptal edilebilirler.

SONUÇ

Bedensel zararlar Türk Borçlar Kanunu m. 54'de hükme bağlanmıştır. Bedensel zarar ile bir kimsenin fiziki varlığının veya ruh sağlığının ihlal edilmesi anlaşılmaktadır. Bedensel zararın maddede bir tanımı yapılmamakla birlikte, bedensel zararlar örnekleyici şekilde tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olarak sayılmıştır. Bunların dışında bedensel zararlar trafik kazalarından, iş kazalarından veya tıbbi hatalardan da kaynaklanabilir. Zarar gören, malvarlığındaki bu azalmayı, bedensel zarar adı altında talep edebilir.

Hukukumuzda, yukarıda belirtilen ispat yüküne ilişkin temel (genel) kuralın dışında, kanunlarda bir çok özel ispat yükü kuralları hükme bağlanmıştır: Bunlardan bir tanesi de haksız fiil ilişkilerine dayanan (yani bedensel zararlara ilişkin davalarda) ispat yükünün düzenlendiği Türk Borçlar Kanunu m. 50'dir. Buna göre, "*zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır*". Maddede açıkça ifade edilmemiş olmasına rağmen, davacı ayrıca zararın miktarını da ispat etme yükü altındadır.

Bazı durumlarda özellikle geleceğe ilişkin zararların, menfi vakıaların ispatında zorluk söz konusudur. Davacının, zararın varlığını veya gerçek miktarını ispat etmesinin zor olduğu durumlarda, Türk Borçlar Kanunu m. 50/f. 2'ye göre hâkim takdir

yetkisini kullanacaktır. Yani bedensel zararlardan doğan borç ilişkilerinde, uğranılan zararın miktarı tam olarak tespit edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyecektir (TBK m. 50/2). Zararın miktarını hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri de dikkate alarak, hakkaniyete uygun olarak belirlemekle yükümlüdür. İşte bu tür durumlarda hâkim, özel bilgi ve uzmanlığı gerektiren durumlarda bilirkişiyeye başvurması zorunluluk olmaktadır.

Bedensel zararlar bir haksız fiil sonucu ortaya çıkan zararlar olacağı için takdiri delillerin hepsi, yani bilirkişi raporu, tanık beyanı ve keşif tutanağı burada bedensel zararlara ilişkin vakıaların ispatında kullanılabilir. Bunlardan en önemlisi bilirkişi raporlarıdır. Çünkü, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından veya yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararların tespitinde özellikle bilirkişi raporlarından yararlanılmaktadır. Bunun dışında bedensel zararların ispatına ilişkin belgeler; hatta hiçbir belge olmasa bile bedensel zararın varlığını ortaya koyan bilgi ve açıklamalar da delil olarak kullanılabilir. Davacı en son çare olarak yemin deliline de başvurabilir. Zira, hâkim bedensel zararlara ilişkin ileri sürülen bütün delilleri serbestçe değerlendirecektir (HMK m. 198).

ŞAHABETTİN SERTKAYA (Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Başkanı)- Teşekkür ederim Sayın Hocam, süreye de güzel uydunuz. Tabii hukuk davasında ispat sorunu en önde gelen konulardan bir tanesi, somut olayda olduğu gibi cismani zararı ispat ederken örneğin, maluliyet tazminatını isterken, bunu ispat ederken Borçlar Kanunu 49. maddede diyor ki: *“Kusuruyla birine zarar verirse”* Tabii ben baktığımda, Dairenin baktığı konusu itibariyle söylüyorum, önce bir kusuru ispat edecektir, ondan sonra maluliyeti, sonra hesabı, zarar, bilirkişiye de hesap edecektir. Tabii bu konuda hani yargı yavaş işliyor deriz, ancak bazı hakimlerimiz de çok çabuk davranıyor. Tensiple birlikte diyor ki: *“Şu kadar para yatır, önce kusura göndereceğim, sonra maluliyete göndereceğim”*, sonra hesaba gönderecek. Yatmayınca davayı reddediyor. Biz de Yargıtay olarak diyoruz ki: *“Dur bakalım, önce sen bir kusuru tespit et, adam kusurlu olup olmadığı anlaşılsın. Belki davayı reddedeceksin”* Tabii yargının hızlanıp seri şekilde karar vermesi hepimizin arzusu, ancak bazı kurallara da, kanuna da riayet etmek lazım. Efendim, Şimdi konumuz: *“Farklı Hesap Yöntemlerinin Uygulanmasının Adil Yargılama Hakkını İhlali”* konusunda değerli Sema Uçakhan Güleç Hanımefendi sunum yapacaklar, buyurun.

FARKLI HESAP YÖNTEMLERİNİN UYGULANMASININ ADİL YARGILANMA HAKKINI İHLALİ

*Av. Sema UÇAKHAN GÜLEÇ**

I - Genel Durum Değerlendirilmesi

Hazine Müsteşarlığı ve sigorta şirketlerinin elbirliğiyle iki yıldır büyük çabalar sarfederek yürüttükleri koordineli çalışma, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nden adeta jet hızıyla çıkıp, Cumhurbaşkanı tarafından da aynı hızla imzalanarak 26.04.2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak kanunlaştı.

Bu koordineli çalışmanın amacı Zorunlu Trafik Sigortası olarak bilinen, gerçek ismi İşletenin Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası olan sigorta kapsamında, trafik kazası mağduru olan kişilere ödenecek tazminatların (ölüm halinde destekten yoksun kalma tazminatı ile sakatlanma halinde sakatlık tazminatları ve tedavi giderlerine ilişkin tazminatlar) en alt seviyeye İndirilerek ödenmesini temin etmektir. Buna gerekçe olarak da sigorta şirketlerinin fazla tazminat ödeyerek zarar etmelerini gösteriyorlardı. Bu yönde ilk önce trafik sigortası primleri yükseltildi. Öyle ki işletenler bu artış karşısında veryansın etmeye başlayınca bu defa kamuoyu oluşturmak için ödenen yüksek tazminatları ileri sürdüler, oysa şirketlerce ödenen ya da ödenmesi gereken bu tazminatlar, bir kaza olduğu zaman sadece mağdurları korumak için değil esasında sigorta ettireni (işleteni) korumak için yapılmaktadır. Yani, işletenin ödemesi gereken tazminatları sigorta şirketleri belli bir limite kadar üstlenmektedir. Bu tazminatların ödenmesinde tüm araç işletenlerden zorunlu sigorta kapsamında toplanan primler sigorta şirketlerinin uhdesinde kalmakta, her polişe bir kaza ile sonuç-

* Ankara Barosu

lanmadığı için, toplanan primlerin iade edilmediği, ertesi yıla mahsup edilmediği gözetildiğinde Türkiye’de mevcut araç sayısı, kaza (can kaybına ve/veya yaralanmaya, sakatlanmaya neden olan) sayısına oranlandığında şikayet edildiği kadar zarar olmadığı anlaşılacağı gibi bu husus esasen sigorta sözleşmesinin özünde - ruhunda vardır. Riziko gerçekleşmesi halinde tazminat ödemek sigorta şirketinin, riziko gerçekleşmez ise ödenen primi almamak da sigortalının riskidir.

Üstelik zorunlu sigortaları yaptırmamak idari para cezalarına ve trafikten men etmeye kadar varan yaptırımlara neden olmaktadır. Bu koşullarla bakıldığında sigorta şirketleri riski minimum olan sözleşmeleri fahiş primlerle yaparak, araç sahiplerinden/işletenlerden HARAÇ tahsil etmektedirler. Çünkü hem işletenleri riziko gerçekleştiğinde gerçek zararı ödeme-yerek zarar ile başbaşa bırakmakta, hem İşletenler ne olursa olsun primi -ki prim Hazine Müsteşarlığınca belirlenmektedir-ödemek zorunda kalmakta, hem de trafik kazası mağdurları zararlarını karşılama garantisinden mahrum bırakılmaktadır. Bunun adı prim değil haraçtır.

Hazine Müsteşarlığı’nca hazırlanan ve Sigortacılık Kanunu’nda değişiklik yapılmasını düzenleyen yasa teklifi 2014 yılında yine bir torba kanun içine saklanarak TBMM Bütçe Plan komisyonuna sevk edilmiş ancak araya giren seçimler nedeniyle gündemden kaldırılmış ise de hemen akabinde 1 Haziran 2015’te yürürlüğe sokulan Trafik Poliçesi Genel Şartları ile düzenleme yapılmış ancak hem Türkiye Barolar Birliği hem de Ankara Barosu tarafından bu genel şartların iptali için Danıştay’da dava açılmıştır,

İşte bu mücadele sürerken 6704 sayılı Torba Kanun hazırlanmış ve tüm yayın organları “65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz Ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmündeki Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” hakkında haber yaparken sadece birinci ve ikinci maddede aslında var olan 2022 sayılı yasa değişikliği ön plana çıkartılarak, üçüncü, dördüncü, beşinci maddesi ve onyedinci maddesiyle 2918 sayı-

lı Karayolları Trafik Kanunu'nda yapılan değişiklikler kamuoyunun bilgisinden gizlenmiştir.

II. 6704 Sayılı Yasa ile Yapılan Düzenleme 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55. Maddesine Aykırıdır:

“65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık bağlanması Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmündeki Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 3. Maddesi TBK. 55. Maddesine aykırıdır. Şöyle ki;

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 55. Maddesi amir hüküm niteliğinde düzenlenmiş olup, aynen şöyledir:

“Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır.

Bu kanun hükümleri, her türlü İdarî eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır”

Bu madde çerçevesinde Borçlar kanununun 53. Ve 54. Maddelerinde düzenlenen destekten yoksun kalma ölüm halinde uğranılan zararlar ve bedensel zararların ilkeleri Borçlar Hukuku esaslarına göre yargısal ve bilimsel içtihatlarla düzenlenmiş olup, kanunun 55. Maddesi karşısında, Kanunun 3. Maddesi ile “zorunlu Sigortalar kapsamındaki tazminatlar ilgi genel şartlarla tespit edilen teminat İçeriği ve hesaplama esaslarına göre belirlenir. Zorunlu sigorta sözleşmelerinin feshine ilişkin esaslar ilgili genel şartlarla düzenlenir” şeklindeki hüküm ile trafik kazaları sonucunda meydana gelen ölüm ve bedensel zararların kapsamı ve hesabı Borçlar Kanununun kapsamından çıkartılmak istenmektedir”

Oysa TBK 55. Maddesinin gerekçesinde son derece isabetli olarak yapılmak istenen düzenlemenin amacının tüm yargı

yolları açısından (adli-idari-askeri) hesaplama ilkelerinde, sorumluluk sınırlarında birliği sağlamaktır. Sigortacılık, bu sistemden ayrı olarak değerlendirilemez. Özel nitelikte olan bir düzenleme ile kanunun emredici hükmü bertaraf edilmek istenmektedir. Halbuki İdari Yargı dahi bu düzenleme ile BK 55. Madde açısından hesap ilkeleri yönünden Borçlar Hukukuna tabi iken işletenin sorumluluğunu sigortalayan zorunlu mali mesuliyet sigortalarının ayrı ilkelere tabi olması düşünülemez. Zira bu Şekilde sadece sigorta Şirketi değil, genel Şartlarla Hazine Müsteşarlığının düzenlemesi çerçevesinde İŞleten ve sürücü de sorumluluktan kurtarıma çabası İçerisine girer ki bu **durum** açıkça sorumluluk hukukunun ilkelerine tamamen aykırıdır, oysa işleten ve sürücünün sorumluluğu, borçlar hukuku esaslarına tabidir ve hesaplama buna göre yapılır. Bu durum müşterek ve müteselsil sorumluluk esaslarına aykırıdır.

III - Bu düzenleme 2918 sayılı KTK 92. Maddesinin ruhuna aykırıdır:

Öte yandan Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasının kapsamı 2918 sayılı kanun 92. Maddesi ile ayrıca düzenlenmiş olup, getirilmek istenen düzenleme bu kanun hükmüne de açıkça aykırıdır. 2918, sayılı kanun 92. Maddesi Şöyledir:

Zorunlu mali sorumluluk sigortası dışında kalan hususlar:

Madde 92 - AŞağıdaki hususlar, zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı dışındadırlar.

- a) İŞletenin; bu Kanun uyarınca eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere karşı yöneltebileceği talepler,
- b) İŞletenin; eşinin, usul ve fruunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararlar nedeniyle İleri sürebilecekleri talepler,
- c) İŞletenin; bu Kanun uyarınca sorumlu tutulmadığı Şeye gelen zararlara ilişkin talepler,
- d) Bu Kanunun 105 inci maddesinin nc fıkrasına göre zorunlu mali sorumluluk sigortasının teminatı altında yapıla-

cak motorlu araç yarışlarındaki veya yarış denemelerindeki kazalardan doğan talepler,

- e) Motorlu araçta taşınan eşyanın uğrayacağı zararlar,
- f) Manevi tazminata ilişkin talepler.

Bu madde dışında işletenin, motorlu aracın işletilmesinden dolayı sorumluluğu 2918 sayılı kanunun 85. Maddesi ile düzenlenmiş olup, “Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle İşletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni halinde, motorlu aracın işleteni ve bağılı teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilin sorumlu olurlar.

2918 sayılı kanunun 90. Maddesi ise:

“Maddi ve Manevi tazminat:

Maddi tazminatın biçimi ve kapsamı ile manevi tazminat konularında Borçlar Kanunu’nun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır. Bu düzenleme dahi bedensel zararların hesap ilkelerinin Borçlar Kanunu kapsamında düzenleneceğine işaret etmektedir. Yeni yasa ile bu düzenlemenin Hazine Müsteşarlığına verilmek istenmesi açıkça Anayasanın 13. Maddesine aykırıdır. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu 55. Maddesi de bu yolla işlevsiz bırakılmış olacaktır. TBK 55.maddesi açıkça lafzı ve ruhu ile Sorumluluk Hukuku İlkeleri ve bu temelde hesaplama esasları olarak sadece Adli Yargıda değil, tüm Yargı Kolları’nda bağlayıcı bir sistem getirmiştir. Ancak, buradaki düzenleme ile, Hazine Müsteşarlığının İdari tasarrufta bulunması yetkisi verilerek yani genel şartlarla bu esasların düzenlenmesi yetkisi verilerek TBK 55. Maddesinin emredici niteliğine aykırı bir düzenleme meydana getirilmiş olacaktır.

Anılan şekilde Hazine Müsteşarlığının genel şartlar konusunda yapacağı düzenleme ile yargısal denetim dışında kalacaktır. Bu durum da sigorta sözleşmelerinde sigortalılar aleyhine kısıtlayıcı, sorumluluğu daraltan ve hatta kaldıran nitelikte bir düzenleme getirilmek istenmektedir. Oysa ki, gerek

Türk Ticaret Kanunu kapsamında, genel sigortacılık ilkeleri değerlendirildiğinde sorumluluğu kısıtlayan ilkeler getirilemeyeceği gibi, gerekse 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu 111. Maddesi ile ve bu Şekilde dzenleme yapılamayacağına amirdir.

2918 sayılı kanunun 91. Maddesi ise:

“Mali Sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğu:

İŞletenin, bu kanunun 85. Maddesi 1. Fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırılmaları zorunludur.

Bu erevede Mali Sorumluluk Sigortalarının sorumluluk sınırları 92. Madde dışındaki işletenin sorumlu tutulmadığı hallerde gözetilerek işletenin sorumluluğunun tamamına münhasır olup, bu sorumluluğu sınırlayan tek Şey her yıl Hazine Müsteşarlığı tarafından belirlenen limitlerdir, limit koyulması da esasen sigorta sözleşmesi koşulları gereğidir. Bunun dışında sigorta Şirketi kanuna aykırı dzenlemeler ile sorumluluktan çıkartılamaz. Zira bu husus açıkça Mali Sorumluluk Sigortası kavramına aykırıdır. Nitekim Mali Sorumluluk sigortası Genel Şartlarında da açıkça sigortanın kapsamı belirlenirken, “motorlu aracın işletilmesi sırasında, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir Şeyi zarara uğramasına sebebiyet vermiş olmasından dolayı 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu’na göre işletene düşen hukuki sorumluluğu, zorunlu sigorta limitlerine kadar temin eder.”

Yeni dzenlemede de benzer Şekilde tanımlama ile kapsam belirlenirken 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre sigortalıya düşen hukuki sorumluluk çerçevesinde **bu genel Şartlarla içeriği belirlenmiş tazminatları; kaza tarihi itibariyle zorunlu sigorta limitleri dahilinde ödemekle yükümlüdür.** Diyerek Genel Şartlarla tazminat ilkelerinin belirleneceğine işaret etmektedir.

Oysa 2918 sayılı kanun 111 maddesi 1. Fıkrasına göre:

Md. 111. “Bu kanunla öngörülen hukuki sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir.”

Gerek Zorunlu Mali Sorumluluk Poliçesi ve gerekse bunun eki niteliği taşıyan genel şartlar “anlaşma-sözleşme” niteliği taşımakta olup, sigortacı ve sigortalı arasında yasa gereği akdedilen işletenin (sigortalı) sorumluluğunu prim karşılığı ve limit kadar üstlenmeyi (sigortacı) taahhüt eden sözleşmelerdir. Kanunun böyle bir sözleşme veya anlaşma ile işletenin hukuki sorumluluğunun daraltılamayacağına amirdir. Sorumluluk ise 2918 sayılı kanun 90. Maddesine göre Borçlar Kanunu ile düzenlenecektir.

Bu koşullarda 5684 sayılı yasanın 13. Maddesine eklenmek istenen fıkra hem 2918 sayılı kanuna ve hem de 6098 sayılı TBK’na açıkça aykırıdır. Keza Anayasanın 17. ve 19. Maddelerine de aykırıdır, zira kişi dokunulmazlığının sınırları belirlenirken ancak “tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı hallerde’ vücut bütünlüğüne müdahale edilebileceği düzenlenmiş, 19. Md. ile de bu sınırlar belirlenmiştir.

Bütün bu normlar var iken, bu normlara aykırı şekilde Genel şartların düzenlenmesi yetkisi Hazine Müsteşarlığında olsa dahi bu yetkinin kullanılmasının yasal sınırlar çerçevesinde olması gereği göz ardı edilemez.

Bu çerçevede Hazine Müsteşarlığı tarafından düzenlenmesi ön görülen genel şartlar ile kanuna aykırı, yargısal ve ilmi içtihatlarla aykırı düzenleme yapılması 2918 s. Kan. 111. Md. nin amir hükmü karşısında kabul edilemez.

Kanunun 3. Maddesi ile değiştirilmek istenen KTK 90.maddesinin yeni şekli, KTK 111.maddesinin anlamını ortadan kaldırııcı niteliktedir. Bu düzenleme ile genel şartlar 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu amir hükmü olan 55. Maddesinin önüne geçilmek istenmekte, bu yolla idari tasarruflar kanun hükmünün önüne geçirilmektedir. Normlar Hiyerarşisini ortadan kaldıran, hukukun temel ilkelerine aykırılık teşkil eden bir husus olarak bu durum karşımıza çıkmaktadır.

Kanunun 4. Maddesi ile KTK 92. Maddesine eklenen hükümler ise genel anlamda 1.6.2015 tarihinde yürürlüğe giren karayolları trafik kanunu zorunlu mali mesuliyet sigortası genel şartları kapsamında olup, bu genel şartların iptali yönünde

Türkiye Barolar Birliği ve Ankara Barosu tarafından Danıştay nezdinde iptal dava açılmıştır. Türk Sorumluluk Hukuku'nda tazminat hesaplanmasına ilişkin ayrı bir mevzuat olmadığından TBK 55. Maddesinin yaptığı atfı da Yargıtay içtihatları ile Őekillenen istikrar bulmuş uygulamalar olarak değerlendirmek gereklidir, bu doğrultuda, anılan durumda Yargıtay'ın oluşturduğu Sorumluluk Hukuku esaslarına da aykırı bir düzenleme yapılmış olmaktadır.

Bedensel zararların tazmini ve destekten yoksun kalma tazminatının hesabında ana prensip, olay öncesi durumun ihya edilmesidir. Oysa kanunun genel Şartlara yaptığı atfı ve bu genel Şartlar ekinde Ek-1 ve Ek-2 ile getirilen hesaplama ilkeleri Borçlar Hukuku ilkelerine aykırıdır.

Sigorta aktüerlerinin teknik faiz uygulaması suretiyle esasında iskontolama ilkelerine aykırı olan düzenlemeleri Borçlar Hukuku'nun yaşama ihtimaline göre her bir yıl için muhtemel ömür süresince kazanılacak edimlerin hesap tarihine göre erken tahsili nedeniyle indirim anlamına gelen iskantolanması ile benzerlik içermemektedir. Ayrıca ölen kişinin veya sakatlanan kişinin sağlığındaki gelirinin ispatı konusunda sınırlamalar getirmektedir, bu da HMK'nın ispata ilişkin hükümlerine aykırıdır.

Bedensel zararların tazmininin uyuşmazlık konusu olduğu davalarda, temel sorunlardan biri de, senetle İŐpat kuralının ne ölçüde uygulanacağı konusudur. Bu temelde, belirtmek gerekir ki, senetle ispat kuralı açısından öncelikle HMK 200. Madde gereğince bir hukuki işlemin varlığının sorgulanması gereklidir. Bu konudaki değerlendirmeler için de, haksız fiili doğuran hukuki ilişkinin kökenine İnmek ve değerlendirmeyi o temelde yapmak gereklidir.

Haksız fiil sorumluluğu temelde ana hukuki ilişkiden doğmaktadır. Sözleşmesel borç ilişkisinden veya sözleşme dışı borç ilişkisinden haksız fiil sorumluluğu doğabilir. Bu temelde, haksız fiil sorumluluğunun doğmasına neden olan fiil, sorumlusuna yüklediği sorumluluğu da, söz konusu ilişki sözleşme ilişkisi ise, bir hukuki işlem ile yükleyebilecektir.

Sözleşmesel borç ilişkisinin, sözleşme sorumluluğunun yanı sıra haksız fiil sonuçlarından dolayı, sözleşmenin zeminin oluşturduğu hukuki ilişkide ispatı gereken bir konu olarak karşımıza çıkması olasıdır. Örneğin sigortacı ve sigortalı arasında beden tamlığının ihlalinin konu edildiği bir borç ilişkisinde, risk doğduktan sonra sigortalının, sorumluluğu belli şartlarla yükümlenen sigortacı ile aralarında ki sözleşme ilişkisi, hukuki işlem olduğundan bu işlemin ispatı da HMK 200. Madde kapsamında değerlendirilmelidir. Bu örnekten hareketle, poliçe şartları hukuki işlemin ispatı çerçevesinde HKM 200. Madde doğrultusunda senetle ispat zorunluluğu sınırları içerisinde değerlendirilmelidir. Bu ilişkiden bağımsız olarak, örneğin zorunlu karayolu malı sorumluluk sigortası, kapsamında kalan bir trafik kazasında sigortalının sorumluluğunda bir kişinin yaralanması olayında yaralanan kişi ile fail arasındaki ilişki ya da haksız fiil failinin eylemlerinden kusursuz sorumlu olan kişi ile haksız fiil mağduru arasındaki ilişki, bu anlamda hukuki işlem değil, hukuki fiil olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle de senette ispat kurallarının hukuki fiillerde uygulanmaması, sadece hukuki, işlemleri kapsamaması nedeniyle fail-mağdur, failin eyleminden kusursuz sorumlu- mağdur arasındaki hukuki ilişkide, özellikle zararın ispatı için kesin delil ile ispat kurallarının uygulanmayacağını ifade etmek kanımızca isabetli olacaktır.

Beden tamlığının ihlaline bağlı olarak meydana gelen zararın ispatı konusunda ise, hiçbir şekilde bir hukuki işlem den söz etmek kanımızca olanaklı olmayacaktır; zira bu konuda, taraflar arası hukuki ilişkide, sözleşme ilişkisi bir hukuki işlem olarak kabul edilse bile, verilen zararın niteliği ve miktarı açısından bakıldığında, işlem den çok fiil ön plandadır. İnsan bedeninin, hiçbir şekilde ticarî bir değeri veya bir başka deyişle tedavül değerinin "hukuken" olamayacağı, Türk Hukuku açısından MK 24. Madde ve devamı yönünden esastır. Ancak, verilen zararın ekonomik yansımaları ve ekonomik olarak doğurduğu sonuçlar açısından, önceden kurulmuş, tasarlanmış ve karşılıklı işlem niteliğinde bir tespit yapılmamış olması yaşam deneyi kuralları veya Yargıtay'ın ifadesi ile hayatın olağan akışı içinde beklenen bir durumdur.

Beden tamliğının ihlaline bağlı zarar miktarının belirlenmesinde hukuki fiilin sonucu olarak bir değerlendirme yapıldığından, zararın belirlenmesini temel alınan unsurlar da kesin delil ile ispatlanmak zorunda değildir. Ancak bu konuda, hakim tam bir vicdani kanaate sahip olması sağlanmalıdır. Takdiri deliller ile de ispatın olanaklı olduğu bir ispat rejiminde hakimin Anayasal bir sorumluluğu olan vicdani kanaatin tam olarak gerçekleşmesi aranmalıdır. Yargıtay, zararın ispatlanmasında aslında birçok içtihadı ile hesap yöntemleri ve toplanması gereken deliller yönünden uygulayıcılara yol göstermiş ve ilke kararları vererek adeta Türk Sorumluluk Hukuku'nu somutlaştırmıştır.

Yargıtay içtihatlarında benimsenen bu yöndeki bir nokta da gelirin her türlü delille yukarıdaki esaslar nedeniyle ispatlanabileceği noktasıdır. Bu temelde, emsal gelirlerin de nazara alınması gerektiğinin üzerinde durmaktadır.

Tamamen Sorumluluk Hukuku içinde yerleşik uygulama halini alan ve gene içtihatlarla oluşturulan destek süresi, aktif ve pasif çalışma süresi Hazine Müsteşarlığı tarafından belirlenecek esaslar ile hesaplanamaz. Bu konuda genel kabul ile, yaşam tabloları ve Sosyal Güvenlik Mevzuatı (5510 sayılı yasa başta olmak üzere) emeklilik yaş sınırlarının esas alınması gereklidir.

O halde:

Yeni genel şartların irdelenmesine bakacak olursak:

Sağlık Giderleri Teminatı:

“Üçüncü kişinin trafik kazası dolayısı ile bedenen eski haline dönmesini teminen yapılan tedavi giderlerini içeren tazminatdır. Kaza nedeniyle mağdurun tedavisine başlanmasından itibaren mağdurun sürekli sakatlık raporu alana kadar tedavi süresince ortaya çıkan bakıcı giderleri ile geçici iş göremezlik giderleri sağlık giderleri tazminatı kapsamındadır, ilgili teminat dolayısı ile sigorta şirketinin ve güvence hesabının sorumluluğu 2918 s. Karayolları Trafik Kanunu'nun 98. Maddesi hükmü gereğince sona ermiştir// denilmektedir.

Oysa 6098 sayılı TBK 54. Maddesinde bedensel Zaralar sayılmış olup;

1. 1-Tedavi Giderleri
2. - Kazanç Kaybı
3. - Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar
4. - Ekonomik geleceğın sarsılmasından doğan kayıplar.

Hemen belirtmek gerekir ki, Tedavi Giderleri= Sağlık Hizmet Bedelleri değildir. Sağlık Hizmet Bedelleri 6111 sayılı kanununun 59. Madde ile 2918 sayılı kanun 98. Maddenin değışen şekli şöyledir:

“Trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağılı hastaneler ve diğeri bütün resmi ve Özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır.”

25.2.2011 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan bu hüküm ile sigorta şirketleri kendilerince tahsil edilen Sağlık teminatı primlerinin %15'lik kısmını Sosyal Güvenlik Kurumuna aktarılmak üzere bakanlığa yatırarak Sağlık Hizmet Bedellerine ilişkin (hastanelerde verilen Sağlık Hizmet Bedelleri) sorumluluktan kurtulmaktadırlar. Ancak Sağlık Hizmet Bedelleri tedavi giderlerinin içerisinde olmakla beraber daha dar kapsamlı giderlerdir. Nitekim tedavi gideri kapsamında tahsil edilen primlerin de tamamı değil sadece %15'lik kısım aktarılmaktadır. %85'lik prim bölümü sigorta şirketinin uhdesinde kalmaya devam etmektedir. Kazazedenin hastane giderleri dışında kalan protez - ortez - tekerlekli sandalye - daimi bakıcı giderleri - periyotlar halinde tekrarlanacak muayene, kaplıca- ılıca v.s. tedavi kürleri de, ilmi ve kazai içtihatlarla tedavi giderleri kapsamında olup, bu teminat kapsamına ulaşım - olağın dışı işe - ibate giderleri, kazanç kaybı - geçici iş göremezlik de dahildir.

Oysa 6111 sayılı kanun ile değışen 98. Madde de Sağlık Hizmet Bedelleri'ne atfı yapılırken diğeri zararlar konusunda 2918

sayılı kanunun 90. Maddesi ile genel hükümlere ve özellikle Borçlar kanuna atıf yapılmıştır.

Bu çerçevede tedavi giderlerinin tamamından dolayı Sigorta Şirketleri ve Güvence Hesabının sorumluluğunun kalmadığına ilişkin düzenleme sorumluluğu sınırlandırıcı nitelik taşıdığından 2918 sayılı kanun 111, Maddesine aykırıdır.

Ayrıca Sürekli Sakatlık Tazminatı, kazazedenin tüm tedavilere rağmen, kaza öncesindeki sağlık ve vücut bütünlüğünü elde edemeyerek meydana gelen genel vücut çalışma gücü kaybıdır. Bu teminat veya tazminat kapsamına sürekli bakıcı giderleri dâhil edilemez, zira bu teminat iş gücü kaybı teminatıdır. Bu kapsama 3. Kişiyeye tedavi-bakım için ödenecek ücretler dahil edilemez, sürekli bakıcı gideri ömür boyu tedavi gideridir. Yargıtay içtihatları ile bu ücretin brüt asgari ücret olacağı belirtilmiş olup, belgeye bağlanması değil, rapora (bakıcı ihtiyacı raporuna) bağlanması gereklidir. Ayrıca Ek-3 de belirtilen parametrelerin arasında bulunan katsayı saptanmasında alınan ölçütler de genel ilkelere aykırıdır. Bakıcı ihtiyacı olup olmadığına hekim raporu (adli tıp/Sağlık Kurulu raporu v.b.) belirler. Sadece iş gücü kaybı oranına göre ve ayrıca katsayı uygulanması tazminat hukuku ilkelerine aykırıdır.

IV - Teminat Dışı Haller Başlığı Altındaki Düzenlemeler Borçlar Hukuku Genel İlkelerine Aykırıdır:

2918 sayılı kanunun 92. Maddesinde getirilmek istenen sınırlama :

- (g)“Hak sahibinin kendi kusuruna denk gelen tazminat talepleri
- (h)İlgililerin sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan tazminat talepleri
- (i)Bu kanun çerçevesinde hazırlanan zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları ve ekleri ile tanımlanan teminat içeriği dışında kalan talepler”

şeklinde getirilmek istenen hüküm ile genel şartlardaki aşığıdaki düzenleme örtüşürölmek istenmektedir. Ancak bu

hem sigorta hukukunun hem de sorumluluk hukukunun ana ilkeleri ile örtüşmemektedir.

Trafik Sigortası Genel Şartlarının A-6 “Teminat Dışında Kalan Haller” maddesinde 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;”

Böyle bir düzenleme 2918 sayılı kanun 92. Maddesinde olmadığı gibi, destekten yoksun kalma zararına uğrayan hak sahiplerinin, destekten bağımsız olan talep haklarının ihlali niteliğini taşıyor, nitekim bu konu Yargıtay’ın daireleri arasında ve zaman içerisinde aynı dairelerinde de tartışmalara uğramış fakat Hukuk Genel Kurulunun Kararları İle netleşerek daireler yönünden de istikrara kavuşmuştur. Bu konuda Hukuk Genel Kurulunun 22.2.2012 gün ve 2011/17-787 E. 2012/92 K, Sayılı İçtihadının gerekçesi çok açık ve nettir:

“Motorlu araçların işletilme tehlikesine karşı zarar gören üçüncü şahıslar, korumak amacıyla getirilmiş olan bu düzenleme ile ön görülen sorumluluğun bir kusur sorumluluğu olmayıp, sebep sorumluluğu olduğu; böylece araç işletenin sorumluluğunun sebep sorumluluğunun ikinci türü olan tehlike sorumluluğuna ilişkin bulunduğu, öğretide ve yargısal içtihatlarla kabul edilmektedir.

2918 s. Kan. 86. Md, sinde ise bu kanunun 85. mad. de düzenlenen sorumluluktan kurtulma ve sorumluluğu azaltma koşullarına yer verilmiştir, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 111. Maddesine göre sınırlayıcı düzenlemelerin sözleşme ile yapılamayacağı gözönüne alındığında bir sözleşme eki olan (poliçe eki) genel şartlarla sınırlama getirilemeyecektir. Bu düzenleme Karayolları Trafik Kanunu’nun 111. maddesine açıkça aykırıdır.

Bu düzenlemelere göre araç işleteni veya araç işleteninin bağlı bulunduğu teşebbüs sahibi kendisinin veya eylemlerin-

den sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulabilecek; sorumluluktan kurtulamayan işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi İse kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse. hakim, durum ve Şartlara göre tazminat miktarını indirebilecektir.

Burada kanun koyucu zarar görenin kusuru nispetinde indirim yapılabileceğini ön görmüş ve indirimi zorunlu tutmayarak hakimin takdirine bırakmıştır.

Kanun koyucu, açıklanan düzenlemeler yanında 2918 s. KTK.nın 91. Mad. de işletenin aynı kanunun 85. Mad.nin 1. Fıkrasına göre olan sorumluluğunun karşılanması sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptıрма zorunluluğunu getirmiştir.

Hemen belirtilmedir ki, işletenin sorumlulukları hukuki nitelikçe tehlike sorumluluğuna ilişkin bulunmakla, işletenin hukuki sorumluluğunu üstlenen zorunlu sigortacının 91. Maddesinde de düzenlenen sorumluluğu da bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Öyle ise, hem işleten hem de sigortacının sorumluluğu, hukuki niteliği itibariyle tehlike sorumluluğuna İlişkin bulunduğundan, uyumsuzluğın bu çerçevede ele alınıp, çözümlenmesi gerekmektedir.

2918 sayılı KTK nın “Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Dışında Kalan Hususlar”başlıklı 92. Md. de

“AŞağıdaki hususlar. Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası kapsamı dışındadırlar:

- a) İŞletenin, bu kanun uyarınca eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere karşı yöneltebileceği talepler,
- b) İŞletenin; eşinin, usul ve fürunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri talepler,

- c) İŞletenin; bu kanun uyarınca sorumlu tutulmadığı Şeye gelen zararlara ilişkin talepler,
- d) Bu kanun 105. Maddesinin üçüncü fıkrasına göre Zorunlu Mali Sorumluluk sigortasının teminatı altında yapılacak motorlu araç yarışlarındaki veya yarış denemelerindeki kazalardan doğan talepler,
- e) Motorlu araçta taşınan eşyanın uğrayacağı zararlar,
- f) Manevi tazminata ilişkin talepler.” Hükümü ile zorunlu trafik sigortacısının, hangi zararlardan sorumlu olmadığı düzenleme altına alınmış; burada örneksene yoluna gidilmeyip; tek tek ve tahdidi olarak sorumlu olmayan haller sıralanmıştır.

Bu noktada üzerinde durulması gereken hususlardan birisi, 2918 sayılı KTK'nın 92/b maddesinde yer alan “işletenin, eşinin, usul ve fûrunun kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri taleplerin ZMSS kapsamı dışında olduğuna” ilişkin hükümlerdir.

Bu hükümlerle kanun koyucu; tehlike sorumlusu ZMSS sigortacısının sorumluluğu kapsamında sadece tehlike sorumlusu olan işletenin eşinin, usul ve fûrunun kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararları çıkarmıştır.

Şu haliyle, anılan kişilerin mallarına gelen zararlar dışında kalan ölüm ve yaralanmaya ilişkin cismani zararlar ise sigortacının sorumluluğu kapsamında bırakılmış; böylece tehlike sorumlusunun yakınlarının dahi belirtilen anlamda sigorta kapsamında olduğu benimsenmiştir.

Araç sürücüsünün veya yakınlarının talepleri İse 92. madde kapsamında yer almamakla sigortacının sorumluluğu kapsamında kabul edilmiştir.

Yargıtay İctihadı birleştirme Büyük Genel Kurulu 6.3.1978 tarih ve 1/3 sayılı kararının gerekçesinde de:

Destekten yoksun Kalma Tazminatının eylemin karşılığı 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.

Önemle vurgulanmalıdır ki, BK 45/II. Maddesine göre destekten yoksun kalma tazminatı, desteğin mirasçısı olarak geride bıraktığı kişilere değil, desteğinden yoksun kalanlarına aittir. Destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilecek kişiler, mirasçılardan başka kişiler de olabileceği hususunda bir ihtilaf yoktur. Murisin trafik kazasından kaynaklanan bir sorumluluğu söz konusu olduğunda ve koşullar oluŐtuđunda mirasçılar bundan sorumlu olduğu halde, aynı olay nedeniyle destekten yoksun kalan ve fakat mirasçı olmayan kişiler bundan sorumlu değildir.

Davacıların destekten yoksun kalma tazminatı talebine dayanak olarak gösterdikleri zarar; işletenin ölümü sonucunda meydana gelmekle birlikte işleten üzerinde doğan bir zarardan ayrı ve salt onun desteğinden yoksun kalınması olgusuna dayalı, mirasçılık sıfatıyla bağlı olmaksızın uğranılabilen bir zarardır. Böyle bir zararın işletenin kendisinin sahip olacağı hakla bir ilişkisinin olmadığı gibi, doğrudan işletenin zararıyla bağlı ve onunla sınırlı bir zarar da değildir. İŞletenin ölümü zarar doğuran olay olmakla birlikte, zarar doğrudan üçüncü kişi durumundaki destekten yoksun kalanlar üzerinde oluşmuştur. Buradaki zarar, mirasçıların salt bu sıfatla devraldıkları murislerinin uğradığı ve ondan intikal eden bir zarar da değildir.

Hal böyle olunca; aracı kullanan Şoförün tam kusuruyla meydana gelen kazada, aynı zamanda onun eyleminden sorumluluğu nedeniyle kendisi de tam kusurlu kabul edilen işletenin ölümü nedeniyle talep edilen destek zararının, ölenin değil üçüncü kişi durumundaki destek tazminatı isteklilerinin zararı olduğu kabul edilmelidir.”

Burada üzerinde durulması gereken diğer bir hususta; kazanın meydana Gelmesinde tam kusurlu olan araç Şoförünün

eylemlerinden sorumlu tutulan ve bu nedenle tam kusurlu olduğu kabul edilen işletenin, bu kusurunun, zorunlu trafik sigortacısı aleyhine açılan davanın davacıları olan üçüncü kişi durumundaki destekten yoksun kalanlara karşı ileri sürölüp sürölmeceğidir.

Hukuk Genel Kurulu'nun 15.06.2011 gün ve 2011/17-142 E., 2011/411 K, Sayılı İlamında mali sorumluluk sigortası ile sigortalı araç sürücüsünün mirasçılarının açtığı destekten yoksun kalma tazminatı davasında da kanun kapsam dışılığı düzenleyen 92. maddesinde araç şoförünün desteğinden yoksun kalanların İsteyebileceğı tazminatların kapsam dışı olduğuna dair bir düzenlemeye yer verilmediğı ve sürücüsünün desteğinden yoksun kalanların üçüncü kişi olduğu kabul edilerek zorunlu mali sorumluluk sigortacısından tazminat talep edebilecekleri kabul edilmiştir.

KTK 92. Maddesi de meri hali ile Türk Sorumluluk Hukuku ve Sigorta Hukuku ilkeleri ile uyumludur. Yukarıda Yargıtay içtihatlarındaki bakış ile de değerlendirildiğı gibi destekten yoksun kalma zararı öleden mirasen intikal eden bir zarar değildir ki destek kusurundan dolayı kusur indirimi yapılabilir. Ayrıca destekten yoksun kalma tazminatı yansıma yoluyla intikal eden bir zarar olmadığı için ve doğrudan doğruya destekten yoksun kalanların kendi malvarlıklarında meydana gelen zarar olduğu için desteğin kusuru İndirim sebebi olamaz. Destekten yoksun kalanlar sigortalı ve sigortacı dışında üçüncü kişidirler ve 2918 sayılı KTK 85. Maddesi üçüncü kişilerin zararlarının giderilmesini hedeflemektedirler.

V- Hazine Müsteşarlığının İşbu Değışikliğı Göre Düzenlediğı Yeni Genel Şartlar Kanuna Aykırıdır:

Sigorta şirketinde görev yapan ve hukukçu olmadığı için sadece sigorta ve karlılık parametrelerine endeksli olarak görev yapanlardan bu konuda hukuk mantığını anlamalarını beklemek belki biraz hayal olsa dahi, şu konuda çok net ve açık olarak bilgi sahibi olması beklenen Hazine Müsteşarlığının 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu 92. Maddesi ile getirilmeyen

bir sınırlamayı kanuna aykırı olarak genel şartlar içerisine almış olmasını kabul etmek mümkün değildir.

Aynı nedenlere Genel Şartların ekinde yer alan ek:2 ve ek:3 hesaplama yöntemlerinin düzenlemesini içeren ilkeler de Borçlar Hukukunun değişik sigorta aktüerlerinin kabul ettiği ve 1993 yılından beri yargıya dayatılmak isteyen ilkelerdir. 1993 Yılında Ankara Üniversitesi'nde, Hukuk Fakültesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü'nde düzenlenen Ölüm ve Cismani zarar hallerinde zararın ve tazminatın hesap edilmesi sempozyumunda aynı ilkeleri sigorta aktüeri Fahri Karakaő savunmuş, bu İlkeler kabul edilmeyerek, Prof. Dr. Tahir ÇAĞA'nın sunumu gözetilerek ortalama gelir esasından vazgeçilerek progresif rant ilkesi gereği işleyecek zarar hesabında yıllık peşin değer iskontosunun 1/kn formülü ile hesaplanması ilkesi benimsenmiş keza 1994 yılından beri de yıllık gelir artışının %10; iskontonun da %10 olması kabul edilmiştir.

Aktüerler ve sigorta şirketleri sadece matematiksel verilerle ilgilenirler, hukuki değerlendirmelerden ve parametrelerden uzaktırlar. Bu açıdan tazminat hesaplamalarında sigorta aktüerlerinden ziyade sigorta ve tazminat hukukuna vakıf bilirkişilerin hesaplamaları hukuk- tazminat değerlendirmelerine uygundur.

Genel Şartlara eklenmek istenen görüşler 2010/4 Sayılı Müsteşarlığının genelgesiyle sigorta şirketlerine bildirilmiş İse de %1 teknik faiz/CSO 1981 veya TRH 2010 yaşam tablolarının ve devre başı ödemeli belirli süreli Rant sigorta formüllerinin kabulü önerisi de Yargıtay tarafından kabul görmemiştir.

5510 Sayılı yasanın yürürlüğünden sonra Sosyal Güvenlik Kurulunca TRH 2010 yaşam tablosunun uygulanması ve % 5'lik teknik faiz uygulanması İse keza hesap tekniklerinin farklılığı gözetilerek yine İş kazalarında hak sahiplerinin zarar hesabında mahkemelerce uygulanmamaktadır, esasen TBK 55. Maddenin getiriliő gerekçesi de hesaplamalarda birliğin temin edilmesidir. Oysa yapılan bu derişiklik yeniden farklı hesaplamalara yol açacak hak sahiplerinin sigorta şemsiyesine giremeyen zararlarının karşılanamaması riskinin yanında, zaten olay

nedeniyle mağdur olan kişilerin karlılıktan başka hedefi olmayan sermayeye haksız olarak ezdirilmesine neden olacaktır.

Yargıtay uygulamalarında sağ eşin yaşam Şansı değerlendirilerek hesap yapılırken aktüerlerce sağ kalanın yaşama Őansının yanında Ölüm İhtimaline göre de ayrıca iskonto yapılmakta bu yolla yapılan hesaplama, mortalite tablolarının genelgeyegöre uygulanması halinde daha düşük tazminatlara neden olmaktadır. Maalesef insan hayatı ucuzlatırken sigorta Şirketlerinin kar marjı esas alınmaktadır.

VI - 6704 Sayılı Yasanın 17. Maddesiyle 4925 Sayılı Karayolu Taşıma Kanunu'nun 3. Maddesinin Değerştirilmesi Yolculuk Güvencesini Kaldırmaktadır:

6704 sayılı yasanın 17. Maddesiyle 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu'nun 3. Maddesinde yer alan Sorumluluk Sigortası" yürürlükten kaldırılmakta, yolcuların İkinci güvencesi iptal olmaktadır.

Bu düzenleme İle yürürlükten kaldırılan 17, 18, 19, 20, 21, 22, ve 23. Maddeleriyle karayollarında yolcu taşıması yapan taŐıyıcılar, yolcuları taşıma akti kapsamında kalkış noktasından varış noktasına kadar sağ sağlim taşıma yükümlülüğünü sigorta etmek zorunluluğunda idiler. Böylece araç içinde biletli yolculuk yapan kişiler meydana gelecek herhangi bir rizikoya karşı hem taşımacılık sigortası ile hem de 2918 sayılı yasa gereğince yapılan Zorunlu Trafik Sigortası ile güvence altına alınmakta İdi. 6704 sayılı yasa İle bu sigorta iptal edilerek "sorumluluk sigortasından anlaşılması gerekenin 2918 sayılı kanunda yer alan Trafik Sigortası olduğu belirtilerek 4925 sayılı kanununun 17, 18, 19, 20, 21,22, ve 23. Maddeleri İptal edilerek yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu yolla taşımacılık yapan firmalar İçin ayrıca taşımacılık sigortası yaptırma zorunluluğu kaldırılmıştır. İşleten ile taŐımacının aynı kişi olduğu zamanda dahi ayrı sigorta yapılması sağlam bir güvence iken ayrı ayrı kişiler olması halinde taşıma yapan firmalar açısından sigorta güvencesi kaldırılmakta, sadece kimi zaman masa-sandalye firması olarak bilet kesen

firmalardan Türk Ticaret Kanunu gereğince taşıma yükümlülüğü akim kalacak, yolcuların zararı tazmin haklarının güvencesi olmayacaktır.

Tabii ki bu koşullarda karayolları taşımacılık zorunlu sigortası kaldırıldığından Güvence Hesabı da devre dışı kalmaktadır.

Karayollarında yolcu taşıyan binlerce firma prim ödemekten kurtulduğu gibi, esasen kurtarılan Güvence Hesabı olmaktadır. Radyo - televizyon programlarında Güvence Hesabı'nda biriken fonlardan vatandaş yararlanmıyor diyen yetkililer esasen bu fonları harcatmamak için vatandaşın elindeki güvence-leri de kaldırmaktadırlar. Artık otobüs yolculukları daha güvensiz hale gelmiştir.

II - Anayasaya aykırılık nedenleri.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 5. Maddesiyle Devletin temel amacı ve görevleri belirtilirken:

“Kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşamayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır” temel ilkesini koymuştur. 6704 sayılı yasada getirilen sınırlama ile kişinin Anayasanın 17. Madde ile koruma altına aldığı bedensel varlığına yapılan tecavüzler karşısında korumak amaçlı olarak trafik kazası mağduru olanların maddi varlığını güvence altına almak üzere 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu ile Sigorta teminatı zorunluluğu getirilmiş ve bu teminata ilişkin hükümlerin sorumluluk hukuku ve Borçlar Kanunu çerçevesinde düzenlenmesi öngörülerek hesaplama yönünden sadece bazı istisnaları Kanunun (2918 sayılı kanunun) 92. Maddesiyle düzenlemiştir.

Bu çerçevede, karayolunda trafiğe çıkan her aracın Karayolları Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası yaptırmak zorunluluğu

bulunmaktadır. Araç işletenleri tarafından yapılacak bu sigorta ile işletenlerin, aracın işletilmesi nedeniyle 3. Kişilere vermeleri muhtemel zararları sigorta koruması altına alınmakta olup, bu koruma iki yönlü bir fonksiyon taşımaktadır. Birinci yönüyle trafik kazası mağdurlarını, malen zayıf durumda olabilecek işletenlerin tazmin edememe riskine karşı korumakta; ikinci yönüyle işletenlerin belirli bir prim ödemesi karşılığında uğrayabilecekleri malvarlığındaki eksilme rizikosunu teminat altına almaktadır.

6704 sayılı yasanın 3. Maddesi ile 2918 sayılı karayolları Trafik Kanununun 90. Maddesi deđiŐtirilerek Kanun kapsamında ödenecek tazminatların Genel Şartlarla düzenlenen esaslar çerçevesinde hesaplanacağını, bunun dışındaki düzenlenmeyen hususlarda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun haksız fiillere İlişkin hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir.

Meydana gelen zararın, bedensel bir zarar olarak haksız fiilden doğduğu doğrudur. Bu bağlamda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 55. Maddesi ile her türlü beden tamlığının ihlali ve ölüm halinde destekten yoksun kalma zararlarının hesabının Borçlar Kanunu (bu kanun) ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre yapılacağı amir hükmü ile idari yargı sorumluluğunda olan davalarda da bu ilkenin uygulanacağını özellikle belirtmiş; bu konuda Anayasa Mahkemesine açılan iptal istemi de reddedilerek. Bedensel Zararların ve Destekten Yoksun Kalma Zararlarının hesap ilkelerinin tekleŐtirilmesi ilkesi desteklenmiştir. Oysa 6704 sayılı yasa ile Sigorta Şirketleri özel hesaplama ilkeleri ile korunmak istenmektedir.

Hesap İlkelerinin Başbakanlık Hazine Müsteşarlığınca idari bir tasarrufla düzenlenmesi ise kişi hak ve özgürlüklerinin ancak kanunla sınırlanabileceğine dair Anayasanın 13. Maddesine aykırıdır. Zira;

2918 sayılı kanunun 91 maddesi ile yapılması zorunlu olan Mali Sorumluluk sigortası kapsamında işletenlerin sorumlulukları sigorta güvencesine alınmaktadır. İŞletenlerin sorumlu-

lukları 6098 sayılı kanuna göre sorumluluk hukukunun yargı kararlarıyla Őekillenen esaslarına göre TBK 55. Maddesine göre hesaplanırken; sigortaların sorumlu olacakları “Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası kapsamındaki tazminatlar” Hazine Müsteşarlığının İdari tasarrufla belirleyeceği İlkelerle ödenecektir. Bu ise hem Erkların ayrılığı ilkesini düzenleyen 6. ve 8. maddelerine aykırıdır. Zira hesaplama ilkelerini düzenlemek bir yargı erkidir; hem de Hazine tarafından sadece sigorta Şirketlerinin himaye edilmesi ise Anayasanın 10. Maddesi ile getirilen “Kanun önünde EŞitlik” ilkesine aykırı olup Sigorta Şirketleri” sınıfına imtiyaz tanınmaktadır.

Sorumluluk Doğuran olay trafik kazası ise araç sürücüsü işleten ve sigorta Şirketi müŐtoreken ve müteselsilen sorumludur, işleten, sürücüsünün verdiği zarardan sorumlu olup, işletenin bu sorumluluğunu poliçe limiti dahilinde sigorta Şirketi üstlenmektedir. Bu düzenleme ile haksız fiil faili olan sürücü TBK 49. Maddesine göre ve Borçlar Hukuku ilkelerine göre hesaplanan tazminatı, işleten ile birlikte öderken; sigorta Şirketi peşin aldığı primlerle yükümlendiği rizikoyu yine kendi sistemi ile hesaplayarak minimum tazminatı ödeyerek imtiyazlı bir Şekilde korunacaktır. Bu husus açıkça Anayasanın 10. Maddesine aykırıdır.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 91. Maddesiyle Sözleşme Yapma (Trafik Poliçesi yapma) yükümlülüğü getirilmiştir. Bu husus Anayasanın 48. Maddesi ile düzenlenen sözleşme hürriyetinin kanunla sınırlanmasıdır. Anayasanın 13. Maddesi ile böyle bir sınırlamaya cevaz verse dahi bu takdirde sınırlamada ölçülülük ilkesi çerçevesinde ve mağdurları korumaya yönelik nedenlerle yapılması amaçlanmıştır. Nitekim sözleşme yapılması zorunluluğu, sözleşme yapma hürriyetinin sınırlanması ise de sonuç itibariyle trafik kazası mağdurlarının korunması amaç edindiği için Anayasa’ya aykırı değildir. Oysa zorunlu olarak yapılan sözleşmede sigorta Şirketlerine imtiyaz tanınarak onlar lehine bir sınırlama getirilmesi işletenin mal varlığını korumak yönündeki mülkiyet

hakkının korunmasına dair hükümlere ve mağdur olan kazazedelerin zararlarının tazmininde mağdurlar lehine değil, sorumlu lehine imtiyaz tanınarak ölçölülük ilkesi ihlal edilmiş, Anayasanın 13. Maddesi ve 10. Maddesine aykırı bir düzenleme getirilmiştir.

Bütün bu düzenlemeler çerçevesinde mağdur olan hem işle-ten yani poliçe düzenlemeye zorunlu olan ve yüksek primleri adeta haraç gibi ödemek zorunda kalan ama karşılığında mali yönden korunma teminatını alamayan akit sigortalı hem de kaza mağduru olan bedensel yönden zarara uğrayan veya ölen kazazedenin desteğinden yoksun kalanlardır. İmtiyazlı sınıf ise sigorta şirketleridir.

6704 sayılı yasanın 5. Maddesi ile değiştirilen 2918 sayılı kanunun 99. Maddesinde zarara İlişkin ibrazı zorunlu belge-ler olarak belirtilen “kaza veya zarara ilişkin tespit tutanağı-ını veya bilirkişi raporunu ibrazın yeterliliğini de değiştirerek bu hususu da Genel Şartlarla düzenleneceğine atıf yapmıştır. Oysa bu hususta çıkartılan veya ileride çıkartılması olası sınır-lamalar zararın her türlü delil ile ispat edilebileceğini düzen-leyen Sorumluluk Hukuku ve Borçlar Kanunu İlkelerine ve özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanununa aykırıdır. Nitekim iptali için Danıştay da ikame edilen davaya konu 2015 tarihli Genel Şartlarla ispata yarar deliller sınırlandırılmış, bu yolla savunma hakkı, hak arama özgürlüğü sınırlandırılmıştır. Ana-yasanın 36. Maddesi “Herkes, meşru vasıta ve yollardan fay-dalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılama hakkına sahiptir” ilkesini düzenlemiş olup, bu çerçevede yargılama aşamasında HMK nın tanımış olduğu ve sorumluluk Hukuku tarafından kabul gören ispatı vasıtalarını kullanarak iddiasını ispat edebi-lirken. Bu madde ile ispat için Genel Şartlarla - İdari tasarrufla sınırlama yapılacağı belirtilmektedir - ki bu husus hak arama özgürlüğünün Anayasanın 10. Ve 13. Maddeleri hilafına kısıt-lanmasıdır.

SONUÇ : Yukarıda belirtmiş olduğumuz gerekçelerle, 26 Nisan 2016 tarihli Resmi Gazetede Yayınlanarak yürürlüğe giren 6704 sayılı yasanın 3,4, 5 ve 17. Maddesinin Anayasanın 6,8, 13. ve 35. Maddelerine aykırılığı nedeniyle İPTALİ gerekir.

- [1] Güleç Uçakhan, Sema, Maddi Tazminat ve Hesaplanması, Ankara 2014, s. 28
- [2] Hukuki işlem, öğretide, belli bir hukuki sonuç yani bir hakkın veya hukuki ilişkinin doğumu, değiştirilmesi, ortadan kaldırılmasını meydana getirmeye yönelen tek taraflı, İki taraflı veya çok taraflı irade beyanı olarak tanımlanmıştır, Kuru, Baki/Yılmaz, Ejder/Arslan, Ramazan, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2011, s.405
- [3] Kuru / Yılmaz / Arslan, s.405, Karlı, Abdurrahman, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2011, s. 498

ÖLÜMLERDE VE BEDENSEL ZARARLARDA TAZMİNAT HESAPLARI

Çelik Ahmet ÇELİK

I- KONUYA BAKIŞ

1- Can zararları bir insan hakları sorunudur

Ölüm ve bedensel zararlar nedeniyle tazminat konuları, bir “**insan hakları**” sorunudur. Çünkü, hukukça korunması gereken en yüce hak “**yaşama hakkı**” ve buna bağlı olarak “**sağlık hakkı**”dır. Anayasa’nın 17’nci ve 56’ncı maddelerine göre “Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme; sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.”

İnsana verilen zararlar temel ve özel yasa, Borçlar Kanunu olup, 6098 sayılı TBK’nun 55.maddesinin gerekçesinde belirtildiği gibi, “**insan zararları** olarak da kavramlaştırılabilecek olan bu zararların hesabında **sorumluluk hukuku ilkele-ri** dikkate alınmalıdır. Tazminatın önleyici işlevi, insan hakkı karakteri gözetilerek, zarar vereni ödüllendirme sonucunu doğuracak yöntemlerden kaçınılmalıdır. Tazminat, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 1 Nolu ek-protokolün 1.maddesi kapsamında özel koruma görmektedir (Anayasa m.90). Yasaya ve hesaplama ilkelerine uygun olarak belirlenen ve denkleştirilen tazminatı artırıcı veya azaltıcı yönde bir müdahale, bu hakkın ve nesafet hukukunun mahiyeti ile bağdaşmaz.”

Konuya bu yönden bakmayan her anlayışta bir vicdan eksikliği aranmalı; hukuk ve adalet kavramlarını algılayışlarından kuşku duyulmalıdır.

Öte yandan, konuyla ilgili hakça ve daha adaletli çözümler aramak ve bunları tartışmak yerine, haksız eylem ve hukuka aykırı bir olay sonucu beden gücünü kaybeden veya ölen kişinin yakınlarının maddi ve manevi tazminat istemlerini bir

zenginleşme aracı olarak gören ve bu gerekçeyle tazminat haklarını sınırlamaya, kısıtlamaya kalkışan kesimlerin girişimleri de sorgulanmalıdır. Çoğu kez bu gibi kişi ve çevrelerin, zarar sorumlusu konumundaki **işverenleri** veya **sigortaları** koruma amacı güttükleri gözlemlenmektedir. Nitekim, geçmişten bugüne tazminat hesaplarıyla ilgili konferans ve sempozyumlarda, **tazminat istemlerinin hukuksal gerekçelerini tartışmak ve adaletli çözümler üretmek yerine, hesap formülleri üzerinde durulmakta; düşük miktartlı tazminat hesaplanmasının yolları aranmaktadır.** Aşağıda bunun iki örneğini vereceğiz:

2- Hukuka aykırı olarak tazminatı kısıtlama girişimleri önlenmelidir.

a) Birincisi, 1993 yılında Ankara Hukuk Fakültesi Banka Ticaret Enstitüsünde düzenlenen sempozyumda, sorumluluk hukukunun evrensel kuralları çerçevesinde tazminat unsurlarının hukuksal dayanakları üzerinde durulmak yerine, işverenlerin tazminatların yüksek hesaplandığı yakınmalarına çözüm aranmış; sonunda o yıla kadar düzenli ve tutarlı bir biçimde uygulanmakta olan kurallar, ilkeler ve dönem sonu rant formülleri bir yana bırakılarak “progressif rant yöntemi” adı altında kazançların hiç artmadığı, aynı rakamın eşit oranda artırılıp eksiltildiği yapay ve hiçbir anlamı olmayan bir yöntem Yargıtay’a benimsetilmiştir.

b) İkincisi, sigorta şirketlerinin yakınmalarına çözüm amacıyla, 6704 sayılı Torba Yasa ile 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 90,92,97,99 maddeleri değiştirilip, tazminat hakları sigorta genel şartlarına konulan kurullarla sınırlandırılarak, **Anayasa’nın kişilerin uğradıkları zararların tazminat hukukunun genel ilkelerine göre ödeneceği**’ne ilişkin 19/Son maddesine; 6098 sayılı TBK’nun 55.maddesinin “Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanacağı” hükmüne; 6102 sayılı TTK’nun 1451. maddesindeki “Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde, **sigorta sözleşmeleri hakkında Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır**” hükmüne aykırı, hukuk sistemimizi bozan bir uygulama yargıya dayatılmıştır.

3- Sigortalara sağlanan ayrıcalıkların sakıncaları

a) Haksız fiiller ve hukuka aykırı olaylar trafik kazalarından ve sigorta ödemelerinden ibaret değildir. Ayrıca, bir trafik kazasında ortaklaşa sorumlu olan işleyen ve sürücüye ayrı ve sigortalara ayrı hesaplama formülleri uygulanamayacağı gibi, Sigorta Genel Şartlarıyla dayatılan hesaplama yöntemleri tüm haksız fiillere; örneğın iş kazalarına, bina ve tesis sahiplerine, hekim ve hastanelerin sorumluluklarına, kamu kurumlarının hizmet kusurlarına ve devletin sosyal risk ilkesi gereği kusursuz sorumluluğuna uygulanamayacağına göre, sigorta şirketlerine sağlanan bu ayrıcalıklar (imtiyazlar) **Anayasa'nın** 10.maddesi 4.fıkrasındaki *“hiç bir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz”* hükmüne, 5.fıkrasındaki **“kanun önünde eşitlik”** ilkesine; gene Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlere ilişkin 13.maddesine ve **“hak arama özgürlüğüne”** ilişkin 36.maddesine aykırıdır.

b) Karayolları Trafik Kanunu'nun değiştirilen 90.maddesinde *“Zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatlar, bu Kanun ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda öngörülen usul ve esaslara tabidir”* denilmiş olup, **“tazminat hesap unsurlarının** Hazine Müsteşarlığı tarafından yürürlüğe konulacak sigorta genel şartlarına göre belirlenecek olması, Anayasa'nın *“kişilerin uğradıkları zararların tazminat hukukunun genel ilkelerine göre ödeneceğine”* ilişkin 19/Son maddesine; *“Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların, sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanacağına ilişkin”* 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55.maddesi hükmüne; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1451.maddesindeki *“Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde, sigorta sözleşmeleri hakkında Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır”* hükmüne aykırıdır.

c) Öte yandan, Karayolları Trafik Kanunu'nun değişiklikten önceki 90.maddesinde *“Maddi tazminatın biçimi ve kapsamı ile manevi tazminat konularında, Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır”* denilerek, trafik kazalarından sorumlu olan tüm gerçek ve tüzel kişiler hakkında aynı yasa

hükmü uygulanmakta iken, 6704 sayılı Torba Yasa ile yapılan değişiklikte 90.madde "**Zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatlar**, bu Kanun ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda öngörülen usul ve esaslara tabidir" biçimini almış; böylece sigorta Şirketlerine **ayrıcalık** tanınmıştır.

ç) Şuna dikkati çekmek istiyoruz: Değişen 90.maddenin açık anlamına göre, trafik kazalarında **Sigorta Genel Şartlarının** uygulanması "**zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatlar**" hakkındadır. Buna göre, sigorta Şirketinin yer almadığı, yalnızca işleten ve sürücüye karşı açılacak davalarda, Borçlar Kanunu'nun 55.maddesi uyarınca "**sorumluluk hukuku ilkelerine göre**" ve Anayasa'nın 19/Son maddesi gereği "**tazminat hukukunun genel ilkelerine göre**" tazminat hesaplanacak; eğer sigorta Şirketi dava edilmişse, Sigorta Genel Şartlarındaki kurallar uygulanacaktır. Bu, sigorta Şirketlerine tanınan ayrıcalık (**imtiyaz**) değil de nedir ? Bu düzenleme, , **Anayasa'nın** 10.maddesi 4.fıkrasındaki "**hiç bir kişiyeye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz**" hükmüne, 5.fıkrasındaki "**kanun önünde eşitlik**" ilkesine aykırı değil midir ?

d) Karayolları Trafik Kanunu'nun değiştirilen 97.maddeyiyle, bir dava açmadan önce sigorta Şirketine başvuru yapılacağı biçiminde bir "**dava şartı**" getirilmiş olup, aynı olayda ortaklaşa sorumlu olan işletene ve sürücüye karşı doğrudan dava açılabilirken, sigorta Şirketlerine tanınan bu ayrıcalık, **Anayasa'nın** 10.maddesi 4.fıkrasındaki "**hiç bir kişiyeye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz**" hükmüne, 5.fıkrasındaki "**kanun önünde eşitlik**" ilkesine; gene Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlere ilişkin 13.maddesine ve "hak arama özgürlüğüne" ilişkin 36.maddesine aykırıdır.

e) Gene KTK'nun değiştirilen 99.maddesinde, ispat hakkı genel şartlarda belirtilen belgelerle sınırlandırılmış bulunmakla, bu durum "**hak arama özgürlüğü**" ile "**kanıtlama hakkı**"nı "kısıtlayıcı" nitelikte olup **Anayasa'nın** 36.maddesindeki "**Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir**" hükmüne; 13.maddesindeki

“Temel hak ve hürriyetler,özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve **ancak kanunla sınırlanabilir**” hükmüne; 6100 sayılı Hukuk Yargılama Yasası’nın 27.maddesinin 2.fıkrası (b) bendindeki “**ispat hakkı**”na aykırıdır.

f) Sonuç olarak, **sigorta şirketlerinin çıkarları** doğrultusunda, Yasa değişikliği yapıp, trafik kazalarından zarar görenlerin tazminat haklarının ve sigorta şirketleri tarafından ödenmesi gereken tazminat miktarlarının, **Hazine Müsteşarlığı** tarafından (sigorta şirketlerinin istekleri ve önerileri doğrultusunda) **keyfi biçimde** düzenlenip yürürlüğe konulan/konulacak olan “**sigorta genel şartları ve eklerinde**” yer alan esaslara göre hesaplanacağına; **tazminat hesaplama ilkelerinin** (yaşam ve zarar sürelerinin, aktif ve pasif dönemlerin, tazminat hesabına esas kazançların ve parasal değerlerin, hesap formüllerinin vb.) **Hazine Müsteşarlığı tarafından belirleneceğine** ilişkin düzenlemeler, Sorumluluk Hukukunun temel ve evrensel ilkelere, Anayasa’nın yukarda açıklanan maddelerine, öğretilere benimsenen görüşlere, Yargıtay’ın yerleşik ve ilkeleşmiş kararlarına aykırı olduğu gibi, yargı bağımsızlığına ve yargı yetkisine tecavüz niteliğindedir.

4- Trafik Kanunu’nun değiştirilen maddelerinin uygulanması, sigorta ödemeleri ile sınırlı olmak gerekir.

a) Değiştirilen 90.maddenin açık hükmüne göre, Sigorta Genel Şartlarına konulan tazminat hesaplama kuralları, yalnızca “**zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatlar**” için geçerli olduğuna göre, başka haksız fiil sorumlularına, bu arada sigorta şirketleriyle birlikte (ortaklaşa) sorumlu olan işleyen ve sürücü hakkında uygulanamayacaktır. Bu durumda sigorta şirketlerine ayrıcalık tanınmış olmakla, bu düzenleme, yukarda açıkladığımız Anayasa hükümlerine aykırıdır. Bu nedenle mahkemelerce Anayasa Mahkemesine başvurularak yasa değişikliğinin iptali istenmelidir.

b) Torba Yasa ile değiştirilen maddelerdeki bu sınırlama-

ların, gene Trafik Kanunu'nun 95.maddesine göre trafik kazalarından zarar görenler yönünden bağlayıcı olmadığı düşünce-sindeyiz. Çünkü anılan maddeye göre:

*“Sigorta sözleşmesinden veya sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve **tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması** sonucunu doğuran haller zarar görene karşı ileri sürülemez.”*

Bu hükme göre, 90.maddenin yollamada bulunduğu Sigorta Genel Şartları ve ekleri, trafik kazalarından zarar görenlere uygulanamaz. Çünkü, genel şartlarda **tazminat miktarlarını azaltıcı ve sınırlayıcı** hükümler bulunmaktadır. Örneğin, hesaplamada “vergilendirilmiş kazançların” esas alınacağı koşulu getirilmiştir. Bu ise, tazminatı kısıtlama niteliğinde olup, yukarda açıklanan 95.maddenin açık hükmüne aykırıdır.

5- Tüm haksız fiillerde özel yasa Borçlar Yasasıdır.

Şunu bir kez daha anımsatalım ki, ölüm ve bedensel zararlara nedeniyle tazminat davalarında uygulanması zorunlu yasa, Trafik Kanunu değil, Borçlar Yasası'dır. Ayrım yapılmaksızın tüm **haksız fiillerden kaynaklanan ölüm ve bedensel zararlara Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanması zorunludur**. Mahkemeler, tüm haksız fiillerde **özel yasa** niteliğindeki **Türk Borçlar Kanunu** hükümlerini uygulamak zorundadırlar. Özellikle ölümlerde TBK'nun 53.maddesine, bedensel zararlarda 54.maddesine ve tazminat hesaplamalarında 55.maddesine göre değerlendirme yapılması gerekmektedir.

6- Mahkemeler KTK'daki değişikliklerin iptalini istemelidirler

Hukuk sistemimizi alt üst eden, Anayasanın, Borçlar Kanunu'nun ve Ticaret Kanunu'nun yukarda açıklanan maddelerine aykırı olan ve Yargıtay'ın yetmiş yılı aşan ilkeleşmiş kararlarını yok sayan Karayolları Trafik Kanunu değişiklikleri, Anayasa Mahkemesine götürülmeli ve iptali istenmelidir. Bu hem bir hukuk ve hem de insan hakları sorunudur.

II- TAZMİNAT İLKELERİ

1- İnsan zararları, mal zararı değil, can zararıdır

Uzun yıllar boyunca insana verilen zararlar, genel zarar kavramı içinde “malvarlığı eksilmesi” ve “kazanç kaybı” olarak değerlendirilmiş ise de, Sorumluluk Hukukundaki gelişmelerle insanın değeri kavramına yakışır bir anlayış egemen olmaya başlamıştır. Bu anlayış çerçevesinde:

Ölümlerde desteğin bir kazancı ve parasal gücü olmasa bile, “yardım ve hizmet” ederek de destek olabileceği kabul olunmuş; zamanla parasal destekliğin yerini daha çok “**yardım ve hizmet**” ederek desteklik almaya başlamıştır. Bugün baskın görüş, aile bireylerinin yaşamları süresince birbirleriyle dayanışma içinde oldukları, ölenin bakım gücü ve yakınların bakım ihtiyaçları bulunmasa bile, destek tazminatı isteme hakları bulunduğu kabul edilmekte; geçmişte zarar sorumlularını tazminat ödemekten kurtaran anamalcı katı ve kalıplaşmış zihniyet terk edilmiş bulunmaktadır.

Bedensel zararlar, kazanç kaybı koşulunun yerini “**güç kaybı**” kavramı almış; çalışan kişilerin kazanç kayıpları olmasa bile, aynı kazancı elde ederlerken sakatlıkları oranında fazla güç (efor) sarfedeceklerinden tazminat isteme hakları bulunduğu; emekli ve yaşlı kişilerin günlük yaşamlarını sürdürürlerken, ev kadınlarının ev hizmetlerini yaparlarken, çocuklarının okullarına gidip gelirken sakatlıkları oranında zorlanacak olmaları nedeniyle, tüm bu saydıklarımızın tazminat isteme hakları bulunduğu kabul edilmekte ve buna “**güç kaybı tazminatı**” denilmektedir.

2- İnsan zararlarının tazminat olarak değerlendirmesi bir “hukuk” sorunudur.

Destekten yoksun kalma tazminatının veya beden gücü kayıplarının hesaplanması, bir “formül” sorunu değil, bir “**hukuk**” sorunudur. İnsana verilen zararların gideriminde önemli olan, tazminat isteme koşullarının oluşup oluşmadığı; yasal dayanakları bulunup bulunmadığıdır; yani “**hukuksal**”

gerekçeler” dir. Tazminat isteminin **yasal dayanakları** ve **hukuksal gerekçeleri** belirlenmeden, olay ile zarar arasında **uygun nedensellik bağı** kurulmadan hesaplama aşamasına geçilemez. Zararın paraya dönüştürölmesi, yani tazminat hesabı son aşamadır.

3- Tazminat hesaplarında temel ölçü, formüller değıl, hukuksal gerekçelerdir.

a) Zararı paraya dönüőtürmede uygulanacak yöntem (formüller) ne olursa olsun, önemli olan hukuksal gerekçelerdir. Hesaplama aşamasına geçilmeden önce, tazminat isteminin hukuksal dayanaklarının belirlenmesi gerekmektedir. Buna uygulamada **“hesap unsurları”** denilmekte; olay, kusur ve sorumluluk durumları saptandıktan sonra, ölümlerde destek, destekten yoksunluk, destek biçimi, destek payları; bedensel zararlarda, beden gücü kaybı ve her ikisinde parasal ölçü gibi unsurların yasal dayanakları belirlendikten sonra, tazminatın hesaplanması aşamasında bir matematiksel işleme, bir“formüle” gereksinim duyulmaktadır,

b) Yukarda açıklanan **“tazminat unsurlarının”** yasal ve hukuksal değerlendirmeleri doğru yapılamıyorsa, sağlıklı ve hakça bir sonuca ulaşamaz. **Hesap formülleri içi boş kalıplara gibidir.** Onların içini **doğru bilgilerle doldurmak, zarar hesabının “hukuksal” gerekçesini ve alt yapısını sağlam bir biçimde oluşturmak gerekmektedir.**

Tazminat hesaplarının **“hukuksal gerekçeleri”** tüm hukuk sistemlerinde öğretilen görüşlerle ve yüksek mahkemelerin düzenli ve tutarlı içtihatları ile oluşmuş, ilkeleşmiştir. Zaman içinde Sorumluluk Hukukundaki gelişmelerle yeni ilkeler de ortak görüş ve kararlarla uygulanması zorunlu hale getirilmiştir.

Yukarda ilk bölümde değindiğimiz gibi, bütün bu ilkeleşmiş görüşlere, içtihatlara, Anayasa hükümlerine, temel yasalara ve hukukun evrensel kurallarına aykırı olarak, sigorta şirketlerinin çıkarlarını koruma uğruna, Trafik Yasası’nda değışiklik yapılmasının ve sigorta genel şartlarına **“keyfi”** kurallar konulmasının sakıncalarını bir kez daha anımsatalım.

4- İnsan zararları farklı bir hesaplamayı gerektirmektedir.

İnsan zararları nedeniyle tazminat hesapları, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun gelir bağlama işlemlerinden ve hayat sigortalarına ilişkin formüllerden farklı bir hesaplamayı zorunlu kılmaktadır. Çünkü:

a) Sosyal güvenlik ve hayat sigortaları yasalarla düzenlenmiş sözleşme ilişkileri olup, gelir bağlanması veya tazminat ödenmesi için haksız ve hukuka aykırı olayların varlığı koşul değildir. Sosyal Güvenlikte sigortalı olmak veya belli bir statü içinde bulunmak, hayat sigortasında yeterli prim ödemiş olmak gerekir. Yasadaki ve sözleşmelerdeki koşullar gerçekleşmişse, Sosyal Güvenlikte gelir bağlanır, hayat sigortasında tazminat ödenir. Gelirin veya tazminatın hesaplama anı, rizikonun gerçekleştiği an değil, yasadaki veya sözleşmedeki koşullar oluştuktan ve işlemler tamamlandıktan sonraki "**hesaplama tarihi**" dir. Her ikisinde de işlemiş-işleyecek zarar dönemleri söz konusu değildir. Sosyal Güvenlikte gelir bağlanmasında gecikme (temerrüt) nedeni olmadığından faiz istenemez. Hayat Sigortasında da gecikme ayrı bir değerlendirme konusudur.

b) İnsan zararlarının tazminat olarak istenebilmesi için tek koşul, **haksız ve hukuka aykırı bir olayın meydana gelmesi, zarar ile olay arasında uygun nedensellik bağının kurulabilmesi** olduğundan, zararın parasal değerlendirmesi farklı bir hesaplamayı zorunlu kılmaktadır. **Hesaplama başlangıcı** her zaman için "**olay tarihi**" dir. Zarar sorumluları yönünden gecikme (temerrüt) olay tarihinden başlar; faiz olay tarihinden işler. Çünkü, zarar veren daima temerrüt halindedir. Bu, evrensel bir hukuk kuralıdır. (Fur semper in moro) Haksız eylemden doğan zarar, daha sonra öğrenilmiş olsa dahi, olay tarihinde gerçekleşmiştir. Bu nedenle, tazminat hesabının da olay tarihinden başlatılması gerekir. Öyle olunca da zarar görenlerin olay tarihindeki yaşlarına göre zarar süreleri belirlenecek; olay tarihindeki koşullar öncelikle dikkate alınacaktır. Bunun tek ayrığı, parasal değerlendirmede rapor (hüküm) tarihine kadar belli olan ücret ve kazançların hesaplamaya esas alınmasıdır.

c) Sosyal güvenlikte gelirin, hayat sigortasında tazminatın ls, önceden belli olan tarifelerdir. **İnsan zararlarında, önceden belirlenmiş sabit tarifeler yoktur.** Zarara uğrayanın kişisel özelliklerine, zararın türüne, süresine, kusur durumuna, beden gücü kayıp oranına veya desteğin yaşam süresi ile destekleme biçimine ve destekten yoksun kalanların kişisel özelliklerine ve konumlarına göre ayrıntılı hesaplamalar yapılması gerekir.

d) Sigorta Şirketlerinin formül dayatmaları, Hazine Müsteşarlığı'nın sigortacıların istekleri doğrultusunda düzenlemeler yapması, genel Şartları bu isteklere uygun biçimde deęiŐtirmesi, sağlıklı bir sonuca ulaşmayı gcleŐtirmektedir. Hayat sigortalarında kullanılan devre başı ödemeli rant formülleri, haksız fiillerden kaynaklanan insan zararlarında uygun bir formül değildir. Ayrıca akterlerden alınan raporlar, hukuksal gerekçe içermemekte, Sorumluluk Hukukunun temel ilkeleri ve öğretide ortaya konulan kural ve kuramlar dikkate alınmamakta; Yargıtay'ın yerleşik kararlarına aykırı hesaplamalar yapılmaktadır.

Ayrıca sigorta aktüerlerinin raporları açık ve anlaşılır değildir. Oysa gerek öğretide ve gerek Yargıtay kararlarında, birliktiŐ hesap raporlarının açık ve anlaşılır olması, "**denetime elverişli**" bulunması gerekir.

5- Kurumlar arasında uyum sağlanmalı; ortak bir yöntemde birleŐilmelidir

a) lm ve bedensel zararlar nedeniyle tazminat hesaplarında kurumlar arası birlik ve ortak bir yöntem bulunmadığı gibi, yüksek mahkemelerin kararları arasında dahi farklılıklar olabilmektedir. Yargıda halen progressif rant yöntemi denilen bir formülle tazminat hesapları yapılmakta; zarar süreleri PMF-1931 tablosuna göre belirlenmektedir.

b) Sosyal Güvenlik Kurumu'nun gelir bağlama ve peşin değer hesaplarında TRH-2010 yaşam tablosu kullanılmakta ve %5 oranı üzerinden peşin değer katsayıları belirlenmektedir.

c) Sigorta Şirketi demelerinde, devrebaşı belirli süreli rant formülü ve % 1.8 teknik faizli TRH-2010 tablosuna göre belirlenen katsayılar kullanılmaktadır.

Kurumlar arası bu farklılıklar ortadan kaldırılmalı ve tüm haksız fiiller için ortak bir hesaplama yöntemi kabul edilmelidir. Şu kadar ki, ölüm ve bedensel zararlar için tazminat hesaplarının, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun gelir bağlama işlemlerinden ve Hayat Sigortaları ile ilgili formüllerden ayrı ve farklı bir değerlendirmeyi gerekli ve zorunlu kıldığı kabul edilmeli; temel ölünün formüller değil, hukuksal gerekçeler olduğu dikkate alınmalıdır.

Formüller konusunda da, insan zararlarının hesabında **devre sonu rant** formüllerinin mi, **devrebaşı rant** formüllerinin mi daha uygun olduğu tartıŐılmalıdır.

III-TAZMİNAT HESABININ UNSURLARI

1- Olay ve kusur değerlendirmesi

Haksız ve hukuka aykırı bir olayın, tazminat konusu olabilmesi için, bir zarar doğmuş olmalı, olay ile zarar arasında neden-sonuç ilişkisi (**nedensellik bağı**) kurulabilmeli; zarar veren sorumlu ve kusurlu olmalıdır. Yalnız kusura dayanan sorumluluklarda değil, kusursuz sorumluluklarda dahi bir oran (kusur oranı) belirlenmesi gerekmektedir. Şu kadar ki, zarar görenin kusuru/kusura katılımı yoksa, sorumlular arasında kusur paylaşımının ayrıntılarıyla belirlenmesi gerekmiyor, zarar görenin tazminatı, ortaklaşa sorumluluk hükümleri gereği yüzde yüz kusur oranı üzerinden hesaplanacaktır.

Trafik ve iŐ kazalarında kusur oranı belirlenmesine karşın, bina ve tesis maliklerinin, taşınmaz ve kat maliklerinin sorumlulukları gibi olaylarda, zarar görenin kusuru yoksa, kusur oranı belirlenmesine gerek yoktur. Hekimlerin sorumluluğunda da, Yargıtay kararlarına göre, hekim yüksek zen borcu nedeniyle en hafif kusurundan tam kusurlu kabul edildiğinden, bir kusur oranı belirlenmesi gerekmemektedir.

Devletin ve kamu kurumlarının gerek hizmet kusurlarından ve gerekse kusursuz sorumluluklarından kaynaklanan zararlarda da, zarar görenin kusuru yoksa, tam kusur esasına göre tazminat hesaplanmak gerekecektir.

Kusur oranlarının belirlenmesinde, çoğu teknik bilirkişiler kurallara aykırılıklar üzerinde durmakta; bir hukuk kavramı olan nedensellik bağını bilmedikleri için, yanlış değerlendirmeler yapmaktadırlar. Öyle ki, mahkemeler değişik bilirkişilere başvurduklarında, her birinin vardığı sonuçlar farklı olabilmektedir. Bu konuda yıllardan beri, bilirkişi kurullarında “hukukçu” bilirkiŐisinin de bulunması gerektiğine ilişkin uyarılarımız, ne yazık ki yerini bulmamıŐ olmalı ki, gerek 6100 sayılı HMK’nda ve gerekse 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu’nda hiç de gerçekçi olmayan “hukukçu bilirkişiye” başvurulamayacağı hükümleri yer almıştır. Elbette bir hukukçu olarak nedensellik bağını yargıçların belirlemesi gerekir ise de, bunun için yargıda uzmanlaŐmaya olarak tanınmalıdır.

Sonuç olarak, **tazminat miktarının belirlenmesinde en temel ölçü olan kusur ve sorumluluk değerlendirmesinin** nasıl ve kimler tarafından yapılması ve nasıl bir yöntem izlenmesi gerektiği üzerinde durulmalı; tartıŐılmalı ve ortak bir çözümde birleŐilmelidir.

2- Zarar sürelerinin belirlenmesi

Zararın ne kadar süre için (kaç yıllık) hesaplanacağı, tazminatın ana unsurlarından biridir. **Destekten yoksunlukta** desteğin yaşam süresi ile aktif ve pasif dönemi, destekten yoksun kalanların yaşam süreleri ile her birinin özelliğine göre ne kadar süre ile destek görecekleri; **bedensel zararlarda** zarar görenlerin yaşam süreleri tazminat hesabının temel unsurlarından biri olacaktır.

Süre belirlemelerinde “**yaşam tabloları**”ndan yararlanılmaktadır. Bu tablolara bakılarak, kişilerin olay tarihindeki yaşlarına göre, daha kaç yıl yaŐayacakları (**kalan yaşam süreleri**) belirlenmektedir.

a) Yaşam tabloları

Ülkemizde uzun yıllar, sosyal güvenlik kurumlarının gelir bağlama işlemlerinde ve yargıdaki tazminat hesaplarında **PMF-1931** Fransız yaşam (mortalite) tablosu kullanılmış iken, Sosyal Güvenlik Kurumu 2006-2010 yılları arasında **CSO-1980** Amerikan tablosunu kullanmış ve daha sonra özel olarak hazırlattığı (ülkemiz koşullarını asla yansıtmayan) **TRH-2010** adlı tabloyu kullanmaya ve bağladığı gelirlerden dolayı sorumlulara “rücu edeceği” peşin değerleri bu tabloya göre hesaplatmaya başlamıştır. Buna karşılık yargıda halen **PMF-1931** yaşam tablosunun kullanılması sürdürülmektedir.

Sigorta Şirketleri de % 3 teknik faizli **CSO-1980** tablosunu kullanmak iken, **TRH-2010** tablosunu benimsemişler ve buna koşut olarak % 1.8 teknik faizli formüllere göre tazminat hesaplamaya başlamışlardır.

Sosyal Güvenlik Kurumu’nun ve sigorta şirketlerinin halen kullanmakta oldukları ve Yargıtay 10.Hukuk Dairesi’nin benimsediğı **TRH-2010** tablosunun nasıl hazırlandığına ilişkin raporu okuduğumuzda; raporda 1927-2000 yılları nüfus sayımı sonuçlarından, **SSK**, **Bağ-Kur** ve **Emekli Sandığı** kayıtlarından ve hayat sigortalarından yararlanıldığı açıklanmıştır ki, nüfusun çok az ve halkın sıtma, verem, tifo, tifüs, frengi. cüz zam gibi hastalıklardan kırıldığı, yerleşimin kırsal kesimde yüzde 75, kentlerde yüzde 25 olduğu yıllardan bugüne çok şeyin değiştiğı; yerleşimin kırsalda yüzde 20’ye düştüğü, kentlerde yüzde 80’e çıktığı; çalışanların yüzde 70’inin kayıt dışı olduğu, nüfusun ancak yüzde 3’ünün hayat sigortası yaptırdığı gerçekleri karşısında **TRH-2010** adlı ısmarlama tablonun hiç de inandırıcı olmadığı sonucuna varıyoruz.

Üzücü olan şudur ki, başta hukukçular olmak üzere, insan yaşamına karşı ilgisizlik yüzünden, bu işi asıl yapması gereken Türkiye İstatistik Kurumu, ilk kuruluş tarihi olan 1926 yılından bu yana geçen seksen yılı aşkın sürede, 1962 yılında **DİE** adıyla daha çağdaş yöntemlerle çalışmaya başladıktan sonra dahi, o tarihten bu yana geçen elli yıllık sürede bir yaşam tablosu ortaya koyamamış; bunlar yapılmadığı gibi, kimse de, mademki

Fransız tablosunu kullanıyoruz, ne de olsa bizim gibi Akdeniz ülkesidir, yaşam koşulları az çok bize benzer, 1931 tarihisini bırakalım da daha yeni olanını kullanalım veya Avrupa ülkelerinden yaşam koşullar bize uyan bir tablo alalım dememişlerdir. Dileriz, bundan sonra daha duyarlı olunur ve gerçekten ülkemiz koşullarına uyan bir yaşam tablosu ortaya konulur. Bize göre bu işi yapması gereken Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) ve kaynak Merkezi Nüfus İdaresi (MERNİS) kayıtları olmak gerekir.

b) Destekten yoksunlukta zarar süreleri

Destekten yoksun kalan eşin zarar süresi, kural olarak, destek olan eşin yaşam süresiyle sınırlıdır. Eğer destekten yoksun kalan eş yaşça büyükse, kendi yaşam süresi kadar tazminat hesaplanacaktır.

Çocukların destekten yoksunluğunda, Yargıtay kararlarına göre, kural olarak erkek çocuklar (18) yaşına kadar, orta öğrenimde iseler (20) yaşına kadar, yüksek öğrenim yapıyorlarsa (25) yaşına kadar; kız çocuklar kural olarak (22) yaşına kadar, yüksek öğrenim yapıyorlarsa (25) yaşına kadar destek görürler. Kız-erkek ayrımı yapılmaksızın ileri derecede sakat ve beyin özürlü çocukların destekten yoksunluk süreleri, anne ve babalarının yaşam süreleri kadardır.

Bu genel kuralların dışında, yaşam gerçekleri gözetilerek, bazı durumlarda farklı destek süreleri olabileceği; örneğin, evlenmemiş olup anne babasıyla yaşayan kız evladın, evlenme şansı da dikkate alınmak suretiyle, destek göreceği kabul olunmalıdır.

c) Beden gücü kayıplarında zarar süreleri

Sürekli beden gücü kaybına uğrayanların tazminat hesabına esas (zarar) süreleri, elbette yaşam tablosundaki **bakiye yaşam süreleri** olacaktır.

Sürelerin başlangıcı, beden gücü kaybının saptandığı tarih değil, olay tarihi olacaktır. (Fur semper in moro) Eğer sağlıklı

kurulu raporlarında, sakatlık oranının yanı sıra iyileşme süresi belirtilmişse, olay tarihi ile iyileşme süresi arasındaki "geçici işgöremezlik süresi" başlangıç alınacak ve sonrası "sürekli kısmi işgöremezlik süresi" olacaktır. Sürekli tam işgöremezlikte bu ayırım söz konusu değildir.

Çalışan kişiler yönünden, aktif dönem-pasif dönem ayrımı yapılacak; çalışmayan kişiler, yaşlılar, emekliler, ev kadınları yönünden, elbette aktif dönem-pasif dönem ayrımı söz konusu olmayacak; bu gibi kişilerin "güç kaybı tazminatı" olay tarihinden başlatılarak yaşam sürelerinin sonuna kadar hesaplanacaktır.

Küçük yaşta sakat kalan çocukların güç kaybı tazminatı, son derece yanlış olarak 18 yaşından başlatılmakta iken, son dönemde bu yanlıştan dönülmüş; nasıl ki yaşlılar, emekliler günlük yaşamlarını sürdürürlerken, ev kadınları ev hizmetlerini yaparlarken sakatlıkları oranında fazla güç (efor) harcıyorlarsa, küçük yaşta sakat kalan çocukların da günlük yaşamlarını sürdürürlerken, okullarına gidip gelirlerken sakatlıkları oranında zorlanacak, daha fazla güç (efor) sarfedecek olmaları nedeniyle, onlar için de olay tarihinde buldukları yaştan başlayarak, yaşam sürelerinin sonuna kadar "güç kaybı tazminatı" hesaplanacağı Yargıtay'ın son kararlarıyla kabul olunmuştur. (Yargıtay17.HD.29.05.2014, E.2013/9664 K.2014/8672 sayılı, 21.11.2016, E.2014/13100 K.2016/10664 sayılı,13.11.2017, E.2015/4618 K.2017/10383 sayılı, 15.01. 2018, E.2015/6649 K.2018/8 sayılı, 30.01.2018, E.2015/4792 K.2018/382 sayılı, 06.02.2018, E.2015/ 6501 K.2018/ 637 sayılı kararları.)

d) Çalışanlar yönünden "aktif dönem" sürelerinin tespiti

Yargıtay kararlarına göre "aktif dönem" süresi, başka bir söyleyişle "işgörebilirlik çağı" kural olarak 18-60 yaş arasıdır. Ancak bu kural kesin olmayıp, 18 yaşından önce çalışma yaşamına atılanlarda veya 60 yaşından sonra da çalışmasını sürdürenlerde **aktif dönem süreleri** daha uzundur. 18 yaşından önce çalışmaya başlayanlar yönünden kanıtlama ve süre tespiti daha kolay ise de, ileri yaşta çalışanların daha kaç yıl

çalışabilecekleri (aktif dönemlerini sürdürebilecekleri) İsviçre kaynaklı “aktivite tabloları”ndan yararlanılarak tespit edilmektedir. Ülkemiz koşullarına uygun yaşam ve aktivite tabloları bulunmaması utanç verici bir eksikliktir. Bizce, İsviçre tablosundan yararlanmak yerine, uzman bilirkişiler aracılığı ile ileri yaş aktif dönem süreleri belirlenmelidir.

Aktif dönem sürelerinin belirlenmesinde öncelikle yasalardaki düzenlemelere ve ileri sürülen kanıtlara bakılmalıdır. Örneğin, devlet memurlarının yaş haddi kural olarak (65) yaş olup, bazı görevlerde bu sınır daha erken ve bazı görevlerde daha geçtir. Emekli Sandığı Kanunu’nun 40.maddesine göre, askerlerin ve polislerin yaş hadleri 60 yaşın bir hayli altındadır. Buna karşılık üniversite öğretim üyelerinin yaş hadleri (67) yaşını doldurdıkları tarih olup, bu süre (70) yaşına kadar; bazı üst düzey bürokratların çalışma süreleri birer yıllık sürelerle en çok üç yıla kadar uzatılabilmektedir.

Yasal düzenlemeler dışında yaşam gerçeklerine bakarak şu tespitleri yapabiliriz: Avukatların, hekimlerin, mimar ve mühendislerin, iş adamlarının, tüccar ve sanayicilerin çok ileri yaşlara kadar aktif çalışmalarını sürdürdüklerini biliyoruz, görüyoruz. Bunların dışında bilim adamları, yazarlar, güzel sanatlarla uğraşan ressam, heykeltıraş, müzisyen, sinema ve tiyatro oyuncusu, yönetmen gibi kişiler çalışmalarını ve üretimlerini neredeyse yaşamboyu sürdürmektedirler. Bütün bunlarla ilgili çalışma yaşı (**aktif dönem**) tespitlerinde, kanıtlara ve gerçek durumlara bakılarak değerlendirme yapılmalı ve aktif dönem süreleri belirlenmelidir.

3- Bedensel zararlarda geçici veya sürekli güç kaybının tespiti

Bedensel zararlar nedeniyle açılacak davalarda istenecek maddi tazminat konuları geçici işgöremezlik, sürekli kısmi veya sürekli tam işgöremezlik; başka bir söyleyişle, geçici veya sürekli güç kaybı zararları olmasına göre, bunların sağlık kurulu raporlarıyla saptanması gerekmektedir.

a) Beden gücü kayıplarının belirlenmesinde, ülkemizde uzun yıllar, 506 sayılı Yasa'nın 135.maddesi (a) fıkrasına göre hazırlanıp yürürlüğe konulan **Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü** (SSİT) uygulanmış iken, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra, "**Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliğı**" yürürlüğe konulmuş; daha sonra bunu, ne gereğı varsa, "**Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliğı**" izlemiştir.

b) Bunların dışında bir de, işlevi ve amacı, sakatların ve engellilerin korunması, vergi indiriminden yararlanmaları ve sakatlık kontenjanından işe alınmaları olan "**Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik**" yürürlüğe konulmuş olup, trafik kazaları nedeniyle sigorta ödemelerinde bu yönetmeliğe göre Özürlü Sağlık Kurulları'ndan alınan raporlar kullanılmakta ise de, bu raporlarda, dava konusu olaydan kaynaklanan beden gücü kayıpları ile doğuştan veya sonradan bünyesel rahatsızlıklar birbirinden ayrılmadığı için tazminat davalarında yanlış ve yanıltıcı sonuçlara neden olunmaktadır.

Sonuç olarak, beden gücü kayıplarının tespitinde, Yargıtay kararlarında da belirtildiğı üzere, sağlık kurullarının, Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü'ne veya Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliğı'ne göre rapor düzenlemeleri gerekmektedir.

c) Yetkili sağlık kurulları, başta Adli Tıp Kurumu olmak üzere Tıp Fakültelerinin Adli Tıp Anabilim Dalları ve SSK. hastanelerinin yerini alan Eğitim ve Araştırma Hastaneleri olmak gerekir. Bunların dışında yetkilendirilmiş sağlık kurullarında gerek uzman eksikliği ve gerekse değerlendirme yöntemlerinin bilinmemesi yüzünden verilen raporlar yetersiz ve çoğu kez yanlış olmaktadır. Şunu ekleyelim ki, Adli Tıp Kurumu başvurulması zorunlu bir bilirkişi olmayıp, iş yoğunluğu ve dosya fazlalığı nedeniyle raporlar geç verilmektedir. Bu nedenle aynı yeterlikte olan Tıp Fakülteleri sağlık kurullarına başvurulmalıdır.

4- Ölümlerde destek payları

Ölüm nedeniyle destekten yoksunlukta, haksahiplerinin destek payları, tazminat hesabının unsurlarından biridir. Bu konuda kimi bilirkişiler kendilerince kurallar yaratarak bir takım paylaşırma tabloları düzenlemekte iseler de, işin doğrusu eşit paydalı yöntemdir. Bu konuda şu somut örnekleri verebiliriz:

Eş ve iki çocuktan oluşan haksahiplerine göre, 2 pay desteğe, 2 pay eşe, 1'er pay çocuklara verildiğinde (6) paydaya göre eşin payı 2/6, çocukların herbirinin payı 1/6 olacak; çocuklardan yaşça büyük olan destekten çıktığında (5) paydaya göre eşin payı 2/5 ve tek çocuğun payı 1/5 olacaktır.

Destekten yoksun kalan yalnızca eş ise, payı 1/2 olacaktır.

Eş, iki çocuk, ana, baba durumunda, 4 pay desteğe, 4 pay eşe, 2'şer pay çocuklara ve 1'er pay ana babaya verildiğinde payda (12) olacak; yaş sırasına göre destekten çıkışlarda, payda değişecektir.

5- Tazminatın parasal ölçüsü

a) Destek veya beden gücü kaybına uğrayan kişi, çalışan ve kazanç elde eden biri ise, ücret bordroları veya vergi kayıtları çoğu kez gerçek kazançları yansıtmadığından, **gerçek kazançlar** araştırılacaktır. Yargıtay'ın uzun yıllara kaplayan yerleşik kararlarına göre:

- *Ücret bordroları koşulsuz imzalanmış olsa dahi, gerçek kazancı yansıtmıyorsa, geçerli olmayıp, işçinin işyerinde yaptığı işin özelliğine, kıdemine ve ustalık derecesine göre gerçek kazancı araştırılıp tazminat hesabı ona göre yapılacaktır. Tüm resmi belgelerde, yazılı sözleşmelerde, sigorta hesap cetvellerinde, vizite kağıtlarında, müfettiş raporlarında yer alan ücretler, eğer gerçeği yansıtmıyorsa, aksinin kanıtlanması durumunda geçersiz sayılacaktır.*
- Tüccar, sanayici, serbest meslek sahibi gibi kişilerin vergi bildirimlerini düşük göstermeleri durumunda da, gerçek kazançlar araştırılacaktır. Yargıtay'ın yerleşik kararlarına

göre, vergi kamu düzeniyle ilgili olup, kişinin gelirini düşük göstermesi ve gerçeğe aykırı bildirimde bulunması vergi mevzuatını ilgilendirir; tazminat hesaplarına esas alınamaz.

Yargıtay'ın kazançlarla ilgili yukardaki ilkeleşmiş kararlarına aykırı olarak, Trafik Sigortası Genel Şartlarına “hesaplamalarda ölen veya sakat kalan kişinin vergilendirilmiş geliri dikkate alınır. Vergilendirilmiş gelir tutarı için herhangi bir belge sunulmaması durumunda hesaplama, asgari ücret kullanılarak yapılır” koşulu konularak, hukuk sistemimize aykırı bir düzenleme yapılmıştır.

b) Ölümlerde destekten bir şirket, işyeri, çiftlik gibi malvarlıkları kalmışsa, bunlar ve bunların gelirleri tazminatın ölçüsü olamayacak; desteğin bu malvarlıklarına “**bedeni ve fikri**” katkısının karşılığı olan emsal ücret üzerinden veya desteğin işlerini bir üçüncü kişi yada aile bireylerinden biri devir almışsa, ona ödenecek ücret üzerinden destek tazminatı hesaplanacaktır.

c) Gene ölüm nedeniyle tazminat davalarında “**yardım ve hizmet ederek**” desteklik söz konusu ise, örneğin yaşlılık ve emeklilik döneminde eşlerin birbirlerini bakıp gözetmeleri, pasif dönemdeki desteklik, bir kazancı olmayan evlâtların anne babalarına yardım ve hizmet etmeleri gibi durumlar bir “değer ölçüsü” olarak, asgari ücretleri geçim indirimsiz net tutarları üzerinden değerlendirilecektir.

d) Ev hizmetlerini yapan ev kadınlarının gerek destekliğinde ve gerekse beden gücü kaybına uğramaları durumunda da tazminatın parasal ölçüsü, asgari ücretleri geçim indirimsiz net tutarları olacaktır.

e) Bedensel zararlar, çalışan kişilerin gerçek kazançları bordrolara veya vergi kayıtlarına yansımıyorsa, emsal ücretler üzerinden; devlet memuru iseler bordrolardaki ücretler üzerinden tazminat hesaplanacaktır.

Çalışmayan, bir işi ve kazancı olmayan kişilerin, yaşlıların, emeklilerin, ev kadınlarının, çocukların “güç kaybı tazminatı” asgari ücretlerin geçim indirimsiz net tutarları üzerinden hesaplanacaktır.

6- Hesap unsurlarının zarar türlerine göre sıralaması

Yukarda yaptığımız açıklamaları, “**tazminat hesabına esas bilgiler**” olarak da adlandırarak, ölüm nedeniyle destekten yoksunluk ve bedensel zararlar olarak ayrı ayrı şöyle bölüm-
lendireceğiz:

a) Ölüm nedeniyle destekten yoksunlukta tazminat hesabının unsurları

1. Olay
2. Kusur
3. Destek hakkında bilgiler, yaşı ve desteklik süresi
4. Destekten yoksun kalanlar, yaşları ve yoksunluk süreleri
5. Destek payları
6. Tazminatın parasal ölçüsü

b) Bedensel zararlarda tazminat hesabının unsurları

1. Olay
2. Kusur
3. Davacı hakkında bilgiler, yaşı ve zarar süresi
4. Beden gücü kayıp oranı ve iyileşme süresi
5. Tazminatın parasal ölçüsü

IV-TAZMİNAT HESAPLAMA EVRELERİ

1- Hesap unsurlarının belirlenmesi ve değerlendirilmesi

Birinci evre, hesap unsurlarının belirlenmesidir. Bu unsurlardan biri veya bir kaç yoksa, tazminat hesabı yapılamaz. Başka bir anlatımla, tazminat isteminin koşulları ve hukuksal dayanakları belirlenmeden hesaplama aşamasına geçilemez. En başta söylediğimiz gibi, yöntemler ve formüller ne olursa olsun, önemli olan “**hukuksal gerekçeler**”dir. Hesap unsurları bu gerekçelere göre oluşturulacaktır. Bundan önceki bölümde

ayrıntılarını verdiğimiz ve yukarda bölümlendirdiğimiz **hesap unsurlarına**, başka bir söyleyişle **tazminat hesabına esas bilgilere** göre hesaplama aşamasına geçilecektir.

2- Tazminat hesabına esas kazançların veya parasal değerlerin belirlenmesi

İkinci evre, çalışanlar ve kazanç elde edenler yönünden gerçek kazançlar; bir işi ve kazancı olmayanlar, yaşlılar, emekliler, ev kadınları, çocuklar yönünden asgari ücretlerin geçim indirimsiz net tutarları birim alınarak, tazminat hesabına esas parasal değerlerin hesaplanmasıdır. Buna göre:

a) Hesaplama başlangıcı her olayda ve her durumda, **olay tarihi** olacaktır.

b) Olay tarihi ile hesaplama (rapor) tarihi arasındaki süre, **“işlemiş dönem”** veya **“bilinen dönem”** olarak; hüküm tarihine en yakın hesaplama (rapor) tarihinden zarar (yaşam) süresinin sonuna kadar olan süre **“işleyecek dönem”** veya **“bilinmeyen dönem”** olarak değerlendirilecektir.

c) Çalışan ve kazanç elde edenler yönünden, **“aktif dönem-pasif dönem”** ayrımı yapılacak; aktif dönem, olay ve rapor tarihleri arası **“işlemiş aktif dönem”** veya **“bilinen aktif dönem”** olarak; rapor tarihi ile aktif dönem sonu arasındaki süre **işleyecek aktif dönem”** veya **“bilinmeyen aktif dönem”** olarak değerlendirilecektir.

d) **Pasif dönem** bir değer ölçüsü olarak, çalışan-çalışmayan ayrımı yapılmaksızın asgari ücretlerin geçim indirimsiz net tutarları üzerinden değerlendirilecektir. Çünkü çalışanların bu dönemde bir kazançları söz konusu olmadığı gibi, emekli aylıkları da tazminatın ölçüsü olamaz.

e) Çalışanlar yönünden **“işlemiş aktif dönem + işleyecek aktif dönem + pasif dönem = parasal değerleri toplamı”** üzerinden; bir kazancı olmayanlar yönünden **“işlemiş dönem+ işleyecek dönem = parasal değerler toplamı”** üzerinden, aşağıda açıklanacak üçüncü evrede tazminat hesabı yapılacaktır.

3- Tazminatın hesaplanması

Üçüncü evre, birinci evrede belirlenen kusur oranlarına, zarar sürelerine, ölümlerde destek paylarına, bedensel zararlarda güç kaybı oranlarına; ikinci evrede belirlenen kazançlara veya parasal değerlere göre tazminat hesapları yapılmasıdır.

Ölümlerde destekten yoksun kalanlar için ayrı ayrı; bedensel zararlarda zarar gören için, tazminat hesabına esas kazançlar veya parasal değerler belirlendikten sonra, hesaplama aşamasına geçilecektir.

Tazminat hesabı, “işlemiş dönem - işleyecek dönem” olarak iki aşamalı yapılacaktır; işlemiş dönem rakamları aynen alınacaktır; işleyecek dönem kazançları veya parasal değerleri için bir **formül** uygulanması (matematiksel işlem) gerekecektir. Çünkü, geleceğin zararları “varsayımsal”dır ve bu varsayımsal zararların karşılığı yıllar önceden alınacağından işleyecek dönem tazminatının peşin değeri hesaplanacaktır.

4- Tazminatın netleştirilmesi

Dördüncü evre, davacıya/davacılara ödenmesi gereken tazminatın net tutarlarının belirlenmesidir. Bunun anlamı, hesaplanan (brüt) tazminat tutarlarından, yasa ve içtihadta öngörülen bazı zorunlu indirimlerin yapılarak, ödenmesi (hüküm altına alınması) gereken tazminat tutarlarının belirlenmesidir.

Bunların en başında, **zarar görenin veya ölen desteğın kusuuru/kusura katılımı varsa**, önce bunun indirimi gelmektedir. Tazminat hesaplanırken, üçüncü evrede bu husus dikkate alınmışsa, artık dördüncü evrede buna gerek kalmamış olacaktır.

a) Ölüm nedeniyle destekten yoksunlukta indirim nedenleri

- Dul eşin yeniden evlenme şansı varsa, belirlenen oranda indirim yapılacaktır.
- İş kazası sonucu ölümlerde, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun “iş kazası sigortası” dalından bağladığı **gelirlerin**, 5510 sayılı

Yasa'nın 21.maddesi gereği rücu tabi "ilk peşin değerlerin" indirimi gerekecektir. (21.maddenin 1.fıkrasına göre sorumlu işveren ise ilk peşin değerin kusura isabet eden tutarı kadar, 4.fıkrasına göre sorumlu üçüncü kişi ise, ilk peşin değerin kusura isabet eden tutarının yarısı kadar indirim yapılacaktır.)

- Küçük yaşta ölen çocukların ana ve babalarına destekliğinde, yetiőtirme giderlerinin indirimi ki, çocuğu maliyet hesabına vuran, yaşam gerçeklerine aykırı düşen ve çocuk işgücü araştırma sonuçlarını gözardı eden bu indirimde karşıyız.
- Trafik kazalarında sigortacı veya diğer sorumlular tarafından, davadan önce yapılan ödemelerin "yetersiz" olduğu ve bakiye zararın varlığı kanıtlanmışsa; ödenen miktar yasal faizler ölçüsünde güncellenerek, en son verilere göre hesaplanan tazminat tutarlarından indirilecektir. (KTK m.111/1-2)

b) Bedensel zararlarda indirim nedenleri

- İş kazası ve meslek hastalıklarında veya trafik-iş kazalarında, beden gücü kayıp oranı %10'nun üzerinde ise ve "kaza veya meslek hastalığı sigortası" dalından gelir bağlanmışsa, bu gelirin rücu tabi ilk peşin değerini hesaplanan güç kaybı tazminatından indirilecek; 5510 sayılı Yasa'nın 21.maddesine göre indirim tutarları, sorumlu işveren ise ilk peşin değerin kusura isabet eden tutarı kadar, (m.21/1), sorumlu üçüncü kişi ise, ilk peşin değerin kusura isabet eden tutarının yarısı kadar (m.21/4) olacaktır.
- Trafik kazalarında sigortacı veya diğer sorumlular tarafından, davadan önce yapılan ödemenin "yetersiz" olduğu ve bakiye zararın varlığı kanıtlanmışsa; ödenen miktar yasal faizler ölçüsünde güncellenerek, en son verilere göre hesaplanan tazminat tutarlarından indirilecektir. (KTK m.111/1-2)

5- Tazminat tutarlarında indirilmeyecek edinim ve kazanımlar

6098 sayılı TBK'nun 55.maddesine göre "Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşı-

mayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez."

Bunlar nelerdir, neler tazminattan indirilmez ? Açıklayalım:

a) Ölüm nedeniyle destekten yoksunlukta

- Miras ve miras gelirleri tazminattan indirilmez.

Çünkü, mirasçılık zarar verici olayın sonucu olmayıp, doğal ölümle de elde edilebilen ve yasadan doğan bir haktır. Bu yüzden zarar veren, zarar görenin yasadan doğan haklarından yarar sağlayamaz.

- Şirket ortaklık ve kâr payları tazminattan indirilmez.

Ölenin ortak olduğu şirketten mirasçılara geçen şirket ortaklığı ve kâr payları da destekten yoksun kalma tazminatı ile ilişkilendirilmez, tazminattan indirilmez ve tazminat hesabında "kazanç" unsuruna katılamaz.

- SGK'nun ölüm sigortasından bağladığı "dul ve yetim aylıkları" destek tazminatından indirilmez. Çünkü bu ödemeler desteğin yeterli miktarda prim ödemiş olmasının karşılığıdır. Zarar verenin bu paradan yararlanması söz konusu olmaz.
- Kamu görevlerinin neden oldukları iş kazalarında, hak sahiplerine bağlanan SGK. gelirleri tazminattan indirilmez.
- Yaşam ve ferdi kaza sigortalarından alınan paralar tazminattan indirilmez.

Yaşam ve Kişisel Kaza (Can) Sigortalarından ödenen tazminatın kaynağı, haksız eylem olmayıp, daha önceden sigorta şirketi ile yapılan sözleşme olduğundan, haksız eylemden sorumlu kişilere karşı açılan davalarda hesaplanan tazminattan anılan ödemelerin indirimi söz konusu değildir. Çünkü, ödenen tazminat ile haksız eylem arasında "nedensellik bağı" yoktur.

- Zorunlu Koltuk Sigortasından ölen "yolcunun" mirasçılığına ödenen tazminat, destekten yoksun kalma tazminatından indirilmez. Çünkü bu bir can (kaza) sigortasıdır.

b) Bedensel zararlarda

- Sosyal Güvenlik Kurumu'nun sigortalıya bağladığı "maluliyet aylığı" haksız eylemin sonucu olan "güç kaybı" tazminatından indirilmez. Çünkü maluliyet aylığı yeter miktarda prim ödemiş olmanın karşılığı olup, zarar sorumlusu bundan yararlanamaz. (5510/m.26)
- Taşıma kazalarında beden gücü kaybına uğrayan yolcuya, Zorunlu Koltuk Sigortasından ödenen tazminat, güç kaybı tazminatından indirilemez.
- Ferdi kaza sigortasından yapılan ödemeler de güç kaybı tazminatından indirilmez.

V- FORMÜLLER

1- Genel olarak

a) Önceki bölümlerde açıkladığımız gibi, haksız fiillerde zarar başlangıcı, her durumda olay tarihi olduğundan, olay tarihi ile hesaplama tarihi arasındaki sürede, o güne kadar bilinen ya da belirlenebilen kazançlara ya da parasal unsurlara göre "**işlemiş dönem**" zarar hesabına esas kazançlar veya bir değer ölçüsü olarak asgari ücretler belirlenecek; rapor tarihinden sonraki zarar sürelerinin sonuna kadar geleceğe yönelik zarar hesapları "**işleyecek dönem**" olarak değerlendirilmek gerekecektir.

Gelecekteki zararlar ve zarar süreleri "**varsayımsal**" olduğundan ve bu zararların karşılığı yıllar önceden "**peşin olarak**" alınacağından, bir iskonto oranı uygulanıp "**peşin değer**" hesabı yapılacak; bunun için de bir "matematik işleme" başvurulacaktır. İşte bu matematik işlemi "**formüller**" ile gerçekleştirilmektedir.

Aşağıda, geçmişte ve bugün ülkemizde kullanılan üç ayrı formül hakkında bilgiler vereceğiz. Bunlar:

- **Devre sonu ödemeli sabit taksitli rant formülleri**
- **Progressif rant formülü**
- **Devre başı ödemeli belirli süreli rant formülü**

Bunlardan hangisi, ölüm ve bedensel zararlarla ilgili tazminat hesaplarına uygundur ? Bunun tartışılmasında ve uygun formül arayışlarında, yaşam gerçeklerinin ve insan unsurunun gözönünde tutulması; konunun mutlaka hukuk ve mantık süzgecinden geçirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

b) Ölüm ve bedensel zararlar nedeniyle tazminat istemlerinde, zararın büyük bölümü ileriye (geleceğe) yöneliktir. Ölümlerde, olay anında ve sonrasında zarar gören kişi ölen değil, onun desteğinden yoksun kalanlardır ve bu yoksunluk geleceğe yöneliktir. Burada hesaplama konusu şudur: Destek eğer yaşasaydı, her ay elde edeceği kazançlarla yakınlarına yardım edecekti ve bu yardım desteğin yaşam süresine ve yakınlarının destekten yoksunluk sürelerine göre (n) yıl sürecekti. Ölümle, gelecekteki bu olanaktan yoksun kalınmıştır. Yoksun kalınan bu zararın, zarar gören tarafından her ay veya belli dönemlerde irat (gelir) biçiminde ödenmesinden sözedilmesi ve böyle bir yöntemle hukuk kitaplarında yer verilmesi anlamsız ve yaşam gerçeklerine aykırıdır. Ya borcu üstlenen zarar sorumlusu, ödeme güçlüğüne düşerse, servetini kaybederse, iflas ederse, ölürse ne olacaktır? İşte bunun için zararın taksitler halinde değil, **toptan ve peşin ödenmesi** gerekir. İşte geleceğe yönelik kazanç kayıplarının peşin ve toptan ödenmesine **kapitalizasyon** (sermayeleştirme) işlemi denilmektedir.

c) Tazminat hesaplarında kullanılan formüllerin temelinde **birleşik faiz** hesapları yer alır. Birleşik faiz hesabıyla belli bir tutarın belirli bir gelecekteki ulaşım değeri; birleşik iskonto hesabıyla da gelecekteki bir tutarın bugünkü değeri (peşin değeri) hesaplanır. Burada gelecek yıl olarak belli bir süredir. Ancak, haksız eylemlerden kaynaklanan ölüm ve bedensel zararalarda yaşam tablolarına dayanan **varsayımsal süreler** söz konusu olup gerçek süre gibi işlem görür.

d) Birleşik faiz ve birleşik iskonto teknikleri hukuk bilimi dışında bir konu ise de, adaletin gerçekleştirilmesi ile yükümlü **yargıçlar ve avukatlar, tazminat hesaplarının doğruluğunu denetleyebilmek için, hesap formüllerini az çok bilmek zorundadırlar.** Raporları anlamak ve kavramak için ise, uygula-

nan yöntem ve formüller “**açık ve anlaşılır**” olmalı; Yargıtay kararlarında denildiği gibi, bilirkişi raporları “**denetime elverişli**” bulunmalıdır.

Yargıda tazminat hesapları, haklı olarak, hukukçu olmanın yanı sıra, kendilerini bu yönde geliŐtirmiş ve uzmanlaşmış olan bilirkişilere yaptırılmakta; sigorta Şirketleri, haksız fiiller yalnızca trafik kazalarından ve sigorta ödemelerinden ibaretmiş gibi, hukuk kökenli bilirkişilere itiraz etmekte, hesaplamaların “aktüerler” tarafından yapılmasını istemekte iseler de; **aktüerlerin raporları “açık ve anlaşılır” olmadığı gibi**, formüllerin açılımını vermedikleri; üstelik hesap unsurlarını ve yargıda geçerli yöntemleri bilmedikleri için raporlarını anlamak mümkün olmamakta, “denetime elverişli” bulunmamaktadır.

AŞağıda, önce geçmişten bugüne yargıda kullanılan hesap formüllerini, daha sonra sigorta Şirketlerinin uygulanmasını istedikleri ve sigorta genel Şartlarında yer alan formülü anlatacağız; tüm formüllerin örneklerle açılımlarını vereceğiz.

2- Yargıda geçmişten bugüne tazminat hesaplama formülleri

a) Türk yargısında, sosyal güvenlik gelir bağlama işlemlerine koşut olarak, uzun yıllar boyunca “**devre sonu ödemeli ortalama kazanç ve sabit taksitli rant tekniği**” denilen ve her yıl için %5 artırım ve % 5 iskonto öngören formülle tazminat hesapları yapılmıştır. Buna göre:

aa) Geleceğe dönük tazminat hesaplarında **kazançlar** yıl yıl %5 oranında artırıldıktan sonra, bunlar toplanarak yıl sayısına bölünüp zarar hesabına esas yıllık **ortalama kazanç** bulunmuştur.

bb)Yıllık ortalama kazanç üzerinden hesaplanan zarar tutarı, peşin olarak ve toptan ödeneceğinden, zarar süresi (yıl sayısı) kadar %5 **iskonto** edilmiş; böylece ödenecek tazminatın peşin değerı belirlenmiştir.

cc)Formüller:

- Yıllık **kazanç artışları** için **Kn** fomülü kullanılmıştır.

Uygulama:

$1+5/100 = 1.05$ veya $1 \times 1.05 = 1.05$ şeklindedir. Ve dizi (5 yıllık örnekte) şöyle sürmektedir:

Yıllar	%5 artırım işlemi	Katsayı
1	$1.0000 \times 1.05 =$	1.0500
2	$1.0500 \times 1.05 =$	1.1025
3	1.1025×1.05	1.1576
4	1.1576×1.05	1.2155
5	1.2155×1.05	1.2763

Yukardaki tabloda olduğu gibi, yıllara göre kazanç artışlarını hesaplamak ve ortalama kazançları belirlemek için uzun uzun tablolar düzenlemek yerine, kısa yoldan sonuca ulaşmak için **Kn-1/K-1** formülü kullanılmıştır. Formülde (**K**) bir katsayıyı simgeler; (**n**) yıl olarak zarar süresidir. Bu formülde dizi şöyle oluşmaktadır:

Yıllar	Kn-1/K-1	Katsayı
1	$1.0500 - 1/1.05 - 1 =$	1.0000
2	$1.1025 - 1/1.05 - 1 =$	2.0500
3	$1.1576 - 1/1.05 - 1 =$	3.1525
4	$1.2155 - 1/1.05 - 1 =$	4.3101
5	$1.2763 - 1/1.05 - 1 =$	5.5256

- **İskonto** formülü $1/Kn$ olup, $1/1.05=0,95238$ biçiminde başlayan hesaplamanın örnek olarak (5) yıllık dizisi şöyledir:

Yıllar	%5 iskonto işlemi	Katsayı
1	$1.00000 / 1.05 =$	0.95238
2	$0.95238 / 1.05 =$	0.90703
3	$0.90703 / 1.05 =$	0.86384
4	$0.86384 / 1.05 =$	0.82270
5	$0.82270 / 1.05 =$	0.78353

Kısa yoldan iskonto işlemleri ve peşin değer hesabı için de **Kn-1/ Kn (K-1)** formülü kullanılmıştır. Bu formülde de yukardaki tablodaki gibi yıl yıl iskontolama tabloları yerine kısa yoldan sonuca ulaşılmaktadır. Dizi şöyle oluşmaktadır:

Yıllar	Kn-1/Kn (K-1)	Katsayı
1	1.0500 - 1/1.0500 (1.05-1) =	0.9524
2	1.1025 - 1/1.1025 (1.05-1) =	1.8594
3	1.1576 - 1/1.1576 (1.05-1) =	2.7232
4	1.2155 - 1/1.2155 (1.05-1) =	3.5460
5	1.2763 - 1/1.2763 (1.05-1) =	4.3295

Devre sonu ödemeli rant formülüyle hesaplama örneği:

İşleyecek dönem başında aylık net kazancı 1.500,00 TL. olan kişinin, Kn-1/K-1 formülünde (20) yıllık % 5 artışlı kazanç katsayısı (33,0660) olup, buna göre, işleyecek aktif dönem zarar hesabına esas ortalama kazanç:

$$(1.500,00 \times 12) \times 33.0660 (K20) / 20 = 29.759,40 \text{ TL. olacaktır.}$$

İskonto hesabı için Kn-1/Kn (K-1) formülünde (20) yılın % 5 iskonto katsayısı (12.4622) olup, işleyecek aktif dönem tazminat hesabına esas peşin değer:

$$29.759,40 \times 12.4622 (1/K20) = 370.867,59 \text{ TL. olacaktır.}$$

Artış ve iskontoyu ayrı ayrı hesaplamak yerine, bir arada şöyle gösterebiliriz:

$$(1.500,00 \times 12) \times 33.0660 (K20) / 20 \times 12.4622 (1/K20) = 370.867,59 \text{ TL.}$$

Tazminat hesabına esas aktif dönem işleyecek kazançları olarak belirlediğimiz bu rakama işlemiş aktif dönem kazançları da eklendikten sonra, ölümlerde destek paylarına, zarar sürelerine, eşin evlenme şans oranına ve ölen desteğin kusuru varsa karşı tarafın kusur oranına göre, destekten yoksun kalan her bir haksahibinin tazminat tutarları belirlenecektir.

Bedensel zararlarında da, sakatlık oranına, zarar süresine ve davacının kusuru varsa, karşı tarafın kusur oranına göre "güç kaybı tazminatı" hesaplanacaktır.

b) Yukarda açıklanan "devre sonu ödemeli ortalama kazanç ve sabit taksitli rant" formülünde, %5 artırım ve % 5 iskonto oranları, faiz gibi algılanmış olmalı ki, 1982 yılında, Yargıtay 10.Hukuk Dairesi'nin kararlarıyla (SSK.gelirlerini

artırma amacı güdülmüş olsa gerek) geleceğin kazançlarının saptanmasında geometrik artış oranı %5'den %10'a çıkarılarak, düzenli ve tutarlı bir biçimde işleyen sistem ilk kez böyle rayından çıkarılmıştır. Sistem olarak % 5 oranı ile % 10 oranı arasında bir fark bulunmadığından, % **10 tabloları** düzenlemeyi, örnekler vermeyi gereksiz bulduk. Hem aşağıda yargıda halen uygulanmakta olan "progressif rant" yöntemini açıklarken %10 katsayılarından sözedeğimiz için, konu yinelenmemiş olacaktır.

c) Yargıda progressif rant hesabı dönemi

1993 yılında Ankara'da Banka Ticaret Enstitüsünde işveren temsilcilerinin, sigortacıların, SSK. yöneticilerinin, Yargıtay üyelerinin, yargı çevresinden bazı yargıç ve avukatlar ile akademisyenlerin katılımıyla düzenlenen sempozyumda, daha çok işverenlerin "tazminat hesaplarının yüksekliğinden" yakınmalarına çözüm arayışı içinde olunmuş; uzun tartışmalardan ve birbirinden farklı bildirilerin sunumundan sonra, üç (hukukçu) akademisyen tarafından "progressif rant" adı altında, aynı kazanç unsurunun her yıl için eşit oranda artırılıp eşit oranda iskonto edildiği, aslında kazançların hiç artmayıp aynı kaldığı, bilimsellikten uzak basit bir formül önerilmiş; bu formül, Yargıtay'ın ilgili dairelerince benimsendiği için, sabit rant formülleri bir yana bırakılıp bu yeni hesaplama yöntemi uygulanmaya başlanmış; bu yöneme uymayan mahkemelerin kararları art arda bozulmuştur. Öyle ki, aynı rakamın her yıl ayrı ayrı %10 artırılıp % 10 eksiltilmesinin aynı sonucu verdiği matematiksel bir gerçeklik olmasına karşın, hesaplamayı kısa formülle yapan ve (aynı sonucu veren) tablolar yapılmaksızın düzenlenen bilirkişi raporlarına göre verilen mahkeme kararları sırf bu yüzden bozulup davaların yıllarca uzamasına neden olunmuştur.

Halen "**progressif rant**" adı altında uygulanmakta olan, **kazancın hiç artmayıp hep aynı kaldığı** her yıl için %10 artırım %10 indirim biçimindeki hesaplamanın işleyişi aşağıdaki örneklerde gösterilmiştir:

%10 artırım - iskonto tablosu

Dönem başındaki kazanç: $300,00 \times 1.10 = 330,00$ TL

Yıllar	K ⁿ	1/ K ⁿ	Tutar
1	330,00	0.9090909091	300,00 TL
2	363,00	0.8264462810	300,00 TL
3	399,30	0.7513148009	300,00 TL
4	439,23	0.6830134554	300,00 TL
5	483,15	0.6209213231	300,00 TL
Toplam			1.500,00 TL

Eşit oranda artırım ve indirimin her yıl için aynı sonucu vereceği (matematiksel) gerçeği yıllarca bir türlü kabul ettirilememiştir. Artırım oranı ne olursa olsun %5, %10, %30, %50... hatta %120 her durumda eşit oranda artırım ve indirimin aynı sonucu vereceğini göstermek için aşağıda, örnek olarak % 30 artırım ve iskonto oranına göre düzenlenmiş bir tabloya yer verilmiştir.

%30 Artırım - İskontolama tablosu

Dönem başındaki kazanç: $300,00 \times 1.30 = 390,00$ TL

Yıllar	K ⁿ	1/ K ⁿ	Tutar
1	390,00	0.7692307692	300,00 TL
2	507,00	0.5917159763	300,00 TL
3	659,10	0.4551661356	300,00 TL
4	856,83	0.3501277966	300,00 TL
5	1.113,88	0.2693290743	300,00 TL
Toplam			1.500,00 TL

Yukardaki tabloda görüldüğü üzere, %10 artırım-indirim ile % 30 artırım-indirim aynı sonucu vermektedir. Çünkü, adına progressif rant (ilerleyen rant) denilmesine karşın, geleceğin kazançları hiç artmamakta ve iskonto edilmemektedir.

Bu matematiksel gerçeğe karşın, çoğu bilirkişiler “Yargıtay böyle istiyor” saplantısı ile uzun uzun tablolar düzenlemekte; bazıları uzmanlıklarını kanıtlamak için olsa gerek, herbir haksahibinin destek paylarına, kusur oranlarına göre düzenledikleri tablolarla raporlarını anlaşılabilir ve denetlenemez hale getirmektedirler.

Bütün bu tablolara hiç gerek yoktur. Şu kısa formül, işleyecek dönem zarar hesabın esas kazanç unsurunu bulmak için yeterlidir:

Kazanç x Zarar süresi (yıl sayısı)= İşleyecek dönem kazançları

Formülü yukardaki %10'lu ve %30'lu iki örneğe göre kullanırsak, kısa yoldan sonuca ulaşıyoruz. Buna göre (5) yıllık zarar süresinin kazançlar toplamı:

$$300,00 \times 5 \text{ yıl} = 1.500,00 \text{ TL. olur.}$$

Bu kısa formül, progressif rant yönteminin uygulandığını; %10 artış ve %10 iskonto yapıldığını göstermek için şöyle de düzenlenmektedir:

$$300,00 \times 1.1000 (Kn) \times 0.9090 (1/Kn) \times 5 \text{ yıl} = 1.500,00 \text{ TL.}$$

Bu simgesel örneği somutlaştırırsak, aylık kazancı 1.500,00 TL. olan bir kimsenin (25 yıllık zarar süresinin, ilk (5) yıllık işlemiş dönemden sonraki (20) yıllık işleyecek dönem zarar hesabına esas kazançlarının kısa formülle hesabı şöyle olacaktır:

$$1.500,00 \times 12 \times 1.1000 (Kn) \times 0.9090 (1/Kn) \times 20 \text{ yıl} = 359.964,00 \text{ TL.}$$

Bu sonuç, yukarda "devre sonu ödemeli rant" formülüyle şöyle idi:

$$(1.500,00 \times 12) \times 33.0660 (K20) / 20 \times 12.4622 (1/K20) = 370.867,59 \text{ TL.}$$

3- Sigortalarca uygulanan "devre başı ödemeli belirli süreli rant" formülü

Sigorta şirketlerince benimsenen, Hazine Müsteşarlığı'nca da uygun bulunup, 01.06.2015 tarihinde yürürlüğe konulan Sigorta Genel Şartlar eklerinde yer alan "**devre başı ödemeli belirli süreli rant formülü**" hakkında, tanıtıcı nitelikte kısa açıklamalar yapalım:

a) Devre başı 3demeli belirli s3reli rant form3lleri arasın-
da yer alan “kısaltılmıŐ devrebaşı iratlarının peşin değerleri
toplamı” form3l3 Ő3yledir:

$$A_{x,n} = (N_x - N_x + n) / D_x$$

Form3l3 3aarsak: N_x (rapor tarihindeki yaş) - $N_x + n$ (zarar
s3resi) / D_x (rapor tarihindeki yaŐa g3re iskonto katsayısı) x
yıllık kazanç = Tazminat hesabına esas (n) yıllık işleyecek aktif
d3nem kazançları

Yukardaki form3lde (x) yaşı, (n) s3reyi g3sterir.

Form3l3n anlamı Şudur: Bir sigorta Şirketinin (x) yaşındaki
bir kimseye (n) yıl s3reyle her yıl başında (1) lira 3demek i3in
sigortalıdan peşin olarak alacağı para (a) ile g3sterildiğinde pe-
Çin değer $a = N_x - N_x + n / D_x$ form3l3yle bulunacaktır.

Yukardaki form3lde (x) ve (n) simgelerinin yerini kom3tas-
yon sayıları alacaktır. (Kom3tasyon: Birinin yerine başkasını
koyma, değiştirme, d3n3Őt3rme, eski dilde tahvil anlamında
olup, hesaplamalarda, yaşam tablolarına ve teknik faiz oranla-
rına g3re d3zenlenen tablolara bakılarak kom3tasyon sayıları
belirlenmektedir.)

N iŐaretli kom3tasyon sayıları, (x) yaşta ve daha ileri yaşta
olanların **iskontolu** sayılarını g3sterir ve (N_x) simgesiyle g3s-
terilir.

D iŐaretli kom3tasyon sayıları, (x) yaşta bulunanların **iskon-
tolu** sayıları toplamını g3sterir ve (D_x) simgesiyle g3sterilir.

Kom3tasyon tablolarındaki, her yaşın veya s3renin karşı-
sındaki **iskonto** sayıları kullanılarak, tazminat hesabına esas
kazan3lar veya parasal değerler belirlenecektir.

b) Kom3tasyon tabloları, kullanılan yaşam tablolarına ve
teknik faiz oranlarına g3re d3zenlenmektedir. Sigorta Şirket-
leri, kurumlar arasında uyum sağlama ve ortak bir form3lde
buluŐma giriŐiminde bulunmaksızın, uzun yıllar herbiri gel-
diği veya yakın ilişkide bulunduğu Avrupa 3lkesinin yaşam
tablolarını ve hesap form3llerini kullanmıŐlar; son yıllarda
ise ortak bir g3r3Öte birleŐerek, (yaşam koşulları son derece

farklı) ABD'nin **CSO-1980** yaşam tablosunu benimsemişler; 01.06.2015 tarihinde yürürlüğe konulan **yeni Trafik Sigortası Genel Şartlarıyla** da, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun özel siparişi **TRH-2010** uygulamasına geçmişlerdir.

Geçmiş yıllarda, konunun uzmanlarınca %5 iskonto değerine göre düzenlenmiş komütasyon sayıları önerilmiş; sigorta şirketleri % 3 teknik faizli CSO-1980 ABD. tablosuna göre oluşturulmuş tabloları kullanmakta iken, **TRH-2010** tablosunu benimseme aşamasında, yeni Genel Şartlar ekinde (hangi ölçüye göre belirlenmiş ise) % **1.8 teknik faiz oranı** uygun görülerek daha insaflı olunmuştur. Eğer, daha önce olduğu gibi % 3 teknik faiz oranı uygulanırsa tazminat tutarları daha da az olacaktır.

c) 01.06.2015 tarihinde yürürlüğe konulan **Trafik Sigortası Genel Şartları**'nda, yukarda açıklanan **formül ve hesaplama yöntemleriyle yetinilmemiş**; Anayasa'nın 10-13- 19-36'ncı maddelerine, 6098 sayılı TBK'nun 53-54-55.maddelerine, 6102 sayılı TTK'nun 1451.maddesine ve HMK.29/2-b maddesine aykırı olarak; Yargıtay'ın uzun yıllara yayılan ilkeleşmiş kararları, öğretilerdeki kural ve kuramlar, Sorumluluk Hukukunun evrensel kuralları;

bütün bunlar yok sayılıp, 6704 sayılı Torba Yasa ile değiştirilen KTK'nun 90.maddesine "**Tazminatlar, genel şartlarda öngörülen usul ve esaslara tabidir**" hükmü konularak, sırf sigorta şirketlerinin çıkarları uğruna, hukukun dışına çıkılmış; hukuka aykırı bir uygulama. Trafik kazalarından zarar görenlere ve tüm yargı sistemine dayatılmıştır.

Ne yazık ki, yargı çevreleri bu hukuk dışı düzenlemelere karşı çıkmamakta, Trafik Yasası'nda yapılan değişiklikleri Anayasa Mahkemesine götürmemekte; adeta kabullenmiş (boyun eğmiş) gibi bir izlenim vermektedirler.

d) Sigorta Genel Şartları ekinde, Hazine Müsteşarlığı'na her zaman yeni kurullar koymak gibi sınırsız yetki tanıyan bir düzenleme ile hukuka ve Yargıtay'ın ilkeleşmiş kararlarına aykırı kurullar konulmuştur. Bunlardan yalnızca üçüne değin-

memiz, kime ve neye hizmet edildiğini; nasıl bir hukuksuzluk yaratıldığını göstermemiz için yeterli olacaktır.

aa)**Genel Şartlar ekinde**, tazminat hesabına esas “kazançlar”ın belirlenmesi ile ilgili olarak “Belgelendirilmiş olması durumunda, hesaplamalarda ölen kişinin vergilendirilmiş geliri dikkate alınır. **Vergilendirilmiş gelir tutarı için herhangi bir belge sunulamaması durumunda hesaplama, asgari ücret kullanılarak yapılır**” koşulu,

Yargıtay’ın, ücret bordroları ve vergi bildirimleri gerçeği yansıtmıyorsa, bunların dikkate alınmayacağına, “**gerçek kazançların**” araştırılacağına; **işçi, ücret bordrolarını koşulsuz imzalamış olsa dahi**, yaptığı işin özelliğine, kıdemine ve usul derecesine göre **gerçek kazançlarının** araştırılıp tazminat hesabının ona göre yapılacağına; tüm resmi belgelerde, yazılı sözleşmelerde, sigorta hesap cetvellerinde, vizite kağıtlarında, müfettiş raporlarında yer alan ücretler, gerçeği yansıtmıyorsa, aksinin kanıtlanması durumunda geçersiz sayılacağına;

Tüccar ve sanayiciler ile serbest meslek sahiplerinin vergi bildirimlerini düşük göstermeleri durumunda da, **vergi kamu düzeniyle ilgili olup, kişinin gelirini düşük göstermesinin, gerçeğe aykırı bildirimde bulunmasının vergi mevzuatı ile ilgili olduğuna; kazanç kaybının hesabında vergi bildirimlerinin dikkate alınmayacağına ve “gerçek kazançların” araştırılacağına** ilişkin, Yargıtay’ın uzun yıllara yayılan yerleşik ve ilkeleşmiş kararlarına aykırıdır.

Burada şunu sormalıyız: **Mahkemeler Sigorta Genel Şartlarına sınırsız bir yetkiyle konulan ve her an değiştirilebilen koşullara mı uyacaklar? Eğer uyacaklarsa, Yargıtay’ın yasalara ve hukukun evrensel kurallarına göre oluşturduğu kökleşmiş ve ilkeleşmiş kararlarını yok mu sayacaklar?**

Biz bir çıkış yolu gösterelim: Her ne kadar Trafik Yasası’nın bazı maddeleri (hukuka aykırı olarak) değiştirilmiş ise de, aynı Yasa’nın 95.maddesine göre “*Sigorta sözleşmesinden veya sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması sonucunu doğuran haller zarar görene karşı ileri sürülemez*”

O halde, Trafik Kanunu'nun değişen maddelerine ve Sigorta Genel Şartlarına göre değil, ölüm ve bedensel zararlarda **özel yasa** olan Borçlar Kanunu hükümlerine göre karar verilmeli; TBK'nun 55.maddesindeki "**Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanacağına**" ilişkin emredici nitelikteki hükmü uygulanmalıdır.

bb)**Genel Şartlar ekinde** ikinci değineceğimiz husus "Destek süresi ile aktif ve pasif çalışma süresi, Hazine Müsteşarlığının belirleyeceği esaslara göre hesaplanır" denilmiş olmasıdır. Keyfiliğin, pervasızlığın, imtiyazın bu derecesi de olmaz dedirten, tüm hukuk sistemine adeta kafa tutan bu düzenlemelere derhal son verilmelidir.

cc) Hesaplama da % 1.8 teknik faiz (iskonto oranı) neye göre, hangi ekonomik göstergelere göre belirlenmiştir? Hazine Müsteşarlığı'na sınırsız yetki tanındığına göre, teknik faiz (iskonto oranı) % 3 veya % 5 yapılırsa, zarar görenlere sigortaların ödeyecekleri tazminat tutarları çok daha az olacaktır. Bunu da anımsatalım.

e) Devre başı ödemeli belirli süreli rant formülüne göre hesaplama örnekleri:

Örnek: 1

Sigorta şirketleri, bugünkü TRH-2010 yaşam tablosunu kullanmaya başlamadan önce, kısa bir dönem Sosyal Güvenlik Kurumu'na da benimsetilen, CSO-1980 ABD. tablosuna ve % 3 teknik faiz oranına göre tazminat hesaplatmakta idi. % 3 oranının tazminat miktarını daha da azalttığını göstermek için, **CSO-1980** tablosuna ve **% 3 teknik faiz** oranına göre belirlenen komütasyon sayılarını kullanarak,

40 yaşındaki bir kimseye 20 yıl süre ile (60) yaşına kadar her yılbaşında ödenecek 10.000 TL. iradın peşin değerini komütasyon tablosuna bakarak hesaplayalım:

CSO-1980 yaşam tablosuna ve %3 teknik faiz oranına göre komütasyon sayıları: 40 yaşın karşılığı: 60.687.221,98 (N40)

40 yaşından 60 yaşına kadar olan (40+20) karşılığı: 18.504.976,0 (N40+20)

40 yaşındaki kişinin iskontolu sayısı: 2.874.653,28 (D40)

$A_{40,20} = N_{40} - N_{40+20} / D_{40} \times 10.000$ formülüne göre hesaplama sonucu:

$$A_{40,20} = 60.687.221,98 - 18.504.976,00 / 2.874.653,28 \times 10.000 = \mathbf{146.738,55 \text{ TL.}}$$

Örnek: 2

Yeni Trafik Sigortası Genel Şartları eklerinde yer alan ve sigortalarca uygulanması istenilen TRH-2010 yaşam tablosuna ve % 1.8 teknik faiz oranına göre, aynı örneği kullanarak, yani 40 yaşındaki kişinin 60 yaşına kadar(20) yıllık aktif dönem zarar hesabına esas kazançlar:

TRH-2010 yaşam tablosuna ve %1.8 teknik faiz oranına göre komütasyon sayıları:

40 yaşın karşılığı: 1.203.495,53 (N40)

40 yaşından 60 yaşına kadar olan (40+20) karşılığı: 438.781,57 (N40+20)

40 yaşındaki kişinin iskontolu sayısı: 46.542,54 (D40)

$A_{40,20} = N_{40} - N_{40+20} / D_{40} \times 10.000$ formülünde sayıları yerlerine koyarak, işleyecek aktif dönem kazançlarını hesaplayalım:

$$A_{40,20} = 1.203.495,53 - 438.781,57 / 46.542,54 \times 10.000,00 = \mathbf{164.304,30 \text{ TL.}}$$

İki örneğin karşılaştırması:

Göröldüğü gibi **teknik faiz** oranı % 1.8 iken tazminat daha fazla hesaplanacak, oran yükseldikçe tazminat miktarı düşecektir. Yukardaki iki örnekte:

% 3 teknik faiz oranına göre (20) yıllık kazanç: 146.738,55 TL.

%1.8 teknik faiz oranına göre (20) yıllık kazanç: 164.304,30 TL.

Görüldüğü gibi arada 17.565,75 TL'lık bir fark olup, teknik faiz oranı yükseldikçe, sigortaların ödeyecekleri tazminat daha düşük çıkmaktadır.

Aşağıda üç ayrı formüle göre hesaplama örnekleri verilirken, Yargıda uzun yıllar kullanılan devre sonu rant formüllerine ve halen kullanılmakta olan progressif rant formülüne göre kazançların daha yüksek çıkmakta olduğu; devrebaşı rant formülünün sigorta şirketlerinin yararına olduğu görülecektir.

g) Yukarda “**devre başı ödemeli belirli süreli rant formülü**”nü olabildiğince açıklamaya; ($A_{x,n} = N_x - N_x +n / D_x$) formülündeki simgelerin anlamlarını ve nasıl kullanıldıklarını örneklerle göstermeye çalıştık.

Sigorta şirketlerinin avukatları her davada, tazminat hesaplarının “Hazine siciline kayıtlı aktüerler” tarafından yapılmasını istemekte iseler de, aktüerlerin raporlarında yukarda yaptığımız açıklamalar ve formül açılımları yoktur. Raporlar açık ve anlaşılır olmayıp Yargıtay kararlarında denildiği gibi “denetime elverişli” değildir. O nedenle yargıçlar, avukatlar ve taraflar, aktüerlerin raporlarında nasıl tazminat hesaplandığını anlayamamakta; bu yüzden bu raporları kabul etmemektedirler. Öte yandan gerek ülkemizde ve gerekse Avrupa ülkelerinde özenle uyulan tazminat hesap ilkeleri hiç dikkate alınmamaktadır.

Kimi aktüerler, hukuk bildiklerini kanıtlamak amacıyla, bu raporların yargıçların ve avukatların önüne geleceğini bilmelerine karşın, halk deyimiyle tereciye tere satar gibi raporlarda (üstelik yanlış olarak) destek tazminatı veya bedensel zarar tanımları yapmakta; konuyla ilgisi olsun olmasın rastgele buldukları kararları “Bazı Yargıtay Kararları” başlığıyla raporlarına eklemektedirler. Bütün bunlar yanlıştır. Hele 6754 sayılı Birlikçilik Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra raporlarda hukuksal açıklamalar yer almayacaktır. Ancak raporun konusuyla doğrudan ilgili hesap unsurlarına açıklık getiren ve raporların gerekçelerini oluşturan) Yargıtay kararlarının zikredilmesi bu yasağın dışındadır.

4- Aynı olayın değişik formüllerle hesaplanması

Yukarda açıklanan formüller arasındaki farklara gösterebilmek için aynı olayı alıp, değişik formüllere göre “işleyecek dönem kazançlarını hesaplayacağız.

Olay : 35 yaşında kaza geçirip beden gücü kaybına uğrayan kişinin, (5) yıllık işlemiş aktif dönemden sonraki (60) yaşına kadar (20) yıllık işleyecek aktif dönem zarar hesabına esas parasal değerin, yıllık 10.000,00 TL. kazanç üzerinden üç ayrı formüle göre tutarları:

a) Halen yargıda uygulanmakta olan “progressif rant” yöntemine göre:

(Kazanç x İşleyecek dönem zarar süresi = İşleyecek dönem kazançları formülüyle)

$$10.000,00 \times 1.1000 \times 0.9090 \times 20 \text{ yıl} = \mathbf{199.980,00 \text{ TL.}}$$

b) Devre sonu ödemeli rant formülüne göre:

Yargıda uzun yıllar uygulanan PMF-1931 yaşam tablosuna, (Kn-1/K-1) formülüyle belirlenen %5 kazanç artış ve (Kn-1/ Kn (K-1) formülüyle belirlenen % 5 iskonto katsayılarına göre: $10.000,00 \times 33.0660 (K20) / 20 \times 12.4622 (1/K20) = \mathbf{206.037,55 \text{ TL.}}$

c) Devre başı ödemeli belirli süreli rant formülüne göre:

%1.8 teknik faizli TRH-2010 tablosuna ve N40-N40+20 / D40 formülüne göre:

$$1.203.495,53 - 438.781,57 / 46.542,54 \times 10.000,00 = \mathbf{164.304,30 \text{ TL.}}$$

d) Gene devre başı ödemeli belirli süreli rant formülüne ve % 3 teknik faizli TRH-2010 tablosuna N40-N40+20 / D40 formülüne göre:

$$627.777,50 - 194.875,13 / 29.125,42 \times 10.000,00 = \mathbf{148.633,86 \text{ TL.}}$$

(Yukardaki katsayılar tablolara bakılarak karşılaştırılabilir.)

Sonuçlar:

Progressif rant yöntemine göre	199.980,00 TL.
Devre sonu ödemeli rant formülüne göre	206.037,55 TL.
Devre başı ödemeli %1.8 teknik faizli formüle göre	164.304,30 TL.
Devre başı ödemeli % 3 teknik faizli formüle göre	148.633,86 TL.

Yukardaki tabloya göre Şu değerlendirmeleri yapıyoruz:

1. En yüksek sonuç, geçmişte uzun yıllar yargıda uygulanan “**devre sonu ödemeli ortalama kazanç ve % 5 artırım ve iskonto**” formülüyle alınmaktadır. %5 artırım ve iskonto oranı da uzun yıllardan beri ülkemizdeki ücret artışlarına da uygun düşmektedir.

2. Halen yargıda uygulatılan ve “**progressif rant**” yöntemi denilen, aslında kazançların hiç artmadığı yöntem üzerinde durmayı hiç gerekli görmüyoruz. Çünkü yargıda önceki yöntem ve formüllere dönülmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

3. Sigorta davalarında uygulanması istenilen ve Genel Şartlar eklerinde yer alan “**devre başı ödemeli belirli süreli rant**” formülünün, TRH-2010 yaşam tablosunun ve % 1.8 teknik faizin uygulanmasına karşıyız. Çünkü insan zararları sigorta ve trafik davalarından ibaret değildir. Bu formül, örneğin iş kazalarına, hekim sorumluluğuna, bina ve yapı sahibinin sorumluluğuna ve diğer haksız fiillere uygulanmaya elverişli değildir.

Üstelik bu formülde, Yargıtay kararlarında öngörülen yıllara göre “kazanç artışları” gerçekleşmemekte, yalnızca “iskonto” işlemi yapılmaktadır. İskonto oranı (teknik faiz oranı) yükseldikçe, tazminatın miktarı azalmaktadır. Yukardaki iki örnekte, tazminat hesabına esas kazançlar: % 1.8 teknik faiz uygulandığında 164.304.30 TL. iken, teknik faiz oranı daha yüksek %3 olduğunda 148.633,86 TL. olmaktadır.

Böyle bir adaletsizliği sürdürmeye kimsenin hakkı yoktur.

5- İnsan zararları için en uygun formül

a) Yukardaki formüllerde görüldüğü üzere, devre başı rant formüllerinde iskonto oranı bir tazminat azaltma aracı olup, bu oran yükseldikçe tazminat miktarı düşmektedir.

b) Bize göre, insan zararlarının hesabında en uygun formül, 1993 yılında işverenlerin tazminatların yüksek hesaplandığı yakınmalarına çözüm arayışları sırasında “progressif rant” adıyla yürürlüğe konulan düzmece formülden önceki, uzun yıllar yargıda başarıyla uygulanan “**devre sonu ödemeli ortalama kazanç ve sabit taksitli rant formülü**” öteki adıyla “devre sonu iratların peşin değer formülü”dür.

Ayrıca %5 ücret artışları ile %5 iskonto ülkemiz koşullarına uygun düşmektedir.

c) Bu sistem, daha önce açıkladığımız gibi, 1982 yılında artırım-iskonto oranı %10 yapılarak rayından çıkarılmış; 1993 yılında da bu konuda yetkin olmayan kişiler tarafından önerilen “progressif rant” uygulamasına geçilerek, konu tartışmalı hale getirilmiştir.

Progressif rant yönteminin tek iyiliği, herkesin kolayca anlayabileceği, yargıların ve avukatların hesabın doğruluğunu ve yanlışlığını belirleyebileceği bir uygulama olmasıdır.

d) Sigortacıların uygulanmasını istedikleri ve Sigorta Genel Şartlarına koydurdukları “**devre başı ödemeli belirli süreli rant**” formülüne gelince: Hayat sigortaları için oluşturulmuş bu formül, insan zararlarının hesaplanmasında hiç de uygun değildir.

Gerek ülkemizde ve gerek Avrupa ülkelerinde geleceğin zararları, varsayımsal kazanç artışlarına göre hesaplanmakta ve iskonto oranı yıllar önceden ve toptan ödenecek tazminatın peşin değerini belirlemede kullanılmaktadır.

Bize göre, yargıda uzun yıllar uygulanan % 5 artırım ve %5 iskonto değerli “**devre sonu ödemeli ortalama kazanç ve sabit taksitli rant**” formülü, insan zararları (ölüm ve bedensel zararlar nedeniyle tazminat hesapları) için en uygun yön-

temdir. Yargı, geçmiş yılların bu tutarlı hesaplama yöntemini yeniden benimsemeli; yargıçlar, sigortacıların dayattıkları formüle (Anayasa'nın 19/Son maddesine ve 6098 sayılı TBK'nun 55.maddesine ve gene TBK. 20.maddesine göre genel işlem şartı niteliğindeki Sigorta Genel Şartlarının yasalara aykırı hükümlerinin geçersiz olacağına ilişkin hükmüne dayanarak) şiddetle karşı çıkmalıdır.

VI- RAPORLAR NASIL YAZILMALI

1- Destekten yoksun kalma hesaplarında rapor bölümleri

Birinci bölüm

Tazminat hesabına esas bilgiler (Hesap unsurları)

- a) Olay
- b) Kusur
- c) Ölenin destekliğı, aktif ve pasif dönem süreleri
- ) Destekten yoksun kalanlar ve yoksunluk süreleri
- d) Destek payları
- e) Tazminatın parasal ölçüsü

İkinci bölüm

Tazminat hesabına esas kazançların ve parasal değerlerin hesaplanması

- a) İşlemiş aktif dönem kazançları
- b) İşleyecek aktif dönem kazançları
- c) Pasif dönemin parasal ölçüsü

(alışmayan, yaşlılar, ev kadınları, çocuklar için aktif dönem-pasif dönem ayırımına gerek bulunmayıp, yalnızca işlemiş-işleyecek dönem hesabı yapılacak; işleyecek dönem hesabında rapor düzenleme tarihindeki “**en son kazanç unsuru**” veya “**en son asgari ücret**” birim alınacaktır.)

Üçüncü bölüm

Tazminat hesabı

- a) Eş yönünden tazminat hesabı, evlenme şansı (varsa) indirimi
- b) Çocukların tazminatının hesaplanması
- c) Davalılar arasında sigortacı varsa, sorumlu olduğu miktarların belirtilmesi

Dördüncü bölüm

Tazminat tutarlarının, gerekli indirimler yapılmak suretiyle netleştirilmesi

(Bu bölüm genellikle hesaplama bölümü içinde yer almaktadır.)

Bir uyarı: Davalılar arasında sigorta şirketi varsa ve tüm davacılar için hesaplanan tazminat toplamı olay tarihindeki Trafik Sigortası limitini aşıyorsa, her bir davacının tazminat tutarı, toplam tazminat rakamına bölünerek her birinin sigorta limitinden alacağı pay oranları belirlenecek; sonra bu oranlar üzerinden sigorta limiti paylaşılacaktır. Buna “garameten” bölüştürme denilmektedir.

2- Bedensel zararlarda rapor bölümleri

Birinci bölüm

Tazminat hesabına esas bilgiler

- a) Olayın açıklanması ve nedensellik bağı
- b) Kusur ve sorumluluk
- c) Beden gücü kayıp oranına ilişkin Sağlık Kurulu Raporu
- d) Beden gücü kaybına uğrayan davacının yaşı, yaşam süresi, aktif ve pasif dönem süreleri, işi, mesleği, kazancı
- e) Tazminatın “parasal” unsuru

İkinci bölüm

Tazminat hesabına esas kazançların ve parasal değerlerin hesaplanması

- a) İşlemiş aktif dönem kazançları
- b) İşleyecek aktif dönem kazançları
- c) Pasif dönemin parasal ölçüsü
- d) Tazminat hesabına esas kazançlar veya parasal değerler toplamı

(Çalışmayan, yaşlılar, ev kadınları, çocuklar için aktif dönem-pasif dönem ayrımı yapılmayacak; işleyecek dönem hesabında rapor düzenleme tarihindeki “**en son kazanç unsuru**” veya “**en son asgari ücret**” birim alınacaktır.)

Üçüncü bölüm

Tazminat hesabı

Kazanç veya parasal değer toplamı x Güç kaybı oranı x Kusura = Tazminat

(Sağlık kurulu raporunda iyileşme süresi belirlenmişse, önce geçici tam işgöremezlik zararı ve daha sonra sürekli kısmi işgöremezlik zararı hesaplanacaktır.)

Dördüncü bölüm

Tazminat tutarlarının, gerekli indirimler yapılmak suretiyle netleştirilmesi

(Bu bölüm genellikle hesaplama bölümü içinde yer almaktadır.)

Ekler:

Üç ayrı formüle göre rapor örnekleri

-I-

Progressif rant formülüne göre bedensel zarar hesabı

BİLİRKİŞİ RAPORU

Davacı : **Mustafa Atmaca**

Davalılar : **İŞleten, sürücü, sigorta şirketi**

Konu : 02.02.2014 günü trafik kazasında yaralanarak beden gücü kaybına uğrayan davacının maddi tazminat isteğinin incelenmesi ve değerlendirilmesidir.

I- TAZMİNAT HESABINA ESAS BİLGİLER:

1- Kazanın oluşu :

02.02.2014 günü davacının yolcu olarak bindiği minibüsün kaza yapması sonucu davacı yaralanmış ve beden gücü kaybına uğramıştır.

2- Kusur:

Mahkemece görevlendirilen bilirkişinin 18.06.2016 günlü raporuna göre minibüs sürücüsü % 100 kusurludur.

3- Davacının beden gücü kayıp oranı:

Okmeydanı Eğitim ve Araştırma Hastanesi Sağlık Kurulu'nun 12.10.2016 gün 7648 sayılı raporunda davacının beden gücü kayıp oranı % 18 olarak belirlenmiştir.

4- Zarar süresi:

13.01.1977 d.lu **Mustafa Atmaca** 02.02.2014 kaza tarihinde (37) yaşında, PMF-1931 tablosuna göre kalan yaşam süresi (32) yıl ve toplam süre (69) yıldır. Buna göre davacının 37-60 yaş arası aktif dönemi (23) yıl ve 60-69 yaş arası pasif dönemi (9) yıl olmak üzere, toplam zarar süresi (32) yıldır.

5- Parasal unsur:

Davacının mesleği ve kazançları hakkında bilgi ve belge verilmediğinden asgari ücretlerin bekârlar için net tutarları üzerinden tazminat hesaplanacaktır.

II- TAZMİNAT HESABINA ESAS KAZANÇLAR:**1- İşlemiş aktif dönem:**

02.02.2014-02.02.2017 arası (3) yıllık kazançlar:

Dönemler	As.Üc.Brüt	As.Üc.Net	Süre	Dönem tutarı
02.02.2014-01.07.2014	1.071,00	862,06	5 ay	4.310,30
01.07.2014-01.01.2015	1.134,00	907,10	6 ay	5.442,60
01.01.2015-01.07.2015	1.201,50	967,10	6 ay	5.802,60
01.07.2015-01.01.2016	1.273,50	1.018,57	6 ay	6.111,42
01.01.2016-01.07.2016	1.647,00	1.325,69	6 ay	7.954,14
01.07.2016-01.01.2017	1.647,00	1.325,69	6 ay	7.954,14
01.01.2017-02.02.2017	1.777.50	1.430,73	1 ay	1.430,73
Toplam (3) yıllık işlemiş aktif dönem kazançları				39.005,93

2- İşleyecek aktif dönem:

Davacının (23) yıllık aktif dönem zarar süresinin ilk (3) yıllık işlemiş dönemden sonraki (20) yıllık işleyecek aktif dönem zarar hesabına esas kazançlar, Yargıtay'ca öngörülen her yıl için ayrı ayrı %10 artırım ve %10 indirim yöntemine göre, aynı sonucu veren gereksiz tablolar düzenlenmeksizin "Kazanç x Zarar süresi" kısa formülüyle ve en son kazanç unsuruna göre:

$$1.430,73 \times 1.1000 \times 0.9090 \times 12 \times 20 \text{ yıl} = 343.340,86 \text{ TL.}$$

3- Pasif dönem zararının parasal ölçüsü:

Pasif dönem zararı, Yargıtay'ca bir değer ölçüsü kabul edildiğinden, olay tarihinden (23) yıl sonraki ve en son 01.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 1.777,50 TL. brüt asgari ücretin indirimsiz net tutarı 1.270,75 TL.'nın (20) yıl sonraki ulaşım değeri üzerinden, pasif dönem zararının (23) yıl önceden alınacak olması nedeniyle (37) yılın iskonto katsayısı uygulanmak suretiyle, davacının (9) yıllık pasif dönem zarar hesabına esas parasal değer:

$1.270,75 \times 6.7274 (K20) \times 0.1116 (1/K23) \times 12 \times 9 \text{ yıl} = 103.037,50 \text{ TL.}$

4- Tazminat hesabına esas parasal değerler toplamı :

İşlemiş aktif dönem	39.005,93 TL.
İşleyecek aktif dönem	343.340,86 TL.
İşleyecek pasif dönem	103.037,50 TL.
T o p l a m	485.384,29 TL.

III-TAZMİNATIN HESAPLANMASI:

Davacı **Mustafa Atmaca'nın** %18 beden gücü kayıp oranına ve sigortalı araç sürücüsünün %100 kusuruna göre “**güç kaybı tazminatı**” tutarı:

$485.384,29 \times \% 18 \text{ güç kaybı} \times \% 100 \text{ kusur} = 87.369,17 \text{ TL.}$

S O N U Ç :

Takdir ve Değerlendirme Mahkemeye ait olmak üzere:

02.02.2014 günü trafik kazasında yaralanarak % 18 oranında beden gücü kaybına uğrayan davacı **Mustafa Atmaca'nın** “güç kaybı” tazminatının, sigortalı araç sürücüsünün % 100 kusuruna göre **87.369,17 TL.** hesaplandığına ilişkin, tarafımdan düzenlenen işbu rapor saygı ile sunulur. 04.01..2017

BİLİRKİŞİ

-II-

**Devre sonu ödemeli ortalama kazanç
ve sabit rant formülüne göre bedensel zarar hesabı**

BİLİRKİŞİ RAPORU

Davacı : **Mustafa Atmaca**

Davalılar : **İŞleten, sürücü, sigorta Şirketi**

Konu : 02.02.2014 günü trafik kazasında yaralanarak beden gücü kaybına uğrayan davacının maddi tazminat isteğinin incelenmesi ve değerlendirilmesidir.

I- TAZMİNAT HESABINA ESAS BİLGİLER:

1- Kazanın oluşu :

02.02.2014 günü davacının yolcu olarak bindiği minibüsün kaza yapması sonucu davacı yaralanmış ve beden gücü kaybına uğramıştır.

2- Kusur:

Mahkemece görevlendirilen bilirkişinin 18.06.2016 günlü raporuna göre minibüs sürücüsü % 100 kusurludur.

3- Davacının beden gücü kayıp oranı:

Okmeydanı Eğitim ve Araştırma Hastanesi Sağlık Kurulu'nun 12.10.2016 gün 7648 sayılı raporunda davacının beden gücü kayıp oranı % 18 olarak belirlenmiştir.

4- Zarar süresi:

13.01.1977 d.lu **Mustafa Atmaca** 02.02.2014 kaza tarihinde (37) yaşında, PMF-1931 tablosuna göre kalan yaşam süresi (32) yıl ve toplam süre (69) yıldır. Buna göre davacının 37-60 yaş arası aktif dönemi (23) yıl ve 60-69 yaş arası pasif dönemi (9) yıl olmak üzere, toplam zarar süresi (32) yıldır.

5- Parasal unsur:

Davacının mesleği ve kazançları hakkında bilgi ve belge verilmediğinden asgari ücretlerin bekârlar için net tutarları üzerinden tazminat hesaplanacaktır.

II- TAZMİNAT HESABINA ESAS KAZANÇLAR:**1- İşlemiş aktif dönem:**

02.02.2014-02.02.2017 arası (3) yıllık kazançlar:

Dönemler	As.Üc.Brüt	As.Üc.Net	Süre	Dönem tutarı
02.02.2014-01.07.2014	1.071,00	862,06	5 ay	4.310,30
01.07.2014-01.01.2015	1.134,00	907,10	6 ay	5.442,60
01.01.2015-01.07.2015	1.201,50	967,10	6 ay	5.802,60
01.07.2015-01.01.2016	1.273,50	1.018,57	6 ay	6.111,42
01.01.2016-01.07.2016	1.647,00	1.325,69	6 ay	7.954,14
01.07.2016-01.01.2017	1.647,00	1.325,69	6 ay	7.954,14
01.01.2017-02.02.2017	1.777,50	1.430,73	1 ay	1.430,73
Toplam (3) yıllık işlemiş aktif dönem kazançları				39.005,93

2- İşleyecek aktif dönem zarar hesabına esas kazançlar:

Davacının (23) yıllık aktif dönem zarar süresinin ilk (3) yıllık işlemiş dönemden sonraki (20) yıllık işleyecek aktif dönem zarar hesabına esas kazançların belirlenmesi için, önce Kn-1/K-1 formülüne ve PMF.% 5 artırım oranına göre belirlenen (33.0660) katsayısı ve aylık 1.430,73 TL'nin yıllık tutarı 17.168,76 TL uygulanmak suretiyle aylık ortalama kazanç bulunacak; daha sonra Kn-1/ Kn (K-1) formülüyle (20) yılın PMF %5 iskonto katsayısı (12.4622) uygulanacaktır. Buna göre işleyecek aktif dönem hesabına esas peşin değer:

$$17.168,76 \times 33.0660 / 20 \times 12.4622 = 353.740,93 \text{ TL.}$$

3- Pasif dönem zararının parasal ölçüsü:

$$1.270,75 \times 2.6532 (K20) \times 0.3255 (1/K23) \times 12 \times 9 \text{ yıl} = 118.523,61 \text{ TL.}$$

4- Tazminat hesabına esas parasal değerler toplamı :

İşlemiş aktif dönem	39.005,93 TL.
İşleyecek aktif dönem	353.740,93 TL.
İşleyecek pasif dönem	118.523,61 TL.
T o p l a m	511.270,47 TL.

III-TAZMİNATIN HESAPLANMASI:

Davacı **Mustafa Atmaca'**nın %18 beden gücü kayıp oranına ve sigortalı araç sürücüsünün %100 kusuruna göre "güç kaybı tazminatı" tutarı:

$511.270,47 \times \% 18 \text{ güç kaybı} \times \% 100 \text{ kusur} = 92.028,68 \text{ TL.}$

S O N U Ç :

Takdir ve Değerlendirme Mahkemeye ait olmak üzere:

02.02.2014 günü trafik kazasında yaralanarak % 18 oranında beden gücü kaybına uğrayan davacı **Mustafa Atmaca'**nın "güç kaybı" tazminatının, sigortalı araç sürücüsünün % 100 kusuruna göre **92.028,68 TL.** hesaplandığına ilişkin, tarafımdan düzenlenen işbu rapor saygı ile sunulur. 04.01..2017

BİLİRKİŞİ

-III-

**Devre başı ödemeli belirli süreli rant formülüne
ve % 1.8 teknik faizli TRH-2010 tablosuna göre
bedensel zarar hesabı**

BİLİRKİŞİ RAPORU

Davacı : **Mustafa Atmaca**

Davalılar : **İŞleten, sürücü, sigorta Şirketi**

Konu : 02.02.2014 günü trafik kazasında yaralanarak
beden gücü kaybına uŐrayan davacının maddi tazminat isteği-
nin incelenmesi ve değerlendirilmesidir.

I- TAZMİNAT HESABINA ESAS BİLGİLER:

1- Kazanın oluşu :

02.02.2014 günü davacının yolcu olarak bindiği minibüsün
kaza yapması sonucu davacı yaralanmış ve beden gücü kaybı-
na uŐramıŐtır.

2- Kusur:

Mahkemece görevlendirilen bilirkişinin 18.06.2016 günlü
raporuna göre minibüs sürücüsü % **100** kusurludur.

3- Davacının beden gücü kayıp oranı:

Okmeydanı EĞitim ve Araştırma Hastanesi Sağlık
Kurulu'nun 12.10.2016 gün 7648 sayılı raporunda davacının
beden gücü kayıp oranı % **18** olarak belirlenmiştir.

4- Zarar süresi:

13.01.1977 d.lu **Mustafa Atmaca** 02.02.2014 kaza tarihinde
(37) yaşında, TRH-2010 tablosuna göre kalan yaşam süresi (38)
yıl ve toplam süre (75) yıldır. Buna göre davacının 37-60 yaş
arası aktif dönemi (**23**) yıl ve 60-75 yaş arası pasif dönemi (**15**)
yıl olmak üzere, toplam zarar süresi (**38**) yıldır.

5- Parasal unsur:

Davacının mesleği ve kazançları hakkında bilgi ve belge ve-
rilmediğinden asgari ücretlerin bekârlar için net tutarları ze-
rinden tazminat hesaplanacaktır.

II- TAZMİNAT HESABINA ESAS KAZANÇLAR:**1- İşlemiş aktif dönem:**

02.02.2014-02.02.2017 arası (3) yıllık kazançlar:

Dönemler	As.Üc.Brüt	As.Üc.Net	Süre	Dönem tutarı
02.02.2014-01.07.2014	1.071,00	862,06	5 ay	4.310,30
01.07.2014-01.01.2015	1.134,00	907,10	6 ay	5.442,60
01.01.2015-01.07.2015	1.201,50	967,10	6 ay	5.802,60
01.07.2015-01.01.2016	1.273,50	1.018,57	6 ay	6.111,42
01.01.2016-01.07.2016	1.647,00	1.325,69	6 ay	7.954,14
01.07.2016-01.01.2017	1.647,00	1.325,69	6 ay	7.954,14
01.01.2017-02.02.2017	1.777,50	1.430,73	1 ay	1.430,73
Toplam (3) yıllık işlemiş aktif dönem kazançları				39.005,93

2- İşleyecek aktif dönem zarar hesabına esas kazançlar:

Olay tarihinde (37) yaşında, 37-60 yaş arası aktif dönemi (23) yıl olan davacının, (3) yıllık işlemiş dönemden sonraki 40-60 yaş arası (20) yıllık işleyecek aktif dönem zarar hesabına esas kazançlar, % 1.8 teknik faiz oranına, TRH-2010 tablosuna, 1.430,73 TL'nin yıllık tutarı 17.168,76 TL'ya ve N40 - N40+20 / D40 formülüne göre:

$$A_{40,20} = 1.203.495,53 - 438.781,57 / 46.542,54 \times 17.168,76 = 282.090,11 \text{ TL.}$$

3- Pasif dönem zararının parasal ölçüsü:

Pasif dönemin parasal değer ölçüsü, en son 1777,50 TL. brüt asgari ücretin geçim indirimsiz net tutarı 1.270,75 TL'nin yıllık tutarı 15.249,00 TL. olacak; davacının 60-75 arası (15) yıllık pasif dönem zarar hesabına esas tutar, 20/ A40,15 = N60-N75/ D40 formülünde komütasyon sayıları yerlerine konularak belirlenecektir. Buna göre:

$$20/ A_{40,15} = 438.781,57 - 107.733,76 / 46.542,54 \times 15.249,00 = 108.463,10 \text{ TL.}$$

4- Tazminat hesabına esas parasal değerler toplamı :

İşlemiş aktif dönem	39.005,93 TL.
İşleyecek aktif dönem	282.090,11 TL.
İşleyecek pasif dönem	108.463,10 TL.
T o p l a m	429.559,14 TL.

III-TAZMİNATIN HESAPLANMASI:

Davacı **Mustafa Atmaca'nın** %18 beden gücü kayıp oranına ve sigortalı araç sürücüsünün %100 kusuruna göre “**güç kaybı tazminatı**” tutarı:

$$429.559,14 \times \% 18 \text{ güç kaybı} \times \% 100 \text{ kusur} = 77.320,65 \text{ TL.}$$

SONUÇ :

Takdir ve Değerlendirme Mahkemeye ait olmak üzere:

02.02.2014 günü trafik kazasında yaralanarak %18 oranında beden gücü kaybına uğrayan davacı **Mustafa Atmaca'nın** “güç kaybı” tazminatının, sigortalı araç sürücüsünün % 100 kusuruna göre **77.320,65 TL.** hesaplandığına ilişkin, tarafımdan düzenlenen işbu rapor saygı ile sunulur.

04.01.2017

BİLİRKİŞİ

-I-

**Yargıda geçerli progressif rant yöntemine göre
Destekten yoksun kalma tazminat hesabı**

BİLİRKİŞİ RAPORU

Davacılar: 1) **Nuran Karagöz** (Eş)

2) **Canan Karagöz** (Kız)

3) **Okay Karagöz** (Oğul)

Davalılar : **İşleten, sürücü, sigorta şirketi**

Konu : 20.03.2016 günü trafik kazasında ölen **Dündar Karagöz**'ün eş ve çocuklarının, destekten yoksun kalma tazminat isteklerinin incelenmesi ve değerlendirilmesi ile yargıda geçerli ve Yargıtay'ca öngörölen yöntemlere göre tazminat hesaplanmasıdır.

I- İNCELEME VE BELİRLEMELER:

1- Kazanın oluşu:

20.03.2016 günü davalı A. Sigorta şirketi'ne 04.01.2011/2012 arası geçerli ve 401331538 poliçe no.lu ZMSS ile sigortalı) ve Seyfi Durmaz adına kayıtlı 48 KT 410 plakalı kamyonetin sürücüsü Erol Durmaz, kavőakta geçiş önceliğine uymayarak, davacıların eş ve babaları **Dündar Karagöz** yönetimindeki 48 MN 825 plakalı otomobille çarpıőması sonucu, Dündar Karagöz ağır yaralanmış, kaldırıldığı hastanede kurtarılamayarak yaşamını yitirmiőtir.

2- Kusur:

Mahkemece alınan Bilirkiő Raporuna göre, 48 KT 410 plakalı kamyonetin sürücüsü **Erol Durmaz %60** ve 48 MN 825 plakalı otomobil sürücüsü **Dündar Karagöz %40** oranında kusurlu bulunmuşlardır.

3- Ölenin destekliği :

08.02.1978 d.lu **Dündar Karagöz**, 20.03.2016 kaza ve ölüm

tarihinde (38) yaşında, PMF-1931 tablosuna göre kalan yaşam süresi (31) yıl, toplam süre (69) yıl, buna göre, yakınlarına maddi destek sağlayabileceği 38-60 yaş arası aktif dönemi (22) yıl ve 60-69 yaş arası pasif dönemi (9) yıl olmak üzere, toplam destek süresi (31) yıldır.

4- Haksahipleri ve destekten yoksunluk süreleri :

a) Eş **Nuran Karagöz** 04.04.1984 d.lu, kocasını kaybettiği 20.03.2016 tarihinde (32) yaşında, PMF-1931 tablosuna göre kalan yaşam süresi (36) yıl ise de, destekten yoksunluk süresi, eşinin yaşam süresiyle sınırlı olarak (22) yıl aktif dönem ve (9) yıl pasif dönem olmak üzere, toplam (31) yıldır.

b) Kız **Canan Karagöz** 14.06.2008 d.lu, babasını kaybettiği 20.03.2016 tarihinde (8) yaşında, genel kurala göre kız çocuklar (22) yaşına kadar destek göreceklerinden, destekten yoksunluk süresi (14) yıldır.

c) Oğul **Okay Karagöz** 31.03.2010 d.lu, babasını kaybettiği 20.03.2016 tarihinde (6) yaşında, genel kurala göre erkek çocuklar (18) yaşına kadar destek göreceklerinden, destekten yoksunluk süresi (12) yıldır.

5- Destek payları:

Desteğin kazançlarından (2) pay kendine, (2) pay eşine ve 1'er pay çocuklarına ayırdığı varsayımıyla, destek payları aşağıdaki gibi olacaktır:

	12 yıl için	2 yıl için	8 yıl için	15 yıl için
Desteğin payı	2/6	2/5	1/2	1/2
Eş Nuran	2/6	2/5	1/2	1/2
Kız Canan	1/6	1/5	-	-
Oğul Okay	1/6	-	-	-

6- Kazanç unsuru:

Desteğin işi ve kazançları hakkında dosyada bilgi ve belge bulunmadığından, asgari ücretlerin eş ve iki çocuklu yükümlüye uygulanan net tutarları üzerinden tazminat hesaplanacaktır.

II- TAZMİNAT HESABINA ESAS KAZANÇLAR :**1- İşlemiş aktif dönem kazançları:**

20.03.2016 - 20.03.2017 arası (1) yıllık kazançlar:

Dönemler	As.Üc. Brüt	As.Üc. Net	Süre	Dönem tutarı
20.03.2016- 01.07.2016	1.647,00	1.362,75	3 ay 10 gün	4.542,50
01.07.2016- 01.01.2017	1.647,00	1.362,75	6 ay	8.176,50
01.01.2017- 20.03.2017	1.777.50	1.470,72	2 ay 20 gün	3.921,92
Toplam (1) yıllık aktif dönem kazançları				16.640,92

2- İşleyecek aktif dönem kazançları:

Davacıların aktif dönem zarar sürelerinin ilk (1) yıldan sonraki işleyecek aktif dönem zarar hesabına esas kazançlar, Yargıtay'ca öngörülen her yıl için ayrı ayrı %10 artırım-indirim yöntemine göre, aynı sonucu veren gereksiz tablolar düzenlenmeksizin "Kazanç x Zarar süresi" kısa formülüyle:

a) Eş Nuran yönünden:

(22) yıllık aktif dönem destekten yoksunluk süresinin ilk (1) yıldan sonraki (21) yıllık işleyecek aktif dönem zarar hesabına esas kazançlar:

$$1.470,72 \times 1.1000 \times 0.9090 \times 12 \times 21 \text{ yıl} = 370.584,38 \text{ TL.}$$

b) Kız Canan yönünden:

(14) yıllık destekten yoksunluk süresinin ilk (1) yıldan sonraki (13) yıllık işleyecek dönem zarar hesabına esas kazançlar:

$$1.470,72 \times 1.1000 \times 0.9090 \times 12 \times 13 \text{ yıl} = 229.409,38 \text{ TL.}$$

c) Oğul Okay yönünden:

(12) yıllık destekten yoksunluk süresinin ilk (1) yıldan sonraki (11) yıllık işleyecek dönem zarar hesabına esas kazançlar:

$$1.470,72 \times 1.1000 \times 0.9090 \times 12 \times 11 \text{ yıl} = 194.115,63 \text{ TL.}$$

3- Aktif dönem hesabına esas kazançlar toplamı:

Haksahipleri	İşlemiş dönem	İşleyecek dönem	Toplam
Eş Nuran	16.640,92	370.584,38	387.225,30
Kız Canan	16.640,92	229.409,38	246.050,30
Oğul Okay	16.640,92	194.115,63	210.756,55

4- Eş yönünden Pasif dönem zarar hesabının parasal ölçüsü :

Pasif dönem bir değer ölçüsü olup, olay tarihinden (22) yıl sonraki ve en son 01.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 1.777,50 TL. brüt asgari ücretin taban tutarı 1.270,75 TL'nin (21) yıl sonraki ulaşım değeri üzerinden (22) yıla iskontolu (9) yıllık pasif dönem zarar hesabının parasal ölçüsü:

$$1.270,75 \times 7.4002 \text{ (K21)} \times 0.1228 \text{ (1/K22)} \times 12 \times 9 \text{ yıl} = 124.717,01 \text{ TL.}$$

III- TAZMİNAT HESABI:

1- Eş Nuran Karagöz'ün (31) yıllık destek zararı:

(22) yıllık aktif dönem:

$$387.225,30 \times 2/6 \times 12/22 \times \% 60 \text{ kusur} = 42.242,76 \text{ TL.}$$

$$387.225,30 \times 2/5 \times 2/22 \times \% 60 \text{ kusur} = 8.448,55 \text{ TL.}$$

$$387.225,30 \times 1/2 \times 8/22 \times \% 60 \text{ kusur} = 42.241,76 \text{ TL.}$$

(9) yıllık pasif dönem:

$$124.717,01 \times 1/2 \times \% 60 \text{ kusur} = \underline{37.412,10 \text{ TL.}}$$

T o p l a m : 130.346,17 TL.

Dul eşin yeniden evlenme şansı:

Kocasını kaybettiği tarihte (32) yaşında, işbu rapor tarihinde (33) yaşında, iki çocuk sahibi dul eşin yeniden evlenme şansı, Moser tablosunda ort. %22,5, Stauffer/Schaetzle tablosunda ort.%20,5, AYİM tablosunda % 17, her üç tablonun ortalaması % 20 olup, (2) çocuk için %5'erden %10 indirim yapıldığında, dul eş Nuran Karagöz'ün yeniden evlenme şansı %10 olmakla, tazminatın indirimli tutarı:

130.346,17 x % 90 = **117.311,55 TL.**

2- Kız Canan Karagöz'ün (14) yıllık destek zararı:

246.050,30 x 1/6 x 12/14 x % 60 kusur = 21.090,03 TL.

246.050,30 x 1/5 x 2/14 x % 60 kusur = 4.218,01 TL.

Toplam : **25.308,04 TL.**

3- Oğul Okay Karagöz'ün (12) yıllık destek zararı:

210.756,55 x 1/6 x % 60 kusur = **21.075,65 TL.**

SONUÇ :

Takdir ve değerlendirme Mahkemenin Sayın Hakimine ait olmak üzere:

20.03.2016 günü trafik kazasında ölen **Dündar Karagöz'**ün eŐi ve çocuklarının, destekten yoksun kalma tazminat isteklerinin incelenmesi ve değerlendirilmesi ile yargıda geçerli ve Yargıtay'ca öngörülen yöntemlere göre tazminat hesaplanması sonucu, her bir hak sahibinin, **A. Sigorta Şirketi'**nden isteyebilecekleri tazminat tutarlarının:

EŞ Nuran Karagöz için	117.311,55 TL.
Kız Canan Karagöz için	25.308,04 TL.
Oğul Okay Karagöz için	21.075,65 TL.
T o p l a m	163.695,24 TL.

olarak belirlendiğine; tazminat toplamının olay tarihindeki sigorta limitini aşmadığına ilişkin, tarafımdan düzenlenen işbu rapor sayđı ile sunulur. 26.02.2017

BİLİRKİŞİ

-II-

**Devre sonu ödemeli ortalama kazanç
ve sabit rant formülüne göre
Destekten yoksun kalma tazminat hesabı**

BİLİRKİŞİ RAPORU

Davacılar: **1) Nuran Karagöz (Eş)**

2) Canan Karagöz (Kız)

3) Okay Karagöz (Oğul)

Davalılar : **İşleten, sürücü, sigorta şirketi**

Konu : 20.03.2016 günü trafik kazasında ölen **Dündar Karagöz**'ün eői ve çocuklarının, destekten yoksun kalma tazminat isteklerinin incelenmesi ve değerlendirilmesi ile yargıda geçerli ve Yargıtay'ca öngörülen yöntemlere göre tazminat hesaplanmasıdır.

I- İNCELEME VE BELİRLEMELER:

1- Kazanın oluşu:

20.03.2016 günü davalı A. Sigorta şirketi'ne 04.01.2011/2012 arası geçerli ve 401331538 poliçe no.lu ZMSS ile sigortalı) ve Seyfi Durmaz adına kayıtlı 48 KT 410 plakalı kamyonetin sürücüsü Erol Durmaz, kavőakta geçiş önceliğine uymayarak, davacıların eş ve babaları **Dündar Karagöz** yönetimindeki 48 MN 825 plakalı otomobille çarpıőması sonucu, Dündar Karagöz ağır yaralanmış, kaldırıldığı hastanede kurtarılamayarak yaşamını yitirmiőtir.

2- Kusur:

Mahkemece alınan Bilirkişi Raporuna göre, 48 KT 410 plakalı kamyonetin sürücüsü **Erol Durmaz** %60 ve 48 MN 825 plakalı otomobil sürücüsü **Dündar Karagöz** %40 oranında kusurlu bulunmuşlardır.

3- Ölenin destekliği :

08.02.1978 d.lu **Dündar Karagöz**, 20.03.2016 kaza ve ölüm tarihinde (38) yaşında, PMF-1931 tablosuna göre kalan yaşam süresi (31) yıl, toplam süre (69) yıl, buna göre, yakınlarına maddi destek sağlayabileceği 38-60 yaş arası aktif dönemi (22) yıl ve 60-69 yaş arası pasif dönemi (9) yıl olmak üzere, toplam destek süresi (31) yıldır.

4- Haksahipleri ve destekten yoksunluk süreleri :

a) Eş **Nuran Karagöz** 04.04.1984 d.lu, kocasını kaybettiği 20.03.2016 tarihinde (32) yaşında, PMF-1931 tablosuna göre kalan yaşam süresi (36) yıl ise de, destekten yoksunluk süresi, eşinin yaşam süresiyle sınırlı olarak (22) yıl aktif dönem ve (9) yıl pasif dönem olmak üzere, toplam (31) yıldır.

b) Kız **Canan Karagöz** 14.06.2008 d.lu, babasını kaybettiği 20.03.2016 tarihinde (8) yaşında, genel kurala göre kız çocuklar (22) yaşına kadar destek göreceklelerinden, destekten yoksunluk süresi (14) yıldır.

c) Oğul **Okay Karagöz** 31.03.2010 d.lu, babasını kaybettiği 20.03.2016 tarihinde (6) yaşında, genel kurala göre erkek çocuklar (18) yaşına kadar destek göreceklelerinden, destekten yoksunluk süresi (12) yıldır.

5- Destek payları:

Desteğin kazançlarından (2) pay kendine, (2) pay eşine ve 1'er pay çocuklarına ayırdığı varsayımıyla, destek payları aŐađdaki gibi olacaktır:

	12 yıl için	2 yıl için	8 yıl için	15 yıl için
Desteğin payı	2/6	2/5	1/2	1/2
Eş Nuran	2/6	2/5	1/2	1/2
Kız Canan	1/6	1/5	-	-
Oğul Okay	1/6	-	-	-

6- Kazanç unsuru:

Desteğin işi ve kazançları hakkında dosyada bilgi ve belge bulunmadığından, asgari ücretlerin eş ve iki çocuklu yükümlüye uygulanan net tutarları üzerinden tazminat hesaplanacaktır.

II- TAZMİNAT HESABINA ESAS KAZANÇLAR :**1- İşlemiş aktif dönem kazançları:**

20.03.2016 - 20.03.2017 arası (1) yıllık kazançlar:

Dönemler	As.Üc.Brüt	As.Üc.Net	Süre	Dönem tutarı
20.03.2016-01.07.2016	1.647,00	1.362,75	3 ay 10 gün	4.542,50
01.07.2016-01.01.2017	1.647,00	1.362,75	6 ay	8.176,50
01.01.2017-20.03.2017	1.777.50	1.470,72	2 ay 20 gün	3.921,92
Toplam (1) yıllık aktif dönem kazançları				16.640,92

2- İşleyecek aktif dönem kazançları:

Devre sonu ödemeli sabit taksitli rant tekniğine göre, işleyecek dönem %5 kazanç artışı için Kn-1/K-1 formülü, % 5 iskonto için Kn-1/Kn(K-1) formülü kullanılacaktır.

a) Eş Nuran yönünden:

(22) yıllık aktif dönem destekten yoksunluk süresinin ilk (1) yıldan sonraki (21) yıllık işleyecek aktif dönem zarar hesabına esas kazançlar:

Kn-1/K-1 formülüne göre 21 yılın kazanç artış katsayısı:
35.7192

Kn-1/Kn(K-1) formülüne göre 21 yılın iskonto katsayısı:
12.8211

“Aylık kazanç x 12 x Artış katsayısı / 21 yıl x İskonto katsayısı = İşleyecek dönem zarar hesabına esas kazançlar” formülünde rakamları ve katsayıları yerlerine koyalım:

$$1.470,72 \times 12 \times 35.7192 / 21 \times 12.8211 = 384.874,34 \text{ TL.}$$

b) Kız Canan yönünden:

(14) yıllık destekten yoksunluk süresinin ilk (1) yıldan sonraki (13) yıllık işleyecek dönem zarar hesabına esas kazançlar: (Formüllerin anlaşılması için, eş için yapılan açıklamaları aynen yineleyelim:

Kn-1/K-1 formülüne göre 13 yılın kazanç artış katsayısı:
17.7129

$Kn-1/Kn(K-1)$ formülüne göre 13 yılın iskonto katsayısı: 9.3935

“Aylık kazanç x 12 x Artış katsayısı / 13 yıl x İskonto katsayısı = İşleyecek dönem zarar hesabına esas kazançlar” formülünde rakamları ve katsayıları yerlerine koyalım:

$$1.470,72 \times 12 \times 17.7129 / 13 \times 9.3935 = 225.883,76 \text{ TL.}$$

c) Oğul Okay yönünden:

(12) yıllık destekten yoksunluk süresinin ilk (1) yıldan sonraki (11) yıllık işleyecek dönem zarar hesabına esas kazançlar: (Aynı açık formüllerle)

$Kn-1/K-1$ formülüne göre 11 yılın kazanç artış katsayısı: 14.2067

$Kn-1/Kn(K-1)$ formülüne göre 11 yılın iskonto katsayısı: 8.3064

“Aylık kazanç x 12 x Artış katsayısı / 11 yıl x İskonto katsayısı = İşleyecek dönem zarar hesabına esas kazançlar” formülünde rakamları ve katsayıları yerlerine koyalım:

$$1.470,72 \times 12 \times 14.2067 / 11 \times 8.3064 = 189.332,26 \text{ TL.}$$

3- Aktif dönem hesabına esas kazançlar toplamı:

Haksahipleri	İşlemiş dönem	İşleyecek dönem	Toplam
Eş Nuran	16.640,92	384.874,34	401.515,26
Kız Canan	16.640,92	225.883,76	242.524,68
Oğul Okay	16.640,92	189.332,26	205.973,18

4- Eş yönünden Pasif dönem zarar hesabının parasal ölçüsü :

Pasif dönem bir değer ölçüsü olup, olay tarihinden (22) yıl sonraki ve en son 01.01.201 tarihinde yürürlüğe giren 1.777,50 TL. brüt asgari ücretin taban tutarı 1.270,75 TL'nin (21) yıl sonraki ulaşım değeri üzerinden (22) yıla iskontolu (9) yıllık pasif dönem zarar hesabının parasal ölçüsü:

$$1.270,75 \times 7.4002 (K21) \times 0.1228 (1/K22) \times 12 \times 9 \text{ yıl} = 124.717,01 \text{ TL.}$$

III- TAZMİNAT HESABI:

1- Eş Nuran Karagöz'ün (31) yıllık destek zararı:

(22) yıllık aktif dönem:

$401.515,26 \times 2/6 \times 12/22 \times \% 60 \text{ kusur} = 43.801,66 \text{ TL.}$

$401.515,26 \times 2/5 \times 2/22 \times \% 60 \text{ kusur} = 8.760,33 \text{ TL.}$

$401.515,26 \times 1/2 \times 8/22 \times \% 60 \text{ kusur} = 43.801,66 \text{ TL.}$

(9) yıllık pasif dönem:

$124.717,01 \times 1/2 \times \% 60 \text{ kusur} = \underline{37.412,10 \text{ TL.}}$

T o p l a m : 133.775,75 TL.

Dul eşin yeniden evlenme şansı:

Kocasını kaybettiği tarihte (32) yaşında, işbu rapor tarihinde (33) yaşında, iki çocuk sahibi dul eşin yeniden evlenme şansı, Moser tablosunda ort. %22,5, Stauffer/Schaetzle tablosunda ort.%20,5, AYİM tablosunda % 17, her üç tablonun ortalaması % 20 olup, (2) çocuk için %5'erden %10 indirim yapıldığında, dul eş Nuran Karagöz'ün yeniden evlenme şansı %10 olmakla, tazminatın indirimli tutarı:

$133.775,75 \times \% 90 = \underline{120.398,18 \text{ TL.}}$

2- Kız Canan Karagöz'ün (14) yıllık destek zararı:

$242.524,68 \times 1/6 \times 12/14 \times \% 60 \text{ kusur} = 20.787,83 \text{ TL.}$

$242.524,68 \times 1/5 \times 2/14 \times \% 60 \text{ kusur} = \underline{4.157,57 \text{ TL.}}$

Toplam : 24.945,40 TL.

3- Oğul Okay Karagöz'ün (12) yıllık destek zararı:

$205.973,18 \times 1/6 \times \% 60 \text{ kusur} = \underline{20.597,32 \text{ TL.}}$

SONUÇ :

Takdir ve değerlendirme Mahkemenin Sayın Hakimine ait olmak üzere:

20.03.2016 günü trafik kazasında ölen **Dündar Karagöz'**ün eői ve çocuklarının, destekten yoksun kalma tazminat istekle-

rinin incelenmesi ve değerlendirilmesi ile yargıda geçerli ve Yargıtay'ca öngörülen yöntemlere göre tazminat hesaplanması sonucu, her bir hak sahibinin, **A. Sigorta Şirketi'**nden isteyebilecekleri tazminat tutarlarının:

Eş Nuran Karagöz için	120.398,18 TL.
Kız Canan Karagöz için	24.945,40 TL.
Oğul Okay Karagöz için	20.597,32 TL.
T o p l a m	165.940,90 TL.

olarak belirlendiğine; tazminat toplamının olay tarihindeki sigorta limitini aşmadığına ilişkin, tarafımdan düzenlenen işbu rapor saygı ile sunulur. 26.02.2017

BİLİRKİŞİ

-III-

**Devrebaşı demeli belirli süreli rant formülüne göre
Destekten yoksun kalma tazminat hesabı**

BİLİRKİŞİ RAPORU

Davacılar: 1) **Nuran Karagöz** (EŞ)

2) **Canan Karagöz** (Kız)

3) **Okay Karagöz** (OĞul)

Davalılar : **İŞleten, sürücü, sigorta Şirketi**

Konu : 20.03.2016 günü trafik kazasında len **Dündar Karagöz**'n eŐi ve çocuklarının, destekten yoksun kalma tazminat isteklerinin incelenmesi ve değerlendirilmesi ile devrebaşı ödemeli belirli süreli rant formülüne ve %1,8 teknik faizli TRH-2010 tablosuna göre tazminat hesaplanmasıdır.

I- İNCELEME VE BELİRLEMELER:

1- Kazanın oluşu:

20.03.2016 günü davalı A. Sigorta Şirketi'ne 04.01.2011/2012 arası geçerli ve 401331538 poliçe no.lu ZMSS ile sigortalı) ve Seyfi Durmaz adına kayıtlı 48 KT 410 plakalı kamyonetin sürücüsü Erol Durmaz, kavŐakta geçiş önceliğine uymayarak, davacıların eş ve babaları **Dündar Karagöz** yönetimindeki 48 MN 825 plakalı otomobille çarpıŐması sonucu, Dündar Karagöz ağır yaralanmış, kaldırıldığı hastanede kurtarılamayarak yaşamını yitirmiŐtir.

2- Kusur:

Mahkemece alınan Bilirkişi Raporuna göre, 48 KT 410 plakalı kamyonetin sürücüsü **Erol Durmaz** %60 ve 48 MN 825 plakalı otomobil sürücüsü **Dündar Karagöz** %40 oranında kusurlu bulunmuşlardır.

3- Ölenin destekliği :

08.02.1978 d.lu **Dündar Karagöz**, 20.03.2016 kaza ve ölüm

tarihinde (38) yaşında, TRH-2010 tablosuna göre kalan yaşam süresi (37) yıl, toplam süre (75) yıl, buna göre, yakınlarına maddi destek sağlayabileceği 38-60 yaş arası aktif dönemi (22) yıl ve 60-75 yaş arası pasif dönemi (15) yıl olmak üzere, toplam destek süresi (37) yıldır.

4- Haksahipleri ve destekten yoksunluk süreleri :

a) Eş **Nuran Karagöz** 04.04.1984 d.lu, kocasını kaybettiği 20.03.2016 tarihinde (32) yaşında, TRH-2010 tablosuna göre kalan yaşam süresi (47) yıl ise de, destekten yoksunluk süresi, eşinin yaşam süresiyle sınırlı olarak (22) yıl aktif dönem ve (15) yıl pasif dönem olmak üzere, toplam (37) yıldır.

b) Kız **Canan Karagöz** 14.06.2008 d.lu, babasını kaybettiği 20.03.2016 tarihinde (8) yaşında, genel kurala göre kız çocuklar (22) yaşına kadar destek göreceklerinden, destekten yoksunluk süresi (14) yıldır.

c) Oğul **Okay Karagöz** 31.03.2010 d.lu, babasını kaybettiği 20.03.2016 tarihinde (6) yaşında, genel kurala göre erkek çocuklar (18) yaşına kadar destek göreceklerinden, destekten yoksunluk süresi (12) yıldır.

5- Destek payları:

Desteğin kazançlarından (2) pay kendine, (2) pay eşine ve 1'er pay çocuklarına ayırdığı varsayımıyla, destek payları aşağıdaki gibi olacaktır:

	12 yıl için	2 yıl için	8 yıl için	15 yıl için
Desteğin payı	2/6	2/5	1/2	1/2
Eş Nuran	2/6	2/5	1/2	1/2
Kız Canan	1/6	1/5	-	-
Oğul Okay	1/6	-	-	-

6- Kazanç unsuru:

Desteğin işi ve kazançları hakkında dosyada bilgi ve belge bulunmadığından, asgari ücretlerin eş ve iki çocuklu yükümlüye uygulanan net tutarları üzerinden tazminat hesaplanacaktır.

II-TAZMİNAT HESABINA ESAS KAZANÇLAR :**1- İşlemiş aktif dönem kazançları:**

20.03.2016 - 20.03.2017 arası (1) yıllık kazançlar:

Dönemler	As.Üc.Brüt	As.Üc.Net	Süre	Dönem tutarı
20.03.2016-01.07.2016	1.647,00	1.362,75	3 ay 10 gün	4.542,50
01.07.2016-01.01.2017	1.647,00	1.362,75	6 ay	8.176,50
01.01.2017-20.03.2017	1.777,50	1.470,72	2 ay 20 gün	3.921,92
Toplam (1) yıllık aktif dönem kazançları				16.640,92

2- İşleyecek aktif dönem kazançları:

Davacıların aktif dönem zarar sürelerinin ilk (1) yıldan sonraki işleyecek aktif dönem zarar hesabına esas kazançlar, yukarıda açıklanan “Devre Başı Ödemeli Belirli Süreli Rant” formülü”ne ve % 1.8 iskonto oranı (teknik faiz) üzerinden düzenlenen TRH-2010 tablosundaki katsayılara göre belirlenecek; desteğin en son 1.470,72 TL. aylık net kazancının yıllık tutarı: $1.470,72 \times 12 = 17.648,64$ TL. birim alınacaktır. Buna göre:

a) Eş Nuran yönünden:

(22) yıllık aktif dönemin ilk (1) yıllık işlemiş dönemden sonraki (21) yıllık işleyecek aktif dönem zarar hesabına esas kazançlar, desteğin yaşı ve destek süresiyle sınırlı olarak, 38 yaşında ölen destek yaşasaydı bir yıl sonra (39) yaşında olacağına göre, formül şöyle olacaktır:

“ $A_{39,21} = N_{39} - N_{39+21} / D_{39} \times \text{Yıllık kazanç}$ ” formülüne, % 1.8’li TRH-2010 Erkek tablosundaki sayıları yerleştirelim:

$$N_{39} \text{ (39 yaşın karşılığı)} = 1.250.953,81$$

$$N_{39+21} \text{ (39 yaşından 60 yaşına kadar olan (39+21= 60) karşılığı)} = 438.781,57$$

$$D_{39} \text{ (39 yaşındaki kişinin iskontolu sayısı)} = 47.458,28$$

$$A = 1.250.953,81 - 438.781,57 / 47.458,28 \times 17.648,64 = 302.028,13 \text{ TL.}$$

b) Kız Canan yönünden:

(14) yıllık destekten yoksunluk süresinin ilk (1) yıldan son-

raki (13) yıllık işleyecek dönem zarar hesabına esas kazançlar, olay tarihinde (8) yaşında, ilk (1) yıldan sonraki işleyecek dönemin başında (9) yaşında olmasına ve 9- 22 yaş arası (13) yıllık zarar süresine göre

“ $A_{9,13} = N_9 - N_{9+13} / D_9 \times \text{Yıllık kazanç}$ ” formülüne, % 1.8’li TRH-2010 Erkek tablosundaki sayıları yerleştirelim:

$$N_9 \text{ (9 yaşın karşılığı)} = 3.182.618,64$$

$$N_{9+13} \text{ (9 yaşından 22 yaşına kadar olan (9+13= 22) karşılığı)} = 2.211.994,58$$

$$D_9 \text{ (9 yaşındaki kişinin iskontolu sayısı)} = 83.115,07$$

$$A = 3.182.618,64 - 2.211.994,58 / 83.115,07 \times 17.648,64 = 206.102,15 \text{ TL.}$$

c) Oğul Okay yönünden:

(12) yıllık destekten yoksunluk süresinin ilk (1) yıldan sonraki (11) yıllık işleyecek dönem zarar hesabına esas kazançlar, olay tarihinde (6) yaşında, ilk (1) yıldan sonraki işleyecek dönemin başında (7) yaşında olmasına ve 7- 18 yaş arası (11) yıllık zarar süresine göre

“ $A_{7,11} = N_7 - N_{7+11} / D_7 \times \text{Yıllık kazanç}$ ” formülüne, % 1.8’li TRH-2010 Erkek tablosundaki sayıları yerleştirelim:

$$N_7 \text{ (7 yaşın karşılığı)} = 3.353.450,35$$

$$N_{7+11} \text{ (7 yaşından 18 yaşına kadar olan (7+11= 18) karşılığı)} = 2.486.321,69$$

$$D_7 \text{ (7 yaşındaki kişinin iskontolu sayısı)} = 86.192,89$$

$$A = 3.353.450,35 - 2.486.321,69 / 86.192,89 \times 17.648,64 = 177.551,09 \text{ TL.}$$

3- Aktif dönem hesabına esas kazançlar toplamı:

Haksahipleri	İşlemiş dönem	İşleyecek dönem	Toplam
Eş Nuran	16.640,92	302.028,13	318.669,05
Kız Canan	16.640,92	206.102,15	222.743,07
Oğul Okay	16.640,92	177.551,09	194.192,01

4- Eş yönünden Pasif dönem zarar hesabının parasal ölçüsü :

Pasif dönem zararı, Yargıtay'ca bir değer ölçüsü kabul edildiğinden, en son 01.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 1.777,50 TL. brüt asgari ücretin geçim indirimsiz net tutarı 1.270,75 TL. üzerinden, desteğin 60-75 yaş arası (15) yıllık pasif dönem zarar hesabına esas parasal değer, "21/ A39,15 = N60 - N60+15/ D39 x Yıllık As.Üc." formülüyle ve % 1.8'li TRH-2010 tablosundaki sayılar kullanılarak hesaplanacaktır. Buna göre:

$$N60 (60) \text{ yaşın karşılığı} = 438.781,57$$

$$N60+15 (60 \text{ yaşından } 75 \text{ yaşına kadar olan } (60-15 = 75 \text{ karşılığı}) = 107.733,76$$

$$D39 (39 \text{ yaşındaki kişinin iskontolu sayısı}) = 47.458,28$$

Sayıları formüle yerleőtirerek pasif dönem zarar hesabına esas parasal değeri bulalım:

$$A = 438.781,57 - 107.733,76 / 47.458,28 \times 15.249,00 = 106.370,23 \text{ TL.}$$

IV- TAZMİNAT HESABI:

1- Eş Nuran Karagöz'ün (37) yıllık destek zararı:

(22) yıllık aktif dönem:

$$318.669,05 \times 2/6 \times 12/22 \times \% 60 \text{ kusur} = 34.763,90 \text{ TL.}$$

$$318.669,05 \times 2/5 \times 2/22 \times \% 60 \text{ kusur} = 6.952,78 \text{ TL.}$$

$$318.669,05 \times 1/2 \times 8/22 \times \% 60 \text{ kusur} = 34.763,90 \text{ TL.}$$

(15) yıllık pasif dönem:

$$106.370,23 \times 1/2 \times \% 60 \text{ kusur} = \underline{31.911,07 \text{ TL.}}$$

T o p l a m : 108.391,65 TL.

Dul eşin yeniden evlenme şansı:

Kocasını kaybettiği tarihte (32) yaşında, işbu rapor tarihinde (33) yaşında, iki çocuk sahibi dul eşin yeniden evlenme şansı, Moser tablosunda ort. %22,5, Stauffer/Schaetzle tablosunda

ort. %20,5, AYİM tablosunda % 17, her üç tablonun ortalaması % 20 olup, (2) çocuk için %5'erden %10 indirim yapıldığında, evlenme şansı %10 olmakla, tazminatın n indirimli tutarı:

$$108.391,65 \times \% 90 = 97.552,49 \text{ TL.}$$

2- Kız Canan Karagöz'ün (14) yıllık destek zararı:

$$222.743,07 \times 1/6 \times 12/14 \times \% 60 \text{ kusur} = 19.092,26 \text{ TL.}$$

$$222.743,07 \times 1/5 \times 2/14 \times \% 60 \text{ kusur} = \underline{3.818,45 \text{ TL.}}$$

Toplam : **22.910,71 TL.**

3- Oğul Okay Karagöz'ün (12) yıllık destek zararı:

$$194.192,01 \times 1/6 \times \% 60 \text{ kusur} = 19.419,20 \text{ TL.}$$

SONUÇ:

Takdir ve değerlendirme Mahkemenin Sayın Hakimine ait olmak üzere:

20.03.2016 günü trafik kazasında ölen **Dündar Karagöz'**ün eői ve çocuklarının, destekten yoksun kalma tazminat tutarlarının devrebaşı örant formülüne ve %1,8 teknik faizli TRH-2010 tablosuna göre:

Eş Nuran Karagöz için	97.552,49 TL.
Kız Canan Karagöz için	22.910,71 TL.
Oğul Okay Karagöz için	19.419,20 TL.
T o p l a m	139.882,40 TL.

olarak belirlendiğine ilişkin, tarafımdan düzenlenen işbu rapor saygı ile sunulur. 26.02.2017

BİLİRKİŞİ

Dr. ŞEREF HOŞGÖR- Bir konuyu ben cevaplamak durumundayım, kusura bakmayın. Çünkü yanlış bilgi her zaman büyük yanlışlara yol açar. Sevgili Hocamı zevkle dinledik ve Sevgili Hocam bu konuşması esnasında dedi ki: “*Amerika hayat tablosuyla Türkiye hayat tablosu*” Karşılaştırdım, Türkiye’nin hayat tablosundaki değerler Amerika’nın hayat tablosundan bile yüksek. Bereket artık teknoloji ilerledi, akıllı telefonlarla beraber internet var, hemen Amerika’nın United National Light Level’ına bir girdim, baktım. Hocam bir de dedi ya “*bu 2010 yaşam tablosunda emeği bulunanlar buradaysa*” diye, hepimiz buradayız Hocam işin ilginç tarafı, yani Meral Hocamdan tutun da akademisyenlerin hepsi burada. Ben iki rakam vereyim, ondan sonra kısaca keseyim, önemli olan yanlış anlamayı önlemek. Amerika’nın 2014’teki doğuştaki yaşam ümidi erkeklerde 76.5 yıl, Türkiye’ninki 72 yıl. Amerika’nınki yine kadınlarda 81.3 yıl, Türkiye’deki 78.92 yıl, yani Amerika değil, Angola tablosuna bakmıŐ olabilirsiniz Hocam. Bir yanlışını düzeltmek önemli arkadaşlar, hep burada Meral Hocamın da, benim de üstünde durduğumuz kavram doğru tablolar, doğru de facto tablolar. Bu tablolardan hareket edersek hangi formüle riayet ederse-niz veya kullanırsanız kullanın, en azından formüller arasında dürüst olursunuz. Taban dürüst olduğu müddete formüller de dürüst olur. Teşekkür ederim Sayın Başkan.

ŞAHABETTİN SERTKAYA (Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Başkanı)- Teşekkür ederim, sağ olun.

Dr. UĞUR KARABEY- Sema Hanım ve Çelik Beyin sunumları için teşekkür ederim. Tabii her ne kadar verdikleri örnekler biraz yanlış gözükse de, çünkü ben kendi sunumumda size tüm yaşlılar için hatırlarsanız tazminatları karşılaştırdım. 40-45 yaş üstünde aktüeryal hesabın daha çok tazminat çıkardığını, genç yaşlardaysa farazi hesaplarda progresif rantın daha fazla çıkardığını zaten gösterdim, resimlerinizde mevcut. Bunun sadece bir tanesini alıp bakın, bu tazminat az çıkarmak için düzenlenmiş demek çok da doğru bir yaklaşım değil.

Diğer bir şeyi de netleŐtirmek gerekiyor. Aktüeryal dediğim yaklaşım işin bilimsel bakış açısidir. Biz burada aktüeryal he-

sabı sigorta şirketleri şöyle ya da böyle ödeme yapsın diye savunmuyoruz. Biz burada bilimi temsil ediyoruz, ne hukuktan yanayız, ne şirketlerden yanayız. Biz doğru tazminatın olması, doğru bakış açılırlarıyla yapılması gerektiğinden yanayız. Bunu bir netleştirmek lazım, hukukçu arkadaşlar yanlış bu konuda yanlış bakış açılırlarına sahipler.

Bunun dışında sabit rant yönteminin progresif ranttan daha düşük tazminat çıkardığına ilişkin bir yorumu oldu Çelik Beyin, bence tam tersi olması gerekiyor. Sabit rant yöntemi 93 öncesi çok daha doğru bir yaklaşımış, çünkü gelirler iskonto ediliyormuş. Onun dışında bir de son olarak şunu söylemek istiyorum: İşin aktüeryal boyutunu bırakalım bir yana, biz şu anda bugün aslında son iki sunumda genel şartlardaki değişiklik ve doğal olarak genel şartlarda da bir annüite hesabı olduğu için sanki onun bir yermesini gördük. şimdi biz burada tazminat hesabına dayandığımız şey bir ürün, bu ürün aktüeryal bir ürün, zorunlu trafik dediğiniz şeyin teknik tarifesi var, aktüeryal ve bilime dayalı bir üründür. Bu ürünün karşılığında ödenmesi gereken tazminat da tarife karşılığında değerlendirilmesi gereken bir üründür. Siz bir ürünü satın alıp, ondan sonra ondan doğacak tazminatı hukuksal bakış açılırlarıyla belirleyemezsiniz. İşin özü budur. Teşekkür ederim.

şAHABETTİN SERTKAYA (Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Başkanı)- Teşekkür ederim Uğur Bey. Değerli misafirler, birkaç tane soru geldi, şahsıma yönelik olanları ben hemen cevaplayayım. Bir tanesinde çocuklar için daimi iş göremezlik tazminat hesaplanması gerektiğini söylediniz. Peki, çocukların geçici iş göremezlik tazminatı ne olacak? Biz diyoruz ki geçici iş göremezliği istemek için belli bir gelirin olması lazım, çalışması lazım, o nedenle geçici iş göremezlik olmaz diyoruz. Biraz önce açıkladım, Ahmet Bey de açıkladılar, ama efor tazminatı oluyor. Geçici iş göremez olduğundan bir okul yılı kaybeden çocukların mevcudu bu yıl geçici hayata atılıyor. O tabii biraz ekonomik geleceğin sarsılmasıyla ilgili olabiliyor. Eğer onun maluliyeti varsa okurken oldu trafik kazası, üniversiteyi örneğin bir yıl geç bitirdi veya liseyi bir yıl geç bitirdi. Başarılı öğrenci, üniversiteye girecek, ailesinde üniversite okuyan

kişiler var. Bu kişinin ortalama olarak hangi üniversiteyi bitirebileceği, geç bitirmesi halinde hayata geç atılacağı, iş bulma süresi gözetilerek ekonomik gelecekle ilgili bir tazminata hak kazanabilir.

Diğer sorular şeylerle ilgili, bu en çok üzerinde tartışılan konular yeni genel şartlar ve Karayolları Trafik Kanununun değişmesiyle ilgili, işte Anayasaya aykırı mıdır, değil midir, ama emin olun biz bu konu hakkında daire olarak çalışıyoruz. Onun için de ben buraya bizzat katılmak, bu yüzden katılmak istedim. Hocalarımızın da görüşlerini dinlemek istedim, ama bu konuyu takdir edersiniz ki Yargıtay Dairesi olarak toplanıp herkes görüşünü söyleyip artısı-eksisi ne olur, ne yapılması gerekir, ona göre bir daire kararı çıkartacağım. Muhalefetli karar da olabilir bu, sorular da bununla ilgili. Uğur Beye bir soru var. İsterseniz Uğur Bey, bakın.

Dr. UĞUR KARABEY- Okuyayım isterseniz. 2018 yılında gerçekleşen bir trafik kazasında hem sürücüyeye karşı, hem de sigorta şirketine karşı dava açıldığını varsayalım. Böyle bir dosya bilirkişisi olarak tarafınıza verildiğinde davalı sürücü açısından farklı hesaplama yöntemi davalı sigorta şirketi açısından genel şartlarda öngörülen hesaplama yöntemini esas alarak iki farklı hesaplama mı yapardınız? Tek bir zarar için iki farklı hesap sonucunun çıkması sizce adil ve hukuka uygun mudur? Teşekkür ederim soru için, öncelikli olarak şu anki kapsama göre çok doğru bir bakış açısına sahipsiniz. Öncelikli olarak burada zorunlu trafiğe başvuracağınız için genel şartlar uyarınca aktüeryal hesabı yapacaksınız ve teminat limitleri kapsamında bunu değerlendireceksiniz. 17 Hukukun uygulamalarına baktığınızda eğer bu zorunlu trafik ürünü 01.06.2015 sonrasında satın alındıysa, genel şartlar uygulamanız gerekiyor. Bu kapsamda bunu değerlendirdiniz, teminat limiti sınırlı olmak üzere ödemenizi yaptınız. Diyelim ki teminat limitini aşan bir zarar doğru, doğal olarak kişiye yöneleceksiniz ya da işletene. Peki, işletene hangi bakış açılarıyla yöneleceksiniz? Yargıtayın içtihatlarına uygun progresif rant PMF tablosu bakış açısıyla. PMF tablosuna göre tekrar hesabı yapacaksınız. Eğer daha önce sigorta şirketinden ZMM kapsamında alınanın

üstünde bir bakiye zarar bulunuyorsa, bunu da kişiye yönelteceksiniz.

Asıl olaya gelelim, bu işin teknik boyutu. Peki, farklı durumlarda farklı hesap yapmak doğru mu değil mi? Zaten benim özellikle bu sunumlarda savunduğum şey şudur: Bakın, trafik sigortasını bir ürün olarak ayırmıyoruz. Bir cismani zarar hesabında herkes için adil bir hesap yapılmasını gerektiriyoruz. Bu trafik kazasını veya iş kazasını veya bir adam öldürme diğer haksız fiillerin hepsini kapsıyor. Şu anda tabii şöyle bir duruma geldik: Trafik kazasında sen bugün güncel bugünün satın alınan bir üründe önce genel şartı uyguluyorsun, ama işte bugün aynı kişi iş kazasında vefat etse ya da malullük alsa progresif rant PMF'yi uyguluyorsun. Tabii ki bu komik bir durum, ama burada olması gereken eskisi olan değil, yani bizim zamanında yıllardır 1954'ten beri yaptığımız PMG tablosu ve progresif rant hesabı doğru diye bir şey yok. Biz bilimin gerçeklerini, ilerleyen bilimi tüm kapsamda değerlendirmek durumundayız. Benim burada savunduğum şey tüm haksız fiillerde uygulanması gereken adil yöntemdir. Yöntem de, hayat tablosu da, diğer bakış açıları da her türlü adil olursa, iş ancak böyle temizlenebilir. Burada iki yöntemi karşılaştırıp bu haklı, bu haksız demenin hiçbir mantığını görmüyorum.

Prof. Dr. MERAL SUCU- Bana bir soru var. Teknik faiz nedir ve yaşam tablolarıyla ilişkisi nasıl kurulur? Teknik faiz biraz önce sunumda göstermiştim, enflasyondan arıtılmış net faiz olarak ifade ediyoruz bunu, enflasyonun dışarıda bırakıldığı net faiz oranı, o faiz oranını kullanarak biz iskonto faktörünü elde ediyoruz. Iskonto faktörünü hayat tablolarıyla nasıl ilişkilendiriyorsunuz? Biraz önce sunumda Dx komütasyonu, ilk geliştirilen kullanılan komütasyon Dx komütasyonu, orada Dx dediğimiz şey X yaşında yaşayan kişi sayısının iskonto faktörüyle indirgenmiş değerini gösteriyor. Yani belli bir faiz oranına göre indirgenmiş o yaşta yaşayan kişi sayısını veriyor. Teknik faizi iskonto nedeniyle Dx kolonunu elde etmekte kullanıyoruz.

İkinci bir soru var: Aktüeryal hesaplamalarda muhtemel

ömür sürelerini belirlerken kişinin bir kronik hastalığı varsa bu göz önüne alınıyor mu? Biz kişinin hastalığını bilemeyiz. Hayat tablosunda o kişi için belirlenen, beklenen yaşam süresi neyse, yaşının gereği aynı oran kullanılır. Orada bir indirgeme faktörü kullanmıyoruz. Ayrıca ben burada kendi sunumunda söyledim, beklenen yaşam süresi çok doğru bir kavram değil, kalan süre olarak bakmakta fayda var. Yani maksimum yaştan, tablonuzdaki maksimum yaştan kişinin yaşını çıkartarak elde edeceğiniz süre sizin annüite faktöründeki sürenizi vermelidir. Yani beklenen ömür doğru değil, gerekçesini de sunum sırasında söylemiştim.

ŞAHABETTİN SERTKAYA (Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Başkanı)- Hocam, şöyle bir şey daha geldi: Bilmiyorum çok mu zamanımızı aştık? Çok aştık sanıyorum.

Prof. Dr. MERAL SUCU- Çok da bir şey ifade etmiyor, yani net faiz dediğimiz şey bizim teknik faiz.

ÇELİK AHMET çELİK- Başkanım, cevap vereyim mi? Trafik kazaları nedeniyle bedensel zararlarda tedavi giderleri konusunda bir soru geldi. Soru: Tedavi giderlerinden Sosyal Güvenlik Kurumunun ne kadar sorumlu olduğu. 6111 sayılı Torba Yasanın 59. maddesiyle Trafik Kanununun 98. maddesi değiştirildi. 98. maddenin üst başlığı daha önce "tedavi giderleri"ydi. Değiştirildikten sonra "sağlık hizmet bedelleri" denildi ve buna göre sigorta şirketleri Sosyal Güvenlik Kurumuna katılım paylarını ödedikten sonra Sosyal Güvenlik Kurumunun tedavi giderlerinden sorumluluğu başlayacağı şeklinde bir düzenleme yapıldı. Ancak sağlık hizmet bedellerinden anlaşılması gerekenin hastane yatış-çıkış masraflarıyla sınırlı olduğu yönünde Yargıtay görüşünü belirledi. Önce 4. Hukuk Dairesi, daha sonra 17. Hukuk Dairesi şunu söyledi: "*Hastane yatış-çıkış masraflarından -ben daha aydınlık bir şekilde anlatıyorum- Sosyal Güvenlik Kurumu sorumluydu da bunun dışında tedavinin gerektirdiği her türlü masraflardan önceden olduğu gibi sigorta şirketleri ve güvence hesabı sorumlu olacaktır*" Şimdi böyle bir karar verilmesinin çok haklı bir gerekçesi var. Çünkü 818 sayılı Borçlar Kanununun 46. maddesinden beri Yargıtayın ta 1966' lardan beri düzenli ve

tutarlı bir şekilde oluşan kararlarına göre tedavi giderleri çok kapsamlıdır. Kişinin iyileşmesi için yapması ve ileride yapacağı her türlü zararları zarar sorumlularından isteyebilir. Bu çerçevede somut örnekler yer almaya başladı Yargıtay kararlarında: *“Kişinin hastane, hekim masrafları dışında kendisinin ve yakınlarının hastaneye gidiş-geliş masrafları, refakatçi masrafları, tedavi için başka bir şehre gidilmişse, o şehirde zarar görenin ve yakınlarının otel, yeme-içme her türlü masrafları, protez masrafları ve buna benzer iyileşmenin gerektirdiği her türlü masraflardan sigorta şirketleri sorumlu olacak”* denildi. Bilmiyorum görüş değiştirilip değişmediğini, ama ben değişmediğini fark ettim gibi geliyor. Böyle olunca da sonra da geçici iş görmezlik zararlarından kim sorumlu olacaktır deniliyor. Şimdi geçici iş görmezlik zararları karıştırılıyor. Tedavi gideri değildir bu, geçici iş görmezlik kararları beden gücü kaybının bir değişik şeklidir. Nitekim başta Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu olmak üzere artık aynı yönde kararlar vermeye başlayan Adli Tıp Anabilim Dallarına göre kişi beden gücü kaybına uğramışsa, diyelim ki yüzde 27 beden gücü kaybına uğramışsa, raporlar şöyle veriliyor: *“Bu kişinin beden gücü kayıp oranı yüzde 27’dir, ama iyileşme süresi 9 aya kadar uzayacaktır ve bu 9 aylık iyileşme süresinde de yüzde 100 malul sayılacaktır”* deniliyor. Şimdi böyle olunca geçici iş görmezlik zararları tedavi gideri değil, beden gücü kaybının ilk aşamasıdır. Soruyu sorana teşekkür ediyorum.

ŞAHABETTİN SERTKAYA (Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Başkanı)- Teşekkür ederiz Sayın Hocama, herhalde tamamladık. Sabrınız için çok teşekkür ediyoruz, sağ olun. Pardon, Sema Hanımda da zannediyorum.

Av. SEMA UÇAKHAN GÜLEÇ- Hemen çok kısa cevaplamak istiyorum. Sayın Yaşar Bilge Hocamızın sorusu: *“Adli tıp raporlarında vücut genel çalışma gücü kaybıyla tüzük ve/veya yönetmeliğe özürllülüğe göre farklı çıkmakta, bu farklı uygulamaların da giderilmesi için çalışma yapılması gerekir”* diyor. Gerçekten doğru, bu konu Adli Tıp Kurumunun kafasını karıştırdığı kadar sigorta şirketlerinin de maalesef kafasını karıştırıyor. Esas olan meslekte kazanma güç kaybının olması gerekirken özürllü sağlık kurulu raporu ve genel çalışma gücü kaybıyla yetinilme-

si gerektiği düşünülüyor. Halbuki meslekte güç kaybı kişinin yaptığı işi daha fazla efor sarf ederek neden o işi yapmakta güç kaybına uğradığını gösterir. Mesleğine göre ayrılır. Bugün şöyle kısacak bir örnek vereyim: Küçük serçe parmağının ucunun kaybedilmiş olması veya serçe parmağının kaybedilmiş olması beden gücüyle çalışan bir işçi için çok büyük bir efor sarfı gerektirmez, ama piyanist için çok büyük bir efor kaybıdır, işini yapamaması sonucunu doğurur. O yüzden meslekte güç kaybının önem taşınması gerekir. Herkesi aynı kefeye koyarak hesaplama yapılmaması gerekir. Bu konuda artık sigorta şirketleri veya bu şirketlere yön gösterecek olan Yargıtayımızın yargı kararlarının çok önem taşıyacağını düşünüyorum.

Sayın Av. Bülent Dağsalı Anayasaya aykırılıkla ilgili bir müracaat olup olmadığını sormuş. 6704 sayılı Torba Yasa çıktığı zaman ben çok detaylı burada sunduğum gibi bir dava dilekçesi hazırladım. Tabii benim bireysel olarak böyle bir başvuruda bulunma imkanım olmadığı için konuyu Barolar Birliğimize getirdim. Barolar Birliği üst yazıyla bu konuyu Halk Partisine ve MHP'ye gönderdi Anayasaya aykırılıkla ilgili dava açmaları için, geldiğimiz nokta budur. Başka bir şey söylemiyorum.

ŞAHABETTİN SERTKAYA (Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Başkanı)- Katılımcılara, değerli misafirlerimize çok teşekkür ediyorum.

SUNUCU- Sayın konuklar, değerli paylaşımlarından dolayı konuşmacılarımıza teşekkür ediyoruz ve plaketlerini takdim etmek üzere Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı Av. Sayın Ünsal Toker'i sahneye davet ediyorum.

