ANKARA BAROSU

ANKARA BAROSU ULUSAL KONGRE

YENİ YASAL DÜZENLEMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ ESASLARI VE USULÜ KONGRESİ

4 - 5 - 6 Nisan 2013

Editör
Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN

2013

ANKARA BAROSU

ANKARA BAROSU
ULUSAL KONGRE

Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Esasları Ve Usulü Kongresi

4-5-6 Nisan 2013

Editör
Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN
Ankara Barosu Yönetim Kurulu Üyesi

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI
Adliye Sarayı Kat: 5 Sıhhiye/ANKARA
Tel: (0.312) 416 72 00
Faks: (0.312) 309 22 37
www.ankarabarosu.org.tr
ankarabarosu@ankarabarosu.org.tr

ABEM
ANKARA BAROSU
EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ
Ihlamur Sk. No: 1 Kızılay/ANKARA
Tel: (0.312) 416 72 00

GÖLBAŞI AV. ÖZDEMİR ÖZOK
SOSYAL TESİSLERİ
Gazi Osman Paşa Mah. Sahil Cd.
No: 46 Gölbaşı/ANKARA
Tel : (0.312) 485 03 93 - 484 46 06

ANKARA BAROSU
GELİNCİK MERKEZİ
Ihlamur Sk. No: 1 Kızılay/ANKARA
Tel: (0.312) 444 43 06
www.gelincikprojesi.com
www.gelincikprojesi.org

Grafik–Tasarım:
Ali Kemal ÇERŞİL
(Ankara Barosu)

Basım Yeri:

© Ankara Barosu Başkanlığı 2013
Tüm Hakları Saklıdır.

Bu kitaptaki görüş ve değerlendirmeler, katılımcıların kendi fikirleri olup, Ankara Barosu'nun görüşleri olarak nitelendirilemez ve Ankara Barosu'nun resmi bir yorumu olarak kabul edilemez.

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ **1**

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK **9**

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU **11**

Mine KAYA **27**

Av. Sema Güleç UÇAKHAN **41**

Prof. Dr. Ahmet M. KILIÇOĞLU **57**

Prof. Dr. Sarper SÜZEK **63**

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER **65**

Doç. Dr. Aydın BAŞBUĞ **89**

Dr. Mustafa KILIÇOĞLU **133**

Av. Ayla SONGÖR **147**

Prof. Dr. Murat ŞEN **167**

Prof. Dr. Aynur YONGALIK **171**

Leyla ELEN KÖKSAL **187**

Doç. Dr. LEVENT AKIN **199**

Av. Şafak GÜLEÇ **213**

Av. Pınar AKSOY GÜLASLAN **237**

Prof. Dr. Metin GÜNDAY **249**

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ **253**

Prof. Dr. Zehreddin ASLAN **281**

Coşkun GÜNGÖR **289**

Turgut CANDAN **299**

Av. Gökhan CANDOĞAN **311**

Av. Ahmet İYİMAYA **335**

Prof. Dr. Süha TANRIVER **337**

Prof. Dr. Oğuz ATALAY **355**

Doç. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ **363**

Dr. Adnan DEYNEKLİ **385**

Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU **403**

Dr. Nalân KAHVECİ **451**

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL **465**

Ömer Uğur GENÇCAN **477**

Av. Hilal AKDENİZ **493**

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU **503**

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY **505**

Yrd. Doç. Dr. İlknur SERDAR **517**

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ **541**

Prof. Dr. Fikret EREN **549**

Prof. Dr. Mehmet DEMİR **561**

SUNUŞ

Ankara Barosu olarak bedensel zararlara ilişkin tazminat esasları konusunda 2001 yılından sonra yapılan ikinci bilimsel çalışmayı gerçekleştirdik.

2001 yılından sonra Anayasa ve temel kanunlarda önemli değişiklikler olduğu dikkate alındığında son mevzuat çerçevesinde konunun değerlendirilmesi tüm hukuk camiasında büyük ilgi uyandırdı.

Yargı camiasının Ankara ve Ankara dışında görev yapan pek çok değerli hâkimi savcısı, Yargıtay üyesi, avukat ve çok sayıda Bakanlık görevlisi, Üniversite öğrencilerinin de üç gün süren kongreye gösterdiği büyük ilgi, bu konudaki bilgilenme ihtiyacının açık göstergesiydi. "Güç bilgiden gelir" anlayışı ile mensuplarını sertifika programları, meslek içi eğitimlerle bilgilendirmeye çalışan Baromuz bu tür çalışmaları ilerleyen günlerde de tüm hızıyla devam ettirecektir.

Bu çalışmayı olağanüstü çabası ve katkısı ile gerçekleştiren Ankara Barosu Yönetim Kurulu üyemiz, değerli üstadımız Av. Sema Güleç Uçakhan'a ve kongreye katkı sağlayan tüm değerli hocalarımıza en içten teşekkürlerimizi ve Şükranlarımızı sunuyoruz.

Saygılarımla.

Avukat Sema AKSOY

Ankara Barosu Başkan V.

SUNUCU- Sayın misafirlerimiz, Ankara Barosunun 5 Nisan Avukatlar Günü Etkinlikleri kapsamında düzenlediği kongremize hepiniz hoş geldiniz. (Alkışlar)

Bedensel zararlar konusunda 2001 yılında Galatasaray Üniversitesi tarafından düzenlenen sempozyumdan sonra, herhangi bir ilmi çalışma bugüne kadar düzenlenmemişti. Baromuz tarafından yasalarda meydana gelen tüm değişiklikler ışığında ve geçen süreç içerisindeki ilmi ve yargısal kararlardaki değişiklikler göz önünde tutularak, üç gün sürecek olan altı oturum ve bir sonuç panelinden oluşan kongremiz düzenlenmiştir.

Üç gün boyunca her gün ikişer buçuk saat ve ikişer oturum ile bütün oturumlar sonunda hepsinin toplanıp değerlendirileceği sonuç panelimiz izleyicilerimizin takiplerine sunulacaktır.

Şimdi Cumhuriyetimizin kurucusu Mustafa Kemal Atatürk ve dava arkadaşlarıyla, hukuk dünyasına emeği geçen ve katkısı olan tüm hukukçuların aziz hatıraları önünde, hepinizi bir dakikalık saygı duruşuna davet ediyorum.

(Saygı Duruşunda bulunuldu, İstiklâl Marşı okundu)

Baro Başkanımız Sayın Metin Feyzioğlu'nu konuşmasını yapmak üzere davet ediyorum. (Alkışlar)

Av. Prof. Dr. METİN FEYZİOĞLU (Ankara Barosu Başkanı)- Efendim hepinize saygılar sunuyorum. Yüksek yargının değerli temsilcileri, çok kıymetli hocalarım, değerli meslektaşlarım, çok kıymetli hukukçular; önemli bir toplantıya bugün ev sahipliği yapıyoruz. Bu sebeple son derece mutluyum.

Kanunda avukatın yargının kurucu unsuru olduğu yazıyor. Evet, bizler gerçekten yargının kurucu unsuruyuz ve kurucu unsurlardan birisi etkisiz, işlevsiz kalır veya bırakılırsa, yargılama faaliyeti doğruyu yanlıştan, haklıyı haksızdan, suçluyu suçsuzdan ayıramaz. İşte o sebeple hepimiz kurucu unsur olmanın sorumluluğunu, bilinçli bir şekilde taşımakla yükümlüyüz. Bu da her şeyden önce elbette kendimizi sürekli olarak yenilemekle, bilgiyle donatmakla mümkün olabilir.

Kurucu unsur olduğunu ileri süren bir meslek mensubu, kürsünün neresinde oturuyorsa otursun, eğer bilgisizse, kurmak yerine yıkar, zarar verir. Bu toplantıda akademisyenler, hâkimler, avukatlar var; yani konunun sahipleri burada. Bu sebeple faydalı bir toplantı olacağı düşüncesindeyim. Özellikle soru-cevap kısmında, zihnimizde cevaplanmamış sorun kalmayacağını umuyorum.

Konu niye önemli? Hukuk fakültesinden malum mezuniyetten sonra, tüm hukukçuların şöyle veya böyle bir şekilde karşısına çıkan bir konu. İstatistiklere göre adli ve idari yargı toplamında insan zararları konulu tazminat davaları, tüm davaların yaklaşık yüzde 40'ını oluşturuyor. Hatta ben sadece ceza hukukuyla ilgileniyorum diyenler için bile, ceza hukukunun ters simetriğinde tazminat davaları yok mu? İster istemez bilmek, ister istemez ilkelerine hâkim olmak zorundasınız.

Bilimsel açıdan 2001 yılında Galatasaray'da önemli kapsamlı bir toplantı yapıldı. O tarihten bu yana temel kanunlarımızın h emen hepsi değişti. Fakat o kapsamda bir toplantı bugüne kadar yapılmamıştı. İşte Ankara

Barosunun sizlerin desteğiyle hayata geçirdiğimiz bu faaliyeti, önemli bir eksikliği gidermeyi amaçlıyor.

Üç gün sürecek bir toplantı, bir şölen gibi geçecek. En mutlu olduğum hususlardan biri de, şu anda salonun çoğunluğu Ankara dışından gelmiş durumda; demek ki amacımıza ulaştık. Öncelikle yoğun iş programı arasında bizi bilgilendirmek üzere, bize deste vermek üzere katılan bütün yüksek yargı, yargı mensuplarına, akademisyenlere ve avukatlara, meslektaşlarımıza en içten teşekkürlerimi sunuyorum ve sonra da hukukçuluğun hiç bitmeyecek bir öğrenme sürecini olduğunu bilerek, bu yağmurlu Ankara gününde vaktini ayırıp burada bilgilenmek üzere gelen meslektaşlarıma yürekten bir kez daha hoş geldiniz diyorum.

1. GÜN

Prof. Dr. KEMAL ŞENOCAK (Oturum Başkanı)- Hoş geldiniz değerli dinleyiciler. Şimdi bugünkü oturumda şöyle bir uygulama yapacağız. İki konuşmacı konuştuktan sonra ara vereceğiz. Sonra bir konuşmacıyı tekrar davet edeceğim. Sonra soru-cevap kısmına geçeceğiz.

Şimdi ilk olarak İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin değerli öğretim üyesi Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu Hocamız cismani zararlardan dolayı Türk borçlar hukukunda gördüğü önemli bazı meseleler hakkında bize bilgi verecek. Bu bağlamda da Ahmet Hocamızın biraz tebliğine değinecek, manevi tazminat konusuna. Bir de haksız eylem sorumluluğuna ilişkin Borçlar Kanunundaki düzenlemelerde önemli gördüğü bazı noktalar hakkında bize bilgi verecek.

Buyurun Hocam.

Prof. Dr. HALUK BURCUOĞLU- Efendim önce huzurunuzda olmaktan son derece mutlu olduğumu ve onur duyduğumu belirtmek isterim. Kendimi zaten yavaş yavaş Ankara Barosu avukatı gibi hissetmeye başladım. Çünkü her ne kadar İstanbul Barosuna kayıtlı avukat isem de, galiba Ankara Barosunun düzenlediği sempozyumlar, kongreler çerçevesinde daha fazla konuşmacı olarak katıldım. Bundan da kesinlikle gocunmuyorum, bir kere daha söyleyeyim.

Şimdi Sayın Başkan ve değerli hukukçular, Sayın Başkanımız da söyledi biraz önce, hepimiz kurucu unsurlarız. Öğrenci arkadaşlarımız varsa, onları da aynı kendimiz gibi kabul ediyorum. Onun için fazla böyle hiyerarşiye girmekten özellikle kaçınıyorum. Çünkü protokolden pek anlamadığımdan, yalan-yanlış bir şeyler de yapmış olabilirim, kusura bakmayın.

Öncelikle Sayın Başkanım ve değerli dinleyiciler, müsaade ederseniz şu ceketimi çıkartabilir miyim? Çünkü ceketle konuşma özürlü bir adamım maalesef. Çok teşekkür ederim, sağ olun.

Bu arada küçücük bir anekdot anlatayım. Diyarbakır'da da bu Medeni Kanunun bir tasarısı olmuştu hatırlarsanız. 1985'de o tasarı için de konuşmacı olarak gittik. Hava herhalde 60 derece filandı, tabii yine takım elbiseyle gittik. Hiç unutmuyorum rahmetli

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Öğretim Üyesi.

Seyfullah ağabeyimiz hocamız da oturum başkanıydı. Ondan da aynı izni istedim, harika bir yanıt vermişti hiç unutmuyorum *"Müstehcen olmamak kaydıyla dilediğiniz gibi soyunabilirsiniz"* diye. Hiç bunu unutmadım, çok keyif almıştım. Allah rahmet eylesin, bu şekilde de burada anmış olayım.

Şimdi efendim şöyle bir şansım oldu benim, birçok arkadaşım gibi, Ahmet ağabey gibi ve diğerleri gibi. Borçlar Kanunu tasarısını hazırlama komisyonuna seçildik diyeyim. Yani gönüllü olduk dersem yalan olur. Çünkü Aysel Çelikel Hocamız bizi topladı hepimizi söyledi. Ben dâhil hepimiz havaya baktık, hatta Fenerbahçe-Galatasaray maçından filan bahsettik. Hoca üçüncü defa kızdı. Aysel Hocayı tanıyanlar bilirler, lafını sakınmaz. *"Beyler ayıp oluyor"* dedi. Borçlar Kanunu hazırlanacak, İstanbul Üniversitesinden kimse olmayacak, böyle maskaralık olmaz dedi.

Ben de bunun üzerine Turgut Özdenen, işte o zamanlar iki yıllık galiba profesör, çok sevdiğim bir öğrencim, harika bir borçlarcı. Dedim ki Turgut var Hocam. Harika olur, herkes üstüne atladı Turgut'un ve Turgut kardeşimiz de intikamını aldı. O zaman Haluk ağabey de gelsin dedi. Haluk Burcuoğlu da bu şekilde –*tırnak içerisinde*– seçildi. Ben de baktım Turgut var, Atilla'da orada duruyor. Atilla'yla Turgut sınıf arkadaşı, Atilla'da gelsin dedim. Atilla'yı da tabiri caizse yakan benim, ama gittik büyük mutluluklar çok iyi de takip ettik zannediyorum. Yani bütün toplantılara katıldığımızı iddia etmiyorum, ama büyük çoğunluğuna ben şahsen katıldım ve büyük keyif de aldım. Özellikle mesela yargıçlar dünyasından çok önemli kişilerle tanışma fırsatını bulduk ve onlardan da çok şeyler öğrendik. Avukatlar vardı heyette, Adalet Bakanlığının seçtiği hâkimler vardı ve galiba bir de noter arkadaşımız vardı, böyle bir komisyon çalışması.

Bu komisyonda hemen şunu söyleyeyim, 7 tane Adalet Bakanı gördü yanlış hatırlamıyorsam. Hiç kimseden herhangi bir dayatma görmedik. Hani zaman zaman işte bu bilmem ne partisi kanunu filan diyorlar. Ben hâlâ çözemedim. Borçlar Kanunu nasıl bir partinin kanunu olabilir? Bilemiyorum, bilenler varsa kendilerine saklasınlar, merak da etmiyorum.

Şimdi efendim Borçlar Kanunu çalışmaları yapıldıktan sonra 2006'da zannediyorum ilk taslak ortaya çıktı ve bütün kurumlara ilgili ilgisiz her kuruma gönderildi ve her kurumdan da görüş geldi aşağı yukarı. Biraz üzülerek söylüyorum, maalesef benim üniversitemden, benim fakültemden görüş hemen hemen gelmedi desem yeri var. Bu da bizim ayıbımız açıkçası. Bunlar komisyonda incelendi, onlar da cevaplandırıldı ve sonuçta Adalet

Komisyonuna intikal etti. Adalet Komisyonunda da hazırlanan tasarı neredeyse hiç değiştirilmeden yüzde 90'ı itibariyle aynen benimsenerek geçti. Böylece de biliyorsunuz hepiniz, Mecliste de oybirliğiyle, yanılmıyorsam yarım saatte filan oylanarak Borçlar Kanunu yürürlüğe girdi.

Şimdi hemen şunu söylemek lazım: Bu Borçlar Kanunu mükemmel bir kanun mudur? Cevap belki, ama hiç kuşkusuz iyi bir kanun olduğu açık; bir defa Medeni Kanunla da iyi bağdaşıyor, yeni Türk Medeni Kanunuyla. Çünkü onun devamıyız hâlâ, ondan farklı bir şey yapamazdık. İkincisi dili itibariyle sadeleştirildiği yine açık ve üçüncüsü gerçekten söylüyorum, birçok uluslararası sempozyuma da katılma fırsatını buldum. Hatta en son geçen hafta cuma günü Paris'te Fransız hocalar ve bir İsviçreli profesörle birlikte tam bu konu, haksız eylem sorumluluğu üzerinde bir sempozyum oldu. Ona da katılma fırsatını buldum. Dört arkadaştık orada. Yani orada da gördük ki, bizim yaptığımız düzenleme hiç de kötü bir düzenleme değil. Bir defa bunu söyleyeyim. Mükemmel iyinin düşmanıdır, doğrudur; bunu da kabul etmek lazım.

Bir başka konunun kendisine geçmeden önce şeyi de söyleyeceğim. Einstein'a atfedilen çok güzel bir açıklama var. Boşuna Einstein olunmuyor yani. Eğer hakikaten ondansa bu açıklama. Einstein diyor ki *"Teori eşittir her şeyi bilirsiniz, ama hiçbir şey işlemez. Uygulama eşittir, her şey işler, ama nedeni bilinmez"* diyor. Dolayısıyla uygulamasız teori, teorisiz uygulama olmaz. Borçlar Kanunu tasarısını hazırlayan komisyon da çok ciddi olarak uygulamacılara tabii özellikle yargıçlara çok daha fazla yetki verilmesinden yana idi ve bu hükümlere de nitekim yansımıştır.

Şunu da söyleyeyim; zaman zaman yargıçlardan da eleştiriler geldi, onu da itiraf etmek lazım. Ya arkadaş siz şunu daha açık yazsaydınız, daha isabet olurdu diye, ama biz her zaman yargıya daha fazla yetki verilebileceğine inandık. Zannediyorum eskisiyle karşılaşırsanız, yeni Borçlar Kanunu bu yönde çok daha ileri gittiğini göreceksiniz.

Şimdi efendim, haksız eylem sorumluluğuna gelince, haksız eylem sorumluluğunda önemli yenilikler var. Önemli yenilikler var derken, hemen ilk planda gündeme getirilmesi gereken olay şu: Uygulamanın getirdiği ve de öğretinin de benimsediği birtakım ilkeler doğrudan kanun maddesi olarak aktarılmaya başlandı. Bu da bana göre son derece olumlu gelişmeydi.

Şimdi mesela 50. Maddeye geliyorum, yeni kanundan bahsediyorum. Efendim, eskisinde sadece zararı ispat etmekle yükümlüydü kanun metnine

göre zarar gören, ama herkes biliyordu ki gerek uygulama, gerek öğreti; zarar gören aynı zamanda karşıt failin kusurunu da ispatlaması gerekir diyorduk ve bu kanun maddesi olarak buraya geçti.

Bunun yanında, yine herkesin kabul ettiği, gerek uygulama gerekse öğretide hiç tereddütsüz kabul edilen, hukuka aykırılığı gideren hallerin belki de birincisi olması gereken, maalesef kanunda yer almayan bir ilke vardı. Yani hukukun verdiği yetki o çerçevede kullanılmışsa, o çerçevede yetkinin kullanılması sonucunda verilen zarar nedeniyle sorumlu tutulamıyordunuz. Çünkü hukuka aykırılığı gideriyordu bu hal. Bu yoktu kanunda, bu da kanun maddesi olarak konuldu. Yani bunlara yenilik demek de pek belki doğru değil, ama hani malumu ilan etmek bir laf var ya eskiden, galiba biraz o çerçevede ele alınması lazım.

Şimdi tabii sağ tarafıma bakıyorum konunun ustası burada, Sema Hanım burada. Kitaplarını hepimiz biliyoruz; bedensel zararın tazmini, tazminatın hesaplanması. Hani ağzımı açmaya korkuyorum. Yani ustalar varken, çıraklar keser sesi diyor. Müjdat Gezen bunu şey için kullanmış, Orhan Boran için. *"Ser sesi var ser sesi, uşakta inşaat var, geliyor keser sesi"* ustalar konuşurken, çıraklar keser sesi. Ben buna sor derece saygı duyuyorum. Üstademiz buradayken, benim kalkıp da tazminat hesabına girmem, en azından benim adıma ayıptır. Kendisine saygılarımı bir kere daha sunuyorum.

Şimdi buna rağmen birtakım noktaların da belirlenmesi lazım. Şimdi bakıyoruz biz, bedensel zararla ilgili olarak 53 ve 54. maddelerimizde, yine açın bütün borçlar hukuku kitaplarını, orada efendim bedensel zarara şunlar şunlar dâhildir diye tek tek sayılıydı. Biz o kitaplarda genel olarak sayılanları kanun maddesi haline getirdik ve burada enteresandır, Borçlar Kanununda nadir rastlayacağınız bir sistem benimsendi, bentler konuldu burada. 53. maddede işte, ölüm halinde uğranan zararlar özelde şunlardır; bir, cenaze giderleri; iki, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleriyle çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar; üç, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar diye ayrım yapıldı.

54. maddede de bu defa, bedensel zarar, doğrudan bedensel zararla ilgili, özellikle şunlardır denildi. İşte tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasına ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar ve bunlar bir, iki, üç, dört diye

bentlendirilerek yasaya konuldu ve öğretide de uygulamada da zaten bunlar birebir benimsenmiştir.

55. maddeye geldiğimiz zaman, tabii zannediyorum bu programa katılacak olan Ahmet İyimaya var değil mi? Sayın Ahmet İyimaya. Şimdi 55. madde bizim komisyonun ürün değildir. Yanlış anlamayalım, aman ha! Onun için kötüdür anlamında bir şey söylemiyorum. Sezar'ın hakkını Sezar'a vermek lazım; bizim hazırladığımız tasarıda böyle bir madde yoktu. Sayın Ahmet İyimaya Adalet Komisyonunda madde metnini de kendisi yazdı, gerekçesini de kendisi yazdı. Günahı ve sevabı kendisine aittir. Zaten sonradan, ben en azından sonradan öğrendim ki, Sayın Ahmet İyimaya avukatlık döneminde zaten esas itibariyle bedensel zararlarla ilgili tazminat davaları ve destekten yoksun kalmayla ilgili davalarla uğraşıyormuş. Herkes de bunu benimsedi, kimse de karşı çıkmadı.

Bizi biraz rahatsız eden, belki hani işte hocalık tarafımız birden ortaya çıktı. Şurada bir laf var görüyorsunuz. 55. maddenin 1. fıkrasının son cümlesi; hesaplanan tazminat miktarı esas alınarak hakkaniyet düşüncesiyle artırılamaz veya azaltılamaz. Şimdi bize hakkaniyet düşüncesinin bertaraf edilmesi, bir kenara bırakılması pek içimize sindirebileceğimiz bir şey değil, ama Sayın Ahmet İyimaya Adalet Komisyonunda bunu da anlattı. Biz de peki dedik. Zaten hayır desek de herhangi bir anlamı olmayacaktı, onu söyleyeyim.

Amacı 55. maddenin, yine benim anlayabildiğim kadarıyla o günkü toplantılardan, gerekçeden de anlaşılıyor. Galiba idari yargı ile adli yargı arasında tazminatın belirlenmesi bakımından farklılıklar vardır. Bu nedenle Sayın İyimaya dedi ki, burada bir paralellik kurulmalı. Bu paralelliğin kurulması amacıyla da, işte 55. maddenin 2. fıkrası getirildi Ahmet İyimaya tarafından. Bu kanun hükümleri her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesini ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır denildi.

Zannediyorum Usul Kanununda da yine Sayın Ahmet İyimaya'nın girişimiyle bir değişiklik yapılmıştı, ama yine bildiğim kadarıyla Anayasa Mahkemesi bu, yani sadece adli yargı baksın galiba o yöndeydi değişiklik. Bu maddeyi iptal etti. Hani bu benim alanım değil, ama o maddenin iptal edilmiş olması, 55. maddenin 2. fıkrasının da mutlaka iptal edileceği anlamına gelmiyor diye düşünüyorum.

Efendim devam edelim, manevi tazminata geliyoruz. Manevi tazminatta tabii iki türlü manevi tazminatımız var, hepimiz biliyoruz. Birisi işte ölüm halinde geride kalanlara, bedensel zarar halinde bedensel zarara uğrayanlara verilen tazminat ve lütfen dikkat edelim. 56. maddede ilginç bir düzenleme var. Bu da aslında bir yenilik değil. Yargıtay'ın zannediyorum 4. Hukuk Dairesinin bizim çok beğendiğimiz kararları vardı bu kanun yürürlüğe girmeden önce.

Mesela bir tanesini hatırlıyorum; genç bir kız işçi fabrikada çalışırken, saçlarını bir makineye kaptırmış ve kafa derisi yüzülüyor. Orada annesi babası yanılmıyorsam tazminat talebinde bulunuyor. Mahkeme tazminat istemini reddediyor. Çünkü sen zarara uğrayan değilsin diyor. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi çok ince ve çok zarif bir akıl yürütmeyle kararı bozuyor ve lütfen dikkat edelim; yansıma yoluyla zarardan bahsetmeden bozuyor. Diyor ki; anne-babanın veya yakınların o bedensel zarara uğrayana duyduğu şefkat, sevgi duygusu zedelenmiştir. Yani zarar onların kişiliğinde oluşmuştur. Çünkü sevgi şefkat duygusu kişiliğin olmazsa olmaz unsurlarındandır diyordu. Bu nedenle bu hallerde de yakınlara bedensel zarara uğrayanın yakınlarına da tazminat verilmesi gerekir şeklinde bir içtihat vardı. Bu içtihat zaten çoğunluk tarafından da benimsenmişti. 56. maddenin 2. fıkrası haline getirildi. Ağır bedensel zarar kısmı önemli, ölüm hali zaten vardı. Zarar görenin veya yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir hükmü getirildi.

Manevi tazminatla ilgili diğer dayanağa bakarsanız, kişilik hakkının zedelenmesi; bu da malum. Burada da önemli bir yenilik yapıldı. Dikkatli okuyucu maddeyi dikkatli okuduğunuz zaman hemen fark ediyorsunuz. Biliyorsunuz eski 49. maddemizde bize göre pek akla yatkın olmayan şöyle bir değerlendirme yapılıyordu. Manevi tazminat isterken, kişiliği zedelenenin ekonomik durumu ve sosyal statüsü dikkate alınıyordu. Burada kendimden bir örnek veriyorum. Ben profesörüm, bana bir hakaret ediliyor. Aynı sözcükler –*atıyorum mesela*– bir yardımcı doçent kardeşimize yöneltiliyor. Ben profesör olduğu için atıyorum on birim tazminat isteyebiliyorum, yardımcı doçent kardeşimiz, onun statüsü daha aşağıda ya. O mesela beş birim isteyebiliyor. Hâlbuki aslında ben küfre daha yatkın bir adamım. Parantez içinde, beni tanıyanlar bilir, biraz da öyleyimdir yani açıkçası. Bunu övünerek söylemiyorum, ama bu bir veri. Şimdi bu anormalliği kaldıralım dedik ve yeni 58. maddede, artık böyle ekonomik durum, sosyal statü gibi kriterlere başvurulmaması gerektiğini söylüyoruz.

Şimdi tabii burada şöyle bir sorun çıkacak karşımıza, yargıç ne yapacak? Yargıtay'ın 4. Hukuk Dairesi son derece haklı olarak, eskiden biliyorsunuz bende maalesef yapmak zorunda kaldım. Hatta bir Yargıtay üyesi tarafından tabiri caizse bayağı hoş bir biçimde de uyarıldım; bari sen yapma şeklinde. Manevi tazminatın belirlenmesi konusunda da bilirkişilere gidiyordu biliyorsunuz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi böyle şey olmaz dedi. Manevi tazminatı ancak yargıç takdir eder dedi. Şimdi yargıcın elinde eski 49'a göre iyi-kötü sosyal statü, işte ekonomik durum gibi birtakım veriler vardı. Bunlar kalktı, ne olacak? Demin de söyledim ya, yargıya daha geniş bir takdir yetkisi veriliyor. Yargıç kendisi takdir etsin ve zaten Yargıtay'ın düzenlemeleriyle de o kararları herhalde sistem rayına oturacaktır diye düşünüyorum. Hemen belirteyim, İsviçre'de mesela böyle bir kriter yok idi zaten.

Şimdi bunun dışında üzerinde duracağım asıl önemli şey 76. madde, ama oraya gelmeden zamanaşımıyla ilgili bir açıklamada bulunmak istiyorum. Bedensel zarar olduğu için konumuz, diğer maddeler üzerinde durmayı gereksiz görüyorum. Şimdi zamanaşımı konusunda 1999 depremi, hukuk dünyamızda çığır açmıştır. Olumlu ya da olumsuz anlamında söylemiyorum. Bana göre olumsuz, ama takdiri herkese bırakıyorum. Çok enteresan şeyler yaşandı, depremzedelerin açtığı davalarda.

4. Hukuk Dairesiyle 13. Hukuk Dairesi taban tabana zıt kararlar verdiler. İlginçtir, Yargıtay içtihadı birleştirmeye gittiği zaman da gerek yok denildi ve ortada kaldı olay. Olay şu: Ben müteahhidim. 1999 depreminde yıkılan bir ev ya da daireyi 1972 yılında yapmışım ve teslim etmişim, 1972. Daireyi doğrudan benden alan kişinin dairesi ya da evi yıkılmış. 13. Hukuk Dairesi arada sözleşmesel ilişki vardır, sözleşmesel ilişkilerde 10 yıllık zamanaşımı vardı azami değil mi? Ağır kusur vesaire dahil. Bu zamanaşımı teslimden itibaren başlar. 72'de daire bitmiş ya da konut bitmiş teslim etmişim. Bu vatandan 1999 yılında olan depremden sonra açtığı davayı kaybetmiştir.

Niye bu kadar rahat konuşuyorum? Çünkü bu davanın yüklenici tarafının avukatı bendim. Şimdi yine çok enteresan, bu davayı yitiren kişinin kardeşi -Yalova depreminden bahsediyorum- ağabeyini ziyaret ede ede, o siteyi çok beğeniyor. Bu gerçek arkadaşlarım, masal anlatmıyorum. O da ağabeyinin yanındaki daireyi müteahhitten satın ve devralmış kişiden satın ve devralıyor. O da dava açıyor, o da ayrı hasar görmüş ya da yıkılmış. Bu defa mahkeme zamanaşımı nedeniyle reddediyor. Çünkü bizde biliyorsunuz haksız eylemde şu olay vardı: Zararı müstelzim fiilden itibaren azami

zamanaşımı süresi 10 yıldı. 72'de bitmiş tamamlanmış teslim edilmiş daire. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi birden zarar doğmadan zamanaşımı işlemeye başlamaz dedi. Bu şekilde kardeşin açtığı dava, haksız eylem sorumluluğu çerçevesinde değerlendirildiği için.

Hatta ben dayanamadım, inanmamakta özgürsünüz, ama ciddiyim. Sayın Akif Ağabeyin açtığı dava reddedildi, sözleşmesiyle ilişki nedeniyle, kardeşin açtığı dava kabul edildi. Çünkü ağabey doğrudan benden almıştı. Zamanaşımı teslimden itibaren başlıyordu. Kardeş benden almadığı için haksız eylem sorumluluğu çerçevesinde devreye girmişti. Zarar doğmadan zamanaşımı işlemeye başlamaz dedi Yargıtay ve bu galiba yerleşti de bu içtihat. Bundan sonra sadece depremzedelere değil, bütün tazminat davalarında bu görüş galiba egemen oldu. Görüşe –*samimi söylüyorum*– katılamıyorum, ama saygı duyuyorum. Çünkü benim bildiğim kadarıyla, çok inceledim de. Yanılmıyorsam bir tek Mehmet Akif Tutumlu isimli bir yargıç arkadaşım bir makalesinde böyle olsa daha iyi olur dedi. Öğretide bunun dışında hiç kimse de, o büyük bildiğimiz borçlar hukuku kitaplarında, Tekinayda, Oğuzmanda, Fikret Eren'de, Reisoğlu'nda nereye bakarsanız bakın, hiçbirinde zarar doğmadan zamanaşımı işlemeye başlamaz denilmemiş idi, ama böyle oldu, saygı duyarım.

Hatta o kadar enteresan örnekler veriliyordu ki, özellikle bu radyasyon kontaminasyonu, yani ondan etkilenme dolayısıyla. Efendim radyasyona maruz kalıyordu kişi, 10 seneyi geçtikten sonra o radyasyon etkilerini gösteriyor. Tabirimi mazur görün, kitaplarda zarar gören soğuk su içer diyor, tazminat istemiyor. Bugün uluslararası plana baktığınız zaman, gelişme Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin benim içime sindiremediğim içtihadı yönünde. Çok yeni daha işte geçen hafta perşembe günü Paris'te İsviçreli bir hoca ve kanunlaşması son derece olasıymış, onu da söyledi. Bedensel zararlarda zamanaşımının 30 yıla çıkarılacağını söyledi, 30 yıl. Dikkat! Belki yine zarar doğmadan zamanaşımı işlemeye başlamaz denilmeyecek, ama 30 yıl.

Şimdi komisyonda ne yapıldı? Komisyonda kısa zamanaşımı süresi 1 yıldan 2 yıla çıkartıldı ve de 10 yıllık zamanaşımı süresi 20 yıla çıkartılmış idi. Sırf bu hani deprem olayları filan düşünülerek. Ama orada şöyle bir şey yapıldı, onun da hemen söyleyeyim. Zararı müstelzim fiil lafı kaldırıldı ve yeni hükümde o hâlâ muhafaza ediliyor, fiilin işlendiği tarihten itibaren. Çünkü Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bu içtihadını, yani öğretide destek olmayan bu içtihadını şuna dayandırıyordu: Zararı müstelzim fiil diyor kanun. Zararı

doğmadan, zararı müstelzim fiil de olmaz diyordu. Biz bunu da dikkate alarak, aklımız sıra tabiri caizse cinlik yaptık ve dedik ki; fiilin işlendiği tarihten başlayarak 20 yıl dedik. Enteresandır, Adalet Komisyonunda 10 yıla indirildi; bizim o 20 yıllık zamanaşımımız. Saygı duyuyorum.

Fakat şunu da anlatmadan geçemeyeceğim. Bu zamanaşımı tartışması yapılırken, çok değerli bir Yargıtay üyesi, yeni gelmişti o zaman komisyona. Çünkü bizim komisyonun şöyle bir özelliği vardı efendim, onu da söylemeden geçmeyeyim. Bizim komisyona katılan doçent arkadaşlarımız profesör oldu. Yargıç arkadaşlarımız Yargıtay üyesi oldu, Yargıtay üyeleri daire başkanı oldu. Yani bir tek biz bir şey olamadık, çünkü profesör gittik, ötesi yoktu maalesef, ama uğurlu geldi diyelim. Yani gerçekten çok iyi bir komisyondu.

Oraya yeni gelen bir Yargıtay üyesi arkadaşımız, aynen şunu söyledi. Cümleyi aynen tekrarlıyorum kusura bakmayın, isim tabii vermeyeceğim, ama bunu söyleme ihtiyacını hissediyorum: *"Siz ne yaparsanız yapın, biz böyle uygularız"* dedi, aynen. Yani zarar doğmadan zamanaşımı işlemeye başlamazı biz uygularız dedi. Hatta Turgut Hoca, arkadaş kanundan bahsediyoruz, şaka mı yapıyorsun dedi. Vallahi biz böyle uygularız dediler ve zannediyorum bizim zararı müstelzim ibaresini kaldırmamıza rağmen, bu 10 yıllık zamanaşımı, bilmiyorum 4. Hukuk Dairesinden arkadaşım yanımda, yine zarar doğmadan zamanaşımı işlemeye başlamaz diye herhalde devam edecektir diyorum. Benim içime sinmiyor, ama saygı duyuyorum, tekrar söylüyorum.

Şimdi geliyoruz 76. maddeye. 76. madde yeni Borçlar Kanunu. Son olarak müsaade ederseniz Başkanım bunu söyleyeceğim. Bana göre devrimci iki hükümden biridir. Çünkü Borçlar Kanununun devrimci bir tarafı yoktur, olsa olsa bir reformdur, ama devrimci bir 76. maddemiz vardır, bir de 603. maddemiz vardır, kefaletin son hükmüdür. Hani orada dedik; sadece kefalete değil bu koşullar. Aynı anlama gelen diğer garanti türlerine de uygulanır dedik. Bu da bize göre devrimci bir hükümdür.

76. madde; zarar gören iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davanın zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir. Şimdi geçici ödemeler son derece insani düşüncelerle benimsenmiş idi. Fakat her nedense bu hükümde, özellikle çok değerli bilim adamlarımız tarafından yerin dibine sokuldu çıkartıldı. Ben katiyen anlamıyorum, neden olduğunu bilmiyorum.

Düşüncemiz şu, gayet basit: Özellikle bedensel zarara uğrayan bir vatandaş var. Adamın kendini tedavi ettirecek parası yok, sigorta da doğru dürüst olmamış, yok böyle bir şey. Ne yapacak? Davanın sonucunu mu beklesin? Bir de unutmayalım, zararı arttırmama yükümlülüğümüz var zarar gören olarak ki, hatta yazar kitaplarda. Efendim kolu çizilmiş baktırmamış, sonradan ameliyat olması gerekiyor, ameliyat masraflarını şeye yükleyemezsiniz diyor. Ne yapacağız? Ben aynı zamanda kendime baktırmadığım için zararı da arttırmış olacağım. Yani karşılık kusur işlemiş olacağım.

Bunu da engellemek için dedik ki, yargıca başvurulsun, bir karar versin yargıç. Atıyorum, mesela 1000 lira ödenmesine davalı tarafından desin ve bu derhal icraya da konulabilsin. Efendim neler söylendi. Millet kendini kamyonun altına atar filan diye. Yahu şaka gibi, yani hakikaten hiç aklımıza gelmedik eleştirilerle karşılaştık. Sırf bunun için neler olur. Neler olur cevabı da var. İkinci fıkra diyor ki; davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir. Tazminata hükmedilmezse, hâkim davacının aldığı geçici ödemeleri yasal faiziyle birlikte geri vermesine karar veriyor diyor. Eleştiri, koyduysan bul adamı. Affedersiniz, her kazandığınız davanın sonucunda paranızı alabiliyor musunuz? Samim Ünen kardeşim var, deniz ticaret profesörü, çok sevdiğim bir deyimi vardır. *"Kadere girer"* der. Bu gibi durumlar kadere girer, ama niyetimiz belli. Ben dava açacağım, bana 1000 lira ödenecek, fakat meğerse zararım o kadar değilmiş. Ben atıyorum 500 lirayı faiziyle birlikte iade edeceğim. Ha zararım daha fazlaysa da, o fazlalık kısmı benim lehime hükmedecek yargıç. Amacımız bundan başka bir şey değildi. Tekrar ediyorum; benim anlayışıma göre Borçlar Kanunumuzun en muhteşem hükümlerinden biridir, en devrimci hükümlerinden biridir.

Bunu icat da etmedik, hemen onu da söyleyeyim arkadaşlarım. İsviçrelilerin galiba 99 yılında yaptığı bir sorumluluk hukukunun değiştirilmesiyle ilgili bir kanun tasarısı var. İsviçreli çok ünlü iki tane profesöre hazırlatılmış. Yani haksız eylem sorumluluğu, sözleşmesel sorumluluk diye ayrımı kaldırıp, bunları birleştirme amacıyla yapılmış bir tasarıymış. Fakat İsviçre bunu hiç benimsememiş ve çekmeceye atmış. Biz ilginç bir şey yaptık, o İsviçre'nin beğenmediği tasarıda dört ya da beş tane hükmü aldık, bu haksız eylem sorumluluğu çerçevesine koyduk.

Bizim 76. maddemizin 1. fıkrası, işte o İsviçrelilerin beğenmediği, çekmeceye koyduğu ön tasarının 56/h maddesi, oradan almışız ve bir adım da öteye gitmişiz, daha güzel bir şey yapmışız. Ne olur sonunda da ikinci fıkra

olarak buraya eklemişiz. Böylece görüyorsunuz ki, hani bu kanun oldukça özgün bir kanundur. Avrupa'daki şeylerin bazılarından yararlanmıştır. Hatta Avrupa'da beğenilmeyenlerden bile dikkate alınan ilginç hükümler vardır. Mesela eleştirilerden bir tanesi şuydu: Almancı arkadaşlarımız var tabiri caizse. Onlara göre zaten BGB'yi Kürtçeleştirip, aynen burada uygulamak gerekiyordu.

Bize şunlar söylendi mesela: İsviçre hap kadar ülke ve bunu söyleyen üstatlarımız Hollanda'daki değişikliği niye dikkate almadınız? Ha İsviçre, ha Hollanda, ikisi de hap kadar bize göre. Biz mümkün olduğu ölçüde kaynağa sadık kaldık, itiraf ediyoruz İsviçre Borçlar Kanunundaki son yeniliklere de sadık kalmaya çalıştık ve bundan da hiçbir zaman gocunmadık. Mecliste de Anayasa Komisyonunda da kimse bunlardan şikâyetçi olmadığına göre, demek ki doğru yoldaymışız.

Beni dinlediğiniz için çok teşekkür ediyorum arkadaşlarım, sağ olun, var olun.

Prof. Dr. KEMAL ŞENOCAK (Oturum Başkanı)- Haluk Burcuoğlu Hocama teşekkür ediyorum. Şimdi Sevgili sınıf arkadaşım Mine Kaya tebliğini sunmadan evvel, benim biraz karşılaştırma olmasını sağlamak açısından Alman ve Avusturya hukukunda cismani zararlarda güncel olarak tartışılan konularla ilgili bazı notlarım var, izin verirseniz onlardan bahsetmek istiyorum.

Şimdi Haluk Hocamın bahsettiği 76. maddeyle de bağlantılı olarak. Hem Alman, hem Avusturya hukukunda yargı içtihatları tedavi masraflarının fiktif olarak hesaplanmasına karşı. Tedavi müdahalesi söz konusu değilse, zarar gören tedaviye onay verse idi meydana gelecek olan tedavi masraflarının tazmini mümkün değildir. Özellikle kozmetik ameliyatları açısından bu sorun ortaya konulmaktadır. Hem Alman, hem de Avusturya hukukunda mağdurun mali imkânı yoksa veya tam tersine olsa bile, uygun bir süre içerisinde tedavi amaçlı kullanacağını ispat ettiğini ispat ettiğinde avans isteme hakkı olup olmayacağı sorunu üzerinde hemfikir cevap verilemiyor. Ama ağırlıklı görüş bu soruya, olumlu cevap veriyor.

Gerçekten uğranılan tedavi masraflarından mağdurun bilinen tedavi metotları dışında başka bir metodun uygulanmasından doğan masraf sorunu birbirinden ayırt edilmeli. Avusturya yüksek mahkemesi, ağır yaralı çocuğun Florida'da yunus balığı metodu ile tedavisinin gerektirdiği ve doğan yaklaşık 14 Bin Euro'luk masraf tazminini kabul etti. Çocuk ilk önce ağır bir kaza

sonucunda üniversitelerde okutulan tıp biliminin bütün metotları uygulanmış, bir sonuç alınamamış, bir cevap alınamamış. Daha sonra bilimsel tıbbi metot olmayan Florida'da yunus balıklarıyla tedavi yöntemi için Florida'ya gidilmiş ve Florida'da bu tedaviye uygun cevap vermiş. Avusturya yüksek mahkemesi bu Florida'ya gidiş masraflarının gerektirdiği, tedavinin gerektirdiği 14 Bin Euro masrafın tazminine karar vermiştir.

Avusturya yüksek mahkemesi bu tazminata hükmederken, demiştir ki; mağdur olan aile ilk önce cebinden bunu karşılamıştır. Dolayısıyla başarılı bir sonuç verdiğinde tedavinin ispatlamışlardır. Bu yüzden talebi kabul ediyorum demiştir. Yüksek mahkeme ayrıca mağdur olan kişi bu masrafı, üçüncü kişi tazminle yükümlü olmasaydı, bizzat kendi cebinden karşılayacak olsaydı yapacak mıydı? Bir de bunu tartışalım demiş karara, bunu tartışmış.

Şimdi doktrinde Avusturya hukukunda bu karar tartışılmış, bazı eleştirilere maruz kalmış. Her şeyden önce şu soru sorulabilir diyorlar: Yunus balığı metodu sadece Florida'da mı uygulanıyor, başka yerde uygulanıyor mu? Onu niye tartışmadın. İkincisi, acaba aile çocuğun tedavisini bahane ederek tatil masraflarının, zarar veren tarafından finanse edilmesini mi sağlamak istemiştir? Bu soruyu da sormak lazım diyorlar. Bu sorunun da cevabını veriyorlar gerçekten. Çocuk spastik bir özürlü, yani sadece göbeğini ve sırtını hareket ettirebiliyor olması vakası karşısında, ailenin böyle bir seyahati zevk ve eğlence için yaptığı cevabı imkânsızdır.

Ayrıca somut olayda, aile üniversitelerde öğretilen bilimsel tıp metotlarıyla tedavi ettirmeye çalışmış. Bu metotlar çocuğun iyileşmesini sağlamamış. Avusturya federal mahkemesi bu tazminata hükmederken, ucu bucağı olmayan sınırsız tazminat taleplerinin önüne de set çekmek istemiş. Ancak yüksek mahkemenin kriterleri doktrinde eleştiriye uğramış. Şöyle ki; zararın ilk önce mağdur tarafından bizzat finanse edilmiş olması şartı adil değildir denilmiş. O zaman bu şartı getirirseniz, tazminat talebi sadece maddi durumu iyi olup da, ilk önce masrafını kendisi karşılayanlar için kabul edeceksin. Maddi durumu iyi olmayanlar, tedavi masraflarını ilk önce kendisi karşılayamayanlar için bunu kabul etmeyeceksin. Bu adil değildir denilmiş.

Ayrıca mağdurun bizzat zararı kendi karşılamak zorunda olması halinde, aynı hareket tarzında bulunup bulunmayacağı da elverişli kriter değildir denilmiş. Zarar veren zarar verici olaydan önceki durumu, zarar verici durum olmasaydı, mağdur hangi durumda olacaksa aynı durumu sağlamakla yükümlü. Maddi durumu iyi olmayan zarar gören kendi sınırlı imkânı

nedeniyle ilk alınacak tedbirlerle yetinmek zorunda kalacak. Bu sebeple üçüncü kişinin zararı ödemek zorunda mı? Zarara bizzat mağdur katlansaydı bu masrafı yapacak mıydı? Bu tartışmaya giremezsin diye eleştirilmiş.

Ayrıca zarar gören kişiye tedavi metodu başarılı oldu, bunu ispat et, dolayısıyla tazminata sana vereyim. Bu da uygun bir kriter değil. Dolayısıyla doktrinden denilmektedir ki; doktor bu tür tedavi tavsiyesini veriyorsa ve üniversitelerde okutulan bilimsel tıp o tedaviye cevap vermiyorsa, bunun üzerine doktor evet Florida'ya gidip bu tedaviye dene şeklinde rapor veriyorsa, sadece bunu yeterli görmelidir. Dolayısıyla federal mahkeme, sadece bundan hareketle tedavi masraflarının tazminine onay vermeliydi denilmektedir.

Şimdi Avusturya yüksek mahkemesinin 2005 yılında 20 Ocak tarihinde verdiği bir karar da ilginç. 45 yaşında, 1.62 boyunda, 75 kilo ağırlığında bir kuaför kız kardeşini, alkollü bir sürücünün sebebiyet verdiği kaza sonucunda kaybetmiş. Bu travmatik nevroz depresyon nedeniyle sorumluluk sigortacısı 22.000 Euro manevi tazminat, 89 Euro psikiyatri tedavi masrafı ödemiş kız kardeşine. Kuaför ilave olarak güzelleştirici kozmetik operasyon için 9.000 Euro ve 2.250 Euro da bu operasyonun neden olduğu acı ve ızdırap için manevi tazminat talep etmiş. Kız kardeşim öldü, dolayısıyla ilave olarak 9.000 lira güzelleştirme kozmetik operasyon geçirdim, 2.250 de bu operasyonun verdiği acı dolayısıyla manevi tazminat talep ediyorum dedi.

Şimdi neden olarak şunu gösteriyor: Kuaförün iştahı kesilmiş, bir yıl içerisinde 15 kilo kaybederek 60 kiloya düşmüş. Yüzünde kırışıklıklar, çizgiler çıkmış. Kuaför salonunda müşteriler ona artık çok çirkin göründüğünü söylemeye başlamışlar. Ayrıca salonda ayna bulunduğundan, her gün çirkin yüzü görmek zorunda kaldığını ileri sürmüş. Bu sebeple plastik cerraha giderek kozmetik operasyon yaptırmış, masrafı 9.000 Euro tutmuş. Böylece yüz hatları trafik kazasından önceki duruma yeniden kavuşmuş. İlk derece mahkemesi, sen kiloluyken kazadan önce de kırışıklıkların vardı diye yüzde 25 bu tazminat taleplerinden kısmış ve kabul etmiş. İstinaf mahkemesi kararı bozmuş, yüksek mahkeme yüzde 75'ine, yani ilk derece mahkemesi kararını onaylayarak, yüzde 75'ine onay vermiş. Çünkü demiş, bu tedaviyle dış görünüşünde ve psişik durumunda kız kardeşinin bir iyileşme meydana gelmiştir.

Cismani zararla ilgili Alman Federal Mahkemesinin iki kararını zikretmek istiyorum. Bu kararlar da yeni kararlar. Davacı motosikletiyle seyir halindeyken, 20.07.1988 tarihinde trafik kazasında ağır yaralanmış ve sakat

kalmış. Davalıdan 400.000 Mark tazminat almış. Manevi tazminata ilişkin karar kesinleşmiş ve bu kesinleşen kararda ayrıca davalı, davacının kazaya bağlı olarak gelecekte ortaya çıkacak zararların da tazminine yükümlü kılınmış. Davacı kazadan önce hem otomobilini, hem de motosikletini değişimli olarak kullanmaktaydı. Davalı, davacının otomobilini sakat bir kişinin kullanabileceği şekilde donatmıştı, bunun masraflarını üstlenmişti. Dava ....71.11 hayır, sadece otomobil değil, motosikletimin de aynı şekilde donatılmasını talep ediyorum, sakat bir insanın kullanabileceği şekilde. Donatım masrafım 23.605 Euro tutuyor, bunu öde diye dava açmıştır.

Federal mahkeme bu talebi reddetmiştir. Zira federal mahkemeye göre, davalı zaten onun otomobilini donatmış ve bu otomobille davacı zaten mobil, yani seyahat edebilir konumda olup, bu surette bir gelir elde edememe, gelir zararı şeklinde bir zararı da yok. Dolayısıyla tazminat talebini reddetmiştir.

Buna karşılık 12.07.2005 tarihinde verdiği kararda farklı bir sonuca gitmiş. Bu kararda davacı, iç sularda seyrüsefer eden gemide bir kaza gerçekleşiyor, ağır yaralanıyor ve sakat kalıyor. Davacının Almanya'da bir konutu var, bir de İsviçre'de bir sarayı var. Davacının İsviçre'deki ikinci evi, yani sarayın sakat insanların yaşayabileceği şekilde iç donanımının yapılması için 479.000 Euro tazminat talebinde bulunuyor. Davalı Almanya'daki evini sakat bir insanın yaşayabileceği şekilde donattıktan sonra, İsviçre'deki evinin de aynı şekilde donatılması için talepte bulunuyor. Federal mahkeme bu talebi kabul ediyor.

Burada federal mahkeme davacının ikametgah ihtiyacının, Almanya'daki sakatların rahat bir şekilde kullanılabilmesi için donatılmış ev ile giderilebileceği sorunundan hiç söz etmemiştir. Oysa motosiklet kararında bundan söz etmekteydi. Şimdi doktrinde motosiklet kararı şu şekilde eleştirilmektedir Alman hukukunda: Bu davada artan ihtiyaçtan kaynaklanan bir talep söz konusudur ve bu nevi talepler kazanç zararıyla manevi tazminat taleplerinden farklı taleplerdir. Mağdurun sakatların kullanabileceği şekilde donanımı yapılmış otomobille mobil hale gelip gelmediği, bu suretle kazanç elde edememe zararının ortadan kalkıp kalkmadığını ileri süren taleple hiçbir ilgisi yoktur.

Motosikletle seyahat etmeden mutluluk ve sevinç duyan bir insan söz konusudur. Bu mutluluk duygusunu kazadan önce olduğu gibi, sonradan da yaşayabilmesi için, motosikletin onun sakat yaşamına uygun bir şekilde donatılması zorunludur şeklinde eleştiri yapılmaktadır. Keza yine eleştirilere

göre, sarayda yaşamak da, başka bir mutluluk duygusu uyandırabilir. Ayrıca kazadan önce sürdürülen özel yaşamın, kazadan sonra da aynı şekilde sürdürülmesi gerekir.

Bu tür taleplerde eski duruma getirme, bütünlük menfaatinin sağlanması söz konusudur. Manevi tazminat taleplerinde ise, eski duruma getirmeye yönelik tedbirlerle giderilmeyen artık bir üzüntü var, onu gidermektedir. Manevi tazminat talebini şu durumla karşılaştırmaktadırlar. Arabanın tamiriyle giderilmemiş olan ticari değerindeki azalma ile karşılaştırılmaktadır. Dolayısıyla hem ikinci evin İsviçre'deki, hem de motosikletin sakat bir insanın donanımı, sakat bir insanın rahatlıkla kullanabileceği donanımla kullanması manevi tazminat değildir. Artan ihtiyaçtan kaynaklanan bir tazminat talebidir denilmektedir.

Evet, ben bu şekilde kısaca notlarımı belirttikten sonra, acaba Türk hukukunda bu durum nasıl olabilecek? Bunu zihninizde canlandırmanızı istiyorum, talep ediyorum.

Şimdi sevgili arkadaşım Mine Kaya, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi, bedensel zararların tazmini ve hesap ilkeleri konusunda kendi dairesinin uygulamalarından bahsedecek. Buyurun Mine Hanım.

MİNE KAYA- Teşekkür ediyorum Sayın Başkan. Aslında destekten yoksun kalma açısından bugün bahsedeceğimiz İsviçre-Türk uygulaması ve özellikle Yargıtay 4. Hukuk Dairesi uygulaması olacak. Karşılaştırmalı hukuk çalışmadık. Karşılaştırmalı hukukta ilk başta başlayacağız, özellikle destek yoksun kalmada farklı sistemler var; Alman, Avusturya, Anglosakson hukuku ve Fransız hukuku bunların başlıcaları. Arkadaşıma karşılaştırmalı hukuk açısından, özellikle Alman ve Avusturya hukuku konusundaki açıklamaları için teşekkür ederek başlamak istiyorum.

Öncelikle hepinize hoş geldiniz diyorum. Gerçekten uygulamada çok sıkıntılara sebep olan ve yeryüzünde son iki insan kalıncaya kadar yaşayacak, ölmeyecek bir hukuk dalı üzerine çalışıyoruz şu an. Bu dalda çalışan, özellikle uygulayıcıları bir araya getirmesi açısından çok anlamlı ve yararlı olmuş. O yüzden Ankara Barosuna ve özellikle ne şekilde çalıştığını bildiğim Sema Güleç Uçakhan Hanımefendiye teşekkür ederek başlamak istiyorum.

Teşekkür edeceğim diğer bir husus ise, özetle son yıllarda ülkemizde kadına karşı şiddet, aile içi şiddetin artması eylemlerinin bu bağlamda ele alınması ve bu konuya da ayrı bir dikkat çekilmesi. Bilirsiniz ayakkabıyı muhakkak ki en iyi ayakkabıcı yapar. Ancak nereden vurduğunu en iyi giyen bilir. Biz de burada temel olarak, giyenler olarak birlikteyiz. Adli yargıcılar, idari yargıcılar

* Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi.

ve askeri idari yargıcılar, avukatlar, bilirkişiler. O nedenle bu dalın şöyle eğrisini doğrusunun, sağını solunun, arkasının önünün tartışılacağı güzel bir çalışma olmasını dileyerek başlıyorum.

Açıkçası ben de bu dalda çalışan kişilerden bir tanesiyim. Ancak yıllardır hep idari yargıcı ve askeri idari yargıcı arkadaşlarımla bir platformda oturabilmek, bazı konuları tartışabilmek en büyük hayalimdi. Bugüne kadar böyle bir fırsat olmadı. Böyle bir fırsat tanındığı için tekrar teşekkür ederek konuşmama başlamak istiyorum.

Hocamız sağ olsunlar manevi tazminat ve genel olarak haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk ilkeleri ve yenilikler üzerinde durduğu için, ben spesifik olarak manevinin üzerinde değil, maddi tazminat, bedensel zararlar ve ölümden kaynaklanan maddi tazminatlara odaklanmak istiyorum. Anlatım planımız da, öncelikle bedensel zararlar üzerinde duracağız. Daha sonra ölüm halindeki zararlara geçeceğiz.

Bedensel zararlar dediğim zaman, yeni Borçlar Kanunu uygulamasına paralel bir anlatım tarzı benimseyeceğiz. Ancak bu dalda değişiklikleri hocamız bahsetti, önceki uygulamalara paralel şeyler olduğu için ve içtihat da önceki uygulamayla geliştiği için, genelde içtihatları oradan vereceğiz.

Bedensel zararlar dedik. Her şeyden önce bedensel zararlar neleri kapsıyor? Bunların içerisinde tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalması ve yitirilmesinden kaynaklanan zararlarla, ekonomik geleceğin sarsılmasından kaynaklanan zararlar geliyor.

Tedavi giderleri dediğimiz şeyler, kişinin sağlığına kavuşması ya da hastalığının artmasını önleyecek tüm giderleri kapsıyor. Bunların içerisinde muayene, tahlil, teşhis, ameliyat, hastane, ilaç, protez, pansuman, bakıcı gideri, yol ücreti, estetik ameliyat ve sair tüm tedavinin gerektirdiği akla gelebilecek giderler giriyor. Bu tedavi giderleri konusunda ana ilke, bunların belgeyle ispatlanmasının gerekmemesi; çünkü her türlü delille ispatı mümkün bunların. Burada uygulamada çok sıkıntı olan ve fazlaca bozma yapılan sebeplerin başında, bu tedavi giderleri geliyor. Çünkü hâkim arkadaşımız bakıyor, davacıya diyor delillerini sun, belgeni sun. Belge gelmediği zaman ne diyor? İspatlanamamıştır, davayı reddediyor.

Bu tip dosyalarda, bizim hâkim arkadaşımız ya da uygulayıcıdan istediğimiz şu oluyor: Bu zararlar tedavi giderleri teknik zararlar aslında. Kişinin yaralanması ya da tedavi süreciyle ilgili şeyler olduğu için, özellikle hekim bilirkişiden tedavi evraklarının getirtilmesi ve bu giderlerin neler

olabileceğinin belirlenmesi yönünde. Bunlar tabii sadece burada saydıklarımızdan ibaret değil, para medikal giderler dediğimiz, hepimizin bildiği bir tedavi sürecinde yapılması gereken bu kalemlerin dışında bazı giderleri de kapsayabiliyor. Bu da olmazsa, hakim arkadaşımızın elinde başka bir done var. Borçlar Kanunu 42, Türk Borçlar Kanunu 50. maddeye göre; olayların olağan akışı ve zarar görenin aldığı önlemlere göre zarar miktarını hâkim arkadaşımız kendisi belirlesin istiyoruz.

Yine bu bağlamda, estetik ameliyatlar sıkıntılı konulardan bir tanesi. Çoğu zaman bunlar henüz yapılmamıştır diye redde mahkûm olabiliyor. Ancak estetik ameliyatlar açısından dairemizin yerleşik kararları, bu giderlerin yapılmasına gerek olmadığı yönünde. En yakın tarihli, yani en yakın tarihten kastımız hüküm tarihine en yakın tarih itibariyle bunları ilgili üniversite olabilir, bu tip ameliyatları yapan yerlerden bedelinin belirlenmesi ve buna göre belirleme tarihinden itibaren faiz yürütülmek suretiyle hüküm altına alınması.

Sonradan yapılan ameliyat giderleri bazen sorun olabiliyor. Sonradan yapılmış, mesela olay tarihinden iki yıl, üç yıl, dört yıl sonra yapılan ameliyat gideri var ve miktar çok fazla. Bunlarda prensip olarak haksız eylemden kaynaklanan tazminatlarda, temerrüt zarar tarihinde meydana gelmiş olsa bile, birkaç yıl sonra ve yüklü miktarda olunca, bunlar da fatura tarihinin esas alınması yönünde bozmalarımız var.

Yine yol giderleri. Tabii ki belli tedaviler yol giderini gerektirecek. Örneğin, düşünelim iki ayağı kırılmış, vatandaşa diyoruz haydi yürüyerek git hastaneye, güzel güzel tedavini ol gel. Bu mümkün değil bir defa. Bu tip durumlarda bazen hakim arkadaşlarımız şöyle bir yöntem şey yapıyor. Delil sun, belge sun, her zaman dolmuşa biniyoruz, otobüse biniyoruz, taksiye biniyoruz, fatura almamız mümkün mü? Bu hayatın olağan akışına uygun bir şey mi? Değil. Öyle olunca belgeleyemiyor davacı ve arkadaşımız reddediyor. Biz bu tip durumlarda, yine bilirkişi incelemesi yapılmasını istiyoruz. Özellikle hekim bilirkişi, bu tedavi ne kadar hastaneye gitmeyi, pansumanı, işte tedaviye, röntgeni ve benzeri gerektiriyorsa hesaplasın istiyoruz. Bu şekilde belirle diye bozuyoruz.

Yine tedavi giderlerinin içerisinde bakıcı gideri var. Geçici iş gücü kaybı zararlarında büyük bir problem değil. İşte üç gün beş gün yatmışsınız, bir ay yatmışsınız, bir bakıcı gideri sorun olmayabilir. Bunlar da adi belge bile yeterli, tanık bile yeterli, hüküm altına alınabiliyor. Yalnız daimi işgücü

kaybının olduğu, ömür boyu başka birisinin bakımına muhtaç kalınan durumlarda bakıcı gideri çok önem arz ediyor.

Neden önem arz ediyor? Çünkü onun daimi işgücü kaybı zararına eşit, hatta ondan daha yüksek miktarda bakıcı ücreti çıkabiliyor. Bu nedenle bu tip bakıcı giderlerinin hüküm altına alınabilmesi içini, miktarlarının yüksek olması bağlamında bunlara özellikle daimi işgücü kaybı raporuyla birlikte, bu kişinin ömür boyu başka birisinin bakım ve yardımına muhtaç olup olmadığı yönünde belirleme yapılmasını istiyoruz. Bozmalarımız genelde bu şekilde oluyor. Tedavi giderleri konusunda temel olarak söyleyeceğimiz şeyler bunlar.

İkinci grup zararlar, kazanç kaybı; bu kazanç kaybı zararları, aslında geçici iş ve gücü kaybı zararlarının belirlenmesi anlamında önemli. Bunlar tıbbi şifa süresi dediğimiz süre içerisinde zarar görenin çalışamaması nedeniyle yoksun kaldığı kazanç kaybını ya da kendisi yerine başka birisini çalıştırmak zorunda kaldıysa, o kişiye ödediği bedelleri ya da ücreti ifade ediyor. Tabii burada tıbbi şifa süresine önem veriyoruz. Adli şifa ve tıbbi şifa diye bir ayrım yapıyoruz. Bu adli şifa süresi dediğimiz; ceza hukuku anlamında, aslında bir kişinin günlük zorunlu olarak yapacağı. İşte konuşma, oturma, kalkma, yeme, içme, tıraş olma vesaire işlerini yapacak düzeyde iyileşmesini ifade eden bir süre.

Bizim davacımız, eğer dava dilekçesinde ve isteminde bu şekilde adli şifa süresini istiyorsa, bunun karşılığında kazanç kaybı istiyorsa sıkıntı yok. Ancak şunu diyorsa; ben işte şu kadar mutat iştigalime engel raporum var. Ancak iyileşmem tamamlanmadı, tedavim sürüyor, bu kadar kısa değildir. Bu durumda artık bizim bakmamız gereken tıbbi şifa süresi oluyor. Tıbbi şifa süresinin odaklandığı şey ne? O da çalışma gücüne kişinin işine göre belirleniyor. Burada eski işini yapacak fonksiyonlarının, işini yapacak kadar yerine getirecek belli bir süreyi anlatmak istiyoruz.

Bu süre nasıl belirlenecek? Bu durumda da yine hekim bilirkişiye dosyanın gitmesi gerekiyor ve her halükarda şunu söyleyebilirim; tıbbi şifa, adli şifanın daima üzerinde olan bir süre. Bu sürenin kazanç kaybının sürenin belirlenmesinden sonra, başka bir parametresi daha var. O da kişinin geliri. Yapılması gereken indirimler; bunlar belirlenmek suretiyle bu tip zararlar hesap altına alınıyor.

Diğer bir zarar gurubu ise, çalışma gücünün azalması ya da yitirilmesi. Burada sürekli çalışmaz olma ya da çalışma gücünde sürekli bir azalmayı

ifade ediyor aslında çalışma gücünün azalması ve yitirilmesi. Bu zararın belirlenmesinde belli ilkeler var. Aslında destekten yoksun kalmaya paralel bir dal bu dal. Yalnız burada süjemiz sadece davacımız. Davacımızın çalışma gücündeki kaybın derecesi, zarar görenin geliri ve zarar görülen süreyle bağlantılı olarak hesaplama yapılıyor. Burada hesap bu üç unsurun üzerine konfigüre ediliyor.

Bir hocamız şöyle derdi; her kimlik gökteki yıldızı yere indirmek kadar zor bir şeydir. Gerçekten gökteki yıldız çoğu kez yere iniyor, ama en çok bu dalda zor iniyor, onu söylemek istiyorum. Şimdi davacı diyor, açıyor davayı. 100.000 TL daimi işgücü kaybı zararı istiyorum. Haydi bakalım! Elinde hiçbir şey yok, done yok, uğraş bakalım. Nereden kısacaksın, nereden süzeceksin, kaç lire vereceksin? Yani onu yeryüzüne indirdiğinde kaç lira olacak? Bunu belirliyorsun. İşte bu kaybın derecesi, zarar görenin geliri ve görülen süre de bize bu yıldızı indirmede yardımcı olacak parametreler oluyor.

Bu konudaki şeylerimi destekten yoksun kalmaya aktarmak istiyorum. Gelir ve benzeri konusunda bazı nitelikli hususlar, ayrıntılı hususlar var. Bunlar üzerine kararların üzerinden gitmek suretiyle değineceğiz.

Ekonomik geleceğin sarsılması: Vallahi ben 15 yıldır Yargıtay'dayım, ekonomik geleceğin sarsılması zararına birkaç kere rastladım. Sayın Başkanım siz kaç kere rastladınız bilmiyorum; gerçekten şartları çok zor. Ekonomik geleceğin sarsılması dediğimiz şey, zarar verici eylem nedeniyle zarar görenin ilerideki ekonomik geleceğinin olumsuz anlamda etkilenmesi nedeniyle uğranılan zararı ifade ediyor.

Ancak uygulamada, bu ekonomik geleceğin sarsılması zararının genelde daimi işgücü kaybı zararlarının içerisinde telakki edildiğini görüyoruz. Kimler dışa çıkabilir? Çok istisnai kişiler. Özellikle bedenini kullanarak ekonomik bir varlığı olan kişiler. Benim baktığım dosyalarda özellikle sanatçı olan bir efekt yönetmeni bir kişi vardı. Bir tanesinde de bir yıldız çocuk ve futbolcu vardı; onlarda olabilen bir şey. Onun dışında dediğim gibi bu tip zararlar normalde daimi işgücü kaybı zararlarının içerisinde telakki ediliyor.

Çalışma gücünün yitirilmesi anlamında baktığımız zaman, dairemizin önemli içtihatlarından, özellikle burada bir çalışma gücü kaybı oranının belirlenmesi, hesapta çok önemli dedik. Orada bir yasal bilirkişilik var biliyorsunuz. Dairemiz ona özellikle dikkat ediyor. Adli Tıp Kurumu Kanununun 16/2. maddesi gereği, daimi işgücü kaybı ve meslekte kazanma gücü kaybı hususlarında Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Dairesinin resmi bilirkişilik görevi

var biliyorsunuz. Dosyalarda biz özellikle buna resen bakıyoruz. Adli Tıp Kurumu biliyorsunuz Sağlık İşlemleri Tüzüğünden yararlanmak suretiyle baremleme yapıyor ve daimi işgücü kaybı oranını belirliyor. Buna da özellikle dikkat ediyoruz. Sağlık İşlemleri Tüzüğü ve Adli Tıp Kurumu olsun diyoruz.

Onun dışında burada bozma yapılan hususlara bakıyorum. Gelirde çok fazla bozma var. Yalnız geliri dediğim gibi destekten yoksun kalma içinde değinmeyi düşünüyorum. Gelelim ölüm halindeki zararlara. Ölüm halindeki zararlar Borçlar Kanunu 53'de sayılmış. Cenaze giderleri, tedavi giderleri eğer ölüm hemen gerçekleşmediyse ve çalışma gücünün azalması ya da yitirilmesinden kaynaklanan zararlar. Tedavi ve çalışma gücü kaybı zararları, biraz önce bahsettik. Hemen cenaze giderleriyle, asıl odaklanmak istediği destekten yoksun kalmaya geçmek istiyorum.

Bu cenaze giderleri, çok eski bir 15. Hukuk Dairesinin kararında irdelenmiştir. Böyle ayrıntılı ayrıntılı, ıncığına-cıncığına yazılmıştır. İşte bunların içerisinde defin giderlerinin yanı sıra cenazenin nakil ücreti, kabir ücreti, mezar kazma, mezar taşı, ilan, sadaka, dini ve yerel adet gereği yapılan merasimlerdeki ücretler hep cenaze giderinin içerisinde değerlendirilir. Yalnız Yargıtay bu konuda biraz şeydir, bu alanın çok genişletilmemesi taraftarıdır öyle diyelim. Bunu belirlemede çevre koşulları, yöredeki geçerli örf ve âdete göre belirlemenin yapılmasını istiyoruz, belge aramıyoruz. Genelde uygulamada belediyeler ve müftülükler cenaze defin işlemleriyle uğraştıkları için, arkadaşlarımız bunu belirleyemediği zaman oralardan sorun diyoruz.

Yine dairemizin son tarihli kararlarından bir tanesinde; cenaze gideriyle defin giderinin ayrıldığını görüyoruz. Davacımız cenaze gideri istiyor. Dosyada sorulmuş, belediye de demiş ki, şu kadardır ancak, biz demiş rahmetlinin cenazesini ücretsiz olarak kaldırdık. Ancak davacı ısrarla istiyor. Hayır efendim diyor, ben sadece defin gideri istemiyorum, cenaze gideri yaptım. Hâkim arkadaşımız da, zaten belediye kaldırdı senin bir zararın yok demiş, davayı reddetmiş. Dairemiz şöyle demiş; davacıların ölenin dini, sosyoekonomik durumuna uygun olarak ve yerel göreneklere göre giderde bulunmadıkları anlamanı taşımaz bu ödeme. Bu ilkeler doğrultusunda defin giderlerini belirle, bakiyesini hüküm altına al.

Tabii burada şuna dikkat etmek gerekiyor. Dosyanın birinde hatırlıyorum, destek ölmüş, rahmetli doğuda bir aşiret reisiymiş. İşte destekten yoksun kalma açıyorlar, 20-30 bin bir şey, 50-60 bin de cenaze gideri istiyor. Efendim diyor, biz diyor 100 tane inek kestik, 50 tane koyun kestik,

bilmem kaç bardak çay ikram ettik, rahmetlinin şanına şerefine uygun bir cenaze töreni yaptık, bunları istiyoruz. Tabii bu kadar genişletmedik, orada da biraz kısma yoluna gittik. Hâkim arkadaşımız biraz tırpanlamış, biraz da biz tırpanladık.

Gelelim destekten yoksun kalma tazminatına. Destekten yoksun kalma tazminatı, destekten yoksun kalan kimseyle, desteğin yaşamaları muhtemel süre içerisinde, ölen desteğin çalışarak sağlayabileceği gelir ve kazancından ayırmak suretiyle yapabileceği yardım tutarının peşin ve toptan olarak ödetilmesini ifade ediyor aslında. Bunun amacı, çeşitli yargı kararlarında irdelenmiş. Amaç nedir? Destekten yoksun kalanların, desteğin ölümünden önceki yaşamlarındaki sosyal ve ekonomik durumlarının korunması. Olaydan sonraki dönemde de, destek olmasa bile, onun zamanındaki gibi aynı şekilde yaşayabilmesi için muhtaç olduğu paranın ödetilmesi.

Destekten yoksun kalma tazminatının belli nitelikleri var, diğer tazminatlardan farklı. Bu alanda çalışan, aramızda çeşitli bilirkişiler görüyorum. Bu dalın kendi içinde bir terminolojisi, bir literatürü var ve belli hesap ilkeleri var. Öyle olduğu için, biraz daha odaklanalım istiyorum bu tazminata. Her şeyden önce maddi bir tazminattır, maddi bir zararı ifade etmekte. Bağımsız bir tazminattır, birkaç yönden bağımsızdır. Her şeyden önce ölene bağlı değildir. Çünkü ölümden değil, destekten yoksun kalmadan kaynaklanıyor, ölüm olayına bağlı değil. Ayrıca destek grupları da kendi içerinde bağımsızdırlar. Yani ben açtım, sen açmadın, prensipte biliyorsunuz ihtiyari dava arkadaşıdır bu kişiler. Birbirimizden bağımsız taleplerdir. Hani birimize ödendi, birimize ödenmez şu-bu gibi şeyler söz konusu olmaz.

Bağımsızlık unsuru çeşitli yargı kararlarında da vurgulanmış yönlerden bir tanesidir. İstisnai bir yöndür. Aslında kural nedir tazminat hukukunda? Kişinin zarar görmesidir. Zarar gören, ama bu dalda, yani ölen rahmetli davacımız değildir. Onun için istisnai bir yöndür. Yine yargı kararlarında, hatta içtihadı birleştirme kararlarında da istisnai bir yön olduğu vurgulanmıştır. Yansıma yoluyla bir zararı ifade etmekte. Dediğimiz gibi, kişinin kendi şahsında gerçekleşen bir zarar prensip olarak yok. Çünkü ölen kendisi değil. Fiili bir durumu ifade ediyor. Sayın Kemal Hocamız ifade ettiler, çeşitli sistemler var bu dalda. Bizdeki sistem İsviçre sistemi ve fiili durum üzerine kurulur. Mesela Alman hukukunda kanuni mirasçılardan biri olmak gerekiyor, farklı ilkeler var. Bizim sistemimiz gayet geniş, fiili bir durumu ifade ediyor.

Sırf hısımlık mirasçılığa dayanmıyor. Birazdan bahsedeceğiz, mirasın reddedilmesi durumunda olur muydu, olmaz mıydı? Hukuk Genel Kurulu bizim daireye küçük bir ders vermiş, bahsedeceğiz ondan. Nafaka borcuyla ilgisi yok, nafaka hükümleriyle ilgili değil. Dediğim gibi, hukuksal bir ilişkiyi ifade etmiyor aslında, eylemli bir durumu amaçlıyor.

Destekten yoksun kalma tazminatının şartları nedir? Onların üzerinde duralım isterseniz. Her şeyden önce destekten yoksun kalma tazminatları, temel olarak haksız fiilden gelmekte. Ancak sözleşme vekâletsiz iş görmeden de gelebilmekte. Tazminatın şartları için, her şeyden önce haksız fiille ya da sözleşmeye aykırılık, vekâletsiz iş görmenin hususları ve unsurlarının genel şartlar olarak bulunması gerekiyor somut olayda.

Onun dışında bizim baktığımız nedir? Biz şuna bakıyoruz: Destek ölmüş mü? Destek ilişkisi, bakım gücü ve bakım ihtiyacı. Aslında kitaplarda filan hep alttaki üçü söylenir, desteğin ölümü pek söylenmez, ama 2012'de bile destek ölmemiş, hâlâ destekten yoksun kalma istemleri geliyor ve dairemizin de bozmaları oluyor. O yüzden desteğin ölümünü de özellikle belirtelim isterim.

Destek kim diyoruz, destekten yoksun kalma, bu destek kim? Bir kimsenin eylemli, sürekli ve düzenli olarak geçimini kısmen ya da tamamen sağlayacak şekilde yardım eden ya da olayların normal akışına göre, eğer ölüm olayı olmasaydı, az-çok yakın bir gelecekte bu yardımı sağlayacak olan kişidir. Burada iki tane desteğimiz var aslında tanımdan çıkartılabilen. Birisi, fiili gerçek destek dediğimiz kişi ki, bu ölüm anında destek fonksiyonunu yerine getiren kişiyi ifade ediyor. Bir de farazi desteğimiz var. Henüz destek değil, ancak muhtemel destek olacak kişi. Özellikle küçük çocuklar.

Destek ilişkisi anlamında baktığımız belli kriterler var. Yani bir ilişki destek ilişkisi midir, değil midir? Bu üç unsura bakmak suretiyle belirliyoruz. Her somut olayda da bunu irdeliyoruz. Burada tabii karineler var, karinelere girmiyoruz, ama bazı destek ilişkileri sıkıntılı. Öyle olduğu için bu üç unsura bakıyoruz. Nedir bunlar? Süreklilik, düzenlilik ve eylemlilik.

Bakım gücü aradığımız ikinci unsur. Gerçek desteğin sahip bulunduğu ya da sahip olacağı mali imkânlarıyla destekten yoksun kalana sağlığında temin ettiği ya da edeceği faraza desteği gelecekte sağlayacak yardımları göz önüne alarak bakım gücünü belirliyoruz. Bakım gücü yoksa destekten yoksun kalma da prensip olarak olmuyor.

Peki, bu bakım gücünün içinde ne var? Bu bakım gücünü algılama tarzımız biraz farklı. Bu fiililikle de ilgili bir şey. Para ya da ayni dediğimiz, eşya vererek yerine getirilmiyor. Hizmet edimleri de, aslında bakım gücünün içerisinde yer alabiliyor. Şimdi bizde üç tane sorumlu grup var; birincisi çocuklar. Davacı diyor ki; efendim daha küçücük çocuk, okuyacak, KPSS'ye girecek, meslek sahibi olacak da anasına babasına bakacak. Aslında kaç kişi giriyor da KPSS'yi kazanıyor da, atanıyor da. Anası-babası ona bakacak asıl. Asıl ana-baba destektir reddolursun ya da emekliler, özellikle emekli amcalarım. İşte diyor, efendim diyor emekli maaşı alıyor, üstelik maaşı karısına bağlandı, teyzemiz bir güzel geçiniyor, bunun kesinlikle destekten yoksun kalması olmaz. Ya da üçüncü grup ev hanımları; efendim diyor, hamur yeri tandır, eksik etektir, kocası kazanıyor, o bir güzel yiyor evde. Çayını içiyor, kahvesini içiyor, keyif yapıyor, onun ne şeyi olacak, kocası ona bakıyordur reddolunmalıdır.

İşte bu tip gruplar için bir kriterimiz var. Çocuğun mesela anne babayı destekliği ya da bakım gücü, sırf ona maddi ayni yardımlarda bulunmasıyla değil, anne babasına yardımcı olması, onu belli günlerde, bayramda seyranda ziyaret etmesi, hastalık sıkıntısında yardımına koşması, bir bardak su vermesi bakım gücünün içerisinde telakki ediliyor. Yine emekli amcalarım için, içtihadımızda geçmişti. Eski tarihli bir içtihadımız var. İşte emeklimiz ölmüş, hanımefendi dava açmış eşi. Daire ret kararı üzerine demiş ki; emekli olsa bile, çarşıya pazara gidecek, elektrik su faturası yatıracak, yardımcı olacak.

Geçen bir dosya geldi, davalı taraf diyor ki; bu içtihadı koyarak davayı açmış davacımız. Davalı diyor ki; efendim hangi çağda yaşıyoruz diyor. Bugün diyor alışverişe gitmeye gerek yok, internetten her türlü alışveriş yapılabilmektedir. Hanımefendi evden istesin. Hem diyor, artık fatura yatırmak mı kalmıştır, otomatik ödeme talimatı o yerde yok mudur diyor. Üstelik diyor, internet bankacılığı usulüyle de yatırılabilir. Bu nedenle kesinlikle isteyemez diyor. İçtihatlar da bazen sanırım revize olmak zorunda. Ama bizim dalda şöyle bir temel ilke var. Her halükârda desteğimiz, asgari ücrette gelir elde eden kim olursa olsun, en kötü ihtimal asgari ücrettir. Ev hanımları, başka bir işte çalıştığı ispatlanamayan emekliler ve çocuklar için durum bu şekilde. Bakım ihtiyacı bizim davacımız yönünden bakacağımız bir şey. İstemde bulunanın zaruret ve sefalet haline düşmesin diye, sosyal seviyesine uygun olan hayat tarzını devam ettirmek için gerekli olan imkânlardan yoksun kalmasını ifade ediyor.

Gelelim destek gruplarına. Bunlardan işte çocuklar, anne-baba, karı-koca arasındaki grup. Bunlar zaten karine, bunların aksini ancak iddia eden ispatlarsa olmayabilir. Onun dışında karine olarak bunlar arasında destek ilişkisi vardır. Kardeşler sıkıntılı. Prensip olarak kardeşlerin birbiri arasında destek ilişkisi yok. Ancak anne-baba ölmüş, kardeş küçük ya da öğrenim çağında. Buna kendisinden büyük kardeşi bakıyorsa ya da bizim kardeşimiz özürlüyse, yine anne-babası yok kardeşi tarafından bakılıyorsa, kardeşler için destekten yoksun kalma olabilir.

Gayri resmi evliler açısından prensip olarak olabilir, kararlarımız var. Burada tabii ilişkide bakacağımız husus, destek ilişkisinde aradığımız o üç unsur; yani eylemlilik, süreklilik ve düzenlilik. Aralarında bu ilişki yoksa zaten olmaz. Özellikle dairemiz hem kendi eşi ve çocukları, hem de bir gayri resmi birlikte olduğunu ve destekten yoksun kalma talebinde bulunan kişi olduğu durumlarda çok çekimser davranmakta. Genelde bu ilişkiyi inceden inceye, işte o üç unsur var mı yok mu diye şey yapmakta. Örneğin bir dosyada, destek müteahhit; üç gün biriyle yaşıyor, beş gün biriyle yaşıyor, eşi var, üç çocuğu var, bir de destekten yoksun kaldım diyen bayan var. Hâkim arkadaşımız hükmetmiş, biz bu ilişkide desteğimizin önceki yaşantısına ve aralarındaki ilişkiyi irdelemek suretiyle destekten yoksun kalma pozisyonu yoktur diye karar verdik. Nişanlılar prensip olarak olabilir. 11. Hukukun eski bir kararı vardır biliyorsunuz, ama dediğim gibi şartları çok sıkı ve dediğim gibi eylemlilik, süreklilik ve düzenlilik ilkesine bakmak lazım. Üçüncü kişiler açısından da bu şeyin irdelenmesi gerekir.

Gelelim biraz içtihatlarla zenginleştirelim, hep böyle anlatıp anlatıp geçmeyelim isterseniz. Şimdi anne-baba zengin, çocuk öldükten sonra destekten yoksun kalma tazminatı istiyor. Hâkim arkadaşımız bir malvarlığını istiyor ki, multimilyoner, Karun gibi adam, davacıyla davalı. O yüzden, siz diyor zaten zenginsiniz, destekten yoksun kalma olmaz, davayı külliyet reddediyor ve destek olacağı ispatlanamadı. Çünkü zenginler, ihtiyaçları yok şeklinde vermiş kararı.

Dairemiz şöyle diyor; genel yaşam deneyimleri ve hayatın olağan akışı, yetişkin bir insanın anne-babasının her halükârda ve belirli bir düzeyde destek olacağını gösterir. Bu desteğin miktarı tarafların yaşam düzeyi, sağlık, sosyal, ekonomik durumlarıyla orantılı olarak miktar bakımından değişebilirse de, çocuğun hiç destek olmayacağı kabul edilemez diyor. Yine hizmetsel edimlerin de destek ilişkisi bağlamında kaldığını ayrıntılıca irdeliyor.

Başka bir olayda, desteğimiz kaloriferci. Sağlığında 493 lira maaşı varmış, öldükten sonra eşi ve bir çocuğu var, 638 lira maaş bağlanmış SGK'dan. Hâkim arkadaşımız bakmış, a demiş hanımefendiyle çocuğa. Siz demiş eşin sağ olsaydı 493 lirayla geçinecektin, eşin öldü 638 lira aldın, daha fazla gelirin oldu, daha iyileşti durumun. Öyle olduğu için destekten yoksun kalman tazminatı olmaz burada demiş, reddetmiş. Daire ise, bağlanan bu aylıkların desteğin sağlığında ve belli bir süre ödemiş olmasından kaynaklanmasının, ölüme neden olan eylemin uygun ve normal bir sonuç olmadığını, rücuya tabi olmadığını da dikkate almak suretiyle destekten yoksun kalmayı hesapla demiş.

Yine uygulamada, çocuk, anne-baba, karı-koca, birisi malul olduğu zaman destekten yoksun kalma istemek adetten sayılıyor artık. O yüzden dedim, hemen ölüm gerekir diye. Ölüm olmadan destekten yoksun kalma olmaz diye vermiş hâkim arkadaşımız, dairemiz bozmuş. Yine davacımıza destekten miras kalmış. Biliyorsunuz eski kararlarda miras gelirleri, indirim sebepleri arasındaydı. Ancak yeni kararlarda ona rastlamıyoruz. Miras, artı miras gelirlerinin de düşülmemesi gerektiği yönünde kararlarımız var.

Rahmetli 70 yaşındaydı, hanımefendi de buna yakın yaşlarda. Bayağı da yüklü bir miras kalıyor. Hâkim arkadaşımız diyor ki, bu miras sana ömür boyu yeter, zengin oldun, artık senin desteği ihtiyacın yok, destekten yoksun kalma da yok. Burada daire şuna vurgu yapıyor: Destekten yoksun kalma tazminatı, desteğin yaşayabileceği muhtemel süre içerisinde çalışıp kazanabileceği kazancın bir kısmını aktarmasına yöneliktir ve bu bağlamda bu yardımdan yoksun kalan hanımefendinin de destekten yoksun kalma zararı olur.

Boşanmış eş ne olacak? Tabii boşanma bizde bu tazminat açısından tehlikeli bir durum. Desteğimiz davacıdan önce boşanmış, ikinci bir evlilik yapmış, ondan sonra da tekrar boşanmış. Şimdi eşi kadın geliyor ve diyor ki; eski kocamla ben muvazaalı olarak boşandım. O yurtdışına gidecekti, işte orada çalışacaktı yaşayacaktı. Yabancı bir kadınla evlendi, sonra da onu boşadı, ama benim desteğimle biz birlikte yaşıyorduk, gönüller birdi diyor. Hâkim arkadaş da vermiş gerçekten tazminatı. Ancak daire burada dürüstlük kuralına aykırı, açıkça hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki bir hususun hukuk düzeni tarafından korunmayacağını kabul ederek davanın reddine karar verilmesini istemiş.

Reşit kızlar; davacımız reşit kız. Bunun bir lokantası var, lokanta işletiyor. Zaman zaman da, yılın belli zamanlarında destek olan babası gelip, lokantada yardım ediyormuş. Diyor ki; şimdi baba öldü, lokantama yılın belli aylarında geliyordu, bana yardım ediyorduk, destekten yoksun kaldım. Hâkim arkadaşımız da tanığı dinlemiş. Tanıklar da evet, şu ayda, şu ayda gelirdi, güzel güzel de kızına yardım ederdi. O ayları kapsar şeklinde destekten yoksun kalma tazminatı hesaplanmış. Ancak daire burada ret kararı verilmeli diyor. Babanın bu tavrının ahlâki bir tavır olarak nitelendirilmesini gerektiğini, bu yardımın eylemli bir destek niteliğinde olmadığını kabul etmiş.

Ceninin, ölü doğan cenin yönünden destekten yoksun kalma olur mu? Tam ve sağ olarak doğmadığı için, kişilik hakkı kazanmadığından olmaz demişiz. Ayrı yaşayan ve aralarında boşanma davası olan eşler ne olacak? Tabii bunlarda boşanma dosyasını getirip bakıyoruz, bu işin inceliklerinden o. Şimdi prensip olarak evliyse bunlar destek, karine olarak destekler. Burada arkadaşımız boşanma davası olmasına rağmen tamamına hükmetmiş. Ancak daire boşanma davasını getirip şey yapınca, sanırım kocanın da biraz kusurlu eş ya da aralarındaki pozisyon, yani boşanmayı gerektirecek eylemleri ve benzeri, bunların destek ilişkisini, etkisini göz önüne almak suretiyle Borçlar Kanunu 43 gereği indirim yap demiş.

Hem gerçek anne, hem de üvey anne dava açıyorlar. Dört yaşında çocuğumuz ölmüş, ikimize de destek olacaktı, destekten yoksun kalma istiyoruz diyorlar. Hakim arkadaşımız ikisi yönünden de hüküm kurmuş. Burada ikisi bir arada olunca, daire üvey anne yönünden, çocuğun ileride ona devamlı ve düzenli destek olacağının kabulü hayatın olağan akışına aykırıdır diye karar vermiş. Yine bir anneannemiz var. Davacımız annesi öldüğü için destekten yoksun kalma tazminatı açıyor. Ancak 26 yaşında işçi ve hamile. Destek tazminatını şuna hasretmiş: Doğum yapacaktım, çocuğum olacaktı, annem de çocuğuma bakacaktı. Şimdi bakıcıya ücret veriyorum. Bu bakıcıya verdiğim ücret kadar annemin desteğinden yoksun kaldım diyor. Hâkim arkadaş da evet demiş, bakıcı ücretleri yönünden destekten yoksun kalmaya hükmetmiş. Daire burada destekten yoksun kalma tazminatının niteliği üzerinde durduktan sonra, desteğin torununa bakma gibi bir zorunluluğu yoktur. Bu bakım kuvvetle muhtemelse de, ölenin ihtiyarına bağlı ve insani duygu, ahlâki ....109.43 kaynaklanan bir durumdur. Yapanın keyfine göre ve gelişigüzel zamanlarda sağlanan bu düzenli –*unsurunu tabii bakıyor*– sağlanan yardımların düzenli olmadıkları için destekten yoksun

kalmaya esas alınması mümkün değil. Üstelik belli bir süreyle de sınırlıdır, belli bir süreyle sınırlılık unsuru vardır demiş.

Yine mirası ret, dediğim gibi Hukuk Genel Kurulundan dairemize yönelik bir karar. Dairemiz, mirası reddetmiş davacımız hakkın kötüye kullanmasına taraftar değil. Daire bu konuda çok hassas gördüğünüz gibi. Demiş ki; hakkı kötüye kullanıyor, hem mirası reddediyor, hem destekten yoksun kalma istiyor, ikisi bir arada olmaz demiş ve reddet diye bozmuş. Hâkim arkadaşımız direnmiş. Hukuk Genel Kuruluysa, destekten yoksun kalmayı İsviçre literatürü bağlamında irdelemiş ve bağımsızlık unsuruna vurgu yapmış. Demiş ki, mirasçılara geçen ölenin şahsından doğan bir hak değildir, bağımsız bir haktır. O nedenle destekten yoksun kalma tazminatı olur.

Ben burada süremin bittiği söylendi, hemen birkaç cümleyle sunumumu toparlamak istiyorum. Ölen kişi yönünden baktığımız şeyler; özellikle davacımız erkekse, eşimden dolayı destekten yoksun kaldım diyorsa yakın tarihli bir nüfus kaydı mutlaka gerekiyor. Çünkü burada bakacağımız şey, evlenme ihtimali olmalı. Evlenme ihtimali konusunda hemen küçük bir anekdottan bahsedip geçeceğim. Prensip olarak bunu belli işte moser tablosudur, AİHM'nin kabul ettiği formüller, bizim kabul ettiğimiz –kabul demeyeyim de- baktığımız formüller var.

Ancak burada asıl olan tarafların pozisyonu. Taraflar memnunsa bize söz düşmez hâkim olarak. Ancak taraflar bundan memnun değillerse, itirazla geliyorlarsa, itirazın ya başka raporla ya da en iyisi hâkim arkadaşımızın bakarak gidermesi gerekir. Bir dosyada taraflar davanın başından beri bu evlenme ihtimaline odaklanmışlar. Davacımız bayan, eşini kaybetmiş, genç yaşta kaybetmiş. İşte bilirkişimiz moser tablosu yapıyor, öbürü de onu yapıyor, ama davalı taraf bir türlü memnun olmuyor. Hayır efendim diyor, bunun evlenme ihtimali çok yüksek. Bunun üzerine artık hâkim arkadaş bıkmış, çağırın gelsin şu davacıyı da kendim göreyim demiş. Sonra davacımız gelmiş, hâkim bey de davalıdan yana olmuş. Davacının uzun boylu, alımlı, iyi giyimli, öyle bir yazmış ki karara her şeyini şey yapmış. Formülleri aşmak suretiyle bir evlenme ihtimali vermiş. Tabii yüz yüzelik ilkesi var. Hâkim arkadaşımız görmüş, takdir etmiş, bize de onu onamak düştü.

Davacı yönünden bakacağımız şeyler; nüfus doğum tarihi ve benzeri. Çünkü bunlar destekle destekten yoksun kalanın yaşama tablolarını birbiri üzerine çakıştırdığımız an, kısa olan yerde biten bir şey. Doğum tarihleri

önemli, destek miktarı önemli, destek payları –sanırım Sema Hanım üzerinde duracaklar- muhtemel ömür süresi, evlenme ihtimali, kız ise muhtemel evlenme yaşı. Bunlar kırsalda ve şehirde farklılık arz ediyor. İşte kırsalda 18'e kadar düşebilir, şehir merkezinde temelde 22'yi esas alıyoruz. Erkekler 18 yaşın ikmaliyle destek pozisyonuna geliyorlar; yüksek tahsil ve sakatlık halleri, tabii bu durumun istisnaları.

Ayrıca davacı tarafa yapılmış SGK ya da araç sigortası ödemeleri var mı? Bakıyoruz. Ölen kişi yönünden aylık net gelirinin belirlenmesi önemli; ölüm tarihindeki yaşı, baki ömrü, aktif-pasif çalışma dönemleri, varsa kusur durumu, aile bireylerini gösterir nüfus kaydı, destek paylarının hesaplanması açısından SGK ya da sosyal araç sigortasından yapılan ödemeler.

İndirim sebepleri var bu dalda. Çünkü sadece gelirle, destek süresiyle, destek payıyla belli olmuyor. Bununla aslında zarara ulaşıyorsunuz, ondan tazminata gidebilmeniz için bazı şeylerin indirilmesi gerekiyor. Tasarruf edilen giderler, özellikle bakım giderleri çocuklara yapılan, Sosyal Güvenlik Kurumu ödemeleri. Bunlar da 55 madde var –Hocam ifade ettiler– rücuya tabi olanlar, asıl olacak indirilecek sigorta ödemeleri, araç sigortası ödemeleri. Bunlarda ilke; eğer bir yıldan fazla hesap tarihiyle ödeme tarihi arasında süre varsa güncellenerek. Yani bizim güncellemeden 4 Hukukun anladığı, yasal faizlerin indirilmesi yönünde. 21 Hukukun farklı uygulamaları var. İş hukukçusu Hocamız gelecekler, o sanırım anlatırlar.

Bölüşük kusur dediğimiz, davacının kusuru, zararı, rıza gösterilmesi. Yani alkollü birinin aracına binme. Bunu müterafik kusur, bölüşük kusur, davacının kusuru olarak algılıyoruz ve hatır indirimi.

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. KEMAL ŞENOCAK (Oturum Başkanı)- Mine Hanıma tebliğleri için teşekkür ediyorum. Size bir sürprizim var, ara vermeyi düşünüyorduk, ama ara verirsek programa uyamayacağımızı düşünerek ara vermemeye karar verdik. Şimdi Haluk Burcuoğlu Hocam İstanbul'a gidecek, saat 14.00'de uçağı var. Onu alkışlarla uğurlayalım ilk önce.

Prof. Dr. KEMAL ŞENOCAK (Oturum Başkanı)- Şimdi Ankara Barosu Yönetim Kurulu Üyemiz Av. Sema Güleç Uçakhan'ı tebliğlerini sunması için kendilerini davet ediyorum. Buyurun.

Av. Sema Güleç UÇAKHAN*

* Ankara Barosu Yönetim Kurulu Üyesi. Bilirkişi

Sayın Başkan, Sayın Misafirler ve Katılımcılar

Benim sizinle paylaşmak istediğim tebliğ konusu: Bedensel zararlar arasında çok önemli bir yer tutmasına karşın değerlendirmelerde yeterli ilgiyi görmediğine inandığım bir zarar türü olan bakıcı giderleri ve bu giderlerin yargı yolları yönünden bugüne kadarki uygulamaları ile yeni Borçlar Kanunu'nun 55. Maddesi karşısında bundan sonraki olması gereken uygulamalarına ilişkin görüşlerimin sunulmasıdır.

Beden tamlığı; doktrinde ve yargısal içtihatlarda, kişinin tüm yaşam koşullarına uyabilecek şekilde tam ve normal bir insan yapısına sahip olması mana ve içeriğini taşır. Bu yapıda meydana gelen bir noksanlık, beden tamlığının zedelenmesi yahut ortadan kalkması sonucunu doğurur.

Beden tamlığı kavramına ruh bütünlüğü başka bir deyişle ruh sağlığı da dâhildir.[1] Bir organın kopması, duyu doksanlığı, dış görünüşün değişmesi, güzelliğin ihlali halleri de beden tamlığının bozulması anlamındadır.[2]

Beden tamlığının ihlal edilmesinin zararları, Borçlar Kanunu'nun 54. Maddesinde ayrı bir tanımlama yapılmaksızın, meydana gelen zarar türlerinin sayımı suretiyle belirlenmiştir. Bu zarar türleri :

1. Tedavi giderleri,

2. Kazanç kaybı,

3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar,

4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar.

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 mütefarik kusur olarak değerlendirilmektedir. Nitekim BK. 52 mad./1 ' Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim,

[1] Karahasan , Mustafa Reşit –Sorumluluk ve Tazminat Hukuku (1981) sh. 839
Güleç , Sema Uçakhan – Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması (2012) sh.271

[2] Saymen/Elbir – Borçlar Hukuku s.477 ; Tandoğan , Prof Dr. Haluk – Türk Mesuliyet Hukuku , sh.283 ; Feyzioğlu , Fevzi – Türk Borçlar Hukuku (1967) sh.413

tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.' Demektedir. O halde mağdurun, bedensel zarara uğradıktan sonra tedavi olması, tedaviyi kabul etmesi hem hakkı hem de görevidir.

O halde tedavi giderlerinin neler olduğuna bakmamız gerekecek. Tedavi masraflarının tazmini için, onların iyileştirme maksadıyla yapılması şarttır. Ancak bu giderlerin mutlaka hemen yapılması gerekmeyeceği gibi zamana ve hatta tüm ömür sürecine yayılması da mümkündür. Örneğin olayın üzerinden belli bir dönem geçmesinden sonra yapılacak estetik ameliyatlar, protezlerin yenilenmesi, değiştirilmesi, zaman zaman yapılacak kontrol muayeneleri, her yıl tekrarlanacak içmece – kaplıca masrafları gibi.

Tedavi giderlerinin, her zaman belgelenmesi mümkün olmayabilir, bu takdirde Yargıtay[3] 4. Hukuk Dairesi yapılan masrafların ne olabileceğinin tıp doktoru olan uzman bir bilirkişiden alınacak bir rapora göre belirlenmesi gerektiğine işaret etmektedir.

Tedavi giderleri, zarara uğrayan mağdurun kendisini ölümden kurtarmak, acı ve ıstıraplarını dindirmek, olaydan daha büyük zararlara uğramamak için önlem almak amacıyla yapılan giderlerdir. Bunlar şöyle sıralanabilir:

1. Hastane, sağlık yurdu, ilk yardım, kaplıca gibi müesseselere yapılan ödemeler

2. Doktor, hemşire, hastabakıcı, iğneci gibi tedavi ile uğraşanlara ve yardımcılarına yapılan masraflar

3. Muayene, tahlil, ameliyat v.b. hizmetlerin ücretleri ve masrafları

4. Muayene – tahlil için sağlık merkezlerine gidiş – geliş ücretleri (taksi – ambulans v.b.)

5. Fizik tedavi ve rehabilitasyon giderleri

6. Röntgen, radyoloji, ortopedi tedavisi, protez bedelleri, bunların tekrarlanması ve yenilenmesi için yapılan masraflar

7. Her türlü ilaç ve munzam gıda bedelleri

[3] 4. H.D. 09.03.2005 T. Ve E. 2004/8649 K. 2005/2337 – Güleç , a.g.e. sh. 284

8. Yer değiştirme ve mağdurdun yakınlarının gidiş – geliş ve ikamet giderleri.

Bütün bu çabalar sonucunda mağdur – zarar gören tedavi sürecini tamamladığında, iki durumla karşılaşacaktır; ya iyileşecek ya da şifa bulacaktır. İyileşme hali, tüm tıbbi imkânların kullanılması, yapılacak bir tedavinin kalmamasına rağmen, zarar görenin olay öncesi vücut bütünlüğüne ulaşamaması halinde meydana gelen noksanlık sürekli iş göremezlik zararlarını oluşturacaktır. Eğer zarar gören eski sağlığına kavuşmuş ise şifa bulmuştur. İleriye yönelik sürekli zararı bulunmamaktadır.

Tedavi süreci içerisinde zarar gören mağdurun çalışamamasından doğan zararları ise geçici iş göremezlik zararları ve kazanç kaybı zararlarıdır.

Sürekli iş göremezlik, bir kimsenin beden tamlığının ihlalinin sonucu olarak fizik, psiko-duygusal yahut entelektüel potansiyelinin azalmasıdır.

Sürekli iş göremezlik halinin tespiti, eksilme oranının saptanması gereklidir. Bu oranın tespiti için Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu'ndan veya üniversitelerin Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlıkları'ndan geçici iş göremezlik süresinin ve daimi (sürekli) işgücü kaybı oranının saptanması gereklidir. Tek hekim tarafından verilen raporların hüküm kurmaya elverişli olmadığı Yargıtay tarafından kabul edilmektedir.[4] Nitekim bir kararında buna işaret ederek 'Davacı küçüğün daimi işgücü kaybı raporu tek hekimli Adli Tıp Şube Müdürlüğü'nden alınmıştır. Ancak bu rapor hüküm kurmaya elverişli değildir. Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 16. Maddesine göre Adli tıp ilgili İhtisas Kurulu'ndan 26.05.1972 tarih ve 4496 sayılı SSK Sağlık İşleri Tüzüğü hükümlerinden yararlanılarak alınacak raporla davacının daimi işgücü kaybı oranı belirlenmek ve buna göre zarar kalemlerine hükmedilmek gerekir. Ayrıca davacının sürekli olarak bir bakıcıya ihtiyacı olup olmadığı konusunda da rapor alınması ve bu rapor sonucuna göre hesaplama yapılması gerekir.' diyerek konunun altını çizmiştir.

Öte yandan iş kazaları yönünden sakatlık oranının belirlenmesi de ayrı bir sisteme bağlanmıştır. Şöyle ki, bir işyerinde iş kazası meydana geldiğinde öncelikle Sosyal Güvenlik Kurumu'na iş kazasının ihbar edilmesi, olayın iş kazası sayılıp sayılmayacağının kurumca değerlendirilmesi, olayda işçi ve işverenin kusurunun saptanması, eğer bir iş göremezlik mevcutsa geçici

[4] Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 16.10.2007 gün ve E. 2007/2243 K. 2007/12329 – Legal Hukuk Dergisi , Şubat 2010 sh. 635

dönemde işçiye aylık bağlanması (geçici iş göremezlik ödeneği verilmesi); kalıcı bir sakatlık var ise SGK Yüksek Sağlık Kurulu'nca iş göremezlik oranının tespiti ve şartları uygunsa iş göremezlik aylığı bağlanması gereklidir. Bu yollara başvurulmadan işveren aleyhine dava açılamayacağı açılmış ise davanın bu aşamaların tamamlanmasını bekleyeceği belirtilmiştir. Yargıtay 21. H.D. bu görüştedir.[5]

Sürekli iş göremezlik çoğunlukla kısmi niteliktedir , ancak bazı hallerde iş göremezlik seviyesi %100 oranına ulaştığında bu hale Tam İş Göremezlik denilmektedir.Sürekli tam iş göremezlik hali , zarar görenin çalışma imkanından ömür boyu mahrum olması sonucunu doğurur, bu husus Borçlar Kanunu'nun 54. Maddesinin 3. Bendinde belirtilen 'Çalışma gücünün yitirilmesinden doğan kayıplar'dır. Buna örnek vermemiz gerekirse, umumi felç, tam körlük, dil tutukluğu, yarım vücut felci , iki elin tümden kaybı %100 iş gücü kaybı olarak maluliyet baremlerinde yer alır.

Bedensel zararların en ağır hal ise kendi hayatını sürdürebilmek için bir başka kişiye muhtaç olma halidir. İnsan olarak hepimiz kendi bedenimizin ihtiyaçlarını kendimiz karşılarız ve bunu çocukluk çağından çıkarken edinmeye başlayıp ölene kadar sürdürürüz. Bunlar yemek yeme, içme, temizlik, dışkılama, yatma, yürüme v.s. gibi sayabileceğimiz ihtiyaçlarımızdır.

İdare hukuku hocamız Sn. Mukbil Özyörük iyi bir idareyi tanımlarken sağlıklı bir vücuda benzetmişti. İyi idare sağlıklı vücut gibi çalıştığını hissetmediğimiz idaredir, nasıl ki sağlıklı vücutta organların varlığını ve çalıştığını hissetmezsek, tıpkı hastalanan organları hissetmeye başlamak gibi çalışmayan idareyi de aksayan işlerden anlarız demişti. İşte hepimiz sabah yataktan kalkıp, banyoda yüzünü yıkamanın, kendi kendisine tuvalet ihtiyacını görmenin, oradan mutfağa geçip kahvaltı hazırlayıp, sofra kurabilmenin ve orada kendi kahvaltısını edebilmenin ne kadar önemli olduğunu ancak bunları yapamadığımız zaman anlarız. Bunları yapamayan kişi hayatını sürdürebilmek için, kendisi yerine bu ihtiyaçlarını görecek başka bir kişiye ihtiyaç duyar, buna bakım – bakıcı ihtiyacı diyoruz. Bakıcı ihtiyacı ömür boyu sürecek olan bir tedavi kapsamındadır, çünkü bedenin yaşayabilmesi için öz bakımının yapılması gereklidir. Bedeni yaşatmaya yönelik tüm faaliyetler de tedavinin kapsamındadır.

[5] Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 03.07.2009 gün E.2009/1645 K. 2009/10960 (Güleç , a.g.e. sh. 313)

Sürekli olarak bir başka kişinin bakımına muhtaç olduğu tıbben tespit edilen kişi, bu ihtiyaçları için kendisinin bakımını üstlenen kişiye bir ücret ödemek zorundadır. Bakımın şekline göre ödenecek ücretler farklılık göstermektedir. Ankara'da birkaç hasta bakım hizmetleri veren şirketle yaptığım görüşmede, hasta bakıcı olarak çalışan kişi için aylık 1800 TL. , hemşire olarak çalışan bir bakıcı ise 4500 TL ücret aldığını belirttiler. Genellikle yargı mercileri de bu ücretin asgari ücrete göre değerlendirilmesi yapılmaktadır. Ancak asgari ücretin de bazen yarısı, bazen 1/3 lük kısmı bazen de ¼ lük kısmının bakıcı ücreti olarak tazmin edilmesi düşünülmektedir.

Bu hususun gerçeklerle bağdaşmaması özellikle asgari ücretle çalışacak kişinin dahi teminindeki güçlükte kendisini göstermektedir. Bir de bunun belli bir kesiminin hesabı tamamen yanlıştır. Bu kararlarda zaman zaman bakıcının günün belli bir kısmında çalışarak bakım yapmasının yeterli olacağı belirtilmektedir. Oysa bakıcı genellikle emek ve mesaisinin tamamını hastaya hasretmektedir; şöyle ki günde üç öğün yemek yedirmek, 6-7 defa su içirmek, 6-7 defa gaita v.b. temizlemek, yatak yaralarının pansumanı, zaman zaman yatırmak, zaman zaman kaldırmak v.b. Şimdi bütün bu faaliyetlerin süresini hesaplayıp, günün söz gelişi 1/3 ü demek mümkün mü? Bu faaliyetler hepsi art arda değil güne yayılmış halde yapıldığına göre çalışan kişi de bu süreçte hastanın yanında olmak durumundadır, bu da tam gün mesai anlamındadır. Hele ruhsal nedenle bakıcı ihtiyacı var ise hastanın sürekli gözetim altında olması gerekir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bir kararında[6]: ' Davacının davalıya ait trende yolculuk yaptığı sırada meydana gelen kaza sonucu iki bacağı kopacak ve hayati tehlike geçirecek şekilde yaralandığı , %100e yakın çalışma gücünü kaybettiği, çocuk yaşta sakat kaldığını belirterek maddi ve manevi tazminat talep etmiştir.

Davacının devamlı olarak bir bakıcının yardımına muhtaç hale gelir şekilde sakatlandığı dosya kapsamıyla sabittir. Mahkemece bakıcı ücreti konusunda hesap bilirkişisi raporuna itibar ederek yazılı şekilde hüküm kurulmuştur. Ancak, yerleşmiş içtihatlarına göre, yardımcı kişinin bir tam günün 1/3'üne isabet eden çalışmasıyla zarar görenin; ihtiyaçlarını karşılayabileceği, dolayısıyla yardımcı kişi tazminatının hesabında bir tam günün

[6] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 02.04.2007 gün ve E. 2006/10853 K. 2007/5155 (Güleç a.g.e. sh.315)

anılan oranına isabet eden mesaisinin karşılığı ücretin nazara alınarak belirlenmesi gerekir.' Denilmiştir.

Askeri yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) 2. Dairesi bu konuda çok katı bir tutum izlemektedir. Hem bakıcı ücretinin ¼ asgari ücrete göre hesabını istemekte ve hem de bu zararın adi malul – vazife malulü aylığı farkı ile karşılanmadığından bahisle davacının talebini reddetmiştir.[7] Bu karara muhalif kalan üyenin görüşü ise gerçeklere daha yakındır. Muhalefet şerhi şöyledir : ' AYİM uygulamasında, mahkemenin yerleşik içtihatlarına göre, bir kimsenin bir başkasının bakımına muhtaç sayılabilmesi için ömür boyu yatağa bağımlı olması veya yeme – içme, gaita ve idrarını bir başkasının yardımı olmaksızın yapamaması, idrar ve gaita his ve kontrolünde bulunmayıp, bu faaliyetleri bir başkasının yardım ile yapabilmesi gibi ciddi rahatsızlıkların bulunması gerekmektedir.

Askeri Hastane Sağlık Kurulu raporunda davacının ömür boyu bir bakıcıya muhtaç olduğunun belirtilmesi (Örneğin iki gözü kör …) bir resmi bilirkişi raporu mahiyetinde olmakla beraber mahkemeyi bağlayıcı bir yönü bulunmadığından bu konuda ayrıca AYİM kriterleri aranmakta ve bu kriterlerin gerçekleşmesi halinde bakıcı ücretine hükmedilmektedir.

Çoğunluk, davacı hakkında GATA Askeri Hastanesi ' nin kesinleşen raporunda her iki gözün görmediği ve sağ kulakta işitme kaybı şeklinde raporu bulunmasına rağmen bu raporu yok farz ederek (ki bu karar tamamen tıbbi bir konudaki karardır) ve hekimin yerine geçip, kişinin hangi organının ne kadar ve nasıl görev yaptığını ve ileride nasıl bir hayat sürdüreceği konusunda hüküm tesis ederek ¼ bakıcı oranına karar vermiştir.

Çoğunluk tamamen tıp ilmini ilgilendiren bir konuda, GATA' nın sağlıkla ilgili konularda yetkili kurulu olan GATA Sağlık Kurulu'nun hepsi konusunun uzmanı olan öğretim üyelerinden oluşan bir kurulunun görüşünün aksine bir karar vermiştir. Hâlbuki vücudun fonksiyonlarının değerlendirilmesi ve buna göre bakıcı açısından orana ihtiyaç varsa, bu konuda GATA Profesörler Sağlık Kurulu ya da başka üniversitelerin tıp kurullarının bilirkişi sıfatıyla görüşü alınıp, sonra karar verilmeliydi ' demiştir.

Bu konuda esasen bakıcı ihtiyacının saptanmasında Adli Tıp Kurumu Kanunu 16. Maddesine göre yetkilendirilmiş olup, bakıcı ihtiyacının olduğu belirlendikten sonra oranlama yoluna gidilmesi sakıncalıdır. Zira az evvel

[7] AYİM 2. Dairesi 16.05.2001 gün ve E.2000/81 K.2001/472 (Güleç , a.g.e. sh. 314)

belirttiğimiz gibi esasen bakıcı olarak tutulan kişinin günün belli bir zamanını tahsisi söz konusu olmayıp, mesaisinin tamamını kapsamaktadır; az mesai gerektirecek olan sıradan bakıcı için belirlenen hastabakıcı ücreti bile asgari ücretin 2 katıdır; hemşire düzeyinde yoğun bakım ihtiyacı ise asgari ücretin 4 – 5 katıdır.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin bu ve benzeri kararlarının temel mantığını anlamak zordur. 2330 sayılı Nakdi Tazminat Kanunu gereği ödenen tazminatların ve vazife malulü aylığının bakıcı ücretini karşılayacağı varsayım ise hayatın olağan akışına terstir, çünkü sağlıklı bir insanın gerek duyduğu giderlerin çok daha üzerinde giderleri bulunmaktadır. Fazla ödenen aylıklar bu giderleri ancak karşılayacak düzeydedir, bakıcı giderleri ise tamamen bunun dışında kalmaktadır.

Bakıcı giderinin belirlenmesinde birçok faktörün dikkate alınması gereği üzerinde durulmaktadır.[8] Sakat kalan kişinin sakatlık derecesi, yaşı, evli olup olmadığı, sosyal ve ekonomik durumları gibi unsurlar göz önünde tutulmak suretiyle bakım giderlerinin zarar hesabına katılması gerektiğine işaret edilmektedir. Haksız eylem sonucu sakat kalan kişinin, çalışmayan eşinin bulunması halinde, zaten Medeni Kanun gereğince kendisine bakmakla yükümlü olduğu gözetilerek, tazminatta indirim yapılması veya tamamen reddi de düşünülebilmektedir.[9]

Yargıtay, bakıcıya muhtaç olan kişinin aile bireyleri tarafından bakılmakta olmasını, tazminatta indirim olarak değerlendirmektedir. Oysa bakıcının anne-baba-eş olması durumunda da farklı bir durum oluşmamaktadır. Bakıma muhtaç olan kişinin tüm ihtiyaçlarını karşılamaya amade olan bu kişi, dışarıda bir işte çalışarak kazanç elde edebilecek iken bu kazançtan yoksun kalmaktadır. Bu durumun Medeni Kanunun 185. Maddesinde öngörülen müzaheret (yardım) yükümüne dayandırılması ve yine başkasının bakımına muhtaç olan zarar görenin, gelirinden her halükarda gelirinden bir miktarını kendi ihtiyaçlarına ayıracağı gözetilerek düzenlenmiş olduğu gerekçesi ise gerçeklerle bağdaşmamaktadır.[10]

[8] Kılıçoğlu , Prof. Dr. Ahmet . Borçlar Hukuku Genel Esasları 1. Cilt sh. 405
[9] Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 13.03.2007 gün ve E. 2006/4654 K. 2007/3161 (YKD. Cilt: 33 sh. 10 Ekim 2007 sh. 1841)

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 06.12.2007 gün ve E. 2006/4229 K. 2007/15582
[10] Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 31.03.2009 gün ve E. 2008/8709 K. 2009/4710

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bu konuda %50 indirim yapılmasının uygun olacağına karar vermektedir. Bunun gerekçesini ise 'Zararlandırıcı olay nedeniyle hayati gereksinimlerini bir başkasının yardım ve bakımı olmadan karşılayamaz hale gelen davacının bakıcı ücreti, kendi gelirinden bakım için bir miktar pay ayrılması gerekeceği ve aile bireylerinin yardımından yararlanacağı gözetilerek belirlenmelidir. Nitekim 506 sayılı Kanunun 20/4 maddesi Sosyal Sigortalar İçtüzüğü, Borçlar Kanunu'nun 43 ve 44. Maddeleri göz önüne alındığında, asgari ücretten hesaplanan bakıcı tutarı fazladır. Olayın oluş şekli ve yukarıda belirtilen ilkeler birlikte değerlendirilerek bakıcı ücretinden %50 oranında hakkaniyet indirimi yapılması gerektiğinin gözetilmemiş olması doğru olmadığından karar bu nedenle de bozulmalıdır.

Bu kararda sözü edilen 506 sayılı Kanunun 20/4 maddesinde sürekli iş göremezlik durumunda olan işçiye bağlanacak sürekli tam ya da kısmi iş göremezlik geliri, işçinin sürekli bakım ihtiyacı içinde olması halinde %50 oranında arttırılmasını düzenlemektedir. Ancak bu durum, işçinin iş kazasından doğan zararlarının tümünün sürekli iş göremezlik geliri ile karşılandığı anlamına gelmez. Kazazede işçi arttırılmış şekli ile kendisine bağlanan gelire rağmen zararının tamamını telafi edememiş ise işverene yönelik bir maddi tazminat davası ile bakiye zararını karşılanmasını isteyebilir.[11]

Ancak bu düzenleme Yargıtay tarafından iş kazalarından doğan maddi tazminat hesaplamalarında uygulana kural haline getirilmiş, işçinin bakıma muhtaç olması nedeniyle sigorta gelirleri %50 oranında arttırıldığında, maddi (daimi iş göremezlik) tazminatın miktarının da %50 arttırılması gerektiğine kani olunmuştur. Fakat son dönemde 21. Hukuk Dairesi bu görüşten ayrılarak bakıcı ücretinin %50 arttırım ile sınırlandırılamayacağını bakıcı ücretine ilişkin hesabın tamamının dikkate alınması gerektiğini ancak nihayette tarafların hal ve mevkiine, kusur oranına, olayın oluşuna, tazminat miktarına, olayda Borçlar Kanunu 43. Maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmesi gerektiğine işaret etmektedir.[12]

Bakan kişinin eş, ana, baba olması halinde Medeni Kanunun 185. Maddesine göre müzaheret = yardım yükümünü yerine getirmeleri çerçevesinde tazminatta indirim yapılması ise hayatın olağan akışına ve tazminat

[11] Akın , Dr. Levent 'İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat ' Ankara 2001 sh. 221
[12] Yargıtay 21. Hukuk dairesi 04.04.2006 gün E. 2006/1892 K. 2006/3436 (Güleç , a.g.e. sh. 316)

hukuku ilkelerine aykırıdır. Zira gerek eş olsun gerek ana-baba olsun aile birliği içinde bu yükümü yerine getirirken gösterdikleri özveriyi zarar gören için yapmaktadırlar, onu bu hale getiren kişiyi veya sorumluyu, daha az tazminat ödemesini sağlamak amacıyla yapmamaktadırlar. Kaldı ki zarar verenin eylemi sonucunda evlilik birliğinin doğal sonucu olan karı veya kocalık görevlerini dahi yerine getiremeyecek duruma gelen zarar görenin evliliğinin devam edip etmeyeceği ayrıca tartışılırken, çoğu kez bu görevleri ifa edemeyeceğinden dolayı ya da ağır bakım koşulları gözetilerek eşler arasında evlilik birliğinin devam edemeyeceği nedeniyle veya terk nedeniyle boşanma davaları açılmakta, sağlam olan eş hayatını, bakıma muhtaç ve bu yüzden ağır bunalım yaşayan, normalden daha fazla kaprisli hale gelen birisine adamak istememektedir. Zira bu tür bir bakım ve yardım yükümünün taşınması hayli zor ve yıpratıcıdır.

Ana-baba yönünden konuya baktığımızda, normal koşullarda 18 yaşına kadar bakıp gözeteceği daha sonra muhtaç olduğunda, kendisinin yardım alacağını umduğu çocuğunun ömür boyu bakıma muhtaç hale gelmesi ile esasen yeniden yıpratıcı bir çağa giren tabir yerinde ise hiç büyümeyecek hep bebek kalacak fakat giderek daha ağır bir bedene sahip olacak bir çocuğa ancak kendi ömürleri yettiğince bakacaklar, daha çabuk ve çok yıpranacaklar, onların hayatlarının son bulması ile zarar gören tamamen bakıcısız kalacaktır. Bu durumda ana-baba çocuklarına bakarken kim için emek harcayacaklardır? Zarar gören çocukları için mi? Zarar veren için mi?

Bu nedenle Medeni Kanunun 185. Maddesinin burada bir indirim sebebi sayılması tazminat hukukunun genel ilkeleri ile bağdaşmamaktadır.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi bakıcı ücretinin hesabının brüt asgari ücret üzerinden yapılması gerektiğini kabul etmektedir.[13]

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ise evliliğin bakıcı ücreti talebine engel olamayacağını ancak yardımcı kişinin günün 1/3lük kısmında bakımı ile bunu yapabileceği gözetilerek bakıcı ücretinin bu oranda tayinini öngörmektedir.[14]

Yargıtay kararlarında ve AYİM kararlarında geçen kişinin kendi gelirlerinin %30luk kısmını kendisinin ihtiyaçları için ayıracağından dolayı

[13] Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 12.04.2100 gün E. 2010/11453 K. 2011/3411 (Güleç , a.g.e. sh. 318)

[14] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 28.03.2006 gün 451/3251

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 02.04.2007 gün E. 2006/10853 K. 2007/5155 (Güleç , a.g.e. sh. 315)

bakıcı ücretinin %30luk kısmının tenziline gidilmesi ise, tamamen yanlış değerlendirmelerden kaynaklanmaktadır. Özellikle destekten yoksun kalma zararlarının hesabında, destekten yoksun kalanların, ölenin gelirindeki paylarının hesabında esas alınan, ölene de gelirinden pay ayrılması ve bu yolla payların geliri yutmaması prensibinin temelinde ölenin, yaşamını sürdürmek ve gelir elde etmek için bir kısım harcamaları kendisi için yapması gerekliliğinden dolayı (Örneğin yeme-içme, iaşe-ibade, barınma, giyinme, ulaşım vb.) gelirinden kendisinin ihtiyaçlarına pay ayrılmaktadır. Beden tamlığı ihlal edilen kişinin bu tür harcamaları ise esasen sağlıklı kişiye oranla daha fazladır. Zira daha özel beslenmekte, hijyenik bezler kullanmakta, ilaç vb. harcamalarının yanı sıra ulaşımda da daha pahalı araçlar kullanması zorunlu olmaktadır. Bu harcamaların bakıcı giderleri ile ilişkisi bulunmamaktadır.

BORÇLAR KANUNU 55. MADDESİ'NİN TAZMİNATA ETKİSİ:

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, tazminat hukukunun bedensel zararlara ilişkin hükümlerinde bazı değişiklikler yapmış ise de bence en önemli değişiklik 55. Maddesinde yapılan yeni düzenlemedir. Borçlar Kanunu 55. Madde:

'Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücû 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 maddenin düzenlenmesinde çok açık üç önemli ilke bulunmaktadır:

a. Tazminattan veya zarardan indirilemeyecek yararlar,

b. Tazminatın hesabından sonra hakkaniyet düşüncesi ile artırılıp eksiltilememesi,

c. Tüm yargı yollarında (idari-adli yargı) bu ilkenin ve Borçlar Kanunu esaslarının uygulanması.

Tebliğimizin başından itibaren işlediğimiz tedavi giderleri içinde yer alan bakıcı giderlerine ilişkin yargısal değerlendirmeleri bu çerçevede yeniden incelediğimizde bu düzenleme şu esasları getirmektedir:

1) Kısmen veya tamamen rücû edilemeyen Sosyal Güvenlik Ödemeleri:

Öncelikle hangi Sosyal Güvenlik Ödemelerinin rücû edilebileceğine bakmamız gerekiyor; iş kazaları yönünden 5510 sayılı Kanunun 21. Maddesi 1. Fıkrasına göre 'İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödettirilir. İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır.'

Bu düzenlemede Sosyal güvenlik Ödemelerinde işverene rücû edilecek ödemelerin ancak iş kazası dalından yapılan ödemeler olduğu ve ilk peşin sermaye değeri olduğu belirtilerek, bu tutarın hak sahibinin isteyebileceği tutarla sınırlı olacağı belirtilmiştir. O halde işçi işverenden ilk peşin sermaye değerinden fazla olan zararlarını isteyebilecektir. İş kazası sonucu %100 oranında malul olan ve bakıcı ihtiyacı olan sigortalıya %100 oranında aylık bağlanır. Oysa işçinin %100 maluliyeti iş gücü kaybı zararıdır, buna ilave olarak brüt asgari ücret üzerinden ömür boyu bakıcı gideri ödendiğinde zarar tutarı asgari ücretle çalışan bir işçi için %200 dür. Bu tutarın kanunen rücû edilebilecek tutarı %100 iş gücü kaybı aylığıdır, o halde bakıcı gideri bu aylığın dışında hesaplanmalıdır.

5510 sayılı Kanunun 21. Maddesinin 4. Bendinde ise: 'İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücû edilir.'

Bu düzenleme kusurlu bir hareketle iş kazasının üçüncü bir kişi tarafından yapılması halini düzenlemektedir. Bu takdirde rücû edilecek kısım,

ödenen tutarın yarısı olmakla, kalan yarısı yine talep edilebileceği gibi, kurumca yapılmayan zarar ödemeleri de talep edilebilecektir.

Ancak 21. Maddesinin son bendinde iş kazasının kamu görevlilerinin, er ve erbaşların, kamu idarelerince görevlendirilen kişilerin görevleri gereği yaptıkları fiiller sonucu meydana gelmişse, bu kişiler hakkında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı olanlar hariç, yapılan ödemelerin rücu edilemeyeceği düzenlenmiştir. O halde kurumca rücu edilemeyen bu ödemeler Borçlar Kanunu 55. Maddesine göre tazminatta indirim sebebi veya zararın hesabında yarar olarak değerlendirilmeyecektir.

Bu çerçevede 5510 sayılı Kanunun 39. Maddesinin de ayrıca değerlendirilmesi gereklidir. 39. madde düzenlemesinde:

'Üçüncü bir kişinin kastı nedeniyle malûl veya vazife malûlü olan sigortalıya veya ölümü halinde hak sahiplerine, bu Kanun uyarınca bağlanacak aylığın başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı için Kurumca zarara sebep olan üçüncü kişilere rücû edilir.'

Bu düzenlemeye göre SSK, Bağ-Kur veya Emekli Sandığı iştirakçisi olan bir sigortalıya (iş kazası dışında) kasti bir eylemle meydana getirilen bedensel zararların ilk peşin sermaye değerinin yarısı rücû edilebilecektir. Ancak kanunda kasti eylemlerden söz edilmekle taksirli eylemler rücû kapsamına alınmamıştır. Kasti eylemler Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş olan 86 ve 87. Maddede düzenlenmiştir. 89. madde taksirli suçlar olup, 5510 sayılı Kanunun 39. Maddesinde kapsama alınmamıştır.

39. maddenin 2. Fıkrası ise:

'Malûllük, vazife malûllüğü veya ölüm hali, kamu görevlilerinin veya er ve erbaşlar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerin vazifelerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu meydana gelmiş ise, bu fiillerden dolayı haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlar hariç olmak üzere, sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemeler veya bağlanan aylıklar için Kurumca, kurumuna veya ilgililere rücû edilmez.'

Türk Ceza Kanunu 94. Ve 95. Maddeleri kamu görevlisinin işkence suçlarını düzenlemekte olup, 86. Ve 87. Madde ile birlikte kasıtla işlenen suç niteliğindedir. Ancak bunun mutlaka bu kişiler hakkında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı arandığından 39. Madde anlamında kamu görevlisince işlenen eylemler sonucu meydana gelen vücut bütünlüğünün ihlali ve iş gücü kaybı zararları için Sosyal Güvenlik Kurumu'nca yapılan ödemeler rücû

edilemeyeceği için; zarar görenler tarafından açılacak adli-idari davalarda indirim nedeni yapılamayacaktır. Şu halde AYİM tarafından da Emekli Sandığı'nca yapılan ödemeler zarardan indirim nedeni yapılamayacaktır. Keza idari yargı açısından da bağlanan aylıklar nedeniyle hak sahiplerinin veya beden tamlığı ihlal edilen kişinin zararının kalmadığından dolayı Anayasa'nın 125. Maddesine göre tazminat taleplerinin reddi cihetine gidilemeyecektir.

Bu çerçevede Türk Ticaret Kanunu 1484. Maddesinin son fıkrasının da değerlendirilmesi gerekir kanısındayım. Şöyle ki; Türk Ticaret Kanunu 1484. Maddesi Zorunlu Sorumluluk Sigortalarında zarar görenle ilişkide ifa yükümlülüğü başlığı altında yapılan düzenlemede:

Türk Ticaret Kanunu 1484. Maddesi 1. Fıkrasında:

'Sigortacı, sigortalıya karşı ifa borcundan tamamen veya kısmen kurtulmuş olsa da, zarar gören bakımından ifa borcu, zorunlu sigorta miktarına kadar devam eder.'

Türk Ticaret Kanunu 1484. Maddesi 3. Fıkrasında:

'Zarar, sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılandığı ölçüde sigortacının sorumluluğu sona erer.'

Bu maddenin 5510 sayılı Kanunun 39. Maddesi karşısında ve Borçlar Kanunu 55. Maddesi çerçevesinde değerlendirildiğinde uygulama şansı bulunmamaktadır. Zira öncelikle Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortaları, Karayolları Trafik Kanunu 98. Maddesine göre meydana gelen trafik kazalarında araç işletenlerinin sorumluluklarını zarar görenlere karşı teminat altına almak üzere düzenlenmektedir.5510 sayılı Kanunun 39. Maddesi ise üçüncü kişilerin kurum karşısındaki sorumluluğunu kasti eylem olarak düzenlenmiştir, oysa 2918 sayılı Kanunun 98. Maddesi taksirli bir eylemdir. O halde kurumca sigorta şirketlerine rücû edilemeyecektir. Borçlar Kanunu 55. Maddesinde ise kısmen veya tamamen rücû edilemeyen Sosyal Güvenlik Ödemelerinin zarardan veya tazminattan indirim sebebi yapılamayacağı düzenlendiğinden, Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortalarının tedavi giderleri teminatından yapmaları gereken bakıcı gideri zararından, kurum aylıklarının peşin değerinin indirilmesi mümkün olmayacaktır. Ayrıca iş gücü kaybı (sakatlanma) teminatından da aynı nedenle Sosyal Güvenlik Kurumu Ödemeleri tenzil edilemeyecektir.

Ancak Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortalarınca yapılan ödemeler, işletenin ödemesi gereken tazminatlardan ifa amacı taşıyan ödeme niteliğini taşımasından dolayı indirilebilecektir.

2) Tazminatın Hesabından Sonra Hakkaniyet Düşüncesi ile artırılıp, azaltılamaz:

Gerek Yargıtay dairelerinin muhtelif kararlarına konu olan gerekse AYİM 2. Daire kararlarına konu olan bakıcı giderlerinin takdiri değerlendirmelerle %50, ⅓ , ¼ gibi oranlarda indirilmesi; aile içinde müzaheret vb. nedenlerle, zarar görenin yakınlarından yardım almasını indirim sebebi kabul edilmesi Borçlar Kanunu 55. Maddesinin düzenlenmesi karşısında 01.07.2012'den itibaren yapılamayacaktır.

Aynı çerçevede bakıcı ücretinin asgari ücret üzerinden değerlendirilmesinin de kesin kural olmaması, hastanın durumuna göre nitelikli bakıcı çalıştırılması gereken durumlarda emsal ücret uygulamalarının da göz önüne alınması gerekir düşüncesindeyim. Zira amaç gerçek ücretin ve gerçek zararın tespiti ise bu durumun da değerlendirilmesi gerekecektir.

3) Borçlar Kanunu esaslarının tüm yargı yollarında bedensel zararlar yönünden uygulanması ise, tazminat davalarında ilkesel birliğin sağlanması açısından çok önemli bir düzenlemedir. Zira aynı bedensel zarara uğrayan kişiye ödenecek tazminatın adli yargıda değerlendirilme esasları ile İdari Yargıda değerlendirme esaslarının ve AYİM'deki uygulamaların sonucunda farklı olmasının bu yolla önüne geçilebileceği düşüncesindeyim.

Nitekim Yargıtay 17. Hukuk Dairesi de Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortalarının ödemelerinde 5510 sayılı Kanunu 39. Maddesindeki kasıt unsuruna dikkat çekerek, tazminatta indirim yapılmaması gerektiğine işaret etmiştir.[15]

Sonuç olarak genel bir değerlendirme yaptığımızda Borçlar Kanunu 55. Maddesinin yürürlüğe girdiği 01.07.2012 den itibaren tüm yargı yollarının kararlarını ve prensiplerini yeniden değerlendirmelerinin gerekli ve zorunlu olduğunu ve bu şekilde bedensel zarara uğrayan kişilerin maddi zararlarının hesabında metrik ölçüler dışında takdiri değerlendirmelerin yeniden yapılmamasının gerekli olduğu düşüncesindeyim.

---

[15] Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 24.04.2012 gün ve E. 2012/2485 K. 2012/5027 sayılı kararı (yayımlanmamıştır.)

Sabırla dinlediğiniz için teşekkür ederim.

Prof. Dr. KEMAL ŞENOCAK (Oturum Başkanı)- Sema Hanıma tebliğleri için teşekkür ediyorum. Sabahtan beri, saat 10.00'dan beri sempozyumun ilk bölümü sürüyor, iki buçuk saatten beri. Buradan herkesin her hareketi gözüküyor ne yaptığı. İki buçuk saat boyunca uyuyan görmedim, horlayan duymadım. Demek ki tebliğler can alıcı noktalara işaret etti, herkes can kulağıyla dinledi.

Bu yüzden hepinize teşekkür ediyorum. Özellikle de tabii ki bu sempozyumun düzenlenmesinde büyük emeği olan Sema Hanıma da huzurlarınızda teşekkür ediyorum, saygılarımı sunuyorum.

Prof. Dr. AHMET M. KILIÇOĞLU- Teşekkür ederim Sayın Başkan. Benim bu tebliğim aslında bu etkinliğin birinci gününde takdim edilmeliydi, ama bir yanlış anlaşılma nedeniyle benim mazeretimin olduğu perşembe gününe konulmuş idi, bu nedenle bugüne ertelendi. Hepinizi sevgiyle, saygıyla selamlıyorum.

Benim konum manevi zararın tazminiyle ilgili. Manevi zararın ne olduğunu biliyoruz. Haksız bir eylem sonucu, haksız eylemin yöneldiği varlık ne olursa olsun, kişinin kişilik haklarının ihlali sonucu duyduğu elem ve ıstırabın karşılığı olan bir zarardır. Bu anlamda olmak üzere bir yanlış anlamayı düzeltmekte yarar var. Manevi zarar ve tazmini, sadece şahıs varlıklarının ihlali halinde gündeme gelmez. Haksız eylemin yöneldiği varlık ne olursa olsun, kişinin kişilik haklarının ihlali duygu (his) yaşamındaki azalmalar, acı, elem ve ıstırabın yarattığı zarardır.

Bu nedenle malvarlığı zararları sonucu da kişinin manevi zarara uğraması mümkündür. O halde haksız eylemin yöneldiği varlık ile haksız eylemin sonuçlarını birbirinden ayırt etmek gerekir. Eylemin yöneldiği varlık ne olursa olsun, bunun sonucu maddi zarar yanında manevi zarar da doğabilir. Bundan şu sonucu çıkartabiliriz:

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Borçlar Yasamızın eski 98, yeni 114.maddesi 2. fıkrasında yapılan yollama nedeniyle, sözleşmeye aykırılıklar nedeniyle de bir manevi zarar ve tazmini gündeme gelebilir.

Manevi zarar nedir? Bu konuyla ilgili düzenlememiz nedir?

Süre sınırlı olduğu için zamanı iyi kullanmak durumundayım.

Manevi zarar kişinin bir haksız eylem sonucu duygu yaşamında uğradığı eksilmedir. Bu nedenle Almanlar manevi tazminata, acı parası (Schmerzengeld) diyorlar. Yani manevi zararın karşılığı ödenen ödentiye, tazminata acı parası demektedirler. Demek ki bir haksız eylem sonucu kişilik haklarından duygu yaşamı ihlal edilmelidir.

Kişilik hakkı nedir? Kişilik hakkı maddi ve manevi kişisel varlıklardan oluşan bir haktır. Bu ayrım önemlidir. Zira Borçlar Yasamız bu ayrıma sadık kalmıştır.(BK. md.56 maddi kişisel varlıkların ihlali halinde manevi zarar ve tazmini, BK. md.58 ise maddi nitelikte olmayan kişisel varlıkların ihlali halinde manevi zarar ve tazmini konusunu düzenlemektedir).

Türk hukuk sistemine baktığımızda, manevi zararla ilgili genel hükümler olan BK. md.56,58 yanında bu konuya ilişkin özel hükümlere de yer verildiğini görmekteyiz. Özel hükümler nişanın bozulması nedeniyle manevi zararın tazmini, boşanma nedeniyle manevi zararın (TMK. md.174) tazmini, fikri mülkiyet hukukunda fikri mülkiyet hakları ihlal edilen kişinin uğradığı manevi zararın tazminine (5846 sayılı Kanun md.70); haksız rekabette manevi zararın tazminine (TTK. md.51 vd.) vs ilişkin düzenlemeler vardır. Ancak BK. md.56,58 hükümleri temel normlar niteliğindedir. Özel bir hükmün bulunmadığı hallerde hukuka aykırı eylem sonucu (dar anlamda haksız fiil ve geniş anlamda sözleşmeye aykırılıkları da kapsayan haksız fiiller sonucu) doğan manevi zararın tazmini bu hükümlere tabidir.

Şimdi Borçlar Kanunumuzda manevi zarar ve tazmini konusunda bu iki ayrı maddeye neden yer verildiği üzerinde kısaca duralım:

Borçlar Kanunumuz manevi zararla ilgili konuyu, iki ayrı maddede neden düzenlemiştir? Şöyle bir tarihi gelişim içerisinde ele alacak olursak:

İsviçre Medeni ve Borçlar Kanunu 1912 de Federal Kanunlar haline getirilirken, özellikle basın çevrelerinin baskısı sonucu, basın yoluyla kişilik hakkının ihlalinin konusu olan maddi nitelikte olmayan kişisel varlıkların

(manevi kişisel varlıkların) ihlali nedeniyle manevi zararın ayrı düzenlenmesi ve zorlaştırılması arzu edilmiştir. Bu nedenle İBK nun 47. maddesinde maddi kişisel varlıklar (bedensel varlıklar ya da vücut tamamiyeti varlıkları) ihlal edildiğinde (yaralama ya da ölüm halinde) manevi zararın tazmini hükme bağlanmıştır. Kişiye işkence yapıyorsunuz, eziyet yapıyorsunuz, şiddet uyguluyorsunuz veyahut da bu eylemler sonucu kişi ölüyor. Bunlar affedilmez, bunlarda manevi zararın ve de tazmininin koşulları ağırlaştırılmamıştır, hukuka aykırı eylemde bulunan kişinin kusuru ister ağır ister hafif olsun sorumlu tutulması kabul edilmiştir. Buna karşılık basın yoluyla kişilik hakkının ihlali halinde bu sorumluluğun koşulları ağırlaştırılmıştır. Basın çevreleri İsviçre Yasa Koyucusu üzerinde baskı unsuru oluşturmuştur.

Basın çevrelerinin baskısı şu olmuştur: Tamam, bedensel bütünlük ölüm halinde kişinin uğradığı manevi zararın tazmini konusunda, kusur herhangi bir kusur olsun, sosyal ve ekonomik durum araştırması söz konusu olmasın, zarar doğduğunda nakdi zarar, nakdi tazminat gündeme gelsin, hükmün açıklanması veya diğer bir tazmin sureti olmasın, bunlar doğrudur. İnsan zararı, bedensel bütünlüğün ihlali, en kutsal değerlerdir. Etkin bir şekilde korunsun. Ama diğer kişisel varlıkların yani basın yoluyla kişilik hakkının ihlalinde kişisel değer olarak ihlal edilen özellikle şeref ve haysiyet varlıkları söz konusu olduğunda, basın gelişigüzel manevi tazminat talepleri ile manevi tazminat talepleri ile mağdur edilmesin, yok edilmesin. Bu nedenle diğer kişisel varlıkların ihlali halinde manevi zarar ve tazmini ayrı bir madde olarak 49. Maddede hükme bağlansın ve burada tazminat için sorumlu kişinin kusurunun özel bir ağırlığı olarak ağır kusur koşulu aransın. İsviçre'de 1912 yılında 49. madde yürürlüğe konulurken, 47'den farklı olarak diğer kişisel varlıkların ihlali halinde manevi zarara hükmetmek için kusurun ağır olması koşuluna bu nedenle yer verilmiştir. Demek ki kusur ağırlaştırmak suretiyle, özellikle basın davalarında zarar görenin korunması amacı güdülmüştür.

Bu amaçlarla kabul edilen iki madde arasındaki farkları şu şekilde özetleyebiliriz:

Birinci fark; BK. md. 47'de maddi kişisel varlıkların ihlali nedeniyle manevi zarar, BK. md.49'da ise diğer kişisel varlıkların ihlali söz konusudur.. Diğer kişisel varlıklara neler girer? Şeref, haysiyet, isim, resim, özel yaşam, duygu yaşamı, özgürlükler gibi diğer kişisel varlıklar girer. Bunlara manevi

kişisel varlıklar da diyebiliriz. Bu değerlerin ihlali halinde, BK. md.49, fiziksel ya da bedensel bütünlüğün ihlali ve ölüm halinde ise BK. md 47 hükmü uygulanacaktır.

İkinci fark; BK. md.47'de herhangi bir kusur, BK. md. 49'da ise ağır kusur koşulu aranmıştır.

Üçüncü fark BK. md. 47'de nakdi tazmin dışındaki diğer bir tazmin hükmüne yer verilmemiştir. BK. md. 49'da ise diğer bir tazmin şekline yer verilmiştir. Bu anlamda olmak üzere BK. md.49 un uygulandığı hallerde özellikle hükmün açıklanmasına karar verilebilir.

Dördüncü bir fark; Türk yasa koyucusu tarafından 1988'de 3444 sayılı Kanunla 49. maddeye eklenmiştir. 49'un uygulandığı hallerde, tarafların sosyal ve ekonomik durumu göz önünde tutulacaktır.

Bu farklar acaba yeni Borçlar Yasamızda ne hale dönüştürülmüştür?

BK. md. 47'de bir değişiklik yapılmıştır. Değişiklik şudur: Bedensel bütünlüğün ihlali halinde, 1 Temmuz 2012 tarihine kadar sadece haksız eyleme maruz kalan kişi manevi tazminat talep ediyordu. Trafik kazası sonucu yaralandı, silahla yaraladınız, kişiye şiddet uyguladınız; işkence yaptınız örneklerinde, sadece haksız eyleme maruz kalan kişi manevi zararın tazminini talep edebiliyordu. Yasa koyucu bu haksız eylemlere maruz kalan kişinin yakınlarının da bu yüzden bir manevi zararın tazmini talebini tartıştı. Yasada bu konuda bir düzenleme yoktu. Yargı kararları ile bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin yakınlarının manevi zararlarının tazmini konusu BK. md.49 hükmüne dayandırılarak kendilerinin doğrudan doğruya zararı olarak kabul edilerek zorlayıcı yorumlarla aynı sonuca ulaşılıyordu. Bu tür zorlayıcı yorumlardan kurtulmak ve açık yasa hükmü ile konuyu düzenlemek üzere 56. maddeye "*ağır bedensel zararlar halinde saldırıya uğrayan kişinin yakınlarının*" da manevi tazminat talep edebileceği kabul edildi. Haksız eyleme maruz kalan kişinin dışında kalan yakınlarının uğradıkları bu zarar bir yansıma yoluyla zarardır. Zararın bu türü eski 47. Maddede sadece ölüm halinde ölenin yakınları için kabul edilmişken yeni 56. madde bunu ağır olmak koşuluyla bedensel zarara uğrayan kişinin yakınları için de kabul etmiştir.

Bu değişiklik karşısında örneğin güvenlik güçleri tarafından şiddete maruz kalan, yerlerde sürüklenen bir anne veya baba, trafik kazası sonucu çocuğunu kanlar içinde gören anne-baba, kardeş, dayı, hala, amca, teyze gibi yakınları da koşulları varsa manevi zararlarının tazmin edilmesini talep edebileceklerdir.

İkinci önemli değişiklik 49.maddeyi karşılayan 58. Maddede yapılmıştır.

Eski 49. maddede 1 Temmuz 2012 tarihine kadar, bir manevi tazminat davası açtığınızda, mahkemelerimiz tensip zaptıyla birlikte hemen bir sosyal ve ekonomik durum araştırması yapıyordu. Uygulamayı yapan arkadaşlar bilir. Bu boşanmada da, nişanın bozulmasında da, basın yoluyla kişilik hakkının ihlalinde,.iş kazalarında vs manevi zararın tazmininde de hep yapılan buydu. Bunun nedeni 1988'den 1 Temmuz 2012'ye kadar eski BK. md.49'da yer alan manevi tazminata hükmederken tarafların sosyal ve ekonomik durumlarının da araştırılması zorunluluğu idi. Mahkeme yöredeki güvenlik güçlerine, müzekkere yazmak suretiyle bu araştırmayı yapmaktaydı. Ancak bu araştırmaların hiçbiri ciddi ve objektif olmuyordu.

1 Temmuz 2012'den itibaren 49. maddedeki bu düzenleme kaldırılmıştır. Kaldırılmasının sebebi bu hükmün amacına uygun olarak uygulanmaması olmuştur. En varlıklı kişi, gazetede köşe yazarı, gazetede size hakaret etmiş, manevi tazminat davası açıyordunuz. Gazete yayın organından o kişinin kendilerinde asgari ücretle çalıştığı şeklinde gerçeklerden uzak yanıtlar alınmaktaydı. Bir köşe yazarı asgari ücretle çalışır mı? Sağlıksız yanıtlar alınmamasına rağmen bu müzekkerelerin sonucunun beklenmesi yargılamayı gereksiz yere uzatmakta idi.. 1 Temmuz 2012'den itibaren bu kaldırılmıştır. Manevi zararın tazmini konusunda iki önemli değişiklik budur.

Şimdi gelelim, acaba 47 ve 49'da bu değişiklikler sonucu, acaba halen bizim Borçlar Yasamızda manevi zararın tazmini konusunda iki ayrı maddeye ihtiyaç var mıdır?

İki ayrı maddeye ihtiyaç olmadığı, zira zaman içerisinde bu iki madde arasındaki farkların eridiğini görüyoruz. BK. md.49'daki ağır kusur koşulu 1988'de 3444 sayılı Kanunla kaldırıldı. Ne oldu? BK. md.47 ile BK. md.49 arasında kusur konusunda fark kalmamıştır.

Sosyal ekonomik durum araştırması 1 Temmuz 2012, BK. md.47'de yoktu, BK. md.49'da vardı, o da kalktı.

Geriye iki madde arasında bir tek fark kaldı. BK,.md.49'un, yani yeni 58'in uygulandığı hallerde, 47'den yani 56'dan farklı olarak ölüm veyahut da bedensel zarar halinde hâkimin manevi tazminat olarak bir miktar para yerine, bir başka tazmin şekline karar vermesi hükmü kaldı. İçinizde soruyorum uygulama yapan arkadaşlar var, 4 Ekim 1926-6 Nisan 2013 bugüne kadar manevi tazminat davasında mahkemelerin nakdi tazminat yerine, davalının yaptığı eylemi "*ayıplama*" gibi bir karar verildiğini gören ya da uygulayan oldu mu?

Bu nedenle iki madde arasında bırakılan fark "*hükmün ilanı dışında*" uygulaması olmayan bir farktır. Ama hükmün ilanı da asıl hükme bağlı olarak (asıl hükmün fer'isi olarak) uygulanabilmektedir. Asıl kararla birlikte eylem hukuka aykırı bulunacak, hukuka aykırılığı tespit edilecek ve aynı zamanda hükmün ilanına karar verilebilecektir. Bu hukuka aykırılıkla birlikte bir manevi tazminata hükmederken yargıç, bir ilave koruma aracı olarak hükmün açıklanmasına karar verebilmektedir. Ancak bir tek bu fark nedeniyle Borçlar Kanunumuzda manevi zararın tazmini konusunu iki ayrı madde halinde hükme bağlanması isabetli olmamıştır. BK.md.58'deki "*özellikle hükmün ilanına karar verir*" şeklindeki bir fark, bugün bu iki maddenin, iki ayrı madde olarak Borçlar Kanununda kalmasının sebebi olamaz.

İki madde arasında bir fark kalmamasına rağmen iki maddeyi birbirinden ayırmak amacıyla 56'nın kenar başlığı "*manevi tazminat*", 58'in kenar başlığı "*kişilik hakkının zedelenmesi*" şeklinde ifade edilmiştir. Bunları yer değiştirseniz ne olur? Hiçbir değişiklik olmaz. Buna göre iki maddeyi birbirinden ayırmak için kullanılan kenar başlıklar da bu amacı gerçekleştirmekten uzaktır.

Dikkatiniz ve sabrınız için teşekkür ederim. (Alkışlar)

Prof. Dr. Sarper SÜZEK*

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Sayın meslektaşlarımız, sayın katılımcılar; Ankara Barosu tarafından düzenlenen yeni yasal düzenlemeler ışığında bedensel zararların tazmini esasları ve usulü kongresine hoş geldiniz. Kongremizin bu ikinci oturumunun konusu iş sağlığı ve sosyal güvenlik hukuku yönünden bedensel zararlar ve rücu davalarıdır.

Bu kongreyi düzenleyen, başta Ankara barosu Başkanı Prof. Dr. Metin Feyzioğlu olmak üzere, bütün düzenleyicilere teşekkürlerimizi sunuyoruz. Ankara Hukuk Fakültemizin dekanına ve yönetimine, bu güzel salonu bize tahsis ettikleri için de teşekkür ediyoruz. Bendeniz de, ayrıca heyecan duyuyorum. Çünkü tam kırk sene bu çatı altında görev yapmış bir meslektaşınızım.

Şimdi bu konuda sırasıyla, ben ilk önce Prof. Dr. Haluk Hadi Sümer'e söz vereceğim, böyle aramızda bir düzenleme yaptık. Kendisi Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyelerindendir. Pek çok yayınıyla bu konudaki çalışmalarıyla da her zaman temayüz etmiş, katkıda bulunmuş bir meslektaşımız.

Buyursunlar Haluk Hocam.

İŞVERENİN İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞI NEDENİYLE SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE KONUYA İLİŞKİN YARGITAY GÖRÜŞÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER*

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

GİRİŞ

İşverenin işçiyi gözetme borcu içerisindeki en kapsamlı yükümlülükleri, *iş sağlığı ve güvenliğini sağlama borcu*na ilişkindir[1]. Bu kapsamda işveren, işçiyi iş kazası ve meslek hastalıklarına karşı korumakla yükümlüdür. İşverenin işyerinde alması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemleri, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Kanunun 4/1. maddesine göre, "*İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede; mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar. İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar. Risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır. Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alır. Yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır*"[2]. İşverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü, Türk Borçlar Kanununda da hüküm altına alınmıştır. Türk Borçlar Kanununun "*İşçinin Kişiliğinin Korunması*" başlıklı 417. maddesinin 2. fıkrasına göre, "*İşveren işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemleri almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan tüm önlemlere uymakla yükümlüdür*" (TBK.417/2).

---

[1] Çelik Nuri, İş Hukuku, 25. B., İstanbul 2012, 174; Süzek Sarper, İş Hukuku, 8.B., İstanbul 2012, 426 vd.; Süzek Sarper, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Prof.Dr.Ali Güzel'e Armağan, C.1, İstanbul 2010, 703 vd.; Narmanlıoğlu Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, 4.B., İstanbul 2012, 322 vd.; Aktay A. Nizamettin/Arıcı Kadir/Senyen-Kaplan E. Tuncay, İş Hukuku, 5.B. Ankara 2012, 114 vd.; Yıldız Gaye Burcu, işverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu, Toprak İşveren, Haziran 2010, 8 vd.

[2] 6331 sayılı Kanunun 5. maddesi de işverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülükleri yerine getirirken dikkate alınması gereken ilkeler hüküm altına alınmıştır: "*(1) İşverenin yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde aşağıdaki ilkeler göz önünde bulundurulur: a) Risklerden kaçınmak. b) Kaçınılması mümkün olmayan riskleri analiz etmek. c) Risklerle kaynağında mücadele etmek. ç) İşin kişilere uygun hale getirilmesi için işyerlerinin tasarımı ile iş ekipmanı, çalışma şekli ve üretim metotlarının seçiminde özen göstermek, özellikle tekdüze çalışma ve üretim temposunun sağlık ve güvenliğe olumsuz etkilerini önlemek, önlenemiyor ise en aza indirmek. d) Teknik gelişmelere uyum sağlamak. e) Tehlikeli olanı, tehlikesiz veya daha az tehlikeli olanla değiştirmek. f) Teknoloji, iş organizasyonu, çalışma şartları sosyal ilişkiler ve çalışma ortamı ile ilgili faktörlerin etkilerini kapsayan tutarlı ve genel bir önleme politikası geliştirmek. g) Toplu korunma tedbirlerine, kişisel korunma tedbirlerine göre öncelik vermek.ğ) Çalışanlara uygun talimatlar vermek.*".

Anılan düzenlemeler işverenlerin alması gereken önlemlere ilişkin bir sınırlandırma öngörmemekte ve işverenlerin gerekli her türlü önlemi almakla yükümlü olduğunu hüküm altına almaktadır. Yargıtaya göre, "*İşçinin beden ve ruh sağlığının korunmasında önemli olan yön, bu tedbirin alınmasının hakkaniyet ölçüleri içinde işverenden istenip istenemeyeceği değil, aklın, ilmin, fen ve tekniğin böyle bir tedbirin alınmasını gerekli görüp görmediği hususlarıdır. Bu itibarla işveren, mevzuatın kendisine yüklediği tedbirleri, işçinin tecrübeli oluşu veya dikkatli çalıştığı takdirde gerekmeyeceği gibi bir düşünce ile almaktan çekinemeyecektir… Çalışma hayatında süre gelen kötü alışkanlık ve geleneklerin varlığı, işverenin önlem alma ödevini etkilemez. İşveren, çalıştırdığı sigortalının beden ve ruh tamlığını korumak için yararlı her önlemi, amaca uygun biçimde almak, uygulamak ve uygulatmakla yükümlüdür*"[3]. Kararda da belirtildiği gibi işveren günümüzün teknolojisinin gerektirdiği her türlü önlemi almakla yükümlüdür. İşverenin bu konudaki deneyimsizliği, bilgisizliği ya da ekonomik yetersizliği, işvereni sorumluluktan kurtarmayacaktır[4]. Bu nedenle işveren aldığı önlemleri teknolojinin gerekleri doğrultusunda güncellemek ve yeni gelişmeleri uygulamak zorundadır.

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu hükümlerine göre iş kazası olarak tanımlanan bir kaza meydana geldiği takdirde, Sosyal Güvenlik Kurumu sigortalıya 5510 sayılı Kanunda öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde geçici ve sürekli iş göremezlik ödeneğini bağlar (SSGSSK.18-10). Kazanın sigortalının ölümü ile sonuçlanması halinde ise hak sahiplerine gelir bağlar ve cenaze giderleri karşılamak üzere parasal yardım yapar (SSGSSK.20). Yine genel sağlık sigortası kolunda öngörülen sağlık yardımları Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sağlanır (SSGSSK.63). Kurum tarafından yapılan yardımlar nedeniyle SSGSK.21/1'de öngörülen koşulların oluşması halinde, Kurum işverene rücu edebilir. Anılan hükme göre, "*İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere,*

[3] Y10HD., 4.3.2008, 6310/2821, www.kazanci.com. (12.3.2011).

[4] Süzek, 427. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 4. Maddesine göre, "*(2) İşyeri dışındaki uzman kişi ve kuruluşlardan hizmet alınması, işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz.(3) Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği alanındaki yükümlülükleri, işverenin sorumluluklarını etkilemez.*".

Kurumca işverene ödettirilir. İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır.".

Sosyal Güvenlik Kurumunun iş kazası geçiren sigortalıya yaptığı sağlık yardımları ve parasal ödemeler, bu kaza nedeniyle ortaya çıkan tüm zararları karşılamaya genellikle yeterli değildir. İş kazası geçiren işçinin veya ölümü halinde desteğinden yoksun kalanların manevi zararlarına karşılık olarak bir ödeme Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yapılmaz. Sigortalının veya ölümü halinde desteğinden yoksun kalanların Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanamamış olan maddi zararlarını işverenden istenebilmesini düzenleyen bir hüküm 5510 sayılı Kanunda bulunmamaktadır[5]. Bununla birlikte iş kazası geçiren sigortalının işverenden, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmayan maddi zararları ile sigortalının ölümü halinde desteğinden yoksun kalanların destekten yoksun kalma tazminatları ve ayrıca manevi tazminat isteyebilecekleri öğreti[6] ve yargı kararları[7] ile kabul edilmektedir. Kuşkusuz 5510 sayılı Kanun kapsamına girmeyen ancak iş sözleşmesi ile çalışan kişilerin uğradıkları iş kazası nedeniyle ortaya çıkan zarardan genel

---

[5] Süzek Sarper, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda İşverenin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğu, iş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1996 Yılı Toplantısı (12-13 Nisan 1996, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 1996, 20.

[6] Süzek, 428; Eren Fikret, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974, 79-80; Ekonomi Münir, İş Hukuku Ferdi İş Hukuku, C.1, İstanbul 1984, 155; Ulusan İlhan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından işverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan Doğan hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1990, 143; Kılıçoğlu Mustafa, Tazminat Hukuku, Ankara 2006, 26,27; Tunçomağ Kenan, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, 140; Oğuzman Kemal, İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu, İÜHF. Mecmuası, C.34, S.1-4, İstanbul 1969, 337; Çelik, 181; Akın Levent, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara 2001, 206; Başboğa Şahbaz Zübeyde, İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Hukuki Sorumluluğu İle Maddi Zararın Hesabına İlişkin Esaslar, İstanbul 2010, 11; Ekin Ali, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklere Uymamasının Sonuçları (İşveren Bakımından), Ankara 2010, 47.

[7] "*Bu tür, tazminat davaları nitelikçe Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından karşılanmayan zararların giderilmesine ilişkindir. Bu bakımından tazminat belirlenirken maluliyet oranı, kusur oranı ve kanuni nedenler indirildikten sonra en son Sosyal Sigortalar tarafından bağlanan peşin sermaye değerinin indirilmesi suretiyle tazminatın belirlenmesi gerektiği Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindendir.*", Y21HD., 25.3.2003, 1475/2505, www.kazanci.com (12.3.2013); "*Mahkemenin kabul şekli bakımından da; İş kazaları iş hukuku ve sosyal güvenlik ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır. İşverenin iş kazası sonucu meydana gelen zarar sebebiyle hukuki sorumluluğu yasa ve içtihatlarla belirlenmiş olan ayrık haller dışında ilke olarak iş akdinden doğan işçiyi gözetme (koruma) borcuna aykırılıktan kaynaklanan kusura dayalı sorumluluktur. İnsan yaşamının kutsallığı çerçevesinde işverenin işçilerin sağlığını ve güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu hususlaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlü olduğu İş Kanunu'nun 77. maddesinin açık buyruğudur.*", Y21HD., 14.7.2011, 4042/6322, www.kazanci.com (11.3.2013).

hükümler çerçevesinde işveren sorumludur[8] Yargıtaya göre işçi ve hak sahiplerinin doğrudan işverene karşı tazminat davası açmaları halinde, mahkemenin işçi veya hak sahiplerine önce Sosyal Güvenlik Kurumuna başvurmaları için süre vermesi gerekir[9].

Türk Borçlar Kanununun 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra talep edilebilecek tazminat miktarı konusunda tereddüt oluşmuştur. TBK.55/1'e 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.*" Acaba iş kazasına uğrayan sigortalının veya ölümü halinde desteğinden yoksun kalanların tazminat taleplerinde Kurumca yapılan yardımlar düşülecek midir? Yoksa tazminat miktarı belirlenirken Sosyal Güvenlik Kurumunca sağlanan yardımlar dikkate alınmayacak mıdır? Yargıtay bir kararında bu soruya şöyle cevap vermiştir: "*Dairemizin ve giderek Yargıtay'ın yerleşmiş görüşleri, Kurumca bağlanan gelirlerin peşin sermaye değerinin ve geçici iş göremezlik ödeneklerinin hesaplanan zarardan indirilmesi, Kurumun rücu hakkının korunması ve mükerrer ödemeyi önleme ilkesine dayandığından, kamu düzenine ilişkin olarak kabul edilmiştir. Kaldı ki, 6098 sayılı Kanunun 55. maddesi de emredici bir hükme yer verdiğinden gerçekleştiği tarihe bakılmaksızın tüm fiil ve işlemlere uygulanmalıdır.*"[10].

Bu tebliğde bir iş kazası sonucunda ortaya çıkan zarardan işverenin sorumluluğunun hukuki niteliği öğreti görüşleri ve Yargıtay kararları ele alınarak incelenecek ve işverenin sorumluluğunun koşulları ile kapsamına değinilmeyecektir.

I. İŞVERENİN SORUMLU OLDUĞU İŞ KAZASI

Öncelikle işverenin sorumlu olduğu iş kazasının ve ardından işverenin bu iş kazasından sorumluluğunun hukuki niteliğinin yani kusurunun bulunmasının gerekip gerekmediği ele alınacaktır.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda yer alan hükme göre, "*İş kazası; a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle, sigortalı kendi adına ve hesabına*

[8] Süzek, 429.

[9] "*Yapılacak iş; davacı F.'ya gelir bağlanıp bağlanmadığını Sosyal Sigortalar Kurumundan sormak, bağlanmamış ise davacı F.'ya SSK.'na müracaatta bulunması için önel vermek (tir).*", Y21HD., 8.2.2007, 13473/1524, www.kazanci.com (27.3.2013).

[10] Y21HD., 2.11.2012, 12797/18481, www.kazcanci.com (11.3.2013).

bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle, c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, d) Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş gelişi sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özüre uğratan olaydır" (md.13/1)[11].

5510 sayılı Kanunun 13. maddesinde yer alan iş kazası tanımı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu hükümlerinin uygulanabilmesi için hangi kazanın iş kazası sayılacağını hüküm altına almıştır. Bu tanıma uygun bir kaza halinde 5510 sayılı Kanunda düzenlenen sigorta yardımları kazaya uğrayan sigortalıya veya ölümü halinde hak sahiplerine Sosyal Güvenlik Kurumunca sağlanır. İş kazasına uğrayan sigortalıya sosyal sigorta yardımlarının yapılabilmesi için işverenin kusurlu ya da sigortalının kusursuz olma koşulu aranmaz[12].

5510 sayılı Kanunun 13. maddesinde belirtilen hallerden birinde meydana gelen bir kazanın iş kazası sayılabilmesi için kaza ile işyerinde yürütülen iş arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekip gerekmediği hususunda öğretide görüş birliği yoktur.

Tuncay/Ekmekçi'ye göre, "*Hukukumuzda ise, işle kaza arasında bir nedensellik bağı bulunup bulunmadığı hususunda Kanunkoyucu md.13'te belirli karineler saptamıştır. … Ancak bu haller kanımızca kesin karine olmayıp aksinin ispatı mümkün olan nisbi karineler niteliğindedir. İşveren, meydana gelen kazanın*

[11] 20.6.2012 tarih ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 3/1,g maddesinde iş kazası şöyle tanımlanmıştır: " *İş kazası: İşyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenen özre uğratan olayı, ... ifade eder.*". Görüldüğü üzere 6331 sayılı Kanun iş kazası kavramını 5510 sayılı Kanuna göre daha dar kapsamlı düzenlemiştir. Bu tanım esas alındığında, 5510 sayılı Kanunun 13/1. maddesinin c, d ve e bentlerinde belirtilen hususların iş kazası olarak kabul edilebilmesi mümkün olmayacaktır. Belirtmek gerekir ki, 6331 sayılı Kanunun yaptığı iş kazası tanımı, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu uygulaması açısından hüküm ifade edecektir. İş kazası ve meslek hastalıkları sigorta kolundan sağlanacak yardımların veya işverenin hukuki sorumluluğun belirlenmesinde yine 5510 sayılı Kanunun tanımı esas alınmalıdır.

[12] "*Mahkeme, … ölen kişinin … sarhoş vaziyette kesim yaptığından ölüm olayının iş kazası sayılamayacağına karar vermiştir. … Anılan Yasanın 11. maddesinin A-a/b fıkrası gereği, sigortalının işyerinde çalışırken ve işverenin işini yaparken öldüğü sabit olduğuna göre ölümün iş kazası sonucu meydana geldiğinin kabulü yerine, işyerinde sarhoş çalışırken öldüğünü göz önüne alıp olayın iş kazası sayılamayacağına karar verilmesi keza isabetsiz olup, bozma nedenidir.*", Y10HD., 23.3.1992, 12579/3624, www.kazanci.com (18.3.2013).

işin niteliği ve yürütümü ile hiçbir ilgisi bulunmadığını kanıtlayabilir. Bir kaza, md.13'te sayılan haller içinde meydana gelmiş olsa dahi onun işle bir ilgisi olup olmadığını saptamak için kazanın işverenin otoritesi altına meydana geldiğini araştırmak gerekir. Ancak otorite kıstasını çok mutlak anlamda almamak yerinde olur. Kazaya uğranılan sırada görülmekte olan işin işverenin çıkarlarına (ya da işletmenin amaçlarına) hizmet ettiği hallerde, sigortalının işverenin otoritesi altında olduğunu kabul etmek gerekir."[13].

Uşan'a göre, "*Sigortalının gördüğü iş ile kaza arasında bağlantı olmalıdır… Uğranılan kazanın, görülen iş dolayısıyla meydana gelmesi durumunda bir bağlantı vardır. Bir başka ifadeyle, olayların normal akışına ve genel hayat tecrübelerine göre meydana gelen kaza sigortalının gördüğü işin sonucu olmalıdır*"[14].

Süzek'e göre, "*Kazanın 5510 sayılı Yasanın 13. maddesinde sayılan hallerden birinde gerçekleşmiş olması yeterlidir. Kaza bu hallerden birinde örneğin sigortalının işyerinde bulunduğu sırada meydana gelmişse Sosyal Güvenlik Kurumunun yükümlülüklerinin doğması açısından illiyet bağı gerçekleşmiş sayılır. İlliyet bağının oluşması için başka bir koşul, kazanın yapılan işle ilgisinin bulunması aranmaz… Buna karşılık işverenin iş kazasından hukuki sorumluluğunun doğabilmesi için meydana gelen kaza ile yapılan iş arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Olayı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 13. maddesi anlamında bir iş kazası sayılması her durumda işverenin sorumlu tutulması için yeterli değildir. Bunun için, kaza ile yapılan iş arasında illiyet bağının bulunması, kazanın yapılan işle bağlantısı olması, onun sonucu olarak ortaya çıkması zorunludur. Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada bedence zarara uğratan her olay SSGSSK anlamında iş kazası sayılarak sosyal güvenlik yardımları yapıldığı halde, kaza işçinin gördüğü işle ilgili değilse, işverenin sigortaca karşılanmayan zararı tazminle yükümlü tutulamaz.*"[15].

---

[13] Tuncay A. Can/Ekmekçi Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 15. B., İstanbul 2012, 306, 307.

[14] Uşan M. Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2.B., Ankara 2009, 177.

[15] Süzek, 440-441; Akın Levent, İşverenin İşçi Gözetme Borcundan Doğan Hukuki Sorumluluğunda Uygun Nedensellik Bağı (Karar İncelemesi), Çimento İşveren Dergisi, Mart 2011, 32; Ulusan, 75-76; Taşkent Savaş, İş Kazası Kavramı, Prof.Dr.Nuri Çelik'e Armağan, C.2, İstanbul 2001, 1955; Korkusuz M. Refik/Uğur Suat, Sosyal Güvenlik Hukuku, Bursa 2013, 308. Güzel/Okur/Caniklioğlu, bir kazanının 5510 sayılı Kanunun 13. maddesine göre iş kazası sayılabilmesi için maddede belirtilen hallerden birisinde meydana gelmiş olmasının yeterli olduğu görüşündedirler. Bkz. Güzel Ali/Okur Ali Rıza/Caniklioğlu Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. B., İstanbul 2010, 331. Sözer, kurumun sorumluluğu bakımından iş ile bağın aranmadığı bu durumu "*karine sorumluluğu*" olarak adlandırmaktadır. Yazara göre, ancak işçinin işverene karşı açtığı tazminat davalarında ise önce kusur olduğu, sonra akdi sorumluluk sonra da kusursuz sorumluluk (tehlike sorumluluğu) araştırması yapılır. Buna göre işverenin sorumlu olduğu iş kazası ile Kurumun sorumlu olduğu kaza kavramları birbirinden

Kanımızca, iş kazası ve meslek hastalığı halinde Sosyal Güvenlik Kurumunca sağlanan yardım miktarını aşan zararlardan işverenin sorumluluğunun 5510 sayılı Kanunda düzenlenmemiş olması nedeniyle işverenin bu konudaki sorumluluğu genel hükümlere göre belirlenmelidir. Bu nedenle işverenin sorumlu olduğu kazanın belirlenmesinde sorumluluk hukukunun genel ilkeleri doğrultusunda işçinin gördüğü iş veya işverenin yürüttüğü iş ile kaza arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekir[16]. Bir diğer ifade ile kaza yapılan işin sonucu olarak ortaya çıkmış olmalıdır. Belirtmek gerekir ki, bu nedensellik bağının kurulabilmesi için kazanın mutlaka işyerinde meydana gelmiş olması da gerekli değildir. İşverenin yürüttüğü işle nedensellik bağı bulunan ancak işyeri dışında meydana gelen kaza da işverenin hukuki sorumluluğunu gerektiren bir iş kazasıdır[17]. Kuşkusuz işyerinde meydana gelen ancak işçinin gördüğü işle nedensellik bağlantısı içinde olmayan bir kaza da 5510 sayılı Kanun hükümlerine göre iş kazası olarak kabul edilecek ancak işveren böyle bir kazadan sorumlu tutulamayacaktır. Görüldüğü üzere Sosyal Güvenlik Kurumunun sorumluluğu açısından iş kazası kavramı ile işveren sorumluluğu açısından iş kazası kavramı birbirinden farklıdır. İşverenin hukuki sorumluluğunu gerektiren her kaza Sosyal Sigortalar Genel Sağlık Sigortası Kanunu bakımından da iş kazası olmasına karşın, 5510 sayılı Kanun açısından iş kazası sayılan her kaza işverenin hukuki sorumluluğunu gerektiren bir iş kazası değildir. Başka bir ifade ile 5510 sayılı Kanun bakımından iş kazası kavramı işverenin sorumlu olduğu iş kazası kavramına göre daha geniş bir anlama sahiptir. Böyle bir sonuç AY.60'da düzenlenen sosyal

---

farklıdır. Bkz. Sözer Ali Nazım, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul 2013, 297, dn.4; Sözer Ali Nazım, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda İş Kazası Kavramı ve Unsurları, Prof.Dr.Nuri Çelik'e Armağan, C.2, İstanbul 2001, 1893; Şakar Müjdat, Sosyal Sigortalar Uygulaması, İstanbul 2009, 217; Bostancı Yalçın, Yargıtay Kararları Işığında İş Kazası Kavramı, Kamu-İş, C.8. S.1, 2005, 48 vd.; Ekin, 59; Yıldız, 10.

[16] Akın, işverenin hukuki sorumluluğunu gerektiren iş kazası bakımından nedensellik bağının varlığını gösteren bazı karinelerin varlığını ileri sürmüştür. Yazara göre, bu karinelerden ilki işverenin yürüttüğü işin icrası sırasında gerçekleşen işle ilgili kabul edilmesidir. Kazanın işverenin yürüttüğü işle olan ilgisinin tespitinde yararlanılan karinelerden bir diğeri, işverenin alması gereken tedbirlerle ilgilidir. Oluşan iş kazası işverenin iş sağlığı ve güvenliğine aykırı davranışından kaynaklanmışsa, gerçekleşen zarardan işveren sorumlu tutulabilir. Karinelerden bir diğeri ise, yürütülen işin yarattığı karinedir. İşçinin uğradığı kaza, işverenin yürüttüğü işin doğrudan ya da dolaylı olarak yarattığı tehlikenin sonucu ise, olayın işle uygun nedensellik bağı içinde olduğu kabul edilebilir. Oluşan bir iş kazasında söz konusu karinelerden birini rastlanmasa da kazanın işverenin işiyle ilgisi tespit edilebiliyorsa işveren yine sorumlu tutulabilir. Bkz. Akın, Uygun Nedensellik Bağı, 34.

[17] Süzek, 441; Akın, Uygun Nedensellik Bağı, 33.

güvenlik hakkının da bir gereğidir[18]. Öğretide işverenin sorumlu olduğu iş kazası bireysel iş hukuku anlamında iş kazası olarak da adlandırılmaktadır[19].

Yargıtay bir kararında Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası bakımından iş kazası ile işverenin hukuki sorumluluğunu gerektiren iş kazası arasındaki farklılığı şöyle ifade etmiştir: "*SSK'nca da olay, iş kazası sayılmayarak davacıların gelir bağlama talepleri reddedilmiştir. Davada işverenin sorumlu olabilmesi için olayın bir iş kazası sayılması ve ölüm ile işverenin eylemi arasında uygun sebep sonuç bağlantısı bulunması gerekir. Uygun sebep sonuç bağlantısı yoksa, sadece iş kazası sayılması işverenin sorumluluğu için yeterli sebep teşkil etmez. Olayın dosyada ortaya çıkan cereyan şekline göre, olay ile işverenin eylemi arasında uygun sebep sonuç bağlantısı kurmak mümkün değildir. Zira, olay, muris işine ara verdiği sırada, yakındaki bir üzüm bağından aldığı üzümü bir kaya üzerine çıkarak yediği bir sırada meydana gelmiştir. Bu olayın işverenin eylemi ile veya iş şartları nedeniyle oluştuğunu söylemek mümkün olamaz.*"[20].

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, sigortalının işyerinde geçirdiği bir kalp krizini şu gerekçe ile iş kazası olarak değerlendirmiştir: "*… yasanın iş kazasını sigortalıyı zarara uğratan olay biçiminde nitelendirmiş olması illiyet (nedensellik) bağını iş kazasının bir unsuru olarak ele almayı gerektirmiştir. Ne var ki, burada aranan "uygun illiyet (nedensellik) bağı*" olup, bu da yasanın aradığı hal ve durumlardan herhangi birinde gerçekleşme olgusu ile sonucun birbiriyle örtüşmesi olarak anlaşılmalı, yasada olmadığı halde, herhangi başkaca kısıtlayıcı bir koşulun varlığı aranmamalıdır. Kısacası; anılan yasal düzenleme, sosyal güvenlik hukuku ilkeleri içinde değerlendirilmeli; maddede yer alan herhangi bir hale uygunluk varsa zararlandırıcı sigorta olayının kaynağının işçi olup olmaması ya da ortaya çıkmasındaki diğer etkenlerin değerlendirilmesinde dar bir yoruma gidilmemelidir… Daha açık ifadeyle; sigortalının, işyerinde çalışmakta iken kalp krizi geçirerek ölümü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 11. maddesinin (A) fıkrasının (a) bendinde gösterilen "*Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada meydana gelme*" haline uygun bir olay olduğu gibi, aynı maddenin (b) bendinde yer alan "*işveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla meydana gelme*" haline de uygun olup; iş kazası sayılması gerekir. Maddede, başkaca bir şart ya da kısıtlamaya yer verilmemiş olduğundan, yasada olmayan bir kısıtlamanın yorum yoluyla getirilmesine de olanak yoktur."[21]. Yargıtay bir başka kararında da

[18] Süzek, 440.
[19] Akın, Uygun Nedensellik Bağı, 32.
[20] Y9HD., 8.4.1993, 2500/3929, www.kazanci.com (25.3.2013).
[21] YHGK., 13.10.2004, 21-529/527, www.kazanci.com (18.3.2013).

sigortalının işyerinde öldürülmesini iş kazası olarak kabul etmiştir[22]. Yüksek Mahkemeye göre işçinin işyerinde intiharı da bir iş kazasıdır[23]. Görüldüğü üzere Yargıtay iş ile kaza arasında uygun bir nedensellik bağı aramamış, kazanın Kanunda öngörülen hallerden birisi içinde gerçekleşmesini yeterli görmüştür. Ancak Yüksek Mahkeme kaza ile zarar arasında nedensel bağı bulunmasını haklı olarak gerekli bulmuştur[24].

---

[22] "*Sigortalının, işyerinde bulunduğu sırada davalı tarafından öldürülmüş bulunduğa olayda tartışmasızdır. Öbür yandan, 506 sayılı SSK. nun 11. maddesinin (A) fıkrasının (a) bendine göre, sigortalının işyerinde bulunduğu sırada onu bedence arızaya uğratan olaylar dahi iş kazasıdır. Anılan hüküm, tanımlayıcı hüküm niteliğindedir ve bir konuda tanımlayıcı hüküm olunca, tanımlamada o hükmün göz önünde tutulmasında yasal ve hukuksal zorunluluk vardır. Daha açık bir anlatımla, nasıl, bu hükmün dışında bir olayı, bu hükmün belirlediği tanıma uymamasına rağmen başka bir görüş ve esastan hareketle, iş kazası saymak mümkün değilse, bu tanımın belirlediği çevreye giren bir olayı da, aynı şekilde iş kazası olarak tanımlamamak mümkün değildir. Bu konuda, mahkemece, olayı yanlış olarak tanımlayan kararlara, da, özellikle kesin yargı çevresinde, bağlayıcı güç ve nitelik tanınamaz.*", Y10HD., 4.2.1980, 6407/624, www.kazanci.com (18.3.2013).

[23] "*Şu hale göre 506 sayılı Yasanın 11/A-a maddesinde tarif edildiği üzere sigorta olayına neden olan intihar eyleminin işçilerin ikametine ayrılan ve işyerinin eklentisi konumunda bulunan bu nedenle de işyerinden sayılan işçi yatakhanesinde diğer bir anlatımla sigortalının "işyerinde bulunduğu sırada*" meydana geldiğinde ve iş kazası olduğunda kuşku yoktur. Bu bakımdan olayı iş kazası saymayan mahkeme kararı isabetsizdir. Bu bağlamda açıklamak gerekirse, 506 sayılı Yasanın 11. maddesindeki iş kazası oluşturduğu belirtilen haller daha çok iş veya işin yürütümü ile ilgilidir. Zira, 11. madde de sayılan haller, işçinin işverenin otoritesi ve sorumluluğu altında bulunduğu durumlardır. O nedenle işverenin sorumluluğu altında çalıştırdığı sigortalının güvenliği beden ve ruh sağlığı için gerekli tedbirleri almak yükümü var ise de, bu hal her zaman için zorunlu değildir. Belirtelim ki böyle bir ilgi ve ilişki (illiyet) söz konusu olmadığı hal ve durumlardan birinde dahi meydana gelen bir olayında iş kazası sayılması mümkündür. Sözgelimi intihar eylemi eğer işyerinde gerçekleşmiş ise, olayın salt işyerinde meydana gelmesi durumunda bile, intihar eden sigortalının gördüğü işle ilgili ve işvereninin kusurundan kaynaklanmamış olmasına rağmen 506 sayılı Yasanın 11. maddesi açıklığı gereği olay yine de iş kazasıdır. Ancak bu durumda olaylarla iş ve işveren arasında nedensellik bağı bulunmayacağı için işveren ve onun halefi olanlar Kuruma karşı sorumlu tutulamaz.", Y10HD., 5.7.2004, 4465/6425, www.kazanci.com (25.3.2013).

[24] "*Aksine, sigortalının olay günü olarak belirttiği 4.12.1986 tarihinde, anlatılan biçimde bir olay cereyan etmediği 5-6/12/1986 günü işyerinde çalıştığı, 7.12.1986 tarihinde hastalık nedeniyle viziteye çıktığı, menenjit teşhisine ilişkin ilaçlar verildiği, 9.12.1986 tarihinde hastahaneye yattığı ve 10.12.1986 günü öldüğü, otopsi ve Adli Tıp Meclisi raporlarına göre, ölüm sebebinin irinli menenjit olduğu, harici travma olayına rastlanmadığı, beyin yaygın iltihabından kaynaklanan hastalık nedeniyle ölümün gerçekleştiği, bu sonuç ile iş ve işyeri arasında illiyet bağı bulunmadığı anlaşılmış, sigortalının irinli menenjit hastalığına yakalandığı, işyeri dışında hastahanede öldüğü ortaya çıkmıştır. Bu durum karşısında, ağır ve tehlikeli işlerde çalışmaya elverişli bulunduğuna dair işe giriş raporu alınmadan işe kabulü ve periyodik muayenelere tabi tutulmadan işte çalıştırılmasının mukavemetini kırması yüzünden hastalandığına göre illiyet bağının oluştuğuna ilişkin olup, maden mühendisi olarak tıbbi konularda hiç bir uzmanlığı bulunmayan yetersiz bilirkişi raporu hükme esas tutularak, olayın iş kazası sayılması ve bir an için bu mütalaa geçerli kabul edilse bile, 506 sayılı Kanunun 41. maddesinde yazılı rücu davasında geçerli olabileceğinin düşünülmemesi, usul ve kanuna aykırı olup bozma nedenidir.*"., Y10HD., 26.11.1990, 7943/9851, www.kazanci.com (26.3.2013); "*Mahkemece yapılacak iş, ölen sigortalıya ait tüm röntgen, tedavi ve teşhis, ameliyat ve sair ilgili belgeler ile dava dosyası da göz önünde tutularak travmatoloji uzmanlarından oluşan bir bilirkişi kurulundan giderek gerektiğinde Tıp Fakültesi Konseylerinden ölümün iş kazası sonucu*

II. İŞVERENİN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. ÖĞRETİ GÖRÜŞLERİ

Öğretide iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle işverenin hukuki sorumluluğunun niteliği konusunda görüş birliği yoktur. Genel olarak bu konudaki görüşleri kusurlu sorumluluk ve kusursuz sorumluluk olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür.

a) Kusursuz Sorumluluk Görüşü

Öğretide yazarların önemli bir kısmı işverenin iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle hukuki sorumluluğunun niteliğini kusursuz sorumluluk ilkesine dayandırırlar. Ancak bu görüşte olan yazarların kusursuz sorumluluğun dayanağı konusunda görüş birliği içinde olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Bazı yazarlarca kusursuz sorumluluk, "*kanun boşluğu doldurma*" yöntemine, bir kısmı "*hakkaniyet*" esasına, diğer bir kısmı ise "*tehlike yaratma*" ilkesine dayandırmaktadır. Bu görüşlerden bazıları ana hatlarıyla şöyledir:

Eren'e göre, Türk Hukukunda işverenin iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan sorumluluğunun hukuki dayanağı konusunda kanun boşluğu vardır. Hâkimin MK.1/2 doğrultusunda işverenin sorumluluğunu risk (tehlike) sorumluluğu olarak kabul etmesi ve kusursuz sorumluluk ilkesini benimsemek suretiyle bu boşluğu doldurması gerekir[25].

Çenberci'ye göre, 1475 sayılı İş Kanununun 23. maddesinde işçinin eşyalarını kusursuz sorumluluk çerçevesinde koruyan kanun koyucunun, işçinin vücut bütünlüğüne aynı hassasiyeti göstermediği, işçinin eşyalarına, vücut tamlığının üstünde yer verdiği düşünülemez[26].

Tuncay'a göre, sorumluluk hukukumuz açısından işverenin iş kazasından doğan sorumluluğunu Borçlar Kanunu'nun 332'nci maddesi düzenlemektedir. Ancak BK. 332'nin alelade bir kusur sorumluluğu getirdiğinin kabulü de, işin niteliğine, hayatın gereklerine ve sosyal düşüncelere uymaz. Bu nedenle BK. 332'de yer alan

---

meydana gelip gelmediği yönünden evvelki raporu da irdeleyecek şekilde rapor almak, delilleri tümü ile değerlendirmek, sonucuna göre karar vermekten ibarettir.", Y10HD., 29.6.1992, 6593/7491, www.kazanci.com (23.3.2013).

[25] Eren, 83-94.

[26] Çenberci Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1986, s.992.

hakkaniyet ölçüsünün, işverenin hakkaniyet sorumluluğu olarak yorumlanması ve dolayısıyla işverenin kusursuz sorumluluğu uygun olacaktır[27].

Ulusan'a göre, "*BK.md.332 hükmünün tek başına değil de İş K.md.73 ile ele alındığında, işverenin sorumluluğunun, yasal düzeyde eksiksiz bir biçimde sağlanabileceği düşüncesindeyiz. Bu düşüncenin doğal sonucu olarak, işverenin önlem alma yükümlülüğünden daha doğrusu buna uymama halinde işyerinde meydana gelen iş kazalarından ve meslek hastalıklarından sorumluluğunun tek başına kusur sorumluluğuna dayanan BK.md.332 hükmünden çok, bu hükmün İş K.md.73 ile tamamlanması sonucunda ortaya çıkan ve tehlike ilkesinden kaynaklanan kusursuz sorumluluğa dayandığını belirtmek yerinde olur.*"[28].

Centel'e göre ise, "*İşveren işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli olan her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak(la) … yükümlüdür*" anlatımını taşıyan BK m. 417/II hükmündeki "*gerekli her türlü*" ve devamındaki "*noksansız*" sözcükleri karşısında; buradaki sorumluluğun hukuki niteliğinin "*kusura dayanmayan (kusursuz sorumluluk) olduğu söylenmelidir.*"[29]. Yazara göre, "*BK'nın konuya ilişkin açık düzenleme içermemesine karşılık, TBK m.55/1 tümce 2; destekten yoksun kalma zararları ile bedeni zararların hesaplanması hakkında, "Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez.*" hükmünü getirmektedir. Söz konusu hükmü, TBK m. 417'ye öngörülen kusursuz sorumluluk esasının pekiştirilmesi olarak değerlendirmek doğru olur. Gerçekten, iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan işçinin veya işçi yaşamını yitirdiğinde yakınlarının maddi tazminat talepleri Kurum tarafından karşılanmamış zararların giderilmesine yönelecektir. ..Böylece

[27] Tuncay A. Can, İş Kazasının Unsurları ve İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğu İHU, 1982/1, SSK. 11 (no.2). Aynı görüş için bkz. Hatemi Hüseyin, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat Takdiri, İHU, 1976, İşK.73 (no.2); Tunçomağ, 136.

[28] Ulusan, 38, 39.

[29] Centel Tankut, Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011, 16. Yazara göre madde metni ile madde gerekçesi arasında uyumsuzluk bulunmaktadır: "*Madde gerekçesindeki "… Buna göre, işveren hizmet ilişkisinin ve yapılan işin niteliği göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gereği kendisinden beklenen; deneyimlerin zorunlu kıldığı, teknik açıdan uygulanabilir ve işyerinin özelliklerine uygun olan önlemleri almakla yükümlüdür…*" anlatımı ise kusur sorumluluğunun varlığı anlamını taşımaktadır. Aslında, söz konusu tümce, kaynak düzenleme olan İsviçre BK m.328/II hükmünü karşılamaktadır. Ancak hem kaynak yasa hem de yukarıya alınan gerekçe metni kusur sorumluluğu esasını içerirken; madde gerekçesinin ilişkin olduğu TBK.417/II hükmü, daha önce belirtildiği gibi kusursuz sorumluluk temelinde yükselmektedir. Böylelikle, madde gerekçesi ile madde metni arasında, açık bir uyumsuzluğun varlığı ortaya çıkmaktadır.".

Kurum; işverenin kusuru bulunmasa (yani rücu olanağı söz konusu olmasa) dahi, sosyal devlet (Ay.m.2) olmanın gereği olarak, sosyal güvenlik ödemelerini yapacak, ama bunlar için işverene rücu talebinde bulunmayacaktır. Ancak ölen işçinin yakınlarının açacağı destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin davada mahkeme; TBK m.55/I cümle 2 uyarınca indirime gitmemek suretiyle, iş kazasının veya meslek hastalığının oluşmasında kusuru bulunmayan işverene rücu edilemeyen ama Kurum tarafından karşılanmış zarar için, tazminata hükmetmek durumunda kalacaktır. Bu sonucun kabulü ise, işverenin kusuruna bakılmaksızın her şeyden sorumlu tutulmasından başka bir anlam taşımamaktadır."[30].

b) Kusur Sorumluluğu Görüşü

Öğretide diğer bir grup görüşler ise işverenin iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan sorumluluğunun kusur sorumluluğu ilkesine dayandığı yönündedir. Bu görüşler esas itibariyle, işverenin sorumluluğunu, BK.96 ve 332 (TBK.112) hükümlerine dayandırmaktadırlar[31]. Bu sorumluluk türüne göre *kusur*, sorumluluğun kurucu unsurudur. Kusur sorumluluğu esasına göre tazminat yükümlülüğünün varlığı için zararı meydana getiren fiilde failin kusurunun bulunması temel koşuldur. Bu görüşte olan yazarlardan bazılarının görüşleri özetle şöyledir:

Süzek'e göre, "*İş Kanununun 77 vd. maddeleri genel koruma normları niteliğinde olup, bir sorumluluk sitemi getirmiş değildir. Bu maddelerde, söz konusu normlara uyulmaması halinde uygulanacak kamu hukuku yaptırımları, idari (para cezaları) yaptırımlar (İK 79, 105) düzenlenmekte, buna karşılık kazanın meydana gelmesinden sonra işverenin hukuki sorumluluğu ve zararın nasıl tazmin edileceği konusunda herhangi bir hüküm öngörülmemektedir. Kuşkusuz, bu hükümlere aykırı davranış sonucunda bir zarar meydana gelmişse, bu durum kamu hukuku yaptırımları yanında işverenin hukuki sorumluluğunu (tazmin borcunu) da doğurur. Ancak doğan zararın genel hükümler, yani borçlar hukuku kuralları dışında tazmin edilmesini gerektiren özel bir sorumluluk sistemi bu maddelerde düzenlenmiş değildir. Başka bir anlatımla, anılan İK 77 ve 78 maddelere uygun olarak çıkarılan iş sağlığı ve güvenliği tüzük ve yönetmeliklerine aykırı davranış sonucunda ortaya çıkan bir tazmin borcu doğurur. Ancak zararın hangi esaslara göre, nasıl tazmin edileceği konusunda bu maddelerde özel bir*

[30] Centel, 17.
[31] Oğuzman, 337-339.

düzenleme ve yaptırım getirilmediğinden bu konuda Türk Borçlar Kanununun 112 vd. maddelerine başvurma zorunluluğu ortaya çıkar. Bu hüküm ler ise kural olarak kusur sorumluluğu esasına dayalıdır."[32].

Mollamutmoğlu/Astarlı'ya göre, "*İşverenin sorumluluğunun tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk olarak nitelenmesi amaç ve gereklerine daha uygun düşmekle birlikte Türk Hukukunda bu nitelemeyi haklı kılacak kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Oysa istisnai bir sorumluluk türü olan kusursuz sorumluluk için kanun hükmü bulunması icap ederdi. İlgili mevzuata baktığımızda İş Kanununun herhangi bir hüküm içermemesine karşılık Borçlar Kanununun 332. maddesi ile kusur sorumluluğunun benimsendiği 1. fıkrasının ifadesinden anlaşılmaktadır; sorumluluğun akit sorumluluğu olduğu da 332. maddenin 2. fıkrasıyla teyit edilmektedir. Şu halde yürürlükteki mevzuat bakımından işverenin hukuki sorumluluğunun, kusur sorumluluğu olduğu kabul edilmek zorundadır.*"[33].

Güzel/Ugan Çatalkaya'ya göre ise, "*İşverenin iş kazasından sorumluluğu, işçiyi gözetme borcuna aykırılıktan kaynaklanan bir kusur sorumluluğu olarak adlandırılabilecekse de; işçiyi gözetme borcunun kapsamı belirlenirken, bunun sınırlarının belirsiz oluşu, hatta söz konusu olanın insan yaşamı olmasından dolayı, bu borcun hiçbir sınırlamaya tabi kılınmayışı sonucunda; işverenin bu borca en ufak aykırılığı, sorumlu olması sonucunu doğuracaktır. Ayrıca işverenin bilincinde olması beklenen olası tehlikeleri öngörememiş olması dahi tek başına, bu borcun ihlali anlamına geleceğinden, işveren bundan kaynaklanan her türlü zarardan yine sorumlu tutulabilecektir*"[34].

---

[32] Süzek, 431. Yazara göre, "*Bunun gibi, burada bir yasa boşluğunun varlığından hareketle yargıç tarafından boşluğun kusursuz sorumluluk uygulanmak suretiyle doldurulması da isabetli sayılmaz. Çünkü, yukarıda da belirtildiği gibi borçlar hukukumuzda genel olarak benimsenmiş bulunan kusur sorumluluğu ilkesi ancak yasanın öngördüğü istisnai hallerde yasa koyucu tarafından bertaraf edilebilir. Belirtilen nedenlerle, işverenin işçiyi gözetme borcundan doğan sorumluluğunun, öğretinin bir bölümüne karşın kural olarak kusur esasına dayalı olduğunu kabul etmek yürürlükteki hukuk sistemimize daha uygun düşmektedir.*"

[33] Mollamahmutoğlu Hamdi/Astarlı Muhittin, İş Hukuku, 5.B., Ankara 2012, 1253, 1254.

[34] Güzel Ali/Ugan Çatalkaya Deniz, İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları, Çalışma ve Toplum, 2012/3, 181. Kusur sorumluluğunu savunan diğer görüşler için bkz. Oğuzman, 337; Tekinay S. Sulhi, İş Kazalarından ve Meslek Hastalıklarından Dolayı İşverenin Sorumluluğunun Sınırlandırılması Meselesi, UAMHAD, C.2, S.3, İstanbul 1968, 79 vd.; Akın,97 vd.; Kaplan Emine Tuncay, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1992, 79; Eyrenci Öner/Taşkent Savaş/Ulucan Devrim, Bireysel İş Hukuku, 4.B., İstanbul 2010, 304; Sevimli K. Ahmet, Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Korunması, Çalışma ve Toplum, 2013/1, 128-131; Yıldız, 10; Araslı Utkan, Yeni Borçlar Yasası'nın İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan Maddi Tazminat Davalarında Getirdiği Sistem ve Hakkaniyet İndirimi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011,

2. YARGITAY KARARLARINA GÖRE İŞVERENİN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

a) Kusur Sorumluluk İlkesinin Kabul Edildiği Dönem

İş kazası ve meslek hastalığı sonucunda işçinin uğradığı zarardan işverenin sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin olarak Yargıtay kararları istikrarlı bir çizgi izlememiştir. Yargıtay başlangıçta kusur sorumluluğu doğrultusunda kararlar vermiştir: "*Dava, iş kazası sonucu uğranılan zararların ödetilmesi isteğine ilişkindir… Yapılacak iş, uzman bir makine mühendisi bilirkişi seçilerek inceleme yaptırılmak, kusurun varlığı anlaşılırsa oranı tespit ettirilmek ve varılan sonuç gereğince karar vermekten ibarettir.*"[35].

b) Kusursuz Sorumluluk İlkesinin Kabul Edildiği Dönem

Yargıtay 27.3.1957 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararında işverenin istihdam eden kişi sıfatıyla sorumluluğunu risk teorisine dayandırmıştır[36]. Yüksek Mahkeme, ardından Yargıtay 13.3.1967 tarihli kararı ile kusur sorumluluğu ilkesinden vazgeçmiş ve işverenin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk

---

143 vd.; Başboğa Şahbaz, 64; Baycık Gaye, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Maden İşçileri, Ankara 2006, 159;

[35] Y9HD., 23.9.1965, 6411/7995, Orhaner, A. Baki, Türk İş Hukuku Emsal Kararları, Ankara 1966, 171.

[36] "*19. Yüzyıl başlarındaki kanun yapma hareketlerinde haksız fiilden doğan mesuliyet hükümleri, zararı meydana getirenin kusurlu olması esasına dayanmakta idi yani bir kimsenin isteyerek yahut önleyebileceği bir zararı önlemek için dikkatli davranmamış olması yüzünden meydana getirdiği bir zararın karşılığını tazmin etmesi kabul edilmekte idi, diğer tabirle iradesini gereği gibi kullanmayan kimse, iradesini kullanıştaki bozukluktan dolayı mesul tutuluyordu. Lakin o yüz yılın ortalarına doğru tatbik sahasına giren yeni keşifler ve bu arada sanayinin ve ziraatın gösterdiği olağanüstü gelişmeler ve iktisadi hayata hâkim olan makineleşme hareketi, insanlar arasındaki münasebetleri eskisine göre çok sıklaştırdığı gibi tehlike ihtimallerini eskisine göre pek çok artırdığı cihetle kusura dayanan mesuliyet sistemi ile zararların karşılanmasına bir çok hallerde imkan kalmadığı görüldüğünden, kanunlara, sırf zarar tehlikesinin mevcut olması esasına dayanan bir takım mesuliyet hükümleri konulmasına zaruret duyulmuştur ki, bunlara kusursuz mesuliyet hükümleri yahut tehlike esasına dayanan mesuliyet hükümleri denilmektedir. Nitekim Borçlar Kanununun 54. maddesinin birinci fıkrası, 56. maddesinin birinci fıkrası, 58. maddesinin birinci fıkrası hükümleriyle Medeni Kanunun 320. maddesi hükmü, kusursuz mesuliyet hükümlerindendir. Borçlar Kanununun haksız fiile ait hükümlerinin yazılışına esas olan sıraya göre dahi kusursuz mesuliyet hükümleri arasına konulmuş bulunan bu 55. madde hükmünü kusur sebebine dayanılarak değil ve fakat içtimai tehlike dolayısıyla kabul edilmiş hükümlerden saymak, iktisadi ilerleme yolunda bulunan ve bu bakımdan gerek sanayi sahasına, gerekse makineleşmek üzere olan ziraat sahasında fertler için birçok zarar tehlikesi ihtimalleri beliren memleketimiz bakımından da içtimai ihtiyaçlara tamamıyla uygun düşecektir ve böylece, kanunun lafzına dayanan tefsiri, onun ruhuna da uygun neticeler verecek demektir.*", YİBK., 27.3.1957, 1/3, www.kazancı.com (25.3.2013).

ve bunun dayanağının da "*risk teorisi*" olduğu görüşünü benimsemiştir: "*İş Hukuku alanındaki bilimsel içtihatlar ve özellikle risk nazariyesi sanayiinin gelişmesiyle iş kazalarına karşı işçilere garantiler getirme zorunluluğunun belirgin bir ifadesi olarak görülür. Yine meseleyi aynı zamanda sosyal plan üzerinde inceleyen risk nazariyesi, bütün sosyeteyi faydalandıran bir ilerleyiş hamlesine, elleriyle çalışanları feda etmenin en ilkel adalet fikrine karşıt olacağı görüşünü savunur. Bütün sosyete, sanayi inkılâbından faydalandığına göre bu gelişimin mağdurları için kolektif bir garanti sağlamak zorundadır. Keza bu nazariyeden ilham alınarak iş kazalarında, klasik sorumluluk kurallarının iktibası yoluna gidilmiş ve işverenin patrimuvan risk yükleyen içtihat, sigorta hukukunun temel ilkesi olarak vücut bulmuştur*"[37].

Yargıtay, konuya ilişkin olarak 12.11.2003 tarihli bir Hukuk Genel Kurul kararında daha önceki içtihatlarına uygun olarak işverenin kusursuz sorumluluğunun dayanağını tehlike (risk) sorumluluğu olarak hüküm altına almıştır: "*… 19. yüzyılın başlarındaki kanun yapma hareketlerinde haksız fiilden doğan sorumluluk hükümleri zararı meydana getirenin kusurlu olması esasına dayanmakta idi. Ne var ki, daha sonraları yeni keşifler ve bu arada sanayiinin ve tarımın gösterdiği olağanüstü gelişmeler ve ekonomik hayata hakim olan makinalaşma hareketi insanlar arasındaki ilişkileri sıklaştırdığı gibi tehlike olasılıklarını da eskisine göre pek çok arttırdığından kusura dayanan sorumluluk sistemi ile zararların karşılanmasına birçok hallerde imkan kalmadığı görüldüğünden kanunlarla sırf zarar tehlikesinin mevcut olması esasına dayanan bir takım sorumluluk hükümleri konulmasına ihtiyaç duyulmuştur. Bunlara kusursuz sorumluluk hükümleri yahut tehlike (risk) esasına dayanan sorumluluk hükümleri denilmektedir. … Yukarıda açıklanan nedenlerle somut olayda, zararı doğuran olay işverenin işinin görüldüğü, işverenin emir ve talimatı dahilinde hareket edildiği sırada beklenmeyen nedenler sonucu meydana geldiğinden, nedensellik bağı çerçevesinde işverenin mal varlığına risk yükleyen tehlike (risk) esasına dayanan sorumluluk hükümlerine göre davalı işveren Mehmet'in sorumlu tutulması gerekirken, bu davalı hakkındaki davanın tümden reddedilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır.*"[38].

Yargıtay kusursuz sorumluluk ilkesini kabul ettiği dönemde verdiği kararlarda da kusur oranı esas alınarak hakkaniyet indirimi yapılması gerektiğini

[37] Y9HD., 13.3.1967, 2341/1970, Orhaner A. Baki/Orhaner Süleyman, Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları, Ankara 1969, 203-205. Aynı doğrultuda, Y9HD., 3.11.1967, 8075/10174, Güzel/Ugan Çatalkaya, 174.

[38] YHGK. 12.11.2003, 21-673/641, www.kazanci.com (12.3.2013).

hüküm altına almıştır: "*Hakim, bu tür davalarda, sonuca ulaşırken, hesaplamaya ilişkin, maddi unsurları, tarafların kusur durumlarını, sorumluluğa ilişkin temel hukuk ilke ve esasları yanında, tarafların, sosyal ve ekonomik koşullarını hep birden değerlendirmek zorundadır. Maddi tazminatın, hiç bir zaman zenginleştirme aracı olmadığı ve özendirici nitelik göstermemesi gereği göz ardı edilmemeli ve bu arada, sözü edilen tazminatın bir tarafın zararını karşılarken, diğer tarafın, ekonomik veya ticari hayattan silinmesini gerektirecek boyutlara ulaşması önlenmelidir. Bu nedenle, tarafların ekonomik ve sosyal durumları araştırılmalı, zararı ödemekle yükümlü işverenin iş hacmi, işletmesinin büyüklüğü, kaç işçi çalıştırdığı saptanmalı, tazminatın sonuçlarına katlanıp katlanamayacağı yönünde ön bilgiler toplanmalıdır. Kısaca tazminat belirlenirken bunun toplumda yaratacağı olumsuz durumlar göz ardı edilmemeli ve toplumsal denge ve çıkarlar da korunmalıdır. Bu durumda hâkim toplayacağı kanıtlar sonucu gerektiğinde BK'nun 43. maddesinin kendisine verdiği yetkiyi kullanmak suretiyle, hakkaniyete uygun indirim yoluna gitmeli ve tazminat belirlenmenin gerçekçi niteliğini ortaya koymalıdır.*"[39]. Kusursuz sorumluluk esasının geçerli olduğunun kabul edildiği hallerde, tazminattan kusur oranında indirim yapılması esasının benimsenmiş olması bir çelişkidir ve eleştiriye açıktır.

Belirtmek gerekir ki, bu dönem içerisinde de az da olsa kusur sorumluluğuna temas eden Yargıtay kararları bulunmaktadır.

c) Yeniden Kusur Sorumluluğu İlkesinin Benimsendiği Dönem

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 3.2.2010 tarihli bir kararında 1966 yılından bu yana istikrarla sürdürdüğü yukarıdaki görüşünden ayrılmış ve kusur sorumluluğu esasını benimsemiştir: "*Öncelikle, belirtilmelidir ki, bir olayın iş kazası olarak nitelendirilmesi, işverenin her durumda bu kazadan sorumlu tutulmasını gerektirmez. Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında bir iş kazasından işverenin sorumlu olması için, işverenin iş güvenliği önlemlerini alma ve özen gösterme yükümlülüğüne aykırı davranışı veya ihtimal göstermesi sonucu kaza meydana gelmiş olmalıdır. Diğer bir deyişle, Özel Daire bozma ilamında da değinildiği üzere oluşan kazadan sorumlu olabilmesi için işverenin kusurunun kanıtlanmış olması gerekir… O halde, Özel Daire bozma ilamında ve yukarıda*

[39] Y21HD., 17.3.1998, 815/1867, www.kazanci.com (12.3.2013).

açıklanan gerekçelerle, davalı işveren E. Şirketi'ne kusur yüklenemeyeceğinden, davalı işverene karşı açılan davanın reddine karar verilmeli(dir)."[40] [41].

d) Yargıtayın 2012 yılında Kusursuz Sorumluluk İlkesini Benimseyen Kararları

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 2012 yılında verdiği kararlarda da yeniden kusursuz sorumluluğu ilkesini benimsemeyi sürdürmüş ve kararlarında bu görüşünü şöyle gerekçelendirmiştir: "*İşyerinde meydana gelen iş kazaları nedeniyle işverenin hukuki sorumluluğunun niteliği sorunu öğretide ve uygulamada zaman içerisinde farklı görüş ve uygulamaların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Yargıtay'ın önceki kararlarında da benimsediği bir görüşe göre, işverenin bu açıdan sorumluluğu kusura dayanmaktadır. Çünkü İsviçre ve Türk Hukuk Sisteminde özel bir düzenleme söz konusu olmadıkça asıl olan kusur sorumluluğudur. Sanayiinin gelişmesi ve yurt düzeyine yayılması sonucunda işyerlerinde kullanılan teknik ve motorlu araçların her geçen gün daha fazla artması ve bu nedenle de alınabilecek her türlü önlemlerle dahi önüne geçilmesi olanağı bulunmayan tehlikelerin ortaya çıkması, dolayısıyla iş kazaları ve meslek hastalıklarının büyük artışlar göstermesi karşısında kusura dayanan sorumluluk ilkesinin yetersiz kaldığı modern toplum hayatının ihtiyaçlarına cevap vermediği*

---

[40] YHGK., 3.2.2010, 21-36/67, www.kazanci.com (12.3.2013). Kararın değerlendirilmesi için bkz. Güzel/Ugan Çatalkaya, 157 vd.; Akın, Uygun Nedensellik Bağı, 26 vd.; Saraç Coşkun, İşyeri Dışında Meydana Gelen İş Kazası Nedeniyle Sorumluluk-İşverenin Önlem Alma Yükümlülüğü-Uygun İlliyet Bağı, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2010, 202 vd.; Aydınlı İbrahim, İşverenin Koruma Yükümlülüğünün Sınırına İlişkin hukuk Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi, İş Dünyası ve Hukuk, Prof.Dr.Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011, 98 vd.

[41] Karara konu olan Yargıtay 21 Hukuk Dairesi 3.3.2009 tarih ve 20034/30216 sayılı kararında kusur sorumluluğu ilkesini şu gerekçelerle benimsemiştir: "*İşyerinde meydana gelen iş kazaları nedeniyle işverenin hukuki sorumluluğunun niteliği Yargıtay'ın önceki kararlarında da benimsediği görüşe göre, kusura dayanmaktadır. İsviçre ve Türk Hukuk Sistemi'nde özel bir düzenleme söz konusu olmadıkça asıl olan kusur sorumluluğudur. İşverenin kusurlu eylemi ile zarar arasında uygun bir illiyet bağı yoksa işverenin sorumluluğundan söz edilemez. Kusur sorumluluğunda 3 halde illiyet bağı kesilebilir. Bunlar, mücbir neden, zarar görenin ve 3. kişinin ağır kusurudur. Öğretide illiyet bağını kesen nedenlerin bütün sorumluluk halleri için geçerli olduğu vurgulanmaktadır. Kusurlu olmadığı halde işvereni, meydana gelen zarardan sorumlu tutmak adalet ve hakkaniyet duygularını incitir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.03.1987 tarih ve 1986/9-722 Esas, 203 Karar sayılı kararı da aynı doğrultudadır. İlliyet bağı sorumluluğun temel öğesidir. Zararla eylem arasında illiyet bağının mevcut olması, zararın eylemin bir neticesi olarak ortaya çıkması, yani eylem olmadan zararın meydana gelmeyeceğinin kesin olarak bilinmesidir. Hiçbir hukuk düzeni mantık yasalarına göre mevcut olmayan illiyeti yaratamaz. Mantık bakımından bu illete sonsuz zincir halinde neticeler bağlanabilir. Hukuki netice olarak zararın tazmin sorumluluğunun kabulü için, bir sebebe illi olarak bağlanan neticeler silsilesinin içinde hangi kesimin gerekli ve yeter olacağını belirlemek yine hukuk düzeninin görevidir (Tandoğan, Mesuliyet, s.74).*".

görülmüştür. İşte son zamanlarda kendisini yoğun bir biçimde hissettiren teknik ve teknolojik alanlardaki bu gelişmeler, kusursuz sorumluluğun bir türü olan tehlike sorumluluğu kavramını ortaya çıkarmıştır. Tehlike sorumluluğunu savunanlar işverenin özen borcunu ideal ölçüler içinde yerine getirmesi halinde dahi, meydana gelen zarardan yine de sorumlu tutulması gerektiğini savunmaktadır. Yargıtay uygulamasında, ilk kararlarda işverenin iş kazalarından doğan sorumluluğunun haksız fiile dayandığını kabul etmişken, zamanla işçinin daha yararına olan, akdi sorumluluk esasını benimsemiştir. Sosyal, ekonomik ve kültürel alanda meydana gelen gelişmeler nedeniyle akdi sorumluluğun da yetersiz kalması üzerine Yargıtay uygulamalarında istikrarlı şekilde tehlike sorumluluğu görüşünü kabul etmektedir. Tehlike sorumluluğu, en ağır kusursuz sorumluluk halini oluşturmaktadır. Az öncede değinildiği gibi, işveren her türlü özen borcunu yerine getirmiş olsa dahi meydana gelen kazadan dolayı sorumluluktan kurtulma olanağı yoktur. Bu anlamda tehlike sorumluluğu mutlak bir sorumluluk olarak nitelendirilebilir. Bununla beraber belirtmek gerekir ki tehlike sorumluluğu bir "sonuç" sorumluluğu da değildir. Gerçekten zarar işletmeye özgü bir tehlikeden doğmamış, yani araya giren bir başka nedenden dolayı meydana gelmişse, işverenin bu zarardan sorumlu tutulmaması gerekir. Başka bir deyişle işyerinin işletilmesi veya bundan doğan tehlikeler ile zarar arasında uygun bir illiyet bağı bulunmuyorsa, işverenin sorumluluğundan söz edilemez."[42].

III. GÖRÜŞÜMÜZ

İş kazası ve meslek hastalığı halinde işverenin sorumluluğu uzun yıllardan bu yana öğretide tartışılmakta ve yargı kararlarına konu olmaktadır. İşverenin sosyal güvenlik kurumu tarafından karşılanmayan zararlardan, zarara uğrayan kişi ölümü halinde hak sahipleri karşısında sorumlu olduğu konusunda kuşku yoktur. Öğretide ve yargı kararlarında da bu konuda bir çekişme bulunmamaktadır.

Türk Borçlar Kanununun 417. maddesinin 1. fıkrasında işverenin "*işçinin kişiliğinin korunması*" başlığı altında şu hükme yer verilmiştir: "*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.*" Aynı maddenin 3. fıkrasına göre de, "*İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı*

[42] Y21HD., 5.4.2012, 4196/5289, www.kazanci.com (12.3.2013).

nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir." Hükümde işverenin sorumluluğunun sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine bağlı olduğu belirtilmiş ancak işverenin sorumluluğunun niteliğine ilişkin bir açıklık yer almamıştır. Zira sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk kusurlu veya kusursuz sorumluluk hükümlerine tabi olabilir. Bunun yanı sıra Türk Borçlar Kanununun 71. maddesi önemli ölçüde tehlike arz eden işletmeler açısından açıkça kusursuz sorumluluk esasını kabul etmiştir[43]: "*(2) Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça 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 öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır. (4) Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarargörenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.*" Bunun dışında iş kazası işverenin çalıştırdığı kişinin işini gördüğü sırada ve onun fiili sonucunda meydana gelmişse, işveren TBK.66'da öngörülen kusursuz sorumluluk gereği adam çalıştıran sıfatıyla sorumludur. Ayrıca işverenin işyerinde iş güvenliği önlemlerini alınması işini bir yardımcı kişiye bırakmışsa, yardımcı kişinin işi gördüğü sırada başkalarına verdiği zarardan sorumludur[44]. TBK.116'da öngörülen bu sorumluluk hali de bir kusursuz sorumluluktur[45]. Bir diğer ifade ile işverenin kusuru olmasa bile yardımcı kişinin verdiği zararı tazmin etmekle yükümlüdür.

Kanımızca, Türk Borçlar Kanununun 71. maddesinde öngörülen önemli ölçüde tehlike arz eden işletmeler açısından öngörülen tehlike sorumluluğu

---

[43] Geniş bilgi için bkz. Gerek Nüvit, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Öngörülen Tehlike Sorumluluğu, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011, 31 vd.; Süzek, 434-436.

[44] "*Öte yandan, 27.3.1957 gün 1/3 sayılı içtihadı Birleştirme Kararında da açıklandığı üzere, Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi uyarınca istihdam edenin sorumluluğu için kendisinin veya çalıştırdığı kişinin kusuru koşul değildir. Buradaki sorumluluk*" özen ve gözetim ödevinin" objektif olarak yerine getirilmesinden kaynaklanan kusura dayanmayan bir sorumluluktur. İstihdam edenin sorumluluğu için, istihdam edenle istihdam olunan arasında çalıştırma ve bağımlılık ilişkisinin bulunması zararın hizmetin ifası sırasında ve hizmetle ilgili olarak oluşması eylemin hukuka aykırı olması ve eylem ile zarar arasında uygun nedensellik bağımının bulunması gerekir.", Y21HD., 10.10.2005, 8163/9062, www.kazanci.com (27.3.2013).

[45] Süzek, 433.

ve 66. maddede düzenlenen adam çalıştıranın sorumluluğu hükümleri ayrık kalmak üzere, işverenin sorumluluğu kusur sorumluluğu ilkesine dayalıdır. Sorumluluk hukukunda asıl olan kusur sorumluluğudur. Kusursuz sorumluluğun söz konusu olabilmesi için Kanunda bunun açıkça öngörülmüş olması gerekir. Önemli ölçüde tehlike arz eden işletmeler için açıkça kusursuz sorumluluğun öngörülmüş olması, bunun dışında kalan diğer sorumluluk hallerinde kusursuz sorumluluk ilkesinin benimsendiğini gösterir.

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortasının Kanununun 13. maddesinde belirtilen hallerde meydana gelen ancak işçinin gördüğü iş ile kaza arasındaki uygun nedensellik bağının kesilmesi halinde ise işverenin sorumluluğu ortadan kalkar. Bu durum kazanın Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası anlamında iş kazası sayılmamasını gerektirmez. Uygun nedensellik bağını kesen nedenler kazaya uğrayan işçinin ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru ve zorlayıcı nedendir[46]. Yargıtaya göre, "*Öteki sorumluluk hallerinde olduğu gibi, tehlike sorumluluğunda da 3 halde illiyet bağı kesilebilir. Bunlar mücbir neden, zarar görenin kusuru ve 3. kişinin kusurudur. Öğretide illiyet bağını kesen nedenlerin bütün sorumluluk halleri ve bu arada tehlike sorumluluğu içinde geçerli olduğu vurgulanmaktadır. Yargıtay uygulamasında illiyet bağının sadece kusura bağlı sorumluluktan değil sebep ve özellikle tehlike sorumluluğunun kurulabilmesi için zorunlu olduğu kabul edilmektedir. İlliyet bağının kesilmesine neden olan bu çeşitli durumların öncelikle tehlike sorumluluğu içerisinde kabul edilmesi gerekir. Çünkü kusurlu olmadığı gibi, kendisinden beklenen özeni gereği gibi yerine getirmiş olan bir işvereni, işyeri ya da işletmeyle uzaktan, yakından ilgili bulunmayan mücbir nedenlerden sorumlu tutmak adalet ve hakkaniyet duygularını incitir.*"[47].

Belirtmek gerekir ki, işverenin kusurunun belirlenmesinde işverenin kişisel bilgi ve nitelikleri ve işverene özgü özel durumlar dikkate alınarak subjektif bir değerlendirme yapılmamalıdır. İşverenin sorumluluğu aynı durumda makul, sorumluluk sahibi ve dikkatli bir işveren esas alınarak objektif ölçüye göre saptanmalıdır[48]. Öğretide işverenin kusurunun objektif ölçütler esas alınarak belirlenmesi kusurun objektifleştirilmesi olarak adlandırılmaktadır.

İşverenin iş kazası ve meslek hastalığı halinde sorumluluğun kusursuz sorumluluk olarak kabul edilmesi işvereni işyerinde gerekli iş sağlığı ve önlemlerini

[46] Süzek, 442; Akın, Uygun Nedensellik Bağı, 34; Yıldız, 12-14.
[47] Y21HD., 5.4.2012, 4196/5289, www.kazanci.com (12.3.2013).
[48] Süzek, 443, 444; Eyreci/Taşkent/Ulucan, 304; Akın, 99; Yıldız, 11;Seratlı, 60-61.

alma konusunda daha özenli hareket etmesini de sağlayacaktır. Kuşkusuz her türlü önlemi aldığı ve meydana gelen kazada kusuru bulunmadığı takdirde sorumlu da tutulamayacağını bilen işveren, gereken önlemleri alma konusunda daha duyarlı hareket edecektir[49]. Bir anlamda kusursuz sorumluluk işvereni bu konuda daha dikkatli davranmaya yöneltecektir. Öte yandan kusursuz sorumluluk ilkesinin kabulü halinde işyerinde gerekli önlemleri almayan ve kazanın meydana gelmesinde kusurlu olan işveren ile her türlü önlemi alan ve kazanın oluşumunda kusuru bulunmayan işverenin aynı düzeyde sorumlu tutulması, işverenleri iş sağlığı ve güvenliği konusunda gerekli önlemleri alma konusunda teşvik edici olmayacaktır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi Yargıtay kusursuz sorumluluk esasının benimsediği dönemlerde bile belirlenen tazminattan hakkaniyet indirimi yoluna gitmekte ve bir anlamda her türlü önlemi alan işveren ile gerekli önlemleri almayan işverenin ödeyeceği tazminatı hakkaniyet indirimi yolu ile ayrıştırmaktaydı. Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği 1.7.2012 tarihinden sonra böyle bir indirimde mümkün değildir. TBK.55'e 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.*". Nitekim Yargıtay Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten sonra verdiği kararlarda açıkça hakkaniyet indiriminin uygulanamayacağını hüküm altına almıştır: "*6098 sayılı Kanunun 55. maddesi de kamu düzenine ilişkin emredici bir hükme yer verdiğinden gerçekleştiği tarihe bakılmaksızın tüm fiil ve işlemlere uygulanmalıdır. Yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda, iş kazasına dayalı olarak sigortalının sürekli iş göremezliği nedeniyle hesaplanan maddi zararlarından hakkaniyet indirimi yapılabilmesi mümkün değildir.*"[50].

[49] Süzek Sarper, İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985, 227; Yıldız, 10.
[50] Y21HD., 19.11.2012, 13919/20491, www. kazanci.com (12.3.2013).

SONUÇ

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 13. maddesinde belirtilen hallerden biri ile meydana gelen ve işçinin gördüğü işle ya da işyerinde yürütülen işle uygun nedensellik bağlantısı içinde olan bir iş kazasında, işveren Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmamış olan maddi ve manevi zararlardan sorumludur. İşverenin sorumluluğunun bulunması için yukarıda açıkladığım gerekçelerle kusurunun bulunması gerektiği görüşündeyim.

Prof. Dr. Sarper SÜZEK- Tazminatın hesaplanması konusunda çok önemli noktaya kısaca değinmek istiyorum yeni mevzuatımızın getirdiği. O da şu: Şimdi Türk Borçlar Kanunu'nun 55. Maddesinin 1. Fıkrasının son cümlesinde aynen şu düzenleme yer alıyor: Hesaplanan tazminat, yani gerek maddi tazminat gerek destekten yoksun kalma tazminatı, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesiyle arttırılamaz veya azaltılamaz hükmü yer alıyor.

Yani bundan şu kastediliyor: Genellikle tazminatları bilirkişiler hesapladığına göre, yargı organı bu hesaplanan tazminattan hakkaniyet düşüncesiyle artırım yapamayacak, tazminatı indiremeyecek de. Yani bir nevi öyle bir sonuca varıyoruz ki buradan, bilirkişi adeta ödenecek tazminatı belirlemiş oluyor. Şimdi tabii bu hükmü kabul etmeye imkân yok. Şimdiye kadar uygulamada Yargıtay'ımız geniş biçimde hakkaniyet ilkesini devreye sokmuştur iş kazası davalarında ve hakkaniyet nedeniyle indirimlere özellikle gitmiştir.

Şimdi acaba bunu nasıl çözeceğiz? Çünkü bu hüküm, 55. Maddenin bu cümlesi, açıkça daha önceki maddelere aykırı. Yani gerek 50. Maddede baktığınızda, gerek 52. Maddede; hakkaniyet indiriminden, hakkaniyete göre karar verilmesi gerektiğinden söz ediliyor. 55. Maddeye geldiğinizde bu imkân kalkmış. Şimdi böyle olunca, bu hüküm şu açılardan bence bir kere Anayasaya aykırı, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine aykırı. Kararı nihayet mahkemeler verir, yargı organı verir. İkincisi, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümlerine aykırı; çünkü hâkim bilirkişi raporuyla bağlayıcı değildir diyor açıkça Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu. Ayrıca çok güzel belirttiler sayın konuşmacılar, ayrıca bu hesaplar farazi birtakım yöntemlere dayanır. Kesinlik, yeksenak bir durum almamış durumda. Maalesef bunu yıllarca gerçekleştiremedik. Bunu yeksenak bir hale getirmeyi, somut olaylara dayandırmayı gerçekleştiremedik.

Böyle olunca, bilirkişi raporları da farazi birtakım hesaplara genellikle dayandığı için birbirinden farklı ve çelişkili olabiliyor. Dolayısıyla bütün bu haller ortadayken, bilirkişi raporunda varılan sonuca göre hâkimin bağlanması

Anayasaya da, usul hukukunun ilkelerine de aykırı, uygulamaya da uygun değil. Şimdi böyle olunca ne yapmak lazım? Hukukun genel ilkelerine göre, iki madde çelişiyorsa açıkça, o takdirde ortaya bir çatışma boşluğu dediğimiz boşluk çıkıyor. Bu boşluğu da yargı organı doldurmak durumundadır. Dolayısıyla benim temennim, yargı organının bu yöntemi uygulamak suretiyle, hukuki aracı uygulamak suretiyle yine hakkaniyet indiriminin söz konusu veya artırımının söz konusu olabileceğini düşünüyorum. Eksik kalmasın diye dile getirme ihtiyacı duydum, ama tabii tartışılabilir.

SORUMLULUK HESABINDA SOSYAL GÜVENLİK KURUMUNUN RÜCU HAKKI VE DENKLEŞTİRME SORUNU

Doç. Dr. Aydın BAŞBUĞ*

* Gazi Üniversitesi İİBF Öğretim Üyesi.

Sosyal Güvenlik Kurumunun iş kazası ve meslek hastalığı veya malullük ya da ölüm nedeniyle yaptığı yardımları sorumlulardan rücu hakkı, mağdurun alacağı sosyal güvenlik yardımları ile haksız fiil failinden talep edebileceği tazminat miktarı ile yakından ilgilidir. Söz konusu rücu hakkının niteliği ve kapsamı, haksız fiil failinin sorumlu tutulacağı miktarın hesabında da dikkate alınması gereken bir unsurdur.

İş kazası veya meslek hastalığı ile malullük ya da ölüm halinde mağdurun hakları ve failin sorumluluğunun tayininde, Sosyal Güvenlik Kurumunun rücu hakkının niteliği oldukça önemlidir. Çünkü bu hukuki değerlendirmeye göre yapılan sosyal sigorta yardımları zarar miktarından ya da tazminat miktarından indirilecektir.

Ortaya çıkan hukuki sorun mülga 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu döneminde tarafımızca değerlendirilmişti. Söz konusu Kanun döneminde SSK'nun rücu hakkının halefiyete dayanmadığı; aksine kanundan doğan basit rücu hakkı görüşüne dayandırılmıştı. Bu değerlendirmenin konumuz bakımından sonucu, yapılan yardımların peşin sermaye değerinin mağdurun uğradığı zarardan indirilerek denkleştirme yapılması, kalan kısım üzerinden failin sorumluluğuna gidilmesi yönündeydi.

Denkleştirme sorunu yeni 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu döneminde de tekrar gündeme gelmiştir. Bu dönemde de rücu hakkının hukuki niteliği tartışma konusu olmuş ve rücu hakkının tazminattan mı yoksa zarardan mı indirilmesi gerektiği sorununun tekrar ele alınması ihtiyacı doğmuştur.

6098 sayılı Borçlar Kanununun 55. maddesi, sorunu kısmen çözüme kavuşturmuştur. Söz konusu düzenleme; "*Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile 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*" hükmünü içermektedir.

Kanaatimizce söz konusu indirim, haksız fiil failinin sorumlu olduğu miktardan daha fazlasından mes'ul tutulmaması ile alakalıdır. Maalesef bu hüküm, bazen mağdur aleyhine ve fail lehine yorumlanmaktadır.

Borçlar Kanunu açık bir şekilde Sosyal Güvenlik Kurumunun sorumludan talep edebileceği miktarla sınırlı bir indirimi öngörmekle daha önceki görüşlerimizi güçlendirmiştir. İndirimin de basit rücu hakkına dayanması durumunda zarar miktarından denkleştirilmesini; halefiyete dayanması halinde de tazminat miktarından mahsup edilmesini öngörerek duruma göre tayin etmiştir. Kurumun yapacağı ödemeler dışında ifa yerine geçen ödemeler kesinlikle tazminat miktarından mahsup edilerek indirilecektir.

Açıklanan sebeplerle Sosyal Güvenlik Kurumunun rücu hakkının niteliği ve yapılan yardımların nasıl denkleştirileceği konusu tekrar ele alınma ihtiyacı doğmuştur.

1. Beden ve Ruh Bütünlüğünün İhlalinde Sosyal Güvenlik Kurumunun Sorumluluğu

İş kazası veya meslek hastalığı sigortasından SGK tarafından sağlanan haklar şunlardır (5510 sayılı Kanun m. 16):

a) Sigortalıya, geçici iş göremezlik süresince her gün için günlük geçici iş göremezlik ödeneği verilmesi.

b) Sigortalıya sürekli iş göremezlik geliri bağlanması.

c) İş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine, gelir bağlanması.

d) Gelir bağlanmış olan kız çocuklarına evlenme ödeneği verilmesi.

e) İş kazası ve meslek hastalığı sonucu ölen sigortalı için cenaze ödeneği verilmesi.

İş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücü en az % 10 oranında azalmış bulunduğu tespit edilen sigortalı, sürekli iş göremezlik gelirine hak kazanır (5510 sayılı Kanun m. 19).

Bağlanan gelir sigortalının;

Tam iş göremezliği halinde; Günlük kazanç x 30 x % 70 veya kısaca GK x 21,

Kısmi iş göremezliği halinde ise Günlük kazanç x 30 x % 70 x SİD (sürekli iş göremezlik derecesi) veya kısaca GK x 21 x SİD,

formüllerine göre hesaplanacaktır.

Sigortalının başkasının bakımına muhtaç olması durumunda % 70 olan gelir bağlama oranı % 100 olarak dikkate alınacak ve Gelir = GK x 30 x SİD formülüne göre hesaplanacaktır.

Bu şekilde hesaplanan gelir, günlük kazanç hesabına giren son takvim ayı itibariyle hesaplanan gelirdir. Gelirin başlangıç tarihi yılın ilk altı aylık döneminde ise Ocak ödeme dönemi için aylıklara uygulanan artış oranı kadar, yılın ikinci altı aylık döneminde ise, Ocak ödeme dönemi artışı uygulanmaksızın Temmuz ödeme dönemi için aylıklara uygulanan artış oranı kadar artırılarak hesaplanacaktır.

İş kazası veya meslek hastalığı sonucu bağlanacak gelirlerde alt sınır kontrolü sadece başka birinin sürekli bakımına muhtaç durumdaki sigortalılar için öngörülmüştür. Başka birinin sürekli bakımına muhtaç olan sigortalılara bağlanacak gelirler, prime esas kazanç alt sınırının aylık tutarının % 85'inden az olmayacaktır.

Alt Sınır Geliri = Asgari Aylık Kazanç x 85/100 formülüyle hesaplanır.

Hak sahiplerine iş kazası ve meslek hastalığı sonucu ölüm geliri bağlanması Kanunun 20. maddesinde düzenlenmiştir.

Yürürlükten kaldırılan eski 506 sayılı Kanunun mülga hükümlerine göre hak sahiplerine gelir bağlanabilmesi için, sigortalının iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölmesi veya sürekli iş göremezlik geliri almakta iken ölen sigortalının meslekte kazanma gücündeki kayıp oranının en az % 50 olması şartları aranırken, Kanun ile meslekte kazanma gücündeki kayıp oranı % 50 nin altında iken ölen ve ölüm nedeni geçirdiği iş kazası veya tutulduğu meslek hastalığına bağlı olmayan sigortalıların hak sahiplerine de ölüm geliri bağlanması imkanı getirilmiştir.

Kanuna göre ölüm gelirinin hesaplanması, sigortalının ölüm nedeninin iş kazası veya meslek hastalığına bağlı olup olmaması ile sürekli iş göremezlik geliri almakta iken ölen sigortalıların sürekli iş göremezlik derecelerine göre farklılık göstermektedir. Buna göre;

İş kazası ve meslek hastalığı sonucu ölen,

Meslekte kazanma gücünü % 50 (dahil) den daha fazla oranda kaybetmesi nedeniyle sürekli iş göremezlik geliri almakta iken (ölümün iş kazası veya meslek hastalığına bağlı olup olmadığına bakılmaksızın) ölen,

Meslekte kazanma gücünü % 50 den daha az oranda kaybetmesi nedeniyle sürekli iş göremezlik geliri almakta iken ölen ve ölüm nedeni geçirdiği iş kazası ve meslek hastalığına bağlı olan,

sigortalının, GK x 30 x % 70 veya kısaca GK x 21 formüllerine göre hesaplanacak geliri,

Meslekte kazanma gücünü % 50 den daha az oranda kaybetmesi nedeniyle sürekli iş göremezlik geliri almakta iken iş kazası ve meslek hastalığına bağlı olmayan nedenlerle ölen sigortalının, almakta olduğu geliri,

Kanunun 34. maddesi hükümlerine göre hak sahiplerine paylaştırılacaktır.

Meslekte kazanma gücünü % 50 den daha az oranda kaybetmesi nedeniyle sürekli iş göremezlik geliri almakta iken ölen ve ölüm nedeni iş kazası veya meslek hastalığına bağlı olmayan sigortalının hak sahiplerine paylaştırılacak gelirinde; sigortalının sürekli iş göremezlik derecesi ile gelirinden yapılan artırım ve indirimler dikkate alınacaktır. Sigortalının gelirinin yarımdan ödenmesi halinde, ölümünden sonra hak sahiplerinin tek dosyadan gelir almaları halinde yarım olan geliri tam olarak hesaplanacaktır.

2. İşverenin Sorumluluğu ve Bu Sorumluluğun Hukuki Niteliği

İş kazası ve meslek hastalığının ortaya çıkması durumunda işverenin sorumluluğunun hukuki niteliğinin açıklığa kavuşturulması önemlidir. Zira Türk Hukukunda işverenin sorumluluğunun hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu konuda başlıca iki görüş bulunmaktadır.

Birinci görüşe göre işverenin sorumluluğu kusursuz sorumluluktur. Bu sorumluluk türünde iş ve kaza arasında nedensellik bağının bulunması yeterli olup, kazanın meydana gelmesini önleyici tedbirler almada, gerekli olanı yapmada işverenin kusurunun bulunup bulunmaması ya da kusurunun derecesinin bir önemi yoktur.

İkinci görüşe göre işverenin sorumluluğunun hukuki niteliği kusur sorumluluğudur. İşyerindeki risklere karşı yükümlülüğü objektifleştirilmiş olsa dahi bu tedbirlerin alınmaması nedeniyle işverenin sorumluluğu kusuruyla orantılıdır. Bu nedenle yapılan işle kaza arasında neden-sonuç bağının bulunması durumunda zarar miktarında kusur oranında sorumluluk söz konusu olacaktır.

Yargıtay ve çoğunluk görüşe göre işverenin sorumluluğunun hukuki niteliği kusur sorumluluğudur. 6098 sayılı Borçlar Kanununun 417. maddesindeki, "*işveren, 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."

hükmü, işverenin sorumluluğunu, bir sözleşme sorumluluğu olarak öngörmüştür.

Borçlar Kanunundaki sözleşme sorumluluğu ise kusur sorumluluğuna dayanmaktadır. Kusur sorumluluğunun karşısında kanundaki boşluk veya yorum yoluyla kusursuz sorumluluğunun getirilmesi güçtür. Çünkü kanunda boşluk söz konusu olmadığı, genel sorumluluk kuralları bulunduğu sürece kusursuz sorumluluğun yorum yoluyla getirilmesi mümkün görülmemektedir. Ayrıca hukukumuzda genel kural kusur sorumluluğu olup kusursuz sorumluluk istisnai bir haldir. Hukukta yorum yoluyla istisnaların genişletilmesi değil, istisnaların dar yorumlanması temel kuralıdır. Kusursuz sorumluluk ancak kanunla getirilebilen bir istisnadır. İşverenin sorumluluğunu kusursuz sorumluluk olarak kabul eden özel bir yasa hükmü bulunmadığı sürece kusursuz sorumluluğunun kabul edilmesi güçtür.

Bir iş kazası durumunda sorumluluk iki kişide toplanmaktadır. Bunlardan birincisi işveren diğeri, kamu tüzel kişisi olan Sosyal Güvenlik Kurumudur. Aynı zarardan dolayı değişik hukuki sebebe dayanan birden fazla kişinin sorumluluğu bulunmaktadır. İş kazasına uğrayan çalışanın veya ölümü halinde destekten yoksun kalanların uğradıkları zararın tazmininden hem SGK hem de işveren sorumludur.

Tazminat hukukunun en önemli ilkelerinden biri tazminatın uğranılan zararı aşmamasıdır. Bu nedenle çalışanın veya destekten yoksun kalanların SGK ve işverene zararın tamamı için ayrı ayrı başvurmaları mümkün değildir.

Ülkemizde SGK sadece maddi zararı tazmin etmektedir. Bu zarar sigortalının prime esas kazancının %70'inin iş göremezlik oranı ile sınırlıdır. Yardımın süresi sigortalının ölümüne kadar; ölüm halinde sağ kalan eşin evlenmesi, çocukların da belirli bir yaşı tamamlamasına kadardır. SGK'nın karşılamadığı %30 oranındaki gelir kaybı ile manevi tazminattan işverenin sorumluluğu söz konusudur.

Sorumlular arasında zararın paylaşımı bakımından bir öncelik sonralık ilişkisi söz konusudur. İş kazasından ve meslek hastalığından öncelikle SGK sorumlu tutulacak; yapılan ve bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değeri mahsup edildikten sonra kalan kısmın tazminiyle manevi tazminat talebi için işverene başvurulacaktır.

İşverenin,

Çalışana karşı

- Maddi tazminat,
- Manevi tazminat ,

ödeme sorumluluğu bulunmaktadır.

Çalışanın ölümü nedeniyle destekten yoksun kalan yakınlarına karşı "*destekten yoksun kalma*" ve "*manevi tazminat*" sorumluluğu bulunmaktadır.

İşverenin ayrıca,

- SGK'nın iş kazası ve meslek hastalığı sigortası,
- Malullük sigortası,
- Genel sağlık sigortası,

Kapsamından yapılan yardımlardan dolayı sorumluluğu bulunmaktadır.

İşverenin hukuki sorumluluğunda ilk işlem, SGK tarafından yapılan masrafların düşülmesi olacaktır. SGK tarafından yapılan yardımlar düşülmeden işverenin hukuki sorumluluğuna gidilemez. Çünkü işverenin SGK'nın açacağı rücu davasından dolayı Kuruma karşı da sorumluluğu söz konusu olacaktır.

3. Sosyal Güvenlik Kurumunun İşverene Rücu Hakkı

SGK, sigorta kapsamında yaptığı yardımları, şartların gerçekleşmesi halinde işveren veya üçüncü kişiler ile bunları çalıştıran işverene rücu edebilmektedir. Aşağıda rücu hakkının 506 sayılı Kanun ve 5510 sayılı Kanun çerçevesinde düzenlenişi hakkında kısaca bilgi verildikten sonra rücu edilen miktarın işverenin çalışana karşı sorumluluğunun miktarına etkisi üzerinde durulacaktır.

3.1. 5510 Sayılı Kanundan Önce Sosyal Güvenlik Kurumlarının Rücu Hakkı

Sosyal Sigortalar Kurumunun, gerçekleşen sigorta yardımlarını işveren ve üçüncü kişilerden rücu hakkına dayanarak talep etmesi, SSK. 10, 26/I, 26/II, 27, 27, 42 ve 43. maddelerinde düzenlenmişti. Bağ-Kur'un rücu hakkı da Bağ-Kur Kanunu m. 63'de yer almaktaydı. Emekli Sandığının rücu hakkı ise 129. maddede ele alınmıştı. Bu düzenlemelere göre;

Sosyal Sigortalar Kurumunun rücu hakkı SSK. 10, 26/I, 26/II, 27, 27, 42 ve 43. maddelerinde düzenlenmişti. Ancak bu düzenlemeler içinde işverenin hukuki sorumluluğu açısından en önemli düzenleme 26. madde hükmü olmuştur. 506 sayılı Kanunun 26. maddesinin ilk düzenleniş şekliyle iş kazası veya meslek hastalığı;

- işverenin kastı,
- işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi,
- suç sayılır bir eylemi

sonucunda olmuşsa, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin toplamı ile, gelir bağlanırsa bu peşin sermaye değerleri toplamı işverenden alınır.

İşverenin istihdam ettiği kişi nedeniyle sorumluluğu da üçüncü kişi sıfatıyla sorumluluğu öngörülerek iş kazası veya meslek hastalığının hem işçinin hem de işverenin kasıt veya kusurunu arayarak özgün bir sorumluluk türü öngörmüştü.

506 sayılı Kanun, kendisinden önce gelen 4772 sayılı yasanın 37. maddesi hükmünden şu yönlerden ayrılmıştı;

- İşveren vekilinin rücu hakkı bakımından işverenle birlikte sorumluluğu kaldırılmıştır. Artık işveren vekili ancak üçüncü kişi olarak sorumlu olabilecektir.
- Rücu hakkının doğum koşulları arasından "*sigortalının işyerine ait işler dışında çalıştırılması*" sözü metinden çıkarılmıştır. Böylece işveren yine 4472 sayılı yasanın 37. maddesinde olduğu gibi kasıt, suç sayılır hareket ve iş güvenliği önlemlerinin alınmamasından dolayı meydana gelen zararlardan sorumlu olacaktır.

- İşverenin adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğunu düzenlerken, 4472 sayılı Kanundan farklı olarak işveren vekilinin sorumluluğu ile sigortalı ve hak sahiplerinin talep hakkının istihdam edilenin kusuru koşuluna bağlanması ortadan kaldırılmıştır. Böylece BK. m. 55'e aykırı bu iki durum sona erdirilmiştir. Ancak diğer yandan, işverenin adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğunun kurucu koşulu olarak çalıştırılan kişinin de kusurunu arayan durum korunmakla beraber işverenin de kusurlu bulunması kuralı getirilmiştir. Böylece hem işçinin hem de işverenin kusurunun varlığı adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğu için zorunlu görülmüştür. Nitekim Yargıtay da Kurumun rücu hakkının doğabilmesi için işçinin ve işverenin aynı anda kusurlu olması gerektiğini aramaktadır[1].

Kurumun rücu hakkının kullanılmasında zamanaşımı sorunu ortaya çıkmış ve Yargıtay, 31.3.1954 tarihli içtihadı birleştirme kararındaki görüşünü sürdürmüş ve rücu hakkına dayanan ihtilafları halefiyet esasına göre çözmüştür[2]. Ancak haleflik ilkesinin kabul edilmesine rağmen, Kurumun işverene açacağı rücu davalarında işverenin sorumlu olduğu miktarın sınırı sorunu doğmuştur. Zira rücu davalarında Kurumun, işverenin işçiye karşı sorumlu olduğu miktarın üzerinde bir talepte bulunabileceği kuşkusu doğmuştur. Bu nedenle 24. 10. 1983 gün ve 2934 sayılı Kanun ile birinci fıkranın son hükmüne "….. *sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere Kurumca işverene ödettirilir.*" ifadesi eklenmiştir.

Kanaatimizce, hukuksal niteliği tartışmalı olan ve bu nitelendirmeye bağlı olarak doğan hukuksal sorunları çözüme kavuşturmak amacıyla maddeye böyle bir ekleme yapılması yerinde olmamıştır. Zira bu düzenleme Yargıtayı, diğer rücu hallerinde dahi ne yapacağı konusunda tereddüde sevk etmiş ve birbiri ile tutarsızlık arz eden bir "*içtihatlar karmaşasına*" neden olmuştur. Örneğin, Yargıtay, işverenin sorumluluğunu işçinin ya da hak sahiplerinin isteyebileceği miktarla sınırlandıran 26/I hükmü karşısında aynı sınırlandırmanın tabi

[1] Y. 10. HD., 18.3.1996, 2044/655 (Aslanköylü, Resul; Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Ankara 2003, s. 377. Ayrıca s. 329-330).

[2] "*Haleflik ile ilgili olarak 31. 3. 1954 tarih ve 18/11 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı.. bugün için de doğru olarak gücünü korur*" YHGK, 17. 1. 1972, 2/1 (Çenberci, Mustafa; sosyal sigortalar kanunu şerhi, Ankara 1977, s. 1007) . Ayrıca bkz. Y. İçt. Bir. BGK., 1.7.1994, 1992/3, 1994/3 (Aslanköylü, s. 306). Aynı yazar, Kurumun 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 10. ve 26. Maddesinden Doğan Rücu Hakkının Hukuksal Niteliği, Kamu-İş, Cilt 6, sayı 4, s. 203 vd. Bu İçtihadı Birleştirme Kararında da Yargıtay, rücu hakkının "*kendine özgü halefiyet*" ilkesine dayandığını belirtmiştir.. Yargıtay'ın halefiyet kararı ve bu ilke ile bağdaşmayan kararları için bkz. Aslanköylü, s. 299-306. Başbuğ, Aydın; Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene ve Üçüncü Kişiye Rücuu, Kamu-İş, Ankara 1992, s. 33-36.

tutulmadığı SSK. 10, 15, 26/II, 27, 28, 39 ve 41nci maddelerinde sorunun çözümü konusunda sistematik olmayan içtihatlar ortaya koymuştur.

Yargıtay 1989 yılında verdiği kararla 10, 15, 27 ve 28nci maddelerin halefiyet esasına dayanmadığını, 26 (ikinci fıkrası da dahil), 39 ve 41nci maddelerinin hukuksal niteliğinin halefiyete dayandığını kabul etmiştir[3]. Dolayısıyla, "*sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere Kurumca işverene ödettirilir*" ifadesi 22/II, 39 ve 41nci maddelerde yer almasa dahi halefiyet hakkı nedeniyle işverenin sorumluluğunu, işçiye ya da hak sahiplerine karşı sorumlu olunan miktarla sınırlamıştır.

Halefiyet ilkesine bağlı olarak rücu hakkının esas alınmasında sorunlar bununla bitmemektedir. Halefiyet hakkına sahip olan Kurum, kazanın gerçekleşmesinde kusuru bulunan işçinin aynı kazada ölmesi durumunda, işçinin mirasçılarına karşı da yasada bir hüküm bulunmamasına rağmen, halefiyete dayanan rücu hakkını kullanabilmekteydi. Bu şekilde adalet duygularını zedeleyen uygulama (özellikle maden kazalarında karşılaşılmaktaydı) 20. 6. 1987 tarih ve 3355 sayılı Kanun ile maddeye bir üçüncü fıkranın eklenmesiyle ancak çözülebilmiştir. Buna göre; "*Ancak, iş kazası ve meslek hastalığı sonucu ölümlerde bu Kanun uyarınca hak sahiplerine yapılacak her türlü yardım ve ödemeler için, iş kazası veya meslek hastalığını meydana gelmesinde kastı veya kusuru bulunup da aynı iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine Kurumca rücu edilemez*" .

Rücu hakkının düzenlendiği ilgili 26. madde hükmü, hukuksal niteliğinden kaynaklanan tartışmaların yanında yasal değişikliklerle de bu karmaşadan payını almıştır. Son olarak 6.8.2003 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 4958 sayılı yasa ile 26. maddenin ilk fıkrasına son bir cümle eklenmiştir. Buna göre; "*işçi ve işveren sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır*". Bu değişikliğin amacının ne olduğunu anlamak gerçekten güçtür. Zaten sorumluluğun sınırlandırıldığı bir madde içerisine sanki sorumluluk objektif sorumlulukmuş gibi bunu kısmen sınırlamaya hizmet etmek amacıyla çıkarılmış izlenimi vermektedir. Görülmektedir ki, madde üzerinde, düzenlemenin hukuksal niteliği sorununu çözmeden yapılacak her bir değişiklik sorunu daha da içinden çıkılmaz hale getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi 23.11.2006 tarihli kararıyla 26/I hükmünde yer alan "*sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri sınırlı olmak üzere*" cümlesini Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Oysa aynı Mahkeme daha önce

[3] Y. 10. HD., 30. 5. 1989, 2781/4811 (YKD, Ekim 1989, s. 1423).

1972, 1976, 1993, 1991 tarihli kararlarıyla Anayasaya aykırılık taleplerini reddetmişti.

Bağ-Kur'un rücu hakkı, üçüncü bir kimsenin suç sayılır hareketi ile sınırlandırılmıştır (Bağ-Kur K. m. 63). Kanun Kurumun rücu hakkının kapsamını da sınırlandırmış ve yapılan yardımların ilk peşin değeri için üçüncü kişilere, istihdam edenlere ve diğer sorumlulara rücu edilmesini öngörmüştü.

Bağ-Kur Kanununun 63. maddesi bazı hallerde rücu hakkının söz konusu olmayacağını benimsemişti. Buna göre; taksirli suç sayılır hareketi ile bu Kanunda sayılan yardımların yapılmasına neden olan üçüncü kişinin sigortalının eşi, çocukları, ana ve babası olması halinde, bu kişilere; Kurumun rücu hakkını doğuran suç sayılır hareket yurt dışında meydana gelmiş, suçun faili yabancı uyruklu ve yurt dışında ikamet ediyorsa, bu kişilere rücu edilmeyecekti.

5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununa göre rücu hakkı malullük ve ölüm sigortasında öngörülmüştü. Buna göre;

"*Vazifeleri içinde veya dışında her hangi sebeple zarar görmüş veya tehlikeye düşmüş ve bundan dolayı adi malul durumuna girmiş iştirakçilerin veya bunlardan ölenlerin, dul ve yetimlerinin; sebep olanlar aleyhine açacakları davaları Sandık dahi kovuşturmaya ve bu davalara üçüncü şahıs olarak girmeye ve dul ve yetimler tarafından dava açılmamış ise bunu doğrudan doğruya açmaya yetkili kılınmıştır*" (Em. San. K. m. 129).

3.2. 5510 Sayılı Kanunda Sosyal Güvenlik Kurumunun Rücu Hakkı

Sosyal güvenlik sistemimizde yeniden yapılanmaya bağlı olarak sosyal güvenlik mevzuatında da birleştirme yoluna gidilmiş ve 5510 sayılı Sosyal Sigorta ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu çıkarılmıştır. Bu Kanunun 21, 23, 39 ve 76. maddelerinde Kurumun rücu hakkı düzenlenmiştir.

3.2.1.Sigortalının Bildirilmemesi Nedeniyle Rücu Hakkı

506 sayılı SSK. m. 10'da yer alan sigortalıların zamanında bildirilmemesinden doğan sorumluluğa bağlı rücu hakkı aynen muhafaza edilmiştir (5510 sayılı Kanun m. 23). Ancak sorumluluk olağan rücu hakkında olduğu gibi ilk peşin sermaye değeri ile sınırlanmıştır. Böylece rücu hakkının kapsamı bakımından tartışma çıkaran tavan ve ek rücu davaları sorunu çözülmeye çalışılmıştır.

3.2.2.İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle Rücu Hakkı

İş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yapılan yardımların işverene rücu edilmesi halinde sorumluluk şartları "*işverenin kastı*" veya "*sigortalının sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi*" ile sınırlandırılmıştır (5510 sayılı Kanun m. 21/I). Böylece işverenin "*suç sayılır hareketi*" sorumluluk şartlarından çıkarılmıştır.

Kanun açık bir şekilde, iş kazası ile meslek hastalığını aynı sorumluluk ilke ve esaslarına bağlamıştır. Oysa SGK'nın yayınladığı 2011/58 sayılı genelgede, 21. maddedeki şartların iş kazası için arandığı; meslek hastalığı için, hastalığın işyerinden kaynaklanması nedeniyle söz konusu şartların aranmadığı belirtilmektedir. Kurumun bu yorumu, kanunun kesin ve yorumdan uzak düzenlemesine uygun bulunmamaktadır.

Rücu hakkının kapsamı bakımından en önemli değişiklik, ek rücu davaları yoluyla sonradan sorumluluk miktarını arttırıcı nitelikte rücu hakkı kullanıldıktan sonraki artışların istenmesinin önünün kapatılmasının istenmesidir. Bu amaçla "*bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı*" sorumluluğun sınırı olarak öngörülmüştür. Hangi tarihteki peşin sermaye değerinin esas alınacağı sorunu (olay tarihi veya dava tarihi gibi) çözüme kavuşturulmuş ve gelirin başladığı tarihteki peşin sermaye değeri ile sınırlı bir rücu hakkı tanınmıştır.

506 sayılı Kanunun 26. maddesine 6.8.2003 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 5510 sayılı yasaya eklenen; "*işçi ve işveren sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır*" hükmü, sadece "*işveren*" ile sınırlı tutularak muhafaza edilmiştir.

İş kazasının, 13. maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sürede işveren tarafından Kuruma bildirilmemesi halinde, bildirim tarihine kadar geçen süre için sigortalıya ödenecek geçici iş göremezlik ödeneği de Kurumca işverenden tahsil edilebilecektir (21/II).

Çalışma mevzuatında sağlık raporu alınması gerektiği belirtilen işlerde, böyle bir rapora dayanılmaksızın veya eldeki rapora aykırı olarak bünyece elverişli olmadığı işte çalıştırılan sigortalının, bu işe girmeden önce var olduğu tespit edilen veya bünyece elverişli olmadığı işte çalıştırılması sonucu meydana gelen hastalığı nedeniyle, Kurumca sigortalıya ödenen geçici iş göremezlik ödeneği işverene ödettirilecektir (21/III). İş kazasını ve meslek hastalığını zamanında bildirmemeden dolayı rücu hakkı, bildirim tarihine kadar ödenen geçici iş

göremezlik ödeneği ile sınırlandırılmıştır. Bu hususta "*ileride doğacak olan kurum zararları*" sorumluluk kapsamından çıkarılmıştır.

İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücû edilecektir (21/IV). Böylece 506 sayılı Kanunun düzenlemesinden esaslı bir suretle uzaklaşma görülmektedir. Ayrıca bu hüküm, halefiyet tartışmalarını geri dönülmez bir biçimde sona erdirmiştir.

5510 sayılı Kanunun eleştiriye en açık yönü, "*İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık; kamu görevlileri, er ve erbaşlar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerin vazifelerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu meydana gelmiş ise, bu fiillerden dolayı haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlar hariç olmak üzere, sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemeler veya bağlanan gelirler için kurumuna veya ilgililere rücû edilmez. Ayrıca, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölümlerde, bu Kanun uyarınca hak sahiplerine bağlanacak gelir ve verilecek ödenekler için, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kusuru bulunan hak sahiplerine veya iş kazası sonucu ölen kusurlu sigortalının hak sahiplerine, Kurumca rücû edilmez.*" hükmüdür.

Söz konusu düzenleme ile suç sayılır eylem dışında iş kazasına neden olan kamu görevlisi ve kamu kurumuna rücu edilemeyecektir. Eşitlik ilkesini zedeleyen bu düzenlemenin yerinde olmadığı ifade edilmelidir. Bu eleştiri dışında, rücu hakkının bulunmaması nedeniyle trafik kazasında ölen askerin ailesinin kamudan talep edebileceği tazminatın miktarı, terör saldırısı ile şehit olan askerin ailesinin isteyebileceği tazminattan yüksek olacaktır. Çünkü şehit edilme durumunda rücu hakkı bulunacağından SGK tarafından yapılan yardımlar rücu edilebileceği için kamunun ödeyeceği tazminattan indirilecektir. Rücu edilememe halinin ortaya konulması, Kurumun yaptığı yardımların TBK. m. 55 nedeniyle indirilememesine neden olmaktadır.

Kanaatimizce BK. m. 55 hükmü, zarar gören mağdurun alacağı tazminat söz konusu olduğunda sadece failin sorumluluğunu arttırmamayı öngörmektedir. Yoksa mağdur lehine bir sonuç öngörmemiştir. Bu esas dikkate alındığında terör olayı sonrası şehit veya gazi olan güvenlik görevlilerinin aleyhine yorum yapılmamalıdır. Ayrıca 6098 sayılı Borçlar Kanununun sonraki Kanun olması nedeniyle 2330 sayılı Kanun ile şehit veya gazilere yapılan yardımlar sosyal

sorumluluk kapsamında yapılan bir yardım olup, rücu veya ifa amaçlı ödeme kapsamında değerlendirilmemelidir.

3.2.3. İşverenin Genel Sağlık Sigortalısının ve Üçüncü Kişilerin Sorumluluğu

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesindeki ihmalinden veya gecikmesinden dolayı, genel sağlık sigortalısının tedavi süresinin uzamasına veya malûl kalmasına veya malûllük derecesinin artmasına sebep olan işveren, Kurumun bu nedenle yaptığı her türlü sağlık hizmeti giderini ödemekle yükümlüdür (5510 sayılı Kanun m. 76). Buna göre;

İlgili kanunları gereğince sağlık raporu alınması gerektiği halde sağlık raporuna dayanmaksızın veya alınan raporlarda söz konusu işte çalışması tıbbî yönden elverişli olmadığı belirtildiği halde genel sağlık sigortalısını çalıştıran işverenlere, bu nedenle Kurumca yapılan sağlık hizmeti giderleri tazmin ettirilir. Sağlık kurulu raporu ile belli bir işte çalışamayacağı belgelenen 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki kişiler bu işte çalıştırılamaz. Bu kişileri çalıştıran işverenler, genel sağlık sigortalısının aynı hastalık sebebiyle Kurumca yapılan masraflarını ödemekle yükümlüdür. Tedavinin sona erdiğine ve çalışılabilir durumda olduğuna dair Kurumca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurullarından belge almaksızın başka işte çalışan genel sağlık sigortalısının aynı hastalığı sebebiyle yapılan tedavi masrafları ise kendisinden alınır.

İş kazası ile meslek hastalığı, işverenin kastı veya genel sağlık sigortalısının iş sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi sonucu olmuşsa, Kurumca yapılan sağlık hizmeti giderleri işverene tazmin ettirilir.

Kaçınılmazlık ilkesinin gözetileceği, burada da tekrarlanmıştır (5510 sayılı Kanun m.76)

3.2.4. Uzun Vadeli Sigorta Kolları Bakımından Üçüncü Kişinin Sorumluluğu

Üçüncü bir kişinin kastı nedeniyle malûl veya vazife malûlü olan sigortalıya veya ölümü halinde hak sahiplerine, bu Kanun uyarınca bağlanacak aylığın başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı için Kurumca zarara sebep olan üçüncü kişilere rücû edilir (m. 39). İşverenin üçüncü kişi sıfatıyla meydana gelen iş kazasından dolayı ölüm veya malullük aylığının birleşmesi durumunda malullük ve ölüm sigortasından yapılacak olan yardımlar ancak işverenin kastı durumunda rücu edilebilecektir. Bu rücu halinin iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yapılacak yardımlarla birleştirilmesi mümkün değildir.

Kurumun rücu hakkının doğumu için iş kazası veya meslek hastalığı, işverenin belirli nitelikteki eylem ve davranışları sonucu olmalı ya da üçüncü kişinin kusuru yüzünden doğmuş bulunmalıdır. Şayet böyle bir neden-sonuç ilişkisi yoksa Kurum iş kazası veya meslek hastalığı sonucu sigortalı veya hak sahiplerine yapmış olduğu yardımları rücu edemez.

Genel olarak bir kişi zorunlu neden, üçüncü kişinin kusuru veya zarar görenin kusuru nedenleriyle sorumluluktan kurtulabilmektedir.

Bu sorumluluktan kurtulma nedenleri, sorumluluğu doğuran olay ile sonuç arasındaki illiyet bağının uygun olmamasını ifade eder. Bu nedenle hakimin illiyet bağının kesilmediğini ve bu kesilmenin işverenin veya üçüncü şahsın tüm sorumluluğunu ortadan kaldırır nitelikte olup olmadığını araştırması gerekmektedir.

SGK açısından zorunlu neden, üçüncü kişinin kusuru veya zarar görenin kusuru, sigorta olayının bir iş kazası olarak kabul edilmesini değiştirmez. Borçlar Hukukundan ayrı olarak zarar görenin kusuru, SSK m.21'de olduğu gibi rücu hakkı bakımından işverenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır[4].

SSK m.21 bakımından sigortalının müterafik kusuru işverenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Yargıtay bu sonuca haleflik ilkesi gereği ulaşmaktadır. Yargıtay bu içtihadını 1954 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ile konuyu ilk ele aldığı dönemlerde kurmuştur. Müterafik kusurun hakim tarafından re'sen göz önünde tutarak tazminattan indirimi gerekmektedir.

[4] "*Rücu davasında kusurun tamamen işçiye ait olmasında %50'den az olmamak üzere tazminat verilir*" (SSK m.10), Y.10.HD. 30.5.1989, E. 2781, K. 4811 (bkz. YKD. 1989, sa. 10, s. 1423)

Kanaatimizce, sigortalının müterafik kusurunun etkisi Borçlar Hukukunda olduğu gibi aynen uygulanmamalıdır. Yargıtay bu genel kuralı halefiyet ilkesine bağlı kalarak açıklamaktadır. Oysa SGK bakımından genel hukuk kurallarının aynen uygulanması yerine rehabilite edilerek uygulanması yerleşik bir anlayıştır. 5510 sayılı Kanunun 23. maddesinde olduğu gibi işverenin hiçbir kusuru bulunmasa dahi, %100 kusurun sigortalıda olması durumunda yine işvereni belirli ölçüde sorumlu tutan rücu hakkı anlayışı burada da, hakim olmalıdır. Bizce 5510 sayılı Kanunun 23 ve 21. maddeleri arasında rücu hakkı niteliği bakımından bir fark yoktur. İşverenin sorumluluğunun asgariye indirildiği 21. maddede, sigortalının müterafik kusurunun işverenin sorumluluğunu azaltmakla beraber tamamen ortadan kalkması gerekir. Örneğin, işverenin ağır ve tehlikeli işlerde 16 yaşını bitirmemiş çocuk çalıştırması gibi iş sağlığı ve iş güvenliği mevzuatına aykırı davranışı sonucu sorumlu sayılması gereken durumlarda dahi, kusurun tamamının sigortalıda olduğu zararlandırıcı olayda, işverenin sorumlu olmaması doğru değildir.

Kaçınılmayacak olan olaylar, kötü rastlantılar, teknik arıza ve yapım hatalarından, üçüncü kişilerin kusurundan sorumluluk yoktur.

4. Rücu Hakkının Hukuki Niteliği

Sosyal Sigortalar Kurumunun rücu hakkının hukuki niteliği konusunda farklı iki görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre[5] rücu hakkı, halefiyete dayanmaktadır. Buna göre, SSK yaptığı yardımlar oranında sigortalı işçinin haklarına halef olmaktadır. Yani, halef olunan sigortalının zararlandırıcı olay nedeniyle işveren veya üçüncü kişiye karşı sahip olduğu haklar sona ermemekte ve bütünüyle Sosyal Sigortalar Kurumuna geçmektedir. Kurum, sigortalının işveren ve üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği sorumluluğa yönelik bütün haklarını, artık kendi tüzel kişiliği için aynı kişilere karşı ileri sürebilecektir.

[5] Tunçomağ, Kenan; Sosyal Sigortalar Hukuku, Beta yay., İstanbul 1980, s. 292. Çenberci, s. 294 vd. Tuncay, Can; İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle Kurumun Sigortalıya Yaptığı Giderler İçin İşverene ve Üçüncü Kişilere Rücu Davalarında Bazı Sistemler ve Yüksek Yargı Organları Kararlarında Beliren Esaslara Genel Bir Bakış, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1996 Yılı Toplantısı, İstanbul 1996, s. 314-315. Aynı Yazar, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 10. Baskı, İstanbul 2002, s. 387-389. Yazar, ayrıca kendine ögü nitelikteki halefiyet görüşüne de karşı çıkmaktadır. Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/ Caniklioğlu, Nurşen; Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. Baskı, İstanbul 2010, s. 378-380. Güzel, Ali; Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene Rücuu ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1996 Yılı Toplantısı, İstanbul 1996, s.284.

Düzenlenen rücu hakkının hukuka niteliğine yönelik ikinci görüşe göre[6], bu hak halefiyete dayanmayan ve doğrudan doğruya kanundan doğan yeni bir haktır. Kurum, sigortalının sahip olduğu haklara kaldığı yerden devam etmemekte; tam aksine şahsında doğan yeni bir hakkı kullanmaktadır. Yasadan doğan bu yeni hak, sigortalının sahip olduğu haklardan tamamen bağımsız ve farklı niteliktedir. Bu düzenleme ile sigortalının sahip olduğu bazı haklara Kurum sahip değilken, bazı durumlarda da Kurum, sigortalının işveren ve üçüncü kişi karşısında sahip olmadığı ayrıcalıklı haklara sahip olabilmektedir.

Uygulamada ise Yargıtay, bu iki farklı görüşten halefiyet ilkesine önem vermekteydi[7]. Ancak bir yandan halefiyet ilkesini benimsemekle beraber, diğer yandan da bu ilke ile bağdaşmayan sonuçlara ulaşmakta ve rücu hakkının hukuki niteliğinin kendine özgü (sui generis) bir halefiyet ilkesine dayandığını kabul etmekteydi[8]. Ancak son yıllarda verdiği kararlar Yargıtay'ın halefiyet ilkesinden döndüğünü göstermektedir.

Kurumun rücu hakkının niteliğinin ne olduğu niçin önemlidir?

Hukuki nitelik etrafındaki tartışma işverenin sorumluluğu ve çalışanın işverenden talep edebileceği miktarın tespiti bakımından önemlidir.

[6] Başbuğ,50- 59, Aynı Yazar, Sosyal Sigortalar Kurumunun Rücu Hakkının Hukuki Niteliği, Türk Kamu-Sen, Eylül 1990, s. 14. Aslanköylü, s.299- 306. Atabek, Reşat; İş Kazası ve Sigortası, s. 369-370, Aynı Yazar, Sigortalarda Halefiyet ve Rücu, İş Hukuku Dergisi, sayı 3, 1969, s. 265. Tekinay, Selahattin Sulhi; Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, İstanbul 1963, 96-98, 210 vd. İzveren, Adil; Sosyal Politika ve Sosyal Sigortalar, Ankara 1968, s, 218-219. Öner, Gürcan; Kurumun 506 sayılı Kanundan Doğan Rücu Hakkı, İzmir 1989,(yayınlanmamış doktora tezi) s. 44 vd.

[7] Y. İç. Bir. BGk., 1.7.1994, 3/3 (RG. 20.10. 1995, No. 22439). Ayrıca bkz. Aslanköylü, s. 305–306.

[8] Yargıtayın kendine özgü halefiyet ilkesini ileri sürmesine yönelik eleştirileri için bkz. Tuncay, Can/Ekmekçi, Ömer; Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta yay., İstanbul 2010, s. 335vd.

5. Kurumun Rücu Hakkı Karşısında İşverenin Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

İş kazası ve meslek hastalığı sonucu işverenin sorumluluğunun hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda doktrinde kusursuz sorumluluk ve kusur sorumluluğu görüşleri bulunmaktadır. Yargıtay da, uzun bir süredir risk teorisi adında yeni bir sorumluluk türünü kabul etmektedir.

İşverenin iş kazası veya meslek hastalığından doğan sorumluluğunun hukuksal niteliği hakkındaki bu tartışmalar, işverenin rücu hakkı dolayısıyla Kuruma karşı sorumluluğunun hukuksal niteliğinin ne olduğunu belirlemektedir. İşverenin Kuruma karşı olan sorumluluğunun, işçi ve işveren arasındaki sorumluluğun hukuksal niteliğinden farklı olması gerekirken, halefiyet ilkesi nedeniyle işçi ve işveren arasındaki sorumluluğun hukuksal niteliğine göre sorun çözülmeye çalışılmaktadır. Buna göre, işçiye karşı objektif sorumluluk ilkesine göre sorumluluğu geniş tutulan işveren, sigortalıya halef olan ve sigortalının ileri sürebileceği hukuksal sorumluluğa göre Kuruma karşı da sorumlu tutulabilecektir. Yargıtay da, işçi ve işveren arasında risk esasına dayanarak kurduğu sorumluluk ilkesini sigortalıya halef olan Kurum ile işveren arasında da kurmaktadır[9].

Kanaatimizce, Kurumun halefiyete dayanmayan rücu hakkı karşısında işverenin iş güvenliği önlemlerinden dolayı sorumluluğunun hukuksal niteliği bir kusur sorumluluğudur[10]. Kurumun işverene yönelteceği rücu davasında, iş güvenliği önlemlerinin alınmamasından dolayı sorumluluğun şartları, işçi ve işveren arasındaki iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan tazminat sorumluluğu koşullarından ayrı tutulmalıdır. İşverenin iş güvenliği önlemlerinin alınmasında mevzuat hükümlerine aykırı davranışının bir kusur sorumluluğunu gerektirdiğini şu gerekçelerle ileri sürmekteyiz[11];

a. Eski 506 sayılı SSK. m. 26 ve yeni 5510 sayılı Kanunun 21. maddesi hükmü, geneli itibariyle özel bir sorumluluk kuralı getirmiştir. Böyle bir sorumluluğun getirilmesindeki temel neden, işverenin Kuruma daha önce prim ödemiş olması ve sigorta kurumunun mahiyetinden kaynaklanmaktadır. Bu, sorumluluğun sınırlandırılmasını haklı kılmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta sosyal güvenlik kurumunun işverenlere karşı rücu hakkının daha da dar tutulduğunu görmekteyiz.

[9] Tunçomağ, Kenan; İş Kazasından Doğan Sorumluluk ve Yargıtay Kararları, 588-589.
[10] Başbuğ, s. 84-88.
[11] Başbuğ, s. 87-88.

b. Sorumluluk işveren lehine sınırlandırılarak, kasıt ile sınırlı tutularak; hem sözleşme sorumluluğunda hem de haksız fiil sorumluluğunda dikkate alınan ağır ihmal veya hafif kusurdan dahi sorumluluğu gerekli gören genel sorumluluk ilkesinden uzaklaşılmıştır.

c. İşverenin sorumluluğunun objektifleştirildiği hallerde dahi Kuruma karşı olan sorumluluğa kusur unsuru eklenmiştir. Olağan sebep sorumluluğu hallerinden olan adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluk için kusur ek koşul olarak aranmaktadır. Yargıtay, buradaki kusur kavramını daha da geniş tutarak, çalıştırılan kişinin ve adam çalıştıranın ayrı ayrı kusurlu olmasını aramıştır. Benzer şekilde, zarar veren olayın bir trafik kazası sonucunda meydana geldiği durumda, sigortalının araç işletenin sorumluluğu ilkelerine göre objektif sorumluluğa dayanma imkanı olduğu halde, Kurumun bu kişiye yöneltebileceği rücu davalarında kusurun varlığı aranacaktır. Prim ödemediği, sigorta yükümlüsü olmadığı halde, üçüncü kişinin dahi sorumluluğunu sınırlandıran bir kuralın, prim ödeyen ve sigorta yükümlüsü olan işverenin sorumluluğunu sınırlandırmadığını düşünmek güçtür.

d. İşverenin adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğu, başlangıçtaki peşin sermaye değerinin yarısı ile sınırlı tutulmuştur.

İşverenin, iş güvenliği önlemlerine aykırılıktan doğan sorumluluğu bu bütünlük içerisinde değerlendirilmelidir. 5510 sayılı Kanunun 21. madde hükmü bu bütünlüğü bozacak şekilde yorumlanmamalıdır.

6. İleride Bağlanacak Giderlerin İstenebilmesi

Kurum, herhangi bir gider yapmadığı halde ileride yapacağı giderleri işverenden isteyebilecektir. İstenebilecek olan bu giderlerin miktarı konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Ancak 5510 sayılı Kanun ile bu tartışmalar sona erdirilmiş işverenin rücu hakkı gelirlerin bağlandığı tarihteki peşin sermaye değeri miktarı ile sınırlanmıştır.

Ancak Kanun, sorumluluğu ilk peşin sermaye değeri ile sınırlandırmış olmasına rağmen Kurum, hak sahiplerinin durumunda sonradan meydana gelen değişiklikleri zamanaşımı süresi talep edilebileceğini savunmaktadır. Kurum tarafından yayınlanan 2011/58 sayılı genelgeye göre hak sahiplerine gelir bağlandıktan sonra ilk peşin sermaye değeri hesap edilmiş olmasına rağmen zamanaşımı süresi içinde yeni bir çocuk dünyaya gelmesi gibi hak

sahiplerinin sayısının artması durumunda, sonraki kişinin yararlandığı tarihteki peşin sermaye değeri yeniden hesaplanarak önceki ödenen miktar peşin sermaye değerine ilave edilecektir.

Örnek:

Sigortalının öldüğü tarihte bir eş ve iki çocuk var. Bunların gelire girme tarihleri 1/1/2010 dur.

Hak sahibi	Hisse	Aylık
Eş	2/4	400
Çocuk	1/4	200
Çocuk	1/4	200

Gelir bağlama işlemi tamamlanmadan 12/4/2010 tarihinde bir çocuk daha gelire girmiştir. Bunun gelire girme tarihi 1/5/2010 ve kararın onay tarihi 15/8/2010 tarihidir.

Yeni bir hak sahibinin gelire girmesi nedeniyle 1/5/2010 tarihi itibariyle hak sahiplerinin hisse ve aylık tutarları;

Hak sahibi	Hisse	Aylık
Eş	2/5	320
Çocuk	1/5	160
Çocuk	1/5	160
Çocuk	1/5	160

şeklinde değişmiştir.

Bu durumda, son hak sahibinin gelire girdiği tarih itibariyle son aylıklar üzerinden tüm hak sahiplerinin peşin sermaye değeri yeniden hesaplanacak ve eski hak sahiplerine son hak sahibinin gelire girdiği tarihe kadarki fiili ödemeler buna ilave edilecektir.

1/5/2010 tarihi itibariyle yeni aylıklar üzerinden peşin sermaye değeri hesaplanacaktır.

Eş için;

320 x 12 x Peşin Sermaye Tablosu Değeri /100

Her bir çocuk için ayrı ayrı olmak üzere 2 çocuk için;

160 x 12 x Peşin Sermaye Tablosu Değeri /100

Yine bu hak sahipleri için 1/1/2010 tarihi ile son hak sahibinin gelire girdiği 1/5/2010 tarihine kadar 4 aylık fiili ödeme ilk gelire girdikleri tarihteki gelirleri üzerinden hesaplanarak peşin sermaye değerine ilave edilecektir. 3. Çocuk için de 160 x 12 x Peşin Sermaye Değeri / 100 hesabı uygulanıp toplam miktar ilk peşin sermaye değeri kabul edilecektir.

Kanaatimizce Kurum tarafından yapılan giderde bir değişiklik olmamasına rağmen sadece paydaşlar arasındaki bir değişim nedeniyle yeni değerlendirmenin yapılmasının 5510 sayılı Kanunun 21. maddesinin öngördüğü "*ilk peşin sermaye değeri*" kavramı ile örtüşmemektedir.

7. Kurumun Rücu Hakkının Kapsamı ve Denkleştirme Sorunu

Türk Borçlar Kanununun 55. maddesi,

"*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*".

hükmünü içermektedir[12]. Bu hükümde;

[12] Kanunun gerekçesi; "Sosyal güvenlik ödemelerinin, denkleştirme (indirim) işlevi görebilmesi, onun sorumluluğu doğuran olaya sebebiyet verenlere rücu edilebilmesine bağlıdır. Bir kural gereği rücu edilemeyen (emekli sandığı maaşı, malüllük aylığı, ölüm sigortası aylığı) sosyal güvenlik ödemeleri; teknik arıza, tam-kaçınılmazlık hâlindeki ödemeler ve benzeri ödemeler bu tazminatlardan indirilemeyecektir. Aynı şekilde prensip olarak rücu edilebilen sosyal güvenlik ödemelerinden bir kısmı rücu edilemeyen miktar dahi denkleştirilemeyecektir. Zarar görenin kusuruna (müterafik kusura) yansıyan sosyal güvenlik ödemeleri, tahsis tarihinden sonra meydana gelen sosyal güvenlik ödemelerindeki artışlar, kısmi kaçınılmazlık ve teknik arıza hâlindeki ödemeler ve benzerleri rücu edilemediğinden bu miktarlar dahi denkleştirilemeyecektir.

İnsan zararlarına ilişkin tazminat hakkının, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ve ifa amacını taşımayan diğer edinimlerle bir bağı ve bağlantısı yoktur. Bu nevi ödemelerin denkleştirilmesi, zarar vereni ödüllendirme anlamına gelir. Rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemelerinin, sorumluluk hukuku ile koruma altına alınan tazminatı ikame veya telafi fonksiyonları bulunmamaktadır. Tazminata, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile yahut ifa amacı taşımayan diğer ödemelerle karşılanmayan zarar biçiminde bir yaklaşım, ne onun kaynağı ile ve ne de onun işlevi ile bağdaşmaz. Bu yönüyle sorumluluk (tazminat) hukuku ile sosyal güvenlik hukuku arasında bir mahiyet farkı bulunmaktadır. Öte yandan rücu edilemeyen sosyal güvenlik hak ve ödemelerinin oluşmasında zarar verenin bir katkısı olmadıktan başka, rücu edilen ödemelere nazaran zarar verenin mükerrer ödemesi de yoktur. Rücu edilememe durumunda denkleştirmenin kurucu unsuru olarak illiyet bağı koşulu da gerçekleşmemektedir.

- SGK'nın rücu edebileceği yardımların ilk peşin sermaye değerinin indirilmesi gerektiği,
- İndirimin zarar miktarından mı yoksa tazminat miktarından mı olacağını belirtmemesi (İfa amaçlı ödemelerin tazminat miktarından mahsup edilerek indirileceği kesin olup tartışmalı değildir),

meselesi konumuz bakımından önemlidir.

Gerçekten işverene karşı açılacak maddi veya manevi tazminat davalarında SGK tarafından işverene rücu edilebilecek olan miktar, hesaplamada indirime tabi tutulacaktır. Ancak bu indirimin zarar miktarından ya da tazminat miktarından yapılacak olması, çalışan veya hak sahipleri bakımından önemlidir.

Rücu hakkının hukuki niteliği kanundan doğan rücu hakkına dayanıyor ise, SGK yardımları zarardan denkleştirilerek indirilecek; halefiyete dayanıyor ise tazminat miktarından mahsup edilerek indirilecektir. İkinci yöntem çalışan aleyhine sonuçlar doğuracaktır.

İfa amacı taşımayan ödemeler, tazminattan indirilemeyecektir. Zarar veren yahut üçüncü kişi tarafından ödeme kastı dışında kalan saiklerle yapılan ödemeler (sözgelimi yardımlar ve benzerleri) denkleştirilemeyecektir.

Zarar görenin mamelekine yukarıda belirtilen türden dâhil olan ödemelere, tazminat hakkını veya destek ilişkisini çökerten bir etki tanınamaz. Tersine bir yaklaşım, sorumluluk hukukunun önleyici (tenkil) karakteri ile de bağdaşmaz. Yasa koyucu bu tercihi ile farklı uygulamaları hak ekseninde bütünleştirmiştir.

Tasarının 49-52 hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanan insan zararı kökenli tazminata, hâkim, genel takdir hakkı (TMK m.4) yahut hakkaniyet (818 sayılı BK m.43) kurallarına dayanarak müdahale edemeyecektir. Tazminat, azlığından bahisle takdiren artırılamayacak, çokluğundan bahisle takdiren indirilemeyecektir. Zarar görenin hafif kusuru ile müzayakaya düşme (yoksullaşma)nin bir arada gerçekleşmiş olması (Tasarının 52/II, 818 sayılı BK m.44) hâli ve Tasarının m.52/I hükmündeki özel hâller ile denkleştirme dışında, uygulamada adlandırıldığı şekliyle "çokluk indirimi/hakkaniyet indirimi yahut azlık artırımı/hakkaniyet artırım" yolu kapatılmıştır. Yürürlükteki hukuka göre objektif veri ve ölçütler temelinde belirlenen tazminat (hakkı), iktisadi görünümü itibarıyla ayrıca bir mülkiyet hakkı karakterindedir. Bu yönüyle tazminat, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 1 Nolu ek-protokolün 1 inci maddesi kapsamında özel koruma görmektedir (Any.m.90). Yasaya ve hesaplama ilkelerine uygun olarak belirlenen ve denkleştirilen tazminata artırıcı veya azaltıcı yönde bir müdahale, bu hakkın ve nesafet hukukunun mahiyeti ile bağdaşmaz. Tazminatın hesaplama sonunda az veya çok çıkması, yargının yahut yargıcın sorunu değildir. Tazminatın önleyici işlevi, kriterlere ve verilere uygun olarak belirlenen sonuca (miktara), alacaklı ve borçlu dışında bir özne tarafından dokunulmamasına bağlıdır. Bu, hâkim de olsa...

Vücut bütünlüğünün bozulmasına veya ölüme bağlı zararların idarenin sorumluluk sebeplerinden doğmuş olması hâlinde dahi bu Kanun hükümleri uygulanacaktır. Doğrusu, insan zararlarında farklı hukuk düzenlemelerinden bütüncül bir düzenlemeye ve yargı birliğine geçmektir. Teklif, bu amaca yönelik ön-adım niteliğindedir."

Zarar verici olayın, zarar gören için bazı ekonomik faydalar sağlamış olması durumunda bu menfaatin tazminat hesaplanırken dikkate alınması ve mahsup edilmesi kabul edilmektedir[13]. Zarar veren olaydan dolayı zarar görenin sağladığı yararlar, zarar miktarından düşülmediği takdirde zarar gören bu yarar miktarınca sebepsiz zenginleşmiş olacaktır. Çünkü sorumluluk hukukunun amacı zarar görenin uğramış olduğu gerçek zararı gidermek, mal varlığındaki azalmanın yerine aynı nitelik ve nicelikte başka bir değer koymaktır. Bu nedenle sorumluluk hukukunda kural, tazminatın zarar miktarını geçmemesidir.

Denkleştirme işlemi, tazminatın belirlenmesiyle değil, zararın hesaplanmasıyla ilgili bir sorundur[14]. Denkleştirme işleminin zarar yerine tazminattan yapılması, ödenmesi gereken tazminat miktarını zarar gören aleyhine etkiler. Örneğin 100 birim zarar meydana geldiği ve zarar gören de %50 kusurlu görüldüğü, zarar nedeniyle elde ettiği menfaatin de 20 birim olduğu bir durumda, denkleştirme işlemi zarar miktarından yapıldığı zaman zarar gören 80 birimin %50'sini; yani 40 birimi zarar verenden talep edebilecektir. Denkleştirme işlemi tazminat miktarı üzerinden yapılsaydı 50 birimden sağlanan yarar olan 20 birim çıkarılarak tazminat hesap edilmiş olacaktı.

Sosyal güvenlik kuruluşlarının yaptığı yardımların denkleştirmeye dâhil edilmesi için rücu hakkının varlığı aranmaktadır[15]. Böylece, sigortalının zarar

[13] Eren, Fikret; Borçlar Hukuku, 14. Baskı, Yetkin yay. Ankara 2012, s. 729 vd. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 586 vd. Ulusan, İlhan; , s. 141-142 ve 158-159 Akın, Levent; İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara 2001, s. 206. Süzek, Sarper; İş Hukuku, 8.baskı, Beta yay.İstanbul 2012, s. 452 vd. Aynı yazar, İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985, s. 192-196. Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı Muhittin: İş Hukuku, 5. Bası Ankara 2012, s. 1251 vd. Ozanoğlu, Teoman; Sosyal Güvenlik Kurumlarınca Yapılan Yardımların Etkisine İlişkin Kurallar, Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu, Ankara 1993, s. 157. Karahasan, Mustafa Reşit; Tazminat Hukuku, Maddi Tazminat, İstanbul 2001, s. 133 vd. (Uçakhan) Güleş, Sema; Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplaması, 4. Baskı, Ankara 2002, s. 279. Kılıçoğlu, Ahmet; Borçlar Hukuku, 15. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 416-418. Yazar, indirimin taminat miktarından yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Ancak Yazar, 409. sayfadaki açıklamalarında ise zarardan indirim yapılması gerektiğini söylemektedir.

[14] Eren, s. 724. Karahasan, s. 141, 146-147.

[15] (Uçakhan) Güleş, s. 280'de yazar, üçüncü kişinin veya Kurumun halef olduğu hallerde ödenen menfaatler zarardan indirilir demektedir. Karahasan ise, sigortacının halef olması durumunda denkleştirme kuralının uygulanmayacağını belirtmektedir (Karahasan, s. 141). Bu nedenle Sosyal Sigortalar Kurumu rücu hakkını kullanacaksa denkleştirmenin uygulanmayacağını savunmaktadır (s. 142). Yazarlar arasındaki bu çelişik ifadeler Kanaatimizce rücu hakkının hukuksal niteliği etrafındaki şüpheleri daha da kuvvetlendirir niteliktedir. Karahasan'ın hukuksal gerekçesi, tazminat isteminin ödenen oranda sigortacıya geçmesinde bulunmaktadır. Yazar, bu ifadeleriyle doktrindeki çoğunluk ve uygulamaya ters düşse de, halefiyetin tazminat miktarı üzerinden indirimi gerektirdiği, denkleştirmenin ise zarar miktarı üzerinden yapılması gerektiği düşünülecek olursa, tutarlı olabilecektir.

miktarını aşan yarara ulaşmaması ile zarar verenin sorumluluğunun sınırının aşılmaması kuralı birlikte sağlanmış olmaktadır. Zarardan sorumlu olan kişinin, zarar görene uğradığı zarar miktarı üzerinden ödemede bulunduktan sonra aynı zarar dolayısıyla rücu hakkı sahibine karşı tekrar bir ödemede bulunması söz konusu olamayacağı için, zarar miktarından denkleştirme yapılarak kalan miktar üzerinden ve kusuru oranında zarar görene karşı sorumluluğu bulunacaktır.

Bu yönüyle, sosyal güvenlik kuruluşunun rücu hakkı bulunmuyorsa, yapılan ödemelerden dolayı zarar miktarı üzerinden denkleştirme yapılması 5510 sayılı Kanun öncesi tartışmalıydı. Doktrindeki bazı yazarlar[16] ve uygulamada Yargıtay[17] ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesi[18] rücu hakkının bulunma-

[16] Eren, s. 737-738. Olgaç, Senai; Kazai ve İlmi İçtihatlarla Borçlar Kanunu, Cilt I, Ankara 1976 , s. 679-681. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 645-646. (Uçakhan) Güleş, s. 303-304. Güzel/Okur, s. 251. Aksi görüş Akın, s. 197 ve özellikle 205. Yazar, YHGK, 21.3.1990, 9-71/198 sayılı yayınlanmamış Yargıtay kararına dayanarak bu kanaatini belirtmektedir (s. 205 dip not 94). Yargıtay kararına göre, SSK. m. 10 ve 26. maddelerinde öngörülen sorumluluk koşulu gerçekleşmese dahi sigorta yardımlarının peşin değeri indirilmelidir. Burada denkleştirmenin nedeni rücu hakkının varlığı değil, işçi lehine de olsa mükerrer ödemeyi engellemektir.

[17] 4772 sayılı yasa döneminde 22.3.1944 tarih ve 9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile destekten yoksun kalma tazminatında sigortanın ödediği yardımların mahsup edileceği kararı verilmişken 6.3.1978 tarih ve 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile Emekli Sandığının rücu hakkının bulunmaması nedeniyle zarardan mahsup edilemeyeceği (bkz. Uygur, Turgut; Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu , Genel Hükümler, Cilt I, Ankara 1990, s. 629-630. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s,645-646) kabulü içtihat değişikliğine yol açmıştır. Emekli Sandığı hakkındaki içtihat üzerine Sosyal Sigortalar Kurumunda rücu hakkının bulunmadığı ölüm ve malullük aylıklarından dolayı yapılan yardımların zarardan mahsup edilemeyeceğine karar verilmiştir. Yargıtay'ın bu konudaki içtihatları bir tutarlılık sergilemektedir. "*506 sayılı Kanuna göre iş kazası sigorta kolundan bağlana gelire ait peşin sermaye değerinin kusura isabet eden kısmı, en son olarak tazminattan indirilmelidir.*" Y. 4. HD., 24.6.1985, 5767/6151 (Uygur, s. 380-381). "*İş kazası sonucu olmayan ölüm sigortasından bağlanan gelire ait peşin sermaye değeri, zararın denkleştirilmesinde göz önünde tutulamaz*" Y. 4. HD., 14.5.1986, 3458/4124 (Uygur, s. 382)."SSK'nun rücu hakkı, 506 sayılı Yasanın 10, 15, 26, 27, 28, 39 ve 41. maddelerinde öngörülmüştür.Kurumun rücu hakkı bulunmayan anılan yasanın 65. maddesi hükmü gereğince ölüm sigortasından bağlanan gelirin peşin sermaye değerinin tazminattan düşülmesi söz konusu olmaz" YHGK., 28.11.1979, 4-1110/1395 (Uygur, s. 625-627)." Bağ-Kur'un iki gözünü davaya konu olayda kaybeden davacıya sağladığı sigorta yardımının peşin değeri için davalılara rücu edeceği tabiidir. Davalıların mükerrer ödeme durumunda kalmamaları için de bu yardımın zarar belirlenirken düşülmesi zorunludur." Y. 4. HD., 20.6.1989, 4620/5643 (Uygur, s.628-629).

[18] bkz. Özgüldür, Serdar; İdare Hukukunda Tazminat Hesabının Unsurları ve Hesaplama Yöntemi: AYİM Uygulaması, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1996 Yılı Toplantısı, İstanbul 1996, s. 148-149, 161, 163, ve 180. "*.. Emekli Sandığının 10 yıldan fazla iştirakçisi olan davacının görev dışında yaralanarak sakat kalması halinde adi malul olarak alacağı emekli maaşı ile olay nedeniyle yaralanıp sakat kalması durumunda vazife malulü olarak aldığı maaş ayrı ayrı sorulmuş; adi malul maaşı davacının şahsi hakkı olduğundan, bu maaşın üzerinde olan vazife malullüğü*

dığı Emekli Sandığı yardımları ile Sosyal Sigortalar Kurumunun ölüm ya da malullük yardımlarının zarardan düşürülmeyeceği görüşündeydi.

Sorumluluk hukuku ile rücu hakkı arasında yakın bir bağ bulunmaktadır. Rücu hakkının varlığı, yapılan sigorta yardımının zarar miktarı üzerinden denkleştirilmesini zorunlu kılmaktadır. Esasen bu husus, eski 4772 sayılı Kanun döneminde açıkça dile getirilmişti. 4772 sayılı Kanunun 37. maddesinin ikinci fıkrası "*Bu türlü kazalarda sigortalı veya hak sahibi olan kimseleri bu kanunla sağlanan hakların dışında genel hükümlere göre haklı olabilecekleri her türlü zararlarını işveren veya vekilinden arayabilirler*" hükmü ile bu hususu açık bir şekilde ifade etmişti. Rücu hakkını öngören birinci fıkra hükmünden sonra sigorta yardımlarının zarar üzerinden mahsup edilerek kalan miktarla da işverenin sigortalı işçiye karşı genel hükümlere göre kusuru oranında sorumlu olabileceği öngörülmekteydi.

Yukarıdaki açıklamalara uygun olarak bir iş kazası veya meslek hastalığında, Kurumun iş kazası ve meslek hastalığı sigortası ile malullük sigortası yardımlarının sigortalıda birleşmesi durumunda malullük sigortasından yapılan yardımlar zarardan düşülmemelidir. Bu nedenle de Kurumun iş kazası ya da meslek hastalığı nedeniyle yaptığı yardımlar dolayısıyla 5510 sayılı Kanunun 21. maddesine göre açtığı rücu davasında bu miktarı dahil etmemesi gereklidir. Çünkü malullük sigortası yardımları sigortalının işverene karşı açacağı tazminat davasında zarardan bir indirim sebebi olmayacağından işverenden tekrar (mükerrer) tahsil edilmesi yoluna gidilmemiş olacaktır. Malullük sigortasından dolayı rücu hakkı, işverenin üçüncü kişi olması durumunda söz konusudur.

Yargı uygulamalarında rücu hakkının varlığı halinde, denkleştirmenin uygulanması konusunda bir tereddüt bulunmamakla beraber, denkleştirmenin zarar üzerinden mi, yoksa tazminat üzerinden mi, yapılacağı konusunda bir ayrım yapılmamaktadır. Denkleştirme ile ilgili yapılan açıklamalara baktığımızda da tazminat miktarının zarar miktarına eşit olduğu haller örnek verilmektedir. Örneğin 100 birim zararın 60 birimi SGK tarafından karşılanmış ise, geriye kalan karşılanmayan 40 birimin istenebileceği belirtilmektedir. Ancak, zarar verenin ya da zarar görenin kusuru oranında sorumluluk (tazminat) miktarının zarar miktarından daha aşağı olması gerektiği hallerde denkleştirmenin

maaşı ile arasındaki fark, bu olay nedeniyle davacının malvarlığına katılan yarar olarak kabul edilmiştir…" AYİM., 2. D., 23.11.1988, E. 1987/165, K. 256 (Özgüldür, s. 162 dip not 177).

nasıl yapılacağı üzerinde ayrıntılı olarak durulmamaktadır. Ancak, genel kural olan zarar miktarı üzerinden yapılması gerektiği de sıklıkla vurgulanmaktadır.

Denkleştirmenin zarar ya da tazminat miktarı üzerinden mi yapılacağı sorunu, rücu hakkının hukuksal niteliği ile yakından ilgilidir. Rücu hakkı, salt yasadan kaynaklanıyorsa, denkleştirmenin zarar miktarı üzerinden; halefiyet hakkı ile güçlendirilmiş ise, tazminat miktarı üzerinden yapılması gerekmektedir. Çünkü, halefiyet hali, yapılan ödeme oranında "*alacak hakkını*" alacaklının şahsında sona erdiren ve "*aynı alacak hakkını*" buna bağlı fer'i haklarla birlikte Kurumun şahsında devam ettiren bir hukuksal yoldur. Zarar görenin kusuru ya da işverenin kusuru bulunması durumunda sigortalı işçinin alacak hakkı zarar miktarı değil gerekli kusur oranları düşüldükten sonra kalan miktardır. Bu miktarla sınırlı olarak Kurumun yaptığı ödeme oranında işçinin alacak hakkı (tazminat alacağı) kendi şahsında sona erecek, ancak Kurumda devam edecektir. Dolayısıyla halefiyet, Kurumun yaptığı yardımları sigortalı işçinin işverenden alabileceği alacak hakkının bir parçası durumuna getirmektedir. Halefiyet halinde ayrıca, sigorta yardımları ve işçinin işverenden talep edebileceği miktar toplamı kural olarak tazminat miktarını aşmamalıdır. Sosyal sigortaların alacak hakkını (tazminat miktarını) aşan ödemelerinin bulunması halinde, sigortalının işverenden herhangi bir alacak hakkı kalmayacaktır.

Görülmektedir ki, rücu hakkının hukuksal niteliği denkleştirme işleminin yapılacağı miktarın tespitinde önemli bir rol oynamaktadır. Kurumun sahip olduğu rücu hakkı halefiyet ilkesine dayanmıyor, bu hakkın salt yasadan doğduğu kabul ediliyorsa, sigorta kolundan yapılan yardımların peşin değeri zarar miktarı üzerinden denkleştirilerek kalan miktardan da işveren kusuru oranında sorumlu olacaktır. Kuruma tanınan rücu hakkı halefiyete dayanmakta ise, zarar miktarından işverenin ya da sigortalı işçinin kusur oranı düşülerek alacak hakkı (tazminat) tespit edilecek; bu miktar üzerinden de Kurumun yaptığı yardımlar denkleştirilecektir.

8. Tazminata ve Yardımlara Hak Kazanmada Üst Sınır

Sigortalı işçinin Kurumdan alacağı sigorta yardımlarıyla karşılanmayan zararının işverene yöneltilmesi bakımından yasaya dayanan rücu hakkı ile halefiyete dayanan rücu hakkında denkleştirmenin farklılığına yukarıda kısaca değindik. Aşağıda bu iki değişik yaklaşıma göre işçinin alacağı sigorta yardımları ve tazminat miktarının toplamları bakımından farklılıkları üzerinde durulacaktır.

Kurumun rücu hakkının da dahil tutulduğu üçlü yapıda tazminat ve sorumluluğun tespitinde iki metot bulunmaktadır;

a. *Birinci metoda* göre, denkleştirme halefiyet ilkesine dayanarak tazminat miktarı üzerinden yapılmaktadır. Sonuçta sigortalının işverenden alabileceği tazminat alacağı, sigorta yardımları oranında sona ermekte ve bakiye alacak için dava hakkı devam etmektedir[19]. Bu sistemin bir diğer özelliği de, karşılık (müterafik) kusur nedeniyle, sigortalı ya da hak sahiplerinin alabileceği sigorta yardımları ve tazminat toplamının işverenin sorumlu olduğu miktarla sınırlı olmasıdır. İşveren de, iş kazası veya meslek hastalığından dolayı sorumlu olacağı miktarla sınırlı olarak sigortalı işçi veya hak sahipleri ile Kuruma karşı sorumludur. Bu sınır, hem işçinin açacağı tazminat hem de Kurumun açacağı rücu davasında geçerliliğini koruyacaktır.

Dış tavan da denilen bu sınır her zaman gerçek zararla örtüşmek zorunda değildir. Sigortalının kaza ya da hastalık nedeniyle gerçekleşen zararına, kendi kusurunun (müterafik) bulunması durumunda bu kusur oranındaki miktar ya da işverenin kusuru oranı düşülerek dış tavan hesaplanmış olacaktır. Bu yönüyle dış tavan, sigortalının zararını gidermek için alabileceği tazminat ve sigorta yardımları toplamını ifade etmektedir[20].

Aşağıda diğer alternatif durumlar ve farklı ikinci metoda uygulayacağımız standart bir örnek üzerinden hareket edeceğiz. Sigortalının gerçek zararının peşin sermaye değeri 100 kabul edildiğinde ve işverenin %60, sigortalı işçinin de %40 kusurlu olduğu bir iş kazasında, tazminat ve rücu davalarına konu olan tavan (=dış tavan) miktarı 100 değil 60 birim olacaktır.

Tartışmaya esas aldığımız bu örnekte dahi, halefiyet ilkesinin tam olarak uygulandığı, Yargıtay'ın uygulaması ve yine Yargıtay'ın istikrarlı olmayan bir biçimde destekten yoksun kalma tazminatında uyguladığı üç değişik sonuçla karşılaşılmaktadır. Aşağıda anlatımın kolaylıkla takip edilebilmesi

[19] Süzek, s. 469-470. Kaplan Emine Tuncay; İşverenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1990, s.119. Tunçomağ, Kenan; İş Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1988, s. 141. Tuncay/Ekmekçi, s. 335-344. Aktaş, Hakkı: Zarar ve Tazminat Hesabında Bazı Noktalar, Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu, Ankara 1993, s. 192-193. Yazar, verdiği örnekle İsviçre'de mağdurun sigortadan aldığı iradın sermaye değerinin kusur oranı dikkate alınmaksızın hesaplanan zarardan; Türkiye'de ise, sorumlunun ödeyeceği tazminat miktarından çıkarıldığını belirterek bu konunun tartışılmasını önermektedir.

[20] Sigorta yardımları da bu miktar tespit edildikten sonra denkleştirilecektir. Bkz. Y. 9. HD., 16.11.1979, 11805/12844 (Karahasan, s. 147).

için öncelikle bu üç değişik durumu bir tabloda özetleyerek aralarındaki farkı izah etmeye çalışacağız.

Yukarıdaki örnekte Kurumun yaptığı yardımların peşin sermaye değerini 20 birim olarak kabul ettiğimizde tabloyu aşağıdaki gibi oluşturabiliriz;

İşçinin uğradığı zararda (100 birim) %60 işveren, %40 işçi kusurludur. Sigorta yardımlarının peşin sermaye değeri 20 birimdir.

Halefiyete dayanan rücu davalarında uygulanan metot	İşverenin işçiye karşı sorumlu olduğu miktar	Kurumun işverene rücu edebileceği miktar	Toplam sorumluluk ve yarar miktarı
Birinci durum; halefiyet ilesi	40	20	İşçi; 60 İşveren; 60
İkinci durum; Yargıtay'ın iç tavan uygulaması	40	12	İşçi; 60 İşveren; 52
Üçüncü durum; Yargıtay'ın destekten yoksun kalma tazminatında uygulaması	48	12	İşçi; 68 İşveren; 60

İşçinin uğradığı zararda (100 birim) %60 işveren, %40 işçi kusurludur. Sigorta yardımlarının peşin sermaye değeri 65 birimdir.

Halefiyete dayanan rücu davalarında uygulanan metot	İşverenin işçiye karşı sorumlu olduğu miktar	Kurumun işverene rücu edebileceği miktar	Toplam sorumluluk ve yarar miktarı
Birinci durum; halefiyet ilesi	-	60	İşçi; 65 İşveren; 60
İkinci durum; Yargıtay'ın iç tavan uygulaması	-	39	İşçi; 65 İşveren; 39
Üçüncü durum; Yargıtay'ın destekten yoksun kalma tazminatında uygulaması	21	39	İşçi; 86 İşveren; 60

Yukarıdaki tablodaki halefiyet ilkesine dayandırılan üç değişik durumu sırasıyla irdeleyecek olursak;

Birinci durum; halefiyet ilkesinin tam olarak uygulandığı durumdur. Sigortalı işçinin Kurumdan aldığı sigorta yardımlarının peşin sermaye değeri 20 olduğunda, işverenin işçiye karşı sorumluluğu 40 birim ile sınırlıdır. Sigorta yardımlarının peşin sermaye değeri dış tavanı aştığında ise, sigortalı işçinin işverene karşı herhangi bir talepte bulunması söz konusu değildir.

Örnekte ifade etmeye çalıştığımız sonuç, halefiyet ilkesinin doğal bir sonucudur. İşçi sadece işverenden isteyebileceği miktarla sınırlı olarak dava hakkına sahiptir. Kurumun herhangi bir ödemede bulunması durumunda bu oranda alacağı karşılandığı için, tazminat alacağı o oranda tamamen ya da kısmen sona ermiştir. Sona eren miktar üzerindeki haklar kaldığı şekliyle Kuruma geçmektedir. Kurum da bu durumda rücu hakkını kullanırken sigortalının kusur oranını dikkate almadan, işverenin sorumlu olduğu miktarı (dış tavan) aşmamak koşuluyla dava açmalıdır. Yukarıdaki örneğe devam edecek olursak, gerçekleşen 100 birim zarardan işverenin sorumlu olacağı ve işçinin de alabileceği toplam tazminat ve yardımlar miktarı 60 birim (dış tavan) üzerinden Kurumun yaptığı yardımların 20 birim peşin sermaye değerinin tamamı işverenden istenmelidir. Böylece 40 birim işçiye 20 birim Kuruma ödeme yapan işverenin sorumluluğu dış tavan olan 60 birimi geçmeyecektir. Sonuç olarak işçi 60 birim alacağına kavuşmuş olacak, işverenin de Kuruma ve işçiye yaptığı ödemelerin toplamı da 60'ı aşmayacaktır.

Kurumun yaptığı yardımların peşin sermaye değeri dış tavanın üzerinde olursa ne olacaktır? Örneğin Kurumun yardımlarının peşin sermaye değeri 65 birim olduğunda, sigortalı işçi işverene karşı herhangi bir talepte bulunamayacak, Kurum da yapmış olduğu 65 birim yardımdan sadece 60 birimini işverenden tahsil edebilecektir.

İkinci durum; Kurumun açacağı rücu davasında işverenin kusur oranının (iç tavan) tekrar dikkate alındığı Yargıtay uygulamasıdır. Yargıtay[21], halefiyet ilkesinden dolayı iç tavan uygulamasına gitmeden, Kurumun yaptığı yardımların peşin sermaye değerini tamamen işverenden isteyen ve bu kararında direnen ilk derece mahkemesinin kararını yine halefiyet gerekçesi ile reddetmiş ve iç tavan uygulamasında ısrar etmiştir. Davaya konu olayda işveren %60 kusurludur[22]. Kusur oranı, zarar miktarına uygulanarak rücu edilebilecek tazminat miktarı tavanı bulunmuştur. Kurum, halefiyet ilkesi gereği sigortalının yerine kaim olduğuna göre ve işverenin kusur oranına karşılık gelen sorumluluk miktarı bulunduğuna göre, ikinci bir %60 kusur uygulamasının doğru olmayacağı gerekçesi ile karara direnilmiştir. Oysa ilk derece mahkemesinin kararı, halefiyet ilkesine göre daha tutarlı bulunmaktadır.

[21] YHGK., 5.12.1990, 10-478/619 (Aktaş, Hakkı; Rücu Davalarında Dış ve İç Tavan, Karar İncelemesi, İş Hukuku Dergisi, Ocak-Mart 1991, s. 122-130).

[22] Bu olayda işveren tehlikeli bir işte 18 yaşından küçük işçi çalıştırmasından dolayı %60 kusurlu görülmüştür. 15 yaşında olan işçi de 4-5 aydan beri aynı işte çalıştığı ve yeterli tecrübeye sahip olması nedeniyle metal çubuğu torna tezgahına gerekli surette koymadığı ve bu nedenle kaza meydana geldiği için de %40 kusurlu görülmüştür.

Çünkü halefiyet, sigortalının veya hak sahiplerinin işverenden olan alacağını yapılan ödeme oranında sona erdirmekte ve ödemede bulunan Kuruma aynı haklarla ve kaldığı yerden intikal ettirmektedir. Bu miktara ikinci bir defa kusur uygulanmasının halefiyet ile izah edilmesi güçtür. Yargıtay, halefiyet gereği kusur oranının ikinci defa uygulanacağını belirtmekte ancak, halefiyetin buna nasıl yol açtığını izah etmemektedir.

Yargıtay, halefiyet ilkesine aykırı olarak rücu davalarında bir iç tavan uygulamasına gitmektedir. İç tavan, Kurumun sigortalıya yaptığı bütün yardımların peşin sermaye değerine işverenin kusur oranını uygulayarak, işverene rücu edilebilecek miktarı ifade eder[23].

Yukarıdaki örneğimiz üzerinden açıklamada bulunursak; gerçekleşen 100 birim zarardan 60 birimi ile sorumlu olan işveren, 40 birimini işçiye karşı ödemekle yükümlüdür. Kurumun yaptığı ve sigortalı işçinin o oranda alacak hakkını sona erdiren yardımların peşin sermaye değeri olan 20 birime rücu ilişkisinde işverenin kusuru olan %60 kusur oranı uygulanarak düşülen miktar, işverenin Kuruma karşı sorumluluğundaki iç tavanı belirler. Bu durumda işveren, Kuruma karşı 20 birimlik peşin sermaye değerinden 12 birimden sorumlu olmaktadır.

Sonuç olarak işçi 100 birimlik gerçekleşen zararından SGK ve işverence 60 birimlik zararı karşılanmış olmasına rağmen, işverenin ödemelerinin toplamı 60 olmamaktadır. Aksine, 40 birim işçiye, 12 birim de Kuruma ödemede bulunan işverenin toplam sorumluluk miktarı 52 birim olarak bulunacaktır. İşverenin sorumlu tutulmadığı 8 birimlik kısım da, Yargıtay tarafından bu kısım kapatılıncaya kadar, sonraki artışlar nedeniyle ek rücu davalarına konu olmaktadır. Ancak yeniden değerlendirmenin yapıldığı tazminat hesabında bu kısım asla kapatılamamakta ve zamanaşımını da ortadan kaldırmaktadır.

Benzer sonuç, Kurumun yapacağı yardımların dış tavanı aşması durumunda da görülmektedir. İş kazasından dolayı %60 kusurlu olan ve 100 birim zararın 60 birimini karşılamakla sorumlu olan işverenin sorumluluk miktarı, Kurumun 65 birim yardım yapması durumunda daha da aşağıya inecektir. Bu durumda sigortalı işçi, alacağını fazlasıyla tahsil ettiği için işverene karşı bir dava hakkına sahip değildir. Kurum ise, 65 birim yardım yaptığında,

[23] Ozanoğlu iç tavanı, Kurumun karşıladığı ve ileride karşılayacağı her türlü giderlerin toplamı olarak tanımlamaktadır (bkz. Ozanoğlu, s. ,155 ve 157). Yazar ayrıca, destekten yoksun kalma tazminatının hesabında da dış tavandan Kurumca yapılan yardımların çıkarılması suretiyle kalan miktar üzerinden sorumluluğun kurulabileceğini ifade etmektedir. Tuncay/Ekmekçi, s. 342.

bunun 60 birimini işverenden istemek yerine iç tavan uygulamasına giderek 65 birimin %60'ını; yani, 39 birimi açacağı rücu davasına konu edebilir.

Üçüncü durum; istikrarlı olmamakla berber, destekten yoksun kalanların işverenden isteyebileceği miktarın hesabında karşılaşılan Yargıtay'ın geçici uygulamasıdır. Yargıtay, işçinin veya hak sahiplerinin işverene yönelteceği sorumluluğu bir yandan Kurumca karşılanmayan zararla sınırlı tutarken, diğer taraftan da iç tavan uygulamasının getirdiği ve halefiyet ile bağdaşmayan uygulamasının verdiği sıkıntıyı destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin bir kararında[24] gidermeye çalışmıştır. Buna göre, işverenin hak sahiplerine karşı sorumluluğu, tazminat miktarından Kurumca işverenin kusuru oranında talep edilen miktar düşüldükten sonra kalan kısım ile sınırlı tutulmuştur. Bu yöntem yukarıda değindiğimiz ve sigorta yardımlarını tazminat miktarından indiren iki durumdan farklı bir üçüncü seçeneği gündeme getirmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, halefiyet ilkesine dayandığı için tazminat miktarından indirimi kabul eden bu metodun sonuçları, zarar miktarından indirimi öngören ve halefiyeti reddeden görüşle aynı noktada buluşmaktadır. Bu hesaplama yönetiminin sigortalı için de geçerli olması gereği, hukuksal niteliğine karşı çıkmamıza rağmen, zorunludur. Yargıtay'ın destekten yoksun kalma tazminatında kabul ettiği bu içtihat devamlı olmamıştır. Daha sonraki yıllarda Yargıtay, Kurumun yaptığı yardımların peşin sermaye değerinin tazminat miktarından indirilmesine karar vererek ikinci duruma tekrar dönmüştür[25].

Konuyu aynı örnek ile ifade edecek olursak, %60 kusuru ile 60 birim zarardan sorumlu (dış tavan) olan işveren, Kurumun ödediği 20 birim yardımların peşin sermaye değerinden de %60 oranında; yani 12 birimden sorumlu olacağı için sigortalı ya da hak sahiplerine karşı 60-12= 48 birimle sorumlu olacaktır. Sigorta yardımlarının peşin sermaye değeri 60 birimin üzerinde ve

[24] Destekten yoksun kalma tazminatına bakan 4. Hukuk Dairesini bu konudaki içtihatları; "*506 sayılı Kanuna göre iş kazası sigorta kolundan bağlanan gelire peşin sermaye değerinin kusura isabet eden kısmı, en son olarak tazminattan indirilmelidir.*" Y 4. HD., 24.6.1985, 4767/6151 (Uygur, s. 380-381)."

[25] ... sigortalının ölümü nedeniyle anne ve baba için destek kaybının yapılması doğrudur. Ne var ki, bu tür uyuşmazlıklarda davanın niteliği gereği belirlenen tazminattan anne ve babaya SSK tarafından bağlanan ya da bağlanması gereken peşin sermaye değerinin mükerrer ödemeyi ve haksız zenginleşmeyi önlemek için zarardan indirilmesi gerektiği Dairemizin ve giderek Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşlerindendir." Y. 21. HD., 24.6.1999, 4342/4860 (Karahasan, s. 906-907) . Bağ-Kur Kanununun 63. maddesine göre rücu davasının söz konusu olduğu halde; "*Bağ-Kur tarafından bağlanan gelirin peşin sermaye değerinin destekten yoksun kalma tazminatından düşülmesi gerekir.*" Y. 21. HD., 21.12.1998, 7642/10530 (Karahasan, s. 909). Ayrıca bkz. Seratlı, Gaye Burcu; İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara 2003, s. 177-178.

65 birim olduğu örneğimizde Kurum, 65 birimin %60'ını (iç tavan) yani 39 birimi işverenden istediğinde de sigortalı ya da hak sahipleri 60-39=21 birimi işverenden talep edebilir.

Böylece Kurumun peşin sermaye değerinin 20 birim ya da 65 birim olduğu her iki halde, işverenin Kuruma ve sigortalı ya da hak sahiplerine karşı sorumluluğu 60 birimle sınırlıdır. Ancak, bu örneklerde göz ardı edilmemesi gereken bir husus bulunmaktadır. O da, işverenin her durumda sorumlu olacağı miktar 60 birim olmakla (dış tavan) beraber, sigortalı veya hak sahiplerinin işveren ve Kurumdan alacağı tazminat ve yardımların toplamı 60 birimi aşmaktadır. Böylece sigortalı işçinin karşılık kusuru ile sorumlu olduğu %40'lık bölümün de bir kısmını karşılamaktadır. Peşin sermaye değerinin 20 birim olduğunda, işverenden 48 birim, sigortadan 20 birim toplam 68 birim yardım ve tazminat alan sigortalı; peşin sermaye değerinin 65 birim olduğu durumda ise, işverenden 21 birim, Kurumdan da 65 birim olmak üzere toplam 86 birim yardım ve tazminat alacaktır. Böyle bir sonucun halefiyet ile bağdaşır bir yanı bulunmamaktadır.

Sigortalının alabileceği tazminat ve sigorta yardımlarının toplamının, işverenin iş kazası veya meslek hastalığından dolayı sorumlu olacağı miktarla sınırlı olduğu sistemde yukarıda görüldüğü gibi üç farklı sonuçla karşılaşılmaktadır. **Birinci sonuç**, Kurumun yaptığı yardımların tamamı işverenden geri alınabilir. Yardımların toplamı, işverenin kusur oranı ölçüsünde sorumlu olduğu miktarı aştığında da bu miktar kadar işverenden istenebilir. Bu halefiyet ilkesinin doğal bir sonucudur. **İkinci sonuç**, Kurumun yaptığı yardımları iç tavan oranında, yani işverenin kusuru oranında istemesidir. Bu durumda sigortalı ya da hak sahiplerinin alacağı tazminat ve sigorta yardımları dış tavanla sınırlı iken, işverenin sorumluluğu dış tavanın altında kalabilmektedir. **Üçüncü sonuç**, Kurum yaptığı yardımların peşin sermaye değerini işverenden kusuru oranında (iç tavan) talep ederken, işverenin sorumlu olduğu üst sınır (üst tavan) ile Kuruma ödediği miktar arasındaki farkı da hak sahiplerine destekten yoksun kalma tazminatında ödemelidir. Bu yöntemin sigortalı bakımından da uygulanmaması için bir neden yoktur. Böylece işverenin toplam sorumluluğu üst sınırı aşmaz iken, sigortalı ya da hak sahiplerinin alacağı tazminat ve sigorta yardımlarının toplamı üst sınırın (dış tavan) çok üzerinde olabilecektir.

İkinci ve üçüncü sonuçların halefiyet ilkesi ile izah edilmesi güçtür. Bununla beraber, değindiğimiz üçüncü sonuç hesaplamalarındaki değişik yaklaşıma

rağmen sonuçlarıyla aynı miktarı veren aşağıda değineceğimiz ikinci metoda daha yakın bulunmaktadır.

b. *İkinci metoda* göre, sigorta yardımlarının zarar miktarı üzerinden denkleştirilecektir. Ayrıca, işverenin sorumluluğunun ölçütü ile sigortalının alacağı toplam sigorta yardımı ve tazminat arasında bir bağlantı kurulmamaktadır. Buna göre, sigortalı işçi ya da hak sahipleri, SSK tarafından sağlanan menfaat ile gerçekleşen zarar arasındaki farkı kusuru oranında işverenden; SSK da aynı kusuru oranında sigortalının işvereninden isteyebilecektir. Böylece, işverenin hem sigortalıya hem de SSK'ya ödeyeceği toplam tazminat, kusuru oranını aşmayacaktır. Diğer taraftan, sigortalının hem SSK'dan hem de işverenden alacağı toplam yardım ve tazminat toplamı bu miktarı aşabilecektir.

Halefiyet ilkesine dayanmayan, doğrudan doğruya yasadan kaynaklanan rücu görüşüne göre zararın paylaşımını aynı örnekten hareket ederek birinci metottaki gibi tablo yardımıyla izah edersek;

İşçinin uğradığı zararda (100 birim) %60 işveren, %40 işçi kusurludur. Sigorta yardımlarının peşin sermaye değeri 20 birimdir.

Denkleştirmenin zarar miktarı üzerinden yapıldığı metot	İşverenin işçiye karşı sorumlu olduğu miktar 80 birimin %60'ı	Kurumun işverene rücu edebileceği miktar 20 birimin %60'ı	Toplam sorumluluk ve yarar miktarı
Yasaya dayanan rücu hakkı	48	12	İşçi; 68 İşveren; 60

İşçinin uğradığı zararda (100 birim) %60 işveren, %40 işçi kusurludur. Sigorta yardımlarının peşin sermaye değeri 65 birimdir.

Denkleştirmenin zarar miktarı üzerinden yapıldığı metot	İşverenin işçiye karşı sorumlu olduğu miktar 35 birimin %60'ı	Kurumun işverene rücu edebileceği miktar 65 birimin %60'ı	Toplam sorumluluk ve yarar miktarı

Yasaya dayanan rücu hakkı	21	39	İşçi; 86 İşveren; 60

İşçinin zararı 100 birim olup, kazadaki kusuru %40, işverenin kusuru ise %60'dir. SSK tarafından sağlanan yardımların peşin sermaye değeri 20 birimdir. Bu durumda sigortalı işçi, işverene 100-20=80 birimin %60'ı oranında, yani 48 birim kadar başvurabilecektir. Bu sonuç, yukarıda ele aldığımız halefiyet ilkesinin uygulandığı birinci, Yargıtay'ın ve doktrinin çoğunluk görüşü olan ikinci durumda hesaplanan 40 birimle karşılaştırıldığında önemli bir farkı oluşturmaktadır. Sigortalı, 48 birimi işverenden 20 birimi de SSK'dan alarak toplam 68 birim tazminat ve sigorta yardımı elde etmiş olacaktır. Halefiyet görüşünde ise, birinci ve ikinci durumda sigortalının elde ettiği tazminat ve sigorta yardımları toplamı 60 birimi geçmemektedir. Adeta, sigortalının kazanın meydana gelmesindeki %40 karşılık kusuru, zararının karşılanması bakımından sigorta tazminatın bir parçası konumuna getirilerek hak ettiği sigorta yardımlarının da kesilme nedeni olmaktadır.

SGK, rücu hakkını kullanarak işverene açacağı davada da yaptığı yardımların peşin sermaye değeri toplamından işverenin kusuru oranındaki miktarı talep edecektir. Sigorta yardımlarının toplamı 20 birim olduğunda bunun %60'ı olan 12 birim işverenden istenebilecektir. Böylece 48 birim işçiye, 12 birim SSK'ya ödeyen işverenin toplam sorumluluğu 60 birimi aşmayacaktır.

Yukarıdaki örnek olayın sonuçları, halefiyet ilkesinin benimsendiği birinci metotta, Yargıtay'ın sadece destekten yoksun kalma tazminatının tespitinde öngördüğü dördüncü hukuk dairesinin istikrarlı olmayan bir içtihadını oluşturan üçüncü durumla örtüşmektedir. İşverenin sigortalı ya da hak sahiplerine karşı sorumlu olabileceği *tazminat* miktarı ile Kurumun yaptığı yardımlardan işverenden isteyebileceği miktar arasındaki fark, *zarar* miktarından sigorta yardımları düşüldükten sonra genel hükümlere göre elde edilebilecek miktar ile aynı olmaktadır. Ancak, bu sonuca ulaştıran hukuksal nedenin tarafımızca kabulü mümkün olmadığı gibi, halefiyet ilkesi ile de bunu açıklamak doğru değildir.

Denkleştirmenin ilke ve esasları hakkında pozitif hukuk kuralı bulunmamaktadır. Konu yargı içtihatlarına bırakılmıştır.

Yargı uygulamalarında rücu hakkının varlığı halinde, denkleştirmenin uygulanması konusunda bir tereddüt bulunmamakla beraber, denkleştirmenin

zarar üzerinden mi, yoksa tazminat üzerinden mi yapılacağı konusunda bir ayrım yapılmamaktadır. Bu hususta değişik hukuk dairelerinin değişik kararlar verdiği görülmektedir.

Örneğin bazı kararlarda, "Zarar ve yararın denkleştirilmesi ilkesi gereğince sigorta tarafından yapılan bu ödemenin denkleştirme yapılarak **maddi tazminattan** indirilmesi gerekir. Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilmeden sigorta şirketin alınan paranın güncelleştirilmiş değerinin hesaplanan maddi tazminattan indirilmemiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.[26]" kararı ile denkleştirmeyi tazminat miktarından yapan aynı daire, başka bir tarihte verdiği kararında ise denkleştirmeyi zarar miktarından yapmaktadır. Buna göre verilen bir kararda, ".. davacıya ödenen nakdi tazminat bedelinin rapor tarihine kadar işleyecek faizinin de hesaplanarak **zarardan** indirilerek denkleştirme yapılması gerektiği….[27]" belirtilerek denkleştirme zarar miktarından yapılmaktadır. Başka bir kararda açıkça "... mahkemece, netice zarar tutarı üzerinden kusur indirimi yapılarak karar verilmiş olması doğru değildir. Şu halde, destek zararı hesaplanırken önce kusur indirimi yapılarak gerçek zarar belirlenmeli, sonra güncellenmiş sigorta ödemesi indirimi yapılmalıdır. Sigorta ödemesi tenzilinin kusur indiriminden önce yapılması doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.[28]" denilmek suretiyle denkleştirme tazminat miktarı üzerinden yapılmıştır. Karara düşülen karşı oy yazısında, "*… Tazminat hukukunda önce zarar belirlenir. Sonra varsa denkleştirme yöntemiyle gerçek zarar tespit edilir. Gerçek zarar böylece bulunduktan sonra tazminat belirlenmesine yapılır. Diğer ifade ile zararın ödenmesine ilişkin hesapların yapılmasına geçilir. İndirimler de bu aşamada yapılır. İlk derece mahkemesinin gerçek zararın tespitine ilişkin aşamadan sonra tazminat ve indirim hesaplarını yaptığı görülmekle karar onanmalıydı*" denilmektedir. Karşı oy yazısında denkleştirmenin zarar miktarı üzerinden yapılması kabul edilmektedir. Aynı tarihlerde, aynı dairelerden değişik nitelikte karar verilebilmektedir. Yargıtay tarafından kavramların yerinde kullanılmadığı, bazı durumlarda zarar miktarı ifadesi kullanılsa da bundan anlaşılanın tazminat miktarı olduğu, dairenin tazminat ile zararı aynı kavramda değerlendirdiği görülmektedir.

Yargıtay'ın bir diğer dairesi de denkleştirmenin zarar miktarı üzerinden yapılması gerektiğini belirtmektedir. Kararda açık bir şekilde ".. davacının

[26] Y 4 HD. 5.11.2009, E. 2008/14059, K. 2009/12335 (karar yayınlanmamıştır)
[27] Y 4 HD., 27.10.2009, E. 2009/7693, K. 2009/12031 (karar yayınlanmamıştır)
[28] Y 4 HD., 22.02.2012, E. 2011/141, K. 2012/2718 (karar yayınlanmamıştır)

talebini aşmamak kaydıyla, Kurumca bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerinin, rücu edilebilecek kısmının hesaplanarak, bilirkişi raporunda belirlenen zarar tutarından indirilmesi ile karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde Kurumca bağlanan gelirler maddi zarar miktarından tenzil edilmeden hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.[29]" denilmektedir. Emsal kararında dairenin, diğer daire kararlarından farklı bir yöntemi uyguladığı görülmektedir. Yargıtay denkleştirme yaparken peşin sermaye değerinin tamamını değil, sorumlu olunan kısmının denkleştirmede dikkate alınacağını belirtmektedir. Uyguladığımız emsal hesaplama üzerinde inceleyecek olursak; 100 birim zarardan peşin sermaye değeri olan 20 birim değil de %60 kusurlu olan işverenin sorumlu olacağı 12 birim mahsup edildiğinde kalan karşılanmayan zarar 88 birim olmaktadır. İşverenin Kurum tarafından karşılanmayan zararın 88 biriminin %60'ından sorumlu tutulması halinde 52,8 birim sorumlu olacaktır. Bu durumda işveren toplam 64,8 birimden sorumlu olmaktadır. Bu uygulama işverenin sorumlu olduğu miktardan da fazla sorumlu tutulmasıdır.

Kanaatimizce Yargıtay'ın zarardan kastettiği, tazminat miktarıdır. Ancak bu durumda hesaplama yapıldığında örnek olayda olduğu gibi işveren toplam 60 birimden sorumlu olacaktır. 100 birim zarardan 60 birim sorumlu olunan miktar olacaktır. Bu miktardan sorumlu olunan peşin sermaye değeri olan 12 birim çıkarıldığında işveren 48 birimden sorumlu olacaktır. Ancak bu durum hiçbir zaman tazminat miktarından yapılan yardımların mahsubu olmadığı için şimdiye kadar dikkate alınan yöntemlerden tamamen farklı bir yöntem kabul edildiği görülmektedir. Çünkü bu durumda sigortalı işçi 48 birim işverenden, 20 birim Kurumdan alacağı için toplam 68 birim menfaat elde edecektir. Yargıtay doğru sonuca ulaşmakla birlikte zarar miktarı üzerinden değil, tazminat miktarı üzerinden denkleştirme yaparak aynı sonuca ulaşmaktadır. Ancak Yargıtay'ın yönteminin hem halefiyet ilkesinden hem de rücu yönteminden farklı bir denkleştirme yöntemi olduğu görülmektedir.

Denkleştirme ile ilgili yapılan açıklamalara baktığımızda da tazminat miktarının zarar miktarına eşit olduğu haller örnek verilmektedir. Örneğin 100 birim zararın 60 birimi SGK tarafından karşılanmış ise, geriye kalan karşılanmayan 40 birimin istenebileceği belirtilmektedir. Ancak, zarar verenin ya da zarar görenin kusuru oranında sorumluluk (tazminat) miktarının zarar miktarından daha aşağı olması gerektiği hallerde denkleştirmenin nasıl

[29] Y 21 HD., 17.12.2012, E. 2012/4597, K. 2012/23518 (karar yayınlanmamıştır)

yapılacağı üzerinde ayrıntılı olarak durulmamaktadır. Ancak, genel kural olan zarar miktarı üzerinden yapılması gerektiği de sıklıkla vurgulanmaktadır.

Denkleştirmenin zarar ya da tazminat miktarı üzerinden mi yapılacağı sorunu, rücu hakkının hukuksal niteliği ile yakından ilgilidir. Rücu hakkı, salt yasadan kaynaklanıyorsa, denkleştirmenin zarar miktarı üzerinden; halefiyet hakkı ile güçlendirilmiş ise, tazminat miktarı üzerinden yapılması gerekmektedir. Çünkü halefiyet hali, yapılan ödeme oranında "*alacak hakkını*" alacaklının şahsında sona erdiren ve "*aynı alacak hakkını*" buna bağlı fer'i haklarla birlikte Kurumun şahsında devam ettiren bir hukuksal yoldur. Zarar görenin kusuru ya da işverenin kusuru bulunması durumunda sigortalı işçinin alacak hakkı zarar miktarı değil gerekli kusur oranları düşüldükten sonra kalan miktardır. Bu miktarla sınırlı olarak Kurumun yaptığı ödeme oranında işçinin alacak hakkı (tazminat alacağı) kendi şahsında sona erecek, ancak Kurumda devam edecektir. Dolayısıyla halefiyet, Kurumun yaptığı yardımları sigortalı işçinin işverenden alabileceği alacak hakkının bir parçası durumuna getirmektedir. Halefiyet halinde ayrıca, sigorta yardımları ve işçinin işverenden talep edebileceği miktar toplamı kural olarak tazminat miktarını aşmamalıdır. Sosyal sigortaların alacak hakkını (tazminat miktarını) aşan ödemelerinin bulunması halinde, sigortalının işverenden herhangi bir alacak hakkı kalmayacaktır.

Görülmektedir ki, rücu hakkının hukuksal niteliği denkleştirme işleminin yapılacağı miktarın tespitinde önemli bir rol oynamaktadır. Kurumun sahip olduğu rücu hakkı halefiyet ilkesine dayanmıyor, salt yasadan doğduğu kabul ediliyorsa, sigorta kolundan yapılan yardımların peşin değeri zarar miktarı üzerinden denkleştirilecek kalan miktardan da işveren kusuru oranında sorumlu olacaktır. Kuruma tanınan rücu hakkı halefiyete dayanmakta ise, zarar miktarından işverenin ya da sigortalı işçinin kusur oranı düşülerek alacak hakkı (tazminat) tespit edilecek; bu miktar üzerinden de Kurumun yaptığı yardımlar denkleştirilecektir.

9. Zararın ve Peşin Sermaye Değeri Hesabının Aynı Esasa Dayanması Sorunu

Sosyal Güvenlik Kurumunun yapacağı yardımların peşin sermaye değerinin zarar miktarından mahsup edilebilmesi için uygulanan hesaplama yönteminin aynı esaslara dayanması gerekmektedir. Aksi takdirde denkleştirme, haksız bir sorumluluk paylaşımına yol açacaktır.

Örneğin 70 yaşına kadar yaşayacağı varsayımı üzerine yapılan zarar hesabında, peşin sermaye değerinin 75 yaşına kadar yaşayacağı düşünülerek yapılan hesaplama ile denkleştirme yapıldığında, failin sorumlu olması gereken miktar düşük hesaplanmış olacaktır. Bunun gibi zararın hesabında her yıl belli bir artış olduğu ve dönem sonunda da belli bir oranda iskonto edilerek hesap yapıldığında, böyle bir artış ve iskonto yapılmadan gerçekleştirilen peşin sermaye değeri hesabı, failden haksız bir şekilde sorumlu olduğundan daha fazlasını almak olacaktır.

Yukarıdaki değerlendirme esas alındığında SGK'nın peşin sermaye değeri hesabı ile yerleşik tazminat hesabı yönteminin bir olması zorunluluğu doğmaktadır. SGK'nın 2011/58 sayılı genelgesi ile peşin sermaye değeri tespitinin esasları belirlenmiştir. Buna göre;

Peşin değer, gelecekte ödenecek gelirlerin, ölüm ihtimali ve belirli bir faiz faktörüne göre hesaplanan bugünkü değerini ifade etmekte olup, Kurum, iş kazası ya da meslek hastalığı ve malullük sonucu sigortalılara, bunların ölümü halinde de hak sahiplerine yaptığı her türlü ödemelerle, bağlamış bulunduğu gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerini, zarara sebep olan işveren ya da üçüncü kişilere rücu etmektedir

Kurum, TRH 2010 Yaşam Tablosunu kullanarak, muhtemel yaşam süresi değerlendirmesine göre peşin sermaye değeri hesabı yapacaktır. TRH 2010'dan önce CSO 1980 tabloları kullanılmıştır. CSO 1980 Amerika'nın CSO (Commissioners Standard Ordinary) 180'nin "*Mortality Table*" olarak bilinen yaşam tablosudur. Ancak bu tabloya göre yapılan hesaplamalar Yargıtay tarafından bozulmuştur.

Peşin sermaye değeri, sigortalı veya hak sahibinin yıllık gelirinin gelir başlangıç tarihindeki yaşı karşısında gösterilen peşin sermaye değeri tablosundaki değerle çarpımı sonucu bulunan rakamın 100 e bölünmesi (Aylık Gelir Tutarı x 12 x peşin sermaye değeri tablosundaki değer) / 100) suretiyle hesaplanmaktadır.

Gelir başlangıç tarihi 2008/Ekim ayından önce olan sigortalı ve hak sahiplerinin gelirinin peşin sermaye değerinin hesabında hem gelirler hem de sosyal yardım zamları için peşin sermaye değeri hesaplanacaktır. Sosyal yardım zammının peşin sermaye değeri de, sigortalının veya hak sahibinin bir aylık sosyal yardım zammı tutarı esas alınarak yukarıdaki formüle göre hesaplanacaktır.

Örnek 1: Kadın sigortalı iş kazası sonucu ölmüştür. Hak sahibi durumunda 25 yaşındaki eş bulunmaktadır. İş kazasında 506 sayılı Kanunun 26

ncı maddesi gereği işverenin sorumluluğu tespit edilmiş olup, hak sahibine 1/12/2007 tarihi itibariyle gelir bağlanmıştır. Gelir başlangıç tarihindeki gelir miktarı ile sosyal yardım zammı için peşin değer hesabı yapılacaktır. Peşin sermaye değeri için 2008/Ekim ayı başından önce düzenlenmiş olan ve Genelge eki Ek-26/a'da yer alan (1) numaralı tabloya bakılacaktır.

Gelirin, gelir başlangıç tarihindeki miktarı : 346,13 Sosyal Yardım Zammı: 4,69 TL

Eşin yaş karşılığı peşin sermaye tablosu değeri : 1.684,32

Gelirin ilk peşin sermaye değeri: (346,13 x 12 x 1.684,32) / 100 = 69.959,24 TL dir.

SYZ'nin ilk peşin sermaye değeri: (4,69 x 12 x 1.684,32) / 100 = 947,94 TL dir.

Kanaatimizce sosyal yardım zammı, sosyal sigorta karşılığı yapılan bir yardım değildir. Aksine sigorta finansmanı dışında sosyal yardım esasına dayanan bir ödemedir. Bu nedenle peşin sermaye değeri hesabına dahil edilmemelidir. Dolayısıyla zararın denkleştirilmesinde dikkate alınmamalıdır.

Örnek 2: Örnek 1 deki sigortalının hak sahibinin gelire girme tarihinin 1/7/2009 olduğu varsayılırsa ve iş kazasında Kanunun 21 inci maddesine göre işverenin sorumluluğu tespit edilmiş ise peşin sermaye değerinin hesabı aşağıdaki şekilde yapılacak ancak gelir başlangıç tarihinde sosyal yardım zammı ödemesi olmadığından, SYZ için peşin değer hesabı yapılmayacaktır. Peşin değerin hesabında kullanılacak peşin sermaye tablosu değeri için 2008/Ekim ayı başından itibaren yeniden düzenlenen Genelge eki Ek-27 de yer alan (1) numaralı tabloya bakılacaktır.

Gelirin, gelir başlangıç tarihindeki miktarı : 346,13

Eşin yaş karşılığı peşin sermaye tablosu değeri : 1.793,10

Gelirin ilk peşin sermaye değeri: (346,13 x12 x 1.793,10) / 100 = 74.477,48 TL dir.

TRH 2010 tablolarına göre hesaplama yapılmış olması halinde, mevcut sistemde iki önemli farklılık bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, bu zamana kadar kullanılan 1931 tarihli ve Fransa'dan alınan PMF yaşam tablolarının kullanılmamasıdır. İkinci farklılık, peşin sermaye değeri hesaplanırken yıllar itibariyle gelecek artışların dikkate alınmasıdır. Bu iki farklılık durumunda denkleştirmenin sağlıklı olarak yapıldığını kabul etmek güç olacaktır.

Örnek:

Zarar gören mağdurun 25 yaşında ve bağlanacak aylığın 180 TL olduğu hesaba katıldığında;

(Gelir miktarı x yaşın PMF karşılığı katsayı x 12)/100 formülüne ve PMF tablolarına göre peşin sermaye değeri; (180 x 1684,32 x 12)/100= 36.381,31 TL,

Bu hesaba göre, sigortalının gelirinin 250 TL üzerinden hesaplandığında yaklaşık olarak toplam zarar 50.529,6 TL olacak; işveren 14.148,29 TL'den sorumlu olacaktır.

CSO 1980'e göre peşin sermaye değeri; (180 x 1793,10 x 12)/100= 38.730,96 TL,

Bu hesaba göre, sigortalının gelirinin 250 TL üzerinden hesaplandığında yaklaşık olarak toplam zarar 50.529,6 TL olacak; işveren 11.798,64 TL'den sorumlu olacaktır.

TRH 2010'a göre peşin sermaye değeri; (180 x 1909,56 x 12)/100= 41.246,49 TL olacaktır.

Bu hesaba göre, sigortalının gelirinin 250 TL üzerinden hesaplandığında yaklaşık olarak toplam zarar 50.529,6 TL olacak; işveren 9.283,11 TL'den sorumlu olacaktır.

Aynı yaş ve aynı gelir karşısında sadece hesaplama yönteminden kaynaklanan bu değişikliğin denkleştirmede dikkate alınması ancak, denkleştirmenin yapılacağı zarar miktarının hesabının da aynı yaşam tablolarına bağlı olarak yapılmasıyla mümkündür.

Yıllardan bu yana kullanılan PMF yaşam tablolarının Türkiye'nin ihtiyaçlarına uygun olmadığı konusunda hemfikir bulunmamıza karşılık, Hacettepe Üniversitesince hazırlanan ve SGK tarafından uygulanmaya başlayan TRH 2010 yaşam tablolarının benimsenmesinin daha yararlı olacağı kanaatindeyiz.

10. Sonuç

Görülmektedir ki, rücu hakkının hukuksal niteliği etrafındaki tartışmalar, sadece nitelendirmeyle ilgili basit bir alanda kalmamaktadır. Bu nitelendirmelerin sonuçları tamamen birbirinden farklı ve uzlaşmaz hukuksal sonuçlara ulaşabilmektedir. Denkleştirme işleminin zarar üzerinden mi yoksa tazminat üzerinden mi yapılması gerektiği bu nitelendirmeye bağlıdır. Yargıtay içtihatlarında da bu konuda tutarlı bir yaklaşım bulunmamaktadır. Yargıtay'ın değişik zamanlarda verdiği birbiri ile çelişik kararlarından bir içtihatlar hukuku elde etmek mümkün olamamaktadır.

Aynı tutarsızlık işçinin elde edeceği tazminat ve sigorta yardımlarına hak kazanması bakımından da söz konusudur. Katılmadığımız yargı uygulamasına göre, işçi daha az miktarda tazminat ve sigorta yardımı elde edebilmektedir. Yine aynı şekilde işveren de sorumluluk hukukunun ilkelerine aykırı olarak, sorumlu olmadığı sonraki artışlarla muhatap olmakta; haksız uygulamalarla karşı karşıya kalmaktadır. Bütün bu sorunlar hukuksal nitelendirmeden ya da hukuksal kurumların tam olarak uygulanamamasından kaynaklanmaktadır. İlerideki artışların istenmesi konusundaki cevaplanmayan uygulama da bu nitelendirme sorunundan doğmaktadır.

Rücu hakkının hukuksal niteliğindeki tutarsızlık sorumlu kişilerin sorumluluklarının hukuksal nitelendirmesinde de tutarsızlığa neden olmaktadır. Özellikle, işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemleri ile ilgili işverenin yükümlülüğü de uygulamada kabul edildiği gibi kusursuz (ya da risk) sorumluluğu değil, rücu hakkının özelliğinden dolayı kusur sorumluluğunu gerektirmektedir. Bunun doğal sonucu olarak hiçbir davranış kusuru bulunmayan işverenin rücu davalarında her halükarda yüzde elli sorumlu tutulması söz konusu olmayacaktır.

Denkleştirme daima zarar miktarı üzerinden yapılmalıdır. Zarar miktarı ile SGK tarafından bağlanan gelirlerin peşin sermaye değerinin denkleştirilebilmesi için hesaplama yöntemlerinin aynı olması gerekmektedir. Uygulamada en önemli sorunlardan bir tanesi budur. Bu bakımdan SGK'nın kullandığı ve Hacettepe Üniversitesi tarafından hazırlanan yaşam tabloları her iki hesaplamada da esas alınmalıdır.

Prof. Dr. Sarper SÜZEK- Ben gerekirse en sonda bazı görüşlerimi dile getirmek istiyordum kısaca, ama sıcağı sıcağına hazır Sayın Sümer bu konulara girmişken aklıma takılan birkaç noktayı da belirtmek istiyorum. Belki kendisi o konuda da bize bir açıklama getirir veya diğer konuşmacılarımız.

Şimdi çok güzel belirttiler. Gerçekten eskiden beri kabul ettiğimiz husus, Sosyal Güvenlik Kurumunun sorumluluğuyla, işverenin iş kazasından sorumluluğunun temelinin farklı olduğudur. Yani genellikle bu karıştırılıyor. İşyerinde meydana gelen her kaza, tabii sosyal devlet ilkesi gereği, koruyuculuğu gereği, işle ilgili olmasa bile Sosyal Güvenlik Kurumu buna yardım götürmek durumundadır. İşyerinde meydana gelen her türlü kaza. Örnekler verdiler, dışarıdan atılan kurşunla bir işçinin sakat kalması. Bunlar işle ilgili değil, ama Sosyal Güvenlik Kurumu bunlara da her türlü yardımı götürür. Sosyal Devlet olmanın gereğidir. Ama işverenin sorumlu olması için, illiyet bağı değişiyor. İş kazasının mutlaka yapılan işle ilgili olması gerekiyor. Dolayısıyla o sayılan hallerde işverenin sorumluluğu doğmaz, böyle kabul ediyoruz. Bugüne kadar da böyleydi.

Fakat şimdi İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, bu hususu biraz tartışmalı hale getirdi. Bu konuyu dile getirmek istiyorum. Çünkü İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na baktığımızda, tanımlar bölümünde iş kazasını tanımlarken, dikkatinizi çekmek isterim, işyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen kaza iş kazasıdır deniliyor. Yani işyerinde de meydana gelen her kaza iş kazasıdır diyor. Dolayısıyla bu kanuna baktığımızda, bugüne kadarki görüşleri Yargıtay'ın kararlarıyla da desteklenen görüşler, acaba değişecek mi? Sorusu gündeme geliyor. Yani kanun açıkça İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu işyerinde meydana gelen kaza deniliyor, demek ki iş kazası diye tanımlanmış kanun açıkça veya diyor çünkü. Yapılan iş veya işyerinde, işyerinin herhangi bir yerinde. Avluda da voleybol oynarken sakatlansa mesela, işyerinde meydana gelen kazadır.

Şimdi böyle olunca, acaba bahsettiğimiz durum değişiyor mu? Yani işyerinde meydana gelen her kaza, sosyal güvenliği sorumlu kıldığı gibi, ,işvereni de mi sorumlu kılıyor tazminatlar açısından. Bu soru gündeme geliyor. Tabii değişik biçimde anlaşılabilir. Şöyle de anlamak mümkün belki, ben buna eğilimliyim. Yani işyerinde ve eklentilerin de her yerde İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na göre işveren güvenlik önlemlerini almak zorunda. Bunu söyleme istiyor kanun. Şöyle düşünebiliriz. İş kazası meydana geldiğinde tazminatlar açısından Borçlar Kanunu ilkeleri, Borçlar Kanunu'nun maddeleri devreye girip, yine aynı şekilde illiyet bağının sadece işin yapılmasıyla ilgili kazalarda işverenin sorumlu tutulacağı sonucuna varılabilir. Ama bence bu sorun kanunun getirdiği hüküm dolayısıyla çok ciddi olarak gündeme girmiştir diye düşünüyorum. Bunu tartışacağız herhalde, tartışmamız gerekir.

Bir diğer husus; bu işverenin sorumluluğu kusur sorumluluğu mu, kusursuz sorumluluk mu meselesinde, eskiden beri Sümer Hocam belirttiler gerekçelerini. Rahmetli Kemal Oğuzman Hocamızdan beri bizim de savunduğumuz ve artık doktrinde çoğunlukla savunulan görüştür. Bu kusur sorumluluğuna dayanır. Burada teferruatına girmek istemiyorum., ama bunu yeni Borçlar Kanunu doğruladı.

Neden doğruladı? Bir an için Borçlar Kanunu'muzun bazı yazarların ileri sürdüğü gibi, işverenin kusursuz sorumluğu getirdiğini düşünelim. Şimdi eğer kusursuz sorumluluk getirilmişse bizim sistemimize. Borçlar Kanunu da bu sistemi getiriyorsa, o zaman buraya ayrıca tehlike sorumluluğunu bir kusursuz sorumluluk halini koymaya gerek var mıydı? Yoktu. Çünkü bütün durumlarda kusursuz sorumluluk geçerli olacak demektir. Bunun getirilmesi zait yasa koyucu abesle iştigal etmez. Dolayısıyla bunun getirilmesi aslında sorumluluğun Sayın Sümer'in de belirttiği gibi, aslında işverenin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğunu gösteriyor. Ancak tehlike arz eden işletmelerde, önemli derecede tehlike arz eden işletmelerde veya tabii istihdam edenin sorumluluğu ayrı bir konu, hep o baştan beri savunulur. Ancak bu gibi hallerde kusursuz sorumluluğa gidileceğini zaten çok açık bir biçimde yasa koyucu bu düzenlemeyle kanımıza göre belirtmiş oldu diye düşünüyorum.

Şimdi söz sırası Sayın Dr. Mustafa Kılıçoğlu'nda. Sayın Başkanımız Yargıtay 9. Dairesi Onursal Başkanı aynı zamanda Başkent Üniversitesi öğretim üyesi. Kendisinin iş sağlığı ve güvenliği, iş kazaları konusunda, tazminatlar konusunda çok kitapları, makaleleri var.

Buyursunlar Sayın Kılıçoğlu.

"İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA BEDENSEL ZARAR"

Dr. Mustafa KILIÇOĞLU*

* Yargıtay Onursal Daire Başkanı Başkent Üniversitesi.

1. İsviçre Hukukunda Bedensel Zarar Kavramı

Kişiye verilen zararlar, bir gerçek kişinin sağlık bütünlüğünün ihlal edilmesiyle meydana gelen zararlardır *(Rey Ausserverträgliches Haftpflichtrecht, 2008, sh. 5!)*. Bir insanın ölümü ve vücut bütünlüğünün ihlalini kapsar.

Vücut bütünlüğünün ihlali, kişinin bedeni ve psişik bütünlüğünün ihlalidir. Sorumluluk hukuku açısından bir zarara veya elem ve acıya sebebiyet verdiğinde önem arz eder *(Rey, sh. 51)*. Vücut bütünlüğünün ihlali, genellikle mekanik veya psişik bir etkinin sonucu gerçekleşir. Şüphesiz, başka etkiler sonucu da meydana gelebilir. Örneğin, mekanik nitelikte olmayan etkilerin sonucu oluşan kaza şakıt psişik travmalara sebebiyet verebilir *(Rey, sh. 51)*. Korkuyla meydana gelen dolaşım bozuklukları, bir insana çarpma sonucu lokomotif makinistinde meydana gelen kalp yetmezliği başka bir örnektir *(Rey. sh. 51)*. Psişik bütünlüğün zarar görmesi de mekanik ya da mekanik olmayan etkilerden kaynaklanabilir. Psişik bütünlüğün ihlaline örnek olarak, ruhsal hastalıklar, hafıza kaybı veya zayıflaması, nevroz *(sinir hastalığı)* verilebilir *(Rey, sh. 51)*.

Vücut ve psişik bütünlüğü hukuka aykırı olarak ihlal edilen bütün şahıslar, doğrudan doğruya zarar gören kişiler olup, bu kişiler hukuka aykırı fiil neticesinde zarara uğradıklarından doğrudan doğruya tazminat alacağı hakkı sahibidirler. Bütünlüğün zarar görmesinin zarar verici olayın doğrudan doğruya sonucu olarak gerçekleşmesi şart değildir. Üçüncü kişilerin uğramış olduğu şok zararları da tazmin edilmelidir. Zira, bu zararlar, mutlak bir hakkın, örneğin, sağlığın ihlalinden kaynaklanmaktadır *(Rey, sh. 52)*.

Öldürme, üçüncü bir kişinin etkisi sonucu şahsiyetin sona ermesidir. BK. m. 53 iki zarar türünden de söz etmektedir: Ölüm ve ölümle sonuçlanan bedensel zarar. BK. nun. 72. maddesi zamanaşımı için zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsü öğrendiği tarihi zamanaşımı başlangıcı olarak öngörmesi açısından ölümün ne zaman gerçekleştiği önemli değildir *(Rey, sh. 52)*.

Borçlar Kanunu'nun 55 nci maddesine göre, bir kişi zarar verici hadise sonucu ölürse, mirasçıları her şeyden önce cenaze giderlerinin tazmini talep etme hakkına sahiptir. Gerçi mağdur bir hukuka aykırı fiil olmasa bile nihayetinde ölecektir; ancak, bu zarar verici hadise olmasaydı meydana gelecek olan bu zarardan daha önce meydana gelmesinden kaynaklanan masraflardır. Öldürülen kişi, yakın bir gelecekte doğal bir ölümle ölecek idiyse, BK. m. 52'ye göre, tazminatta indirime gidilir. Keza, BK. m. 52'ye göre. Ölenin kusuru da tazminattan indirim sebebidir *(Honsell, H./Vogt, N.P./Wiegand,*

W. Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht / Art. 1-529 OR, 5 Aufl. Basel-Genf München 2011. Art. 45 Nr. 2). Ölüm neticesinde ölenin desteğinden yoksun kalanlar, aşağıda incelenecek olan BK m. 53/b.3 uyarınca, destek zararlarının tazminini de talep edebilecektir. Zarar verici olay mağdurun hemen ölümüne yol açmamışsa, BK. mad. 53/b.2 uyarınca, tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından veya yitirilmesinden doğan kayıpların da tazmini gerekecektir. Hükümde zarar kalemi olarak sayılan haller, İsviçre Hukukunda tahdidi olmadığı kabul edilmektedir. *(Honsell, H./Vogt, N.P./Wiegand. W.. Ari. 45 Nr.6)*.

BK. m. 53/b.3 uyarınca, Destek zararı, öldürülen şahıs, talep sahibinin önemli kapsamda gerçek desteği veya gelecekte desteği olacak idiyse *(farazi destek)* tazmin edilecektir. Bir kişinin destek sayılabilmesi için, kanuni veya akdi destek sağlama yükümlülüğünün doğmuş olup olmadığı önemli değildir *(BGE 114 II 146)*. Bu sebeple İsviçre Hukukunda nişanlı da destek sayılabilmektedir *(BGF. 114 U 148)*. Tazminat talebinde bulunan kişinin de desteğe muhtaç olması veya farazi destekte yakın gelecekte desteğe muhtaç hale gelecek olması şarttır. Tazminat talebinde bulunan kişi desteğinin ölmesinden sonra ölüme kadarki yaşam tarzını muhafaza edemeyecek olursa desteğe muhtaç kabul edilir. Ölümle, malvarlığının artık artmayacak olması desteğe muhtaç sayılması için yeterli değildir *(Honsell. H./Vogt, N.P./Wiegand. W.. An 45 Nr. 9)*. Bu bağlamda belirtmek gerekirse, belirli sabit masraflar değişmeden devam ediyor ve hayata kalan şahsın, desteğin ölümünden önce müşterek yaşam nedeniyle payına düşen katılım oranında artma meydana gelmişse, desteğe muhtaç olup olmadığının belirlenmesinde bu vakıa da dikkate alınır *(Honsell. H./Vogt. N.P./Wiegand. W.. Art 45 Nr. 10; BGE 113 II 334)*.

İsviçre hukukunda destek zararının tazmini konusunda geçerli olan esas, desteğin ölümünden kaynaklanan somut zararın tazminidir. Desteği kaybedenin desteğin ölümünden sonraki durumu ile destek ölmeseydi bulunacak olduğu durumun karşılaştırılması yapılır. *(BGE 101 II 260)*. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, eşin kocasının ölümünden sonra ücret karşılığı bir iş bulması, destek zararından indirime gidilmesi için tek başına yeterli değildir *(BGE 119 II 366 vd.)*. Destekten yoksun kalına tazminatında ölenin farazi gelirinin hesaplanması önem arzetmektedir. Beklenen ücret artışları, kariyer gelişimi de dikkate alınır. İsviçre Federal mahkemesine göre, ücretin yıllık % 1 artışından hareket edilmelidir *(BGE 132 II 333 vd.)*. İsviçre hukukunda, farazi destek oranı da hesaplamada dikkate alınmaktadır. Ölen talep sahibini

gelirinin hangi oranlık kısmından yararlandıracaktır? Eşin ölümünde sabit masrafların dikkate alınmasından dolayı; bu oran % 50'nin üstündedir. Çocuklarda, çocuk başına %10-15 oranı kabul edilmektedir *(Honsell. H./ Vogt. N.P./Wiegand. W.. Art. 45 Nr. 14)*. Hesaplamada, destek süresi de belirlenmelidir. Somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır; ölen desteğin çalışmaya başladığı tarih, yeniden evlenme şansı, ölenin yaşam beklentisi ve ne kadar süre daha çalışabileceği, desteğin yaşam beklentisi, ölenin bir hastalığının olup olmadığı belirlenmelidir *(Honsell. H../Vogt, N.P./Wiegand, W., Art. 45 Nr. 15)*.

2. Türk Hukukunda Bedensel Zararlara Genel Bakış

Bedensel zararlar Türk Hukukunda genel olarak dört kanunda ele alınmıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu genel kanundur. 4857, 6331 ve 5510 sayılı Kanunlar özel kanunlardır. Her bir kanun kendi içerisinde sorumluluk nedenlerini genel olarak hukuka aykırılık, kusur, nedensellik bağını açık veya örtülü şekilde düzenlemiştir. Hukuka aykırılık değişmez ortak paydadır. Hukuka aykırılık başka bir anlatımla norma aykırılıktır *(Koçhisarlıoğlu, Cengiz, Haksız Eylem Kusuru I, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, 1990, sh. 205)*. Genel olarak hukuka aykırı olmayan bir eylem sonucu zarar doğsa dahi 6098. 4857, 6331 sayılı Kanun açısından giderim yükümlülüğü ilkesel olarak yoktur. Ancak 5510 sayılı Kanun açısından bunu söyleyemeyiz. İşçinin cismani zararı Kurumca mutlak olarak giderilir. Rücuda hukuka aykırılık ve diğer etmenler göz önünde tutulur.

Zarar, en geniş şekilde bir kişinin mal varlığında ve kişiliğine ilişkin korunan değerinde hukuka aykırı eylem sonucu onun iradesi dışında meydana gelen eksilmedir *(O.Gökhan. Borçlar Hukuku. Genel Hükümler, 2012, sh. 449)*. Tazminat zararı giderimin hukuksal biçimidir. İlkesel olarak tazminat etmenleri *(kusur, karşı kusur, iş göremezlik, yaş vs.)* Zarardan indirim öğeleridir. O halde hiç bir indirim yok ise zarar=tazminattır. Ancak bu böyle olmamaktadır.

3. Türk Hukukunda Bedensel Zararlara Normatif Yaklaşım

a) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Bedensel Zarar

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunun 49. maddesi zarar kavramına yer vermiştir. Dikkat çeken kavram "başkasına zarar veren" söz dizimidir. Kusur kavramı kasıt ve ihmali de içermektedir. Kusur ve hukuka aykırı öğeleriyle oluşan bir sonuç olarak ele alınmıştır.

b) 4857 Sayılı İş Kanununda Bedensel Zarar

İş Kanununun beşinci bölümü "İş Sağlığı ve Güvenliği" başlığı altında 77 ve devamı maddelerinde bir anlamda bedensel zararların oluşmaması için ağırlıklı olarak işverenlerin yükümlülüklerine yer verilmiştir. İşçilerin de yükümlülükleri alınan önlemlere uymak olarak belirtilmiştir. O halde zararın öğelerinden biri olan "kusur'un belirlenmesinde sözü edilen normlar dikkate alınacaktır. "İş kazası'" "meslek hastalığı" kavramlarına yer verilmiştir.

c) 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Bedensel Zarar

6331 Sayılı Kanunun amacı, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği sağlanması ve mevcut koşulların iyileştirilmesi için işverenlerin ve çalışanların görev, yetki hak ve yükümlülükleri düzenlemeyi amaçlamıştır. "İş kazası", "meslek hastalığı" gibi kavramlara burada da yer verilmiştir. Kanunun en büyük özelliği, işverenin yükümlülüklerini son derece genişletilmiştir. Öyle ki riski oluşturacak tehlike kaynağının ortadan kaldırılması gibi *(m.5/f. 1,b,c)* önemli bir sorumluluk getirilmiştir. Keza risk değerlendirmesi *(m. 10)* bir başka önemli kavramdır. O halde bu kanunun getirdiği sorumluluk tazminatın belirlenmesinde kusur öğesini şekillendirmede önemli rol oynayacaktır.

d) 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda Bedensel Zarar

5510 sayılı Kanun "İş kazası" *(m. 13)* "meslek hastalığı" *(m. 14)* ve "ölüm" gibi kavramlara yer veren işverenle kurum arasındaki ilişki Kanunun 21. maddesi ile kurulmuştur. Ancak 4857 sayılı İş Kanunundan temel farklılığı yasasının içeriğinden kaynaklanmaktadır. Kurum iş kazasına meslek hastalığına uğrayan ya da ölüm olaylarında doğrudan zararı giderim sorumluluğunu ele almaktadır. Burada işverenin sorumluluğun zararı giderime

doğrudan bir katkısı beklenmez. Devletin Kanundan doğan doğrudan bir sorumluluğu görülür.

4. Kanunların Uygulanma Alanlarının Bedensel Zarar Kavramına Etkisi- Metodoloji

Zararın gideriminde yer alacak kusur kavramı ve onun dayanağı olan sorumluluk açısından konu ele alındığında 6331 sayılı Kanunun önceliği tartışmasızdır. 6331 sayılı Kanun 4857. 5510 sayılı Kanunlar göz önünde tutularak düzenlenmiştir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinden hareketle 155 sayılı "İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin" sözleşme ile; ' İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin" 161 sayılı Sözleşme ve de son olarak 89/391 EEC Çerçeve Direktifi referans alınmıştır.

Keza 6331 Sayılı Kanun geçici 2. maddesi önceliğini vurgulamaktadır *(Bkz. Kılıçoğlu, Mustafa, Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri, b. 3, 2012, sh. 142, 143)*.

Türk Borçlar Kanunun *(6098 sayılı)* zarar kalemleri türleri ve giderim konusunda analitik düzenlemenin doğrudan etkinliği tartışılamaz.

5. Klasik Bedensel Zarar Türleri ve Ölçümlenmesi

a) Tedavi Giderleri

İlk zarar olarak ortaya çıkarlar. Tedavi giderlerinden amaç işçi tarafından yapılan ambulans, hastane, doktor, ilaç ve protez gibi tıbben gerekli ve makul tedavi giderleridir. *(Deschenaux, H. Tercier. P.. Sorumluluk Hukuku Çev. Selim Özdemir, 1983, sh. 188.)* Ölüm olayı var ise cenaze giderleri ve ölüm öncesi ilaç doktor vs. masraflar sayılabilir. Yapılan masraflar durumun icabına göre değerlendirilmelidir. *(Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop. Tekinay, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 1993, sh. 612)*

b) İş Kazası

aa) İş Kazası Tanım

Öncelikle iş kazasının tespiti gerekir. Başvurulacak Norm 5510 sayılı Kanunun 13. maddesidir. İş kazasının tanımı, bildirilmesi ve soruşturulması başlığıyla verilmiştir. Hükmün analitiğinden genel olarak şu sonuçlar çıkar.

Kaza işçinin işyerinde bulunduğu sırada olmalıdır. 5510 sayılı Kanun I I. maddesindeki işyeri tanımı göz önünde tutulduğunda işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar bu kapsamdadır. 4857 sayılı İş Kanunu m. 2"de de benzer tanım bulunmaktadır.

Kanaatimizce işyerinde intihar etine kavramının 5510 sayılı Kanun açısından iş kazası sayılması gerekir. Ancak işverenin sorumluluğu açısından uygun nedensellik koşullarının irdelenmesi gerekir.

Zarar yapılmakta olan iş nedeniyle olmalı *(uygun nedensellik içinde)*.

İşveren tarafından işçinin görev ile işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi,

Emziren kadın sigortalının iş mevzuatı gereğince zarar çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda zararın doğması.

İşverence sağlanan taşıtla işyerine gidiş ve gelişlerde *(Bkz. Karakaş. İsa, İş Kazası ve Uygulamaları ile Geçici İş Göremezlik ve Tazminat Davaları, 2012, sh. 46)* oluşmalıdır.

İşçinin kendi aracını tercih etmesi durumunda iş kazasından söz edilemez. Ancak işveren işçinin araç masraflarını karşılaması halinde iş kazası oluşur.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunun m. 3/g, "İş kazası, işyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen kazadır" sözcük terimleriyle yer verilmiştir.

Hükmün gerekçesinde, Avrupa Birliği İstatistik Ofisince yapılan iş sırasında fiziksel ve ruhsal olaya yol açan ani olay olarak belirtilmiştir.

Dünya Sağlık Örgütü, önceden planlanmamış çoğu zaman yaralanmalara, makine ve teçhizatın zarara uğraması, üretimin durması olarak ifade edilmiştir.

Uluslararası Çalışına Örgütü *(İLO)*. İşte ya da işin yürütümü sırasında meydana gelen olay, ölüm genel olarak zarar kalemleri belirtilmiştir.

b) İş kazasının tespit davası

Süreç cismani zarara neden olan eylemin ve sonucunun Kuruma bildirimiyle başlar *(m. 13)*. Kurumca eylemin iş kazası olup olmadığı değerlendirilir. Alınacak sağlık kurulu raporuna göre; yine Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliğine göre iş göremezlik oranı belirlenir. Gerek rapora, gerek iş göremezlik oranına Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu'na itiraz *(m.58. m.95)* edilebilir. Sigortalının Kurulun raporunu benimsememesi durumunda dava yoluyla hakkını ileri sürmesi mümkündür.

Sigortalı doğrudan dava yolunu tercih edebilir. Aynı prosedür burada da uygulanır.

Mahkemece, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurul raporuna itiraz yapılması durumunda. Tıp Fakültesi Konseyinden ya da Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Dairesinden rapor isteyebilir. Raporlar arasında çelişki halinde de son mercii olarak Adli Tıp Genel Kurulundan rapor alınır. Kesin olarak sorun çözülür *(2659 s.K. m 15/f; Bkz. Balcı. Mesut. İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları Uygulaması. b.2. 2011. sh. 166 ve aynı sayfada yer alan Y.2I. HD. 30.11.2010 gün, 2010/6334 E, 2010/1851 K)*.

Yargıtay, sürekli iş göremezlik oranın "0" olması durumunda da tedavisinin devam ettiği ve çalışmadığı sürelere ilişkin maddi zararın tespiti mümkün olduğu, geçici iş göremezlik ödeneğinin düşülerek farka karar verilebileceğine hükmetmiştir *(Y.2I. HD, 21.5.2007-7596/8369)*.

e) Meslek hastalığı

aa) Meslek hastalığının tanımı

6098 sayılı TBK. m.54 genel olarak meslek hastalığını da kapsar niteliktedir. 5510 sayılı Kanunun 14. maddesinde meslek hastalığının öğelerine yer verilmiştir. Buna göre:

1. Kişi 5510 sayılı Kanun anlamında sigortalı olmalı.

2. Hastalığın tekrarlanan bir sebeple,

3. Sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliği sonucu ortaya çıkması,

4. Hastalığın geçici veya sürekli bir içerik taşıması,

5. Hastalığın öncelikle Çalışına Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliğinde yer alması gereği vurgulanmıştır *(Bkz. Olgaç, Cüneyt / Bulut, Mehmet, İş Kazaları Meslek Hastalıkları Uygulamaları ve Rücu Davaları, b.2, 2013, sh. 71, 72)*. Hemen ifade etmek gerekirse, Yönetmelikte belirlenmiş hastalıklar dışında herhangi bir hastalığın meslek hastalığı sayılıp sayılmaması konusunda çıkacak uyuşmazlıklar. Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca karara bağlanır. Bu belirleme şu bakımdan önemlidir, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, mesleki risklere maruziyet sonucu ortaya çıkan hastalık olarak yaptığı tanımlama mesleki hastalığına oldukça geniş muhteva katmıştır.

Tıpkı iş kazasında olduğu gibi Yüksek Sağlık Kurulundan *(m.58)* rapor alınır. İtiraz halinde Tıp Fakültesi Konseyi ya da Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Dairesinden rapor alınır. Nihai merci Adli Tıp Genel Kuruludur.

bb) İş göremezlik oranın tespiti

Çalışına Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliğine göre belirlenir. Kurumun iş göremezlik oranı belirlemesine yapılan itirazlar yukarıda belirtilen mercilere başvuru ile çözümlenir.

Tüm bu belirlemeler doğrudan dava yolunun tercih edilmesi halinde mahkemede yoluyla ileri sürülebilir. Mahkemece 5510 sayılı Kanun 95. maddesi gereğince uyuşmazlık sorun yapılarak çözümlenir. Ya da bekletici sorun yapılır.

d) Ölüm olayları

aa) Genel

6098 sayılı TBK da ın.53'de düzenlenmiştir. Sorumluluk açısından da 417'de akdi sorumluluk olarak ele alınır.

6331 sayılı Kanunda iş kazası tanımı verilirken "ölüme sebebiyet veren" söz dizimi ile ölümü kavramına yer verilmiştir.

Destek tazminatın hukuki niteliği bağımsızlığıdır. Destek tazminatı kavramı ölümün gerçekleşmesiyle oluşur.

Eylemle ölüm olayı arasındaki süreçle örneğin iş kazası ise iş kazası davası açılabilir. Ya da tedavi masrafları istenebilir.

Eylemle ölüm arasındaki nedensellik bağı bulunmalıdır.

Zarar kavramı = yaşam düzeyindeki eksilmenin ekonomik telafisidir.

5510 s.K. m. 20 ölüm geliri. 5510 s.K. Cenaze ödeneği *(m.37)* düzenlenmiştir.

Derhal ölüm olayı gerçekleşmediği süreçte zararın giderimini isteme hakkı zarar görene aittir.

bb) Ölüm giderleri

Dava hakkı hak sahiplerine aittir.

cc) Destekten Yoksun Kalma Zarar

Cismani zarar her ne kadar ölüm olayı ile ölen kişide gerçekleşmiş ise de ekonomik zarar ölenin desteğinden yoksun kalanlarda oluşur.

Hak sahiplerinin ihtiyaç süresi, desteğin iş görebilirlik süresi, ihtiyaç süresi zararın hesabında dikkate alınacak gerekli parametrelerdir. Pratik olarak, farazi desteklerde yardımın başlangıç tarihi belirlenirken, desteğin bakım gücünün gerçekleştiği tarih ile hak sahiplerinin ihtiyaç içine düşeceği tarihten hangisi daha sonra ise onu esas almak gerekir *(Bkz, Tekinay, S.Sulhi, Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Türk Aile Hukuku, 1963, sh. 135)*. Öğretideki bu gelişime şöyle de yaklaşabiliriz. Hak sahipleri veya destekten hangisinin koşulları daha erken süreyi keserse hesaplama o noktada biter. Örneğin, desteğin bakiye ömrü 7 yıl ise eşinin bakiye ömrünün 10 yıl olması ihtiyaç süresini ya da destek süresini üç yıl uzatmaz. 7. yılın sonunda biter *(iş görebilirlik parametresi örnekte ihmal edilmiştir)*.

e) Manevi zarar

Manevi zararın normatif dayanağı 6098 sayılı TBK. m.96'dır. 818 sayılı BK'dan farklı olarak "zarar görenin veya ölenin yakınlarına" da zararı giderim hakkı tanınmıştır.

Manevi zarar, kişinin iç huzuru ve manevi bütünlüğünün ihlal edilmesinin mecazi ifadesidir *(Hatemi, Hüseyin. Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku. C.II. 1994, sh. 102)*.

Karşılaştırmalı hukukta acı ve elem parası, estetik kayıplar, yaşam zevkinin kaybından doğan zararlar, seksüel kayıp, ölümden doğan manevi zararlar olarak zarar türleri belirtilmiştir. *(D'aigremont, Giles Louis, "France" Personal, Sn. Jury Awards In Ec Countries, An Industry Report, Prepared by Molntosh. David/Holmes, Marjorie. Lloyd's Of fondon Press. LTD. Dovies Arnold Couper. 1990, sh. 78)*.

Yargıtay, isabetli olarak bir kişinin cismani zarara uğraması sonucunda, zarara uğrayanın ana, baba, karı, koca, eşinin manevi bütünlüğünün ağır şekilde bozulması durumunda manevi tazminat isteyebileceğini kabul etmektedir. Bu bağlamda, kaza sonucu ağır yaralanan ve iki kez ameliyata rağmen iyileşemeyen çocuklarının durumu sebebiyle ruhsal bütünlüğü bozulan anne ve babanın *(YHGK, 26.4.1995 gün, 1995/11-122 E, 1995/430 K)*; haksız eylem sonucu ağır yaralanan ve iktidarsız kalan kocanın karısının manevi tazminat isteyebilecekleri *(YHGK. 23.9.1987 gün. 1987/9-183 E. 1987/655 K)* kabul edilmektedir.

Yargıtay yakın tarihli bir kararında, olay tarihinde 38 yaşında olan, geçirdiği iş kazası sonucu sol tarafı dizden itibaren tamamen kesilecek şekilde ağır yaralanan ve %37 oranında sürekli işgücü kaybına uğrayan sigortalının eşi ve çocukları olan davacıların ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün ağır biçimde bozulduğunu kabul ederek manevi tazminat takdirini gerekli görmüştür *(Y.2I. 1113, 24.12.2012 gün 2012/6417 E, 2012/24363 K)*.

6. İşyerinde Psikolojik Taciz Sonucu Oluşan Zarar (Mobbing)

Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinde isabetli olarak psikolojik tacize yer verilmiştir.

Meslek hastalığı ve iş kazası ya da ölüm olayının ağırlıklı olarak görünümü, mekanik bir aracın ya da bir sanayi üretiminin işçiye verdiği zarardır. Zararın da dış bütünlüğe el ve iç bütünlüğe verildiği ifade edilmişti.

Mobbing ise nitelik olarak iç bütünlüğe zarar vermektedir. Buradan zarar verende görende insandır. Alman Federal İş Mahkemesinin 15.1.1997 tarihli bir kararında, işçilerin birbirine sistematik olarak düşmanlık beslemesi, kasten güçlükler çıkarması, eziyet etmesi veya bu eylemlerin işçinin başta işveren olmak üzere amirleri tarafından gerçekleştirilmesi şeklinde tanımlanmıştır. *(BAG. 15.1.1997, NZA 1997, sh. 781 = RdA. 1997 sh. 314; Kılıçoğlu/Mustafa/Şenocak. Kemal, İş Kanunu Şerhi. B.3, 2013, sh. 432)*. Mobbingden sözedilinesi için davranışın sık sık tekrarlanarak ortaya

çıkması *(haftada en az bir kere)* ve belirli bir zaman boyunda devam etmesi *(en az altı ay)* gerekir. Bir defalık hareketler mobbing olarak kabul edilemez *(Gro. B.C.T., Analyse sozialer Konflikte und Mobbing am Arbest platz-eine Tagebuchstudie (ASKA-Projekt)*, ungedr. Diss. Frankfurt am Maiıı 2004, sh. 7; Kılıçoğlu/Şenocak. sh. 433).

Mobbingin iş sözleşmesine etkisi ayrı bir inceleme konusudur. Ancak mobbing mağdurunun eylemde bulunan ya da bulunanlar aleyhine manevi tazminat isteme hakkı bulunmaktadır. Bu kişiler mağdurun arkadaşları olabilecekleri gibi işveren, işveren vekili de olabilir. Manevi tazminat kişilik hakkının *(şeref ve haysiyetinin)* ihlali nedeniyle olabileceği gibi, mobbing sonucu meydana gelen hastalık sebebiyle de istenebilir ki konuyla sınırlı biz bu yönüyle olaya yaklaşmaktayız *(Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu/ Şenocak. sh. 433)*.

Eğer işçi, mobbing sonucu hastanede tedavi edilmiş ya da ilaç, doktor masrafı yapmış ise bu zararlarda giderilmelidir.

7. Sonuç

Türkiye'de yılda 69 bin 227 iş kazası yaşanmaktadır *(Cumhuriyet, 8 Nisan 2013, sh. 11)*. O halde öncelikle iş kazaları/ölüm olaylarını engelleyecek tedbirler alınmalıdır. Çıkarılan Kanunlar ne kadar iyi olursa olsun, "zihniyet" değişmediği sürece bu tür trajediler artarak devam edecektir.

İşyerinde alınacak güvenlik tedbirlerinin bir maliyeti olacağı kaçınılmazdır. Gerekli tedbir/önlem için sarfedilecek harcama ile, ölecek veya yaralanacak işçiye yapılacak harcamayı karşılaştırarak fayda-maliyet analizi, yapmanın insan hayatına parasal bir değer biçmenin ahlaki bir duyarsızlık olduğu belirtilmiştir *(Sandel, J. Mıchael, Adalet. Çev. Mehmet Kocaoğlu. Ocak 2013, sh. 61. 62)*. 1930'larda sosyal psikolog olan Edward Thomdike. Faydacılık özelinde yaptığı araştırmada düşüncesi "Herkeste olan arzu ya da tatmin bir miktar benzerdir ve bu nedenle ölçülebilir" idi. Thomdike, araştırmasını cevaplayanlardan üçte birinin bu deneyimlerden bazılarının "ölçülemez iğrençlik" olduklarını belirtmişlerdir *(Sandel. sh. 65)*.

O halde insan yaşamına ya da çekeceği acıya değer biçilemeyeceğini kabul etmeli. Oluşacak bu düşünce etrafında tehlikeler giderilmelidir.

Prof. Dr. Sarper SÜZEK- Sayın Başkana çok teşekkür ediyoruz, ayrıntılı ve doyurucu tebliğ nedeniyle. Gerçekten görüldüğü gibi, yani bu cismani

zarardan doğan tazminatlar, aslında Yargıtay'ı da çok meşgul etmektedir. Bunu söylemem lazım. 21. Daire'mizin hemen hemen kararlarının yarısı bu konudadır. Dolayısıyla uygulamada da çok karşımıza çıkacak, çıkmakta olan sorunlar. Bu arada onu da belirtmiş olayım, o kadar çok dava yükü var ki iş davalarında. Mesela 9. Dairede 48 Bin dosyası bekliyor. Yani böyle bir yükle karşı karşıyayız ve daire dayısı iş hukuku ve sosyal güvenlik alanında dörtten beşe çıkarıldı. 7. Daire de iş hukuku dairesine dönüştürüldü.

Son söylediği hususta, çok hayati olduğu için katılıyorum, bir hususu belirtmek istiyorum. Artık gerçekten de iş kazasını meslek hastalıklarında batıda da genel olarak, Avrupa Birliği'nde de işçiyle işvereni karşı karşıya getiren sistemler aşılmıştır. İş kazası ve meslek hastalıkları tümüyle, hemen hemen zararın tümü sosyal güvenlik kurumu tarafından karşılanır. Bunun yararlarını tabii uzun uzun anlatmak lazım. Ondan sonra Sosyal Güvenlik Kurumu, işverene rücu eder. O da kusuru oranında rücu eder. Bu şekilde bir sisteme gidilir. İşçi böyle iki cephede hem Sosyal Güvenlik Kurumu'na karşı, hem işverene karşı haklarını aramaktan kurtulmuş olur. Sistemimizde iki dava ayrı ayrı açılıyor bilindiği gibi. Bütün zararları, maddi zararlarını tabii Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan daha kolaylıkla, daha emin olarak karşılar. Bu sistemi eskiden beri de savunuyorum, ama henüz o noktaya gelmiş değiliz. O yüzden davalar çok sayıda ortaya çıkıyor.

Prof. Dr. Sarper SÜZEK- Şimdi son konuşmacımız Sayın meslektaşımız Av. Ayla Songör. Buyurun Ayla Hanım.

5510 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE RÜCU DAVALARI

Av. Ayla SONGÖR*

* Ankara Barosu.

Genel olarak

Sigortalı veya hak sahiplerine 5510 sayılı kanun uyarınca iş kazası meslek hastalığı hastalık analık sigorta olaylarının meydana gelmesinde işveren veya üçüncü kişilerin sorumluluğu söz konusu ise yapılan veya yapılacak masrafların SGK'nın tazmin sorumlularından talep hakkına rücu hakkı bu hakkın elde edilmesi için açılan davaya rücu davası denilmektedir.

Yargıtay bu hakkın kanuni halefiyet esasına, Anayasa Mahkemesi kanundan doğan bağımsız rücu hakkına dayandığı görüşündedir.

I- RÜCU DAVALARI

5510 sayılı Kanunun 21. maddesine göre;

— iş kazası ve meslek hastalığının, **işverenin kastı** veya **sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi** sonucu meydana gelmesinde **işverenin,**

— iş kazası, meslek hastalığı ve hastalığın,

üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmesinde üçüncü kişinin,

iş kazası, meslek hastalığı ve hastalığın;

kamu görevlileri, er ve erbaşlar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerin vazifelerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu meydana gelmesinde, bu fiillerden dolayı haklarında **kesinleşmiş mahkumiyet kararı bulunanların,**

sorumlu olacakları ve aleyhlerine dava açılabileceği düzenlenmiştir.

Kanunun 21. maddesindeki düzenleme gereğince; meydana gelen iş kazasında; kusuru bulunmayan işverene veya üçüncü kişiye iş kazası, meslek hastalığı ve hastalığının,

kamu görevlileri, er ve erbaşlar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerin görevlerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu meydana gelmesi halinde, bu fiillerden dolayı haklarında kesinleşmiş mahkumiyet kararı bulunmayanların sorumluluklarından söz edilemeyecek ve kendilerine rücu edilemeyecektir.

I-1–5510 sayılı SOSYAL SİGORTALAR VE GENEL SAĞLIK SİGORTASI KANUNU'ndaki düzenleme gereğince öncelikle iş Kazası ve Meslek Hastalığı kavramları üzerinde durmakta fayda olduğunu düşünüyorum.

A-İŞ KAZASI

5510 S.K. 13.maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre;

"İş kazasının tanımı, bildirilmesi ve soruşturulması" başlığı altında düzenleme yer almaktadır.

İş kazası;

a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,

b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle,

c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,

d) Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki

emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,

e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş gelişi sırasında,

meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özre uğratan olaydır."

İŞ kazası nedeniyle bildirim yükümlülüğü de aynı maddede düzenlenmiştir.

İş kazasının 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddenin birinci fıkrasının;

a) (a) bendi ile 5 inci madde kapsamında bulunan sigortalılar bakımından bunları çalıştıran işveren tarafından, o yer yetkili kolluk kuvvetlerine derhal ve Kuruma da en geç kazadan sonraki üç işgünü içinde,

b) (b) bendi kapsamında bulunan sigortalı bakımından kendisi tarafından, bir ayı geçmemek şartıyla rahatsızlığının bildirim yapmaya engel olmadığı günden sonra üç işgünü içinde bildirilmesi gerekmektedir.

a-BİLDİRİM ŞEKLİ,

İş kazası ve meslek hastalığı bildirgesi ile doğrudan ya da taahhütlü posta ile Kuruma bildirilmesi zorunludur. Bu fıkranın (a) bendinde belirtilen süre, iş kazasının işverenin kontrolü dışındaki yerlerde meydana gelmesi halinde, **iş kazasının öğrenildiği tarihten itibaren başlar.**

a.a-OLAYIN İŞ KAZASI OLUP OLMADIĞININ DENETİMİ VE MÜEYYİDESİ

Kuruma bildirilen olayın iş kazası sayılıp sayılmayacağı hakkında bir karara varılabilmesi için gerektiğinde,

Kurumun denetim ve kontrol ile yetkilendirilen memurları tarafından veya *Bakanlık iş müfettişleri* vasıtasıyla soruşturma yapılabilir.

Bu soruşturma sonunda yazılı olarak bildirilen hususların gerçeğe uymadığı ve olayın iş kazası olmadığı anlaşılırsa,

Kurumca bu olay için yersiz olarak yapılmış bulunan ödemeler, ödemenin yapıldığı tarihten itibaren gerçeğe aykırı bildirimde bulunanlardan, 96. Madde hükmüne göre tahsil edilir.

5510 sayılı Kanunun 96. Maddesinde "Yersiz ödemelerin geri alınması" başlığı altında düzenleme yer almaktadır.

Kurumca işverenlere, sigortalılara, isteğe bağlı sigortalılara gelir veya aylık almakta olanlara ve bunların hak sahiplerine, genel sağlık sigortalılarına ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilere, fazla veya yersiz olarak yapıldığı tespit edilen bu Kanun kapsamındaki her türlü ödemeler;

a) Kasıtlı veya kusurlu davranışlarından doğmuşsa, hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla on yıllık sürede yapılan ödemeler, bu ödemelerin yapıldığı tarihlerden,

b) Kurumun hatalı işlemlerinden kaynaklanmışsa, hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla beş yıllık sürede yapılan ödemeler toplamı, ilgiliye tebliğ edildiği tarihten itibaren yirmi dört ay içinde yapılacak ödemelerde faizsiz, yirmi dört aylık sürenin dolduğu tarihten sonra yapılacak ödemelerde ise bu süre sonundan itibaren hesaplanacak olan kanunî faizi ile birlikte, ilgililerin kurumdan alacağı varsa bu alacaklarından mahsup edilir, alacakları yoksa genel hükümlere göre geri alınır.

Alacakların yersiz ödemelere mahsubu, en eski borçtan başlanarak borç aslına yapılır, kanunî faiz kalan borca uygulanır. Bu hüküm ilgili hak sahiplerinin

muvafakat etmeleri kaydıyla, aynı dosyadan diğer bir hak sahibine yapılan yersiz ödemelere mahsubunda da uygulanır.

Yersiz ödemenin gelir ve aylıklardan kesilmesinde, kesintinin başlayacağı ödeme dönemi başı itibarıyla kanunî faizi ile birlikte hesaplanan borç tutarı, gelir ve aylıktan % 25 oranında kesilmek suretiyle uygulanır.

Yersiz ödemelerin tespiti ile geri alınmasına ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bildirgesi'nin şekli ve içeriği, verilme usûlü ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

B-MESLEK HASTALIĞI;

5510 s.k.14. maddesinde tanımlanmıştır.

Meslek hastalığının tanımı, bildirilmesi ve soruşturulması başlığı altında düzenleme yapılmıştır.

Meslek hastalığı, sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal özürlülük halleridir.

b-SİGORTALININ ÇALIŞTIĞI İŞTEN DOLAYI MESLEK HASTALIĞINA TUTULDUĞUNUN TESPİTİ;

Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları tarafından usûlüne uygun olarak düzenlenen sağlık kurulu raporu ve dayanağı tıbbî belgelerin incelenmesi,

Kurumca gerekli görüldüğü hallerde, işyerindeki çalışma şartlarını ve buna bağlı tıbbî sonuçlarını ortaya koyan denetim raporları ve gerekli diğer belgelerin incelenmesi, sonucu **Kurum Sağlık Kurulu** tarafından tespit edilmesi zorunludur.

b.b-MESLEK HASTALIĞI İŞTEN AYRILDIKTAN SONRA ORTAYA ÇIKMIŞ İSE;

Meslek hastalığı, işten ayrıldıktan sonra meydana çıkmış ve sigortalı olarak çalıştığı işten kaynaklanmış ise, sigortalının bu Kanunla sağlanan haklardan yararlanabilmesi için, eski işinden fiilen ayrılmasıyla hastalığın meydana

çıkması arasında bu hastalık için Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikte belirtilen süreden daha uzun bir zamanın geçmemiş

olması şarttır. Bu durumdaki kişiler, gerekli belgelerle Kuruma müracaat edebilirler. Herhangi bir meslek hastalığının klinik ve laboratuar bulgularıyla belirlendiği ve meslek hastalığına yol açan etkenin işyerindeki inceleme sonunda tespit edildiği hallerde, meslek hastalıkları listesindeki yükümlülük süresi aşılmış olsa bile, söz konusu hastalık Kurumun veya ilgilinin başvurusu üzerine **Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunun onayı ile meslek hastalığı sayılabilir.**

b.b.b-BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Meslek hastalığının 4 üncü maddenin birinci fıkrasının;

a) (a) bendi ile 5 inci madde kapsamında bulunan sigortalılar bakımından, sigortalının meslek hastalığına tutulduğunu öğrenen veya bu durum kendisine bildirilen işveren tarafından,

b) (b) bendi kapsamındaki sigortalı bakımından ise kendisi tarafından,

bu durumun öğrenildiği günden başlayarak üç işgünü içinde, iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesi ile Kuruma bildirilmesi zorunludur.

Meslek hastalığı ile ilgili bildirimler üzerine gerekli soruşturmalar, Kurumun denetim ve kontrol ile yetkilendirilen memurları tarafından veya Bakanlık iş müfettişleri vasıtasıyla yaptırılabilir.

Hangi hallerin meslek hastalığı sayılacağı, iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesinin şekli ve içeriği, verilme usûlü ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer usûl ve esaslar, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikte düzenlenir.

Yönetmelikte belirlenmiş hastalıklar dışında herhangi bir hastalığın meslek hastalığı sayılıp sayılmaması hususunda çıkabilecek uyuşmazlıklar, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca karara bağlanır.

Hastalık ve analık hali kanunun 15. Maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

5510 Sayılı Kanun'un 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalının, iş kazası ve meslek hastalığı dışında kalan ve iş göremezliğine neden olan rahatsızlıklar, hastalık halidir.

4. Maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalı kadının veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşinin, kendi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık alan kadının ya da gelir veya aylık alan erkeğin sigortalı

olmayan eşinin gebeliğinin başladığı tarihten itibaren doğumdan sonraki ilk sekiz haftalık, çoğul gebelik halinde ise ilk on haftalık süreye kadar olan gebelik ve analık haliyle ilgili rahatsızlık ve özürlülük halleri analık hali kabul edilir.

I-2- İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞI İLE HASTALIK BAKIMINDAN İŞVERENİN VE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN SORUMLULUĞU

5510 sayılı Kanunun 21.maddesinde düzenlenmiştir.21.maddede yapılan düzenleme gereğince;

İş kazası ve meslek hastalığı,

işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse,

Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı,

sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödettirilir.

İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır.

İşverenin İş kazasından sorumluluğundan söz edebilmek için;

-İş kazası olmalı (İhtilaf halinde durum Sigortalı yararına değerlendirilir.

(kazaya uğrayan sigortalı olmalı)

-İş kazasından kaynaklı maddi zarar olmalı, Sigortalı uğradığı kaza sonucu bedenen ve ruhen bir arızaya uğramalı

-İş kazası ile zarar arasında uygun illiyet bağı olmalı

-İşveren tartışmalı olmakla birlikte kusurlu olmalı

İşverenin kastı

Ya da sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmelidir.

İşverenin kastı ya da Ya da sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı hareketi nedir

İşverenlerin kastından söz edilebilmesi için işverenin bilerek ve isteyerek iş kazası veya meslek hastalığına neden olması gerekmektedir. Sonucu

istememesi hukuka aykırı sonuç doğuracağını bilmemesi sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

İhmali ya da ağır ihmali sorumluluğu için yeterlidir.

Her işveren işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu hususstaki şartları sağlamak ve araçları noksansız olarak bulundurmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün sadece önlem almakla yetinilebileceği anlamı taşımadığı alınan önlemlere uyulup uyulmadığını denetleme ve giderek önlemlere uyulmasını temin anlamında bulunduğu da kuşkusuzdur.

İşveren işyerinde geniş anlamda doğmuş doğabilecek tüm tehlikeleri önlemek zorundadır. Bu zorunluluk sonucu olarak işyerinde işveren tarafından tam anlamı ile geniş bir kontrol mekanizması kurulmalıdır.

İşveren **kaçınılmazlık ilkesi** gereği alınması gereken tüm önlemleri almış önlemlerin alındığını kontrol etmiş iş kazası ya da meslek hastalığı meydana gelmişse sorumluluktan kurtulabilir.

Yargıtay içtihatlarında kaçınılmazlık ve kötü tesadüf kavramlarından söz etmektedir.

Doğa olaylarında olduğu gibi. Ancak önlem almak suretiyle önüne geçilebilecek olaylarda kaçınılmazlıktan söz edilemeyecektir.

I-3-RÜCU DAVALARI KİME KARŞI AÇILABİLECEKTİR

A- KUSURA DAYALI RÜCU DAVASI

İş kazası ve meslek hastalığı işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere kurumca **işverene** ödettirilecektir.

İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan **üçüncü kişilere** ve şayet kusuru **varsa bunları çalıştıranlara** rücû edilir.

İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık; kamu görevlileri, er ve erbaşlar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerin vazifelerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu meydana gelmiş ise, bu fiillerden dolayı haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlar hariç olmak üzere, sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemeler veya bağlanan gelirler için kurumuna veya ilgililere rücû edilmez.

Hukuki sorumlulukları, kusura dayalı bir sorumluluk halidir.

"iş kazasından dolayı;

a- İşverenin sorumluluğu

"kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi"nin saptanması,

b- Üçüncü kişinin sorumluluğu,

kusuruyla bir iş kazası, meslek hastalığı ve hastalığa sebebiyet vermesi,

c-Üçüncü kişileri çalıştıranların sorumluluğu,

kusuruyla bir iş kazası, meslek hastalığı ve hastalığa sebebiyet vermesi,

d-Kamu görevlileri, er ve erbaşlar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerin sorumluluğu,

1- İş kazası, meslek hastalığı ve hastalığın; bunların görevlerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu meydana gelmesi ve

2- Bu fiillerden dolayı haklarında kesinleşmiş mahkumiyet kararı bulunması,

halinde mümkündür.

Bu durumda;

Aa- İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞI, İŞVERENİN KASTI VEYA SİGORTALILARIN SAĞLIĞINI KORUMA VE İŞ GÜVENLİĞİ MEVZUATINA AYKIRI BİR HAREKETİ SONUCU MEYDANA GELMİŞSE,

Kurumca Sigortalıya Veya Hak Sahiplerine Bu Kanun Gereğince Yapılan Veya İleride Yapılması Gereken Ödemeler İle Bağlanan Gelirin Başladığı Tarihteki İlk Peşin Sermaye Değeri Toplamı,

Sigortalı Veya Hak Sahiplerinin İşverenden İsteyebilecekleri Tutarlarla Sınırlı Olmak Üzere, Kurumca İşverene Ödettirilir.

İşverenin Sorumluluğunun Tespitinde Kaçınılmazlık İlkesi Dikkate Alınır.

A.b- İŞ KAZASI, MESLEK HASTALIĞI VE HASTALIK,

ÜÇÜNCÜ BİR KİŞİNİN KUSURU NEDENİYLE MEYDANA GELMİŞSE,

Sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücû edilir.

A.c- ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİ ÇALIŞTIRANLARIN SORUMLULUĞU,

KUSURUYLA BİR İŞ KAZASI, MESLEK HASTALIĞI VE HASTALIĞA SEBEBİYET VERMESİ HALİNDE;

Sigortalıya ve Hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücû edilir.

A.d- İŞ KAZASI, MESLEK HASTALIĞI VE HASTALIK;

KAMU GÖREVLİLERİ, ER VE ERBAŞLAR İLE KAMU İDARELERİ TARAFINDAN GÖREVLENDİRİLEN DİĞER KİŞİLERİN VAZİFELERİNİN GEREĞİ OLARAK YAPTIKLARI FİİLLER SONUCU MEYDANA GELMİŞ İSE,

Bu fiillerden dolayı haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlar hariç olmak üzere, sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemeler veya bağlanan gelirler için kurumuna veya ilgililere rücû edilmez. Ayrıca, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölümlerde, bu Kanun

uyarınca hak sahiplerine bağlanacak gelir ve verilecek ödenekler için, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde

kusuru bulunan hak sahiplerine veya iş kazası sonucu ölen kusurlu sigortalının hak sahiplerine, Kurumca rücû edilmez.

B- İŞ KAZASI VEYA MESLEK HASTALIĞININ MEYDANA GELDİĞİNİN BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNE UYULMAZ İSE;

İş Kazası veya meslek hastalığı meydana geldiğinde 5510 sayılı Kanunun 14. Maddesi gereğince bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen veya yazılı olarak bildirilen hususları kasten eksik ya da yanlış bildiren işverene veya 4. Maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamındaki sigortalıya,

Kurumca bu durum için yapılmış bulunan masraflar ile ödenmişse geçici iş göremezlik ödenekleri rücû edilir.

İş kazasının, 13 üncü maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sürede işveren tarafından Kuruma bildirilmemesi halinde, bildirim tarihine kadar geçen süre için sigortalıya ödenecek geçici iş göremezlik ödeneği, Kurumca işverenden tahsil edilir.

Burada sigortalı ya da işverenin kusurlu olup olmadığı aranmamaktadır.

C-ÇALIŞMA MEVZUATINDA SAĞLIK RAPORU ALINMASI GEREKTİĞİ BELİRTİLEN İŞLERDE,

Böyle bir rapora dayanılmaksızın veya eldeki rapora aykırı olarak bünyece elverişli olmadığı işte çalıştırılan sigortalının, bu işe girmeden önce var olduğu tespit edilen veya bünyece elverişli olmadığı işte çalıştırılması sonucu meydana gelen hastalığı nedeniyle, Kurumca sigortalıya ödenen geçici iş göremezlik ödeneği işverene ödettirilir.

D-SÜRESİNDE BİLDİRİLMEYEN SİGORTALILIKTAN DOĞAN SORUMLULUK

Kanunun 23.maddesinde düzenlenmiştir. **İşverenin 5510 sayılı Kanunun 23. maddesine göre sorumluluğu; kusursuz sorumluluk ilkesine dayanır.** Zararlandırıcı sigorta olayında işverenin hiç kusuru olmasa bile, şayet sigortalının işe girişi süresinde Kuruma bildirilmemiş ise Kurumca yapılan Sosyal Sigorta yardımlarından 23. maddeye göre sorumlu tutulması gerekir.

Sigortalı çalıştırmaya başlandığının süresi içinde sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirilmemesi halinde, bildirgenin sonradan verildiği veya sigortalı çalıştırıldığının Kurumca tespit edildiği tarihten önce meydana gelen iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık halleri sonucu ilgililerin gelir ve ödenekleri kurumca ödenir.

Bu hallerde, Kurumca yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü masrafların tutarı ile gelir bağlanırsa bu gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri tutarı, 21 inci maddenin birinci fıkrasında yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın, işverene ayrıca ödettirilir.

I-4-RÜCUEN İSTENEBİLECEK TAZMİNAT

Kurum, rücu davasıyla, iş kazası veya meslek hastalığı sonucunda sigortalıya veya hak sahiplerine yaptığı ödemeleri ödeme tarihlerinden faiziyle istemektedir.

Kurum tarafından Rücuen istenebilecek miktar; 5510 S.K. göre; Sigortalı ya da hak sahiplerine bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri ile kurum tarafından kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemelerdir.

İşveren ilk peşin sermaye değerli gelirlerin tamamından kusur oranı kadar sorumlu,

3. kişiler ilk peşin sermaye değeri ile yapılacak ödemelerin yarısından kusur oranları ile sorumludur.

Kurum, rücu davasıyla, iş kazası veya meslek hastalığı sonucunda sigortalıya veya hak sahiplerine yaptığı ödemeleri Kanunun 21.maddesi gereğince işveren veya zarar veren üçüncü kişiden istemektedir. Tazmin sorumluluğu için kusurlu davranış ile sonuç arasında illiyet bağı yeterlidir. Bazı Yargıtay Kararlarında Sigortalı veya hak sahiplerince işveren aleyhine açılan davalarda, iş kazasının gerçekleşmesinde kasdı kusuru ya da sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi tespit edilmediği halde, **tehlike sorumluluğu ilkesinden hareketle işverenin zararı tazminle sorumlu tutulduğu da görülmektedir. Bazı hallerde tazmin sorumluluğu için kusur da aranmamaktadır.** İş kazası sonucu sürekli iş göremez duruma gelen sigortalı bu iş gücü kaybı nedeniyle cismani zarara uğramıştır. İşçinin ölene kadar olan bu zararının giderilmesi gerekmektedir.

İşçinin sağlık raporuyla belirlenen çalışmadığı süre için 5510. sayılı kanun uyarınca geçici iş görmezlik ödeneği çalışma halinde alacağı ücreti karşılamıyorsa maddi bir zarardan söz edilir.

5510 sayılı Kanun gereğince iş kazası nedeniyle zarar gören sigortalı ya geçici iş göremezlik ödeneği ya da sürekli iş göremezlik geliri bağlanması ile belli tedavi giderlerinin karşılanması gibi haklar verilmiştir.

5510 sayılı Kanunun 16.maddesinde yapılan düzenleme gereğince;

İş kazası veya meslek hastalığı sigortasından sağlanan haklar şunlardır:

a) Sigortalıya, geçici iş göremezlik süresince günlük geçici iş göremezlik ödeneği verilmesi.

b) Sigortalıya sürekli iş göremezlik geliri bağlanması.

c) İş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine, gelir bağlanması.

d) Gelir bağlanmış olan kız çocuklarına evlenme ödeneği verilmesi.

e) İş kazası ve meslek hastalığı sonucu ölen sigortalı için cenaze ödeneği verilmesi.

Hastalık ve analık sigortasından sigortalıya hastalık veya analık hallerine bağlı olarak ortaya çıkan iş göremezlik süresince, günlük geçici iş göremezlik ödeneği verilir.

Analık sigortasından sigortalı kadına veya sigortalı olmayan karısının doğum yapması nedeniyle sigortalı erkeğe, bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalılardan; kendi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık alan kadına ya da gelir veya aylık alan erkeğin sigortalı olmayan eşine, her çocuk için yaşaması şartıyla doğum tarihinde geçerli olan ve Kurum Yönetim Kurulunca belirlenip Bakan tarafından onaylanan tarife üzerinden emzirme ödeneği verilir.

Sigortalı kadına veya sigortalı olmayan eşinin doğum yapması nedeniyle sigortalı erkeğe emzirme ödeneği verilebilmesi için, Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının;

a) (a) bendi kapsamında olanlar için doğumdan önceki bir yıl içinde en az 120 gün kısa vadeli sigorta kolları primi

bildirilmiş olması,

b) (b) bendi kapsamında olanlar için doğumdan önceki bir yıl içinde en az 120 gün kısa vadeli sigorta kolları primi

yatırılmış ve genel sağlık sigortası primi dahil prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması şarttır.

Emzirme ödeneğine hak kazanan sigortalılardan 9 uncu maddeye göre sigortalılığı sona erenlerin, bu tarihten başlamak üzere üçyüz gün içinde çocukları doğarsa, sigortalı kadın veya eşi analık sigortası haklarından yararlanacak sigortalı erkek, doğum tarihinden önceki onbeş ay içinde en az 120 gün prim ödenmiş olması şartıyla emzirme ödeneğinden yararlandırılır.

I-5- RÜCUEN TAZMİNAT İSTENEMEYECEK DURUMLAR

Rücuen tazminat davası açmak 5510 sayılı Kanun gereğince asıl olmakla birlikte bazı hallerde de Kurum tarafından Rücu Davası açma yolu kapanmıştır. Bunları sıralamak gerekirse;

1- İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık; kamu görevlileri, er ve erbaşlar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerin vazifelerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu meydana gelmiş ise, *bu fiillerden dolayı haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlar hariç olmak üzere,* sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemeler veya bağlanan gelirler için kurumuna veya ilgililere rücû edilmez.

2- İş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölümlerde, bu Kanun uyarınca hak sahiplerine bağlanacak gelir ve verilecek ödenekler için, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kusuru bulunan hak sahiplerine veya iş kazası sonucu ölen kusurlu sigortalının hak sahiplerine, kurumca rücû edilmez.

I-6- TAZMİNATIN HESAPLANMASI

Kısaca bu konu üzerinde durmak gerekirse;

Mahkemede yapılan yargılama sırasında;Tazminat miktarının hesabı için dosya bilirkişiye gönderilmeden önce, iddia ve savunma çevresinde tarafların gösterecekleri tüm deliller toplandıktan sonra, dosya hesap incelemesine hazır duruma getirildikten sonra bilirkişiye gönderilecektir. Tazminat hesabı, genel kurallara göre HMK.çerçevesinde yapılacaktır. İşverenin sorumluluğunun 5510 sayılı Kanunun 21. maddesi hükümlerine göre, kusur sorumluluğuna dayandığı gerçeği dikkate alınmalıdır.

Bu hususta Adli Tıp Kurumu ve gerektiğinde konunun uzmanı bilirkişi kurulundan alınacak raporlar veya yargıcın takdiri ile iş kazasının bu sonucu doğurmaya elverişli olup olmadığı yönünde yapılacak değerlendirmeyle bir sonuca varılması, illiyet ve kusurun saptanması gerekir.

Kurumun rücu hakkı, 21 maddenin birinci fıkrasında geçen "…sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere…" ibaresi nedeniyle, sigortalının veya hak sahiplerinin işverenden isteyebileceği miktarla sınırlı olup, bu miktarı geçemez. Bu sınıra "tavan", dış tavan" veya "hak sahiplerinin gerçek zarar tavanı" denilmekte ve kurumun rücu alacağının bu tavanla sınırlı olduğu kabul edilmektedir.

- Bu kuralla, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine 5510 sayılı kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamının işverenden alınması öngörülmekte, bu gelirin istenebilmesi için, zararın, işverenin kastı ya da sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucunda oluşması gerekmektedir.

Kurumun rücu alacağı sorumlusu durumunda bulunan işveren veya üçüncü kişinin ölmesi halinde, bunların (reddi miras kararı almamış olan) **mirasçılarına da rücu edilebilir.**

İş kazasına uğrayan genel sağlık sigortalısına, sağlık hizmetinin sağlanmasına ve işverenin sorumluluklarına ilişkin hususlar da, 5510 sayılı Kanunla değişiklik yapılan 76. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre;

a) İşveren, iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan genel sağlık sigortalısına sağlık durumunun gerektirdiği sağlık hizmetlerini derhal sağlamakla yükümlüdür. Bu amaçla işveren tarafından yapılan ve belgelere dayanan sağlık hizmeti giderleri ve 65. madde hükümlerine göre yapılacak masraflar Kurum tarafından karşılanır. Belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmesindeki ihmalinden veya gecikmesinden dolayı, genel sağlık sigortalısının tedavi süresinin uzamasına veya malul kalmasına veya malullük derecesinin artmasına sebep olan işveren, Kurumun bu nedenle yaptığı her türlü sağlık hizmeti giderini ödemekle yükümlüdür (5510 s. K. m. 76/1,2).

Burada, iş kazasına uğrayan genel sağlık sigortalısına, sağlık hizmetinin sağlanmasına ve işverenin sorumluluklarına ilişkin hususlar düzenlenmektedir. Hastalık, analık, koruyucu sağlık hizmetleri konularında irade ve sorumluluk kişilerde iken, iş kazası ve meslek hastalığı halinde işverenin de sorumlulukları gündeme gelmektedir. Çalışanın iş kazası geçirmesi halinde işveren, derhal sağlık durumunun gerektirdiği sağlık yardımlarını çalışanına sunacak ve burada diğer sağlık yardımlarında aranan koşullar aranmayacaktır. İşverenin bu sorumluluğunu yerine getirirken ihmali, beraberinde sorumluluğunu da gündeme getirecektir.

b) İlgili kanunları gereğince sağlık raporu alınması gerektiği halde sağlık raporuna dayanmaksızın veya alınan raporlarda söz konusu işte çalışması tıbbi yönden elverişli olmadığı belirtildiği halde genel sağlık sigortalısını çalıştıran işverenlere, bu nedenle Kurumca yapılan sağlık hizmeti giderleri tazmin ettirilir. Sağlık kurulu raporu ile belli bir işte çalışamayacağı belgelenen 4. Maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki kişiler (yani hizmet akdi

ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar) bu işte çalıştırılamaz. Bu kişileri çalıştıran işverenler, genel sağlık sigortalısının aynı hastalık sebebiyle Kurumca yapılan masraflarını ödemekle yükümlüdür. Tedavinin sona erdiğine ve çalışabilir durumda olduğuna dair Kurumca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurullarından belge almaksızın başka işte çalışan genel sağlık sigortalısın aynı hastalığı sebebiyle yapılan tedavi masrafları ise kendisinden alınır (5510 s. K. m. 76/3).

İş kazası ile meslek hastalığı, işverenin kastı ve genel sağlık sigortalısının iş sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi sonucu olmuşsa, Kurumca yapılan sağlık hizmeti giderleri işverene tazmin ettirilir. İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır (5510 s. K. m. 76/4).

Genel sağlık sigortalısına ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilere kastı veya suç sayılır bir hareketi veya ilgili kanunlarla verilmiş bir görevi yapmaması ya da ihmali nedeniyle Kurumun sağlık hizmeti sağlamasına veya bu kişilerin tedavi süresinin uzamasına sebep olduğu mahkeme kararıyla tespit edilen üçüncü kişilere, Kurumun yaptığı sağlık hizmeti giderleri tazmin ettirilir (5510 s. K. m. 76/6).

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği kurallarına aykırı davranışı nedeniyle zarar gören işçinin açtığı maddi tazminat davaları sosyal sigorta mevzuatı hükümlerince sağlanan haklar dışında kalan zararların ödetilmesi ilkesine dayanmaktadır. Bu nedenle açılan davalarda zararın tespitinde sosyal sigortalar mucibince zarar görene sağlanan haklar göz önünde bulundurulmakta ve bu hakların zarardan tenzili yapılmaktadır. Zarar görene sosyal sigorta mevzuatı mucibince yapılan ödemelerin dışında kalan ödemelerin tazmini işverenden talep edilecektir.

1-7. RÜCU DAVASINDA YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME

5510 sayılı Kanunun 101. maddesine göre, "Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür. "Bu hükmün, Kanun metninde yer alan herhangi bir hüküm ile Kanunun ek ve tadillerinde yer alan hükümlerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkları kapsadığını kabul etmek gerekir. Ayrıca, anılan madde hükmüyle, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların çözümünde, uyuşmazlık, idarenin bir eylemi ya da işleminden kaynaklanmış olsa dahi,

adli yargının görevine dahil edilmiştir. Müstakil iş mahkemesi bulunmayan yerlerde, bu tür davalara asliye hukuk mahkemesince bakılması gerekir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 5. maddesi uyarınca, "İş mahkemelerinde açılacak her dava, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz.

5510 sayılı Kanunun 101. maddesinde yetki yönünden açık bir hüküm bulunmamasından ötürü, genel yetki hükümlerinin uygulanması gerekir.

I-8.RÜCU DAVALARINDA ZAMANAŞIMI

Kurum tarafından açılan rücu davalarında 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanır.İşveren ve üçüncü kişi ayrımı yoktur.10 yıllık zamanaşımı işveren ve üçüncü şahıslar aleyhine davalarda iş kazası meslek hastalığı nedeniyle yapılan masraf ve ödemeler için masrafın yapılması ve ödeme tarihinden, rücu konusu gelir ve aylıklar bakımından Kurum onay tarihinden başlar.

Kurumca açılan rücu davalarında yapılan giderler için ödeme tarihinden gelir bağlanması halinde tahsis onay tarihinden faiz hesaplanır.

SONUÇ:

Yıllarca yapılan uygulama ile kurumun işverene veya üçüncü kişilere karşı açtığı rücu davalarında kurumun bağladığı gelirlerin dava sonuna kadar tüm artışları tazminattan düşülmüş ve sigortalının zararına bir durum ortaya çıkmıştır. Zarar sorumluları bu nedenle haksız kazanç sağlamışlardır.

6098 sayılı Borçlar Kanunu ile bu hususa açıklık getirilmiştir. Bu haksız uygulamaların önüne geçilmek istenmiştir. Kanunun açık hükmünün göz ardı edilemeyeceğini düşünmekteyim.

Prof. Dr. Sarper SÜZEK- Çok teşekkür ediyorum, bizi sabırla dinlediniz. Zannediyorum çok verimli birçok konunun hemen hemen her yönüne değinen bir oturum gerçekleştirdik. Katıldığınız için çok teşekkür ediyor, saygılar sunuyoruz.

2. GÜN

Prof. Dr. MURAT ŞEN (Oturum Başkanı)- Ankara Barosunun değerli yöneticileri, çok kıymetli meslektaşlarım, değerli akademisyenler, sevgili öğrenciler; öncelikle Ankara Barosunun tertip etmiş olduğu Avukatlar Günü ve Haftasına özel bu programa hepiniz hoş geldiniz, hepinizi saygıyla selamlıyoruz. (Alkışlar)

Daha önce de ifade etmiştim, dün de ifade edilmiştir. Gerçekten gündemdeki temel sorunların konuşulduğu bu ulusal sempozyum konferans, değişik isimler altında zikredilebilecek bu toplantı, uygulamadaki pek çok sizin belki daha önce duymadığınız, duyup nasıl olduğunu bilemediğiniz birtakım hususları açıklamaya yönelik görüşlerin ortaya konulduğu bir toplantı olacak. Az önce program açılırken arkadaşım söyledi, çok keyifli olacak dedi. Tipik akademik toplantıların ötesinde, herkesin uygulamada karşılaştığı sorunları, görüşleri paylaştığı bir toplantı olması nedeniyle çok zevkli geçeceğini düşünüyorum.

Tabii konu ilginç, hepimizin hayatın her safhasında karşı karşıya kalabileceğimiz bir konu. Yeni yasal düzenlemeler ışığında bedensel zararların tazminine yönelik bir kongre bu. Yeni yasal düzenlemeler dediğimizde, biliyorsunuz ülkemiz hukuk alanında

sürekli yenilik içerisinde, eksikliklerini giderme çabası içerisinde. Bu çerçevede 6111 sayılı bir Torba Kanunumuz var. Hukukta böyle bir nitelememiz var, torba kanun dediğimiz. Pek çok kanunda değişiklik yapan kanunlara biz torba kanun diyoruz. Bunları adından daha çok numarası ile zikrediyoruz ve torba kanun gibi böyle genel nitelemeyle ifade ediyoruz.

13 Şubat 2011 tarihinde kabul edildi. 25 Şubat 2011 tarihinde de Resmi Gazetede yayımlandı 6111 sayılı Kanun. Tam adı biraz uzun, sempozyumun temel konularından birini oluşturduğu için adını da paylaşmakta yarar var. 6111 sayılı Kanunun adı: "Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun".

Yaklaşık iki yıllık bir uygulaması oldu bu kanunun, üzerinden iki yıl geçti. Acaba kanunun bizim hukukumuzda bu alanla alakalı yapmış olduğu yenilikler, değişiklikler nelerdir, bundan haberdar mıyız? düşüncesiyle böyle bir oturum gerçekleştirilmiş oldu.

6111 sayılı Torba Yasa gereğince tedavi giderlerinin, bedensel zararların bu çerçevede, zorunlu mali mesuliyet sigortası ödemeleri yönünden değerlendirilmesi, tedavi giderlerinin kapsamı gibi konular, üç günlük sempozyumun bu ikinci günündeki üçüncü oturumda konuşulacak.

Çok değerli konuşmacılarımız var, akademisyenlerimiz var, uygulayıcılarımız var, hatta yargılayıcılarımız da burada. Her biri konuyla alakalı genel değerlendirmelerini sizlerle paylaşacaklar. Bu çerçevede ben önce bir tespit yapmak istiyorum.

Belki merak etmiş olabilirsiniz, 6111 sayılı Yasa acaba bedensel zararların tazmini hakkında sigorta hukukuna yönelik olarak ne tür değişiklikler yapmıştır? Belki pek çoğunuzun şimdi duyacağı, bazılarının belki daha önceden duymuş olup da, nasıl bir kurum olduğunu bilemediği, bizim Hazineye bağlı bir güvence hesabımız vardı. Bunun esprisi de, trafik kazasına maruz kalanlar, herhangi bir sosyal güvenceye tabi değillerse, o güvenceden zararlarını tazmin edebiliyorlardı.

Ben böyle bir güvence bulunduğunu bilen kişilerin oranını öğrenmek istiyorum. Böyle bir güvencenin olduğunu bilen bu salonda kaç kişi var acaba? Evet, sayının hiç de azımsanmayacak oranda olduğunu görüyorum ve bilinçli bir dinleyici kesimi ile karşı karşıya olduğumuzu da ifade etmek istiyorum. Ben bu kuruma çok başvurulduğunu görmemiş, çok uygulandığına şahit olmamıştım. Çünkü bir akademisyen ve uygulamacı olarak bize danışmaya gelenler, hep böyle mağduriyetlerinin olduğunu, acaba nasıl bir çerçeve içerisinde bunu talep edebileceklerini, böyle bir haklarının olup olmadığını soruyorlardı. Biz söylediğimizde de şaşkınlıkla karşılıyorlardı. Az önceki sözlerimin temelinde de hep bunlar vardı. Bunlar benim meslektaşlarım, avukatlar ve uygulayıcılardı.

Şimdi bu kurumda, az önce sözünü ettiğimiz bu güvence hesabı da dahil olmak üzere, bu konudaki değişiklikleri konuşmuş olacağız. Bu güvence hesabı artık bu torba yasayla getirilen değişiklik çerçevesinde, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunundaki, maddelerden birkaçını değiştirdi ve artık trafik kazasına maruz kalmış birisi, bedensel zarara uğramışsa, bu bedensel zararı Sosyal Güvenlik Kurumu ödeyecek. Önceden böyle bir düzenleme yoktu. 6111 sayılı Kanunun getirdiği en önemli yeniliklerden biri bu. Bu merkezli getirdiği diğer yenilikleri de burada sizlerle paylaşmış olacağız.

Ben konuyla ilgili genel değerlendirmesini ve görüşlerini almak üzere sözü Prof. Dr. Aynur Yongalık hanımefendiye bırakıyorum. Buyurun Efendim.

13.02.2011 TARİH VE 6111 SAYILI BAZI ALACAKLARIN YENİDEN YAPILANDIRILMASI İLE SOSYAL SİGORTALAR VE GENEL SAĞLIK SİGORTASI KANUNU VE DİĞER BAZI KANUN VE KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA KANUN İLE KTK'NUN 98. MADDESİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİĞE GENEL BİR BAKIŞ

Prof. Dr. Aynur YONGALIK*

* Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Çok teşekkür ederim Sayın Başkan.

Bütün katılımcılara "*günaydın*" diyerek sözlerime başlamak istiyorum. Çok güzel bir gün, Ankara'da Güneş Kıbrıs'taki güneşi aratmıyor. Ayrıca Fenerbahçe'nin dün elde ettiği sonuç, hakikaten bu günü bizim için daha da güzelleştirdi. Aynı zamanda bu gün "*Avukatlar Günü*", Sizlerle, meslektaşlarımla birlikte olabildiğim için gerçekten heyecanlı ve mutluyum. Bu güzel ve anlamlı günde Sizleri saygıyla selamlıyorum.

Evet, 13.02.2011 tarih ve 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun[1], bir "*torba kanun*". Kongre Programında oturumumuzun başlığında da kullanılmış olması ve ayrıca benim hukukta metot ile de ilgileniyor olmam dolayısıyla, biz hukukçuların adeta korkulu rüyası olan, "*torba kanun*" kavramı üzerinde öncelikle durmak ve Sizlerle önemli gördüğüm bazı hususları paylaşmak isterim. Gerçekten "*torba kanun*" veya artık günümüzde "*çuval kanun*" olarak da adlandırılmaya başlanan, öyle bir kanun çıkartma yöntemiyle karşı karşıyayız ki, biz hukukçuları gerçekten çok zorluyor.

TORBA KANUN KAVRAMI[2] ve ELEŞTİRİSİ

Bugün "*torba kanun*" *(gefülltes Gesetz)*, Roma hukukunda ise "*leges saturae*"/"*lex satura*"/"*lex per saturam*" olarak adlandırılan birbiriyle ilgisiz ve farklı düzenlemelerin tek bir kanun içerisinde konulmasıyla başlayan uygulamanın[3] yarattığı olumsuzluklar karşısında, Roma hukukunun önemli kanunlarından "*Lex Caecilia Didia*" M.Ö. 98 yılında yürürlüğe sokulmuştur. İki maddelik Kanun'un ilk maddesi Kanun'un duyurulması ve oylanması için gerekli en az süreyi *(24 gün veya 17 gün)* belirlemektedir. İkinci maddesinde yer alan düzenleme ise "*insanlar tek bir karmaşık yasada*

[1] RG, 25.02.2011, S. 27857 *(1. Mükerrer)*.

[2] Bu konuda bk. *Eğilmez*, Mahfi: "*Lex caecilia didia*", Radikal Gazetesi, 26.09.2010; "*Referandumlarda Konunun Tekliği İlkesi*", Güncel Hukuk Dergisi Mayıs 2010, S. 5/77.

[3] Bunun nedeni olarak, hukukçuların ve kanun koyucuların halkın kabul etmeyeceğini düşündükler düzenlemeleri, kabul edeceği kesin kurallar arasına koyarak kanunlaşmasını *(siyasal muvazaa = logrolling)* sağlamak istemelerine değinilmektedir. Bk. "*Referandumlarda Konunun Tekliği İlkesi*", Güncel Hukuk Dergisi Mayıs 2010, S. 5/77.

toplanmış farklı konular hakkında bir sonuca varmaya zorlanamaz"[4]. Bu Kanun ile "*leges saturae*" uygulaması, yani aynı kanun içerisinde birbiriyle ilgisiz kuralların düzenlenmesi yasaklanmış olmaktadır.

Bugün bizim hukukumuz açısından baktığımızda ise, torba kanun uygulaması giderek yaygınlaşmış, neredeyse kanun çıkarmanın tek yöntemi gibi uygulanmaya başlanmıştır[5]. Bu uygulama bakımından benim düşüncem artık, Anayasa'nın 36. maddesinde hükme bağlanmış olan "*Hak Arama Hürriyeti*"nin sınırlandırıldığı, hatta ortadan kaldırıldığı bir noktaya doğru gidildiğidir[6]. Gerçekten hukukçular için, uygulayıcılar için, hakkını aramak isteyen kişiler için, çıkan kanunları takip edebilmek, kanunlarda yapılan değişikliklere hâkim olabilmek, giderek zorlaşıyor. Hatta öyle bir noktaya gelindi ki sayın meslektaşlarım, örneğin Kanun'un adı "*Çek Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*"[7], ancak içine baktığınızda, Türk Ticaret Kanunu'nun iki maddesinde de *(TTK m. 726/I, II; 814/I, II)* değişiklik yapılmış olduğunu görüyorsunuz…

"*TORBA KANUN*" ÖRNEĞİ OLARAK 6111 SAYILI KANUN

6111 sayılı "*Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*", internetten çıktısını aldığınızda, toplam 98 sayfalık bir Kanun…Genel Hükümler hariç, beş Kısım ve sekiz Bölümden oluşan, toplam 216 maddelik bir Kanun… Kanun'un 5. Kısımının adı: Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Hükümler ve Son Hükümler…Toplam 66 Kanun ve 5 KHK'de değişiklik yapan bir Kanun[8]…"Kapsam ve Tanımlar" maddesi *(m. 1)*, toplam 3 fıkra ve 14 bentten oluşan bir Kanun…

---

[4] Bk. Eğilmez, s. 1 vd.

[5] Bu konuda ayrıca bk. ve krş. Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik *(RG, 17.02.2006, S. 26083)*.

[6] "*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir…*".

Ayrıca bk. Anayasa'nın "*Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması*" kenar başlıklı 40. maddesi: "*Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir*".

[7] RG, 03.02.2012, S. 28193 *(Mükerrer)*.

[8] Bu kapsamda örneğin –gözden kaçmış olabilir düşüncesiyle Sizleri de ilgilendirdiği için paylaşmak istediğim- 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 27. maddesinin II. fıkrasının son

KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU'NUN 98. MADDESİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK ve GEREKÇESİ

Karayolları Trafik Kanunu'nun değişiklikten önce "*Tedavi Giderlerinin Ödenmesi*" kenar başlıklı 98. maddesi aynen şöyledir:

"Motorlu araçların sebep oldukları kazalarda yaralanan kimselerin ilk yardım, muayene ve kontrol veya bu yaralanmadan ötürü ayakta, klinikte, hastane ve diğer yerlerdeki tedavi giderleri ile tedavinin gerektirdiği diğer giderleri aracın zorunlu mali sorumluluk sigortasını yapan sigortacıya başvurma tarihinden itibaren sekiz iş günü içinde ve zorunlu mali sorumluluk sigortası sınırları kapsamında öder.

Birden çok aracın karıştığı bir trafik kazasında zarar gören kişiler, araçların sigortacılarından herhangi birine veya 108. maddede belirtilen durumlarda Garanti Fonuna başvurarak zararın giderilmesini isteyebilirler. Giderleri ödeyen sigortacı veya Garanti Fonu, ödediği miktarın sorumluluk oranlarına göre paylaşılmasını talep edebilir.

Zarara sebep olan aracın bilinmemesi veya geçerli bir zorunlu mali sorumluluk sigortasının bulunmaması veya sigortacının iflas etmesi veya çalınan aracın işleteninin sorumlu tutulmaması hallerinde, birinci fıkrada belirtilen giderler, 108. maddede öngörülen Garanti Fonu tarafından ödenir.

Bu madde hükmüne uymayan sigortacılar, 108.000.000 lira para cezası ile cezalandırılır".

Karayolları Trafik Kanunu'nun 6111 sayılı Kanun'un 59. maddesi[9] ile değişik "*Sağlık Hizmet Bedellerinin Ödenmesi*" kenar başlıklı 98. maddesi ise aynen şöyledir:

"Trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır.

---

cümlesinden önce gelmek üzere "*Her yıl yenilenen vekalet pulu bedeline ayrıca yüzde beş oranında ilave yapılır. Bu suretle elde edilecek kaynak avukat stajyerlerinin genel sağlık sigortası primlerinin ödenmesinde kullanılır. Kaynağın yetersizliği durumunda staj kredi fonundan aktarım yapılarak prim ödemesi yapılır. Bu primler Türkiye Barolar Birliği tarafından ödenir*" ifadesinin eklenmesidir.

[9] Tasarı Metninde 53. maddedir.

Trafik kazalarına sağlık teminatı sağlayan zorunlu sigortalarda; sigorta şirketlerince yazılan primlerin ve Güvence Hesabınca tahsil edilen katkı paylarının % 15'ini aşmamak üzere, münhasıran bu teminatın karşılığı olarak Hazine Müsteşarlığınca sigortacılık ilkeleri çerçevesinde maktu veya nispi olarak belirlenen tutarın tamamı sigorta şirketleri ve 3/6/2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun 14. 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[10] bu teminat kapsamındaki yükümlülükleri sona erer. Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu söz konusu tutarı % 50'sine kadar arttırmaya veya azaltmaya yetkilidir.

Bu madde çerçevesinde sigorta şirketleri ve Güvence Hesabı tarafından ödenecek meblağın süresinde ödenmemesi halinde 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Kanunun 89. maddesinin ikinci fıkrası uygulanır.

Sigorta şirketleri ve Güvence Hesabından Sosyal Güvenlik Kurumuna aktarılacak meblağın belirlenmesi ve ödenmesi ile sağlık hizmetleri için teminat sağlanan sigortaların tespiti ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer usul ve esaslar Sağlık Bakanlığı ve Sosyal Güvenlik Kurumunun görüşü alınarak Hazine Müsteşarlığınca belirlenir. Trafik kazası sebebiyle Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kurumlarınca gerçekleştirilen tedavi giderleri bakımından, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından Sağlık Bakanlığına yapılacak ödemeye ilişkin usul ve esaslar Sosyal Güvenlik Kurumu ve Sağlık Bakanlığı tarafından ayrıca belirlenir".

Karayolları Trafik Kanunu'nun 98. maddesinde bu yönde yapılan bir değişikliğin gerekçelerine baktığımızda, özellikle 6111 sayılı Kanun'un Genel Gerekçesi'nde[11] bu değişikliğe önemli bir yer ayrıldığını görüyoruz.

6111 sayılı Kanun ile Karayolları Trafik Kanunu'nun 98. maddesinde yapılan değişikliğe ilişkin Genel Gerekçe'de yer alan açıklamalar aynen şöyledir:

[10] Bu ifade Tasarı Metninde olmayıp, sonradan Kanun metnine eklenmiştir.

[11] 6111 sayılı Kanun'un Genel Gerekçesi, Kısım Kısım verilmiştir, yani her Kısım için –ki Kanun 5 Kısımdan oluşmaktadır- ayrı Genel Gerekçe bulunmaktadır. 6111 sayılı Kanun gibi torba kanunlarda tek bir Genel Gerekçe vermenin de zorluğu doğal ve ortadadır.

"…Sosyal güvenlik hakkı Anayasamız ile teminat altına alınmış olup, bu haktan önceden vazgeçilemeyeceği gibi bu hakkın kanuni çerçevesinin daraltılması da mümkün değildir.

Bu noktada sosyal güvenlik teminatı ile trafik kazaları nedeniyle ilgililere sağlanan özel sigorta teminatları örtüşmekte olup, özellikle motorlu araç işletilmesinden kaynaklanan sorumluluğun zorunlu olarak sigorta teminatına bağlandığı modern sigortacılık anlayışında, her iki sistemin ödeme ve birbirlerinden olan alacaklarının tahsil ve tasfiyesi konusu düzenlenmesi gereken bir alan olarak ortaya çıkmaktadır.

Nitekim uygulamada trafik kazaları nedeniyle sağlık yardımı sağlanan kişilerin tedavi bedellerinin Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında (Trafik Sigortası) ve diğer bağlantılı sigortalar ile sosyal güvenlik rejimi kapsamında karşılanması konusunda tereddütler bulunmaktadır. Bu durum her iki sistemin sonuçta sağlık teminatı sunmasına rağmen farklı kurallarının bulunmasının bir sonucu olup, uygulamadaki tereddütler hak kayıplarına ve mağduriyetlerine neden olduğu gibi tedavi giderlerinin tahsilinde olayın mahiyetine aykırı işlem yapılmasına bağlı olarak kamuca karşılanmaması gereken masrafların Devlet tarafından ödenmesine ve hasarın bilinememesine bağlı olarak özel sigorta primlerinin ve Devlet tarafından belirlenen asgari teminatların yanlış tespitine de neden olmaktadır.

Bu itibarla sosyal devlet olmanın bir gereği olarak, 5510 sayılı Kanun ile sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesini sağlamak amacıyla genel sağlık sigortası kurulmasının öngörüldüğü gerçeğinden yola çıkarak, trafik kazasına uğramaları halinde sağlık güvencesi kapsamı dışında kalan vatandaşların da sağlık güvencesine kavuşturulması, geçmişten kaynaklanan alacakların tahsili, bürokrasi ve kırtasiyeciliğin azaltılması, trafik kazaları nedeniyle yapılan tedavi giderlerinin tahsilinin tek elden takip ve tahsilinin sağlanarak uygulama birliğinin temini ve bu şekilde zaman ve emek tasarrufu yanında sigorta şirketlerine karşı işlemlerin herhangi bir hak kaybına neden olmayacak şekilde tek elden yürütülerek kamu zararının engellenmesi ile halen uygulamada ortaya çıkan sorunların ve mağduriyetlerin giderilmesi amaçlanmıştır…"

6111 sayılı Kanun Tasarısı'nın 53. maddesi *(6111 sayılı Kanun'un 59. maddesi)* Gerekçesi'nde ise aynen *"Bu madde ile vatandaş odaklı hizmet anlayışı ile kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın trafik kazası*

nedeniyle sağlık hizmet sunucularınca verilen tedavi hizmet bedellerinin tamamının Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanması esası getirilmektedir.

Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından ödenen tutara karşılık, sigortacılık sektörü ve 5684 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinde belirtilen durumlar için Güvence Hesabı tarafından Sosyal Güvenlik Kurumuna aktarılacak tutarın, her yıl için sigortacılık mevzuatı çerçevesinde yine maddede belirtilen azami oranı aşmamak üzere Hazine Müsteşarlığınca belirlenmesi, söz konusu azami oranın ise Bakanlar Kurulu Kararı ile değiştirilebilmesi öngörülmektedir.

Maddenin uygulanmasına ilişkin olarak söz konusu tutarın tespiti, ödenme süresi, yöntemi ve diğer konuların Sağlık Bakanlığı ve Sosyal Güvenlik Kurumunun görüşü alınarak Hazine Müsteşarlığınca belirlenmesi esası getirilmektedir".

Karayolları Trafik Kanunu'nun 98. maddesinde yapılan değişiklikle ilgili 6111 sayılı Kanun'da yer alan diğer iki düzenleme Geçici 1. madde[12] ile geçici 2. madde[13]dir.

---

[12] "Bu Kanunun yayımlandığı tarihten önce meydana gelen trafik kazaları nedeniyle sunulan sağlık hizmet bedelleri Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır. Söz konusu sağlık hizmet bedelleri için bu Kanunun 59. maddesine *(Tasarı Metninde 32. maddesine göre!)* göre belirlenen tutarın % 20'sinden fazla olmamak üzere belirlenecek tutarın üç yıl süreyle ayrıca aktarılmasıyla anılan dönem için ilgili sigorta şirketleri ve Güvence Hesabının yükümlülükleri sona erer. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Sağlık Bakanlığı ve Sosyal Güvenlik Kurumunun görüşü alınarak Hazine Müsteşarlığınca belirlenir.

Madde Gerekçesi: "*Kanunun yürürlük tarihinden önceki yıllarda gerçekleşen trafik kazaları nedeniyle sunulan hizmet bedellerinin tahsili rejimi hükme bağlanmaktadır*".

[13] "*Bu Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren altı ay içinde Sağlık Bakanlığı Trafik Hizmetleri Döner Sermaye İşletme Müdürlüğünün trafik kazalarından kaynaklanan tedavi giderlerinin tahsili için kurduğu sistem mevcut haliyle Sosyal Güvenlik Kurumuna devredilir. Trafik Hizmetleri Döner Sermaye İşletme Müdürlüğünün tasfiyesine ilişkin iş ve işlemler aynı tarih itibariyle Sağlık Bakanlığınca gerçekleştirilir*".

Madde Gerekçesi: "Mevcut durumda Sağlık Bakanlığı Trafik Hizmetleri Döner Sermaye İşletme Müdürlüğünce tesis edilen ve sigortacılık sistemi ile entegre olarak tahsilatı amaçlayan sistemin Sosyal Güvenlik Kurumuna devri hükme bağlanmaktadır. Bu çerçevede trafik kazalarından kaynaklanan giderlerin doğru tespiti ve bunun sağlık bütçesi içindeki yeri belirlenebileceği gibi, başta trafik sigortası olmak üzere oto sigortalarında doğru prim ve teminat tespiti sağlanabilecek, Müsteşarlıkça her yıl tespit edilecek tutarın doğru ve güncel verilere dayandırılması sağlanacaktır.

Öngörülen sistem ile trafik kazalarından kaynaklanan sağlık hizmet bedelleri global olarak belirlenecek tutar dahilinde tahsil edileceğinden, fonksiyonu kalmayan Sağlık Bakanlığı Trafik Hizmetleri Döner Sermaye İşletme Müdürlüğünün tasfiyesine ilişkin iş ve işlemlerin Sağlık Bakanlığınca gerçekleştirilmesi hükme bağlanmaktadır".

Yukarıda aynen vermeye çalıştığımız Genel Gerekçe, madde metinleri ve Madde Gerekçeleri birlikte değerlendirildiğinde, Karayolları Trafik Kanunu'nun 98. maddesinde yapılan değişikliğin nedenleri kısaca şu şekilde tespit edilebilir:

1. Sosyal güvenlik teminatı ile trafik kazaları nedeniyle ilgililere sağlanan özel sigorta teminatlarının örtüşmesi, özellikle motorlu araç işletilmesinden kaynaklanan sorumluluğun zorunlu olarak sigorta teminatına bağlandığı modern sigortacılık anlayışında, her iki sistemin ödeme ve birbirlerinden olan alacaklarının tahsil ve tasfiyesi konularının düzenlenmesi ihtiyacı

2. Uygulamada trafik kazaları nedeniyle sağlık yardımı sağlanan kişilerin tedavi bedellerinin Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında *(Trafik Sigortası)* ve diğer bağlantılı sigortalar ile sosyal güvenlik rejimi kapsamında karşılanması konusunda yaşanan tereddütler

3. Her iki sistemin sonuçta sağlık teminatı sunmasına rağmen farklı kurallarının bulunmasının sonucunda, uygulama yaşanan tereddütlerin hak kayıplarına ve mağduriyetlere neden olması, tedavi giderlerinin tahsilinde olayın mahiyetine aykırı işlem yapılmasına bağlı olarak kamuca karşılanmaması gereken masrafların Devlet tarafından ödenmesi, hasarın bilinememesine bağlı olarak özel sigorta primlerinin ve Devlet tarafından belirlenen asgari teminatların yanlış tespiti

4. Sosyal devlet olmanın bir gereği olarak, 5510 sayılı Kanun ile sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesini sağlamak amacıyla genel sağlık sigortası kurulmasının öngörüldüğü gerçeğinden yola çıkarak, trafik kazasına uğramaları halinde

- sağlık güvencesi kapsamı dışında kalan vatandaşların da sağlık güvencesine kavuşturulması,
- geçmişten kaynaklanan alacakların tahsili,

- bürokrasi ve kırtasiyeciliğin azaltılması,
- trafik kazaları nedeniyle yapılan tedavi giderlerinin tahsilinin tek elden takip ve tahsilinin sağlanarak uygulama birliğinin temini ve
- bu şekilde zaman ve emek tasarrufu yanında
- sigorta şirketlerine karşı işlemlerin herhangi bir hak kaybına neden olmayacak şekilde tek elden yürütülerek kamu zararının engellenmesi ile
- halen uygulamada ortaya çıkan sorunların ve mağduriyetlerin giderilmesi amaçlanmıştır…

5. Vatandaş odaklı hizmet anlayışının hakim kılınması

6. Kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın trafik kazası nedeniyle sağlık hizmet sunucularınca verilen tedavi hizmet bedellerinin tamamının Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanması

7. Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından ödenen tutara karşılık, sigortacılık sektörü ve 5684 sayılı Kanunun 14. maddesinde belirtilen durumlar için Güvence Hesabı tarafından Sosyal Güvenlik Kurumuna aktarılacak tutarın, her yıl için sigortacılık mevzuatı çerçevesinde yine maddede belirtilen azami oranı aşmamak üzere Hazine Müsteşarlığınca belirlenmesi, söz konusu azami oranın ise, Bakanlar Kurulu Kararı ile değiştirilebilmesi

8. Maddenin uygulanmasına ilişkin olarak söz konusu tutarın tespiti, ödenme süresi, yöntemi ve diğer konuların Sağlık Bakanlığı ve Sosyal Güvenlik Kurumunun görüşü alınarak Hazine Müsteşarlığınca belirlenmesi

Bu nedenlere toplu bakış, bizi değişiklik konusuna ilişkin uygulamada gerçekten çok büyük problemlerin, hak ve zaman kayıplarının olduğunu, tedavi giderlerinin zamanında ve tam olarak karşılanamaması durumlarının

bulunduğunu ve değişiklik ile bu sorunları gidermenin amaçlandığını düşündürtmektedir.

6111 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra değişikliğe ilişkin özellikle sigortacılar ve sosyal güvenlikçiler tarafından yapılan, kritik ve değerlendirmeleri okuduğunuz veya konuştuğunuzda, pek de memnun olan olmadığını görüyorsunuz. Özel sigorta şirketlerinin yaklaşımı, - kanaatimce değişikliğin onları rahatlattığı veya rahatlatacağı açık olmakla birlikte[14]- işleyen bir sistem vardı, değişiklikten sonra, sorumluluğumuz kalktı mı, kalkmadı mı tartışmaları dolayısıyla hak kayıplarına neden olundu vb şeklinde[15]; Sosyal Güvenlik Kurumu açısından ise, tamam bazı sorunlar vardı, özellikle Sağlık

[14] Ancak hemen şunu da belirtmek gerekir ki, uygulama Yönetmeliği ile üç sigorta kapsama dahil edilmiştir *(m. 1/III)*: Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası *(Trafik Sigortası)*, Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası ve Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası. Henüz bu üç sigortaya ilişkin Genel Koşullarda herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

Bk. Trafik Sigortası Genel Şartları m. B.2/II b): Tazminat ve Giderlerin Ödenmesi:…"*Yaralanan kimselerin ilk yardım, muayene ve kontrol veya bu yaralanmadan ötürü ayakta hastane, klinik ve diğer yerlerdeki tedavi giderleri ile tedavinin gerektirdiği diğer giderleri, belgeleri ile birlikte kendisine başvurma tarihinden itibaren, sekiz iş günü içinde sigorta teminat limitleri dahilinde öder*". Benzer şekilde krş. Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m. A.3.3. Tedavi Giderleri Teminatı: Kaza nedeniyle yaralanan yolcuların ilk yardım, muayene, kontrol veya bu yaralanmadan ötürü hastanede veya diğer yerlerdeki ayakta veya yatakta tedavi giderleri ile tedavinin gerektirdiği diğer giderleri karşılar. Ayrıca bk. m. B.8: Tazminat Ödenmesinde Öncelikli Sigorta: Meydana gelen zarar öncelikle bu sigortadan karşılanır. Sigorta sözleşmesinin hiç yaptırılmamış olması, yapılmış fakat geçersiz hale gelmiş olması, sürenin bitmiş olması veya meydana gelen zararın bu sigorta teminatlarının üzerinde bulunması halinde teminatların üzerinde kalan kısım için sırasıyla KTK'na göre yapılması zorunlu olan mali sorumluluk sigortasına ve varsa ihtiyarı mali sorumluluk sigortasına başvurulur.

Ayrıca bk. krş. Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası Genel Şartları m. A.3.3. "*Tedavi Giderleri Teminatı*": Sigortacı sigorta poliçesinin kapsamına giren bir kaza nedeniyle kaza tarihinden itibaren iki yıl içerisinde ödenmiş doktor ücreti ile hastane ve diğer sağlık kurumlarında ayakta ve yatakta yapılan tedavilere ilişkin giderleri, nakil ücretlerini poliçede tedavi giderleri olarak belirlenen meblağa kadar öder.

Doğal ve yapay sabit dişlerde kaza neticesinde ortaya çıkan hasarların protez giderleri, tedavi giderleri teminatı için belirlenen meblağın azami % 30 una kadar tazmin olunur.

Tedavi giderlerinin başka sigorta sözleşmeleri ile teminat altına alınmış olması durumunda söz konusu giderler öncelikle bu sigortadan karşılanır.

KTK'nun 98. maddesinde yapılan değişiklikten sonra mutlaka kapsam dahilindeki zorunlu sigortaların Genel Şartları'nda da değişikliklerin yapılması gereklidir.

[15] Örneğin bk. "*Trafik Kazalarında Acil Tedavi İçin Çıkarılan Yeni Tebliğ, Kafaları Karıştırdı*", www.hurriyet.com.tr/ekonomi/18826044.asp

Bakanlığı ve Sosyal Güvenlik Kurumları arasında, ama şimdi SGK olarak pozisyonumuz çok ağırlaştı, şeklinde…[16]

Bu değerlendirmeler sonucunda açıkçası –değişiklik Gerekçesini de okumuş olmama rağmen- "*bu değişiklik neden yapıldı?*" ve ayrıca "*yapılan değişiklik gerekli ve yeterli mi?*" sorularının yanıtını bulabilmekte zorlanıyorum[17].

Karayolları Trafik Kanunu'nun 98. Maddesinin UYGULANMA KOŞULLARI:

1. Türkiye'de Meydana Gelecek[18] Trafik Kazası Olacak

Değişiklikten önce "*motorlu araçların sebep oldukları kazalarda*" ifadesi kullanılmıştı. Bu değişiklik kapsam bakımından herhangi bir farklılık veya problem yaratmayacaktır. Zira "*trafik kazası*" Karayolları Trafik Kanunu'nda "*karayolu üzerinde hareket halinde olan bir veya birden fazla aracın karıştığı ölüm, yaralanma ve zararla sonuçlanmış olan olaydır*" *(m. 3)* şeklinde ve "*taşıt*" ise "*motorlu araç, karayolunda insan, hayvan ve yük taşımaya yarayan ve makine gücü ile yürütülen taşıtlar*" *(m. 3)* şeklinde tanımlanmıştır.

2. Üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşları olacak

3. Sunulan bir sağlık hizmeti ve bedeli olacak

Öncelikle belirtmek gerekir ki, "*sağlık hizmet bedelleri*" ne Kanun'da ne de Yönetmelik'te tanımlanmıştır[19].

---

[16] Örneğin bk. Dönmez, Birten: "*Karayolları Trafik Kanunu'nun 98. Maddesindeki Değişikliğin Etkileri*", Legal Hukuk Dergisi 2012, S. 120, s. 131-137.

[17] Örneğin konuya ilişkin "Trafik Kazaları Nedeniyle İlgililere Sunulan Sağlık Hizmet Bedellerinin Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar hakkında Yönetmelik *(RG, 27.08.2011, S. 28038)* yayımlanıyor ve geçen iki yıllık sürede 3 değişiklik geçiriyor !.

[18] Bk. TSHB Tahsil Usul ve Esasları Hk. Yön. m. 1/II.

[19] KTK eski 98. maddesinde geçen "*tedavi giderleri*" ise, ilk yardım, muayene ve kontrol veya bu yaralanmadan ötürü ayakta, klinikte, hastane ve diğer yerlerdeki tedavi giderleri ile tedavinin gerektirdiği diğer giderleri ifade etmekte ve aracın zorunlu mali sorumluluk sigortasını yapan sigortacıya başvurma tarihinden itibaren sekiz iş günü içinde ve zorunlu mali sorumluluk sigortası sınırları kapsamında ödenmektedir.

Ayrıca, yeni düzenleme ve Yönetmelik gereği tüm sağlık hizmet bedelleri, SGK tarafından SUT (Sağlık Uygulama Tebliği[20]) hükümleri doğrultusunda[21] karşılanacaktır[22].

Bu koşuldaki değişikliğin kapsam bakımından problemler yaratacağına, eskiden tedavi giderleri açısından özellikle de Yargı kararları ile benimsenmiş olan kapsamın daraltıldığına dikkat çekilmektedir. Açıkçası, bu değişikliğin uygulamada kapsam bakımından herhangi bir farklılığa, özellikle de daraltmaya yol açmayacak şekilde anlaşılacağını ve uygulanacağını umut etmekteyim. Zira Yönetmelikte ve Gerekçede "*tedavi giderleri*" ifadesi de kullanılmıştır, bu durum, kanun koyucu tarafından da herhangi bir farklılığın amaçlanmadığı yönünde değerlendirilebilmelidir.

4. Kazazedenin sosyal güvencesinin varlığının önemli olmaması

Kazazede kavramı, hukuki bir terim değildir ve kapsamı geniştir. Sigorta hukuku açısından sorumluluk sigortaları, sigortalının üçüncü kişiye vermiş olduğu zararlar dolayısıyla sorumluluğu güvence altına almaktadırlar. İşletenin kendisinde meydana gelen bedensel ve eşya zararları doğal olarak sigorta güvencesi kapsamı dışındadır[23]. Ancak "*kazazede*" teriminin tercihi ile bizzat işletenin de "*kazazede*" kapsamına girmesi ve değerlendirilmesi riski vardır, buna da dikkat çekmek isterim._

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Düzenlemeleri Açısından Son Sözler

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1473-1486. maddeleri arasında ilk kez ayrı ve özel olarak "*sorumluluk sigortaları*" düzenlendi. Bu hükümler arasında 1473-1482. maddeler sorumluluk sigortalarına, 1483-1485. maddeler zorunlu sorumluluk sigortalarına ve 1486. Madde ise, koruyucu hükümlere ilişkindir.

[20] RG, 25.03.2010, S. 27532.
[21] Bu Kanun'da olmayan bir sınırlamanın Yönetmelik ile getirilmesi örneğidir!.
[22] Bu Tebliğe göre sağlık hizmetlerinin hizmet başına ödeme yöntemi ile faturalandırılacağı yönünde bk. Ünlü, Ufuk: "*Trafik Kazaları Nedeniyle Oluşan Sağlık Hizmet Bedellerinin Ödenmesi*", http://www.lebibyalkin.com.tr/dergi_icerik_p.asp?dicerik_id=206&dergi_id=89, s. 2.
[23] Bk. Ulaş, s. 932 vd.

Son olarak, zorunlu sorumluluk sigortalarına ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nun 1484. maddesinin III. fıkrasındaki düzenlemeye değinmek isterim. Zarar görenle ilişkide ifa yükümlülüğü kenar başlıklı maddenin III. fıkrasında yer alan hüküm aynen "*Zarar, sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılandığı ölçüde sigortacının sorumluluğu sona erer*" şeklindedir. Bu düzenleme, yine Türk Ticaret Kanunu'nun Koruyucu Hükümler kenar başlıklı 1486. maddesinin II. fıkrası gereğince, aksine sözleşme şartlarının geçersiz olacağı, hükümlerdendir, yani emredici bir düzenlemedir.

Çok teşekkür ediyorum, sabrınız ve ilginiz için…

Prof. Dr. MURAT ŞEN (Oturum Başkanı)- Bizler de söz konusu değişikliklerin, gerek Borçlar Kanununda, gerekse 5510 sayılı Kanunda, gerekse Karayolları Trafik Kanununda yaptığı değişiklikleri genel olarak değerlendiren Levent Akın Beye çok teşekkür ediyoruz.

Dikkatle dinlediğinizi gözlemliyorum, onun için özetlemeye gitmiyorum. Hem zamandan tasarruf edelim, hem konuşmacılara yeterince söz hakkı ve zamanı tanıyalım düşüncesiyle.

Şimdi dinleyicilerden özet yapılması yönünde bir talep geldi, o zaman ben özetleri yapmaya devam edeyim. Artık dinleyenler açısından tekrar olacak ama her zaman tekrar güzeldir derler, sabrınızı ben dileyeceğim.

Şimdi Levent Akın Bey özellikle söz konusu değişikliklerin Karayolları Trafik Kanunundaki 98. maddesinin değiştirilmesiyle getirilen değişiklikler olduğunu, bunun da uygulamada sadece sağlık hizmet bedeli yönünden bir değişiklik olduğunu ifade etti. Daha önce tedavi gideri ifadesinin kullanıldığını belirtti, aynı şekilde Aynur Hanım da söylemişti bu değişikliği. Trafik kazasına maruz kalan kişilerin alacağı sağlık yardımlarından, Sosyal Güvenlik Kurumunun sorumlu olacağını özetle ifade etti. Söz konusu değişiklik buna ilişkindir dedi.

Bunun ortaya çıkaracağı birtakım sorunlardan da bahsetti. Mesela geçici iş göremezlik ödeneğine ilişkin bir rücu söz konusu olacak mı? Hayır. Maddenin lâfzî yorumundan da açık hükmünden böyle bir düzenlemenin söz konusu olamayacağını ifade etti. Çünkü Karayolları Trafik Kanununun 98.maddesinde; trafik kazaları sebebiyle eğer kazazede bir sağlık yardımı almışsa, buna ödenecek sağlık hizmet bedelinin, o kazazedenin sosyal

güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın ödeneceği düzenlenmiştir, dedi. Hiç sigortaya tabi olmamış kimseler de olabilir, özel sigortası olmamış olabilir. Bunların hiçbirisinin önemi yok veya 4A, 4B, 4C kapsamında bir sigortası olmayabilir, genel sağlık sigortası olmayabilir. Yani sosyal güvencesi olmayan kişiler de bu kapsamda yararlanacaklar. Sosyal Güvenlik Kurumu artık sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak, kazaya uğrayan kişileri hastane kapısından çevirmeyecek, mağdur etmeyecek. Eğer sağlık ödemesi yapılmışsa, bu gerek üniversite hastanesi, gerek Bakanlığa bağlı hastaneler veya özel sağlık kuruluşları, hangisinde olursa olsun, yapılan sağlık ödemeleri, sağlık hizmet bedelleri artık bu yapılan değişiklikle, Sosyal Güvenlik Kurumu üzerine yüklenmiş durumda.

Bunun da gerekçesini şu şekilde izah etti: Burada güvence hesabı adı altında, daha önce Hazineye bağlı bulunan bu hesaptaki paraya Sosyal Güvenlik Kurumu göz dikti düşüncesiyle bu tür bir değişikliğin yapıldığını, temelinde böyle bir fikrin bulunduğunu ifade etti. Her ne sebeple olursa olsun, ben şahsen böyle bir düzenlemenin isabetli olduğu kanaatini taşıyorum. Çünkü daha önceden yaşadığımız ve bize danışılan birkaç olayda, bu tür bir uyuşmazlıkla karşı karşıya gelmiştim. Az önce Levent Bey de söyledi onu. Trafik sigortası olmayan bir araç yolda birisine çarpıyor. Çarpan kişi hastanede tedavi altına alınıyor. Şimdi kim ödeyecek bunu? Sorun burada başlıyor. İşte bu düzenleme diyor ki; hiç onları ilgilendirmiyor, başka hiçbir şeye bakmıyor. Bu kişi kazaya uğramış mı? Uğramış. Sigorta güvencesi olsun olmasın bunu sorgulamayın diyor, bunu Sosyal Güvenlik Kurumu ödeyecek. Yani hastane kapısından geri gönderilmeyecek.

Prof. Dr. MURAT ŞEN (Oturum Başkanı)- Buna ihtiyaç vardı diye düşünüyorum ben, neticede bu kapsamda bir düzenleme ve hüküm vardı. Konuşmanın başında, oturumu açarken ifade etmiştim. Hatta salona da sordum, bu güvence hesabını bilen var mı? diye. Belki buradakiler bilinçli bir topluluk olduğu için sıkıntı yoktu, çoğu biliyordu. Çoğu kimse biliyordu belki, salondakilerin yüzde 60'ının bildiğini gördüm, bundan da mutlu oldum. Ama ben bir hukukçu olarak, bu alanda gelen avukat arkadaşların bilgisizliğine üzülmüştüm bir dönemde. Buraları tenzih ediyorum, bu salondaki arkadaşların çok bilinçli olduğunu özellikle ifade etmek istiyorum.

İşte bu düzenleme, bu bilinçsizliği ortadan kaldıran bir düzenleme. Artık bir sigorta şirketi bulmaya veya güvence hesabına gitmeye gerek yok, SGK ödeyecek. İnsanlar bilmeyince, nasıl ödeneceğini de bilmiyordu bunun. Az önce avukat hanımın söylediği gibi, bir yakını hastanede veya kardeşi hastanede tedavi olmuş, trafik kazasına uğramış. Trafik kazasındaki failin aracın sigortası yok. Şimdi kimden talep edecek? Hastane parayı istiyor, bu kişinin sosyal güvencesi de yok. İşte güvence hesabından talep etmesi gerekiyordu, ama bu usul bilinmiyordu. Bu usul pratik hale getirilmiş oldu.

(Karşılıklı konuşmalar)

Prof. Dr. MURAT ŞEN (Oturum Başkanı)- Evet, şimdi konunun çok ilginç olduğunu görüyorum, çok ilgililer olduğunu görüyorum. Bu konuşmaları birebirde bence çay arasında yapalım. Şimdi bir 15 dakika çay molası veriyoruz, geri kalan kısma çaydan sonra devam edeceğiz.

(Çay arası verildi)

Prof. Dr. MURAT ŞEN (Oturum Başkanı)- Değerli meslektaşlarım, 6111 sayılı Torba Yasa gereğince tedavi giderlerinin sigorta ödemeleri, zorunlu mali mesuliyet sigortası ödemeleri yönünden değerlendirmeleri yaptığımız üçüncü oturumun çay arasından sonraki ikinci kısmını açıyorum, başlatıyorum.

Bu oturumda ilk sözü zorunlu mali mesuliyet sigortaları açısından Yargıtay uygulamalarını paylaşmak üzere Sayın Leyla Elen Köksal Hanımefendiye bırakacağım. Biliyorsunuz, yansıdan da, elinizdeki ilanlardan da bunu görüyorsunuz. Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Üyesi Leyla Hanım. Az önce paylaştığımızda, kendilerinin de bu konuda Yargıtay içerisinde müzakerelerde çok ciddi fikir tartışmalarının olduğunu beyan ettiler. Bunları zaten sizlerle de şimdi paylaşacaklar.

Ben sözü Leyla Hanıma bırakıyorum. Buyurun efendim.

Leyla ELEN KÖKSAL*

* Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Üyesi.

Öncelikle hepinize hoş geldiniz diyorum.

3 gün sürecek olan Ankara Barosu tarafından düzenlenen "*Yeni Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Esasları Usulü*" kongresinde diğer sunum yapan saygıdeğer hocalarımızın teorik ve bilimsel çalışmaları sonucu olan bilgilendirmelerden sonra ben de "6111 sayılı Torba Yasa Gereğince Tedavi Giderlerinin ZMSS sigortası ödemeleri yönünden değerlendirilmesi – Tedavi Giderlerinin Kapsamı içerikli konu ile ilgili açıklamalarda bulunacağım. Hatta bazı olaylara dair fakültede öğrenciliğimiz sırasında yaptığımız pratik çalışmalar gibi örneklemeler de yapacağım.

Aslında bu konu, yani uygulama ve uygulayıcıların düşüncelerini aktarma bence oldukça kapsamlı ve geniş zaman isteyen bir çalışma olmalıdır. Şimdi zamanımız az ve bu 30 dk. süre içerisinde elimden geldiği ve ifade edebildiğim kadarıyla açıklama yapmaya çalışacağım.

Öncelikle birçok yasanın yürürlüğe girdiği bu dönemde karmaşık ve hukuksal sorunların çok olduğu günler yaşadığımızı belirtmek isterim.

Bilindiği üzere 6100 sayılı HMK 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girdi. Bol miktarda tartışma konusu olabilecek ve uygulamada herkes tarafından farklı yorumlanabilecek hükümler bulunmakta. Ancak yasa hükümlerine uygun uygulama hâkimler tarafından yapıldığında yargılama süresi konusunda zaman kazanılacağı ve davaların daha kısa sürede biteceği düşüncesindeyim.

Yine bilindiği üzere 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu da 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Yine 6110 sayılı bazı kanunlarda değişiklik yapılmasına dair kanunun 8. Maddesi ile 2797 sayılı Yargıtay Yasası'nın 14. Maddesinde yapılan değişiklik uyarınca Yargıtay Başkanlar Kurulu'nun 10.01.2013 tarih ve 1 sayılı kararı ile hazırlanıp Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun 21.01.2013 tarihinde yapılan toplantısı ile de dairelerin yeni görev alanları belirlenmiştir.

Bu belirlemeye göre dairemizin ihtisas alanı Borçlar – Ticaret Hukuku, temel görev alanları olarak da trafik kazalarından kaynaklanan tazminat, sigorta hukuku ve mercii tayini tespiti yapılarak, bu konferansın konusu olan işlerin bir kısmı dairemiz olan 17. Hukuk Dairesi'nde iken trafik kazasından kaynaklanan bedensel zararlar ile ölümden kaynaklanan tüm tazminatlar, TTK'nın 1472 (TTK 1301.) Maddesinden kaynaklanan kasko

rücular, sigortalıların kendi trafik ve kasko sigortasına, trafik sigortasının kendi sigortalısına açılan tazminat davaları ile yolcu taşıması ilişkisi dahil sigortanın taraf olduğu her türlü cismani ve maddi zararlı trafik kazalarından doğan hüküm ve kararların incelenmesi de dairemize verilmek suretiyle dairenin inceleme alanı oldukça genişletilmiştir.

Bütün bu kapsamlı işin içerisinde benim sunacağım konu da yeni yapılan değişiklikler nedeniyle gündeme gelmiştir.

Bedensel zararlar 1926 tarihinde yürürlüğe giren 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda haksız fiillerle ilgili 41, 42, 45, 46. Maddelerinde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun ise 49, 50, 53, 54 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda adam ölmesi ve cismani zarar tanımları, Yargıtay uygulaması ile içeriği tespit edilir iken, 6098 sayılı Borçlar Kanununda 53. madde ile ölüm halinde cenaze gideri, ölüm hemen gerçekleşmemiş ise tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ile ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar, ölüm halindeki bedensel zararlar olarak sayılmıştır.

Bir de Borçlar Kanunu'nun 54. Maddesinde bedensel maddi zararları tedavi gideri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ile ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olarak belirlenmiştir.

Bu kavramların her biri üzerinde ayrıca durulabilir ve tek tek değerlendirilebilir. Çünkü gerçekten sosyal hayatın içinde herkesi ilgilendiren, her an gerçekleşebilecek olaylar olup, insanın ve insanların hayatını etkileyen konulardır. Zamansızlık ve sunum konusu olmadığından bu konuda fazla açıklama yapmak istemiyorum.

Ancak, spesifik olarak sadece maddi tazminat kapsamında olan tedavi giderlerine değineceğim.

2918 sayılı KTK, 1983 tarihinde yürürlüğe girdi ve 91. Madde ile belirlenen işletenlerin sorumluluğunu üstlenen ve TTK'da yer almayan zorunlu sorumluluk sigortasından olan ZMSS bu yasada yer aldı.

Bu kanunun 91. Maddesi ile işletenlere 85/1 madde ile belirlenen sorumlulukların karşılanmasını sağlamak için mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunluluğu getirmiş, 98. Madde ile de motorlu araçların sebep oldukları kazalarda yaralanan kimselerin ilkyardım, muayene, kontrol veya yaralanmadan ötürü ayakta, klinikte, hastane ve diğer yerlerdeki tedavi giderleri ile tedavinin gerektirdiği diğer giderleri aracın ZMSS poliçesini yapan sigortacının başvurma tarihinden itibaren 8 iş günü içinde ve ZMSS sınırları kapsamında ödeyeceğini belirlemiştir. Hatta yasa biraz daha ileri giderek birden çok aracın karıştığı trafik kazasında zarar gören kişiler, araçların ZMSS sigortacılarından herhangi birine veya 108. Maddede belirlenen durumlarda Karayolu Trafik Garanti Sigortası Hesabı (bugün güvence hesabına) başvurarak giderim isteyebilecekler, ödeme yapanların da sorumlulukları oranında birbirlerine rücu edebileceklerini açıklamıştır.

Yine yasa zarara uğrayanı korumak ve kaza geçirerek yaşadığı zor günlerinde onun tedavi ve gideri konusunda karşılaştığı sıkıntılarını aşması için 2918 sayılı kanunun 108. Maddesinde açıklandığı gibi zarara neden olan aracın bilinmemesi, bilinmesi halinde aracın geçerli bir mali sorumluluk sigortasının bulunması veya sigortacının iflas etmesi veya çalınan aracın işleteninin sorumlu tutulmaması halinde bu giderlerin Trafik Garanti Sigorta Hesabı (güvence hesabı) tarafından karşılanacağını açıklamıştır.

Aynı yasanın 8/b maddesinde Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'nın görev ve yetki düzenlemesi yapılırken, teknik tıbbi yardım tanımlanarak burada üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşları, acil olarak kendilerine getirilen trafik kazası geçirmiş kişilere Sağlık Bakanlığı tarifesini uygulamak suretiyle vermiş oldukları sağlık hizmet bedellerinin tamamının yükümlü sigorta şirketlerinden tahsil edileceğini belirlemiştir.

Bedensel zararlar, beden tamlığının bozulması dolayısıyla meydana gelen zararlardır.

Beden tamlığı anayasa ile "*Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*" Düzenlemesi ile koruma altına alınmıştır.

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz.

Bir kimsenin hukuka aykırı bir fiil sonucu yaralanması, sakatlanması, hastalanması yahut ruhsal bir bunalım geçirmesi tek başına zarar yaratmayabilir.

Ancak bu nedenlerle mal varlığında bir azalma olmuş ise veya ileride bir azalma olması söz konusu ise bu takdirde oluşan bir zarardan söz etmek lazım gelir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 54. Maddesi (Mülga 46. Madde) bu tür zararları kapsamı içine almıştır.

Kısaca zarar gören beden veya ruh bütünlüğünün maddi ve manevi bir zarar meydana getirecek şekilde bozulmasına vücut bütünlüğünün ihlali denir.

Bu ihlal kapsamında Türk Borçlar Kanunu'nun 54. Maddesi ile bedensel zararları;

1. Tedavi giderleri,

2. Kazanç kaybı,

3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar,

4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olarak açıklamıştır.

Bu talep içerisinde kalan tedavi giderleri ve masrafları ise kendi içerisinde tedavinin niteliğine göre değişik kalemlerden oluşabilir. Bunlar mağdurun maruz kaldığı hukuka aykırı fiil sonucu yaptığı bütün masraflar olarak düşünülebilir.

Bu kapsamda;

1. Hastane, sağlık yurdu, ilkyardım, kaplıca tedavileri,

2. Doktor, hemşire, hasta bakıcı gibi tedavi ile meşgul olanlara ve yardımcılarına yapılan masraflar,

3. Muayene, tahlil, ameliyat, acil müdahaleler vs. gibi hizmetlerin ücretleri ve masrafları,

4. Muayene ve tahlil yerlerine gidiş dönüş ücretleri, ambulans, nakliye, fizik tedavi giderleri,

5. Röntgen, radyoloji, ortopedi tedavisi, protez giderleri ve bunların değiştirilmesi, yenilenmesi için yapılan masraflar,

6. Her türlü ilaç ve gıda giderleri,

7. Yer değiştirme, nakil, mağdurun yakınlarının geliş ve gidiş, konaklama giderleri vs. olarak sayılabilir.

Bu masrafların tazmin edilebilmesi için gerçekten zaruri ve lüzumlu olması şart olmayıp hüsnü niyetle yapılması yeterlidir. Zarar sorumlusunu zarara sokmak amacıyla yapılan ve makul olmayan masraflar istenemez. Bu noktada hâkime tespit ve takdir konusunda büyük rol düşmektedir. Zarara uğrayan yönünden zorlu günler olarak yaşanan bu dönemde tüm belgelerin temininin mümkün olmadığı durumlarda tahmini giderin hesaplanması gerekir. Nitekim Yargıtay uygulaması da bu yönde gelişmektedir.

Tedavi masraflarının mutlaka iyileştirme maksadıyla yapılması şarttır. Belgelenmiş olsun veya olmasın bunların tıp bilirkişilerince incelenmesi ve miktarının tespit edilmesi gerekmektedir.

Bazı olaylarda ise bu masrafların fiilen yapılmış olması şart değildir. Örneğin estetik ameliyat gideri masrafı ödenmesi estetik ameliyatının gerçekleşmesine bağlı değildir. Çünkü estetik ameliyat gideri gerçekleşmiş zarar niteliğindedir.

Zarar görene yapılan bu tedavi giderleri SGK veya benzeri kuruluşlarca ödendiğinde, bu ödemelerin hesaplanan masraftan düşülmesi gerekir. Zira bu kurumlar ödedikleri miktar kadar sorumluya rücu edecekleri için mükerrer ödeme önlenmiş olacaktır.

Daha önce de açıkladığım gibi 2918 sayılı KTK'nun 91. Maddesi ile karayollarında trafikte hareket halinde olan araçlara işletenin sorumluluğunu karşılamak üzere mali sorumluluk sigorta yaptırma zorunluluğu getirilmiştir. Bu zorunluluk 20 Nisan 1959 tarihli üye ülkelerin imzasına açılan ve 26.06.1974 tarihinde imzalanan "*Motorlu Taşıtlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinden*" kaynaklanmaktadır.

Aynı kanunun 98. Maddesi ile de motorlu araçların sebep oldukları kazalarda yaralanan kimselerin ilkyardım, muayene ve kontrol veya bu yaralanmadan ötürü ayakta, klinikte ve hastane ve diğer yerlerdeki tedavi giderleri ile tedavinin gerektirdiği diğer giderlerin aracın Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasını yapan sigortacının başvurma tarihinden itibaren 8 iş günü içinde ve ZMSS kapsamında sınırları kapsamında ödeyeceği düzenlenmiştir. Yasa koyucu tarafından trafik kazası nedeniyle sağlık hizmet sunucuları ile verilen tedavi hizmet bedellerinin tamamının Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanması esasının getirilmesi amacıyla 25.02.2011 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 12.02.2011 tarih ve 6111 sayılı yasanın 59. Maddesi ile 2918 sayılı KTK'nun 98. Maddesi değiştirilmiştir.

Bu değişiklik "*Sağlık Hizmet Bedellerinin Ödenmesi*" başlığı altında " trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır.

Trafik kazalarında sağlık teminatı sağlayan zorunlu sigortalarda, sigorta şirketlerince yazılan ve güvence hesabınca tahsil edilen katkı paylarının %15'ini aşmamak üzere, münhasıran bu teminatın karşılığı olarak Hazine Müsteşarlığı'nca sigortacılık ilkeleri çerçevesinde maktu ve nisbi olarak belirlenen tutarın tamamı sigorta şirketleri ve 03.06.2007 tarihli 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun 14. Maddesinde düzenlenen durumlar için Güvence Hesabı tarafından Sosyal Güvenlik Kurumu'na 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. Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı bulunduğu bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu söz konusu şartı %50'sine kadar aktarmaya veya azaltmaya yetkilidir. Bu madde çerçevesinde sigorta şirketleri ve Güvence Hesabı tarafından ödenecek meblağın süresinde ödenmemesi halinde 31.05.2006 tarihli 5510 sayılı kanunun 89. Maddesinin 2. Fıkrası uygulanır. Trafik kazası sebebiyle Sağlık Bakanlığı'na bağlı sağlık kurumlarınca gerçekleştirilen tedavi giderleri bakımından Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından Sağlık Bakanlığı'na yapılacak ödemeye ilişkin usul ve

esaslar Sosyal Güvenlik Kurumu ve Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenir. Hükmü getirilmiştir.

Yine 6111 sayılı kanunun yayımı tarihinde yürürlüğe giren geçici 1. Maddesi ile de "*Bu kanunun yayımlandığı tarihten önce meydana gelen trafik kazaları nedeniyle sunulan sağlık hizmet bedelleri Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır. Söz konusu sağlık hizmet bedelleri için bu kanunun 59. Maddesine göre miktarının 3 yıl süre ile ayrıca aktarılmasıyla anılan dönem için ilgili sigorta şirketleri ve güvence Hesabı'nın yükümlülükleri sona erer*" düzenlemesi yapılmıştır.

Yine 27.08.2011 tarihli Resmi Gazete'de "*Trafik Kazaları Nedeniyle İlgililere Sunulan Sağlık Hizmet Bedellerinin Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*" yayımlanmıştır.

Yönetmeliğin 1. Maddesi ile bu yönetmeliğin ülkemizde meydana gelen trafik kazaları ve ZMSS, Zorunlu Taşımacılık sigortası ile Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası'nı kapsamına aldığı görülmektedir.

Bu yönetmeliğin 4. Maddesi ile "*Trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve resmi ve özel sağlık kurumu ve kuruluşlarının sundukları tedavinin gerektirdiği tüm sağlık hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın kurum tarafından Sağlık Uygulama Tebliği'nde (SUT) yer alan hükümler doğrultusunda karşılanır. 8/2 maddesi ile de, bu yönetmelik çerçevesinde sağlık hizmet bedelleri Zorunlu Trafik Sigortası, Zorunlu Taşımacılık Sigortası, Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortacısından ayrıca talepte bulunamaz*" düzenlemesi,

11. Madde ile tespit edilen sorumluluk çerçevesinde sigorta şirketlerinin ve güvence Hesabı'nın ilgili mevzuat gereğince zarar sorumlusuna karşı rücu hakkının saklı olduğuna,

Geçici 1. Madde ile de "*kanunun yayımı tarihinden önce meydana gelen trafik kazalarından kaynaklanan ve anılan tarih itibariyle ödenmemiş tüm tedavi giderleri bedelleri kanunun geçici 1. Maddesi kapsamında kurumca ödenir. Bu tarihten önce meydana gelen trafik kazaları nedeniyle ilgili sigorta şirketlerinden ve Güvence Hesabı'ndan tahsil edilen tutarlar bakımından ilgili sigorta şirketlerine ve Güvence Hesabı'na herhangi bir iade yapılmaz.*

Bu tutarlar kuruma bu yönetmelik uyarınca aktarılan tutarlardan mahsup edilemez." Şeklinde bulunmaktadır.

Konu ile ilgili 07.02.2012 tarihinde 2012/5 sayılı genelge Sosyal Güvenlik Kurum Başkanlığı tarafından yayımlanmıştır.

Bütün bu yasal düzenlemeler kapsamında 6111 sayılı kanunun yürürlük tarihinden sonra verilen hizmetlerde trafik kazasının oluş tarihine ve kazazedenin genel sağlık sigortalısı olup olmadığına bakılmaksızın 25.02.2011 tarihinden itibaren kurumla sözleşmeli/protokollü üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarınca verilecek tüm sağlık hizmet bedellerinin Sağlık Uygulama Tebliği (SUT) hükmü ve ekleri esas alınarak kurumca (SGK tarafından) karşılanacağı, kurumla sözleşmesi olmayan sağlık hizmet sunucularınca (SHS) trafik kazalarına bağlı olarak sağlık hizmeti giderlerinin SUT hüküm ve ekleri esas alınarak ödeneceği, genel sağlık sigortası olmayanların tedavi giderlerinin karşılanması ülkemizde meydana gelen trafik kazaları halleriyle sınırlı olup, bu kişilerin 2918 sayılı KTK'da tanımlanan trafik kazası tarifine uymayan kazalar sonucu oluşacak tedavi giderlerinin kurumca karşılanmayacağı, yabancı plakalı araçların karıştığı ülkemizde meydana gelen trafik kazaları halleriyle sınırlı olup, bu kişilerin 2918 sayılı KTK'da tanımlanan trafik kazası tarifine uymayan kazalar sonucu oluşacak tedavi giderlerinin kurumca karşılanmayacağı, yabancı plakalı araçların karıştığı ülkemizde meydana gelen trafik kazalarından kaynaklanan sağlık hizmet bedellerinin yeşil kart sorumluluğuna ilişkin kısmın il müdürlükleri tarafından Türkiye Motorlu Taşıt Bürosu'ndan (TMTB) talep edileceği, yabancı uyruklu kişilerin trafik kazalarına bağlı tedavilerinin devamını yabancı ülkelerde sürdürmeleri halinde bu giderlerin kurumca karşılanmayacağı ancak TC uyruklu kişilerin yurt dışı tedavilerinin kurumun ilgili mevzuatı çerçevesinde yürütüleceği, 6111 sayılı kanunun yürürlüğünden önce verilen hizmetlerle ilgili 25.02.2011 tarihinden önce meydana gelen kazalarla ilgili sağlık kurum ve kuruluşlarınca verilmiş, ancak ZMSS kapsamında olmadığından (araç işletenini tedavi gideri tek taraflı kaza gibi) sigorta şirketlerince ödemesi yapılmayan sağlık hizmet bedellerinin SUT esas alınarak ödeneceği, kurumla sözleşmesi olmayan sağlık hizmet sunucuları (SHS) tarafından verilmiş trafik kazalarına bağlı sağlık hizmet giderlerinin SUT esas alınarak ödeneceği, mükerrer ödemeleri

önlemek amacıyla kısmi olarak tahsil edilen bedellerin kurumca yapılacak ödemelerden düşüleceği, Sağlık Hizmet Sunucuları'nda (SHS) gördüğü tedavi bedelleri kendilerince karşılanan kişilerin tedavi giderlerinin SUT esas alınarak kurumca karşılanacağı, ancak kısmi olarak sigorta şirketlerince tahsil edilen bedellerin kurumca yapılacak ödemeden düşüleceği, yine kazaya bağlı tıbbi malzeme, ilaç, yol, gündelik ve refakatçi giderlerini kendileri karşılayan kişilerin SUT hükümleri esas alınarak kurumca ödeneceği hususları Sosyal Güvenlik Kurumu sorumluluğu altına alınmıştır.

Hatta 2012/5 sayılı genelge ile 17.08.2011 tarihinde yürürlüğe giden Sağlık hizmet Bedellerinin tahsiline ilişkin tarihinden önce meydana gelen trafik kazalarından kaynaklanan anılan tarih itibariyle ödenmemiş tüm sağlık hizmet bedellerinin kanunun geçici 1. Maddesi uyarınca kurumca ödeneceği, bu tarihten önce meydana gelen trafik kazaları nedeniyle ilgili sigorta şirketlerinden ve Güvence Hesabı'ndan tahsil edilen tutarlar bakımından ilgili sigorta şirketlerine ve Güvence Hesabı'na herhangi bir iade yapılmayacağı, bu edenle 2918 sayılı KTK'nın 99. Maddesi gereğince sigorta şirketlerine mağdurlar tarafından gerekli belgeler gönderilmiş olmasına rağmen tedavi giderlerinin 8 iş günü içerisinde ödemeyerek kişilere – hastanelere iade edilen faturalarında kurumca karşılanacağı ve genelgenin 2918 sayılı KTK'da tanımlanan trafik kazaları tarifine uygun ve ülkemiz sınırları içerisinde meydana gelen kazalar sonucu doğan tedavi giderlerini karşılaması ile ilgili olduğu anlaşılmaktadır.

Bütün bu düzenlemeler karşısında 2918 sayılı yasanın 91. Maddesinde yer alan işletenlerin, motorlu taşıtların kullanılmasından doğan üçüncü kişilere verdikleri zararları karşılamak üzere zorunlu olarak yaptırdıkları ZMSS kapsamında, sigortacının limiti kadar gerçekleşen zararlardan olan tedaviye yönelik sorumlulukları SGK tarafından üstlenilmiştir.

Başka bir deyişle tedavi giderleri kapsamında sigorta şirketinin, motorlu aracın işletilmesinden kaynaklanan sorumluluğu zorunlu olarak sigorta teminatına bağlanması nedeniyle 6111 sayılı yasa ile sona ermiş bulunmaktadır.

Ancak yapılan bu düzenlemede her türlü tedavi gideri değil, sadece trafik kazaları nedeniyle üniversitelere bağlı hastaneler, diğer bütün resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri, zarara uğrayanın sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın SGK tarafından

sigorta limiti kadar ve limit dâhilinde karşılanacaktır. Yasanın yapılış amacı zarara uğrayanı geçirdiği kazadan sonra bir de hastanede tedavi aşamasında bir kısım maddi ve tedavi zorlukları ile karşılaşmasına engel olma düşüncesidir. Ancak ZMSS limitini aşan tedavi giderleri ile yasa kapsamı dışında kalan bakıcı gideri, işgörmezlik giderleri gibi tedavi giderlerinden, zarara neden olan veya hukuken sorumlu olanların sorumluluğunun devam edeceği de kuşkusuzdur.

Bu nedenle yasanın yürürlüğünden sonra 6111 sayılı yasanın 59. Maddesi ile değiştirilen 2918 sayılı kanunun 98. Maddesi ve geçici 1. Maddesi anlamında tam bir açıklık olmadığından ilk açılıp görülen davalarda, uygulamayı yapan daireler tedavi giderlerine ilişkin olarak genellikle sigorta şirketi veya Güvence Hesabı tarafından SGK'ya aktarım yapılıp yapılmadığının ve buna göre tedavi giderleri kaleminin değerlendirilmesi şeklinde gelen dosyalarda bozma yapmışlardır.

Ancak daha sonra yapılan ve talep edilen tedavi giderlerinin 98. Maddede sayılanlardan olup olmadığı konusunda tıbbi bilirkişi raporu alınarak SGK ve sigorta ile zarar sorumlularının, sorumlu oldukları kalem ve miktarların ayrılması yoluna gidilmiştir. Bu arada yasanın ve değişikliğin yürürlüğe girmesi ile "*SGK tarafından karşılanan ve eski ödenmemiş giderlere de uygulanır.*" Düzenlemesi karşısında açılmış ve açılan davalarda ZMSS'nin sorumluluğunun bitip, yasal hasım olarak SGK'nın davaya dahil edilmesi mi gerektiği yoksa SGK'ya davanın ihbar edilmesi ile mi yetinileceği, yoksa bütün bu düşüncelerin 3 yıllık süre içinde yapılacak aktarımlara göre mi karara bağlanması gerektiği gündeme gelmiş ve tartışmaya açılmıştır.

Bu konuda 06.03.2013 tarih ve 13.03.2013 tarihli Genel Kurul gündeminde Yargıtay Yüksek 10. Hukuk Dairesi'nin bir kararı üzerinde görüşmeler yapılmıştır.

Bu kararın gerekçesi henüz yazılmamıştır. Ancak genel anlamda muhalefet görüşüne göre birinci sorun olarak 1. Madde kapsamında sigorta şirketlerince yatırılması gereken primlerin ve Güvence Hesabı'nca tahsil edilen katkı paylarının kuruma aktarılmasının beklenip beklenmeyeceği olup bu konuda yapılan yasal düzenlemelerde Hazine Müsteşarlığı tarafından çıkarılan Trafik Kazaları Nedeniyle Sağlık Hizmet Bedellerinin Tahsiline İlişkin Yönetmelik ve burada aktarımın nasıl yapılacağının belirlenmesi nazara alınarak sigorta

şirketleri ve Güvence Hesabı yönünden ödenecek meblağın süresinde ödenmemesi halinde 31.05.2006 tarih ve 5510 sayılı kanunun 89. Maddesinin 2. Fıkrası uyarınca kuruma zorla tahsil yetkisi verilmiş olması yine 20.01.2012 tarihli Sosyal Güvenlik Kurumu Hukuk Müşavirliği'nin çıkardığı genelgesi ile de trafik kazalarından kaynaklanan tedavi giderlerinin tahsili için sigorta şirketleri, Güvence Hesabı ve üçüncü kişiler aleyhine icra takibi ve dava açılmaması, kanunun yürürlük tarihinden önce açılan icra takiplerine devam edilmemesi, itirazı icra takipleri için itirazın iptali davası açılmaması, kanunun yürürlük tarihinden açılmış davalar yönünden mahkemeden davanın konusuz kalması nedeniyle dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm kurulması gerektiği belirlemesine nazaran kurumun kanun değişikliğindeki amacın, kanunun yürürlük tarihinden önce veya sonra meydana gelen trafik kazaları nedeniyle sunulan sağlık hizmet bedellerinin Sosyal Güvenlik Kurulu tarafından karşılanmasıdır. Bir an için sigorta şirketleri ve Güvence Hesabı prim aktarımı yapmamış ise sorumluluğunun devam edeceği gibi anlaşılıyor ise de 5510 sayılı yasanın 89. Maddesinin 2. Fıkrası uygulanarak primlerin tahsili yetkisi kuruma verildiğinden artık Güvence Hesabı ve sigortanın sorumluluğunun biteceği, SGK'nın sorumluluğunun eski ve yeni olaylara uygulanacağı şeklindedir. Bu nedenle yasa kapsamında kalıp SGK'nın ödemesi gereken tedavi giderlerine ilişkin açılan davalarda SGK yasal hasım olmakla davaya dahil edilerek davaya devam edileceği 3 yıllık aktarım süresinin beklenmesi gerektiği şeklinde görüş ortaya çıkmıştır. Ancak belirttiğim gibi henüz gerekçe yazılmamıştır. Şimdilik uygulama bu şekilde devam etmektedir.

Bu hususu da takdirlerinize sunuyorum.

Prof. Dr. MURAT ŞEN (Oturum Başkanı)- Şimdi ben konuyla ilgili genel değerlendirmelerini yapmak üzere sözü çok değerli meslektaşım Doç. Dr. Levent Akın Beye bırakıyorum.

Doç. Dr. LEVENT AKIN- Çok teşekkürler Hocam, sağ olun. Bir kere hepiniz hoş geldiniz fakültemize, fakültenize; çoğu için geçerli olan bu. Bu toplantıların Ankara Barosu tarafından düzenlenmesi tabii hepimiz için çok büyük bir keyif haline geldi. Bununla ilgili birtakım bilgiler aktarmak isterim size. Biz bunu 1995 yılında Galatasaray'da ilk yaptığımızda, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin ilk toplantısıydı. O zaman ben üç yıllık asistandım ve ilk sempozyumda bana konuşma imkânı sunmuşlardı. Yani dolayısıyla bunu 20 yıl önce anlatmıştım ben.

20 yıl içinde 2001'de bir daha Galatasaray'da yapıldı ikincisi, orada da anlattım. Bunu her yere anlatıyorum ben bu arada. Her boy anlatabiliyorum. 2002 yılında Milli Komite yapıldı. Milli Komite 1974'den beri her yıl dört tebliğ olarak sunulur. O tebliğ o yıl beş tebliğ yapıldı, 2002 yılında. Orada bir daha anlattık bunu, ilk ve tektir o 2002 yılında. Şimdi 2013'e geldik, bir daha anlatacağız, ama hep aynı şeyi anlatıyor gibi gelmeye başladı bana. Yani bakıyorum, tazminatlarla ilgili tartışılan şeyler, dön dolaş aynı şeyler.

Tabii bunun için sorunlar tabii aynı şeyler. Sorunlar anlatılırken ortaya çıkan çözüm önerileri oluyor, çok güzel çözüm

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

önerilerine getiriliyor herkese, herkes tarafından. Getirilen çözüm önerilerinin hayata geçebilmesi yegâne imkânı, yargının bununla ilgili adım atması ya da yasaların bu konuda düzenleme getirilmesi. Yargı bu konuda adım atıyor mu? Atıyor, çok güzel adım atıyor hem de. 2001 yılındaki toplantımızın – *birazdan biraz bahsedeceğim-* çok güzel sonuçları oldu. Fakat adım atıyorsun, bu sefer yasada ters adım geliyor, yasa bu sefer bozuyor onu.

Şimdi dünkü toplantıya ben katıldım. Komisyon üyesi Hocamız bu konudaki açıklamalar sırasında pek değinmedi. Ona soracaktım, ama gitti. Onun için burada birkaç şey söylemek istiyorum. Bu kadar ilgili kıymetli insanın bir araya geldiği bu toplantıda bunları söylemek lazım ki, bu konu tartışılsın.

Şimdi bir kere 6111'e geçmeden önce, zaten Hocam çok güzel bilgiler verdi, benim işim çok daha kolaylaştı onun anlattıklarından sonra. Ben size bu Borçlar Kanunundaki düzenlemelerle ilgili bazı noktaları işaret etmek istiyorum. Dün çünkü üzerinde biraz durulmadı gibi geldi bana, önemli şeyler bunlar. Müsaade ederseniz birkaç tanesini ekrana yansıtacağım, biraz bunlarla konuşalım ki, biraz konuşma profili oluşsun ki, bunlar 6111'e etki edecek bazı noktalara temas edecek zaten.

Şimdi bizim bu konuyla ilgili, yani Borçlar Kanununun genel hükümleriyle ilgili tazminatları ilgilendiren çok önemli değişiklikler var. Yok gibi geliyor, ama var. Aramızda kalsın var. Bunu göreceksiniz zaman içinde. Şimdi bir kere bu değişikliğin en önemlisi, dün konuşuldu. Tazminat rakamlarına en büyük etkiyi yapan faizin hesaplanması ve faizin değerlendirilmesiyle ilgili konudur, 55. maddeden bahsediyorum. 55. maddede hepinizin bildiği, ne anlama geldiğini hepinizin anladığı bu ifade *-şu yeşil ifade-* çok önemli sonuçlara yol açacak gibi görünüyor. Fakat bu tazminat rakamının sıçramasına yol açan faiz rakamı üzerindeki müdahaleleri engellemeye yönelik getirilen bir düzenleme, dün bahsedildi zaten bu yönde bir hüküm olduğu.

Fakat düzenlemenin getirilmesi sonucu çözmedi. Neden? Şu ana kadar yargıya intikal etmiş değil bu olay. Ettiğinde, biz bunu çünkü yanlış hatırlamıyorsam üç ay önce Bodrum'da bir daha konuştuk, Bodrum'daki toplantıda. Orada da benzer noktaya vardık. Hakkaniyet düşüncesiyle yapılacak

indirimlerin hangi konuda etki edeceği konusu. Kısaca bunu söyleyip, sizin bu konudaki değerlendirmenize bırakmak isterim, farkındalık yaratmak lazım.

Burada hakkaniyet ifadesi konulduktan sonra, yukarıda aslında benzer düzenleme tekrar önümüze gelecek. Bakın, burada bir zıtlık var, şu 50. maddeyle ilgili. Hakkaniyet ifadesi tazminatlarda kullanılamaz gibi geliyor. Dikkat edin, zararı kastetmiyorum, tazminatları kastediyorum, ama 50. maddede hakkaniyete dayalı karar verilebileceği söyleniyor. Şimdi denilebilir ki bu ifade, zarar miktarının tam olarak ispat edilemiyorsa haliyle sınırlı denebilir ki, ilgisi yok. Çünkü zarar zaten tam olarak tespit edilemiyor, yani iş kazasında biliyorsunuz. Birtakım varsayımlarla, hiç gerçeği arama kaygısı duymadan, gerçeği bulma iddiasında olmadan bir rakam hesaplamalar yapıyoruz. Hesaplamalarla da diyoruz ki, bu homojen bir hesaplama tarzı getirelim, yargı buna itibar etsin ki, her yerde adil olan bir oluşsun. Yoksa asla gerçeği arayan, gerçeği bulan bir hesaplama değildir bu; bu varsayımdır. O nedenle bu ifadenin tekrar hayata geçmesi için hiçbir engel yok.

Şimdi buradan hareket ettiğiniz zaman, 55. maddedeki düzenlemeye bakarsanız, bunun sadece miktar esas alınarak indirim-çıkartma yapılamaz gibi algılamak gerekiyor. Bu da şuna etki edebilir gibi geliyor bana. Malum hepimiz yargıda görülen davalar, özellikle iş kazası tazminat davalarında 10 birimlik tazminatın, 50 birimlik faizi oluyor. Bu sebeple de birtakım indirimlere gidilebiliyordu. Tabii bu yapılan indirimlerde genellikle eski yasadaki 43-44'e göre yapılan indirimden bahsedilir ki, gerekçe pek söylenmezdi.

Biz de bunu hep söylerdik toplantılarda. 43-44'de bir indirim yapıyorsunuz, biz de biliyoruz 43-44 nedir, ama bir zahmet söyleyin, 43-44'ün hangisine göre indirim yapıyorsunuz? Müterafik kusura göre mi yapıyorsun, duruma göre mi yapıyor ki, anlasın karşı taraf, savunsun veya kendisini. İndirim yapma, bak şunlar var, aslında öyle değil diyebilsin diye. Fakat bu rutin hale gelmişti. Bir anlamda bir müdahaleyi gerektiriyordu. Dolayısıyla bu ifadeyi belki öyle anlamak lazım; yani yargıç belki çıkan astronomik rakama miktar itibariyle yüksek olduğu kaygısıyla indirim müdahalesi yapamaz. Yapamasın, ama başka gerekçelerle yapabilir anlamına gelecektir.

Çünkü 50. madde bu imkânı sağlamaktadır. Bunu bir tespit edip, tartışmaya ve fikrinizi almak isterim.

İkincisi, bu manevi tazminat meselesi; dün buna değinildi, fakat tabii o 2001 yılındaki toplantıda, o kız çocuğunun saçlarının prese sıkışması kararını ben anlatmıştım zaten. Fakat o karar öyle değildi. O kararda olan şuydu: Bir kız çocuğu kumaş fabrikasında çalışırken saçlarını ruloya kaptırıp kafa derisi soyuluyor. Orada ailesi manevi tazminat talebinde bulunuyordu. Dün manevi tazminat talebi kabul edildi diye söylendi. Reddedildi aslında o dava, reddedilmişti. Yüzde 40 küsurluk bir iş göremezlik çıkmıştı oradan. O davayı anlattığımız zaman, hatta o zaman oturumda beraberdik Sayın Başkanla, 20. Dairenin Başkanıyla. O da hatta buna dikkat etti, ya bu nereden çıkmış, bu niye böyle olmuş diye.

Tabii o olayın temelinde şu yatıyordu: Malumunuz manevi tazminat davalarında zarar gören kişilerin yakınlarının manevi tazminat taleplerini 2001 öncesine kadar Yargıtay bir ilkeye bağlamıştı. O ilke de, yüksek düzeydeki iş göremezliklerdi ki, *-parantez içinde-* bunları yüzde 90'lı oranlar olarak gösterirdi. Onu eleştirmek için bu kararı getirmişti Galatasaray 2001 toplantısında. Demiştim ki o zaman, bu rakam çok yüksek, kaldı ki yansıma suretiyle zarar olduğu çok tartışılır, o da çok ayrı bir tartışmadır, öyle olmadığını da düşünüyoruz açıkçası. Dolayısıyla bu çok yüksek bir rakamdır, niye böyle bir kız çocuğunun annesi babası manevi zarara uğramamış olsun? Doğrudan kendi sorar, yansımayı bırakın, doğrudan kendisinde oluşur bu zarar.

Peki, o zaman bu niye böyle çıkmıştı? Tabii haklı olarak Yargıtay'ın iş yükü, çünkü olağanüstü iş yüzü var. Hatta açıklamalar geçen bizim yine daire başkanlığıyla beraber yürütülen toplantıda ilan edildiğine göre, iş daire ve sosyal güvenlik hukuku kararları yargının yüzde 50'sini oluşturmuş durumda. İnanılmaz bir dava yükü var. O nedenle böyle bir şeye sonuç vermiş denildi. Sonuç şuydu: Biz dediler yüksek oranlara manevi tazminat verme eğiliminde olduğumuz için, olayların içeriğine bakmaktan ziyade rakamlara bakıyorduk ve bu yüzde 40 gibi bir oran çıkınca ki, yanlış kesinleşmiş malum. O nedenle dikkat edilmemiş gibi geldi.

Sonucunu söyleyeyim; 2001 yılından sonraki kararlarda, iftihar ediyoruz o müdahaleyle beraber, Yargıtay da bunu çok güzel anladı. 2002'den itibaren kararlar yüzde 20'lere kadar indi. Yani yüzde 22'li, yüzde 25'li iş göremezliklerde bile manevi tazminat kararı verilmeye başlandı. Dolayısıyla çok iyi bir aşamaya gelindi. Tabii manevi tazminat zaten Türkiye'de güdük yürüyor, çok yüksek rakamlar değil, çok can yakan kararlar değil. O nedenle rakam aşağı çekildi, fakat hâlâ rakam küçük olmaya devam ediyordu. Bu ayrı bir sorun, o belki bizim başka problemlerimizle giderilecek.

Şimdi neyi anlatmaya çalışıyorum. Şu düzenlemenin 2. fıkrasına bakarsanız, aslında 2001 yılından sonra Yargıtay'ın geldiği nokta tamamen tersine döndü. Ağır ve bedensel zarar ve ölüm halinde denildi ve bitti. Yani bugüne kadar getirilen, içtihat oluşturulan yapı bitmiş durumda. O nedenle manevi tazminatta, yakınlara manevi tazminat hakkı verdik savı doğru değildir. Zaten vardı, daha rahat alabiliyorlardı, şimdi artık alınamaz hale, başa döndük. O nedenle manevi tazminat düzenlemesiyle ilgili açıkçası bunu bilginize sunmak isterim.

Destekten yoksun kalmaya çok değinmeyeceğim, onunla ilgili başka problemlerimiz var. Burada çok zaman alıp da canınızı sıkmak istemiyorum. O nedenle 6111'e hemen gelelim. Şimdi 6111'le ilgili problem şu: 6111 sayılı Yasa, Aynur Hocam biraz önce çok güzel açıkladı zaten. Karayolları Trafik Kanununda bir düzenleme yaptı. Düzenleme şu, bu düzenlemeyle aslında Sosyal Güvenlik Kurumu bir iş aldı üstüne. Sosyal Güvenlik Kurumunu tanıyoruz, Sosyal Güvenlik Kurumu çok doğal olarak artık bir sigorta kuruluşu olarak çalışıyor hepinizin malumu. Artık sigortacılık yapıyor, sosyal de olsa sigortacılık yapıyor. Hastanelerin filan tümünü devretti malum, artık finansman kuruluşu haline gelmiş durumda. Bunu kendileri de söylüyorlar.

Şimdi finansman kuruluşu haline gelen Sosyal Güvenlik Kurulunun zaten kendi üstünde olduğunu düşündüğü bazı şeylerin nemasından da yararlanma çabası olduğunu görüyoruz. Bunu çok da normal karşılıyorum. Dolayısıyla kurum diyor ki; zaten ben yapıyorum bu yardımları. Madem ben yapıyorum, bari nemasından da ben yararlanayım deyip, böyle müdahaleye başvuruyor. Tabii bunun gerekçelerini arttırabiliriz, ama temelde, zaten yasal

düzenlemeyi Hocam arz etti zaten gerekçesini de. Dışarıda yapılan hizmetlerle, SGK, yani sigorta kuruluşlarının yaptığı hizmetlerle SGK'nın hizmeti aynı zaten, emsal teşkil ediyor SGK bu anlamda. Zaten benim hizmetlerim veriliyorsa, ben vereyim, ben alayım parasını demeye getirdiler. Dolayısıyla yasal düzenleme böyle oluşturuldu.

Şimdi müsaade ederseniz, pek âdetim değil, ama şu yasal düzenlemeyi bir okuyayım size, hep beraber okuyalım hatta sonra üzerine birkaç şey söylemek isterim. Şimdi trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer tüm resmi, özel ve sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri ne oluyordu eskiden? İlgili kaza sigortası varsa ödüyordu, zorunlu mali mesuliyet sigortası ödüyordu. Kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır. Olay bu, geri kalanı çok önemli değil.

Şimdi dolayısıyla Sosyal Güvenlik Kurumu diyor ki, ben sigortalı olsun olmasın, bir kimse zarar görür de hastaneden hizmet alırsa, sağlık hizmetini ben sunacağım. Niye bunu yapıyor? İşte bunun temelinde bir sürü unsur var. Genel Sağlık Sigortasının topluma yayılması sebebiyle, yani yayılması amacıyla yapılmış bir yapıdır. GSS dışında kalabilmek artık çok zordur, belli sebepler dışında. Dolayısıyla bir insan GSS olacağına göre düşünüyor kendi açısından. Sunacağı hizmeti zaten GSS'li olarak alacak. Dolayısıyla bu hizmeti benim aracılığımla alsınlar. Neden? Çünkü Türkiye'deki hizmet sunucusu benim şu anda. Yani SGK'ya rakip kimse yok. SGK sigorta alıcısı olarak hizmet sunucusu olarak en yüksek vasıflara sahip durumda ve tekel durumunda. O nedenle bu benim inisiyatifimde yürüsün demesini anlamak çok basit, çok rahat.

Buradan hareket edildiği zaman, sorun şuna dönüşüyor. Muhatap alınan kişilerin aslında bir sigortası var. Hangi sigorta o? Mali mesuliyet sigortası. Nasıl bir sigorta? Zorunlu bir sigorta. Hangi hizmetleri sunuyor? Eğer bu sigortalı birisine zarar verirse araç sebebiyle, ortaya çıkan zararın sağlık yardımlarının, bunu mali mesuliyet sigortası karşılıyor, yapı böyle işliyor.

Şimdi burada SGK'nın rolü ne? SGK diyor ki, ya bunun sunacağı hizmeti zaten alacağı yerler belli. Üniversiteler, Sağlık Bakanlığının tesisleri,

özel kuruluşlar. Özel kuruluşlar yüzde 3 zaten, onları boş verin, yüzde 97'sini zaten ben idare ediyorum. Üniversitenin sağlık hizmeti de benim sebep olduğum bir sağlık hizmetidir, ben hatta içeriğini belirliyorum. Sağlık Bakanlığının sağlık hizmetleri de sosyal güvenlik anlamında izin verildiği ölçüde yapılabiliyor zaten. Yani işi ben yapıyorum, alacağı hizmetin düzeyine de ben karar veriyorum, parasını da ben ödüyorum. Dolayısıyla bunu benim almama bir engel yok.

Peki, burada menfaati ne? Olsa olsa şudur: Biraz önce bahsedildi, Hocam da sordular, bu güvence hesabı meselesi. Güvence Hesabı ilginç bir şey, hakikaten burada bu konuya vakıf bir sürü insan olduğunu görmek sevindirici. Şöyle bir şey; güvence hesabı özel bir hesap şirketleri bünyesinde toplanmış, aslında amacı da çok güzel. Farkındalığı arttırmak da bu anlamda çok önemli ve farkındaysanız güvence hesabı aslında işte sigortasız kişinin sebep olduğu zararlar, çalıntı arabaların sebep olduğu zararlar, gasp edilmiş araçların sebep olduğu zararları daha ziyade bir kimseye zarar vermesin diye devreye giriyorlar. Güzel bir şey özetle.

Şimdi dolayısıyla burada birtakım rakamlar birikmiş durumda. O zaman diyor ki, ben bu hizmeti verdiğim zaman doğal olarak bunun güvence hesabı miktarını bana aktarılsın. Şimdi dosya kararın içeriğinde elde edilen hak bu. Sağlık hizmetini ben sunacağım, bu hizmet için ayrılmış güvence hesabındaki parayı da bana aktaracaksınız, olay bundan ibaret. Yani büyütecek bir şey yok aslında.

Peki, bunun sosyal güvenlikteki problem olma ihtimali olan yerleri neler? Şimdi bu ekranda gördüğünüz karar, 2012 kararı bu. Hatta geçen hafta genel kurula girdi, bununla ilgili bir sorun ona da değineceğim. Şimdi burada problem şununla ortaya çıkmış. Sosyal Güvenlik Kurumu sigorta şirketine rücu ediyor, bunlar o davalar. Sosyal Güvenlik Kurumu sigorta şirketine diyor ki; senin sigortalın birine zarar vermiş, dolayısıyla sağlık hizmetini ben sundum, sen ufak ufak o paraları bana bir zahmet gönder. Şimdi ondan istediği paraların bir kısmı güvence hesabına gitmiş paralar. Diyor ki; ben güvence hesabını üzerime aldıktan sonra, senin sorumluluğun kalmayacak artık diyor. Yani güvence hesabındaki parayı aktardığımız

zaman, aslında sigorta şirketi devre dışı kalacak. Fakat sigorta şirketinin devre dışı kalacağı miktar, çok doğal olarak taahhüt ettiği miktar kadar; sigorta poliçesindeki miktar kadar.

Bu ne anlama geliyor? Sigorta poliçesi tüm zararı karşılayamayabilir anlamına geliyor. Böyle bir durumda ne olacak? Böyle bir durumda olacak çok basit yine, Sosyal Güvenlik Kurumu zarar görmüş kişiye zarar veren kişinin sigorta kuruluşundan veya güvence hesabından veya şirketinden alamadığı parayı, doğrudan o zararı veren kişiden alacak. Yine yanılacak, kavram kargaşasına yol açacak bir şey yok. Her şey çok normal yürüyor.

Şimdi bununla ilgili yasal düzenlemedeki ifade, kilit ifade şu, onu size göstereyim. Şurası, büyüteyim bunu. Yani bu karardaki önemli kısımlardan birisi o. Şimdi bakın burada *"kişiye ilişkin zarar halinde ilkyardım, muayene, kontrol veya yaralanma nedeniyle ayakta, klinikte, hastanede ve benzeri sağlık kuruluşunda gerçekleşen tedavi giderleriyle, tedaviyle ilgili diğer giderler sigorta teminatı kapsamında olup, buna göre çalışma gücünü kısmen veya tamamen azalması sonucu oluşacak zararda sigorta teminatı içindedir*" kilit nokta bu zaten.

Bundan sonraki problem ne? Bundan sonraki problem şu, şurası o da: Bu haktan sigorta sözleşmesine taraf olan işleteni ve şoförlerinin yararlanması gerekmekte olup, poliçe limiti kapsamında kalan, hangi poliçe bu? Mali mesuliyet poliçesi kapsamında kalan tedavi giderleri nedeniyle sorumlulukları sona erer." Çok tabii işi ben üstüme altım çünkü. Sigorta kuruluşunun yapacağı sağlık hizmetini ben veriyorum artık, bitti. Ancak zorunlu sigorta teminat tutarını aşan tedavi giderlerinin –*bahsettim poliçeyi aşıyor*- zarara sebep olan ve hukuken sorumlu olanlar tarafından karşılanacağı, bu kişiler yönünden poliçe limitini aşan kısım yönünden sorumluluğunun devam edeceği de kabul edilmeli, gayet basit. Dolayısıyla poliçenin sorumluluğunu SGK üzerine almış durumda, onun arkasında yer alan para kaynağını da üstüne almış durumda. Aşan kısım varsa, buna sen katlan denilemeyecek. Çünkü bir ara öyle birtakım davalar açıldı. SGK'ya, artık sen devraldın, hepsinden sorumu ol denildi, kabul edilmiyor haklı olarak. Aşan kısım için yine zarar verene 506'nın 39. maddesi anlamında rücu

edebilecektir. Onunla ilgili düzenleme de bakın şurada. Şuna da lütfen dikkat edin şurası, son fıkra. "*Kurumca sigortalı yapılan geçici iş göremezlik ödemeleri yasa kapsamı içerisinde bulunmamaktadır."* Şimdi bu ne demek bu çok kilit, en kilit noktaya geldik, burası bence problem. Şimdi 6111 sayılı yasayla Karayolları Trafik Kanununda yapılan değişiklik, sağlık hizmetleriyle ilgili getirilen değişiklik. Yani SGK'nın üstlendiği, karşılamaya vaat ettiği, artık yasal yükümlülüğü haline gelen şey, sağlık hizmetleri. Dolayısıyla siz aslında sigorta kuruluşunun sağlık hizmetini ondan almış oluyorsunuz. Bunun dışında onun sunduğu başka bir hizmeti üzerinize almıyorsunuz. Dolayısıyla buradaki ifade de diyor ki bakın *"Kurumca sigortalı yapılan geçici iş göremezlik ödemeleri yasa kapsamı içinde bulunmamaktadır."* Niye? Çünkü eğer sigorta kuruluşu zarar verene, yani ben A sigorta kuruluşuyum. Benim sigortalım Levent, o birine zarar verdi. Zarar verdiği kişiye vereceğim sağlık hizmetini SGK verecek, ama benim bu kişiye yapacağım bir parasal yardım olabilir ki, olmalıdır, kaza sigortasında bu vardır. Yani âdeta SGK'da geçici iş göremezlik ödeneğine benzeyen bir şey. Ben bunu üstlenmiyorum SGK olarak, onu sen vereceksin diyor. Burayı karıştırmıyoruz.

Bu nedenle kurumca sigortalıya yapılan geçici iş göremezlik ödemeleri, işletmeden –*burası çok önemli-* şoföründen ve zorunlu mali sorumluluk sigortası poliçesinin bedeli kalmak koşuluyla, sigorta şirketleri ve güvence hesabından 39. madde kapsamında tahsili mümkün olmaktadır. 39. madde ne diyordu? Zararı verene rücu ederim diyordu; özeti bu Sosyal Sigortalar Kanununun.

Şimdi dolayısıyla bizim getirilen yeni sistem içinde durum şu: Eskiden SGK sigortalısına yaptığı hem sağlık yardımlarının, hem parasal yardımların tümünü kime rücu ediyordu? Zorunlu Mali Mesuliyet sigortasına rücu ediyordu. Şimdi sağlığı rücu edemeyecek, kendi üstüne aldı çünkü. Geçici iş göremezlik ödeneklerini rücu edecek, olay bundan ibaret.

Temel bir son soruna gelelim. O sorun şu: Burada ifade edilen 39. madde hepinizin malumu. Sosyal Sigortalar Kanununun 39. maddesi, üçüncü kişilerin sigortalıya verdiği zararı düzenliyor. Sosyal Sigortalar Kurumu o zaman diyor ki, eğer diyordu sigortalıma zarar verirsen, yapışırım yakana,

kastın ve suç sayılır bir hareketin varsa, bunu sana rücu ederim diyordu. O ifade bizim Mecliste SGK Yasası çalışmalarında çok tartışıldı, kast ifadesini kaldırdık oradan malum, suç sayılır kaldı. O da ayrı bir sorun, onunla da uğraştık, ama olmadı o.

Şimdi bu yasal düzenleme 5510'da değişti. 5510'daki durum şu, 21. madde. Bu 21. madde eski 26'yla, yani rücu maddesiyle, eski 39'u bir araya getiren madde. Yani iki rücu var burada dikkat ederseniz. Fakat problemli bir rücu maddesi. Neden? Şurasına lütfen dikkat edin, şu kısım. Problemli bir madde, neden? Şimdi 39. madde, SSK 39. madde; hastalık sigortası kapsamında getirilen, hastalık sigortasından yapılan yardımların rücuunu düzenleyen maddeydi. Yeni yasada hastalık sigortası yok. Ne var? Kısa vadeli sigorta diye bir ifade var ki, hiçbir hukuki temeli de yoktur onun, pedagojik olarak kullandığımız bir ifadeydi yasaya girdi. Kısa vadeli sigorta kolu var. Kısa vadeli sigorta kolunun primi de aynı, yardımı da aynı, şartları farklı.

Nedir fark? İş kazası meslek prim şartı yok, hastalıkta var. Kısa bir prim şartı var. Şimdi burada bakın, enteresan bir şey var. İş kazası meslek hastalığı, hastalık diye birleştirildi rücu. Eskiden salt hastalığın rücu vardı, salt iş kazası meslek hastalığının rücu vardı, tek bir rücu var artık. Problemli, dikkat edin. İlk peşin sermaye değerinin yarısı artık rücu ediliyor. Şimdi bu çok doğal olarak, hesap yönteminde sorun yaratacak. Eskiden Sosyal Sigortalar Kurumundan gelen, yeni adıyla Sosyal Güvenlik Kurumundan yapılan yardımlar, kişinin zararını düşmede faydalı oluyordu, düşüyorduk onları kalemden, dün hanımefendi anlattı zaten. Dolayısıyla bu yapıdan hareket ettiğiniz zaman, artık ezberimizi bozan bir başka yapıyla karşı karşıyayız. Sosyal Güvenlik Kurumlarından peşin değeri yarısı problem olarak karşımıza çıkacak. Yani bu demektir di, bakiye zarar artacak demektir. Çünkü düşülen yardım yükseliyor.

Biz bunu çok anlatmaya çalıştık yasa hazırlanırken. Yani bu ilk etapta bakıldığında, sanki herkes bunu öyle anlıyor, üçüncü kişinin lehine gibi geliyor. Yani herkes zannediyor ki, ben birine zarar verdiğim zaman bana yarısı rücu edilecek. Herkes SGK'nın onun peşine düşeceğini düşünüyor, ama onun dışında sigorta kuruluşu da peşine düşecek. O nedenle bu çok

doğal olarak sigortalının zarar görmesi halinde açacağı tazminat davası rakamını yükselten bir durumdur. Çok ciddi problem yaratacaktır. Çok defa bunu anlattık, ama maalesef yasa böyle çıktı. Hiçbir hukuki temeli yoktur, tamamen bir tercihtir yarısı olmasının, ama bunun maddi tazminat hesaplamalarında çok önemli sorun yaratacağını düşünüyorum.

Son bir şey daha söyleyelim. Bu 6111 sayılı, aktarmaya çalıştığım kararlarla ilgili, şunlarla ilgili şöyle küçük bir sorun vardı. Bu kararlarda hep şundan bahsedilir. Davanın konusuz kalması esas olarak bozduğunda Yargıtay kararı der ki; yerel mahkemeler şunu söylüyorlar. SGK'nın buradaki sorumluluğu için, yani sağlık hizmetinden sorumluluğu için, güvence hesabındaki paranın aktarılmış olması gerekir diyorlar. Dolayısıyla önüne gelen davada yerel mahkeme, eğer güvence hesabındaki rakam aktarılmamışsa, davayı konusuz kalıyor diye bırakıp gönderiyor. Bu geçen hafta genel kurula geldi, henüz kararı yazılmadı. Ben birinci elden bunu size aktarmak isterim. Genel kurul isabetli bir kararla dedi ki; bu yasanın, 6111 değişikliğinin çıkması yeterlidir, bu artık yasal anlamda güvence hesabındaki rakamın aktarılmasının temelini oluşturur. Dolayısıyla aktarım tamamlanamamış olsa bile, SGK'nın sorunu olacaktır diyerek genel bir karar veriyordu. Oysa şimdi size gösterdiğim bu karardaki o iddia ortadan kalktı, genel kurul olayı kolaylaştırmış oldu.

Çok teşekkür ederim, sağ olun.

Prof. Dr. MURAT ŞEN (Oturum Başkanı)- İlgiyle izlediğinizi görüyorum. Benim bir çekincem oldu, sizlerle paylaşmak istiyorum. 98. madde kapsamında Sosyal Güvenlik Kurumunun sorumluluğunun başlayabilmesi, sigorta şirketlerinin sorumluluğunun sona ermesi için, 98/2'de söz konusu primlerin aktarımı ile sigorta şirketlerinin ve güvence hesabının bu teminat kapsamındaki yükümlülükleri sona erer diyor. Buna dayanarak sigorta şirketlerinin sorumluluğunun sona ereceğini Yargıtay 17. Hukuk Dairesi olarak karara bağladıklarını ifade ettiler.

Geçici 1. maddeye göre, söz konusu sağlık bedelleri için bu kanunun 59. maddesine göre belirlenen tutarın yüzde 20'sinden fazla olmamak üzere belirlenecek tutarın, yani primlerin üç yıl süreyle ayrıca aktarılmasıyla anılan

dönem için ilgili sigorta şirketleri ve güvence hesabının yükümlülükleri sona erer. Sanki geçici 1. maddede, sigorta şirketlerinin sorumluluğunun, güvence hesabının sorumluluğunun sona ermesi için üç yıllık bir süre var izlenimi doğuran bu hükmünün, 98. maddenin az önce sizlere aktardığım 2. fıkrasındaki, aktarım ile yükümlülükler sona erer hükmüyle beraber değerlendirip, söz konusu sigorta şirketlerinin yükümlülüğünün üç yıllık süreye tabi olmadan sona ereceğini Yargıtay olarak karara bağladıklarını ifade ettiler.

Bu sigorta şirketlerini koruyucu bir düzenleme olarak kabul edilebilir. Ben ilk bakışta bu tür bir yaklaşımın sorun oluşturabileceğini, ileride başka yönde içtihatlar oluşabileceğini düşünüyorum. Bu içtihat tartışmalara neden olabilecek bir durum oluşturuyor.

Tekrar özetlemek gerekirse; sigorta şirketlerinin söz konusu sağlık giderleri açısından sorumluluğu ne zaman sona erecek? Yargıtay 17. Hukuk Dairesi diyor ki, aktarıma başladığı anda, üç yılı beklemeye gerek yok. Oysa ki, geçici 1. maddede sanki ifade üç yılı beklemek gerekirmiş gibi. Üç yıl süreyle aktarılmasıyla ancak yükümlülükleri sona erer diyor. Orada farklı yorumlanabilecek bir hüküm var. Ama söz konusu kanunun 98. maddesinin gerek 1. fıkrasındaki, gerek geçici maddenin ilk cümlesinde Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır ifadesi de var. Bunda hiç sıkıntımız yok. Trafik kazası nedeniyle zarara uğramış olan bir kimse, Sosyal Güvenlik Kurumundan gerekli sağlık yardımını alacak, bunda hiç tereddüt yok.

Ama sigorta şirketlerinin sorumluluğuna gidilebilecek mi? İşte Yargıtay 17. Hukuk Dairesi diyor ki hayır gidemeyecek. Prim aktarmaya başlamışsa, sigorta şirketlerinin sorumluluğu sona erecek diyor. Zannediyorum sigorta şirketlerinin lehine olduğu için, Sosyal Güvenlik Kurumundan bu tür desteği alamayan, Sosyal Güvenlik Kurumu da bunu sorun edinebilir, yargıya taşıyabilir. Diğerlerinin de sorumluluğu var diyebilir. Bu tür uyuşmazlıklar çıkabilir, bunun da bir tartışma konusu olduğunu sizlerle paylaşmak istedim.

Bunun yanı sıra tebliğ çok doyurucu, Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin kararlarını bu konuda ortaya koyan bir tebliğdi. Özellikle 98. maddede vurgulanan yardımların, trafik kazasına bağlı olup olmadığının özellikle

tespit edilmesi gerektiğinin bilirkişi marifetiyle tespit edilmesi gerektiğine yönelik kararlar verdiğini öğrenmemiz mutluluk doğurdu. Gerçekten bir kişi trafik kazasına maruz kalabilir, ama aynı zamanda kanser hastasıdır. Trafik kazası nedeniyle ayağını kırmışsa, bir de hastanede kanser tedavisi görüyorsa, acaba Sosyal Güvenlik Kurumu hepsini mi karşılayacak? Hayır, trafik kazası nedeniyle ortaya çıkıp çıkmadığının özellikle bilirkişi marifetiyle tespit edilmesi gerektiğini özellikle vurguluyor, bunun tespitini arıyor. Sağlık hizmet bedeli kapsamında, özellikle tedavi giderlerinin düşünülmesi gerektiğini ifade ediyor.

Son derece istifade ettiğimiz, istifade edilen bir tebliğdi. Ben Leyla Hanıma tekrar teşekkür ediyorum.

Şimdi zaman darlığı var, yoğun ilginiz var, ama diğer oturum vakti de yaklaşıyor. Ben zamana biraz daha hassasiyetle uyulmasını bekleyerek, sözü değerli meslektaşım Av. Şafak Güleç Beyefendiye bırakıyorum. Av. Şafak Bey, 6111 sayılı Torba Yasa çerçevesinde Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortasının bedensel zararlar açısından getirdiği yeniliklere yönelik değerlendirmede bulunacak. Buyurun Şafak Bey.

6111 SAYILI YASA İLE DEĞİŞİK 5510 SAYILI YASA ÇERÇEVESİNDE TEDAVİ GİDERLERİNİN KAPSAMI VE TAHSİLİNE DAİR UYUŞMAZLIKLARDA YARGILAMA USULÜ

Av. Şafak GÜLEÇ*

* Ankara Barosu.

Sunumumuzun konusu, diğer çok değerli katılımcıların sunumlarında değerlendirilen ve sunulan tedavi gideri kavramının kapsamı, 6111 sayılı yasa kapsamında trafik kazasının tedavi giderleri yapmaya neden olması halinde bu giderlerin hangilerinden kimlerin sorumlu olacağı ve bu sorumluluğun yerine getirilmemesi halinde başvurulacak yasal yollar ve ispat sistemidir.

Oturum konumuzun temelini teşkil eden yasa değişikliği 6111 sayılı yasada düzenlenen 59. Maddesinde Karayolları Trafik Kanunu'nun 98.maddesinin tamamını değiştiren yasa değişikliğidir. Bu değişiklik ile trafik kazaları sebebiyle sağlık hizmet bedellerinin ödenmesi konusu yasal düzenlemeye tabi tutulmuştur. Bu kapsamda sağlık hizmet bedellerinin, terim olarak tedavi giderleri terimi yerine kullanıldığı görülmektedir. Madde yeni hali ile: "Trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmî ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır."

Anılan hükme bağlı olarak 27 Ağustos 2011 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan Trafik Kazaları Nedeniyle İlgililere Sunulan Sağlık Hizmet Bedellerinin Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik yürürlüğe girmiştir. Yönetmelik, 2918 sayılı yasanın 98. Maddesine ve 6111 sayılı yasanın Geçici 1. Maddesine dayalı olarak hazırlandığını 2. Maddesinde belirtmektedir.

Amaç ve kapsamını ise ilk maddesinde şöyle belirtmiştir :

"*MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı trafik kazaları nedeniyle ilgililere sunulan sağlık hizmet bedellerinin tahsiline ilişkin usul ve esasların belirlenmesidir.*

(2) Ülkemizde meydana gelen trafik kazaları bu yönetmeliğin kapsamındadır.

(3) Bu Yönetmelik Zorunlu Trafik Sigortası, Zorunlu Taşımacılık Sigortasını ve Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortasını kapsar."

Bu düzenlemede, uygulama yönetmeliğine göre 1. madde 3. fıkrasında kapsama dahil sigortaların zorunlu trafik sigortası ve zorunlu taşımacılık sigortası ile zorunlu koltuk ferdi kaza sigortası olduğuna değinmiştir. O halde, İhtiyari mali mesuliyet sigortaları bu kapsamda değildir.

Ayrıca bu düzenlemede yapılacak ödemelerin Sağlık Uygulama Tebliği'nce düzenlenen ve her yıl için ayrı olarak belirlenen esaslar çerçevesinde olacağı kabul edilmiştir. Bu tebliğde belirtilen ödemelerden fazla yapılan ödemeler SGK'nın sorumluluğunda sayılmamaktadır. Elbette bu düzenlemede

SGK'nın yaptığı ve sigorta şirketlerinden primlerini tahsil ettiği ödemeler dışında ve üzerinde yapılan giderlerden araç sahiplerinin ve sürücülerin sorumlulukları ya da taşıma sözleşmesine göre taşıyıcının sorumluluğu devam etmektedir[1].

Yönetmeliğin 4. Maddesinde ise:

"*(1) Trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları tedavinin gerektirdiği tüm sağlık hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın Kurum tarafından Sağlık Uygulama Tebliğinde (SUT) yer alan hükümler doğrultusunda karşılanır.*

(2) Bu Yönetmelik kapsamındaki zorunlu sigortalara ilişkin mevzuat hükümleri dahilinde ilgili sigorta şirketlerine ve Güvence Hesabına düşen ödemeler bakımından Kurum, sigorta şirketleri ve Güvence Hesabı arasındaki paylaşım bu Yönetmelik hükümleri dahilinde gerçekleştirilir."

Kurumun bu ödemeleri finanse etmesi sigorta şirketlerince tahsil edilmiş primler yolu ile olmaktadır. Bu kapsamda aynı yönetmeliğin 5. Maddesine göre :

"*(1) Kurum tarafından karşılanan sağlık hizmet bedelleri için bu Yönetmelik ile belirlenen usul ve esaslara göre ilgili sigorta şirketleri ve Güvence Hesabı tarafından Kuruma aktarım yapılır.*

(2) Zorunlu Trafik Sigortası poliçesi düzenleme yetkisi bulunan sigorta şirketleri, kısa süreliler dahil, yazdıkları sigorta priminin bu Yönetmelik ekinde yer alan hesaplama yöntemine göre belirlenen kısmını, primin tahakkuk ettiği ilgili ayı izleyen 3 üncü ay sonuna kadar defaten veya 3 eşit taksitte Kuruma aktarırlar. Bu şirketler Kanunun yayımı tarihinden önce meydana gelen trafik kazaları bakımından bu Yönetmelik ekinde Zorunlu Trafik Sigortası için yer alan hesaplama yöntemine göre belirlenen tutarı Müsteşarlıkça belirlenen vadelerde Kanunun yayımı tarihinden itibaren 3 yıl boyunca ayrıca Kuruma aktarırlar.

(3) Zorunlu Taşımacılık Sigortası ile Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası poliçesi düzenleme yetkisi bulunan sigorta şirketleri yazdıkları sigorta priminin bu Yönetmelik ekinde yer alan hesaplama yöntemine göre belirlenen kısmını, primin tahakkuk ettiği ilgili ayı izleyen 3 üncü ay sonuna kadar defaten veya 3 eşit taksitte Kuruma aktarırlar. Bu şirketler Kanunun yayımı tarihinden önce

[1] UÇAKHAN GÜLEÇ, Sema, Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, Ankara 2012, s. 355

meydana gelen trafik kazaları bakımından bu Yönetmelik ekinde Zorunlu Trafik Sigortası için yer alan hesaplama yöntemine göre belirlenen tutarı Müsteşarlıkça belirlenen vadelerde ayrıca Kuruma aktarırlar.

(4) ***Güvence Hesabı, Güvence Hesabına ilişkin mevzuatta belirlenen usul ve esaslar dahilinde, Zorunlu Trafik Sigortası, Zorunlu Taşımacılık Sigortası ve Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası için ilgili sigorta şirketlerinden tahsil ettiği tüm katılım paylarının yüzde onbeşini tahsilatı izleyen ayın 10 uncu gününe kadar Kuruma aktarır.*** *Güvence Hesabı Kanunun yayımı tarihinden önce meydana gelen trafik kazaları bakımından bu fıkranın ilk cümlesi çerçevesinde ilgili sigorta şirketlerinden tahsil edip Kuruma aktaracağı katılım paylarının yüzde yirmisini bu fıkranın ilk cümlesiyle belirlenen vadede ayrıca Kuruma aktarır.*

(5) Bu Yönetmelik kapsamındaki sigorta poliçelerinin ilgili mevzuat çerçevesinde feshedilmesi halinde bu poliçelere ilişkin olarak iade talepleri izleyen dönem aktarımından mahsup edilir.

(6) Müsteşarlık bu Yönetmelik ekinde belirlenen aktarım konusu tutarı, Kanun ile belirlenen sınırlar dahilinde, %50 sine kadar artırabilir veya azaltabilir. Söz konusu belirleme ilgili sigorta şirketleri için sigortacılık ilkelerine göre ayrı ayrı yapılabilir.

(7) Bu Yönetmelik uyarınca tespit edilen Kurum alacağının süresinde ödenmemesi halinde 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortasının 89 uncu maddesinin ikinci fıkrası uygulanır."

İlk yapabileceğimiz tespit, sigorta şirketlerinin tahsil ettiklerin tedavi gideri kalemindeki primlerin % 15'ini SGK'ya devrettikleri halde kalan % 85'i devretmeyecekleri konusudur. Buna göre, hem geçici 1. Madde, hem 2918 sayılı yasa 98. Maddesine göre birazdan açıklayacağımız gibi sigorta şirketlerinin tedavi giderlerinden sorumluluğunun devam edeceği durum ve koşullar vardır, bu koşullar da sigorta şirketleri yönünden yasaya rağmen gerçekleşen koşullar olmayıp, işte bu % 85'lik prim devretmemeden kaynaklanan yasa gereğince söz konusu olan sorumluluktur. Bu sorumluluk aslında tedavi giderlerinin hastane boyutunu çokça aşan ve hatta çoğu zaman kalıcı sakatlıklarda hükmedilmesi gereken tazminat tutarının bazen iki katını bile aşan bakıcı gideri kaleminde açıkça görülebilmektedir. Kanımızca yasa koyucunun tüm tedavi gideri kalemindeki primleri SGK'ya aktarmamasındaki asıl amaç da bu olmalıdır.

Bu yasa değişikliği ile paralel olarak gene 6111 sayılı yasanın 36. Maddesi ile 5510 sayılı yasanın 67. Maddesinde düzenlenen sağlık hizmetlerinden yararlanma şartları içerisine trafik kazası halleri ibaresini ekleyerek yeni şekli ile , "*18 yaşını doldurmamış olan kişiler, tıbben başkasının bakımına muhtaç olan kişiler, trafik kazası halleri, acil haller, iş kazası ile meslek hastalığı halleri, bildirimi zorunlu bulaşıcı hastalıklar, 63 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentleri gereğince sağlanan sağlık hizmetleri, 75 inci maddede sayılan afet ve savaş ile grev ve lokavt hali hariç olmak* " ifadeleri ile sağlık hizmetlerinden yararlanmayı 5510'un sigortalılık koşullarının tamamen dışında bir hizmet olarak değerlendirmiştir. Kişi sigortalı olmasa da trafik kazası mağduru ise SGK'nın sağlık hizmetlerinden yararlanacaktır.

Bu halde, Sosyal Güvenlik Kurumu sunulan Sağlık Hizmet Bedellerini karşılayacaktır.

Kurum hangi sağlık bedellerini hangi norma dayalı olarak karşılayacaktır? Bu soruya 5510 sayılı yasa 63. Maddesi yanıt vermektedir :

Kurumca finansmanı sağlanacak sağlık hizmetleri

"*....Genel sağlık sigortalısının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlıklı kalmalarını; hastalanmaları halinde sağlıklarını kazanmalarını; iş kazası ile meslek hastalığı, hastalık ve analık sonucu tıbben gerekli görülen sağlık hizmetlerinin karşılanmasını, iş göremezlik hallerinin ortadan kaldırılmasını veya azaltılmasını temin etmek amacıyla Kurumca finansmanı sağlanacak sağlık hizmetleri şunlardır.....*" "*.....Kurum, finansmanı sağlanacak sağlık hizmetlerinin teşhis ve tedavi yöntemleri ile sağlanacak* ***sağlık hizmetlerinin türleri , miktarlarını ve kullanım sürelerini, ödeme usül ve esaslarını Sağlık Bakanlığı'nın görüşünü alarak belirlemeye yetkilidir.....***"

Bu bedel neyi ifade etmektedir? Tedavi giderleri olarak da belirtilen bu giderler, Türk Borçlar Kanunu kapsamında ayrıntılı olarak belirtilmişse de açık bir tanımlama yer almamıştır.

Yasa metni incelendiğinde karşımıza 54. Madde içeriği, 55. Madde içeriğin somutlaştırılmasını düzenler olarak çıkmaktadır.

"*MADDE 54- 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.

MADDE 55- 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."

Yasal kapsamda incelendiğinde, tedavi giderlerinin Borçlar Kanunu sisteminde bedensel zararlar içinde incelendiği, ölüm halinde bile, olay tarihi ile ölüm tarihi arasında tedavi gideri yapılmışsa bu giderin de aynı dönem için bedensel bir zarar olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu halde, tedavi giderleri maddi zarar kalemi içinde yer alan bir zarar türüdür.

Yasal içerikten yola çıkarak öğretide tedavi giderlerinin tanımlanması çeşitli şekillerde olmuştur :

Bir tanıma göre, tedavi gideri, zarar görenin sağlığına kavuşması için yaptığı tüm giderleri ifade etmektedir. Bu doğrultuda, sağlık kurumlarına ulaşım giderleri, sağlık kurumlarına yapılan ödemeler, ilaç giderleri, protez giderleri, yürüme araçları giderleri gibi giderler bu kapsamda yer almaktadır[2].

Bir başka tanımda, tedavi giderleri kalemine, zarar gören kişinin sağlık durumunun düzelmesi ve iyileşmesi için gerekli muayene, tahlil, teşhis, tedavi, ambulans ya da diğer taşıma giderleri, ameliyat, hastane, ilaç, tekerlekli sandalye, bakım, fizik tedavi, kaplıca, korse ve benzeri giderlerin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini, hatta, tedavi süresince hastabakıcı ya da hemşire ile anlaşarak bakımının sağlanması halinde buna dair giderlerin tedavi gideri kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca, protez giderleri, takma organ giderleri de bu kalemde değerlendirilmekte olduğunu belirterek sayma suretiyle bir kapsam belirlenmesine çalışılmıştır[3].

Bu tanımlardan yola çıktığımızda belirleyici olanın, mağdurun eski sağlığına kavuşması için yapılan ya da yapılması gerekli olan tüm harcamalar

[2] Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 404
[3] Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, Ankara 1989, s. 327

yani maddi olarak mağdurun pasifine eklenen tüm giderler amaç elde edilsin veya edilmesin tedavi giderleri olarak değerlendirilecektir. Burada önemli olan sonuç elde etmek değil, iyileşmeyi temin amacına yönelmektir. O halde bu amaç gerçekleşmese bile gider olarak kabul edilmelidir.

Yeni Türk Borçlar Kanunu kapsamında tedavi giderlerini sınırlı sayı ilkesine göre düzenlendiğinden "*bütün masraflar*" gibi geniş tanım daha somutlaştırılmıştır. Bu giderleri düzenlerken tedavi giderlerinin neler olduğunun incelenmesi gereklidir. Mağdurun, kendisini ölümden kurtarmak, acı ve ıstıraplarını dindirmek, olaydan daha büyük zararlara uğramamak için önlem almak amacıyla yapılan giderler tedavi giderleridir. Mağdurun geçici veya sürekli iş görmezliğe uğraması nedeniyle yapmak zorunda kaldığı masraflar. Örneğin, kendi işini kendisi gören serbest meslek erbabının, olaydan sonra bir yardımcı kullanmak zorunluluğunda kaldığı zaman yaptığı masraflar da bu kapsamda tedavi gideri olarak değerlendirilmiştir. Bunlar şöyle sıralanabilir :

1- Hastane, sağlık yurdu , ilk yardım, kaplıca gibi müesseselere yapılan ödemeler

2- Doktor, hemşire, hasta bakıcı, iğneci gibi tedavi ile uğraşan ve yardımcılarına yapılan masraflar

3- Muayene, tahlil, ameliyat vb. hizmetlerin ücretleri ve masrafları

4- Muayene- tahlil için sağlık merkezlerine gidiş-geliş ücretleri (taksi-ambulans vb.)

5- Fizik tedavi ve rehabilitasyon giderleri

6- Röntgen, radyoloji, ortopedi tedavisi, protez bedelleri, bunların tekrarlanması ve yenilenmesi için yapılan masraflar

7- Her türlü ilaç ve munzam gıda bedelleri

8- Yer değiştirme ve mağdurun yakınlarının gidiş geliş ve ikamet giderleri

Masrafların tazmin edilebilmesi için gerçekten zaruri veya lüzumlu olması şart değildir. Sırf sorumluyu zarara sokmak amacıyla yapılan veya makul olmayan masraflar istenemez.

Hukuka aykırı bir fiil sonucunda beden tamlığı ihlal edilmiş olan kişi, tedavi giderlerini yapmak zorundadır. Bu giderler trafik kazaları dışında bir nedenle meydana gelmiş ise mağdurun kendisi tarafından veya yakınları tarafından yapılarak mağduru sağlığına kavuşturmaya çalışılmaktadır. Trafik

kazalarında ise 2918 sayılı yasanın 98. Maddesi çerçevesinde mağdurun kaldırıldığı hastane tarafından yapılacak ilk müdahalelerde mağdurdan ya da yakınlarından bedel talep edilmeksizin tüm tedavilerin yapılarak, tedavi bedellerinin zorunlu trafik sigortalarından tedaviyi yapan kurumca talep edilebileceği düzenlenmişti. Bu çerçevede 25.02.2012 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan 6111 sayılı yasanın 59. Maddesi ile 2918 sayılı yasanın 98. Maddesine yeni bir düzenleme getirilerek "*Trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmî ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır.*" Şeklinde yasal düzenleme yapılmıştır.

Bu bağlamda, yasadaki değişiklik ile yasa öncesindeki düzenlemeler arasında önemli bir fark bulunmamaktadır. Şöyle ki, yasa değişikliği öncesinde tedavi kurumları yapmış oldukları hastane, tedavi giderlerinin yani sağlık hizmet bedellerini zorunlu mali mesuliyet sigortası şirketlerinden doğrudan doğruya talep ederek bu bedelleri mağdurdan tahsil etmemekte idiler. Yasa değişikliği sonrasında ise işbu sağlık hizmet bedelleri Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan tahsil edilmekte ve Sosyal Güvenlik Kurumu'na sigorta şirketleri her bir poliçeden tedavi giderleri için almış oldukları primlerin riskin gerçekleşip gerçekleşmemesine bakmaksızın % 15'lik kısmını devrederek sorumluluktan kurtulmaktadırlar. Bu durum rizikonun gerçekleştirme oranlarıyla bağlantılı olmayıp, sigorta şirketleri hasarsızlık halinde dahi bu bedelin ödenmesini sağlayarak sorumluluktan kurtulmaktadırlar.

Sosyal Güvenlik Kurumu, ancak rizikonun gerçekleşmesi halinde sağlık hizmet bedellerini üstlenmektedirler; fakat riziko gerçekleşmediği zaman da bu bedeller şirkete iade edilmeyip Sosyal Güvenlik Kurumu uhdesinde kalmaktadır.

Tedavi giderlerinin sağlık hizmet bedellerinden daha farklı ve kapsamlı olduğu özellikle sağlık uygulama tebliğlerinin incelenmesinde görülmektedir. Her yıl için değişen miktarlar ve bedeller Sosyal Güvenlik Kurumları tarafından yükümlenilen sağlık hizmet bedelleri tebliği ile yayınlanmakta ve Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından bu bedellerin ancak tebliğde belirtilen miktarları ödenmektedir. Sağlık Uygulama Tebliği'nde yer almayan hususlar ise Sosyal Güvenlik Kurumları tarafından kabul edilmemektedir.

Anayasa'da öngörülmüş yürütme organının düzenleyici işlemleri,kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik olmak üzere üç olarak

kabul edilmektedir. Ancak, uygulamada yürütme organının bunların dışında,"*kararname*", "*karar*", "*tebliğ* ", "*sirküler*", "*genelge*", "*ilke kararı* " "*esaslar*","*yönerge*", "*talimat*", "*statü*", "*genel emir*", "*tenbihname*", "*genel tenbih*", "*ilân*", "*duyuru*", "*plân*", "*tarife*" gibi değişik isimler taşıyan işlemler ile de genel, soyut ve objektif hukuk kuralları koyduğu görülmektedir. Bu nedenle, bu işlemler de yürütme organının düzenleyici işlemleri arasında yer almakta ve bu tür düzenleyici işlemler idare hukukunda "*adsız düzenleyici işlemler*" olarak nitelendirilmektedir [4]. Bununla beraber adsız düzenleyici işlemlerden olan genelgeler, Anayasa'nın 144' üncü maddesi ile idarenin düzenleyici işlemleri arasında sayılmakta ancak söz konusu düzenlemede genelgelerin çıkarılma esas ve usullerine dair herhangi bir açıklama yapılmamaktadır. İdarenin düzenleyici işlemleri arasında sayılan tebliğ, genelge, yönerge ve benzeri isimler altındaki düzenlemeleri, yönetmelik hükmündeki düzenlemeler olarak da kabul edilmektedir.

Bu halde, Sağlık Uygulama Tebliği de, nitelik olarak idarenin düzenleyici işlemleri arasında yer almaktadır. Yürütme organı kökenli bir işlem olması nedeniyle de mevzuat içinde fakat içeriği ve ayrıntıları konunun uzmanları dışında beklenemeyen bir konumdadır. Sosyal Güvenlik Kurumu bu tebliğ ile bağlı olarak sağlık hizmet bedellerini karşılamak zorundadır, ancak bu tebliğde yer alan bedeller dışındaki tedavi giderlerini karşılamak zorunda değildir, zira 5510 sayılı yasa gereği düzenlenen bu tebliğ kurumu ödeme yönünden bağlayıcıdır, ödeme kalemleri yönünden ayrıntılı belirleme yapan ve bu yönden kurumu ödemeye zorlayan bir yasal düzenleme de söz konusu değildir.

Tedavi giderlerinin, sağlık hizmet bedellerinden daha farklı olan kısımlarında sigorta şirketlerinin limit dahilinde sorumlulukları da aynen devam etmektedir. Bu giderler ödenirken ihtiyaç olan sair kısımlar için genel hukuk yolları çerçevesinde dava açılması veya sigorta şirketlerine müracaat halinde limit kapsamında kalmak kaydıyla ödenmeleri gerekmektedir.

6111 sayılı kanunun Geçici 1. maddesinde ise;

"*Bu kanunun yayımlandığı tarihten önce meydana gelen trafik kazaları nedeniyle sunulan sağlık hizmet bedelleri Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır. Söz konusu sağlık hizmet bedelleri için bu kanunu 59. maddesine*

[4] Kulukçu,Erdal,Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri, Sayıştay Dergisi, Sayı : 71, s.6-7; Gözler, Kemal, "*Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*", http://www.anayasa.gen.tr/yuodi.htm (26.12.2008)

göre belirlenen tutarın % 20'sinden fazla olmamak üzere belirlenecek tutarın 3 yıl süre ile ayrıca aktarılmasıyla anılan dönem için ilgili sigorta şirketleri ve Güvence Hesabı'nın yükümlülükleri sona erer…" düzenlemesi getirilmiştir.

Sağlık Uygulama Tebliği, en son 24 Mart 2013 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Bu tebliğde, amaç olarak sağlık yardımları Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanan ve 5510 sayılı yasa ve diğer özel kanunlar kapsamında genel sağlık sigortasından yararlanan kişilerin Sosyal Güvenlik Kurumu'nca finansmanı sağlanan sağlık hizmetleri, yol, gündelik, refakatçi giderlerinden yararlanma esas ve usulleri ile bu hizmetlere ilişkin bedellerin bildirilmesi olarak ifade edilmiştir. Dayanak olarak da 5510 sayılı yasa yer almakla birlikte, anılan yasanın 63. Maddesinin işareti ile tesis edilmiştir.

Tebliğin kapsamına, 5510 sayılı yasa ve diğer özel kanunlar kapsamında genel sağlık sigortasından yararlanan kişiler girmektedir. 6111 sayılı yasanın 59. Maddesi ise 2918 sayılı yasanın 98. Maddesini değiştirirken trafik kazaları sırasında bedensel zarara uğrayan kişilerin Sosyal Güvenlik Kurumu kapsamında genel sağlık sigortasından yararlanan kişiler olup olmadığına bakmaksızın tüm sağlık hizmet bedellerinin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanacağına hükmetmiştir. O halde, verilecek olan sağlık hizmet bedelleri ister özel, ister resmi hastanelerce Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan tahsil edilecektir.

Sağlık Uygulama Tebliği'nin içerdiği sağlık hizmetleri tablolar halinde düzenlenmiş olup, bu hizmetlerin bedelleri her yıl yayınlanmaktadır. Zaman zaman, hizmet çeşitleri de değişiklik arz etmektedir. SUT çerçevesinde kalan hizmet bedelleri belirlenmiş tarife bedelleri üzerinden hastanelere ödenmektedir. Ancak, ödenen bu bedellerin dışında ek masraflar ve liste dışında kalan hizmetlerin haksız fiil sorumlusu tarafından karşılanması ve bu kapsamdaki zararların teminatı olan mali mesuliyet sigortalarınca karşılanması gerekmektedir.

Tedavi giderleri konusunda mağdurun sınırlandırılması sadece belirgin bir tedaviye veya kullanılacak malzemelerin cinsine bağlı kılınması Yargıtay ve doktrin açısından doğru değildir. O halde SUT tarafından belirlenmiş bedellerin dışındaki harcamalardan zarar verenlerin sorumlu olmaya devam edecekleri aşikardır. Örneğin, SUT kapsamında protez ve ortez bedelleri ödenirken söz gelişi akülü sandalye bedeli ödenmemektedir. Refakatçi gideri ödenirken hastanede yataklı tedavi sırasında refakat gideri ödenip,

ömür boyu bakıcı gideri ödenmemektedir. Oysa, haksız fiil sorumlusu bu giderlerden de sorumludur.

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin 14.11.2012 tarihli 2011/9399 E. Sayılı 2012/12504 K. sayılı kararında da görüleceği üzere 6111 sayılı yasanın, yayınlandığı tarihte yürürlüğe giren Geçici 1. Maddesinde ise 6111 sayılı yasanın yayınlandığı tarihten önce meydana gelen trafik kazaları nedeniyle sunulan sağlık hizmet bedelleri Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanacaktır. Söz konusu sağlık hizmet bedelleri için 6111 sayılı yasanın 59. Maddesine göre belirlenen tutarın % 20'sinden fazla olmamak üzere belirlenecek tutarın üç yıl süreyle ayrıca aktarılmasıyla anılan dönem için ilgili sigorta şirketleri ve Güvence Hesabı'nın yükümlülükleri sona erecektir. 2918 sayılı yasanın yukarıdaki şekilde değiştirilen 98. Maddesinin açık lafzından da anlaşıldığı üzere, bu değişiklik ile trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanacak, maddenin devamında ve geçici 1. Maddede düzenlenen aktarımın gerçekleşmesi şartıyla da hastanelerce sunulan sağlık hizmet bedelleri yönünden sigorta şirketlerinin ve Güvence Hesabı'nın yükümlülükleri sona erecektir. *Trafik kazası mağdurlarının bu kapsam dışında kalan bakıcı yada tedaviye bağlı diğer harcamaları sigorta şirketlerinin ve Güvence Hesabı'nın tedavi teminatları kapsamında yine sigorta şirketleri ve Güvence Hesabı tarafından karşılanmaya devam edecektir*. Yüksek daire, anılan kararında hakime bu konuda bir araştırma görevi de yüklemektedir. Buna göre ***dava konusu edilen tedavi giderleri yönünden sigorta şirketi tarafından SGK'ya yasada belirtilen aktarımın yapılıp yapılmadığının araştırılmasını ve yapılan tedavi masraflarının yargılama sırasında yürürlüğe giren 6111 sayılı yasa 59. Maddesi ile değişik 2918 sayılı yasanın 98. Maddesi hükümleri çerçevesinde değerlendirilerek ortaya çıkacak sonuca göre karar verilmesi gereğine işaret etmiştir.*** Buna göre sadece sigorta şirketinin sorumlu tutulmasını bozma gerekçesi yapmıştır. Yargıtay'ın yüklediği bu ödev, HMK sistemi açısından hakimin hukuku doğrudan ve resen uygulaması ilkesine de uygundur.

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 11.5.2012 tarihli 2011/7758 E. 2012/6081 K. sayılı bir kararında ise Trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanacak, "*aktarım*" gerçekleşmesi koşuluyla da, hastanelerce sunulan sağlık hizmet

bedelleri yönünden sigorta şirketlerinin ve Güvence Hesabının yükümlülükleri sona ereceğini, kazazedelerin, bunun dışında kalan bakıcı veya tedaviye bağlı sair harcamaları, sigorta şirketlerinin ve Güvence Hesabının tedavi teminatları kapsamında, yine sigorta şirketleri ve Güvence Hesabı tarafından karşılanmaya devam edeceğini, karara konu edilen davada hükmedilen tedavi gideri, davacının kurum tarafından karşılanmayan ve fatura edilemeyen giderlerine ilişkin olup, yukarıda yapılan açıklamalar ışığında davalı sigorta şirketinin sorumluluğunda olduğuna hükmetmiştir. Aynı mahiyette, aynı yüksek dairece **8.5.2012 tarihli 2011/10137 E. 2012/5913 K. sayılı bir bozma kararında** da aynı gerekçelerle içtihat edilmiştir.

Sağlık hizmet bedellerinin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından ya da SUT dışında kalan sağlık hizmet bedellerinin özel sigortalarca karşılanmaması halinde doğacak uyuşmazlıklarda yargı yollarına başvurulabilecektir. Bu kapsamda yargılama hukuku açısından da konunun değerlendirilmesi yararlı olacaktır.

Görevli Mahkeme:

SUT kapsamındaki sağlık hizmet bedellerinin ödenmemesi halinde 5510 sayılı yasa 101. Maddesi gereğince iş mahkemelerinde bu bedellerin kurumdan tahsili için dava açılması gerekecektir. Yasa hükmünün açıklığı karşısında iş mahkemeleri görevli mahkeme olacaktır, iş mahkemelerinin bulunmadığı yargı çevrelerinde ise asliye hukuk mahkemeleri iş mahkemeleri sıfatıyla yargılama yapacaktır.

Tedavi giderleri ile ilgili SUT kapsamı dışında kalan sağlık hizmet bedellerinin ve diğer tedavi giderleri ile, bakıcı giderlerinin ödenmesinin talep edildiği davalar sigorta şirketlerine yöneltildiği takdirde ise davanın temelde sigorta sözleşmesinden ve sigorta hukukundan kaynaklanması nedeniyle TTK 4. Madde gereğince Asliye Ticaret Mahkemelerinin görev alanına girecektir.

Tüm tedavi giderlerinin talep edilmesi ancak bu giderlerin bir kısmının SUT kapsamında olması, bir kısmının SUT kapsamı dışında olması halinde görev konusu tartışmalı olacaktır. 5510 sayılı yasa 101. Maddesi gereğince Sosyal Güvenlik Kurumu aleyhine açılacak davalarda görevli mahkeme iş mahkemeleri iken, gene bir görev hükmü gereği sigorta şirketlerine karşı açılacak SUT kapsamı dışı tedavi giderlerinin tahsili istemli davalarda görevli mahkeme asliye ticaret mahkemeleri olacaktır. Bu halde her iki mahkemenin yargılama usulü de farlı olacağından ve görev ilişkisinin kamu düzeni gereği

olması da gözetilerek davaların ayrılmasına karar verilmeli ve ayrı ayrı dava görülmelidir. Zira iş mahkemelerinin uzmanlığı kapsamında sigorta hukuku değil sosyal güvenlik hukuku yer almaktadır. 2918 sayılı yasa 98. Maddesinde her ne kadar SGK'dan bahsetmekteyse de bu sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan bir hukuki ilişkidir. SUT kapsamı dışındaki uyuşmazlıklarda ise sigorta hukuku ilkeleri temelinde değerlendirme yapılacaktır. Her iki mahkemenin uzmanlık alanları farklıdır. Yargılama usulleri de farklıdır. İş Mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulanırken, Asliye Hukuk Mahkemelerinde ise yazılı yargılama usulü uygulanmaktadır. Bu halde, il mahkemesi ya da asliye ticaret mahkemesinden birinde açılacak davanın ayrılması her ne kadar usul ekonomisine aykırı görünse de görevin kamu düzenine ilişkin oluşu ve yargılama usullerindeki farklılık nedeniyle genel usul sistemimizin yapısına uygun bir ayrım olacaktır. Böylesi sakıncaların giderilmesinde HMK gerekçesinde yer alan İnsan Zararlarına Dair İhtisas Mahkemelerinin kurulması hedefinin aslında isabetli bir hedef olduğu kanısı bizde uyanmaktadır.

Yetkili Mahkeme:

Bir başka konu da, yetki konusudur. Sosyal Güvenlik Kurumu aleyhine açılacak davalarla ilgili olarak 5510 sayılı yasa 101.maddesi görevi düzenlemekle birlikte yasada bir yetki hükmü bulunmaması nedeniyle genel hükümlere göre yetki belirlenecektir. Bu kapsamda HMK 9. ve 17. Maddeleri yol gösterici olacaktır. Sosyal Güvenlik Kurumu aleyhine açılan davalarda, kurumun şubesinin, il müdürlüğünün bulunduğu yerlerde bu dava görülebileceği gibi, konu haksız fiilden kaynaklandığı için HMK 16.maddesine göre zarar görenin yerleşim yerinde dava ikame edilebilecektir, ayrıca aynı hüküm gereğince haksız fiilin işlendiği yerde de bu giderlerin ödenmesi için dava açılabileceğini söylemek mümkündür. Ayrıca kurumun halefiyet esasına göre hareket ederek açtığı davalarda İş Mahkemeleri Kanunu 5. Maddesi esas alınacaktır. Ayrıca kurumun genel merkezi ya da uyuşmazlık hangi şubesinin işleminden kaynaklanmış ise ilgili şubesinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesinde dava görülebilecektir.

Sigorta şirketlerine karşı dava yönlendirilmesi halinde ise Karayolları Trafik Kanunu 110. Maddesi gereğince " *Motorlu araç kazalarından dolayı hukuki sorumluluğa ilişkin davalar, sigortacının merkez veya şubesinin veya sigorta sözleşmesini yapan acentanın bulunduğu yer mahkemelerinden birinde açılabileceği gibi kazanın vukuu bulduğu yer mahkemesinde de açılabilir.*" Hem

haksız fiilin gerçekleştiği yer mahkemesinde, davalı sigorta şirketinin merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde, ya da şubesinin ya da sigorta sözleşmesi yapan acentanın bulunduğu yer mahkemelerinden birinde dava açılabileceği gibi, zarar görenin yerleşim yeri mahkemesinde de dava açılabilecektir.

Dava Türü Sorunu:

SUT kapsamındaki giderlerin ödenmemesi halinde, açılacak davalarda dava türünün tespiti önemlidir. Zira, dava türü olarak belirsiz alacak davasının açılmasının mümkün olup olmaması, davacıların, alacaklarının zamanaşımına uğraması riskinden öğretinin baskın görüşü ile kurtulması olanağına kavuşup kavuşamamaları açısından önemlidir. Bu halde, sağlık hizmet bedellerinin, bu bedelleri ödeyen zarar görenlerce karşılanması halinde, kurumdan talep edilmesi durumunda ikili bir yöntem izlenmelidir.

İlk yöntem alacağın tamamının çekişmesiz ve belirli olma halidir. Bu belirlilik, yapılmış olan masrafların niceliği açısından önemlidir. Belli bir miktarda, faturalandırılmış giderler davalı kurumdan ya da SUT kapsamında olmayanlar açısından özel zorunlu mali sorumluluk sigortalarından istenebilecektir. Faturalandırılmamış, belirsiz kalmış giderler yönünden ise, bu giderlerin yaklaşık değerinin bilinmesinin davacılardan beklenip beklenemeyeceği noktasında önem kazanmaktadır. Bu bedellerin hiç biri tam olarak belgeye dayandırılmamış, hastane kayıtları açısından da tüm giriş çıkışlar tespit edilememiş, özellikle fizik tedavi giderleri ve buna bağlı giderler yönünden kayda tabi olmaksızın gider yapılmasına neden olunmuş ise bu halde konu gidiş sayısı açısından da önem kazandığından, kişinin hastalığının etkisi ile yapılan giderlerin tamamını belgeye bağlaması mümkün olmayabileceğinden bu giderler yönünden belirsiz alacak davası açılabilir düşüncesindeyim.

Ancak, faturalandırılmış giderlerin faturalandırılmamış giderler ile bir arada bulunması halinde, dava değeri temelde bir belirsizlik içindedir. Bu nedenle, belirsiz alacak davası olarak ikame edilmesi mümkün olmalıdır. Kurumdan istenecek bedellerin likit olmaması halinde uyuşmazlığın iki ayrı davada ileri sürülmesi usul ekonomisi ilkesine de aykırı olacağından belirsiz alacak davası davalı kuruma ya da özel sigorta şirketine karşı bu gerekçe ile açılabilecektir. Zira burada tüm gider kalemleri yönünden kurumun ya da sigorta şirketinin de tam anlamıyla elinde bilgi ve belge bulunması beklenemeyecektir.

Kurumun bu yönde bir araştırma faaliyetine girmesi, ya da sigorta şirketinin kendi aleyhine olmak üzere ödeme kalemlerini yükseltmek adına başvuru sürecinde belge temini yoluna gitmek için araştırma yapması beklenemez. Bu halde, zarar görenin zararındaki belirsizlik ancak HMK'ya egemen ilkelerden hareketle yani öncelikle ve ilke olarak taraflarca getirilme ilkesi çerçevesinde değerlendirilmelidir. Buna göre ana ilke gereği, zarar gören ve gider yapan davacı zararını ispatlamalıdır. Bunu yapabilmek için, celp edilecek bilgi ve belgelerin teminini sağlamalıdır, bunu davacı talep etmelidir. Talebini, gene HMK gereği somutlaştırmalıdır. Hangi gider için hangi belgeye dayandığını ya da hangi gider için hangi delil türünü ileri sürdüğünü belirtmelidir. Örneğin, zararın trafik kazasından doğduğu vakıası için öncelikle olaylın olduğunu ispat etmesi gereklidir. Bu ispat da örneğin bir savcılık dosyası veya ceza dosyası ile mümkün olabilir. Bu dosyalarda olayın oluşu ve yaralanmanın bu olayla ilgili ve nedenselliği böylece ispat edilebilir. Bu da tam anlamıyla yeterli olmayacağından, bu dosyalarda ilk tıbbi müdahalelerde tutulmuş tutanak ve zabıtlar, acil servis kayıtları çok önem kazanmaktadır. Buna göre dosyaya kazandırılmış hastane dosyaları ile sağlık hizmet bedelinin hangi beden tamlığı ihlalinden kaynaklandığı anlaşılabilecektir. Ancak doğaldır ki, bu tespitler de yetersizdir ve hatta yetersiz kabul edilmelidir.

Örneğin, trafik kazasının meydana geldiği sırada kişinin kolunda bir kırık meydana gelmiş olabilir. Bu kırığın neden olduğu bir halk deyişi ile pıhtı atması sonucu beyin damarının tıkanması ve buna bağlı gelişmiş bir felç sonucu kişi sürekli olarak sakatlığa maruz kalmış olabilir. Bu halde, ilk tespitlerde sadece kırık söz konusu iken ve refakatçi gideri geçici iş göremezlik ile sınırlı görünürken takip eden süreçte kırığa bağlı pıhtı atmasının doğuracağı zarar da burada tartışılmalıdır. Felcin tedavisi ile ilgili de uzun ve zahmetli bir süreç hastayı ve yakınlarını beklemektedir. Bu halde sadece ilk bulgulardaki tespit ile yetinmek veya yetinilmesini beklemek isabetsiz olacaktır. Uygun illiyet bağı içerisinde trafik kazasına bağlı tüm sağlık hizmet bedellerinin Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan istenmesi mümkündür. Kişinin kol kırığı nedeniyle yaptığı tedavi giderlerinden sonra dava açıp, davanın sonuçlanmasından sonra yeniden felce bağlı tedavilerin ve sağlık hizmet bedellerinin tahsili için dava açması mümkün olacak mıdır? Bu halde, kesin hüküm konusu tartışılmalıdır. Kol kırığına bağlı sağlık hizmet bedellerinin talep edilmesi ile ilgili açılacak davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı varsayımında öncelikle hastanede tedavi sürecine dair hasta dosyasında

tam olarak tespit edilen bedeller likit olarak anlaşılacaktır, daha sonra hasta dosyasında yer almayan giderler ise örneğin fizik tedavi için, pansuman ve diğer ilaçlar için yapılmış harcamalar da ayrıca belirlenecektir. Tüm bunlarda rakamsal bir netlik ortaya çıktığında HMK 107. Maddenin ikinci fıkrası çerçevesinde davacı talebini somutlaştırarak arttıracaktır. Bu halde davanın sonuçlanıp kesin hüküm haline geldiği bir durumdan sonra, mesela iki ay sonrasında pıhtı atması meydana gelse ve yeniden sağlık hizmeti alınsa, bedelleri talep edilmiş olmasına karşın SUT kapsamındaysa SGK, değilse özel sigorta şirketleri ödemekten imtina etse, uyuşmazlık doğacak, dava ikamesi yoluna gidilecektir. Böylece, dava konusu gene belirsiz kalacağından ve yeni bir tedavi için harcanmış sağlık hizmet bedeli istendiğinden kanımızca kesin hüküm itirazı ileri sürülemeyecektir. Tarafları, dava sebebi aynı olsa da konu değişmiş olduğundan kesin hüküm itirazı ileri sürülmeden ya da bu durum bir dava şartı eksikliği olarak değerlendirilmeden dava görülecektir.

Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvuru yapıldıktan sonra kurumca verilecek cevaplarda ödeme tutarı açısından düşük bir miktar önerilip, kalemler yönünden bir çekişme yoksa, bu halde dava türü eda davası olmakla beraber, tam olarak tüm çekişmeli bedel için dava açılması gereklidir. Bu halde belirsiz alacak davası ikame edilemez. SUT kapsamında hangi kalem için ne miktarın ödenmesi gerektiği belirli olduğundan ödenecek bedelin tespiti de mümkün olabilmektedir. Belirsiz kalan kısım ile belirli kısmın bir araya geldiği durumlarda dava türü ancak belirsiz alacak olarak seçilebilir.

Belirsiz Alacak Davalarında Hakimin Konumu ve Ödevleri

SUT kapsamındaki sağlık hizmet bedelleri ya da tedavi giderlerinin ödenmesi için Sosyal Güvenlik Kurumu'na yöneltilecek davalarda, yapılan giderlerin likit olmaması ve ancak hekim bilirkişi tarafından tespiti mümkün olduğu hallerde dava türünün belirsiz alacak davası olarak seçilebileceğini belirtmiştik. Böyle bir durumda, maddi açıdan bir belirsizlik olacağı açıktır. Hangi kalem bedellerin SUT kapsamında olacağı, hangilerinin SUT dışı değerlendirileceği ve özel sigortalardan talep edilebileceği konusu hem maddi hem de yerine göre hukuki bir belirsizliği ifade eder. Bu halde, HMK 31. Maddesinin yüklediği ödev ile hakimin bu belirsizliği taraflardan beyan alarak, taraflara soru sorarak yani açıklattırarak gidermesi bir yol olarak seçilebilirse de, bununla beraber, masrafı davacı tarafa ait olmak üzere yani delil avansı talep ederek delil göstermelerini de isteyebilecektir. Buna ek olarak, davacı tarafın kendisine uygulanan tedavi hakkında çok genel bir

bilgiye sahip olması, bu genel bilgiye bağlı olarak da trafik kazasına bağlı bir bacak kırığında örneğinden yola çıktığımızda, belki sadece "*bana alçı yaptılar, sonra bacağımdan ameliyat ettiler, taburcu ettiler*" demesi söz konusu olacaktır. Bu halde, dava dilekçesinde, tedavi sürecindeki tüm giderlerinin tahsilini genel bir ifade ile talep etmesi olasılık kapsamındadır.

Bu durumda, uygulanan tüm tedavinin aşamalarının ve içeriğinin tıbbi analizini ve kaza ile ilgili kısımlarını tespitini yapması kendisinden iyiniyet ve dürüstlük kurallarına göre beklenemeyecek olan trafik kazası mağduru davacının taleplerinin tam anlamıyla açıklattırılması, somutlaştırılmasında, delil olarak hastane dosyalarına dayanmış olup olmadığına ilk önce bakılmalıdır. Hastane dosyalarına dayanan davacının talebi, tüm tedavi kapsamına bir atıf sayılmalıdır. Bunun gerekçesi de, olay olarak trafik kazasına dayanması, bu kazadan kaynaklanan tüm maddi zararının kalemler olarak açıklanmasının Borçlar Kanunu 54.maddesi anlamında yeterli olacağıdır.

Yasayı bilmemenin mazeret sayılmaması esas olduğuna göre, tedavi gideri kalemi olarak talepte bulunan davacının talep içeriğinde hangi basamakların yer aldığını ayrıntısı ile belirlemesi beklenmemelidir. Zira günlük konuşma dilindeki sağlıkla ilgili sözcükler ile tıbbi terimlerin aynı olmadığı açıktır, bu halde davacıların dilekçelerindeki ifadelerin genel anlamda şifa bulmak için aldıkları tedaviyi ifade etmesi, bu tedavinin basamaklarını bir ölçüde anlatması yeterli görülerek bu konuda hakim, davayı aydınlatma ödevi gereğince tıbbi bilgi ve belgeleri celp etme yolunu seçmeli ancak HMK 31. Maddesi uyarınca delil gösterilmesini istemesi gerektiğinden bu konuda varsa eksik avansı ikmal ettirmelidir.

Geçici Ödemeler Konusu:

Tedavi hizmetinin ve buna dair bedellerin trafik kazası mağdurunun lehine olacak şekilde ve zararın artmasını önleyici, böylece haksız fiil failinin de ödeyeceği tazminat miktarının da azalmasına neden olacak şekilde mağdura sağlanması Sorumluluk Hukuku'nun gerçekleştirmek istediği kamusal yarara da uygun düşecektir. Bu nedenle dün sayın Prof.Dr. Haluk Burcuoğlu hocamızın da belirttiği gibi reform niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'nun devrim niteliğindeki hükmü 76. Maddesi ile düzenlenen geçici ödemeler kurumudur. Hükmün lafzını hatırladığımızda :

MADDE 76- Zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir.

Davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir; tazminata hükmedilmezse hâkim, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine karar verir.

Hükmün gerekçesini incelediğimizde, yasa koyucu bu hükmü tesis ederken, örneğin hiçbir sosyal güvenceden yararlanamayacak durumda bulunmakla birlikte, somut olayda uğradığı zararın giderilmesi için acilen parasal bir desteğe ihtiyaç duyan ve tazminat yükümlüsünün uğradığı zarardan sorumluluğunu hakime sunduğu inandırıcı kanıtlarla ortaya koyan zarar görenlerin korunması amaçlanmış olduğunu belirtmiştir[5]. Bununla birlikte, hem gerekçede hem maddenin birinci fıkrasında yer aldığı üzere, bu geçici ödemeden yararlanabilmenin ön koşulu haklılığını gösterecek inandırıcı deliller sunulmuş olması, ayrıca bu inandırıcı delillerin yanı sıra ekonomik durumunun da bunu gerektirmesi aranmıştır. Hakim de istem üzerine bu kararı maddeden anlaşıldığı kadarıyla takdir ederek verecektir. Burada hakime bir yükümlülük değil takdir yetkisi tanındığı anlaşılmaktadır. Madde gerekçesinin ikinci paragrafında ise getirilmiş bu kurumun bir ihtiyati tedbir olmadığı, kesin hüküm sonucunu elde edilmesinin amaçlanmadığı açıkça ifade edilmektedir.

Gerekçede, getirilmiş kurumun nitelik itibariyle ihtiyati tedbir olmadığı açıkça vurgulanmış olması, kanımızca isabetlidir. Zira, haksız fiil nedeniyle mağdur olan taraf, haksız çıktığı takdirde, söz konusu ödemeleri yasal faizi ile birlikte geri verecektir. Oysa ki, ihtiyati tedbir kurumunda HMK 399. Madde çerçevesinde haksız ihtiyati tedbirden doğan zararı tazminle yükümlü tutulmuştur ve ayrı bir yargılamayı gerektirir, maddenin ikinci fıkrası ayrı bir dava açılmasından bahsetmektedir. Son fıkrası da tazminat istemi konusunda bir yıllık zamanaşımını düzenlemiştir. Buna göre ikinci bir yargılama ve tahsilde bu nedenle bir zamanaşımı riskini de içerecek iken, yasa koyucu zarar gören lehine yaklaşık ispat ile elde edilecek yararın, zarar gören aleyhine hüküm tesisini gerektirecek şekilde fail olarak davalı tarafta yer alan kişinin aleyhine bir durum yaratmamasını amaçlamış olmalıdır. Zira burada yararlar dengesinde geçici ödemeyi yapan ancak sorumlu olmadığı anlaşılan taraf, dava açmak ve bunu da süresinde yapmak için bir faaliyete girişecekken,

[5] Kılıçoğlu,s. 424

kurumun nitelik olarak ihtiyati tedbirden farklılığı gerekçede vurgulanıp, TBK 76. Madde dahilinde zamanaşımı da öngörmemesi, aynı davada çözümlenebilecek şekilde bir madde lafzı getirmesiyle isabetli olmuştur.

Trafik kazaları nedeniyle zarar görenlerin tedavi giderlerinin TBK 76. Madde çerçevesinde konumu nedir? Bu kapsamda, öncelikle madde metninde haksız fiil failinin değil, davalının işaret edildiğini ilk olarak tespit etmek yararlıdır. Davalının söz konusu edilmesi, geçici ödemeyi yapması emredilecek süje yönünden bir genişlik sağlamaktadır. Trafik kazaları açısından baktığımızda, Sosyal Güvenlik Kurumu, motorlu araç işleten, zorunlu mali sorumluluk sigortacısı, zorunlu karayolu taşımacılık sigortası sigortacısı, bu kapsamda sürücü yanında davada, davalı olarak yer alabilecek, kendilerine koşulları olduğu ölçüde husumet yöneltilebilecektir. Bu halde geçici ödeme kurumunun bu süjeler aleyhine de uygulanabileceğini söylemek mümkündür.

Madde metninden açıkça anlaşılamasa da madde gerekçesinde "*somut olayda uğranılan zararın giderilmesi için acile parasal desteğe ihtiyaç olma*" halinden bahsedilmektedir. Gerekçe okunurken bile cankurtaran sesleri adeta okuyucunun kulaklarında çınlarcasına bedensel zarara uğrayan bir kişinin zararının artmasını önleme çabası anlaşılmaktadır. Bu çaba, hem zarar görenin fiziki ve ruhsal olarak yani eylemli olarak lehinedir hem de sorumluluk hukuku açısından zararın artmasına engel olma yükümlülüğünü yerine getirmesi açısından da gereklidir. Konumuza döndüğümüzde ise, zarar görene tedavisi için gerekli ödemelerin SGK tarafından sağlık hizmet sunucularından alınacak hizmetler yönünden yapılması gerekli olduğu ifade edilmiş olduğu için tedavi giderlerinin SUT kapsamında kalan kısımlarında sorumlu olan SGK'nın bu ödemeleri yapmaması durumunda anılan hükmün uygulanması gerekecektir. Bu hüküm, süregelen bir tedavi sürecinde nasıl uygulanacaktır?

Bir örnekle konuya yaklaştığımızda, trafik kazası sonucu örneğin bacağı kırılan bir kişinin kaldırıldığı özel hastanede tedavisinde öncelikle tüm hizmetler verilecek, tedavi sonrası fizik tedavi, rehabilitasyon hizmetleri söz konusu olacak ve gerektiğinde pansuman hizmeti verilecektir. Belki birden çok ameliyat yapılması söz konusu olacak, zarar gören kişi, hastanede iki ay gibi bir zamanda kalması gerekebilecektir. Bunların ötesinde, ilk ameliyattan çıkıp, taburcu olduktan sonra yeniden aynı olayla nedensellik bağı içinde ameliyat ve diğer tedaviler alması gerekebilecektir. SGK'nın bu ödemelerin ilkini yapıp takip eden ödemeleri de yapmadığını, ayrıca zarar görenin

de takip eden ödemeleri kendi bütçesinden yapamayacağı bir konumda olduğunu, bu süreçte de mağdurun ameliyat olmaması nedeniyle mesela enfeksiyonun hızla ateş nöbetleri de oluşturmak suretiyle arttığını varsaydığımızda, zarar gören bu süreçte SGK ödemekten imtina etmeyi sürdürdüğünde SGK aleyhine iş mahkemesi nezdinde bir eda davası ikame etmelidir. Açılacak davanın türünün eda olmasının sebebi, HMK 105. Maddesinde bir şeyi yapmaya mahkum edilmesinin düzenlenmiş olmasıdır. Kanımızca, bu ödemenin geçmişte doğmuş borçlar ile sınırlı olmaması, geleceğe etkili ödemelerin de bu çerçevede değerlendirilmesi isabetli olacaktır. Zira, HMK sisteminde bu davanın alternatifi ilk olarak tespit davası olarak düşünülse de, nafaka hükmedilirken nasıl geleceğe yönelik olarak hükmedilmekte ve bu temelde icra takibine konu edilebilmekte ise, bu halde geleceğe yönelik bir eda hükmü kurulması da mümkündür.

Bir başka açından belirsiz alacak davası da ikame edebilir ancak HMK 107. Madde lafzında bu davanın sonucunda bir parasal miktarın belirlenmesinin amaçlandığı yani konusu para olan alacakların söz konusu edilmesi düzenlenmiştir. Yukarıdaki örneğimizde ise, TBK 76. Madde uygulandıktan sonra sonuçta hükmedilecek bir parasal miktar kalmayabilir. Zarar gören tedavi olduktan sonra tahkikat aşamasının bitiminde TBK 76. Madde gereği tüm masrafları SGK'ca karşılanmış olduğundan SGK aleyhine davayı sürdürmesinin hukuki yararı da olmayacaktır. Bu halde, ilke olarak sarf olunmamış tedavi giderlerinin de talep edilebileceğinin kabul edilmiş olduğu ve bu konuda öğreti ve yargısal içtihatlarda düşünce birliği olduğuna göre davanın sonunda konusuz kaldığı ve karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi mümkündür. Bu halde davacı, isterse SGK aleyhine hak tespitini de içerisinde bulunduran bir eda davası açabileceği gibi, gene aynı tespit içerikli bir belirsiz alacak davası da açabilir.

TBK 76. Madde gerekçesinde her ne kadar sosyal güvencesi olmamakla birlikte dese de bu ifade SGK'nın bu geçici ödemeye aleyhe muhatap halinde gelmesinden kurtaracak şekilde yorumlanmamalı, gerekçe örnek olarak değerlendirilmelidir. Bu davada, eğer TBK 76. Maddesi olmasaydı, ihtiyati tedbiren ödemelerin yapılması istenebilecekti, TBK 76. Maddesinin böylesi bir davada uygulaması ise öncelikle telafisi imkansız bir zarar doğmaması için geçici ödemeye yaklaşık ispat kuralları çerçevesinde yani emare ile ve hayatın olağan akışı gereği zarar görenin konumuna, olayın oluşuna dair ilk verilere örneğin kaza tespit tutanağına göre ivedilikle zarar görenin talebiyle birlikte karar verildikten sonra, dava konusunun sadece

sağlık hizmet bedellerine ilişkin olması halinde hastane dosyalarının celbi, varsa konuya dair savcılık dosyalarının, ceza dosyalarının celbi ile konunun trafik kazasından kaynaklanıp kaynaklanmadığının belirlenmesi yapıldıktan sonra karar verilmesi gerekecektir. Bu halde, belirsiz alacak davası dahi açılsa, tedavi giderlerinin SGK tarafından ya da dava sigorta şirketine karşı açılmışsa SUT dışındaki konularda sigorta şirketi tarafından karşılanmasına karar verilecektir.

TBK 76. Madde kapsamında tedavi giderlerini karşılamaktan kaçınan SGK ya da sigorta şirketlerine karşı, madde gereğince ara karar kurulması ile gerçekleşecektir. Bu ara kararın muhatabı kim olacaktır? Örneğin kişi özel hastanede tedavi olmak için başvuracak, bu başvurusu sonucu tedavisi sürecek, ancak tedavi basamakları sonucu taburcu olması gerektiğinde ya da bir tahlil, bir film çekilmesi gerektiğinde ne olacaktır? Özel hastane, ara kararın muhatabı olmadığından örneğin bir bilgisayarlı tomografi, MR çekmekten imtina edebilecektir. Bu halde özel hastanece direnilmesi yani ilgili işlemlerin yapılmaması halinde ne olacaktır? Bu durumda ilgili işlemler için finansman sağlanması yönünde kuruma ivedi başvuru yapılsa bile kurum içi bürokrasi fiilen TBK 76.maddenin aradığı hıza ulaşamayabilir. Bu doğrultuda SUT dışı sağlık giderleri için sigorta şirketlerinin bu bedelleri aynı ara karar kapsamında olup olmadığı yönünde bir inceleme sonucu ödemesi olası olduğundan gene ivedi giderler için istenen hız sağlanamayabilir. Bu durumda, tedavisi aksamış olan zarar gören ne yapacaktır? Zararına katlanarak, belki geçici olan sakatlığının kalıcılaşmasını mı bekleyecektir? Neticede uğradığı bu zararı da SGK'dan ya da SUT dışı hallerde sigorta şirketinden doğrudan sigorta hukuku ya da sosyal güvenlik hukukundan bağımsız olarak haksız fiil sorumluluğu hükümlerine dayalı olarak mı isteyecektir ? TBK 76. Maddesinin temelde çok iyiniyetli ve devrimci bir yaklaşımla tesis edildiği açıktır; ancak hüküm uygulama kısmını düzenlemek ve hatta kurumu ihtiyati tedbirden gerekçesi ile keskin bir şekilde ayırmakla güçsüz olduğu da gözden kaçmayacak derecede ortadadır. İhtiyati tedbir kararına muhalefet disiplin hapsi ile tazyiki ile güçlü bir şekilde ihtiyati tedbir kurumunu korumakta iken, HMK sisteminin gerçekçi ve korumacı, aynı zamanda olasılıkları ayrıntı ile yanıtlamış sisteminin sağlamlığı ne yazık ki Borçlar Kanunu'nda 76. Maddesinde yer almamıştır. En azından hüküm çerçevesinde gerekçede değil, hükmün içeriğinde ihtiyati tedbirden farklı olduğu vurgulanıp hükmün uygulanmasını üçüncü kişiler yönünden de sağlayıcı bir cezai yaptırım içerseydi kanımızca uygulamada telafisi imkansız

zararların doğması daha etkin sağlanabilirdi. Konu temelde etkin hukuki korumayı amaçlayan Medeni Yargılama Hukuku'nu da ilgilendirmektedir. Bu durumda, medeni yargının maddi hukukun neden olduğu bu zafiyet karşısında sessiz kalması beklenmemelidir. Yargılama uygulayıcısı hakimin, TBK 76. Maddesi gereğince önce ara karar kurması gerekli olup, ara kararın yerine getirilmemesi halinde ihtiyati tedbir kararı vermesine hem TBK 76.maddesinin hem de HMK 389. Maddesinin engel olmadığı açıktır. Bu halde TBK 76. Maddeye muhalefetten değil, anılan maddenin uygulanması için SGK'nın ya da SUT kapsamı dışı tedavi giderlerinde sigorta şirketlerinin vadesiz banka hesapları üzerine ihtiyati tedbir tesis edilebilir. Bu tedbir ile söz konusu hesaplardan davacının hizmet almayı tercih ettiği sağlık kuruluşlarına sağlık gideri oranında ödeme yapılmasına karar verilebilir. Bankaca bu karara direnilmesi halinde HMK 398. Maddesi uygulanabilir, zira anılan madde davada olası taraftan bahsetmemekte, "*kimse*" ibaresi ile üçüncü kişileri de bu anlamda muhalefet halinde disiplin hapsine maruz bırakabilmektedir. Bir başka açıdan nasıl ki üçüncü kişi olan bankaya bu zorlama uygulanabiliyorsa aynı şekilde sağlık hizmet sunucusu özel hastane de hizmeti sunmak yönünden zorlanabilir. Bu halde, sunucunun direnmesi halinde de aynı şekilde HMK 398. Maddesi uygulanabilir. Bu halde, kanımızca davanın hakimi hükmün sosyal amacına uygun bir şekilde, davacının talep ettiği hastane ya da sağlık hizmet sunucusuna bedelinin tahsili SGK yada SUT kapsamı dışı hallerde sigorta şirketinden tahsili olmak üzere gene talimat vermeli, bu bedellerin SGK ya da SUT kapsamı dışı hallerde sigorta şirketinden karşılanacağı belirtilerek ilgili sağlık hizmetinin verilmesine karar vermelidir. Bu hizmetin yerine getirilmemesi halinde ise doğacak zarardan ilgili sağlık hizmet sunucusunun SGK ile birlikte müteselsil sorumlu olacağı açıktır.

Sonuç olarak, 6111 sayılı yasa değişikliği ile sigorta şirketlerinin tedavi giderlerinden tamamen kurtulması mümkün değildir. Mağdurların tedavi giderlerinin SUT kapsamında kalan kısmı SGK tarafından kapsam dışı tedavi giderleri ve bakıcı giderleri ise sigorta şirketlerince karşılanacaktır. Ayrıca, bu konudaki yorumsal karışıklığın giderilmesi için 6111 sayılı yasanın 59. Maddesi ile değişik 2918 sayılı yasanın 98. Maddesinin sonuna "*Sigorta şirketlerinin tedavi giderlerinden doğan sorumlulukları sağlık uygulama tebliğinde belirtilen harcamalar dışında teminat limitleri dahilinde devam eder*" şeklinde bir fıkra eklenerek çözüm bulunabileceği, TBK 76.maddesinin ise ihtiyati

tedbir kurumuna benzer şekilde yaptırım gücü ile desteklenerek hükmün ruhundaki kamu yararının gerçekleştirilmesi sağlanabileceği kanısındayım.

Sabırla dinlediğiniz için teşekkür ederim.

Prof. Dr. MURAT ŞEN (Oturum Başkanı)- Biz de Av. Şafak Güleç meslektaşımıza bu güzel sunumu için teşekkür ediyoruz.

Zaman darlığımız olduğunu biliyorum, ama özetlemem de istendi, çok kısa özet yapacağım. Şafak Bey de temel olarak sağlık hizmetleri kapsamında 24 Mart 2013'de yürürlüğe giren SUT kısa adıyla bilinen Sağlık Uygulama Tebliği kapsamında, sağlık hizmet bedellerinin tarife oranında tespit edileceğini ifade etti. Bunun yanı sıra uygulanacak yargılama usulü konusunda tartışmalar çıkabileceğini, görevli mahkeme ve yetkili mahkemenin de genel esaslar çerçevesinde tespit edilmesi gerektiğini ifade etti.

Şimdi son konuşmacı, son konuşmacı olmak her zaman zordur. Salondan da zaten anlıyoruz, herkesin sabrı taşmıştır. Pınar Hanımla konuştuk, ben 15 dakikayı geçirmeyeceğim dedi. Sabırla dinleyeceğinizi ümit ediyorum. Konu çok ilginç bir konu, tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu sorumluluk sigortası kapsamında genel bilgileri bizlerle paylaşacaklar. Buyurun Pınar Hanım.

TIBBİ KÖTÜ UYGULAMAYA İLİŞKİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI

Av. Pınar AKSOY GÜLASLAN*

* Ankara Barosu.

GİRİŞ

Sorumluluk, kişinin hukuka aykırı eylemiyle başkasına verdiği zararı tazmin etme yükümlülüğüdür[1]. Sigortacılık sektöründe hukuksal koruma olarak bilinen mesleki sorumluluk sigortaları dünya ülkelerinde uzun yıllardır uygulanan bir sigorta dalıdır. Bu sigorta dalı ülkemizde yeni uygulama alanı bulmaktadır.

Genel ve yaygın olan uygulamada sigorta sözleşmeleri iradi yapılmaktadır. Ancak bazen yasal bir hükümle kişilerin sigorta yaptırmaları zorunlu kılınabilir. Bu tip sigortalara zorunlu sigorta denmektedir. Ülkemizde mevcut zorunlu sigortalara örnek olarak; zorunlu trafik sigortası, otobüs zorunlu koltuk kaza sigortası vs. gösterilebilir.

16.03.2006 tarih 26110 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel şartlarına bağlı olarak hazırlanan Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozu'na göre hekimlerin mesleki sorumluluk sigortası yaptırmaları ihtiyari idi. 1219 sayılı Tababet ve Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun EK 12 maddesiyle tıbbı kötü uygulamaya ilişkin sorumluluk sigortası zorunlu hale gelmiştir[2].

1219 sy. Kanun Ek-12 'e göre; kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama nedeniyle kendilerinden talep edilebilecek zararlar ile kurumlarınca kendilerine yapılacak rüculara karşı sigorta yaptırmak zorundadır. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan veya mesleklerini serbest olarak icra eden tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar ise tıbbi kötü uygulama sebebi ile kişilere verebilecekleri zararlar ile bu sebeple kendilerine yapılacak rüculara karşılamak üzere mesleki malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır. Zorunlu sigortalarını yaptırmayanlara, mülki idare amirince sigortası yapılmayan her kişi için beşbin Türk Lirası idari para cezası verilecektir.

1- Sigortanın Kapsamı

[1] Tandoğan Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961.
[2] 30.1.2010-27478 sy.R.G 5947 s.K. m.8 y.y:30.07.2010.

Mesleki sorumluluk sigortası tam iki tarafa borç yükleyen bir akittir. Sigortalının yükümlülüğü prim ödeme, sigortacının ise riziko gerçekleştiğinde sigortalının zararını tazmin etmektir. Meslekî sorumluluk sigortasında sigortacı, tazminat talebinde bulunan üçüncü kişilerin haklı tazminat taleplerini ödemeyi ve haksız tazminat taleplerinin bertaraf edilmesi işini üstlenmiştir[3].

Sigorta sözleşmelerinde, sigorta konusu menfaatin ne olduğu ve hangi rizikolara karşı teminat altına alındığı gösterilmelidir[4].Hekim mesleki sorumluluk sigortası, diş hekimleri dâhil olmak üzere hekimlerin mesleklerini ifa ederken tıbbi kötü uygulamaları sebebiyle verdikleri zararlardan doğan sorumluluklarını sigorta teminatı altına almaktadır.

Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları, talep esası (claims made)olarak bilinen tekniğe göre düzenleme getirmiştir [5]. Buna göre, serbest ya da kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların poliçede belirtilen mesleki faaliyetini icra ederken, sözleşme tarihinden önceki on yıllık dönemdeki veya sözleşme süresi içinde mesleki faaliyeti nedeniyle verdiği zararlara bağlı olarak sözleşme süresi içinde kendisine yapılan tazminat taleplerine, bu taleple bağlantılı yargılama giderleri, hükmolunacak faize ve sigortalı aleyhine ileri sürülen tazminat talebine ilişkin makul giderlere karşı poliçede belirtilen limitler dâhilinde sigorta teminatı sağlanmaktadır. Burada talebin sigortalıya yapılması yeterli görülmüştür. Talebin ayrıca sigortacıya ulaştırılması için herhangi bir süre veya şart öngörülmemiştir. TTK md. 1475 (3)'ün, TTK md. 1446 'ya yaptığı göndermeyle, sigortalıya yapılan talebin sigortacıya derhal bildirilmemesi veya geç yapılması, ödenecek tazminatta veya bedelde artışa neden olmuşsa, kusurun ağırlığına göre, tazminattan veya bedelden indirim yoluna gidilir.

Sorumluluk sigortası sözleşmenin yapıldığı tarihten geriye doğru on yıllık geçmişe etkili bir koruma sağlamaktadır. On yıllık dönemin başlangıcı 30 Temmuz 2009'u geçemeyecektir. Sigorta sözleşmesinden önceki on yıllık dönemde, sigortalının mesleki faaliyeti nedeniyle verdiği zararlara bağlı

[3] Şenocak, Kemal, Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000,s.141.
[4] Çeker Mustafa, Yargıtay Kararları Işığında Sigorta Hukuku, Adana 2004,s.53.
[5] Ünan Samim, Zorunlu Hekim Sorumluğu Sigortası Genel Şartlar Şerhi, Sigorta Hukuku Türk Derneği, İstanbul 2012,s.10.

talepler, sigorta sözleşmesi süresi içinde yapılmak kaydıyla sigorta teminatı kapsamındadır. Bir aydan fazla sigortasız kalınan dönemlerde meydana gelen olaylara bağlı olarak sigortalı dönemde yapılan ihbarlar içinse sigorta koruması yoktur. Sigortalı hekimin mesleki faaliyetine son vermesi halinde son sigorta sözleşmesindeki mesleki faaliyetinden dolayı sözleşmenin bitiş tarihinden iki yıl sonrasına kadar ortaya çıkabilecek talepler de teminat dâhiline alınmıştır.

Sigortalı hekime karşı tazminat talepleri sigorta süresi içinde yapılması halinde, sigorta koruma sağlamaktadır. Sigorta sözleşmesinden önce yapılan tazminat talepleri için sigorta himayesi bulunmamaktadır. TTK md. 1458 'e göre rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalkmış olduğu, sözleşmenin yapılması sırasında sigortacı ile sigorta ettiren ve sigortadan haberi olmak kaydıyla sigortalı tarafından biliniyorsa sigorta sözleşmesi geçersizdir.

TTK md.1409'da, sigortacı sözleşmede öngörülen rizikonun gerçekleşmesinden doğan zarardan ve bedelden sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla sigorta poliçesindeki yazılı hasarlardan sorumlu olacaktır. Hekim sorumluluğu sigortası, tazminat taleplerini, tazminat taleplerine ilişkin makul giderleri, yargılama giderleri ile mahkemenin hükmettiği faize karşı poliçede belirtilen limitler dâhilinde teminat sağlamaktadır. Sözleşmede öngörülen rizikolardan herhangi birinin veya bazılarının sigorta teminatı dışında kaldığını ispat yükü sigortacıya aittir.

TTK md. 1474 'de, sigortalı aleyhine bir istem ileri sürüldüğünde, isteme ilişkin makul giderler sigortacı tarafından karşılanacağı kabul edilmiştir. Sigorta bedelini aşan giderlerin ödenebilmesi için ise sözleşmede hüküm bulunmalıdır. Sigortacı, sigortalının istemi üzerine, giderler için avans vermek zorundadır. Dolayısıyla sigortalının kendi kararı ile tazminat talebine ilişkin yaptığı makul giderler sigorta teminatı kapsamında sigortacı tarafından karşılanacaktır. Örneğin sigortalın yaptırdığı laboratuar incelemeleri, danışmanlıklar, görüşler vb..dir.

Getirilen bu düzenleme mal sigortalarında söz konusu olan zararı önleme azaltma yükümlülüğünün bir anlamda sorumluluk sigortalarındaki uzantısıdır. Sigortalının kendi haklarını korumak için yapmış olduğu girişimler sigortacının ödeyeceği tazminat miktarına da etki edeceğinden bu nedenle

yapılan masrafların sigorta teminatı içinde olduğu kabul edilmiştir. Ancak, yapılan masrafların sigorta teminatını aşması halinde karşılanabilmesi sözleşmede hüküm bulunmasına bağlanmıştır. Zira hakkı korucu işlemlerden doğan masraflar büyük meblağlara ulaşabilmekte ve sigortacıyı önceden sınırlarını tahmin edemediği bir teminatla karşı karşıya bırakmak demek olacaktır.

Mahkeme tarafından sigortalı aleyhine hükmedilecek yargılama giderleri ve sigortalı aleyhine tazminata bağlı olarak hükmedilen faiz de sigorta teminatı kapsamında sigortacı tarafından karşılanacaktır. Mahkeme kararının yerine getirilmesine kadar işleyecek faiz de kanaatimce sigortacı tarafından karşılanmalıdır.

Her bir olay için uygulanacak azami teminat limiti 400.000 TL'dir. Hiçbir durumda sözleşme kapsamında ödenecek teminat limiti 1.800.000 TL'yi aşamayacaktır. Ancak burada TTK md.1428'i tartışmak gereklidir. Buna göre, sorumluluk sigortası dışındaki sigortalarda, aksine sözleşme hükmü yok ise sigorta süresi içinde yapılan kısmi tazminat ödemeleri sigorta bedelinden düşecektir. Dolayısıyla sorumluluk sigortalarında aksine sözleşmede düzenleme yok ise sigorta süresi içinde yapılacak kısmi tazminat ödemeleri sigorta bedelinden düşmeyecektir[6]. Genel hükümler arasında yer alan TTK md. 1428, TTK md. 1458 uyarınca sorumluluk sigortalarına dolayısıyla da hekim mesleki sorumluluk sigortasına da uygulanacak bir hükümdür.

1219 sayılı Kanunun EK 12 maddesinde, kamu sağlık kurumlarınca çalışan hekimlerin tıbbi kötü uygulamaları sebebi ile kurumlarınca kendilerine yapılan rücuların sigorta koruması kapsamında olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda kamu kurumunda çalışan hekime, çalıştığı kurumu dışında yapılacak rücular sigorta kapsamı dışında mıdır? Kanun hükmünün lafzında çıkan sonuç, kamu kurumunda çalışan hekime kurumu dışında yapılan rücuların zorunlu hekim sigortasının kapsamına dâhil olmadığıdır. Özel sağlık kuruluşlarında çalışan hekimler için ise durum daha farklıdır. Özel sağlık kurumlarında çalışan hekimlere yapılacak rücular zorunlu sigorta kapsamındadır. Burada herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Sağlık kurumlarınca hekimlere yapılacak rücularda genel hükümler uygulanacaktır. Örneğin, organizasyon eksikliği, ameliyathane koşullarının tıp kurallarına uygun

[6] Ünan,a.g.e,s.16.

olarak sağlanamaması gibi sağlık kurumundan kaynaklanan nedenlerle hekimin kusuru dışında meydana gelen zararlar ve buna bağlı tazminatlar rücu edilemeyecektir. Genel hükümlere göre hekime rücu edilemeyecek zararlar hekimin zorunlu sorumluluk sigortası kapsamına dâhil olmayacaktır.

2- Sigorta Teminatı Dışında Kalan Haller

Hekim zorunlu sorumluk sigortası, sigortalının Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ifa ettiği mesleki faaliyetlerini koruma altına almaktadır.

Genel şartların A.3'de sigorta teminatı dışında kalan haller aşağıdaki şekilde sıralanmıştır.

Genel şartlar A.3.aa'de, sigortalının, poliçede belirlenmiş ve sınırları hukuk kuralları veya etik kurallar ile belirlenmiş mesleki faaliyeti dışındaki faaliyetlerinden kaynaklı tazminat talepleri sigorta koruması dışında tutulmuştur. 1219 Ek-12 maddesinde sadece mesleki faaliyetten bahsetmekte bunun poliçede nasıl tanımlandığı üzerinde durulmamaktadır. Dolayısıyla sınırları etik ve hukuk kuralları ile çizilen hekimin mesleki faaliyeti nedeniyle verdiği zararlara bağlı talepler sigorta himayesi altındadır. Ancak adli tıp bir kararında uzman olmayan hekimin, uzmanlığa ilişkin bir konuda müdahalede bulunmasını hekimin acemiliği olarak değerlendirmiştir[7].

Mesleki faaliyetin ifası sırasında sigortalı tarafından kasten sebep olunan her türlü olay ile davranışlar, sigorta teminatı dışında olduğu TTK md. 1477'e paralel olarak genel şartlar A.3.b'de düzenlenmiştir.

Sigortalı veya çalıştırdığı kişilerin, poliçede belirtilen mesleki faaliyeti ifa ederken alkol, uyuşturucu ya da narkotik maddelerin tesiri altında bulunması sonucunda meydana gelen olaylar sebebiyle verilen zararlara yönelik tazminatlar sigorta teminatı dışındadır.

İnsani görevin yerine getirilmesi hariç, sigortalının, sigorta primine destek veren kuruluşların sorumluluk alanı dışındaki faaliyetlerden kaynaklanan tazminat taleplerini sigorta teminatı dışında tutulmuştur. Hekim birden fazla sağlık kurumunda çalışıyor veya kısmı zamanlı çalışmalar yapıyorsa sadece sigorta primine destek veren yerdeki mesleki faaliyetleri sigorta kapsamında tutulmuştur. Hekimlere birden fazla sigorta poliçesi satın alma yükümlülüğü

[7] Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007,s.99

getiren bu düzenlemenin sigortalının menfaatinin korunması ilkesine ve hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu kanaatindeyiz. Hekimin insani görevi yerine getirilmesi amacıyla yaptığı mesleki faaliyetinden kaynaklı tazminat talepleri sigorta koruması altına alınmıştır.

Hekimin idari ve adli para cezaları dâhil maruz kaldığı her türlü ceza ve cezai şartlar ile her türlü deneyden kaynaklanan tazminat talepleri de sigorta sözleşmesinin koruması dışında tutulmuştur.

3- Rizikoya İlişkin Olarak Sigorta Ettirenin Yükümlülükleri

Sigorta ettirenin, sigorta sözleşmesi ile sağlanan sigorta himayesinden yararlanabilmesi için bazı yükümlülükleri yerine getirmesi gerekmektedir. Sigorta ettiren veya sigortalı bu yükümlülüklerini yerine getirmez ise sigorta himayesinden yararlanma hakkını kaybetme tehlikesi ile karşı karşıya kalabilecektir.

Sigorta sözleşmenin önemli bir unsuru olan riziko, genel tabir ile tehlike zarar verici özellikleri olan olayların gerçekleşmesi ihtimali olarak tanımlanmaktadır[8]. Rizikonun gerçekleştiği anın, tazminat ödenmesine kadar geçen zaman aralığı içerisindeki yerinin belirlenmesi, sigorta himayesinin zaman yönünden sınırının tespiti ve sigortacının garanti yükümünün kapsamının belli olması açısından önem arz eder[9].

Hekim mesleki sorumluluk sigortası genel şartlar B.1'de, sigorta sözleşmesinin konusuna ilişkin olarak sigortalının kendisine tazminat talebinde bulunulduğunu öğrendiği ya da zarar görenin doğrudan doğruya sigortacıya başvurduğu anda riziko gerçekleşmiş sayılır. Hekim mesleki sorumluluk sigortası genel şartlarının B.2.a'da sigorta ettirene haberdar olduğu andan itibaren rizikonun gerçekleştiğini sigortacıya derhal bildirmekle yükümlü tutulmuştur. Rizikonun gerçekleşmesi hekimin bildirim yükümlülüğünü başlattığından, öğrenmenin yapılan bir tebligatla ya da hukuki takibe bağlı kılınmaması uygulamada belirsizliklere neden olabilecektir. Bildirimin yapılmaması veya geç yapılması sigortacı tarafından ödenecek tutarın artmasına sebep olmuşsa, kusurun ağırlığına göre indirim uygulanacaktır. Sigortalı

[8] Ulaş Işıl, Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları, Ankara 2005,4.Bası, s. 32.

[9] Şenocak Kemal, Mesleki Sorumluluk Sigortası,1.Bası, s.78.

hekim bildirime müteakip tazminat talebine ve cezai kovuşturmaya ilişkin olarak aldığı ihbarname, davetiye ve benzeri tüm belgeleri gecikmeksizin sigortacıya da vermelidir.

TTK md. 1448'de sigorta ettiren kimse zararı önlemeye, azaltmaya ve sigortacının rücu haklarını korumaya yarayacak tedbirleri almakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Bu maddeye paralel düzenleme hekim mesleki sorumluk sigortası genel şartlarının B.2.c-ç hükmünde yer almaktadır. Buna göre, sigortalı ve sigorta ettiren sigorta sözleşmesi yokmuş gibi gerekli her türlü önlemi almak ve bu amaçla sigortacı tarafından verilecek mesleki faaliyet dışındaki sigortacılıkla ilgili makul talimatlara uymakla yükümlüdür. Sigorta ettiren mümkün olan ve kendisinden beklenebilecek tedbirleri almakla yükümlüdür.

Sigorta ettiren rizikonun ortaya çıkmasına engel olmak gibi bir imkâna sahipse ve buna rağmen sonucun ortaya çıkmasına engel olmak için bir çaba içerisinde değilse ya da bu çabayı göstermemesinin nedeni içinde bulunduğu ekonomik koşullar, yeterli zaman gibi faktörlerse bu durumda ihmali söz konusudur[10].

Sigorta ettiren, sigortacının talebi üzerine, olayın ve zararın nedeni ile hangi hal ve şartlar altında gerçekleştiğini ve sonuçlarının tespitine; tazminat yükümlülüğü ve miktarı ile rücu hakkının kullanılmasına yarayacak, elde edilmesi mümkün bilgi ve belgeleri makul sürede vermekle yükümlüdür.

Sigorta ettirenin bilgi verme yükümlülüğü, somut olayın aydınlatılmasına ilişkin her şeyi kapsar[11]. Zarar olayının münferit unsurlarını sigortacıya bildirmek ve kendisine yönelik soruları cevaplamakla yükümlüdür.

Sigorta ettiren zarar olayının aydınlığa kavuşması için kendisinden istenen ve işe yarayacak belgeleri de vermek zorundadır. Hekim hasta ilişkisi içindeki sır saklama yükümlülüğü Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 4. Maddesinde, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 9. Maddesinde ve Hasta Hakları Yönetmeliğinin 21.maddesinde düzenlenmiştir. Genel şartlardaki aksi yönde düzenleme hekimin sır saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecektir.

[10] Mahmutoğulları, a. g.e,s.103
[11] Gülaslan Aksoy Pınar, Sağlık Çalışanı –Hasta İlişkisinde Güncel Konular ,"Mesleki Malı Sorumluluk Sigortası",s.105,

4- Rizikoya İlişkin Olarak Sigortacının Borç ve Yükümlülükleri

Sorumluluk sigortasında ve dolayısıyla mesleki sorumluluk sigortasında, sigorta ettiren ve sigortalı, sigortacı karşısında üçüncü kişinin ileri sürdüğü haklı ve haksız tazminat taleplerinden kurtulmaya yönelik birleşik bir talep hakkına sahiptir[12]. Sigorta ettiren üçüncü kişinin ileri sürdüğü tazminat talebinden kurtarılmaya yönelik talebini sigortacıya iletir. Burada sigorta ettirenin talebinin kurtarılma talebi olduğu doktrinde kabul edilmektedir[13]. Sigortacının üçüncü kişilerin tazminat taleplerinin kabulü ya da bertaraf edilmesi yönünde hareket edip etmeyeceği, sigortacının takdirindedir.

Hekim sorumluluk sigortası genel şartları B.3.4.'de sigortacının yapacağı hukuki yardım ve takdir hakkı düzenlenmiştir. Sigortacı, sigortalı tarafından usulüne uygun olarak bildirimde bulunulması ya da zarar gören tarafından kendisine doğrudan talepte bulunulmasından itibaren beş gün içinde, zarar uğrayanın istemleriyle ilgili olarak ve sigortalının adına, fakat sorumluluk ve tüm giderler kendisine ait olmak üzere, gerekli hukuki işlemlerin gerçekleştirilip, kararların alınmasını ve ayarıca savunmaya yardımda bulunmayı üstlenip üstlenmeyeceğini sigortalıya bildirir. Bu sürenin sonuna kadar yapılması zorunlu işlemleri sigortalı yürütür. Sigortacı yapacağı işlemlerde sigortalının hak ve menfaatlerini göz etmek zorundadır.

Sigortacı, zararı önleme, azaltma, artmasına engel olma ve rücu haklarının korunmasına yönelik sigortalının yaptığı makul giderleri, bunlar faydasız kalmış olsalar bile, sigorta tazminatından ayrı olarak tazmin eder. Sigorta ettirenin istemi üzerine giderlerin karşılanması ve amacıyla gerekli tutarı avans olarak ödemelidir. Burada giderler ve ödenecek avans ile ilgili herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiş ise de giderler sigorta bedeline dâhildir. Zarar görene tazminat olarak ödenmesi gereken tutar ile makul giderler toplamı olay başına uygulanacak limiti aşsa dahi, sigortacı bu toplamı ödemekle yükümlü olacaktır[14].

[12] Şenocak, a. g. e,s.142.
[13] Şenocak, a. g. e,s.142.
[14] Ünan,a.g.e,s.36.

5- Tazminatın Ödenmesi

Hekim mesleki sorumluluk sigortasında, hekimin mesleki faaliyeti sebebiyle zarar gören üçüncü kişilerin tazminat talepleri, bu taleplerle bağlı yargılama giderleri ve hükmolunacak faiz, tazminata talebine ilişkin makul giderler, sigorta bedeli sınırları içinde sigorta tazminatı olarak sigortacı tarafından sigorta sözleşmesine uygun olarak ödenir.

Sigorta tazminatı, rizikonun gerçekleşmesi müteakip ve rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmesinden sonra sigorta edimine ilişkin araştırmalar bitince ve her halde rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirimin yapılmasından kırkbeş gün sonra muaccel olur. Sigorta poliçesi ekinde hangi bilgi ve belgelerin isteneceği açık olarak ifade edilecektir. Ancak özellikli durumlarda sigortacı tarafından başkaca bilgi ve belge de istenebilir.

Araştırmalar, rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirimin yapılmasından ya da zarar görenin doğrudan sigortacıya başvurmasından başlayarak üç ay içinde tamamlanamamışsa; sigortacı, tazminattan mahsup edilmek üzere, tarafların mutabakatı veya anlaşmazlık halinde mahkemece yaptırılacak ön ekspertiz sonucuna göre süratle tespit edilecek hasar miktarının en az yüzde ellisini avans olarak öder. Sigortacıyı temerrüt faizinden kurtaracak sözleşme hükümleri geçersizdir.

Hekim mesleki sorumluk sigortasında sigortalının, sigortacının onayını almadan yaptığı sulh sözleşmesine sigorta şirketi tarafından on beş gün içinde onay verilmemişse sigortacıya karşı geçersizdir. Sigortacı haklı olmayan sebeplerle sulhe onay vermekten kaçınamaz.

Sigortacı sigorta sözleşmesi kapsamında ödediği tazminat tutarınca hukuken sigortalı yerine geçer. Sigorta ettiren kimsenin vaki zarardan dolayı üçüncü şahıslara karşı dava hakkı varsa bu hak tazmin ettiği bedel nispetinde sigortacıya geçer. Bu durum gereğince de sigortalı tarafından açılabilecek rücu davalarını da ikame etme hak ve yetkisine sahip olacaktır.

TTK md. 1478 'de, zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmını tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilecektir.

Zorunlu sorumluluk sigortalarında geçerli olan TTK md.1484 genel şartlarda aynen kabul edilen çok önemli bir düzenlemedir. Buna göre;

sigortacı, sigortalıya karşı ifa borcundan tamamen veya kısmen kurtulmuş olsa da, zarar gören bakımından ifa borcu, zorunlu sigorta miktarına kadar devam edecektir. Sigortacı, sigortalı hekimle ilişkisindeki savunmalarını zarar gören üçüncü kişiye karşı ileri süremeyecektir[15].

TTK 1484 f.3'de zarar, sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılandığı ölçüde sigortacının sorumluluğu sona erer. Hekimin mesleki faaliyeti sırasında üçüncü kişiye verdiği zararlar nedeniyle sosyal güvenlik kurumu tarafından zarar görene bir ödeme yapılmışsa, zarar bu oranda azaldığından sigortacının da sorumluluğu sona erer. Sosyal güvenlik kurumları tarafından yapılan bu ödemeler genelde tazminat niteliğindeki, üçüncü kişinin zararına ilişkin olarak yapılan ödemelerdir. Örneğin tıbbi kötü uyguma sebebiyle sakat kalmış kişinin tedavi gideri, tazminat ödemesi vb. sosyal güvenlik kurumunca karşılanmış ise; karşılanan miktar kadar sigortacının sorumluluğu sona erecektir.

5510 sayılı kanunun md. 39'da üçüncü bir kişinin kastı nedeniyle malul kalan genel sağlık sigortalısına veya yakınlarına bağlanacak aylıkların ilk peşin sermaye değerin yarısı için Kurumca zarara sebep olanlara rücu edileceği düzenlenmiştir. Örneğin hekimin kasıtlı tıbbi kötü uygulaması nedeniyle ölen kişinin yakınlarına Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından bağlanacak aylıklar hekime rücu edilecektir. Zarar kasten verildiği için hekim mesleki sorumluluk sigortası bu rücuya karşı koruma sağlamayacaktır.

TTK md.1482 uyarınca sigortacıya yönetilecek tazminat talepleri, sigorta konusu olaydan itibaren on yılda zaman aşımına uğrar. TTK md. 1486 f.2, anılan maddenin zorunlu sigortalarda da uygulanacağını kabul edilmiştir.

[15] Ünan,a.g.e,s.57.

SONUÇ

Hekim mesleki sorumluluk sigortası bir yandan hukukun konusu teşkil ederek bir yandan da aslında bir sağlık politikasıdır. Sağlık hizmetlerinin yönetimini ve toplumun sağlık düzeyini etkilemektedir. Tıbbi kötü uygulama kavramı üzerine kurulu bir sigorta olduğundan sağlık sistemi, hekimlerin çalışma şartları, kamu sağlık kuruluşlarının çalışma şekilleri göz ardı edilmiştir. Sağlık sistemindeki teknik aksaklıklar, personel yetersizliği gibi ciddi sıkıntılar dikkate alınmalıdır.

Sigorta Hasar Takip ve Gözetim Merkezinin 2012 yılı istatistiklerine, hekim mesleki sorumluluk sigortası poliçe adedi 131.938 toplanan prim tutarı ise 51.71.057 TL'dir. Hasar dosya adedi 725,toplam muallâk tutarıysa 59.102.002 TL, ödenen tazminat tutarı ise 3.182 TL 'dir[16]. Toplanan prim tutarı büyüklüğü ayrı tartışma konusudur.

Hekimler, dava riskleri sebebiyle daha çekingen ve savunmaya dayalı tıp uygulamalarında bulunabilirler. Bu da tanı giderlerini artırmasına ve sağlık harcamaların çoğalmasına neden olabilir. Bu sebeple, sağlık sektörünün bir bütün olarak ele alınması ve genel şartlarda bu mantıkla düzenlemelerin yapılmasının gerektiği kanaatindeyiz. Aksi halde sadece sektörler arası para trafiği ve ulusal kaynaktan uluslararası ortama kaynak aktarma sonucunu doğuracaktır.

[16] www.hatmer.org.tr.- 31.12.2012. e.t: 05.03.2013

KAYNAKÇA

Haluk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961.

Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007

Kemal Şenocak, Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000,1.Bası

Mustafa Çeker, Yargıtay Kararları Işığında Sigorta Hukuku, Adana 2004

Pınar Aksoy Gülaslan, Sağlık Çalışanı –Hasta İlişkisinde Güncel Konular, "Mesleki Malı Sorumluluk Sigortası",Editör Nazmi Zengin , Kardelen Yayınları,Konya 2012.

Samim Ünan, Zorunlu Hekim Sorumluğu Sigortası Genel Şartlar Şerhi, Sigorta Hukuku Türk Derneği, İstanbul 2012

Işıl Ulaş, Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları, Ankara 2005,4.Bası

SUNUŞ

Prof. Dr. Metin GÜNDAY*

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununun 55 inci maddesinin 2 nci fıkrası ile ***"Bu Kanun hükümleri, her türlü idari işlem ve eylemlerle 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"*** hükmü getirilmiştir. 12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 3 üncü maddesinde ise ***"Her türlü idari işlem ve eylemlerle idarenin sorumlı olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar…"*** hükmüne yer verilmiştir.

Böylece, bir yandan idarenin vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne sebebiyet veren işlem ve eylemlerden dolayı sorumluluğunun, öteden beri idare hukuku öğretisi ve idari yargı içtihatları ile geliştirilen ve pekiştirilen sorumluluk ilke ve kurallarına göre değil ve fakat bundan sonra Borçlar Kanununda yeralan sorumluluk ilke ve kurallarına tabi tutulması istenmiştir. Diğer yandan ise, idari eylem ve işlemlerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin olup da gene öteden beri idari yargı yerlerinde tam yargı davaları olarak bakılan ve de idarenin sorumluluğuna ilişkin İdare Hukuku ilke ve kuralları uygulanarak karara bağlanan maddi ve manevi tazminat davaları adli yargının görev alanı içine sokulmuştur.

Her iki yasal düzenlemede de, bugünkü yasa koyucunun yaptığı olağan ve sıradan düzenlemeler niteliğinde değildir. Bu düzenlemelerin Türkiye'de 1980 li yılların başından itibaren başlatılan bir süreç ile, idari yargı denetiminin etkinliğinin yitirilmesi ve giderek de idari yargının tasfiye edilmesi süreciyle bağlantılı olarak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyim.

Prof. Lütfi Duran, bundan yaklaşık 30 yıl önce kaleme aldığı "*İdari Yargı Adlileşti*" başlıklı makalesinde, 13.05.1982 tarih ve 2461 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu, 06.01.1982 tarih ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 2576 sayılı Bölge İdare, İdare ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ve 2577 sayılı İdari Yargıla Usulü Kanunu ile daha sonra yürürlüğe sokulan 1982 Anayasasının tüm yargı sistemini başkalaştıran ilke ve kuralları karşısında, idari yargının etkisizleştirilmesinin

ve bu yargı kolunun özel görevli, adliye mahkemelerinin ise genel görevli yargı kolu haline getirilmesinin amaçlandığına dikkati çekmiştir.

Prof. Duran'ın bu öngörüsü, sözü edilen Anayasal ve yasal düzenlemelerden sonra yapılan bir dizi yasal ya da yasa hükmündeki düzenlemeler ile zaman içinde doğrulanmıştır. Bu yasal düzenlemeler ile, idari işlem, eylem ve sözleşmelerden doğan pek çok uyuşmazlık ve davalar idari yargının görev alanı dışına çıkarılmış ve adli yargının görevine dahil edilmiştir.

Yüksek Anayasa Mahkemesi, idari uyuşmazlık ve davaları idari yargının görev alanı dışına çıkaran yasa hükümlerinin pek çoğunu, Anayasanın 155 inci, 125 inci ve kimi zamanda "*Kanuni Hakim Güvencesi*" başlığını taşıyan 37 nci maddesi karşısında, yasa koyucunun idari yargının görev alanının belirlenmesinde mutlak bir takdir yetkisi olamayacağı gerekçesiyle Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.

Yüksek Mahkeme, son olarak Hukuk Muhakemeleri Kanununun biraz önce sözünü ettiğimiz 3 üncü maddesini de 16.02.2012 gün ve E.2011/25, K.2012/23 sayılı kararı ile, daha önceki iptal kararlarındaki gerekçelerle birlikte Anayasanın "*Askeri Yüksek İdare Mahkemesi*" başlıklı 157 nci maddesine aykırı bulmuş ve iptal etmiştir. Bu iptal kararının 19.05.2012 tarih ve 28297 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmesi üzerine, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 3 üncü maddesi yürürlükten kalkmıştır. Dolayısıyla, idari eylem ve işlemlerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalar tam yargı davası olarak, bundan böyle de idari yargı yerlerinde açılaca ve karara bağlanacakır.

Ancak Yeni Borçlar Kanununun 55 inci maddesinin 2 nci fıkrasındaki hüküm yürürlüktedir. Bu durumda, idare yargıcının sözü edilen davaları Borçlar Kanunundaki sorumluluk ilke ve kurallarına göre karara bağlamasının gerekeceği düşünülebilecektir. Oysa; Anayasa Mahkemesinin iptal kararında da belirtildiği gibi, Borçlar Kanunundaki kusursuz sorumluluk halleri belli konulara ilişkin olup, sınırlıdır. Eğer idare yargıcı Borçlar Kanunundaki sorumluluk ilke ve kurallarını uygulayacak ise, bu takdirde örneğin terör olayları nedeniyle zarara uğrayan ve terör eylemlerini herhangi bir biçimde katılmamış olanların uğradığı zararların karşılanması amacıyla Danıştay tarafından geliştirilen "sosyal risk kuramı " uygulama alanı bulamayacak

ve bu kişilerin zararlarının tazmini mümkün olamayacaktır. Ayrıca; bu takdirde idarenin kusurlu sorumluluk nedeni olan ve kamu görevlilerinin kusurundan tamamen bağımsız ve anonim nitelik taşıyan ve de idarenin kuruluş, düzenleniş ve işleyişindeki bir aksaklık ya da bozukluğu ifade eden hizmet kusuruna da dayanılamayacaktır. Zira; idare zararın meydana gelmesi için hertürlü önlemi aldığını ieri sürüp sorumluluktan sıyrılabilecek ve sorumluluğu istihdam ettiği kamu görevlilerine yükleyebilcektir.

Diğer yandan, aynı idari eylem hem vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne sebebiyet verip hem de aynı kişinin mal varlığını zarara uğrattığında, idare yargıcı açılacak bir tam yargı davasında vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesi ya da kişinin ölümü dolayısıyla uğranılan zararlar nedeniyle Borçlar Kanunundaki sorumluluk ilke ve nedenlerini; mal varlığında meydana gelen zararlardan dolayı ise İdare Hukuku ilke ve kurallarını uygulamak durumunda kalacaktır.

Anayasa Mahkemesinin HMK'nun 3 ücü maddesini iptal eden kararından sonra ortaya çıkabilecek olan bu sorunlar bu oturumda değerli meslektaşlarım tarafından tartışılacaktır. Aynı tartışma öğreti ve uygulamada da yapılacaktır. Ancak; son zamanlarda "*yargı birliği*" sistemi dillendirilmekte ve bu sistemin hazırlanacak yeni Anayasaya yerleştirileceği ifade edilmektedir. Bu gereçekleştirilebilir ise, 1980 li yıllardan beri başlayan, zaman zaman Yüksek Anayasa Mahkemesinin iptal kararları ile kesintiye uğrayan idari yargının etkisizleştirimesi ve giderek de tasfiye edilmesi süreci sonlandırılmış ve idari yargı tamamen tasfiye edilmiş olacaktır. Bugün tartışacağımız sorunların tartışılmasına da zannediyorum, artık gerek kalmayacaktır.

YENİ TÜRK BORÇLAR KANUNUNUN 55/2. MADDESİNİN İDARE HUKUKUNUN İLKELERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ*

* Mevlâna Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

I. Giriş[1]**

Bu bildirinin **amacı**; özel hukuk ile ilgili mevzuatta, idarî yargı rejiminin özelliklerini ve bilhassa kamu yararını, fert ve idare menfaatlerinin dengesini göz önünde bulundurmadan yapılan düzenlemelerin doğru sonuçlar vermeyeceğine dikkati çekmektir.

Bu çalışma; daha ziyade terörle mücadele sırasında ([2]) ve sağlık hizmetlerinin sunumunda ([3]) idarenin sebep olduğu bedensel zararların tazminini kapsamaktadır.

Odaklanacağımız konu ise "idarenin sorumluluğu"dur ([4]). Ayrıca ıslah ve zamanaşımına da kısaca değinilecektir.

---

[1] ** Kısaltmalar:

AİHS. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, AYİM. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, bkz. bakınız, E. Esas, HMK. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İYUK. İdarî Yargılama Usulü Kanunu, K. Karar, md. madde, RG. Resmî Gazete, s. sayfa, S. Sayı, TBK. Türk Borçlar Kanunu, vd. ve devamı.

[2] Terörle mücadele sırasında uğranılan bedensel zararların tazmini konusunda verilen yargı kararlarıyla ve doktrindeki tartışmalarla ilgili olarak fazla bilgi için bkz. ODYAKMAZ, Zehra: "Mahkeme Kararları Işığında Terör Olaylarında İdarenin Sorumluluğuna Genel Bir Bakış", Mevlâna Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1'de basılmaktadır; ODYAKMAZ, Zehra: "Administration's Responsibility in Terror Incidents", Pravni zivot casopis za pravnu teoriju i praksu, Tematski Broj, Pravo I Odgovornost, 24 godina kopaonicke skole prirodnog prava, udruzenje pravnika srbıje, Broj 10, Beograd 2011, Tom II, p.137-170.

[3] Sağlık hizmetlerinin sunumu sırasında uğranılan bedensel zararların tazmini konusunda verilen yargı kararlarıyla ve doktrindeki tartışmalarla ilgili olarak fazla bilgi için bkz. ODYAKMAZ, Zehra: "Administration's Responsibility in Health Services", Pravni zivot casopis za pravnu teoriju i praksu, Tematski Broj, Pravo I Prostor, 23 godina kopaonicke skole prirodnog prava, udruzenje pravnika srbıje, Broj 10, Beograd 2010, Tom II, p.263-297, Duruga Katedra Pravo Na Slobodu; ODYAKMAZ, Zehra: "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kurumsal Sorumluluğu Açısından Avukatın Gözönünde Bulundurması Gereken Hususlar", s.199-235, Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk (Ceza Hukuku-Medenî Hukuk-İdare Hukuku), Sempozyum, 16-17 Ocak 2009 Mersin, Ankara 2009, IX+235 sayfa, Mersin Barosu; ODYAKMAZ, Zehra: "İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları", 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, Editörler (Prof. Dr. Hakan Hakeri, Prof. Dr. Henning Rosenau), Ankara – 2011, Adalet Yayınevi; ODYAKMAZ, Zehra-Bayram KESKİN: "Sağlık Hizmetleri Açısından İdarenin Kurumsal Sorumluluğu ve Hasta Hakları Mevzuatının İdarî Yargı Kararlarına Yansımaları", Azerbaycan-Bakü Quafkas Üniversitesi tarafından 26-27 Nisan 2013 tarihlerinde düzenlenen "Genç Araştırmacıların I. Uluslararası Konferansı" ile ilgili bildiri kitabında basılmaktadır.

[4] ·İdarenin kusurlu sorumluluğu için bkz. ÖZKARSLI, Oğuz: İdarenin Kusursuz Sorumluluğu ve Risk İlkesi, Yüksek Lisans Tezi, Afyonkarahisar Temmuz 2008, s.32-43, (X+107 sayfa), http://www.belgeler.com/idarenin-kusursuz-sorumlulugu-ve-risk-ilkesi-faultless-liability-of-administration-and-risk-principle (Erişim tarihi: 20.02.2013); GÖZLER, Kemal-Gürsel

II. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 55/2. Hükmünün Değerlendirilmesi ([5]) ([6])

"….. Bu kanun hükümleri her türlü idarî 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…."

KAPLAN: İdare Hukuku Dersleri, Düzeltilmiş ve Güncelleştirilmiş Onikinci Baskı, Bursa Ekim 2012, (XXXII+863+[1] sayfa), Ekin Kitabevi Yayınları, s.748-760; GÖZLER, Kemal-Gürsel KAPLAN: İdare Hukukuna Giriş, Güncelleştirilmiş 14.Baskı, Bursa Ağustos 2011, (XXIV+519 sayfa), Ekin Basım Yayın Dağıtım, Öğrenci Dostu Serisi No.4, s.408-414; GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara Ekim 2011, (xxxiv+652 sayfa), İmaj Yayınevi, s.369-378; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku C.1, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 6. Bası, Ankara Ağustos 2008, (XXII+1187 sayfa), Turhan Kitabevi Yayınları, s.859-869; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku C.2, İdarî Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara Ağustos 2008, (XIV+1245 sayfa), Turhan Kitabevi Yayınları, s.749-769; ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: İdarî Yargı, Konu Soru Mevzuat, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İstanbul Eylül 2012, (XII+491 sayfa), Themis Oniki Levha Yayıncılık A.Ş., Yayın No.224, s.169-170; ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: Anayasa Hukuku İdare Hukuku, Genişletilmiş Güncellenmiş 15. Baskı, İstanbul Ağustos 2012, (XXXX+655 sayfa), Themis Oniki Levha Yayıncılık A.Ş., Yayın No.183, s.412-420; KOÇAK, Yüksel: "Danıştay Kararları Işığında Tam Yargı Davaları", Vergi Raporu, Y.15, S.91, Nisan 2007, s.54-64; ODYAKMAZ, Zehra: "Administration's Responsibility in Health Services", agm., s.263-297; ÖZDEMİR, Selman: "İdarî Tazminatların Personele Rücû Usulü-1", Şanlıurfa Barosu Dergisi, 19, Nisan-Mayıs-Haziran 2011, s.12-15 (s.6-15).

İdarenin sorumluluğunun şartları için bkz. ÖZKARSLI, Oğuz: agt., s.16-25; GÖZLER, Kemal-Gürsel KAPLAN: İdare Hukuku Dersleri, age., s.780-787; GÖZLER, Kemal-Gürsel KAPLAN: İdare Hukukuna Giriş, age., s.423-426; GÜNDAY, Metin: age., s.383-384; ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: Anayasa Hukuku İdare Hukuku, age., s.425-428; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku C.1, Genel Esaslar, age., s.891-895; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku C.2, İdarî Yargılama Hukuku, age., s.785-801.

İdarenin kusurlu ve kusursuz sorumluluğunun tarihsel gelişimi için bkz. ÖZKARSLI, Oğuz: agt., s.9-13, s.48-52; GÖZLER, Kemal-Gürsel KAPLAN: İdare Hukuku Dersleri, age., s.742-743; GÜNDAY, Metin: age., s.378; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku C.1, Genel Esaslar, age., s.837-838; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku C.2, İdarî Yargılama Hukuku, age., s.745-747; KIRTEPE, Ahmet: "5233 Sayılı Yasa Kapsamında Sosyal Risk İlkesi Gereğince Karşılanacak Zararlar ve İdarenin Sorumluluğunun Sınırları", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y.5, S.43, Mart 2010, (s.145-155), s. 145-146.

[5] 11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı TBK. için bkz. 4 Şubat 2011 tarihli ve 27836 sayılı RG. (Yürürlüğe giriş tarihi: 1 Temmuz 2012).

[6] TBK. md.55/2 konusunda fazla bilgi için bkz. GÖZLER, Kemal-Gürsel KAPLAN: "İdarî Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adlî Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi? (HMK. m.3 ve TBK. m.55/2 Hakkında Eleştiriler)", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y.6, Kasım 2011, S.63, s.36-41, (www.idare.gen.tr/gozler-kaplan-hmk-m3.htm); GÜZEL, Oğuzhan: "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdarî Yargının Görev Alanına Yönelik Müdahalelerin Değerlendirilmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Gazi University Faculty of Law Review, C. XVII, Ocak-Nisan 2013, S.1-2, V. XVII, January-April 2013, No.1-2, Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL'a Armağan, Ankara Ocak-Nisan 2013, s.1515-1519 (s.1483-1519).

Borçlar Kanunu 55/2'nin gerekçesi ise kısaca ([7]); insan zararları olarak

[7] · 6098 sayılı TBK. "IV. Özel durumlar-1. Ölüm ve bedensel zarar…. c.Belirlenmesi Madde 55: 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 arttırılamaz veya azaltılamaz. Bu Kanun hükümleri, her türlü idarî 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 tasarısına 55. maddenin eklenmesi için verilen önergenin gerekçesi şöyledir: "Borçlar Kanununda, ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararlar ayrı hükümler hâlinde düzenlenmiştir. Ayrı düzenleme, kodifikasyon tarihi itibariyle bu zararların mahiyetinden, yeni kanunumuz bakımından ise, ek olarak bu zararların insan hakkı niteliklerinden kaynaklanmaktadır. "İnsan Zararları" olarak da kavramlaştırılabilecek olan bu zararların hesabında Borçlar Kanunu, özellikle yeni 49-52 madde hükümleri, diğer özel yasalar ve sorumluluk hukuku ilkeleri gözetilecektir. Destekten yoksun kalma ve iş-göremezlik tazminatları, bu yönüyle takdir temelinden daha çok, bağımsız bir yapı özelliği kazanmış metrik temele (tazminat metriğine) dayanır (YHGK. 21.3.1990 t, 4-586/199-E/K; YHGK. 21.3.1990 t, 10-688/191-E/K. Any. m.19/ son fıkra,". ..tazminat hukukunun genel prensipleri….." ibaresi). Bu zararların belirlenmesinde ortaya çıkan farklı uygulamaları yeknesaklaştırıcı yeni ve özel hükümler öngörülmüştür. Bu hükümlerin sevkinde tazminatın önleyici işlevi, insan hakkı karakteri, zarar vereni ödüllendirme sonucunu doğuracak yöntemlerden kaçınma ve sorumluluk hukukunun diğer ilkeleri esas alınmıştır. Sosyal güvenlik ödemelerinin, denkleştirme (indirim) işlevi görebilmesi, onun sorumluluğu doğuran olaya sebebiyet verenlere rücu edilebilmesine bağlıdır. Bir kural gereği rücu edilemeyen (emekli sandığı maaşı, malüllük aylığı, ölüm sigortası aylığı) sosyal güvenlik ödemeleri; teknik arıza, tam-kaçınılmazlık hâlindeki ödemeler ve benzeri ödemeler bu tazminatlardan indirilemeyecektir. Aynı şekilde prensip olarak rücu edilebilen sosyal güvenlik ödemelerinden bir kısmı rücu edilemeyen miktar dahi denkleştirilemeyecektir. Zarar görenin kusuruna (müterafik kusura) yansıyan sosyal güvenlik ödemeleri, tahsis tarihinden sonra meydana gelen sosyal güvenlik ödemelerindeki artışlar, kısmî kaçınılmazlık ve teknik arıza hâlindeki ödemeler ve benzerleri rücu edilemediğinden bu miktarlar dahî denkleştirilemeyecektir. İnsan zararlarına ilişkin tazminat hakkının, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ve ifa amacını taşımayan diğer edinimlerle bir bağı ve bağlantısı yoktur. Bu nevi ödemelerin denkleştirilmesi, zarar vereni ödüllendirme anlamına gelir. Rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemelerinin, sorumluluk hukuku ile koruma altına alınan tazminatı ikame veya telafi fonksiyonları bulunmamaktadır. Tazminata, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile yahut ifa amacı taşımayan diğer ödemelerle karşılanmayan zarar biçiminde bir yaklaşım, ne onun kaynağı ile ve ne de onun işlevi ile bağdaşmaz. Bu yönüyle sorumluluk (tazminat) hukuku ile sosyal güvenlik hukuku arasında bir mahiyet farkı bulunmaktadır. Öte yandan rücu edilemeyen sosyal güvenlik hak ve ödemelerinin oluşmasında zarar verenin bir katkısı olmadıktan başka, rücu edilen ödemelere nazaran zarar verenin mükerrer ödemesi de yoktur. Rücu edilememe durumunda denkleştirmenin kurucu unsuru olarak illiyet bağı koşulu da gerçekleşmemektedir. İfa amacı taşımayan ödemeler, tazminattan indirilemeyecektir. Zarar veren yahut üçüncü kişi tarafından ödeme kastı dışında kalan saiklerle yapılan ödemeler (sözgelimi yardımlar ve benzerleri) denkleştirilemeyecektir. Zarar görenin mamelekine yukarıda belirtilen türden dâhil olan ödemelere, tazminat hakkını veya destek ilişkisini çökerten bir etki tanınamaz. Tersine bir yaklaşım, sorumluluk hukukunun önleyici (tenkil) karakteri ile de bağdaşmaz. Yasa koyucu bu tercihi ile farklı uygulamaları hak ekseninde bütünleştirmiştir."

kavramlaştırılabilecek zararların belirlenmesinde adlî yargı ile idarî yargı arasında ortaya çıkan farklı uygulamaları bütüncülleştirmektir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesi ile paralel olarak 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin ikinci fıkrası, idarî eylem ve işlemler sebebiyle açılan tazminat davaları açısından farklı bir kural getirmiştir.

Bu düzenlemenin sonunda yer alan "istem ve dâvalar" tâbirinden amaç, idarî yargıdaki tam yargı davalarıdır.

İdare mahkemelerinin uygulamada; tam yargı davalarında verdiği kararlarda zararın hesaplanması ve tazminat miktarının belirlenmesi konusunda eksik hesaplamalar yaptığı ve bunun da hak ve adalet ilkeleri ile bağdaşmadığı yolunda eleştiriler vardır.([8])

Bu yeni hüküm ile birlikte idarenin tazminat sorumluluğu da Borçlar Kanunu hükümlerine göre belirlenecektir.

1. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 3. Maddesinin İptal Gerekçesinin Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi'nin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesine yönelik ([9]) ([10]) vermiş olduğu iptal kararının gerekçesinde de vurguladığı gibi ([11]), idare hukukunda var olan sorumluluk kuralları bireyin idare karşısındaki korunma kapsamını genişletmektedir.([12])

TBMM (S. Sayısı 321), s.264-265.

[8] GÜZEL, Oğuzhan: agm., s.1516 vd.

[9] · 12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı HMK. için bkz. 4 Şubat 2011 tarihli ve 27836 sayılı RG. (Yürürlüğe giriş tarihi: 1 Ekim 2011).

HMK.'nun "Ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarında görev" başlıklı 3. maddesine göre: "Her türlü idarî eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddî ve manevî zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar. İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda dahî bu hüküm uygulanır".

[10] HMK. md.3 ile ilgili eleştiriler için bkz. GÖZLER, Kemal-Gürsel KAPLAN: agm., s.36-41; GÜZEL, Oğuzhan: agm., s.1512-1515.

[11] Anayasa Mahkemesi'nin 16.02.2012 tarihli ve E.2011/35, K.2012/23 sayılı iptal kararı için bkz. 19 Mayıs 2012 tarihli ve 28297 sayılı RG.

[12] Anayasa Mahkemesi'nin kararı: "...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 gördüğü zararların tazmininde kullanılan ve kişilerin idare

Çünkü idare hukukunda, idarenin hiçbir kusuru olmasa da kusursuz sorumluluk ([13]), kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi (fedakârlığın denkleştirilmesi ([14])), terör eylemleri ve sosyal risk ilkesi ([15]) gibi kavramlara

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 esasların 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 idarî eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı neden olduğu söylenemez…… ".

[13] İdarenin kusursuz sorumluluğunun özellikleri için bkz. ÖZKARSLI, Oğuz: agt., s. 44-48, s.52-56; ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: İdarî Yargı, age., s.170 vd.; GÖZLER, Kemal-Gürsel KAPLAN: İdare Hukuku Dersleri, age., s. 760 vd.; GÖZLER, Kemal-Gürsel KAPLAN: İdare Hukukuna Giriş, age., s.415 vd.; ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: Anayasa Hukuku İdare Hukuku, age., s.421 vd.; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku C.1, Genel Esaslar, age., s.871-885; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku C.2, İdarî Yargılama Hukuku, age., s.769 vd.; ODYAKMAZ, Zehra: "Administration's Responsibility in Health Services", agm., s.289 vd.; KORKMAZ, Kadir: "AYİM Kararları Işığında Askerî Hizmetin Yürütülmesi Esnasında Askerî Personelin Karşılaştığı Bireysel Zararlardan İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Esasları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIV, Haziran 2010, S.1, s.371-374.

[14] Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi (Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi) için bkz. ÖZKARSLI, Oğuz: agt., s. 57-64; ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: İdarî Yargı, age., s.171; GÖZLER, Kemal-Gürsel KAPLAN: İdare Hukuku Dersleri, age., s. 771-769; GÖZLER, Kemal-Gürsel KAPLAN: İdare Hukukuna Giriş, age., s.418-423; GÜNDAY, Metin: age., s.382-383; ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: Anayasa Hukuku İdare Hukuku, age., s.424-425; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku C.1, Genel Esaslar, age., s.872-884; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku C.2, İdarî Yargılama Hukuku, age., s.772-774; KORKMAZ, Kadir: agm., s.376 vd.; IŞIKLAR, Celâl: "Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kararlarında İdarenin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Haller", Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s.577-579; ODYAKMAZ, Zehra: "Mahkeme Kararları Işığında Terör Olaylarında….", agm.

[15] · Anarşi ve terör olaylarında kusurlu ve kusursuz sorumluluk için bkz. GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku C.1, Genel Esaslar, age., s.874-878; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku C.2, İdarî Yargılama Hukuku, age., s.774-778; GÖZLER, Kemal-Gürsel KAPLAN: İdare Hukuku Dersleri, age., s.769.

Terör eylemleri ve sosyal risk ilkesi için bkz. ÖZKARSLI, Oğuz: agt., s. 78-87; AKYILMAZ, Bahtiyar: "Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı", Gazi Üniversitsi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IX, S.I-II, Haziran-Aralık 2005, s.185-211, http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/IX_178-204 (Erişim tarihi:20.02.2013); ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: İdarî Yargı, age., s.170-171; GÖZLER, Kemal-Gürsel KAPLAN: İdare Hukuku Dersleri, age., s. 768 vd.; KIRTEPE, Ahmet: agm.; Danıştay 10. Dairesinin 13.10.1993 tarihli ve E.1992/3372, K.1993/3777 sayılı kararı, www.kazanci.com (Erişim tarihi: 20.02.2013); GÜNDAY, Metin: age., s.381; ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: Anayasa Hukuku İdare Hukuku, age., s.423-424; ODYAKMAZ, Zehra: "Mahkeme Kararları Işığında Terör Olaylarında….", agm.; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku

dayanılarak kişilerin uğradığı zararların tazmin edilmesi mümkünken, özel hukuk alanındaki kusursuz sorumluluk halleri belirli konular için düzenlenmiş olup, sınırlıdır.

Adlî yargı ile idarî yargının birbirinden ayrılmasının temelinde, özel hukukla idare hukukunun ayrı ilke ve kurallara oturtulması; uyuşmazlık alanlarının ve bu uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk kurallarının değişik olması söz konusudur.([16])

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin iptalinden sonra 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55/2 hükmü yürürlükte bulunduğundan idarenin sorumlu olduğu vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin davalar, idarî yargının amacına aykırı olarak özel hukuk hükümlerine göre çözümlenecektir.

Bu hüküm uyarınca idarenin sorumluluğu da özel hukuk hükümlerine göre belirleneceğinden söz konusu uyuşmazlıkların idarî yargı mercilerinde çözümlenmeye devam etmesinin bir anlamı kalmayacaktır. ([17])

Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nun 55/2 hükmü uyarınca idare mahkemeleri idarî yargının yıllar boyunca, içtihatlarla geliştirdiği muhtelif sorumluluk ilkelerine göre karar vermeyecek, bu da bireyin idare karşısındaki korunma kapsamını daraltacaktır.

C.1, Genel Esaslar, age., s.875 vd.; AZRAK, Ali Ülkü: "İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu III, Ankara 12-13 Mayıs 1979, İstanbul 1980, Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, Fakülteler Matbaası, s.138; ÇOBAN, Ayşegül: "Yargı Kararları Işığında Sosyal Risk İlkesi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi 20. Yıl Armağanı, C.11, S.1-2, s.321-339; ÇAĞLAYAN, Ramazan: "Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi", Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Ankara 2009, s.451-481; IŞIKLAR, Celâl: agm., s.579-581.

[16] · İdarî yargının tarihsel gelişimi konusunda bkz. GÜZEL, Oğuzhan: agm., s.1485-1492 ve konuyla ilgili dipnotlar.

İdarî yargı rejiminin gerekliliği için bkz. ODYAKMAZ, Zehra: "İdarî Yargının 30. Yılında Öneriler", Ankara Barosu-Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin ortak etkinliği olarak 9 Mart 2012 tarihinde Ankara'da düzenlenen "İdarî Yargılama Usulü Kanununun 30. Yılında İdarî Yargı Sempozyumu"nda sunulan bildiri, (Ankara Barosu tarafından basılmaktadır.); ODYAKMAZ, Zehra: "İdarî Yargı Rejiminin Önemi ve Gerekliliği (Importance and Necessity of Administrative Judiciary Regime)", s.120-125, Ankara Global, Ankara Ocak 2012; ODYAKMAZ, Zehra: "The Importance of Administrative Judiciary Regime (System of Judicial Separation) in Terms of Human Future", Pravni život, časopis za pravnu teoriju i praksu Tematski Broj, Pravo I Humana Buducnost, Udruzenje Pravnika Srbıje, Broj 10 2006 Beograd, Tom II, p.329-360; GÜZEL, Oğuzhan: agm., s.1493-1494.

[17] GÜZEL, Oğuzhan: agm., s.1518.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun iptal edilen 3. maddesi ([18]) ile Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin ikinci fıkrası benzer gerekçelerle yapılan birbiriyle uyumlu düzenlemelerdir. Bu nedenle birinin iptali sonrasında kalan diğeri hukuk bütünlüğünü bozmaktadır.

İdarenin hukuka aykırı eylem ve işlemleri sonucunda tazmin sorumluluğunu daraltan Borçlar Kanununun 55/2. maddesinin ikinci fıkrası, hem hukuk devleti ilkesini hem de Anayasanın 125. maddesinin 1.fıkrasındaki *"....idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık....."* olduğu kuralını ihlâl etmektedir. Zira idarenin hukukî sorumluluğu özel hukuk ilkelerinin uygulanması ile tam olarak yerine getirilemez.

Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi olmasaydı, idarenin sorumluluğunda sadece anayasanın ilgili hükümleri geçerli olurdu. Bu durumda idarenin kusursuz sorumluluğu meselesi, idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran haller gibi salt idare hukukuna özgü sorumluluk meseleleri anılan maddelere göre çözümlenecekti. Fakat mevcut durumda özel hukuktaki sorumlulukla idarenin sorumluluğu müesseselerinin çatışması söz konusu olmaktadır.

Ancak uygulayıcılar;

Borçlar Kanunu madde 55'in; idarî yargı yerlerinin bu kanuna göre karar vereceğini belirtmekle birlikte, idare hukuku ilkelerini, hizmet kusurunu, sosyal risk ilkesini uygulayamaz, demediğini ifade etmektedirler.

Borçlar Kanununun 55. maddesinin ikinci fıkrası, idarî yargının tazminatın hesaplanması ([19]) yönündeki uygulamalarını yasal hale getirmiştir, demektedirler.

İdarî yargının kodifiye edilmiş kuralları olmadığı için bu düzenlemeye gerek olmadan da özel hukuk hükümlerine göre tazminat hesaplanabilirdi, diye düşünmekteyiz.

Ancak bu düzenlemeyle bu tazminatın hesaplanması bakımından adlî yargıdaki uygulamayla birliktelik sağlamaya çalışırken idare hukukuna özgü sorumluluk sebeplerinin uygulanamaması veya daraltılması gibi bir durum ortaya çıkmıştır.

---

[18] Bkz. 8, 9, 10 ve 11 no.lu dipnotlar.

[19] İdarî yargıda tazminatın hesaplanması ile ilgili olarak bkz. ZABUNOĞLU, Yahya Kâzım: İdare Hukuku (Cilt 1), Ankara 2012, Yetkin Yayınları, s. 737-742; DERDİMAN, R[amazan] Cengiz: İdarî Yargının Genel Esasları, Yeni değişikliklere göre güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2012, s.220-230, (24+416 sayfa), Aktüel, Alfa Akademi Basım Yayın Dağıtım Ltd. Şti.

Her ne kadar Anayasanın; idarî yargının görev alanını koruyan hükümler içermediği dile getirilmekteyse de ([20]) ([21]); Anayasanın yasama organını düzenleyen 7. ([22]), Danıştay'ı düzenleyen 155. ([23]) idarî-adlî yargı

[20] GÖZLER, Kemal-Gürsel KAPLAN: agm.

[21] · İdarî yargının görev alanının anayasal dayanağı sorunu: Türk hukukunda askerî idarî yargının görev alanı anayasal güvence altındadır. Anayasanın 157. maddesine göre: ".... askerî olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişiyi ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklar...."ın yargısal denetimi, ilk ve son derece mahkemesi olarak Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'nde yapılacaktır. Genel idarî yargının görev alanının anayasal bir dayanağa sahip olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Bu konunun önemi şudur: Eğer "İdarî yargının görev alanının anayasal dayanağı vardır" sonucuna ulaşırsak o zaman kanun koyucu, çıkaracağı bir kanunla idarî yargının görev alanına giren bir konuyu, adlî yargının görev alanına sokamaz. Eğer adlî yargının görev alanına dâhil ederse bu kanun anayasaya aykırı olur. Eğer idarî yargının görev alanının anayasa ile korunmadığı sonucuna ulaşılırsa bu durumda, kanun koyucu idarî yargının görev alanını kanunla serbestçe düzenleyebilecektir. Başka bir deyişle aslında, idarî yargının görev alanına girmesi gereken bir davanın adlî yargının görev alanına sokulmasına anayasal bir engel olmayacaktır.

ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: İdarî Yargı, age., s.82-83.

Bu konuda fazla bilgi için bkz. GÜNDAY, Metin: age., s.32; GÜNDAY, Metin: "İdarî Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları", Anayasa Yargısı, S.14, 1997, s.347-363.

İdarî yargının görev alanının anayasal dayanağı konusunda doktrindeki çeşitli görüşler için bkz. GÜZEL, Oğuzhan: agm., s.1495-1498.

Anayasa Mahkemesi'nin idarî yargının görev alanına yönelik yasal düzenlemelere yaklaşımı için bkz. GÜZEL, Oğuzhan: agm., s.1498 vd.

[22] 1982 Anayasası'nın "Yasama yetkisi" başlıklı 7. maddesi: "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez."

[23] 1982 Anayasası'nın "Danıştay" başlıklı 155. maddesi: "Danıştay, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.

(Değişik: 13.8.1999-4446/3 md.) Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idarî uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.

Danıştay üyelerinin dörtte üçü, birinci sınıf idarî yargı hâkim ve savcıları ile bu meslekten sayılanlar arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu; dörtte biri, nitelikleri kanunda belirtilen görevliler arasından Cumhurbaşkanı; tarafından seçilir. Danıştay Başkanı, Başsavcı, başkanvekilleri ve daire başkanları, kendi üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla dört yıl için seçilirler. Süresi bitenler yeniden seçilebilirler. Danıştayın, kuruluşu, işleyişi, Başkan, Başsavcı, başkanvekilleri, daire başkanları ile üyelerinin nitelikleri ve seçim usulleri, idarî yargının özelliği, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir."

ayırımına ilişkin 129.([24]), Yargıtay'ı düzenleyen 154. maddeleri ([25]) birlikte değerlendirildiğinde; yasa koyucunun idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünü adlî yargıya vermesi konusunda geniş takdir yetkisi olduğunu söyleyemeyiz.

[24] 1982 Anayasası'nın "Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler, 1…. 2. Görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturulmasında güvence" başlıklı 129. maddesi: "Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler.

Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez.

(Değişik üçüncü fıkra: 7/5/2010-5982/13 md.) Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz.

Silâhlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır.

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.

Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciin iznine bağlıdır."

[25] 1982 Anayasası'nın "Yargıtay" başlıklı 154. maddesi: "Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adlî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar. Yargıtay üyeleri, birinci sınıfa ayrılmış adlî yargı hâkim ve Cumhuriyet savcıları ile bu meslekten sayılanlar arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca üye tamsayısının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir. Yargıtay Birinci Başkanı, birinci başkanvekilleri ve daire başkanları kendi üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla dört yıl için seçilirler; süresi bitenler yeniden seçilebilirler. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Cumhuriyet Başsavcıvekili, Yargıtay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından gizli oyla belirleyeceği beşer aday arasından Cumhurbaşkanı tarafından dört yıl için seçilirler. Süresi bitenler yeniden seçilebilirler. Yargıtayın kuruluşu, işleyişi, Başkan, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeleri ile Cumhuriyet Başsavcısı ve Cumhuriyet Başsavcıvekilinin nitelikleri ve seçim usulleri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir."

Çünkü ülkemizde idarî yargı-adlî yargı ayırımı bulunmakta ve idarî yargı rejimi uygulanmaktadır. ([26]) ([27])

O halde;

1. Hizmet kusurunun var olup olmadığının tespiti idarî yargının işidir.

2. İdarenin sorumluluğu haksız fiil sorumluluğuna indirgenemez; en azından unsurlar bakımından bir uyuşma yoktur.

Burada hangi yargı düzeninin bakacağı önemli olmayıp sorumluluğun eksiltilemeyeceği meselesi önemlidir.

3. İdarî yargıda re'sen araştırma ilkesi vardır. Bu ilkeye Borçlar Kanununun 55/2. maddesi uygun düşmemektedir.

4. Diğer yandan özel hukukta kurtuluş beyyinesi olduğunu, idarenin ise kurtuluş beyyinesi ileri süremeyeceğini biliyoruz.

---

[26] İdarî yargı rejiminin (yargı ayrılığı sistemi) faydalarını daha doğrusu ayrı bir idarî yargı rejimi olmasının önemini ve gerekçelerini kısaca şöyle sıralayabiliriz: 1) Ferdin idareye karşı korunmasının sağlanması, 2) Bu sistemde idarenin de ferde karşı korunmasının sağlanması, 3) İdarenin malî sorumluluğunun bulunması, 4) Genel mahkemelerin, idarenin tek taraflı işlemlerinin denetlenmesinde yetersiz kalması, 5) İdarî davaların idarî hâkim tarafından çözümlenmesinin önemi, 6) Karar verirken kamu yararı ve kamu hizmetinin göz önünde bulundurulmasının gerekliliği, 7) İdarî mevzuatın genel mahkemelerin uyguladığı hukuk kurallarından farklı olması. Bu konuda fazla bilgi için bkz. ODYAKMAZ, Zehra: "İdarî Yargının 30. Yılında Öneriler", agm.; ODYAKMAZ, Zehra: "İdarî Yargı Rejiminin Önemi ve Gerekliliği (Importance and Necessity of Administrative Judiciary Regime)", agm., s.120-125; ODYAKMAZ, Zehra: "The Importance of Administrative Judiciary Regime (System of Judicial Separation) in Terms of Human Future-İdarî Yargı Rejiminin Önemi (Yargı Ayrılığı Sistemi)", agm., s.329-360; EROĞLU, Hamza: İdare Hukuku Genel Esaslar, İdarî Teşkilât ve İdarenin Denetlenmesi, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş Beşinci Bası, Ankara 1985, s.357-359, (XVI+516 sayfa), Turhan Kitabevi Yayınları; ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları, III. Cilt, Üçüncü Bası, İstanbul 1966, s. 1823 vd. (XXXI-1441+2152 sayfa), İsmail Akgün Matbaası; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Yönetsel Yargı, Güncelleştirilmiş 23. Bası, Ankara Ekim 2005, s.8-9, (XXV+568 sayfa), Turhan Kitabevi Yayınları; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku C.II İdarî Yargılama Hukuku, agm., s.24-27; GİRİTLİ, İsmet-Pertev BİLGEN: İdarî Kaza Ders Notları, Teşkilât, Yargılama Usûlleri, İdarî Davalar, İstanbul 1996, s.9, (127 sayfa), Filiz Kitabevi; DERDİMAN, R[amazan] Cengiz: age., s.17-18.

[27] Bu konunun anayasal ve yasal çerçevesi şöyle çizilebilir:

Anayasanın Türkiye'nin sosyal bir hukuk devleti olduğunu vurgulayan "Cumhuriyetin nitelikleri" başlıklı 2. maddesi, "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" başlıklı 40. maddesi, "Yargı yolu" başlıklı 125. maddesi, "[Kamu hizmeti görevlilerinin] Görev ve sorumlulukları, disiplin soruşturmasında güvence" başlıklı 129/5. maddesi, "Danıştay" başlıklı 155. maddesi, "Askerî Yüksek İdare Mahkemesi" başlıklı 157. maddesi.

HMK.'nun iptal edilen 3. maddesi ile Anayasa Mahkemesi'nin bu maddeyi iptal kararı ve gerekçesi; TBK.'nun 55/2. maddesi.

5. Zarar nedeniyle sorumlu tutulup tutulmamak ile zararın hesaplanması farklı kavramlardır.

Adlî yargı ile idarî yargı arasındaki farklılık zararın hesaplanmasında değil, belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır.

6. İspat külfeti bazen davalı idaredir, özellikle sağlık hizmetlerinde idarede olmalıdır.

2. Danıştay Kararlarından Örnekler

Şimdi size aktaracağım olaylar, özel hukukun sorumluluk ilkeleri çerçevesinde değerlendirilseydi ne yönde kararlar çıkardı? İlk derece idare mahkemelerinin ve Danıştay'ın verdiği tazminat kararlarını dikkatinize sunarak İdare Hukuku'na özgü sorumluluk konusunun önemini bu suretle bir kez daha vurgulamak istiyorum:

- Köy muhtarı yasadışı örgüt elemanları tarafından öldürülmüştür. Mirasçıları uğradıkları zararların giderilmesi için dava açmışlardır. İdare mahkemesine göre idarenin genel tedbir alması yeterlidir, özel ve devamlı tedbir alması beklenemez. Bu nedenle idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı, sosyal risk ilkesinin de şartlarının oluşmadığı gerekçesiyle mahkeme davayı reddetmiştir. Buna karşılık Danıştay farklı bir görüşle kararı bozmuştur:

  Danıştay'a göre: "Kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında fertlerin uğradıkları özel ve olağandışı zararların idare tarafından tazmini gerektiği idare hukukunun bilinen ilkelerindendir. İdarenin hukukî sorumluluğu Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devleti olmasının sonucudur. İdarenin hukukî sorumluluğu sadece hizmet kusuru teorisine dayanmamakta, idare kusurlu olmadan da sorumlu sayılabilmektedir. Kural olarak idare yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan, nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlüdür. Ancak bu kuralın istisnası olarak, idarenin; faaliyet alanıyla ilgili olup, önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bazı zararları da nedensellik bağı aranmadan tazmin etmesi gerekmektedir. Kolektif sorumluluk anlayışına dayalı sosyal risk adı verilen bu ilke, bilimsel ve yargısal içtihatla kabûl edilmiştir. Ülkemizin belli bir yöresinde yoğunlaşan terör olayları devlete yöneliktir, anayasal düzeni yıkmayı amaçlamaktadır, bu olaylar zarar gören kişi ve kurumlara karşı kişisel husumetten ileri gelmemektedir. Bu eylemler

nedeniyle zarara uğrayan kişiler, bu terör eylemlerine katılmamışlardır, kendi kusur ve eylemleri sonucu değil, toplumun içinde bulunduğu sosyal kargaşadan zarar görmektedirler. Kısaca zararın nedeni toplumun bireyi olmaktır. Bu zararların nedensellik bağı aranmadan **sosyal risk ilkesi**ne göre ödenmesi gerekir. Bu tazmin **sosyal devlet ilkesi**ne de uygun düşecektir. … Açılan tazminat davasını idarenin hizmet kusuru bulunmadığı, sosyal risk ilkesinin de gerçekleşmediği gerekçesiyle reddeden idare mahkemesinin kararı hukuka uygun değildir…..” ([28])

- Jandarma karakolunun bahçe duvarına konulan bomba patlamış, bunun sonucunda bitişik lojmanda kalan kişinin oğlu yaralanmıştır. “**Sosyal risk ilkesine göre** tazminine….” ([29])

- “Sirkeci – Halkalı seferini yapan banliyö treninde seyahat ederken Yeşilköy tren istasyonunda patlama olmuş, davacıların yakını hayatını kaybetmiştir. Devlet Demiryolları Genel Müdürlüğü’nün hizmet kusuru bulunup bulunmadığını tespit imkânı yoktur. Çünkü davacıların uğradığı zarar davalı idarenin taşımacılık hizmetinden kaynaklanmayıp tüm topluma yönelik terör eyleminden kaynaklanmıştır. Buna göre İçişleri Bakanlığı’nın hasım konumuna alınarak **sosyal risk ilkesi uyarınca** tazminata hükmedilmesi gerekirken gerekçe bakımından idarenin hizmet kusuru bulunduğuna dair verilen idare mahkemesi kararında hukukî isabet görülmemiştir..” ([30])

3. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kararlarından Örnekler

Şimdi askerî idarî yargıya bakalım:

- Askerî Yüksek İdare Mahkemesi bazen “... Zarar ile eylem arasında illiyet bağı vardır, kusursuz sorumluluk ilkesine göre... davacının zararı karşılanmalıdır...” gerekçesini kullanmaktadır. Bazen de Askerî Yüksek İdare Mahkemesi idarenin sorumluluğunu “**kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi**”ne dayandırmaktadır:

[28] Danıştay 10. Dairesinin 13.10.1993 tarihli ve E.1992/3372, K.1993/3777 sayılı kararı, www.kazanci.com (Erişim tarihi: 20.02.2013).
[29] Danıştay 10. Dairesinin 16.11.1995 tarihli ve E.1995/566, K.1995/5746 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, S.91, s.1134-1137, www.kazanci.com (Erişim tarihi: 20.02.2013).
[30] Danıştay 10. Dairesinin 08.02.2006 tarihli ve E.2005/7845, K.2006/5214 sayılı kararı.

- "Teröristlere karşı girişilen operasyon esnasında yuvarlanan bir kaya bir ere çarpmıştır. Sakatlanan erin uğradığı zararın **kusursuz sorumluluk esasına göre** idarece tazmini gerekir." ([31])

- "Terör unsurlarının ateş altına alınması amacıyla havan ateşi açılmıştır. Bu sırada hedeften sapan bir havan mermisi operasyon timinin üzerine düşmüştür. Sakatlanan davacı erin uğradığı zararın… **kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince** karşılanması gerekir." ([32])

- "Olağanüstü hal bölgesinde operasyon sırasında birliği ile dereden karşıya geçmekte iken bir er sel sularına kapılmıştır. Bu eri kurtarmak isterken boğularak vefat eden teğmenin yakınlarının uğradığı zararın kusursuz sorumluluk esasına göre tazmini gerekir." ([33])

- "…Davacı; jandarma devriyesi aracında bulunmaktadır. Görev dönüşü askerî araca teröristler tarafından roketli saldırı yapılmıştır… Son yıllarda güneydoğu ve doğu Anadoluda yoğunlaşan terör eylemleri sebebiyle bu illerde olağanüstü hal ilân edilmiş, bu uygulama sırasında çok sayıda güvenlik görevlisi ve asker kişi şehit olmuştur. Devletin terör hareketlerine karşı giriştiği faaliyet savaş hali sayılmamaktadır; mücbir sebep olarak da nitelendirilmemektedir. Bu faaliyetler sırasında teröristlerin eylemlerinden zarara uğrayanların bu zararı tüm ülkede olmamaktadır, ülkenin bir kısmında terör örgütleri tarafından yaratılan bir zarardır.. bu nedenle savaş halinde olduğu gibi tüm toplumun katlanması durumunda kaldığı bir kamu külfeti olarak değerlendirilmemektedir. Özel ve olağandışı nitelik taşıyan **kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi** gereğince idare tarafından tazmini gereken bir zarar olarak kabûl edilmiştir…" ([34])

- Askerî Yüksek İdare Mahkemesi sadece görev sırasındaki zararlarla ilgili değil; zarara uğrayanın **"kamu görevlisi sıfatını taşıması nedeniyle"** meydana gelen zararlarda da illiyet bağının kesilmeyeceği görüşündedir:

- Olağanüstü hal bölgesinde görevli olan bir astsubay, şahsî eşyalarını getirmek üzere birliğinden izin almıştır. Özel arabasıyla karayolunda

[31] AYİM. 2. Dairesinin 03.12.2001 tarihli ve E.2001/205, K.2001/902 sayılı kararı.
[32] AYİM. 2. Dairesinin 22.05.1996 tarihli ve E.1994/1449, K.1996/441 sayılı kararı.
[33] AYİM. 2. Dairesinin 22.05.1996 tarihli ve E.1996/399, K.1996/499 sayılı kararı.
[34] AYİM. 2. Dairesinin 22.06.2001 tarihli ve E.00/417, K.01/570 sayılı kararı için bkz. AYİM. Dergisi, S.17, s.1178-1180.

giderken bölücü teröristler yolunu kesmiş ve şehit etmişlerdir. Yakınları uğradıkları zarar için tazminat davası açmışlardır. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi şöyle karar vermiştir: "İdarenin hukukî sorumluluğu için, bir zararın mevcudiyeti, zarara yol açan eylemin idareye yüklenebilir olması, zararla eylem arasında nedensellik bağının bulunması yeterlidir. Ölen astsubay Türk Silâhlı Kuvvetleri mensubu olarak o bölgede emniyetin sağlanmasında görevlendirilmiştir. Bu görevlendirme nedeniyle ve bu durumu bilen teröristler tarafından öldürülmüştür. Astsubayın salt ifa ettiği kamu görevi yüzünden öldürülmesi nedeniyle eylem ve sonuç ilişkisi idareye yüklenebilir özelliktedir. Ölen astsubayın vazife gereği görev mahalline gidiş için yolculuk ettiği aracın kamu aracı veya özel araç olmasının sorumluluk açısından bir önemi bulunmamaktadır. Devletin terör olaylarına karşı giriştiği faaliyet savaş hali sayılmamaktadır. Dolayısıyla mücbir sebep olarak nitelendirilmemektedir. Bu faaliyetler sırasında teröristlerin eylemlerinden zarara uğrayanların bu zararı, tüm ülkede değil, ülkenin bir kısmında terör örgütleri tarafından yaratılan bir zarardır. Bu zarar savaş halinde olduğu gibi tüm toplumun katlanmak durumunda olduğu bir kamu külfeti olarak değerlendirilmemiştir. Bu zarar **kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi** gereğince özel ve olağandışı nitelik taşıyan zarar olarak kabûl edilmiştir. ([35])

- Bir diş tabibi subay terör örgütü mensupları tarafından mesai sonrası şehir merkezinde bulunan muayenehanesinde öldürülmüştür. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'ne göre: "… Ölümü doğuran olayın meydana gelmesinde idarenin herhangi bir kusuru yoktur. Ancak bu kamu görevlisi silâhlı kuvvetlerin mensubu olarak ifa ettiği görev dolayısıyla şehit edilmiştir. Bu ölüm nedeniyle doğan zarardan kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca davalı idare sorumludur. …zararın **kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi** gereğince… davalı idarece yüklenilmesine…" ([36])

O halde terör eylemlerinden uğranılan zararlarla ilgili olarak, zarar verici eylemi yapanla idare arasında bir ilişkinin bulunmadığı durumlarda dahî Askerî Yüksek İdare Mahkemesi zararla idarenin faaliyeti arasında illiyet bağının olabileceğini kabûl etmektedir.

[35] AYİM. 2. Dairesinin 17.01.1996 tarihli ve E.95/248, K.96/27 sayılı kararı için bkz. AYİM. Dergisi, S.11, s.923-928.

[36] AYİM. 2. Dairesinin 09.04.1997 tarihli ve E.1996/554, K.1997/303 sayılı kararı için bkz. AYİM. Dergisi, S.13, s.904-909.

4. Sağlık Hizmetleriyle İlgili Yargı Kararlarından Örnekler

Sağlık hizmetlerinden de birkaç örnek verelim:

- SSK hastahanesi intaniye servisinde yatan hastaya dışarıdan gelen biri tecavüze kalkışmıştır. Danıştay kararında, her ne kadar idarenin görevlileri tarafından gerçekleştirilmemiş olsa da gerekli önlemleri almadığından dolayı idarenin kusuru olduğuna karar vermiştir:

".... Sosyal Sigortalar Kurumu ....Hastanesi İntaniye Sevrsinde Hepatit B (sarılık) teşhisi ile yataklı tedavi gören davacının, 04.08.1996 tarihinde saat 03.30 sıralarında doktor kıyafeti giymiş bir kişi tarafından bıçakla tehdit edilerek ırzına tecavüz etme teşebbüsünde bulunulduğunun, sanık kişinin davacının yatmakta olduğu ve hastanenin zemin katında bulunan odanın penceresinden içeri girmek suretiyle olayı gerçekleştirdiğinin, hastane personeli olmayıp kimliği belirsiz bir kişi olduğunun, hastanede gece güvenlik görevlisi ve otomatik gözetleme ve kontrol cihazı bulunmadığının, yataklı tedavi kurumu olan Sosyal Sigortalar Kurumu .... Hastanesinde meydana gelen olayın bir tesadüf sonucu olmayıp, hastane binasının güvenlik yönünden hiçbir şekilde korunmadığı, hastane giriş ve çıkışlarında gerekli güvenlik kontrollerinin yapılmadığı ve özellikle zemin kattaki pencerelerden giriş ve çıkışı önleyici tedbirlerin alınmadığı, kaldı ki bu olaydan kısa bir süre önce meydana gelen benzer bir olaydan sonra bile bu yönde ciddî bir çalışmanın yapılmadığı, bu itibarla, yukarıda ve belirtildiği üzere, yataklı bir tedavi kurumu olan hastanede emniyet ve güvenlik tedbirlerinin alınmamış olmasından dolayı meydana geldiği tartışmasız bulunan olayda davalı idarenin hizmet kusuru işlediğinin açık olduğu....." ([37])

O halde, bazı durumlarda görevliler tarafından işlenmese bile, hastahanelerde gerekli güvenlik tedbirleri alınmaması yüzünden hastalara karşı işlenen fiillerden dolayı da idarenin hizmet kusuru işlediği kabûl edilmektedir. ([38])

- Davacı diz kapağı bölgesindeki ağrılar nedeniyle G... Üniversitesi Tıp Fakültesi hastanesine başvurmuş, önce menüsküs ameliyatı olmuş, iyileşmeyince kıkırdak transferi ameliyatı yapılmış, yine iyileşmeyince

[37] Danıştay 10. Dairesinin 09.02.2000 tarihli ve E.1998/4977, K.2000/380 sayılı kararı.
[38] ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: Anayasa Hukuku İdare Hukuku, age., s.417-420; BİRTEK, Fatih: "Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Hakemli), C.II, S.3-4, Y.2007, (Türk Hukuk Sitesi http://www.turkhukuksitesi.com).

üçüncü kez başvurduğunda MR tahlili, biyopsi yapılmış, kanser teşhisi konmuş, en sonunda sol ayağı diz kapağı hizasından kesilmiştir.

Davacı; teşhis ve tedavide tıbbî eksiklik ve ihmal sonucu davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğunu ileri sürerek dava açmıştır.

Bilirkişi incelemesi için dosya Adlî Tıp Kurumu'na gönderilmiş Adlî Tıp Kurumu hastaya ait grafilerin, yapılan biyopsi ve geçirdiği tüm operasyonlara ait patoloji blok ve preparatların temin edilerek gönderilmesini istemiş, davalı idare dosyayı hastaya verdiği için mevcut olmadığını bildirmiş, davacı da dosyayı temin edememiş, Adlî Tıp Kurumu görüş bildiremeyeceğini ifade etmiş, hastane müdürü dosyayı arşivden alıp ilgili bölüme gönderdiğini yazılı belge ile belirtmiştir.

İdare mahkemesi hem maddî hem de manevî tazminat talebini reddetmiştir.

Danıştay'a göre: *".... Dosyanın kaybedilmesi ağır hizmet kusuru teşkil eder..... İdarenin belgeleri ibraz edememesi, meydana gelen zarar nedeniyle idarenin sorumluluğunun bulunup bulunmadığının yargısal denetimini engellediği için idare mahkemesi'nin maddî tazminatı reddetmesinde hukuka aykırılık yoktur. Manevî zararın idare tarafından tazmini yolunda karar verilmesi gerekirdi...."*

Danıştay bu gerekçeden sonra idare mahkemesinin kararının maddî tazminat isteminin reddine ilişkin kısmının onanmasına, manevî tazminat isteminin reddine ilişkin kısmının bozulmasına karar vermiştir, yani Danıştay maddî tazminat talebini reddetmiş manevî tazminat talebini kabûl etmiş olmaktadır.

Kanaatımca idare mahkemesinin maddî ve manevî tazminat talebini reddetmesi uygun değildir. Üstelik hastaya ait dosyayı hastanenin kaybettiği belgelenmiştir (Hastane müdürü dosyayı arşivden alıp ilgili bölüme göndermiştir). Dosya davacı hastaya verilse ve hasta kaybetse bile, hastanede dışarıya çıkarılan bir belgenin fotokopisi bulundurulamaz mı? konusu önem taşımaktadır.

Hastaya ait grafilerin gerekli şekilde muhafaza edilmemesi ve hastaya ait dosyanın kaybedilmesi, sağlık hizmetinin işletilmesine ilişkin ağır hizmet kusuru teşkil etmektedir.

Buna rağmen idare mahkemesi meydana gelen zarar nedeniyle idarenin sorumluluğunun bulunup bulunmadığının yargısal denetimini

engellediğinden davacının maddî tazminat talebini reddetmiş, ağır kusurdan dolayı davalı idareyi değil, bacağı kesilmiş davacıyı cezalandırmıştır. ([39])

Burada hem idare mahkemesinin hem de Danıştay'ın red kararlarına katılmak mümkün görünmemektedir.

Kaldı ki ortada sadece belgelerin kaybedilmesi kusuru yoktur, büyük bir ihtimalle tıbbî hata da vardır. Üç kere farklı konularda aynı yerin ameliyat edilip ondan sonra da başarılı olunamayıp bacağın kesildiği ileri sürülmektedir. Bu husus özellikle inceleme yapılmasını gerektiren bir ağır hizmet kusuru karinesidir.

Davalı idarenin bütün bu kusurları bacağı kesilmiş davacıya yüklenmiş, maddî ve manevî tazminat talebi reddedilmiştir. İdare mahkemesinin manevî tazminatı reddeden kararını Danıştay haklı olarak bozmuştur.

Bacağı kesilmiş bir insan her işyerinde çalışamayacağı, her türlü işi yapamayacağı için maddî zarara hayatı boyunca uğrayacaktır. Ama maddî tazminat talebi her iki mahkeme tarafından da kabûl edilmemiştir.

Böyle durumlarda kanaatımca en doğru olanı idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmesi ve idarenin maddî ve manevî tazminatı ödemesine karar verilmesidir.

Burada özetlediğimiz örnek olaylarda bireyin idare karşısında daha iyi korunabilmesi için ancak idare hukukuna özgü ilkelerin uygulanmasının gerekli olduğunu görmekteyiz.

III. Zamanaşımı

İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrasına göre idarî eylemler dolayısıyla hakları ihlâl edilenler idarî yargıda dava açmadan önce, idareye başvuracaklar ve haklarının yerine getirilmesini isteyeceklerdir.

İlgililer kendilerine zarar veren eylemi öğrendikleri tarihten itibaren 1 yıl içinde idareye başvuracaklardır. İlgililerin bu isteği idare tarafından kısmen veya tamamen reddedildikten sonra veya idare tarafından 60 gün içinde cevap verilmezse ilgili, dava açma süresi içinde idarî dava açabilir. Buradaki 1 yıllık süre davacının idarî eylemi öğrendiği tarihten itibaren değil, idarî eylemden doğan zararı öğrendiği tarihten itibaren başlayacaktır. Eylem

[39] Danıştay 10. Dairesinin 29.4.2008 tarihli ve E.2007/3301, K.2008/2939 sayılı kararı.

tarihinden itibaren de 5 yıl içinde idareye başvurmuş olmalıdır. İdarenin verdiği cevaba "ön karar" denilmektedir. ([40])

Yanlış sünnet edilmiş bir çocuğun, zarara uğramış olduğu ancak belki 20 sene sonra evlenip çocuk sahibi olamayacağını anladığı zaman farkedilecektir.

Şimdi örnekleri somutlaştıralım:

1992 yılında idareye bağlı devlet hastanesinde safra kesesinden ameliyat olan davacının karın boşluğunda gazlı bez unutulmuş. Unutulan gazlı bezin 2002 tarihinde yapılan ameliyatla çıkarılmasına kadar geçen süre içinde ağrı ve benzeri sağlık sorunları yaşanmıştır. Dava; uğranıldığı ileri sürülen manevî tazminatın ödenmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin kararın iptali ile 30.000 YTL manevî tazminatın yasal faizi ile birlikte ödenmesi istemiyle açılmıştır.

Danıştay; idarî eylemden kaynaklanan manevî tazminat isteminin tamamını kabûl ederek, yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar veren idare mahkemesinin kararını usûl ve hukuka uygun bulmuştur. ([41])

Ancak bunun gibi birçok olayda; idare mahkemeleri eylem tarihinden itibaren 5 yılın geçtiğini ifade etmektedirler. Halbuki burada eylem tarihi değil, zararın ortaya çıktığı tarih esas alınacaktır.

Süreleri bilemeyen birçok kimse, hattâ daimî olarak sakat kalacağını bile olayın başlangıcında bilemeyen pek çok kimse, sırf bu süre aşımı nedeniyle mağdur olmaktadır.

Bu mağduriyetin giderilmesi için iki çözüm önerimiz bulunmaktadır: ([42])

---

[40] ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: İdarî Yargı, age., s.235.

Doğrudan doğruya tam yargı davası açılması:

İYUK. md. 13/1: "İdarî eylemlerden hakları ihlâl edilmiş olanların idarî dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak 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 açılabilir."

[41] Danıştay 10. Dairesinin 26.11.2007 tarihli ve E.2005/6693, K.2007/5655 sayılı kararı.

[42] ODYAKMAZ, Zehra: "Time in Law and Issue of Reasonable Period of Time in Administrative Judiciary (Hukukta Zaman ve İdarî Yargıda Makûl Süre Konusu)", Pravni zivot casopis za pravnu teoriju i praksu, Tematski Broj, Pravo I Vreme, 22 godina kopaonicke skole prirodnog prava, udruzenje pravnika srbıje, Broj 11, Beograd 2009, Tom III, p.25-52; ODYAKMAZ, Zehra: "Hukukta Zaman ve İdarî Yargıda Makûl Süre Sorunu", Türkiye Adalet Akademisi

İlk önerimiz; 1982 Anayasası'nın 40/2. maddesinde yer alan düzenlemenin uygulamaya geçirilmesidir. Bu hükme göre devlet; idarî işlemlerin altında ilgilinin başvuracağı mercileri ve süreleri belirtmek zorundadır. ([43])

İşte hastaneler ve doktorlar ilgili mağdurlara verecekleri – sakat kalacağı konusundaki – kesin raporun altına başvuracağı idarî makamları, yargı mercilerini ve sürelerini yazmak zorunda olmalıdırlar. Özel hastaneler de aynı şekilde bu uygulamaya tâbi olacaklardır. Çünkü özel hastaneler Sağlık Bakanlığı'nın denetimine tâbidirler. Zaten bu husus da kanunla düzenlendiğinde her bir farklı statüdeki hastane veya sağlık merkezi bu kurallara uymak zorunda kalacaktır.

Önereceğimiz ikinci husus; vücutta daimî hasar bırakacak olan durumlarda idareye başvuru süresinin ve idarî yargıda tazminat davası açma süresinin sınırının hiç olmamasıdır ki kanaatimizce doğru olan da budur.

Burada "hukukta istikrar" ilkesinden bahsetmek gereksizdir. Çünkü ortada hukuken tartışılan bir idarî işlem yoktur. Ömrünün sonuna kadar hasta veya sakat kalacak bir insana; idarenin ödemesi gereken fakat sırf süre aşımı nedeniyle haksız olduğu halde ödemekten kurtulduğu bir tazminat söz konusudur. Zaten Danıştay da bu yönde kararlar vermektedir.

IV. Islah ([44])

2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrasının (d) bendine göre; ilgililer açtıkları tam yargı davasında talep ettikleri tazminat miktarını dava dilekçesinde belirtmek zorundadırlar.

Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre; davanın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının davacı ve davalı bakımından kabûl edilen istisnalarından biri olan "ıslah"; tarafların yapmış oldukları usûl işlemlerini

---

Dergisi "Adalet İçin Bilgi", (Üç Ayda Bir Yayınlanan Ulusal Hakemli Dergidir), Temmuz 2010, Yıl: 1, Sayı: 2, s. 1-31.

[43] 1982 Anayasasının "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" başlıklı 40/2. maddesi: (Ek: 3.10.2001-4709/16 md.) "Devlet, işlemlerinde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." Danıştay 10. Dairesinin 01.07.2009 tarihli ve E.2009/5891, K.2009/7313 sayılı kararı için bkz. ODYAKMAZ, Zehra - Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: İdarî Yargı, age., s.212, dipnot 5, (http://www.danistay.gov.tr).

[44] Islah konusunda fazla bilgi için bkz. ODYAKMAZ, Zehra: "İdarî Yargının 30. Yılında Öneriler", agm.; ÖZELÇİ, Aytaç-Cemil SİMİL: "İdarî Yargının İşlevi Yönünden Islah Kurumu", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:11, Özel Sayı, 2009, Prof. Dr. Bilge UMAR'a Armağan, II, İzmir 2010, s. 1715-1751; ÖZCAN, Elvin Evrim: "İdarî Yargılama Hukukunda Islah (Amendment in Administrative Jurisdiction)", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:92, Y:2011, s. 223-237.

– karşı tarafın rızası veya mahkemenin kabulü aranmaksızın – tamamen veya kısmen düzeltmeleri demektir (176- 182. maddeler).

İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesi; bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (1 Ekim 2011 tarihinden itibaren Hukuk Muhakemeleri Kanunu) ilgili hükümlerinin uygulanacağını hüküm altına almış olup, ancak gönderme yaptığı maddeyi "sayma" yolu ile düzenlemiş, "ıslah" müessesesine yer vermemiştir. ([45])

Danıştay'ın yerleşik içtihadı da kural olarak "ıslah" yoluna başvurulamayacağı yönündedir. ([46])

Askerî Yüksek İdare Mahkemesi de "….. idarî yargıda fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması müessesesinin mevcut (değildir)…." olmadığı görüşündedir. ([47])

Anayasa Mahkemesi de "ıslah"ın idarî yargılama hukukunda uygulanamayacağı ve İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 31. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. ([48])

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; idarî yargıda, tam yargı davaları yönünden dava konusu değerin ıslah yoluyla arttırılması usulünün bulunmamasının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Etkili Başvuru Hakkı"

[45] İYUK. md. 31: "1. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabûl, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adlî yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükununu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak (Değişik ibare: 6352 S.K.-02.07.2012/m.59) "işlemler ile elektronik işlemlerde" Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. (Ek cümle: 5/4/1990 - 3622/11 md.;Değişik:10/6/1994-4001/14 md.) Ancak, davanın ihbarı ve bilirkişi seçimi Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından re'sen yapılır. 2. Bu Kanun ve yukarıdaki fıkra uyarınca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usûl Kanununun ilgili hükümleri uygulanır."

[46] ÖZELÇİ, Aytaç-Cemil SİMİL: agm., s. 1734-1744; ÖZCAN, Elvin Evrim: agm., s. 231.

[47] Askerî Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesinin 05.10.2005 tarihli ve E.2005/686, K.2005/728 sayılı kararı. ÖZCAN, Elvin Evrim: agm., s.232.

[48] Anayasa Mahkemesi'nin 12.06.2008 tarihli ve E.2004/103, K.2008/121 sayılı kararı için bkz. 23.12.2008 tarihli ve 27089 sayılı RG. Anayasa Mahkemesi'nin "ıslah" konusundaki bu kararı ile ilgili tartışma ve değerlendirmeler için bkz. ÖZCAN, Elvin Evrim: agm., s. 232-233; ÖZELÇİ, Aytaç-Cemil SİMİL: agm., s. 1728-1734.

kenar başlıklı 13. maddesinin ihlâli anlamına geldiğine karar vermiştir. ([49]) ([50]) ([51])

Kanaatımızca; "…Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Sözleşmenin Ek-Protokolleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, hukuk devleti ilkesi, âdil yargılanma hakkı, hukukun genel ilkeleri, insan haklarına saygı ilkesi, demokratik toplum düzeninin gerekleri…."([52]) gözönünde bulundurulduğunda 2577 sayılı İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'na ek düzenlemeler getirilerek idarî yargı alanında da "ıslah" müessesesi kabûl edilmelidir.

Zaten Dördüncü Yargı Paketi diye adlandırılan "İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararı doğrultusunda bu konuyu 3. maddesinde kısmen düzenlemiştir.

Tasarı TBMM'nin çeşitli komisyonlarında görüşülmüş ([53]) ve İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 16. maddesinin 4. fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir:

"*Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihaî karar verilinceye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere arttırılabilir ve miktarın arttırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir*."

Ancak bu, bir ıslah olmayıp arttırma hakkının tanınmasıdır.

[49] AİHS.'nin "Etkili başvuru hakkı" başlıklı 13. maddesi: "Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlâl edilen herkes, söz konusu ihlâl resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahî, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir."

[50] 21.07.2009 tarihli Okçu-Türkiye davası ile ilgili kararın özet metni için bkz. (http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/39515-03.pdf).

[51] Bu konuda fazla bilgi için bkz. ÖZELÇİ, Aytaç-Cemil SİMİL: agm., s. 1745 vd.

[52] ÖZELÇİ, Aytaç-Cemil SİMİL: agm., s. 1745-1747 (s. 1746'da 51 no.lu dipnot: SANCAKDAR, Oğuz: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Konumu ve Kararlarının İdarî Yargı Hakiminin Vereceği Kararlara Etkisi", Sempozyum, Danıştay ve İdarî Yargı Günü 139. Yıl, 10-11 Mayıs 2007, [Ankara] 2008, s.211-297, Danıştay Başkanlığı Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:74); ÖZCAN, Elvin Evrim: agm., s. 234-235.

[53] Bu bildirinin sunulduğu 5 Nisan 2013 tarihinde tasarı halinde olan ve Dördüncü Yargı Paketi olarak adlandırılan İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı 11/04/2013 tarihinde kabûl edilerek kanunlaşmıştır. (6459 sayılı Kanun için bkz. 30 Nisan 2013 tarihli ve 28633 sayılı RG.). Böylece Tasarının 3. maddesinde bir değişiklik olmamış, İYUK. 16/4'e sözkonusu cümle eklenmiştir.

V. Estetik Operasyonlar ([54])

Estetik operasyonlara kısaca değinmek istiyorum:

Özel hastanelerde yapılan estetik operasyon hekimle hasta arasında eser sözleşmesi olarak kabûl edilmektedir.

Devlet veya diğer kamu hastanelerinde güzelleşme amaçlı estetik operasyonlarda yapılan hatalar hizmet kusuru olarak değerlendirilmektedir.

İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesine göre; idareye başvurudan sonra tam yargı davası açılacak, idare de kusur oranında personeline rücu edecektir.

Uygulamada idare; sorumluluktan kısmen kurtulabilmek için personeli hakkında disiplin soruşturması açmakta ve yargılama sürecine personelini dahil etmektedir.

Eğer estetik operasyonlar sadece güzellik amaçlı olarak değerlendiriliyor ise ve tedavi unsuru taşımadığı iddia ediliyor ise bu durumda idarenin sunduğu hizmetten dolayı kişinin zarar görmesi durumunda husumetin kime nasıl yöneleceği belirsizdir.

Kamu ve idare; hizmeti sunan, sağlık personeli de uygulayan konumundadır.

Danıştay'ın bu operasyonlardan çıkan uyuşmazlıkları hizmet kusuru kapsamında değerlendirmesi isabetlidir.

Borçlar Kanunu 55/2 karşısında estetik operasyonlar nasıl nitelendirilecektir?

VI. Sonuç

Borçlar Kanununun 55/2. maddesi; idarî yargı rejiminin uygulanmasını kısıtlayan bir hüküm olduğu için anayasanın idarî yargı ayırımını öngören hükümlerine aykırıdır. ([55])

---

[54] Estetik operasyonlar konusunda fazla bilgi için bkz. ÇINARLI, Serkan-Ezgi AVCIOĞLU-Seyit Ali KIZILKAYA: "Plâstik ve Rekonstrüktif Cerrahînin İçerisinde Yer Alan Estetik Operasyonların Hukukî Olarak Nitelendirilmesi ve İdarî Yargı Sürecine Etkileri", Mevlâna Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.I, S.1'de basılmaktadır.

[55] · Aynı fikir için bkz. GÜZEL, Oğuzhan: agm., s.1519.

1982 Anayasasının 125. maddesi: "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. (Ek hüküm: 13.8.1999-4446/2 md.) Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.

Borçlar Kanununun 55/2. maddesi; hukuk devleti olmanın bir gereği ve sonucu olan idarenin verdiği zararları tazmin etmesi kuralının esasını teşkil eden idarenin sorumluluğu ilkesine aykırıdır.

İdarenin sorumluluğunun tek şartı; oluşmuş bir zararın varlığı ve yeterliliği değil, yargılama hukuku açısından daha öncelikli olarak üzerinde durulması gereken; bu zararın doğumuna yol açan etkiler, kusur, hukuka aykırılık unsuru ve nedensellik bağının var olup olmadığıdır. O halde sorumluluk hukuku tek başına "zarar" kavramına indirgenemez.

Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şuranın kararları yargı denetimi dışındadır. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/11 md.) Ancak, Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır.

İdari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar.

(Değişik birinci cümle: 7/5/2010-5982/11 md.) Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.

İdarî işlemin uygulanması halinde telâfisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.

Kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca millî güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir.

İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür."

1982 Anayasasının 141. maddesi: "Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir.

Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur.

Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.

Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir."

KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar: "Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı - Social Risk and Its Practise", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IX, S.1-2, Haziran-Aralık 2005, s.185-211 (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/IX 178-204).

AVCIOĞLU, Ezgi: bkz. ÇINARLI, Serkan-Ezgi AVCIOĞLU-Seyit Ali KIZILKAYA: "Plâstik ve Rekonstrüktif Cerrahînin……".

AZRAK, Ali Ülkü: "İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu III, Ankara 12-13 Mayıs 1979, İstanbul 1980, s.135-145, Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, Fakülteler Matbaası.

BİLGEN, Pertev: bkz. GİRİTLİ, İsmet-Pertev BİLGEN: İdarî Kaza Ders Notları….

BİRTEK, Fatih: "Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Hakemli), C.II, S.3-4, Y.2007, (Türk Hukuk Sitesi http://www.turkhukuksitesi.com).

ÇAĞLAYAN, Ramazan: "Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi", Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Ankara 2009, s.451-495.

ÇINARLI, Serkan-Ezgi AVCIOĞLU-Seyit Ali KIZILKAYA: "Plâstik ve Rekonstrüktif Cerrahînin İçerisinde Yer Alan Estetik Operasyonların Hukukî Olarak Nitelendirilmesi ve İdarî Yargı Sürecine Etkileri", Mevlâna Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.I, S.1'de basılmaktadır.

ÇOBAN, Ayşegül: "Yargı Kararları Işığında Sosyal Risk İlkesi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi 20. Yıl Armağanı, C.11, S.1-2, Y.2003, s.321-339.

DERDİMAN, R[amazan] Cengiz: İdarî Yargının Genel Esasları, Yeni değişikliklere göre güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2012, (24+416 sayfa), Aktüel, Alfa Akademi Basım Yayın Dağıtım Ltd. Şti.

ERCAN, İsmail: bkz. ODYAKMAZ, Zehra- Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: Anayasa Hukuku İdare Hukuku….

ERCAN, İsmail: bkz. ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK- İsmail ERCAN: İdarî Yargı….

EROĞLU, Hamza: İdare Hukuku, Genel Esaslar, İdarî Teşkilât ve İdarenin Denetlenmesi, Dördüncü Bası, Ankara 1984, XVI+462 sayfa, Işın Yayıncılık Ltd.Şti.

GİRİTLİ, İsmet -Pertev BİLGEN: İdarî Kaza Ders Notları, Teşkilât, Yargılama Usûlleri, İdarî Davalar, İstanbul 1996, (127 sayfa), Filiz Kitabevi.

GÖZLER, Kemal -Gürsel KAPLAN: İdare Hukuku Dersleri, Düzeltilmiş ve Güncelleştirilmiş Onikinci Baskı, Bursa Ekim 2012, XXXII+863[1] sayfa, Ekin Kitabevi Yayınları.

GÖZLER, Kemal -Gürsel KAPLAN: İdare Hukukuna Giriş, Güncelleştirilmiş 14. Baskı, Bursa Ağustos 2011, XXIV+519 sayfa, Ekin Basın Yayım Dağıtım, Öğrenci Dostu Serisi No:4.

GÖZLER, Kemal -Gürsel KAPLAN: "İdarî Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adlî Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi? (HMK. m.3 ve TBK. m.55/2 Hakkında Eleştiriler)", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y.6, Kasım 2011, S.63, s.36-41, (www.idare.gen.tr/gozler-kaplan-hmk-m3.htm).

GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref -Turgut TAN: İdare Hukuku, C.1, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 6.Bası, Ankara Ağustos 2008, XXII+1187 sayfa, Turhan Kitabevi Yayınları.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Yönetsel Yargı, Güncelleştirilmiş 23. Bası, Ankara Ekim 2005, (XXV+568 sayfa), Turhan Kitabevi Yayınları.

GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref -Turgut TAN: İdare Hukuku, C.2, İdarî Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş 3.Bası, Ankara Ağustos 2008, XIV+1245 sayfa, Turhan Kitabevi Yayınları.

GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10.Baskı, Ankara Ekim 2011, xxxiv+652 sayfa, İmaj Yayınevi.

GÜNDAY, Metin: "İdarî Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları", Anayasa Yargısı, S.14, 1997, s.347-363.

GÜZEL, Oğuzhan: "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdarî Yargının Görev Alanına Yönelik Müdahalelerin Değerlendirilmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Gazi University Faculty of Law Review, C. XVII, Ocak-Nisan 2013, S.1-2, V. XVII, January-April 2013, No.1-2, Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL'a Armağan, Ankara Ocak-Nisan 2013, s.1483-1519.

KAPLAN, Gürsel: GÖZLER, Kemal -Gürsel KAPLAN: İdare Hukuku Dersleri….

KAPLAN, Gürsel: bkz. GÖZLER, Kemal -Gürsel KAPLAN: İdare Hukukuna Giriş…

KAPLAN, Gürsel: bkz. GÖZLER, Kemal -Gürsel KAPLAN: "İdarî Eylemlerden…..".

IŞIKLAR, Celâl: "Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kararlarında İdarenin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Haller", Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s.569-636.

KAPLAN, Gürsel: bkz. GÖZLER, Kemal-Gürsel KAPLAN: İdare Hukuku Dersleri….

KAPLAN, Gürsel: bkz. GÖZLER, Kemal-Gürsel KAPLAN: İdare Hukukuna Giriş…

KAYMAK, Ümit: bkz. ODYAKMAZ, Zehra- Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: Anayasa Hukuku İdare Hukuku….

KAYMAK, Ümit: bkz. ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK- İsmail ERCAN: İdarî Yargı…

KESKİN, Bayram: bkz. ODYAKMAZ, Zehra-Bayram KESKİN: "Sağlık Hizmetleri Açısından …..".

KIRTEPE, Ahmet: "5233 Sayılı Yasa Kapsamında Sosyal Risk İlkesi Gereğince Karşılanacak Zararlar ve İdarenin Sorumluluğunun Sınırları", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y.5, S.43, Mart 2010, s.145-155.

KIZILKAYA, Seyit Ali: bkz. ÇINARLI, Serkan-Ezgi AVCIOĞLU-Seyit Ali KIZILKAYA: "Plâstik ve Rekonstrüktif Cerrahînin……".

KOÇAK, Yüksel: "Danıştay Kararları Işığında Tam Yargı Davaları", Vergi Raporu, Y.15, S.91, Nisan 2007, s.54-64.

KORKMAZ, Kadir: "AYİM Kararları Işığında Askerî Hizmetin Yürütülmesi Esnasında Askerî Personelin Karşılaştığı Bireysel Zararlardan İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Esasları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,-Gazi University Faculty of Law Review, C.XIV, Haziran 2010, S.1, V. XIV, June 2010, No.1, s.369-388.

ODYAKMAZ, Zehra: "The Importance of Administrative Judiciary Regime (System of Judicial Separation) in Terms of Human Future", Pravni život, časopis za pravnu teoriju i praksu Tematski Broj, Pravo I Humana Buducnost, Udruzenje Pravnika Srbıje, Broj 10 2006 Beograd, Tom II, p.329-360.

ODYAKMAZ, Zehra: "İdarî Yargı Rejiminin Önemi ve Gerekliliği (Importance and Necessity of Administrative Judiciary Regime)", s.120-125, Ankara Global, Ankara Ocak 2012.

ODYAKMAZ, Zehra: "İdarî Yargının 30. Yılında Öneriler", Ankara Barosu-Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin ortak etkinliği olarak 9 Mart 2012 tarihinde Ankara'da düzenlenen "İdarî Yargılama Usulü Kanununun 30. Yılında İdarî Yargı Sempozyumu"nda sunulan bildiri, (Ankara Barosu tarafından basılmaktadır.)

ODYAKMAZ, Zehra: "Mahkeme Kararları Işığında Terör Olaylarında İdarenin Sorumluluğuna Genel Bir Bakış", Mevlâna Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1'de basılmaktadır.

ODYAKMAZ, Zehra: "Administration's Responsibility in Terror Incidents", Pravni zivot casopis za pravnu teoriju i praksu, Tematski Broj, Pravo I Odgovornost, 24 godina kopaonicke skole prirodnog prava, udruzenje pravnika srbıje, Broj 10, Beograd 2011, Tom II, p.137-170.

ODYAKMAZ, Zehra: "Time in Law and Issue of Reasonable Period of Time in Administrative Judiciary (Hukukta Zaman ve İdarî Yargıda Makûl Süre Konusu)", Pravni zivot casopis za pravnu teoriju i praksu, Tematski Broj, Pravo I Vreme, 22 godina kopaonicke skole prirodnog prava, udruzenje pravnika srbıje, Broj 11, Beograd 2009, Tom III, p.25-52. ODYAKMAZ, Zehra: "Hukukta Zaman ve İdarî Yargıda Makûl Süre Sorunu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi "Adalet İçin Bilgi", (Üç Ayda Bir Yayınlanan Ulusal Hakemli Dergidir), Temmuz 2010, Yıl: 1, Sayı: 2, s. 1-31.

ODYAKMAZ, Zehra: "Administration's Responsibility in Health Services", Pravni zivot casopis za pravnu teoriju i praksu, Tematski Broj, Pravo I Prostor, 23 godina kopaonicke skole prirodnog prava, udruzenje pravnika srbıje, Broj 10, Beograd 2010, Tom II, p.263-297, Duruga Katedra Pravo Na Slobodu.

ODYAKMAZ, Zehra: "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kurumsal Sorumluluğu Açısından Avukatın Gözönünde Bulundurması Gereken Hususlar", s.199-235, Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk (Ceza Hukuku-Medenî Hukuk-İdare Hukuku), Sempozyum, 16-17 Ocak 2009 Mersin, Ankara 2009, IX+235 sayfa, Mersin Barosu.

ODYAKMAZ, Zehra: "İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (Üç Ayda Bir Yayınlanan Ulusal Hakemli Dergidir), 20 Nisan 2011, Yıl: 2, Sayı: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, Editörler (Prof. Dr. Hakan Hakeri, Prof. Dr. Henning Rosenau), Ankara – 2011, Adalet Yayınevi.

ODYAKMAZ, Zehra -Bayram KESKİN: "Sağlık Hizmetleri Açısından İdarenin Kurumsal Sorumluluğu ve Hasta Hakları Mevzuatının İdarî Yargı Kararlarına Yansımaları", Azerbaycan-Bakü Quafkas Üniversitesi tarafından 26-27 Nisan 2013 tarihlerinde düzenlenen "Genç Araştırmacıların I. Uluslararası Konferansı" ile ilgili bildiri kitabında basılmaktadır.

ODYAKMAZ, Zehra- Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: Anayasa Hukuku İdare Hukuku, Genişletilmiş Güncellenmiş 15. Baskı, İstanbul Ağustos 2012, XXXX+655 sayfa, Themis, XII Levha Yayıncılık A.Ş., Yayın No:183.

ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK- İsmail ERCAN: İdarî Yargı, Konu Soru Mevzuat, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İstanbul Eylül 2012, XII+491 sayfa, Themis, Oniki Levha Yayıncılık A.Ş, Yayın No:224.

ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları, III. Cilt, Üçüncü Bası, İstanbul 1966, (XXXI-1441+2152 sayfa), İsmail Akgün Matbaası.

ÖZCAN, Elvin Evrim: "İdarî Yargılama Hukukunda Islah (Amendment in Administrative Jurisdiction)", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:92, Y:2011, s. 223-237.

ÖZDEMİR, Selman: "İdarî Tazminatların Personele Rücu Usulü-2", ŞanlıUrfa Barosu Dergisi, 20, Temmuz-Ağustos-Eylül 2011.

ÖZELÇİ, Aytaç-Cemil SİMİL: "İdarî Yargının İşlevi Yönünden Islah Kurumu", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:11, Özel Sayı, 2009, Prof. Dr. Bilge UMAR'a Armağan, II, İzmir 2010, s. 1715-1751.

ÖZKARSLI, Oğuz: İdarenin Kusursuz Sorumluluğu ve Risk İlkesi, Yüksek Lisans Tezi, Afyonkarahisar Temmuz 2008, (X+107 sayfa) (http://www.belgeler.com/idarenin-kusursuz-sorumluluğu-ve-risk-ilkesi-faultless-liability-of -administration-and-risk-principle.

SANCAKDAR, Oğuz: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Konumu ve Kararlarının İdarî Yargı Hakiminin Vereceği Kararlara Etkisi", Sempozyum, Danıştay ve İdarî Yargı Günü 139. Yıl, 10-11 Mayıs 2007, [Ankara] 2008, s.211-297, Danıştay Başkanlığı Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:74.

SİMİL, Cemil: bkz. ÖZELÇİ, Aytaç-Cemil SİMİL: "İdarî Yargının İşlevi ….".

TAN, Turgut: bkz. GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref – Turgut TAN: İdare Hukuku, C.1, Genel Esaslar. …

TAN, Turgut: bkz. GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref – Turgut TAN: İdare Hukuku, C.2, İdarî Yargılama Hukuku. …

ZABUNOĞLU, Yahya Kâzım: İdare Hukuku (Cilt 1), Ankara 2012, Yetkin Yayınları.

HUKUK USULÜ MUHAKEMELERİ KANUNU MADDE 3 VE ANAYASA MAHKEMESİNİN İPTAL KARARI:

Prof. Dr. Zehreddin ASLAN*

* İ.Ü Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu "*Ölüm veya Vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarında görev*" başlıklı 3ncü maddesine göre

"*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.*" Aynı düzenleme 11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunun 55nci maddesinin 2.fıkrasında da 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.*"

Görüleceği üzere,her iki kanunun getirdiği düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda idari işlemler nedeniyle vücut bütünlüğününü kısmen yada tamamen yitirilmesine yada kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin davaların asliye hukuk mahkemelerinde açılacağı ve Borçlar Kanununun anılan hükümleri çerçevesinde tazmin edileceği öngörülmüş bulunmaktadır. (Kemal Gözler–Gürsel Kaplan "İdari Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adli Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi? " Terazi Aylık Hukuk Dergisi,yıl:6 Kasım 2011,S:63,s.36)

Ancak HMK md.3 de yer alan düzenleme Anayasa Mahklemesi tarafından 16.02.2012 tarihinde E.2011/35 K:2012/23 sayılı karar ile farklı gerekçelerlede olsa oy birliği ile iptal edilmiştir.

Anayasa mahkemesinin iptal kararını değerlendirmeden önce idari yargının görev alanına ilişkin doktrinde ve yargı kararlarında yer alan görüşlerden bahsetmek gerekecektir.

Bilindiği gibi 1982 Anayasasında idari yargının görev alanına ilişkin üç temel düzenleme bulunmaktadır. Bunlar 125nci,155nci ve 157nci maddelerdir.

Anayasanın 125nci maddesi İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.

Anyasanın 155nci maddesinin birinci fıkrası; Danıştay, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.

Anayasanın 155nci maddesinin 2. Fıkrası; Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz, şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında 2 ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.

Anayasanın 157nci maddesi ise 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 şeklinde düzenlemeler getirmiştir.

Bu maddeler kapsamında Güran İdare Hukukunun uygulanmasından doğan idari bir dava veya uyuşmazlığın adli yargı yerine bırakılması konusunda yasama organının takdir ve seçme serbesliğine sahip olmadığını; Anayasa'da md 125 ile açık tutulan yargı yolunun kamu hukuku alanında idari yargı,özel hukuk alanında ise adli yargı olduğunun aşikar olduğunu ifade etmektedir.(Sait Güran,"Yargı Denetiminin Kapsamı", İHFM, Sulhi Dönmezer'e Armağan,C.LII,S.1-4,s38-39

Günday; idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetleneceği davaların kanunla adli yargının görev alanına sokulmasını Anayasayla bağdaşmadığını söylemiştir.(Metin Günday, "*İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları*",Anayasa Yargısı Dergisi, C.14,1997,s.354)

Erkut'a göre de; günümüzde idari işlemlerin yargısal denetimi bakımından idari yargı yerlerinin genel görevi konusunda hiçbir kuşkunun bulunmadığını,idari yargının görev alanına girdiği açık ve seçik olan bir işte asliye mahkemelerinin görevlendirilmesini anayasanın idari hukuku ilkelerine aykırı bir durum oluşturacaktır.(Celal Erkut,İptal Davasının Konusunun Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği,Ankara 1990 s.155-156)

Ancak Yayla ;1961 anayasasının 140ncı maddesinde yer alan idari sözcüğünün 1982 anayasasının 155nci maddesinde yer almamasını kanun koyucuya maddi bakımdan idari olan davaları idari yargı dışında tutma

yetkisi tanıdığını belirtmiştir.(Yıldızhan Yayla,İdare Hukuku Beta Yayınları İstanbul 2009,s.423)

Anayasa Mahkemeside verdiği bir çok kararda haklı neden ve kamu yararı ile yargılamanın bütünlüğünü bozmayan durumlarda yasa koyucunun görevli yargı kolunu belirlemede takdir yetkisine sahip olduğunu ifade etmiştir. Ancak, Anayasa Mahkemesi idari yargının görev alanına girmesi gereken bir uyuşmazlığın çözümünde asli yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucuya tanınan taktir yetkisini çok geniş olmadığını belirtmiştir.Anayasa Mahkemesi söz konusu maddenin iptalinde de aynı ilkeleri tekrar etmiştir.

HMK'nın 3.maddesine ilişkin açılan davada yüksek mahkeme "*iptal davasına konu olan kural ile,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 idarî yargıda bir bölümünün adlî 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 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*" diyerek, yukarıda belirtildiği gibi aynı idari eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı neden görmemiştir.

Yüksek mahkeme söz konusu kuralı Anayasanın 157.maddesinede aykırı görmüştür.Buna göre "*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.Bu nedenle, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin olan eylemlerden ve işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların kanunla adli yargının görev alanına sokulması Anayasa'nın 157. maddesine de aykırıdır",şekl,nde bir hüküm tesis etmiştir.

Dava konusu kural ek gerekçelerle Anayasanın 40/3 ve 129/5 maddelerine de aykırı görülmüştür. Ek gerekçede kamu personelinin (idarenin ajanlarının) mali sorumluluğu konusu 1982 Anayasasında ilk kez anayasal kurallar biçiminde düzenlenmiştir. 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.*" denilmektedir.

Ayrıca Anayasa'nın 125. maddesinin ilgili hükmünde zarar doğuran işlem ve eylemin süjesi "*idare*" iken, değinilen iki hükümde "*resmi görevliler*" (Md. 40/3) ve "*memurlar ve kamu görevlileri*" (Md. 129/5)nden söz edilmektedir. Yine 125. maddenin son fıkrasında işlem ve eylemlere ilişkin bir niteleme yapılmazken, Md.40/3'de "*haksız işlemler*"den, Md. 129/5'de ise "*kusurlardan*" doğan tazmin yükümü sözkonusudur. Dolayısıyla, bu hükümlerde, idarenin değil idarenin görevlilerinin davranışlarının nitelendirilmesine gidilmiştir. 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 açılabilecektir. 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 açılamaz; "*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 açılabilecektir.(Serdar Özgüldür-Nuri Necipoğlu-Celal Mümtaz Akıncı, ek gerekçe)

Ayrıca söz konusu hüküm Anayasanın 141. maddesinin 4. fıkrasınada aykırı görülmüştür,buna göre aynı sorumluluk sebebinden vücut bütünlüğünün ihlâli ve ölüm dışında başka bir zarar doğarsa bu zararın giderilmesi için adli yargıda dava açılamayacağından, zorunlu olarak idari yargıda ikinci bir dava açılmasına neden olmaktadır. Anayasa'nın 141. maddesinin dördüncü fıkrası "*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir*" diyerek "*usul ekonomisi*" ilkesi gereğince, gereksiz yere dava açılmamasını, açılan davaların da en çabuk, basit ve ekonomik bir

şekilde sonuçlandırılmasını emretmektedir. İptali istenen hüküm, yukarıda belirtildiği şekilde, aynı sorumluluk sebebinden maddede belirtilenler dışında farklı bir zararın doğması halinde, zorunlu olmadığı halde, ikinci bir dava açılmasını gerekli kılmaktadır. Bu durum, Anayasa'nın 141. maddesinin dördüncü fıkrasına aykırıdır.(Erdal Tercan-ek gerekçe)

Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonar Borçlar Kanununun 55. maddesindeki düzenlemenin de hiç bir hukuksal değeri kalmamıştır. Çünkü, bu düzenlemenin amacı o güne kadar idari yargıda görülen tazminat davalarında uygulanan sorumluluk esaslarını bertaraf etmekti. Söz konusu kural adli yargıda idari işlem veya eylem aleyhine açılacak tazminat davalarında da Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması için getirilmiş düzenlemelerdir. Ancak iptal kararından sonar bu kuralın idari yargıda görülecek tam yargı davalarında uygulanması hukuken mümkün olmadığı gibi; böyle bir düşünce hem Anayasa Mahkemesi kararına hem de tam yargı davalarının esasına aykırıdır.

Sonuç olarak her ne kadar Anayasa Mahkemeleri üyeleri dava konusu kuralı daha çok Anayasanın 157. maddesine aykırı olduğunu ifade etmişlerse de yüksek mahkemenin iptal kararı idare hukuku ilke ve kuralları açısından çok yerinde bir karardır.Şöyle ki; adli yargının önünde açılması muhtemel bir davanın konusunu oluşturan idari eylemin tespitinde ve hukuka aykırılığında idari yargının yıllardır var olan tecrübesini ve deneyimini bertaraf etmek hukuken doğru olmayacaktır. Ayrıca idarenin kusursuz sorumluluğunda da bu sorumluluk hallerinin tespitini adli yargıcından beklemekte pek gerçekci bir durum değildir.

Diğer bir sorun yargılamanın bütünlüğüne ilişkin ortaya çıkacaktır. Çünkü aynı idari eylem ile hem vücut ütünlüğünü hemde mal varlığının zarara uğraması mümkündür. Böyle bir zarara uğrayan kişi vücut bütünlüğü ile ilgili zarar için asliye hukuk mahkemesine,mal varlığı ile ilgili zarar için idare mahkemesinde dava açacaktır.Aynı olay iki ayrı mahkemede yargılanacak ve iki ayrı mahkemede deliller toplanacaktır. Bunun usul ekonomisi bakımından zararı ortadadır.Hatta böyle bir durumda kişinin aynı olayda asliye hukuk mahkemesinde davayı kazanması,idare mahkemesinde davayı kaybetmesi veya bunun tersi mümkün olabilecektir.(Kemal Gözler-Gürsel Kaplan,a.g.m,s.39)

BEDENSEL ZARARLARDAN KAYNAKLANAN TAZMİNAT UYGULAMALARI

Coşkun GÜNGÖR*

Değerli konuklar, Ankara Barosunun düzenlediği, "Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Esasları ve Usulü" kongresinde, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi temsilcisi olarak aranızda bulunmaktan mutluluk duyduğumuzu belirtir, bizlere de anlatım fırsatı verilmiş olduğu için Baro Başkanımız ve tüm emeği geçenlere teşekkürlerimizi sunarım.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kurulduğu 1972 yılından bu yana bedensel zararlardan doğan tazminatın hesaplanması konusunda objektif ve yazılı kurallar oluşturmuş, koymuş olduğu kurallar çerçevesinde oluşturduğu hesaplama yöntemine temelde sadık kalarak küçük değişikliklerle günümüze kadar devam ettirilmiştir. Bu gün pek çok eserlerde yer alan ve bilinen teknik hesaplama yöntemlerimizden ziyade yeni yasal düzenlemeler karşısındaki durum ortaya konmaya çalışılacaktır.

* Hak.Alb. AYİM 2. Daire Başkanı.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin bu güne kadar süre gelen uygulamasında Sosyal Güvenlik Kurumunun 5434 sayılı Kanun (5510/4-c) kapsamında bağlanan vazife malullüğü, harp malullüğü hükümlerine göre bağlanan aylıklar yarar kabul edilmekte, bunlardan sadece pirim karşılığı olan adi maluliyet aylıkları indirilmektedir. Son yayınlanan Danıştay Dergisinde yayınlanan 10. Daire ve İdari Dava Daireleri Kurul kararları da aynı yöndedir.

Vazife ve harp maluliyeti (terörle mücadele kapsamında bağlanan aylıklar dahil) bağlanan aylıkların yarar kabul edilmesinin sebebi, bu aylıkların S.G.K tarafından faturası karşılığı hazineden tahsil edilmesidir. (5510 sayılı Kanun Tanımlar başlıklı 3. madde 30. fıkra ve 47. maddesi, 5434 sayılı Kanunun Ek-77, Ek-79, Geçici 14. maddesi, 2330 sayılı Kanunun 8. maddesi)

Adli yargıda Sosyal Güvenlik Kurumunun 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre vazife maluliyeti ödemeleri, 06.03.1978 gün ve 1978/1-3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince yarar kabul edilmemekte, bu kararda Emekli Sandığı ödemelerinin yarar kabul edilmemesinin gerekçesi olarak 5434 sayılı Kanunun rücuya ilişkin 129. maddesinin 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunun 26'ncı ve 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışan Sigortalar Kurumu Kanununun 63. maddesinde olduğu gibi rücu imkanı tanımadığı, rücuya imkan veren bir madde olmadığı ve haksız eyleme maruz kalan kişinin yaşamı boyunca maaşından ödediği primler karşılığı yapılan ödemeden zarar verenin yararlanamayacağı esasına dayandırılmıştır.

01 Ekim 2008 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile içtihat birleştirmesinde sözü geçen tüm rücu maddeleri yürürlükten kaldırılmış, yerine yeni hükümler getirilmiştir. (21, 39, 93 gibi)

5510 sayılı Kanunun 5434 kapsamındakiler için rücuya ilişkin 39'uncu maddesi şöyledir,

Uzun Vadeli Sigorta Kolları Bakımından Üçüncü Kişinin Sorumluluğu,

Madde 39- Üçüncü bir kişinin kastı nedeniyle malûl veya vazife malûlü olan sigortalıya veya ölümü halinde hak sahiplerine, bu Kanun uyarınca bağlanacak aylığın başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı için kurumca zarara sebep olan üçüncü kişilere rücû edilir.

Malûllük, (Ek ibare: 17/04/2008-5754 S.K./66. mad) vazife malûllüğü veya ölüm hali, kamu görevlilerinin veya er ve erbaşlar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerin vazifelerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu meydana gelmiş ise, bu fiillerden dolayı haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlar hariç olmak üzere, sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemeler veya bağlanan aylıklar için kurumca, kurumuna veya ilgililere rücû edilmez.

Madde incelendiğinde birinci fıkra üçüncü kişinin kastı nedeniyle malul veya vazife malulü sayılan kişilere kurumca rücu edileceği, ikinci fıkrada da kamu görevlileri veya er ve erbaşların vazifelerinin gereği olarak yaptıkları işlerden kaynaklanmışsa ve haklarında mahkumiyet kararı oluşmuş ise (kasıt aranmamış) kurumca ilgililere rücu edileceği anlaşılmaktadır.

Bu durumda Yargıtay İçtihat Birleştirmesine konu edilen Kanun maddeleri değişmiş olmasına rağmen gerek bazı kararlarda, gerekse bazı müelliflerin konuya ilişkin eserlerinde halen, 5434'e göre bağlanan vazife maluliyeti aylıkları hiçbir değerlendirme yapılmaksızın içtihat sebep gösterilerek zarardan düşülmeyeceği belirtilmiştir.

Diğer taraftan söz konusu İçtihat Birleştirmeye esas olan pirim karşılığı sağlanmış yarar teorisi, 6353 sayılı Kanunla 3713 sayılı Kanuna eklenen 21/j maddesi ve değişen 5434 sayılı kanun Ek-77 maddesi uyarınca erbaş ve erlerden başka sivillere de vazife maluliyeti aylığı bağlama imkanı getirilmiş olması karşısında, bağlanan aylığın pirim karşılığı olduğu teorisinin yeniden değerlendirilmesi gereğini doğurmuştur.

01.07.2012' de yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 55'inci maddesi; "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." hükmünde olup, maddeden açıkça anlaşıldığına göre rücu edilebilen sosyal güvenlik ödemeleri tazminattan indirilecektir.

Borçlar Kanunun bu yöndeki hükmü de 5434 sayılı Kanuna göre bağlanan aylıklar yönünden gözden kaçırılmamalıdır.

Türk Borçlar Kanunu 55. maddesi dışında rücuya ilişkin mevzuata göz atılacak olursa; T.C Anayasasının 40. maddesinin 3. 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. 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." hükmünü,

T.C. Anayasasının 129. maddesinin 5. 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." hükmünü,

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun Kişilerin Uğradıkları Zararlar başlıklı 13. maddesinin 1. fıkrasında; "(Değişik fıkra: 06/06/1990–3657/1 md.) Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır." hükmünü,

Türk Borçlar Kanunu "Dış İlişkide" başlıklı 61'inci maddesinde; "Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır." hükmünü, "İç İlişkide başlıklı" 62. maddesinde; "Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur. Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen

kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur." hükmünü,

1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunun "Hizmet Ve Şahsi Kusurun Birleşmesi" başlıklı 24. maddesi, "Kişiler askeri görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, sadece bu mahkemede ilgili kurum aleyhine tazminat davası açabilirler. Kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır." hükmüne haizdir.

Sosyal Güvenlik Kurumunca bağlanan vazife maluliyeti aylıklarının yarar kabul edilip edilmemesi hususunun, S.G.K. Kurumunca bağlanan aylıklarla ilgili olarak rücu davası açıp açmaması ile ilgili yetkilendirmeye ilişkin bir hükmün, sorumluluk hukukunun tüm boyutlarını kapsaması, diğer rücu hükümlerinin dikkate alınıp alınmayacağı sorgulamayı gerektirir. Burada 2330 sayılı Kanunun "Nakdi Tazminat Ve Aylığın Etkisi" başlıklı 6. maddesi; Bu Kanun hükümlerine göre ödenecek nakdi tazminat ile bağlanacak emekli aylığı uğranılan maddi ve manevi zararların karşılığıdır. Yargı mercilerinde maddi ve manevi zararlar karşılığı olarak kurumların ödemekle yükümlü tutulacakları tazminatın hesabında bu kanun hükümlerine göre ödenen nakdi tazminat ile bağlanmış bulunan aylıklar göz önünde tutulur." emredici hükmü yürürlükten kaldırılmamıştır.

Aynı Kanunun Hazineden Tahsil başlıklı 8'inci maddesi; Bu kanunun 4. ve 5. maddeleri gereğince %25 fazlası ile bağlanan aylıklardaki bu fazlalık ile 4. maddenin (d) bendine göre bağlanan aylıkların tamamı ilgili sosyal güvenlik kurumlarınca ödenir ve faturası karşılığında hazineden tahsil edilir.

4 (d) Herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna tabi olmayanların sakat kalmaları halinde, öğrenim durumlarına göre 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun değişik 36. maddesi hükümlerine göre belirlenecek giriş derece ve kademeleri üzerinden (Öğrenimi bulunmayanların ilkokul mezunu gibi) kendilerine, ölümlerinde dul ve yetimlerine 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre T.C. Emekli Sandığınca görev malullüğü aylığı %25 artırılarak bağlanır.

Vazife malullüğü, harp malullüğü sebebiyle bağlanan aylıklar ve yapılan ödemeler 2330, 3713 sayılı Kanunlarla geliştirilmiş ve son olarak 6353 sayılı Kanun ile kapsamı genişletilmesi ve iyileştirmeler yapılmıştır.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde görülmekte olan vücut bütünlüğüne yönelik eylemlerden kaynaklanan tazminat davalarında, kasti suçlardan kaynaklanan davalar takriben %1-2 civarındadır. Buna terörle mücadele sebebiyle, terör suçları ilave edilirse bu oran %30'lara yükselebilir. Ancak Sosyal Güvenlik Kurumu bu suçları bir, iki olay hariç kasti suç saymamakta ve rücuya tabi kabul etmemektedir. Ayrıca kesinleşmiş mahkûmiyetle sonuçlanan kasten öldürme olayında 5510 sayılı Kanunun 39. md. uygulanmayacağı, 5434 s.k. hükümlerine göre aylık bağlandığı bildirilmiştir.

İdari yargıda görülen olaylarda %60'ın üzerinde kusursuz sorumluluk ilkesi uygulanmaktadır. Kusursuz sorumluluk ilkesi bazen hukukta sorumluluğu ortadan kaldıran mücbir sebebin olduğu hallerde bile uygulanmaktadır, örneğin hizmet sırasında yıldırım çarpması, çığ düşmesi gibi.

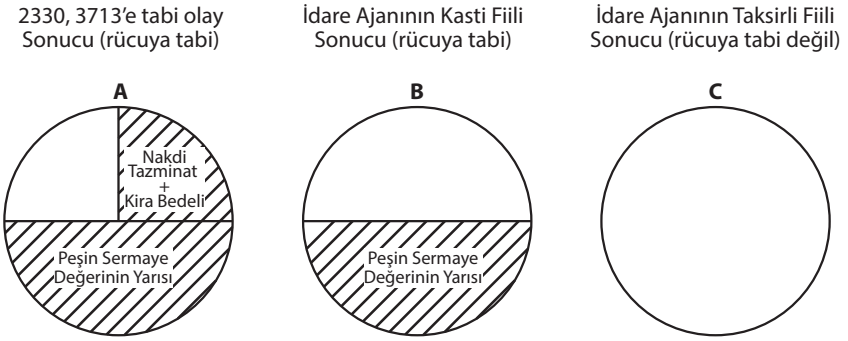
Borçlar Kanunun 55. madde ve 5510 sayılı Kanunun 39. madde kapsamıyla zarar veren açısından denge gözeten rücu kavramının, adli yargıda uygulanabilirliği söz konusu edilebilirse de idari yargıdaki tüm sorumluluk hallerine teşmili halinde zarar görenin mağduriyetine sebep olmaktadır.

Sosyal güvenlik ödemelerinin prim karşılığı olmayan ve hazineden tahsil ederek yaptığı ödemelerde rücu hakkı nasıl değerlendirilmelidir. Rücu hakkı anlam itibariyle, Türk Dil Kurumu sözlüğünde bir kimsenin alacaklısına ödediği şeyi diğer birinden istemeye hakkı olması durumu olarak ifade edilmiştir. Burada SGK aracılığıyla ödemenin yapılmış olması devletin genel anlamda rücu haklarını bertaraf edebilir mi? Meselenin 5510 sayılı Kanunun 39. maddesiyle çözüldüğü, Devletin başkaca rücu hakkı bulunmadığı kabul edilirse Hazine zarar verene bir daha yönelemeyeceği gibi, zarar görene mükerrer ödeme yapmak durumunda kalacaktır.

Borçlar Kanunun 55. madde gerekçesinde zarar vereni ödüllendirmeme, zarar verenin SGK ödemesinden yararlanıp sorumluluktan kurtulmaması amaçlanmış ise de zarar gören açısından olaya bakıldığında, zarar gören, yani idare ajanın suç teşkil eden kasti eylemi ile (yoğun hizmet kusuru) veya bu kişi idare dışında üçüncü bir kişi ise, kusursuz sorumluluk ilkesine göre, zarar görene tazminat ödemesi yapılırken, hak edişinden SGK ödemelerinin peşin sermaye değerinin yarısı tazminat alacağından düşüleceğinden eksik tazminata hükmedilmesi söz konusu olacakken, aynı kişi taksirle veya

hizmetin işleyişinde idarenin daha basit eyleminden yararlanmış olsaydı hiçbir kesintiye maruz kalmadan tazminat alabilecekti.

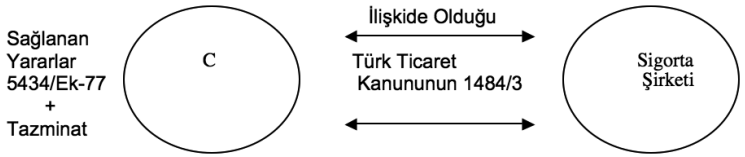
Durumu grafik olarak anlatmak gerekirse **aynı iş gücü kaybı oranında** vazife malulü olan üç kişinin (A, B, C) durumuna bakalım.



Grafikte de görüleceği üzere tazminat hak edişinin bütününü daire şeklinde gösterdiğimizde

'C' kişisi vazife maluliyet aylığı düşülmediğinden tam tazminat, 'B' kişisi yarısı, 'A' kişisi de yarısından daha az tazminat hak edişine sahip olacaktır. Burada zarar gören 'B' kişisinin Anayasanın 129/5, AYİM Kanununun 24. maddeleri uyarınca zarar vereni dava etmesi söz konusu olamayacağına göre, eksik tazminat için yapabileceği bir şey de yoktur. Görüldüğü gibi 55. madde bu haliyle uygulandığında da zarar görenler açısından eşitlik değil, farklılıklar yaratmaktadır.

Örneklerdeki 'C' kişisinin **özel bir kaza** sigortası olduğunu da düşünelim, Ajanın taksirli eylemi sonucu yaralandı ve rücuya tabi değil, vazife malullüğü aylıkları da dikkate alınmaz ise tazminatın bütününü hak ediyor.



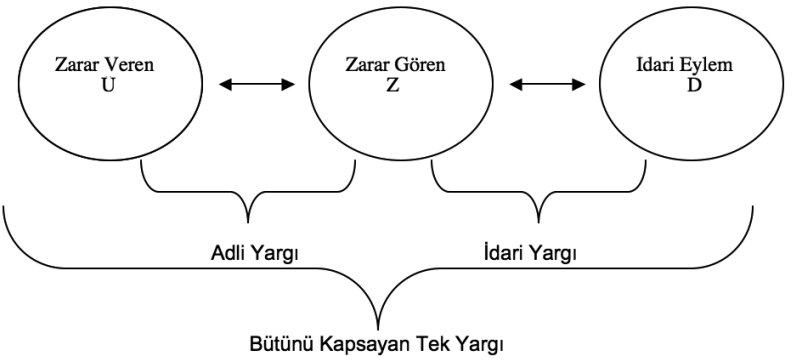
'C' kişisi sigorta şirketinden de kaza riski gerçekleşmesi neticesinde tazminat alacağı var ise, sigorta şirketi Türk Ticaret Kanunun 1484/3.

maddesindeki "zarar sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılandığı ölçüde sigortacının sorumluluğu sona erer" şeklindeki hükmünü öne sürerek ödemeden kaçınabilecektir.

Görüldüğü gibi davalı Devlet olduğunda dikkate alınmayan S.G.K. ödemeleri, şirket olduğunda dikkate alınacaktır. Bu durum prim karşılığı kazanımların ayrık tutulması gerektiği şeklindeki 1978 tarihli İçtihat Birleştirmesindeki anlayışı da karşılamamaktadır.

İnsana yönelik bedensel zararlarda yargı yerinin tek olması hedeflenmiş olabilir. Ancak idari yargı mevcut olacak ise, adli yargıda esas alınan ölçütler idari yargı ilkelerine uygun olmayabilir. İdari yargıda bakılması gereken olaylara adli yargıda bakıldığı da olmaktadır. Adli yargı kişisel kusur kavramından yola çıkarak idari yargı alanına girebilmektedir. Yargı yerinin tekliğine gidilse bile şahısların zarar verdiği olaylarla, devletin zarardan sorumlu olduğu olaylarda, zararın karşılanmasına yönelik edimler de farklı olmaktadır.

Durum şema ile gösterilirse;



Zarar veren üçüncü kişi kamu dışında birey ise, Borçlar Kanunu çerçevesinde sorumluluğu doğar ve sorumluluktan doğan edimlerini yerine getirmesine karar verilir. Devlet ise ajanları vasıtasıyla hizmet kusuru ile veya çoğu zaman kusuru da olmaksızın, zarar görenin zararlarını karşılamaktadır. Devlet bu zararları gidermede çeşitli Kanunlar uyarınca kendiliğinden harekete geçmektedir. Örneğin vazife maluliyeti aylığı bağlanması, nakdi tazminat gibi. Devlet 'Ü' nün zarar vermesi halinde bile SGK ve diğer kurumları eliyle zarar görenin yanında yer almaktadır. Bu hususta en çok karşılaştığımız örnek, üçüncü kişi olan terörist, karakoldaki nöbetçiye zarar verdiğinde Devlet olayda hiçbir kusuru olmamasına rağmen, zarar gören nöbetçinin zararlarını karşılamaktadır.

Borçlar Kanunun 55. maddesinde belirtilen sosyal güvenlik ödemeleri, pirim karşılığı olan sigorta ödemeleri olarak mı kabul edilecektir. Vazifenin sebep ve tesirinden kaynaklanan ve Devletçe karşılanan vazife maluliyet aylıklarının mahiyeti nedir, bunlar da prim karşılığı sosyal güvenlik ödemesi ile aynı kategoride mi değerlendirilecektir, meselesinde Mahkememizce henüz bir görüş birliğine varılamamıştır. Vazife ve harp maluliyeti ile sağlanan yararların Sosyal Devletin bağışı, atıfet şeklinde ilave bir hak vermesi olduğu düşünülüyorsa, 2330 sayılı Kanunun 6. maddesindeki bunların maddi ve manevi zararlar karşılığı olduğu hükmü ne olacaktır? Üstelik bu hükümde rücu şartı gibi sınırlama da gözetilmemiştir. Yargıtay bu ödemelerin rücuya tabi olduğunu kabul etmiştir. Kişisel kanaatim Devletçe SGK aracılığıyla olay sebebiyle yapılan ödemelerin zararları karşılamaya yönelik olduğu yönündedir. Aksi düşünülürse ödemelerin yapılmamış olduğu kabul edilecek, aynı olay sebebiyle mükerrer ödemeye yol açılacaktır. Arz ederim. 05.04.2013

İNSAN ZARARLARININ İDARİ YARGIDA GÖRÜLMESİNDEN KAYNAKLANDIĞI İLERİ SÜRÜLEN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Turgut CANDAN*

* E. Danıştay Başsavcısı.

GİRİŞ:

Bildirimizin başlığı, üç alt başlığı kendiliğinden içeriyor:

Bu başlıklardan ilki: Kamu idaresinin eylem ve işlemlerinin neden olduğu insan zararlarının tazmini isteklerini konu edinen davalar İdari Yargı'da mı görülmeli?

İkincisi: Bu davaların İdari Yargı'da görülmesinin neden olduğu sorunlar var mıdır; varsa nelerdir ?

Sonuncusu: Bu sorunları giderici çözüm önerileri olabilir mi?

Bildirimizde bu sorulara yanıt aramaya çalışacağız.

I – İNSAN ZARARLARININ TAZMİNİ DAVALARININ İDARİ YARGI'DA GÖRÜLMESİ:

A – NEDEN İDARİ YARGI ?

İdarenin İdare Hukukuna tabi faaliyetinden (idari nitelikteki işlem ve eylemlerinden) doğan sorumluluğuna ilişkin ilkeler, ilk kez, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin 8 Şubat 1873 tarihli Blanco Kararında konulmuştur . Olay, Bordeaux'da geçer. Bir tütün fabrikasının raylı sisteminin küçük vagonlarından biri, caddeden geçmekte olan Agnès Blanco isimli sekiz yaşındaki bir kız çocuğuna çarparak, yaralanmasına neden olur.

Çocuğun babası, adli yargı yerinde açmış olduğu davada tazminat ister. Davanın açıldığı mahkeme, görev uyuşmazlığı çıkarır. Uyuşmazlık Mahkemesi, adli yargı yerince verilen görevsizlik kararını, şu gerekçe ile onar:

" Kamu hizmetinin yürütümünde çalıştırdığı kişilerce özel kişilere verilen zararlardan dolayı Devlete düşen sorumluluk, Code Civil'de yer alan ve özel kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen ilkeler tarafından yönetilemez.

Esasen, genel ve mutlak olmayan, bu sorumluluğun, hizmetin gereklerine ve özel kişilerin haklarıyla Devletin haklarını uzlaştırmak ihtiyacına göre değişen özel kuralları vardır.

Bu nedenle, yukarıda açıklanan kanunlar çerçevesinde Devletin sorumluluğuna karar verme konusundaki görev, idari yargı yerine aittir...".

Bu kararda; idarenin sorumluluğunun gündeme getirileceği davalarla ilgili olarak, İdari Yargı–Adli Yargı görev ayrılığına ilişkin önemli ilkeler

konulmuştur. Bu ilkelerden, burada, kısaca, söz etmenin yararlı olacağını düşünüyoruz.

Karara göre;

- Kamu hizmetinin yürütümünde çalıştırdığı kişilerce özel kişilere verilen zararlar dolayısıyla Devlete düşen sorumluluğun, özel kişiler arasındaki sorumluluğu düzenleyen kurallardan farklı, özel kuralları vardır. Bu kurallar, kamu gücüne özgü, Özel Hukukun (Borçlar Hukukunun) tazmin sorumluluğu ile ilgili kurallarının oluşturduğu sistemden ayrı, bir sorumluluk sistemi oluşturmaktadır.

- Bu sistemin ve dolayısıyla kuralların amacı, zararın ilişkin olduğu kamu hizmetinin gereklerini ve özelliklerini de göz önünde tutarak, güçlü Devletin çıkarlarıyla zayıf bireyin haklarını uzlaştırmaktır.

- İdarenin söz konusu sorumluluğunu konu alan davaların, anılan kurallar uygulanarak, çözümlenmesi görevi, idarenin faaliyetlerinin hukuka uygunluğunun denetiminde uzmanlaşmış; onun gereklerini ve ihtiyaçlarını iyi bilen yargıçlardan oluşan, idari yargı yerlerine aittir.

Görüldüğü üzere; idarenin kamu hukukuna tabi faaliyetlerinin idare edilenlere vermiş olduğu zararların tazmini isteklerini konu alan davaların İdari Yargı'da görülmesinin nedeni ile bu faaliyetlerin hukuka uygunluğunun denetiminin aynı yargı düzeni tarafından denetlenmesinin nedeni aynı.

İdari Yargı–Adli Yargı görev ayırımında temel taşı olan bu kararın verildiği tarihten bu yana, 140 yıl süre ile, Ülkemiz dahil, idari yargı sistemine sahip tüm ülkelerde, kamu idaresinin idari nitelikteki işlem ve eylemlerinden doğan (maddi – manevi, insani – gayri insani) zararların tazminine ilişkin tüm istekler (sınırlı sayıdaki ayrık durumlar hariç), idari yargı yerlerinde açılan tam yargı davalarına konu edilegelmiştir.

Bu süreçte, İdari Yargı, idarenin kamu hukukuna ilişkin sorumluluğunu yargılamakta uzmanlaşmış; bu sorumluluğa özgü kural, ilke ve içtihadı geliştirmiş; hatta, sorumluluk hukukuna, daha sonra özel hukuka da geçen, çok önemli müesseseler kazandırmıştır.

Bugün, idarenin sorumluluğunu gerektiren zararlardan insan vücuduna ilişkin olanların İdari Yargı'da açılacak davalara konu edilmelerinin neden olduğu bir takım sorunlardan söz edilmekte ve bunlara çözüm olabileceği düşünülen kimi düzenlemelerin hayata geçirilmesine çalışılmaktadır.

Bu tür düzenleme çalışmalarına, Hukuk Muhakemeleri Kanununun, sonradan Anayasa Mahkemesince Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilen 3. maddesi ile Türk Borçlar Kanununun, hareket noktası bu maddede yapılan düzenleme olan, 55. maddesinin son fıkrasında, " Bu Kanunun 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." şeklinde yer alan hüküm örnek olarak gösterilebilir.

Türk Borçlar Kanununun 55. maddesinde yer alan bu düzenlemenin uygulama alanının, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 3. maddesinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesinden sonra, bu Mahkemenin içtihatlarında gösterilen haklı neden ve kamu yararı ölçütüne uygun olarak, yasayla adli yargı yerlerinin görevine bırakılan tazminat davalarıyla sınırlı kaldığında kuşku yoktur.

B–TÜRK BORÇLAR KANUNUNUN 55'İNCİ MADDESİNİN SON FIKRASINA İDARİ EYLEM VE İŞLEMLERDEN DOĞAN VÜCUT ZARARLARI AÇISINDAN BAKIŞ:

Borçlar Kanununun 55. maddesinin son fıkrasında yer alan ve bu Kanun hükümlerinin 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 uygulanacağına dair hükmün, doğası gereği İdari Yargı'nın görev alanında olması gereken davaların adli yargı yerlerinde görülmesi halinde, kimi bakımlardan ilgililerin aleyhine de olabilecek sorunlara yol açabileceğini düşünüyoruz. Bu sorunlarından, bizim saptadığımız, birkaç tanesi şunlar:

1 – Türk Borçlar Kanununun 50. maddesinin ilk fıkrası, kusur sorumluluğunda tazminata hükmedilebilmesi için, zarar görenin zarar verenin kusurunu kanıtlamak zorunda olduğunu söylemektedir. Bu madde hükmü, idarenin faaliyetlerinden kaynaklanan zararların tazmini isteklerinin adli yargı yerlerinde görülmesi halinde, zarar görenlerin lehinlerine değil, aleyhlerine sonuçlar yaratır. Zira; bu madde hükmüne göre, davacı, idarenin işleyişiyle ilgili olan hizmet kusurunun varlığını kanıtlamak zorundadır. Bu kanıtlama ise, idarenin işleyişine her zaman ve gereği gibi vakıf olmayan idare edilen için, hemen hemen, olanaksızdır.

Oysa; İdari Yargılama Hukukunda re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Yargıç, idarenin hizmet kusurunun varlığını, davacının kanıtlamasını beklemeden kendisi araştırır ve varacağı sonuca göre karar verir. Mahkemenin, davadaki talebin haklılığını kanıtlamaya elverişli delillerin varlığını tespit ve onları elde etme konusunda, davacılardan daha avantajlı durumda olacağında kuşku yoktur. Böyle bir avantajın, davacıların hakları bakımından, daha etkin koruma sağlayacağını ise, söylemeye gerek bulunmamaktadır.

2 – Kanunun adam çalıştıranın sorumluluğunu düzenleyen 66. maddesi, "B.Kusursuz sorumluluk" başlığı altında düzenlenmişse de; ikinci ve üçüncü fıkralarının, adam çalıştıranın kimi kanıtlamaları yapması halinde sorumluluktan kurtulmasına olanak sağlayan düzenlemeleri, bu maddede düzenlenen sorumluluğun gerçekte kusurlu sorumluluk olduğunu göstermektedir. Zira; bu kanıtlamaların yapılamamış olması, ortada, adam çalıştıran durumundaki idarenin hizmetinde kusurlu davrandığını gösterir . Bu düzenelemeye göre, idare, fıkralarda yazılı kanıtlamaları yaptığı takdirde, sorumluluktan kurtulma olanağına sahiptir.

Bu düzenleme, biri Anayasa'nın 129. maddesinin dördüncü fıkrası yönünden olmak üzere, iki bakımdan sorun yaratabilecek niteliktedir.

a–Anayasa'nın anılan düzenlemesi, memur ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, ancak idare aleyhine açılabileceğini söylemektedir.

Oysa, Borçlar Kanununun 66. maddesi, idareye, ikinci ve üçüncü fıkralarda yazılı kanıtlamaları yapması koşuluyla sorumluluktan kurtulma olanağı tanımaktadır. İdarenin bu kanıtlamayı yapması; yani, çalıştırdığı kamu görevlisini seçerken, talimat verirken, denetim ve gözetimde bulunurken gerekli özeni gösterdiğini ve işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu kanıtlaması durumunda; zarara uğrayanın, bu arada zamanaşımı dolmamışsa, kusurlu kamu görevlisine yönelmekten başka çaresi yok demektir. Ancak; Anayasanın 129. maddesinin anılan fıkrasıyla 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13'üncü maddesi hükmü karşısında, bunun nasıl olacağı sorulabilir. Bu sorun çözülse bile; mali yönden güçsüz olan kamu görevlisine yönelmek, zarara uğrayan yönünden yeterli tatmin sağlayabilmesi çok mümkün görünmemektedir.

b–İdarenin İdare Hukukuna göre olan kusursuz sorumluluğu, kamu külfetleri önünde eşitlik ve riskin sosyalleştirilmesi ilkelerine dayanır. Bu ilkelere göre; eğer koşulları varsa, İdare, Borçlar Kanunun 66. maddesinin

ikinci ve üçüncü fıkralarında yazılı kanıtlamaları yapmış olsa dahi, sorumluluktan kurtulamaz.

Borçlar Kanununda, riskin sosyalleşmesi ilkesinin karşılığı, 71. maddedeki tehlike sorumluluğudur. Ancak; kamu külfetleri önünde eşitlik ilkesinin karşılığı anılan Kanunda mevcut değildir.

Dolayısıyla; 55. maddenin söz konusu düzenlemesi, idarenin kusursuz sorumluluğu açısından, İdari Yargının kendi içtihadlarıyla geliştirmiş olduğu sorumluluk hukukuna nazaran da zarar görenlerin aleyhinedir.

3 – İdari Yargı'da, idarenin kamu hukuku alanında sorumluluğu ile ilgili kurallar, içtihat hukukunun kurallarıdır ve bu nedenle gelişmeye açıktır. İdari Yargı tarihi boyunca da böyle olmuştur . Oysa; Türk Borçlar Kanunu, sorumluluk hukukuna ilişkin kuralları yazılı hale getirmiştir. Bu nedenle de, gelişmesi yorum sınırlarının zorlanmasına veya Yasa Koyucunun müdahelesine ihtiyaç gösterir.

4 – İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. maddesi ile Anayasamızın 36. maddesinde sözü edilen adil yargılanma hakkı, mahkemelerde uygulanan yargılama usulünün davacılar için etkin koruma sağlamaya ve az masrafla hızlı sonuç almaya elverişli olmasını gerektirmektedir.

İdari yargı yerleri, asliye hukuk mahkemelerinden farklı olarak, miktarla sınırlı kimi davalar dışında, uyuşmazlıkları, bir başkan ve iki üyeden oluşan kurul halinde inceleyip karara bağlamaktadırlar. Uyuşmazlığın birden fazla yargıcın incelemesinden geçmesi, taraflar için her zaman, daha fazla güvence demektir. Üstelik, bu yargıçlar, idarenin işleyişinin hukuka uygunluğunun denetiminde bir buçuk asırlık bir deneyime sahip uzmanlardır. İdarenin örgütlenmesinde ve işleyisindeki eksiklikleri ve hataları hemen görebilecek; hangi durumlarda hizmet kusuruna, hangi durumlarda idarenin kusursuz sorumluluğu esaslarına dayanacaklarını kolaylıkla tespit edebilecek birikime sahiptirler.

Ayrıca; yargılama giderleri bakımından da, asliye hukuk mahkemelerinde yapılan yargılamanın, idari yargı yerlerinde yapılandan daha az masraflı olduğu söylenemez. Aksine; bu mahkemelerde uygulanan sözlü yargılama yöntemi, yazılı yargılamanın esas olduğu idari davalardakinden fazla yargılama gideri yapılmasını gerektirebilecek niteliktedir.

Dahası; adalet istatistiklerinde, ilk derece idari yargı yerlerinde makul sürenin sıkça aşıldığına dair bir veri de yoktur.

Dolayısıyla; idari yargı yerlerinin oluşumunun, bu mahkemelerde görevli yargıçların uzmanlığının ve uyguladıkları yargılama usulünün, adil yargılanma hakkının gerçekleşmesine daha uygun olduğunu söyleyebiliriz.

II–SORUNLAR NELERDİR?

Tüm bu avantajlı durumlara karşın; insan vücuduna verilen zararların tazmini istekleriyle açılan davaların İdari Yargı'da görülmesinin, zarara uğrayan yönünden kimi sorunlara neden olduğu; bu nedenle de, bireyin güçlü idare karşısında yeterince korunamadığı ileri sürülmektedir. Bu konuda dile getirilen sorunlardan bizim tespit edebildiklerimiz şunlar:

- Deniliyor ki, İdari Yargı, insan vücuduna verilen zararları yeterince gideremiyor. Hükmettiği tazminatlar, zararın büyüklüğü karşısında önemsiz kalıyor.

- Yine; deniliyor ki; İdari Yargı'da taleple bağlılık ilkesi sebebiyle, dava sırasında zararın dava dilekçesinde talep edilenden fazla olduğu anlaşılsa bile, yargı yeri talep kadarına hükmediyor. Zarara uğrayan, eğer süresini kaçırmamışsa, yeni davalar açma zorunluluğuyla karşı karşıya kalıyor. Bu durum, adil yargılanma hakkını ihlal ettiğinden, Ülkemiz, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından tazminat ödemeye mahkum ediliyor.

- Son olarak; Türk Borçlar Kanununda ve Hukuk Muhakemeleri Kanununda, vücut zararlarının gerçek miktarını tespite olanak sağlayan, elverişle yargılama müesseseleri var; eğer, davalar Adli Yargı'da görülürse, hakkın teslimi daha kolay olur.

Öncelikle, şunu söylemeliyiz: Bu iddialarda dile getirilen sorunların yalnızca vücut zararlarını değil, insana verilen tüm diğer zararları da ilgilendirdiğini kabul etmek gerekir. Kuşkusuz, insanın yaşama hakkı ve vücut bütünlüğü, insan haklarının en önemlisidir. Ancak; insanın onuruna verilen ya da mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşıyan zararlar da, insan hakkı ile ilgilidir. Bu nedenle; bir çözüm üretilecekse, bu çözümün salt vücut zararlarına ilişkin olmasını doğru bulmuyorum. Üreteceğimiz çözüm, tüm tazminat talepleri için geçerli çözüm olmalıdır.

İkincisi; bu sorunların ilki, yargı yerlerinin tazminat müessesesine bakışıyla ilgilidir. Hatırlanacağı üzere; eski tarihlerde, Fransız Hukukunun o günkü anlayışının etkisiyle, "acı paraya tahvil edilemez" anlayışı vardı ve

yalnızca bir liralık manevi tazminata hükmedilmekle yetiniliyordu. Zamanla, bu anlayış terkedildi. Bugün manevi tazminata faiz dahi işletilmektedir.

Manevi tazminatın zenginleşme aracı olamayacağı yolunda, Adli Yargı'da da uygulama yeri bulan anlayış da, böyledir. Buna benzer, başka anlayışlar da olabilir. Ancak; bu tür anlayışlardan kaynaklanan sorunlar, düzenlemeyle çözülebilecek nitelikte değildir. Yargıçların anlayışlarını ve tazminat müessesesine bakış açılarını değiştirmeleri gereklidir.

Diğer sorunlar ise, düzenlemelerle giderilebilecek niteliktedir. Bu konuda bazı önerilerimiz olacak.

III–ÖNERİLER :

Bize göre; Borçlar Kanununun 55. maddesinin son fıkrasında yapılan düzenlemeyle sağlanmak istenen amaç, İdari Yargılama Usulü Kanununun 12. ve 13. maddelerinde yapılacak düzenlemelerle sağlanabilir ve, bu yapılırsa, uygulamada var olan yakınmalar büyük ölçüde çözüme kavuşturulmuş olur.

1 – Yukarıda, sorunlar başlığı altında, değindiğimiz sorunlardan ikincisi, idari yargı yerlerinin taleple bağlılık ilkesi uyarınca talepten fazlasına hükmedememeleriyle ilgilidir.

Bu sorunun, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda yapılacak düzenlemelerle giderilebileceğini düşünüyoruz. Esasen; Dördüncü Yargı Paketinde bu konuda yapılmış bir düzenleme tasarısı da var. Tasarı, anılan Kanunun 16. maddesinin (4) numaralı fıkrasına eklediği cümle ile, davacıların nihai karar verilmeden önce, bir kereye mahsus olmak üzere dava dilekçelerindeki miktarı artırabileceklerini söylemektedir.

Biz, yerinin anılan Kanunun 3. maddesi olması gereken düzenlemenin, yasalaşması halinde, sorunun çözümüne katkıda bulanabileceğini düşünüyoruz.

Biz, ayrıca, alternatif olarak, Kanunun 13. maddesinde, taleple bağlı kalmaksızın, yargı yerince karar tarihinde tespit edilecek zarar miktarı dikkate alınarak tazminata hükmedilebileceği yolunda düzenleme yapılabileceğini de düşünüyoruz.

2–İdari Yargı'da, İdari Rejimin de gereği olarak, idari dava açılmadan önce idarece çıkarılmış idari nitelikte bir uyuşmazlığın olması gereklidir. Bu yüzden; idarenin bir eyleminden dolayı hakkı ihlal edilen bireylerin,

idari dava açmadan önce, idareye başvuruda bulunarak, isteklerinin yerine getirilmesini istemeleri zorunludur.

Hukuk devletlerinde, idarenin idare edilenlere vermiş olduğu zararları, dava yoluna gerek kalmaksızın, kendiliğinden, ödemesi asıldır. Ancak; bunun için, idarenin zarardan ve zarara uğrayandan bilgilendirilmeye ihtiyacı vardır. Bu bakımdan; idari dava açmadan önce idareye yapılan başvuru, bu amaca hizmet etmekte ve idareye vermiş olduğu zararı, idari davaya gerek kalmaksızın ödeme olanağı tanımaktadır.

Bu başvuru, aynı zamanda, 2.11.2012 gün ve 28103 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 12. maddesiyle getirilen, "idari uyuşmazlıkların sulh yoluyla hali" müessesesine işlerlik kazandıran başvuru olması bakımından da önemlidir. Böylece; zarara uğrayanın dava yoluna gitmeden tazminat elde edebilmesi sağlanmış olabilir.

13. maddenin mevcut şekli, idareye yapılması gereken bu başvuruya ait süreleri ve bu sürelerin başlangıç tarihleri ile yapılacak başvurunun sonuçlarını düzenlemektedir. Maddede, idareye başvuru için bir ve beş yıllık süreler tanınmıştır. Bu sürelerden bir yıllık olanı, mülga Borçlar Kanununun 60. maddesinde haksız fiil nedeniyle zarara uğrayanlar için öngörülen ve zarara ve ıttıla tarihinden başlayan zaman aşımı süresiyle, nitelikleri farklı olmasına karşın, aynıdır. Türk Borçlar Kanunun 72. maddesinde, söz konusu zamanaşımı süresi iki yıl olarak belirlenmiştir.

Bu nedenle; maddenin ilk fıkrasında yapılacak değişiklikle, maddede yazılı idareye başvuru süreleriyle Borçlar Kanununun 72. maddesindeki zaman aşımı sürelerin eşitlenmesi yerinde olur.

3 – Hak ihlalinin maddi ve manevi zarar olarak ortaya çıkması halinde, Kanunun 13. maddesin öngörülecek iki yıllık idareye başvuru süresini başlatan olay, zararın kesin olarak tespit edilebildiği tarih olarak belirlenmelidir. Maddenin mevcut şeklinde, hak ihlalleri arasında zarar niteliğinde olanlarla olmayanlar arasında ayırım yapılmaksızın, eylemi öğrenme tarihi, sürenin başlangıcına esas alınmıştır. Bu farklılığın yaratılmasına, eylemi öğrenme tarihinde, çoğu kez, miktarı kesin olarak bilinemeyebilen, maddi ve manevi zararların tazmini istekleri bakımından uygulamada karşılaşılan sorunlar sebebiyle ihtiyaç vardır. Buna göre; iki yıllık süre, maddi ve manevi zararların tazmini isteklerinde, zararın kesin miktarının bilinebilir olduğu tarihte; diğer hallerde, eylemi ögrenme tarihinde başlayacaktır.

4 – Kanunun 13. maddesinde, zararların kesin miktarının birey yönünden hesaplanabilir hale gelmesinden önce de, idareye başvuruda bulunarak, zararın miktarının 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 12. maddesi uyarınca kurulacak hukuki uyuşmazlıkları inceleme komisyonları vasıtasıyla tespitini, (özellikle, devam eden zararlar yönünden) önlenebilecek nitelikte olanların önlenmesini ve tespit edilen zararın giderilmesini isteme ve bu isteğin zımni veya açık reddi halinde miktar göstermeksizin tazminat davası açabilme hakkı tanınmalıdır. Böylece, bireyin güçlü idare karşısında daha fazla korunması sağlanmış olacaktır.

5 – Kanunun 13. maddesinde, destekten yoksun kalma, işgörmezlik gibi sebeplerle karar tarihinden sonra da devam eden zararların tazmini isteklerinde, tazminatın miktarına etkili olabilecek tüm unsurlar dikkate alınmak suretiyle, ileriye dönük olarak tazminata hükmedilebilmesi sağlanmalıdır.

6–Karar tarihinde öngörülemeyen zararların ileride doğması veya hükmedilen tazminatı yetersiz kılan nedenlerin ortaya çıkması halinde, aynı yöntem izlenerek, yeniden tam yargı davası açılabilmesi konusunda maddede açıklık getirilmelidir.

7 – 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 12. maddesi, idari işlemlerden dolayı hakları ihlal edilenlerin iptal ve tam yargı davası açma haklarıyla buna ilişkin yöntemleri ve bu davalara ait süreleri başlatan durumları düzenlemektedir.

Madde, bu bakımlardan, doğrudan idari işlemden doğan zararlarla bu idari işlemin uygulanmasından (icrasından) doğan zararları ayırmaktadır. Gerçekte; idari işlemin uygulanmasından önce bireyler bakımından (özellikle de bedensel olanlar yönünden) zarar doğurduğu durumlar çok fazla değildir. Bireyler yönünden zarar, daha çok, idari işlemin uygulanmasıyla doğar.

İdari işlemin uygulanması, idarenin maddi davranışıyla olur. Örneğin; binanın yıkılması, işyerinin kapatılması, aracın faaliyetten alıkonulması, memurun görev yerine alınmaması gibi. Gerçekte de, bireyler yönünden zarar doğurucu olan, idarenin bu maddi davranışıdır. Bu maddi davranış, idarenin idari eylem dediğimiz davranış biçiminden yalnızca, temelinde bir idari işlemin olması ve ona dayanıyor bulunmasıyla ayrılır; ancak, zarar doğurucu sonuçları bakımından, idari eylemlere benzer. Bu nedenle de, bunların yol açtıkları zararların tazmini isteklerini konu alan davalara ilişkin kurallarla, idari eylemlerin yol açtığı zararları konu alan davalara ilişkin kurallar arasında fark olmamasında yarar vardır.

Bu bakımdan; madde yeniden düzenlenerek, idari işlemlerin uygulanmasından (icrasından) doğan zararların tazmini isteklerini konu alan tam yargı davalarının, aynı Kanunun 13. maddesinde idari eylemlerden doğan zararların tazmini isteklerini konu alan tam yargı davalarıyla ilgili başvuru süre ve usulüne tabi olmaları sağlanmalıdır.

8 – Kanunun 13. maddesinde, tazmini gereken zararın ve hükmolunacak tazminatın tür ve miktarının belirlenmesinde, Borçlar Kanununun Birinci Kısmının Birinci Bölümünün İkinci Ayırımının ilgili düzenlemelerine, İdari Yargı'nın özellikleri ve İdari Rejimin gerekleriyle uyuşmak koşuluyla, göndermede bulunulabilir ve, böylece, içtihatla Borçlar Kanununun bu konudaki hükümleri arasında koşutluk sağlanmış olur.

9 – Kanunun 16. maddesinde, insan vücuduna verilen zararların tazmini isteklerine konu alan tam yargı davalarında savunma ve cevap sürelerini kısaltan düzenlemeler yapılabilir.

10 – Son olarak; 2577 sayılı Kanunun 20. maddesinin 5. fıkrasında, insan vücuduna verilen zararların tazmini istekleriyle açılan tam yargı davalarının öncelikle karara bağlanacağı yolunda düzenleme yapılabilir.

SONUÇ: Sonuç olarak;

1–İdari Rejimin geçerli olduğu ve buna bağlı olarak İdari Yargı – Adli Yargı ayrılığının uygulandığı Ülkemizde, idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan insan zararlarının tazmini isteklerinin idari yargı yerlerinde görülmesinin, bu rejim ve yargı ayrılığının doğal sonucu olduğu;

2–Anayasa Mahkemesinin bazı idari davaları Adli Yargı'nın görev alanına bırakan düzenlemelerin Anayasa uygunluğu konusunda geliştirdiği haklı neden ve kamu yararı ölçütlerinin, kamu yararının bu ilkeye uygunlukta olduğundan hareketle gözden geçirilmesi gerektiği;

3–Uygulamada var olan yakınmalarda, gerekli yasal düzenlemelerin zamanında ve uygulamacıların önerileri dikkate alınarak yapılmamasının etkisinin de bulunduğu;

Görüşündeyiz.

ADİL YARGILANMA HAKKI VE HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ ÇERÇEVESİNDE İDARİ YARGIDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ ESASLARI

Av. Gökhan CANDOĞAN*

* Ankara Barosu Yönetim Kurulu Üyesi.

1. Bedensel zararların tazminine ilişkin olarak Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile son dönemde yapılan, daha doğrusu yapılmak istenilen değişiklikler, ayrı bir idari yargının varlığı ve yargı birliği tartışmalarını yeniden alevlendirmiş gibi görünmektedir. 2010 Anayasa Referandumu ve sonrasında yargı alanında yapılan 'köklü' değişiklikler sanki siyasi iktidar için yeterli olmamış gibi, yeni anayasa çalışmaları sırasında iktidar tarafından sunulan öneri ile Danıştay ve Yargıtay'ın kaldırılması, yerine "Temyiz Mahkemesi" adı altında yeni bir yüksek yargı organı kurulması önerileri getirilmiştir.[1]

2. Tartışmanın yıllardan bu yana devam ediyor olması, kısmi bir takım uygulama değişikliklerinde, değişikliğin içerik ve anlamından çok esas tartışma noktasına odaklanılması sonucunu doğurmaktadır.

3. Bedensel zararlarla ilgili gündeme gelen son değişiklikleri bu çerçevede ele alarak, idari yargı bakış açısı ile sorunları ve güncel kararları ifade etmek yerinde olacaktır.

A. Borçlar Kanunu 55. Madde Hükmü

4. 4 Şubat 2011 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun bedensel zararların belirlenmesine dair 55.maddesinde,

- MADDE 55- 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.**

[1] Yargıtay Başkanı Ali Alkan, bu öneriyi açıkça eleştirirken 12 Eylül 2010 referandumu ile yapılan değişikliklere dokunulmaması ve AB sürecinde gerçekleştirilen kazanımlardan geriye gidiş olmaması gerektiğini ifade etmiştir. (http://www.radikal.com.tr/yazarlar/omer_sahin/yargitayin_tek_cati_itirazi-1122246)

hükmü vardır. Bu düzenleme ile, bedensel zararların hesaplanmasına dair 1.fıkrada getirilen esaslar (ifa amacı taşımayan ödemelerin zararın belirlenmesinde dikkate alınmaması, zarar veya tazminattan indirilememesi; hesaplanan tazminat miktarının hakkaniyet düşüncesi ile arttırılıp azaltılamaması) idari yargı alanındaki dava ve işlerde de geçerli kılınmak istenmiştir. Düzenlemenin gerekçesi ise;

- Vücut bütünlüğünün bozulmasına veya ölüme bağlı zararların idarenin sorumluluk sebeplerinden doğmuş olması hâlinde dahi bu Kanun hükümleri uygulanacaktır. Doğrusu, **insan zararlarında farklı hukuk düzenlemelerinden bütüncül bir düzenlemeye ve yargı birliğine geçmektir.** Teklif, bu amaca yönelik ön-adım niteliğindedir.

olarak ifade edilmiştir. Görüleceği üzere, yasa koyucu, insan zararlarında farklı hukuki düzenlemeleri tekleştirmek ve yargı birliğine geçmek iradesini açıkça ortaya koymuştur.

B. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 3.Madde Hükmü

5. Yine 4 Şubat 2011 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Ölüm veya Vücut Bütünlüğünün Yitirilmesinden Doğan Zararların Tazmini Davalarında Görev" başlıklı 3.maddesinde,

Madde 3: **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.

hükmü mevcuttur. Borçlar Kanunu 55. madde hükmü bedensel zarara ilişkin davalarda sadece hesaplama esasları ile ilgili iken 6100 sayılı HMK'nun 3. maddesi ile, vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine veya ölümüne bağlı tüm maddi ve manevi tazminat davalarının Asliye Hukuk Mahkemelerinde görülmesi esası getirilerek, yargı yolu değişikliği yapılmıştır. İdari yargıda görülmekte olan davaları adli yargıya devreden bu düzenlemenin oldukça kapsamlı bir gerekçesi vardır;

Özünü kaybeden bir insanın davasının görev alanı tartışması ile karşılaşması hâlinde askerî, idarî, adlî **yargı kolları arasındaki on yılları aşan seyahati, Uyuşmazlık Mahkemesinin zamanına ve oluşumuna göre farklı çözümleri, süre aşımı, kısmi dava, tazminat miktarı (hesaplama farklılığı) riskleri, çok farklı hukuk alanlarının farklı çözümler üretmesi sorunları;** görünürde hukuk kılıfına sarılmış olsa da özü itibarıyla ve adalet duygusu ekseninde hukuk devletinin taşıyamayacağı birer yüktür.

6. Görevden kaynaklı uyuşmazlıkların yanı sıra süre, kısmi dava gibi konularda idari yargı ile adli yargı arasında farklı uygulamaların varlığını adalet duygusu ve hukuk devletine aykırı bulan yasa koyucu; kamulaştırma, tapu sicilinin tutulması, finans hukuku alanlarında idari işlem ve eylemler söz konusu olmasına rağmen adli yargının görevli olmasını anımsatarak, "tapu ve mülkiyet hakkına tanınan yargılama hukuku çözümünün insan cevheri için " esirgendiğini ifade etmiştir. Bunun giderilmesi için yapılan düzenleme ile ilgili olarak,

Bundan böyle:

d. Askeri olsun veya olmasın her türlü idari işlem, eylem ve diğer sebeplerden kaynaklanan insan zararları (vücut bütünlüğünün kaybı, ölüm sebepleri ile iş göremezlik, destekten yoksun kalma, manevi tazminat) talepleri asliye hukuk mahkemelerinde görülebilecektir. **İdari yargı diliyle "tam yargı davalarının" insan zararlarına ait bölümü, idari yargının görev alanından çıkarılmıştır (Anayasanın 142 nci maddesi).**

e. **Bu davalar, doğaldır ki idare hukuku normlarına değil, özel hukuk normlarına, (Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Borçlar Kanunu ve Türk Medenî Kanunu ile diğer özel hukuk kanunları) bağlı olacaktır.** Nitekim Türk Borçlar Kanunu Tasarısına, bu konuda Adalet Komisyonu tarafından bağımsız bir hüküm de eklenmiştir.

f. Teklif, "insan zararı"nın öznesi olan **insan ve insan hakkı değerinin yargı kolları çatışmasından gördüğü etkilenmenin yok edilmesini ve bu yolla korunmasını (Any.m.5) adil yargılanma hakkı ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin (Any.m. 36/2) yaşama geçirilmesini** amaçlamaktadır. Teklif, sorumluluk ve insan zararları hukukunda yeni gelişmelere yol açabilecek bir ön adım niteliğini

de taşımaktadır. Gelecekte adli yargıda ayrı bir "İnsan Zararları" ihtisas mahkemesinin ve Yargıtay'da "İnsan Zararları" ihtisas dairesinin kurulması, bu konudaki gelişimin izleyen merhaleleri olarak görülebilir.

denilmiştir. Yasakoyucu, açık bir şekilde, "adil yargılanma hakkı ve hukukun üstünlüğü temelinde" insan zararlarına dair davaların idari yargı alanından çıkarıldığını ifade etmiştir.

C. Anayasa Mahkemesinin 16.02.2012 Tarihli Kararı

7. Yargı yolu değişikliği getiren bu düzenlemeye karşı ana muhalefet partisi tarafından Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmıştır. Mahkemenin 2011/35 E. sayılı dosyasına kaydedilen başvuruda verilen 16.02.2012 tarihli karar ile, düzenleme anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

8. Bazı üyeler değişik gerekçe yazmışsa da, oy birliği ile verilen kararda; tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa'da adli ve idari yargı ayrımına gidildiği, idari uyuşmazlıklarda Danıştay ve idare/vergi mahkemelerinin yetkili kılındığı, haklı nedence kamu yararı bulunması halinde yargı yolu değişikliğine gidilebileceği ifade edildikten sonra,

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 idarî yargıda bir bölümünün adlî 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 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; denilerek, yasakoyucunun yargı birliği yaklaşımı kabul edilemez bulunmuştur. Karar gerekçesinde, idari yargıya özgü kusursuz sorumluluk hallerine de vurgu yapılarak, sadece bedensel zarara dair uyuşmazlıkların adli yargıya devredilmesinin, benzer uyuşmazlıklarla ilgili farklı hukuki sonuçlara ulaşılmasına sebep olacağı ifade edilmiştir. Sonuçta, ilgili düzenleme Anayasa'nın 125, 155 ve 157 inci maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

9. Bu karar ile birlikte sıkıntılı bir durumun ortaya çıktığını söylemek yanlış olmayacaktır. Zira, yasakoyucu, Borçlar Kanunu 55 inci madde ile HMK 3 üncü maddeyi bir bütünlük içerisinde tasarlamıştır. Bu durum, HMK madde gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir. İptal kararı ile, idari eylem ve işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde idari yargı görevli olmaya devam ederken, bu uyuşmazlıklara özel hukuk normları (Borçlar Kanunu gibi) uygulanacaktır.

10. Bu noktada, adil yargılanma hakkı temelinde çıkarılan bir yasal düzenlemenin "düzenleme kaosu" yaratır hale geldiğini de vurgulamak gerekir. Doç.Dr. Müslüm "İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı" isimli kitabında, yargıya ulaşmayı engelleyen sebeplerden birisi olarak "normatif kaosu" göstermiştir. Bir hukukçunun bile izlemekte ve ilişkilendirmekte zorlandığı mevzuat dizgesinin çokluğu ve karmaşıklığının vatandaşın hak aramasını zorlaştırdığını belirten Akıncı, hakim ve avukatların katıldığı anket sonucunda, katılanların %58'inin mevzuatın karmaşıklığını hak aramaya çok engel olduğunu belirttiğini, oldukça engel olduğunu belirten %20,6 ile birlikte hukukçuların büyük bir çoğunluğunun bunu önemli bir sorun olarak gördüğünü ifade etmiştir.

11. Gerçekten de, belirtilen düzenleme yıllardan bu yana devam eden uygulamayı değiştirirken Anayasa Mahkemesinin iptal kararı ve bütünleyici yasal düzenlemenin yürürlükte olması ile uygulamanın nasıl şekilleneceği sorusu yeni bir normatif kaos göstergesidir.

D. Yargı Kararlarındaki Değişim

12. Düzenlemeler bu şekilde iken, yüksek yargı organlarının idari işlem/eylemlerden kaynaklı tazminat içerikli uyuşmazlıklarla ilgili temel içtihatlarında da değişim söz konusu olmuştur.

13. Yakın zamana kadar, kamu görevlilerinin (veya kamu görevlisi sayılanların) kişisel kusuruna dayalı durumlarda, ilgili kamu görevlisi aleyhine doğrudan adli yargıda tazminat davası açma hakkının varlığı kabul edilmiştir. Örneğin, işkenceyle ölüme sebebiyet veren kamu görevlisine karşı açılan davanın adli yargıda görülmesi gerektiğine dair 1997 tarihli Uyuşmazlık Mahkemesi kararında,

..kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan zararların öncelikle hizmet kusuru kapsamındaki yargısal denetiminin idari yargı yerince yapılması gerekmekteyse de, olayımızda olduğu gibi, **polis memurunun şahsi kusuruna dayanılarak anılan Anayasa ve Yasa hükümlerine göre idareden tazminat istenilmesine olanak bulunmamaktadır.** ..memurun işkence sonucu ölüme sebebiyet vermek şeklindeki eylemi nedeniyle cezai yönden yapılan yargılaması sonucunda mahkumiyetine karar verildiği, öte yandan tazminle yükümlü tutulması halinde idarenin genel hükümlere göre personele rücu hakkı olduğu hususları gözönüne alındığında, **davalı polis memurunun genel hükümlere göre adli yargı yerince yargılanacağının kabulü zorunlu bulunduğundan, davanın uyuşmazlığa konu edilen polis memuru S.Y.`a karşı tazminat istemiyle açılan kısmının, adli yargı yerince çözümlenmesi** gerekmektedir.

denilerek, görev sırasında dahi olsa, kamu görevlisinin "şahsi kusuruna" dayalı fiillerle ilgili tazminat davalarının adli yargıda çözümlenmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir. Buna karşın, yakın tarihli kararlar ile bu içtihattan dönüldüğü görülmektedir.

14. Bir Vakıf Üniversitesi Hastanesi'nde hatalı tedaviye dayalı olarak açılan dava ile ilgili verilen 30.01.2013 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, her hal ve koşulda, kamu görevlisinin fiili suç bile teşkil etse, uğranılan zararın tazmini için açılacak davanın idari yargıda görülmesi gerektiği sonucuna varılmıştır;

.. kamu görevlisinin, **hizmet içinde veya hizmetle ilgili olmak üzere tutum ve davranışının suç oluşturması ya da hizmeti yürütürken ağır kusur işlemesi veya düşmanlık, siyasal kin gibi kötü niyetle bir kişiye**

zarar vermesi halinde dahi bu durum, aynı zamanda yönetimin gözetim ve iyi eleman seçme yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle hizmet kusuru da sayılmalı ve bu nedenle açılacak dava idareye yöneltilmelidir.

..kişilerin uğradığı zararla, zarara sebebiyet veren kamu personelinin yürüttüğü görev arasında herhangi bir ilişki kurulabiliyorsa, ortada görevle ilgili bir durum var demektir ve bu tür davranışlar kasten veya ihmalen işlenmesine bakılmaksızın, kamu personelinin hizmetten ayrılamayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmakta ...

Diğer taraftan, Anayasanın 129/5 maddesinde şartından bahsedildiğine göre **yetkisini kullanan memurun veya kamu görevlisinin işlediği eylemin kasten mi yoksa ihmalen mi gerçekleştirdiğine bakılmaksızın bu eylemlerinden doğan davaların ancak idare aleyhine açılması gerektiğinin kabulü zorunludur.**

.. davacı taraf, davalı doktorun görevi sırasında dikkatsizlik ve tedbirsizliği nedeni ile desteğin ölümüne neden olduğu iddiasıyla doktoru hasım göstererek eldeki tazminat davasını açmıştır. Davacının bu iddiası, içerikçe davalı doktorun görevi sırasında ve yetkisini kullanırken işlediği bir kusura ve bu kusurun niteliği itibariyle de kamu görevlisinin ihmaline dayanmaktadır. Hal böyle olunca, **davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanılmadığına, dikkatsizlik ve tedbirsizliğe dayalı da olsa eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, eldeki davada husumet kamu görevlisine değil, idareye düşmektedir.** Öyle ise, dava idare aleyhine açılıp, husumetin de idareye yöneltilmesi gerekir.

15. Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 14.06.2012 tarihli bir kararında ise, denetim için bürosuna gelen kamu görevlisini saldırı ile zarara uğratan bir aile hekimi ile ilgili olarak; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu eylemleri ile verdikleri zararlar ile ilgili tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek şartıyla idare aleyhine, idari yargıda açılabileceği hükme bağlanmıştır;

..Kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken veya görevlerini yaparken kişilere zarar vermesi ilgili kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur. Bu durumda sorumlu, kamu görevlisinin emrinde çalışmakta olduğu kamu kurumu olup dava o kurum aleyhine açılmalıdır.

.., aile hekimi olarak çalışan ve 657 sayılı yasa hükümlerine tabi olan davalının, denetim görevi sırasında ve görevinden dolayı davacıyı zarara

uğrattığı ileri sürüldüğüne göre, Anayasa'nın 129/5. maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13/1. maddesi gereğince memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu eylemleri nedeniyle oluşan zararlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve yasada gösterilen biçim ve koşullara uygun olarak idare aleyhine açılabileceğine, kamu görevlisi hakkında adli yargı yerinde dava açılamayacağına göre; kast ve kusur aranmaksızın husumet nedeni ile davanın reddine karar verilmesi gerekir. (YAR.4.HD.2012/7204 E. 2012/10413 K. sayılı 14.6.2012 tarihli kararı)

16. İçtihatlardaki bu değişim, idarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklı bedensel zarara dayalı uyuşmazlıklarda, davanın idari yargıda açılması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Yani, yüksek yargı, 6100 sayılı yasanın üçüncü maddesi ile ilgili Anayasa Mahkemesi kararını pekiştirerek, bu davaların sadece ve sadece idareye karşı, idari yargıda açılabileceğini kabul etmiştir.

E. Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Anayasa'nın 40.Maddesi Hükmü

17. Gerek Borçlar Kanunu 55. maddesinin gerekse de iptal edilen HMK'nın 3. maddesinin gerekçeleri arasında, insan zararlarına dayalı uyuşmazlıklarda görevli yargı organının belirlenmesinde düşülen güçlükler nedeniyle geçen zamanın adil yargılanma hakkını ihlal ettiği tezi de yer almaktadır. Geciken adaletin adalet olmayacağı temel ilkesi gereği, özellikle de bedensel zarara dayalı uyuşmazlıkların mümkün olan en kısa sürede çözüme kavuşturulması zorunluluktur.

18. Bu noktada, kanımızca, yargı yolu değişikliğine gidilmeden de sorunun çözümü mümkündür. Anayasa'nın 40. maddesinin 2. fıkrasında

- **XV. Temel hak ve hürriyetlerin korunması**
- **MADDE 40. –** Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.
- **(Ek fıkra: 3.10.2001-4709/16 md.)** Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.

hükmü bulunmaktadır. Buna göre, devlet, işlemlerinde kanun yollarını ve sürelerini belirtmekle yükümlüdür. Bu hükmün tam ve etkin uygulanması halinde, kişilerin bir idari işlem/eyleme karşı ne kadar sürede, hangi mahkemeye başvuru yapacağı konusunda sıkıntı çekmesi söz konusu olmayacaktır. Zira, madde gerekçesinde , "Bireylerin yargı ya da idarî makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkân sağlanması amaçlanmaktadır. **Son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesi hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline gelmiştir."** denilerek, maddenin amacı açık bir şekilde ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu hüküm doğrudan adil yargılanma hakkı ile bağlantılıdır.

19. Ancak, ne yazık ki, uygulamada çoğu idare birimi hükmü dikkate almaksızın işlem tesis etmektedir. Yukarıda atıf yapılan Doç.Dr. Müslüm Akıncı'nın çalışmasında, idari yargı hakimlerine bu hükme uyulup uyulmadığına dair düşünceleri sorulmuştur. Verilen cevaplara göre, hakimlerin %12,3'ü bu hükme hiçbir şekilde uyulmadığını, %47,5'i ise az uyulduğunu belirtmiştir.

20. Doğrudan uygulanır nitelikteki bu anayasa hükmüne uyulması, pek çok davanın daha seri bir şekilde çözüme kavuşturulmasını sağlayacaktır. Bu noktada, yargının da bu hükmün uygulanırlığının denetimini yeni yeni yapmaya başladığını söylemek gerekmektedir. Bu konudaki ilk kararlardan birisi Danıştay 4.Dairesi tarafından verilmiş 2006 tarihli bir karardır;

.. dosyada bulunan ödeme emri fotokopilerinin incelenmesinden; ödeme emrine karşı dava açılması halinde yetkili mahkemenin İstanbul Vergi Mahkemesi olduğu belirtilmesine karşın, DAVA AÇMA SÜRESİNE İLİŞKİN BİR BİLGİYE YER VERİLMEDİĞİ tesbit edilmiştir. Bu durum ise, Anayasanın 40 ıncı maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin gerekçesinde belirtildiği gibi,.. ***SON DERECE KARIŞIK OLAN MEVZUAT KARŞISINDA BİREYLERİN HAK ARAMA, HAK VE HÜRRİYETLERİN KORUNMASI AÇISINDAN ÖNGÖRÜLEN ZORUNLULUĞA UYULMADIĞINI göstermekte, dolayısıyla, Anayasanın 36 ıncı maddesinde öngörülen HAK ARAMA HÜRRİYETİNİ SINIRLAYICI BİR SONUÇ DOĞURMAKTA*** *ve Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin korunmasını düzenleyen 40 ıncı maddesine açıkça aykırılık oluşturmaktadır. (Dan.4.D.2005/2134 E. 2006/2156 K. sayılı 13.11.2006 tar.karar)*

21. Danıştay'ın diğer daireleri de yeni tarihli kararları ile bu hükme atıf yapmaya başlamışlardır. İdari yargıda en önemli konulardan birisi olan dava açma süresini doğrudan ilgilendiren bu hükümle ilgili yeni kararlarda, Anayasanın 40 ıncı maddesine uygun bir bildirim olmadıkça dava açma süresinin işlemeye başlamayacağı açıkça ifade edilmektedir;

Buna göre; yasama, yürütme ve yargı organlarının, idare makamlarının ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının işlemlerinde, bu işlemlere karşı başvurulacak idari mercileri ve kanun yolları ile sürelerini belirtmeleri zorunludur. ..Uyuşmazlığa konu olayda, dava dosyasında bulunan matbu ödeme emri örneği incelendiğinde, dava açılacak mercii ve dava açma süresi hakkında hiç bir bilgiye yer verilmediği görülmektedir. ..Bu duruma göre, Anayasanın 40. maddesinde öngörülen yükümlülüklerin idare tarafından yerine getirilmediği dikkate alındığında, davacıya yapılan tebligat üzerine açıldığı anlaşılan davada, gözönünde bulundurulacak dava açma süresinin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulu Kanunu'nun 7. maddesindeki genel dava açma süresi olduğu, bu nedenle, olayda süre aşımı bulunmadığından; davanın esasının incelenerek karar verilmesi gerekirken, ... (DAN.14.D.2011/11567 E. 2012/2376 K.sayılı 4.4.2012 tar.karar

İdari işlemlere karşı başvuru yollarının ayrıntılı düzenlemelerde yer alması, **başvuru süresinin kısa olması veya olağan başvuru yollarına istisna getirilebilmesi nedeniyle işlemlere karşı hangi idari birime, hangi sürede başvurulacağının idarelerce işlemde belirtilmesi hukuk güvenliği ilkesinin gereğidir. Anılan Anayasa hükmü ile de bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde haklarını arayabilmelerine kolaylık ve olanak sağlanması amaçlanmış; idareye işlemlerinde, ilgililerin kaç gün içinde, hangi mercilere başvurabileceklerini bildirme yükümlülüğü getirilmiştir.**

...Olayda, davacının Çatalağzı Belediye Başkanlığı'nda geçici işçi olarak çalıştığı, 5620 sayılı Yasa'da öngörülen 6 aylık sürenin sonu olan 22.10.2007 tarihine kadar sürekli işçi kadrosuna geçirilmediği, ancak davacıya bu konuda bir bildirimin de yapılmadığı, davacının sürekli işçi kadrosuna geçirilme istemiyle 5.1.2010 tarihli başvurusu sonrasında dava konusu 08.01.2010 günlü ve 51 sayılı işlem ile isteminin reddi üzerine 10.3.2010 tarihinde Zonguldak idare Mahkemesi'nde bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, davalı **idarece davacının sürekli işçi kadrosuna geçirilip geçirilmediği konusunda bir işlem tesis edilmediği, davacıya bu konuda bir bildirim yapılmadığı veya davacının bilgisi dahiline girmiş bir**

işlemin bulunmadığı dikkate alındığında, olayda 2577 sayılı Yasa'nın 10. maddesinin uygulanması gerekmekte olup, bu madde uyarınca yapılan başvurunun reddi yolunda tesis edilen dava konusu işlemin iptali istemiyle 60 günlük dava açma süresi içinde açılan davada süre aşımının bulunmadığı sonucuna varılmaktadır. ..(DAN.12.D.2010/4217 E. 2012/1915 K. sayılı 3.4.2012 tar.karar)

22. Bu hükmün uygulamasının yerleşmesi halinde, her tür idari işlem ve eylemle ilgili olarak gerek doğrudan gerekse de başvuru üzerine tesis edilen bildirimlerde, dava açma süresi ve yerinin belirtilmesi, yurttaşın hak kayıplarını azaltacağı gibi, davaların gereksiz yere uzamasının da önüne geçecektir. Aynı zamanda, "normatif kaos" riskine karşı yurttaşa getirilen koruyucu bir şemsiye devreye girmiş olacaktır.

F. Değerlendirme ve Sonuç

23. İdari işlem ve eylemlerden kaynaklanan bedensel zararların tazminine yönelik idari yargı uygulamasında bazı sıkıntı ve sorunların varlığı aşikardır. Bunların bir kısmının, yargı birliği gibi gerekçelerle yargı yolu değişikliğine gidilerek temel anayasal sistemi ihlal eden istisnalar rejimine gerek kalmaksızın, mevcut kuralların daha etkin uygulanmasının sağlanması ile çözümü mümkündür.

24. Ancak, özellikle tazminatın hesaplanması gibi konularda, daha büyük bir birikim ve deneyimi olan adli yargı sistematiğinin uygulanması yerinde olacaktır. Keşif, bilirkişi incelemesi gibi konularda zaten adli yargı kurallarının uygulandığı gözetildiğinde, bu uygulamanın anayasal değerlere aykırı düşmesi de söz konusu olmayacaktır. Bu anlamda, Borçlar Kanunu 55 inci madde hükmünün isabetli bir düzenleme olduğunu söylemek mümkündür. Burada yapılması gereken, idari yargının kendine özgü kurumlarıyla (kusursuz sorumluluk halleri gibi) adli yargının teknik hesaplama araç ve ilkelerinin birarada uygulanması yoluyla bedensel zararların tazmininin etkin bir şekilde sağlanmasıdır. Bu karma uygulama, tazminat davalarında bakış açısı yer yer geniş olmakla beraber miktar anlamında çoğunlukla tatmin edici/zararın etkisini giderici olmaktan uzak olan idari yargı pratiğinin gelişimine de katkı sağlayacaktır.

25. Son olarak ifade etmek istediğim bir husus; idari yargı pratiğinde, yurttaş lehine olacak şekilde, kuralların, özellikle de usul kurallarının biraz daha esnek uygulanması da kendiliğinden bazı sorunları çözümleyebilecektir.

Süre, dava koşulları, ön karar gibi konularda varolan kuralların fazlasıyla katı uygulanması, usulün esasın önüne geçmesine ve adalet duygusunun zedelenmesine sebep olabilmektedir. İdarenin hatalarının "kabul edilebilir" sayıldığı pek çok durumda, benzeri bir hatanın yurttaş tarafında olması, dava hakkının ortadan kalkması ile sonuçlanmaktadır. Buna vurgu yapan 2012 tarihli Danıştay 14.Dairesinin bir kararında,

AİHM'nin, adil yargılanma haklarını ileri sürerek, ulusal mahkemelerin, **İYUK hükümlerinin aşırı şekilci bir biçimde yorumlandığını ve mahkemeye erişim haklarının ihlal edildiği** gerekçesiyle yapılan başvurular üzerine AİHS'nin 6 ıncı maddesine dayanarak ülkemiz aleyhine verilen çeşitli kararlarındaki gerekçelere bakıldığında, İYUK'un 4. maddesi ile birlikte 9. maddesinin koyuluş nedeni İdare Mahkemelerine erişimi kolaylaştırmak olduğundan, başvuranları, esas bakımından dilekçelerinin incelenmesinden yoksun bırakan usuli muameleye ilişkin bir gerekliliğin yorumu söz konusudur ki bu durum mahkemeler ve yüksek yargı organları tarafından sağlanan etkin koruma hakkına yönelik bir ihlal oluşturacak niteliktedir. AİHM, İYUK 9.maddesinin çok katı bir şekilde uygulayan Türk idare mahkemelerinin aşırı şekilci davrandığı ve başvuranları mahkemeye erişim haklarından ve AİHS'nin 6/1 maddesi uyarınca adil yargılanma haklarından yoksun bıraktığı kabul edilmektedir. (DAN.14.D.2011/6523 E. 2012/383 K. sayılı 06.02.2012 tarihli kararı)

denilerek, özellikle mahkemeye erişim hakkına dair hükümlerin çok katı bir şekilde uygulanmasının adil yargılanma hakkının ihlali olarak görüldüğü ve Türkiye'nin bu sebeplerle AİHM tarafından mahkum edildiği ifade edilmiştir. Bu çerçevede, adil yargılanma hakkı temelinde yurttaş haklarını öne çıkaran bir yaklaşımın kabulü yerinde olacaktır.

CENGİZ AKKURT- Efendim ben Orhan Cengiz Akkurt, Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demir Yolları'nın Birinci Hukuk Müşaviriyim, 10 yıldır bu görevdeyim. Hepinize teşekkür ediyorum.

Burada idareden bahsettiğiniz zaman, idare olarak Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demir Yolları 157 yıllık bir kuruluş, iki günde üç defa da ismi geçti kararlarda. Dolayısıyla idare kısmı yönü olarak da biz, Danıştay'ın çeşitli toplantılarına katıldık, buradakine de katıldık. Biz hukukçular olarak hem idari işlemler tesis ediyoruz, hem de son 10 yılda benim bizzat birinci hukuk müşavirliği görevimde 40 bin tane dava görüldü, bu da 541 tane çeşit olarak görüldü.

Benim şu anda elimde bir 2011 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu karar var. Bir de Danıştay'ımızın kararı var. Biz idare olarak bu iki kararın uygulanmasını üç senedir aşamıyoruz. Yani burada kanun koyucu bir şeyler yapmaya çalışmış, bu tartışılıyor. Benim tespitim ve önerim ve arzum şudur ki; uygulamayı da bilen olarak, idari işlemler de tesis eden insanlar olarak, yani bu yargının ortak bir sonuç elde etmesi lazım, ortak bir çözüm üretmesi lazım.

Yani Danıştay'a gidiyoruz tamamen kendi dünyasına göre, kendi kabullerine göre karar alıyoruz. Yargıtay'a gidiyoruz ve uygulamalar idarelere düşüyor ve biz de uygulayamıyoruz. Somut örneğim var. Benim katkım ve önerim; olayın kanuni düzenlemesinde eksiklik olabilir, yanlışlık olabilir. Fakat böyle bir sorunun olduğunu, çözüm üretilmesi gerektiğini, bu kadar köklü bir idarenin bir mensubu olarak biliyorum.

Hepinize teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. METİN GÜNDAY (Oturum Başkanı)- Evet, bu sorunun muhatabını söylemediniz, ama müsaade ederseniz ben çok kısaca bir şey söyleyeyim.

Zaten bu yargı birliği sistemini dillendirenlerin ileri sürdüğü nedenlerden bir tanesi de, zannediyorum sizin söylediğiniz bu sorunlar. Hani iki şey arasında değil mi farklı kararlar çıkıyor. Tabii bu iki yargı kurumu arasında farklı kararlar çıkarsa, bunun çözüm mekanizması da bizim hukukumuzda vardır, uyuşmazlık mahkemesi yoluyla hüküm uyuşmazlığı yoluyla bunlar giderilir. Yani bu gerekçeleri de pek haklı değil, ama meslektaşımın belirttiği o yargı kararlarının içeriğini bilmiyorum. Yani bir hüküm uyuşmazlığına mesnet teşkil edebilir mi, hüküm uyuşmazlığı yoluna gidebilir mi?

Av. TURGUT CANDAN (Danıştay Emekli Başsavcısı)- Sayın Başkan söyledi, tabii eğer bu bir görev uyuşmazlığıyla onun çözüm yolu var. Hüküm uyuşmazlığıysa yine var çözüm yolu.

CENGİZ AKKURT- Kanuna dayanan bir yönetmelik, yönetmeliğe dayalı olarak yapılan bir ihale işlemi, Danıştay'ın kanuna Anayasaya aykırı görmesi, Anayasa aykırılığı ileri sürmesi. Anayasa Mahkemesinin aykırı bulup iptal etmesi, Danıştay'ın yönetmeliği zaten değişti, fakat bu zaten Anayasa aykırıydı değiştiği için hüküm kurmaması şeklinde bir idari işlem. Bu yönetmeliğe ve ihaleye göre yapılmış bir sürü adli işlemler, satış işlemleri ihalenin sonucunda, gayrimenkul satışları. Hukuk Genel Kurulu diyor ki; Anayasa Mahkemesi kararı gereği yürümez. Burada zaten diyor ihale işlemi de iptal edilmemiştir diyor. Dolayısıyla mülkiyet konusunda herhangi bir sorun yoktur. Diğer tarafta Danıştay'ın kararının uygulanması; yani olmayan bir yönetmeliğe göre yapılan bir ihale ve onun satışının iptalleri, dolayısıyla konu şu anda Yargıtay'da, Danıştay'da.

Danıştay yönünden mahkeme kararının yerine getirilmesi, Hukuk Genel Kurulu açısından bugün Danıştay kararında konu olan yönetmeliğinin iptalinin ve ihalenin iptalinin tapudaki işlemlere etki etmeyeceği yönünde bir karar. Yani şu anda bir sürü dava bir o mahkemede, bir bu mahkemede devam edip duruyor.

Prof. Dr. ZEHREDDİN ASLAN (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Bu uyuşmazlığa vakıfım. Özellikle dün bu konuda bir görüşmem de oldu, arz edeyim. Şimdi Sayın Hukuk Müşavirin söylediği farklı yargı düzeninden çıkan bir sorun değil. Sorun yönetmelik iptalini bile bile ikinci ihaleyi açan Devlet Demir Yolları. Kusura bakmayın, o olayı, kişisel tartışmaya girmeyeceğim, sadece cevap vereceğim. Bunlar farklı kararlar değil. Tabii ki tapu siciliyle ilgili davalar adli yargıda görülecek, ihale sürecine ilişkin davalar idari yargıda görülecek. Bu sanki aynı uyuşmazlık farklı yargı düzeninde görülmüş gibi izlenip yarattınız, doğru değil.

Bir kere Anayasa Mahkemesinin kararı var. Danıştay'ın yürütmenin durdurulması kararı var, ama siz ikinci ihaleyi Anayasa Mahkemesi ve yönetmeliğe ilişkin yürütmenin durdurulması kararından önce, hatta resmi yazınızda tebliğin bile Danıştay'ın yürütmenin durdurulması kararının tebliğinin ihale kararından sonra verdiğinize ilişkin bir yazı var dosyada.

Lütfen ben sizi dinledin, bitireyim. Olayın hukuki boyutunu anlatırken, sizler farklı yargı düzeninin yarattığı bir sorun olarak anlattınız, onu düzeltmeye çalışıyorum. Sizin yansıttığınız şey farklı, onu düzeltmeye çalışıyorum. Kim haklı, kim haksız benim vereceğim bir karar değil. Yargıda zaten, yargı kararını verecek, ama olayı bilen bir akademisyen olarak sizin tespitiniz, sizin suçlamanız haksız, onu demek istiyorum. Yani iki farklı yargı kararı yok.

Tabii ki birinci ihaleye göre yapılmış tapu tescilleri sıkıntılıdır veya değildir. İdare hukukunun ilke ve kararlarına göre tabii ki adli yargının görev alanına giren bir konuda karar verecek. Benim söylediğim, tekrar söylemek istediğim; bu sizin söylediğiniz sorun farklı yargı düzenlerinin olmasından kaynaklanmıyor. Doğası gereği ihale işlemlerinin idari yargıda, ihale işlemi olarak hızlı bir şekilde gerçekleştirdiğiniz satış sözleşmesi ve devir sözleşmesiyle tapuların devirlerinin hukuksal sorunu farklı bir yargı düzeninde görülecektir.

Av. TURGUT CANDAN (Danıştay Emekli Başsavcısı)- Hocam olayı anlatınca konu çok daha net anlaşılıyor. Böyle sorunun ortaya çıkmasının nedeni idarenin kendisinin olduğu anlaşılıyor. Ortada iptal kararları var, hem yönetmelik hükmü iptal ediliyor, hem de ona dayanarak ihale kararı iptal ediliyor, yine ihale yapılıyor. Bu belki de o işlemi yok saymak gerekir.

Fark etmez, çünkü o yönetmeliğe dayanarak yapılan bir ihale varsa, o ihalenin dayanağı yok demektir. Sonradan da iptal edilse, ortaya çıkar. Şimdi sanıyorum ki değerli konuşmacı, bu sorunun tabii konumuzla ilgisi yok bunun. Bunun yargı birliğine gerekçe bulmak için söylüyor.

Şimdi ben daha önce de yargı birliği hakkında olamayacağı konusunda, olacağının sakıncalı olduğu konusunda görüşler oldu. Bir noktaya değineceğim. Ben iki yıl başsavcılık yaptım, Danıştay başsavcılığı yaptım emekli olmadan önce. Hüküm uyuşmazlığı, yani dile getirilen ne? Deniliyor ki, içtihat farklılığı var, Hocam değindi. Bu yüzden biz tek yüksek mahkemede birleştirirsek, bunu çözmüş oluruz diyorlar. Şimdi iki yıl süresince bu içtihat farklılığı hüküm uyuşmazlığından gelir, başka bir şeyden çıkmaz, görev uyuşmazlığıysa bu zaten çözecek uyuşmazlık mahkememiz var, Hocam onu da söyledi.

Şimdi iki yıl boyunca bana iki tane dosya geldi, bu hüküm uyuşmazlığı çıkartma yetkisi bana ait, iki tane dosya geldi. Bunun bir tanesi zaten hüküm uyuşmazlığı niteliğini taşımıyordu, bir tanesi taşıyordu. Onu da gönderdik, idari yargının görevindeydi, adli yargının müdahalesi vardı olaya, o şekilde çözümlendi.

Şimdi söylemek istediğim şu: İki yılda bir tane hüküm uyuşmazlığı için yargı düzenini tümüyle ortadan kaldırmak, gelenekleşmiş ve sizin idari yapınıza uygun bir yargı düzenini ortadan kaldırmak ne derece haklı, ne derece kamu yararı var bunda? Tabii o hüküm uyuşmazlığına zaman zaman işte söyledik, kamu yararı ve haklı neden ölçütüne uygun olarak adli yargıya idari uyuşmazlıkların verilmesi de neden oluyor. Anayasa Mahkememiz görüşünü değiştirir de, kamu yararının yargı ayrılığına uymakta olduğu yolunda kararlar vermeye başlarsa bu olmayacak, hüküm uyuşmazlığı da çıkmayacak demektir zaten.

Evet, bunu belirtmek istedim.

Prof. Dr. METİN GÜNDAY (Oturum Başkanı)- Buyurun efendim.

KATILIMCI- Saygıdeğer Başkanım, değerli katılımcılar; evvela birkaç hususu belirtmek istiyorum. Konusu aslında hiç insan zararlarıyla ilgisi olmayan şu son konu nedeniyle biraz bekledik. Sayın katılımcılardan ben o anlamda müsaade ve sabır rica ediyorum.

Şimdi Sayın Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Daire Başkanı sayın katılımcının ifade ettiği birkaç önemli husus var, onlarla ilgili bazı şeyler söylemek istiyorum. Evvela kendileri evvelki dönem içtihatlarını, yani Borçlar Kanununun değişikliğinden önceki içtihatlarını ifade ederken şunu söylediler: Vazife malullüğü ve hak malullüğü gibi hallerde de bağlanan aylıkların Hazineden faturası karşılığında tahsili söz konusu olduğu için, bunu bir rücu olarak algılayarak, sayın dairenin tazminattan indirime gittiğini ifade ettiler.

Gerek 5434 sayılı Kanunda, gerekse 5510 sayılı Kanunda; vazife malullüğü ve hak malullüğü aylıklarını Hazineden tahsil edileceğine ilişkin bir hüküm yoktur. Yalnızca hak malullüğü aylığı bakımından, 5510 sayılı Kanunun 47. maddesinde hak malullüğü zammı adıyla verilen, peşin sermaye devriyle çok fazla bir yekûn tutmayan kısmı ilgili bakanlıktan tahsil edileceği ifade edilmektedir.

İkinci olarak, bu rücuya tabi olma konusu noktasında, onu ifade etmek istiyorum. İkinci olarak, bu ödenenlerin Hazineden faturası karşılığında tahsil edilmesi bir rücu ilişkisi doğurmuyor. Zira zaten kanun 39. maddesinde, haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlar hariç olmak üzere diyor kamu görevlileri için. Kurumca ilgilinin kendisinden veya kurumundan -özellikle bunu ifade etmek istiyorum- rücu edilmez. Burada kanun, yani 5510 sayılı Kanunun 39. maddesinde son derece açık olarak onu düzenlemiş.

Kurumundan rücu edilmeyeceğini düzenlediği bir durumda, Hazineden faturası karşılığında tahsili bir rücu olarak değerlendirmenin kanunen hiçbir şekilde imkânı yok. Bu elbette ki kamu kurumlarının kendi iç mali dengeleri bakımından belli şeyleri alır. Devlet bazen prim affı çıkartır, kurumun bütün mali yapısını altüst eder. Bazen tahsilâtlar yapılır, eklemeler yapılır. Bunlar tamamıyla kurumun kendi iç mali dengeleriyle ilgili olan konulardır, ama rücu mudur değil midir diye bakacaksak, 39. madde kurumundan rücu edilmez diyor.

Bir önemli nokta da; 39. maddenin ilk iki fıkrasında bir öncelikle üçüncü kişilerin kasten verdikleri zararlar halinde bağlanan aylıkların malullük veya vazife malullüğü aylıklarının indirilemeyeceği, kasten verilen zararlarda indirilebileceği. Dolayısıyla taksirli zararlarda indirilemeyeceği belirtilmiş. Aynı kanunun aynı maddesinin 2. fıkrasında, bu malullük hali, işte er-erbaş ve diğer kamu görevlilerinin verdikleri zararlar sonucu oluşursa, hakkında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlar hariç olmak üzere işte indirilmez diyor.

Yani buradaki mahkûmiyet kararı, kanunun son derece açık, kanun yorumlama tekniğinin de son derece kesin, net, bilimsel oturmuş anlayışı gereği, üçüncü kişi için ancak ve ancak kasten verdiği zarar sonucunda rücu etme hakkına sahip olan kurum, er-erbaş veya kamu görevlisi bu zararı verdiği takdirde taksirle de, kasıtla da, her ne şekilde olursa olsun rücu etme hakkına sahip olmuş olmaz. Madde bir bütündür, üçüncü kişi için kasıt unsuru aranıyorsa, elbette ki kamu görevlisi, diğer kamu görevlisine zarar verdiyse yine kasıt unsuru aranacaktır; bu aksi hal, Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı.

Son olarak da müsaadenizle şunu ifade edeyim.

Prof. Dr. METİN GÜNDAY (Oturum Başkanı)- Şimdi şunu istirham edeyim, bu tebliğ konusuyla ilgili lütfen şey yapın. Yani bir mahkemenin yaklaşımı, şeyi, bunu tartışmaya açarsak somut her bir kararı, bu şeyin dışına taşar. O bakımdan bizim konumuzla bağlantılı katkıda bulunursanız veya soru yöneltirseniz mutlu olacağız.

KATILIMCI- Tam da maddenin zaten içeriğiyle ilgili.

Prof. Dr. METİN GÜNDAY (Oturum Başkanı)- Yoksa herhangi bir kanunu şöyle algılamak daha doğru olur, böyle yorumlamak, bunun tartışmasına girersek.

KATILIMCI- Kanunun kendi gerekçesi de bunu ifade ediyor zaten. Bir de 3713 sayılı Kanun kapsamında kabul edilen malullüklerde bir haksızlık oluşacağı ifade edildi. Ben birebir şehit uygulamalarından, gerek genel idari yargının, gerek Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin kendi uygulamalarından şunu söyleyeyim: Bu kanun kapsamında oluşan malullüklerde hükmedilen

tazminatlar sıfır veya sıfıra yakın düzeyde. Yeni kanunun getirdiği sistem, en azından belirli bir ölçüde tazminata hükmedilmesi imkânını sağlayacak.

Yani BK 55 geldi de, terör malullerine tazminat imkânı ortadan kalktı diye bir şey kesinlikle söz konusu değildir. Bunları özellikle ifade etmek istedim. Daha da söyleyeceklerim vardı, ama zaman bakımından uyarınızı da dikkate alarak, şimdilik teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. METİN GÜNDAY (Oturum Başkanı)- Çok teşekkür ediyoruz.

Hâkim Albay COŞKUN GÜNGÖR (Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Daire Başkanı)- Şimdi vazife maluliyetiyle hak maluliyeti aylıklarının zaman içerisinde çeşitli değişiklikler yapılmış kanunlarda. Ek 77, en son baktığımızda, burada bu kanunun 56. maddesinde belirtilen diye başlıyor. Bu vazife maluliyetidir, ardından devam ediyor hak maluliyeti 2330 filan. En son bu ek 77'ye Temmuz 2012'de terörde ölen sivil iştirakçilerin de ne şekilde aylık bağlanacağına dair yazılıyor. Bunların da atıf yapılan 2330 bağlantılı kanun maddelerini de zaten burada sunumda da vardı. Eğer iyi incelenirse, bunların tamamen Hazineden karşılandığı görülecektir.

Diğer husus, bizim derdimiz zarar verenle değil, zarar görenin mağdur olmaması. Çünkü biz eğer 55'i uyguladığımızda rücuya tabi bir olay illaki olacak. Çünkü 55 Emekli Sandığına göre bağlananlar da, artık Yargıtay içtihadını da aşarak, Yargıtay'a da görev veriyor. Eğer rücuya tabiyse diyor, Emekli Sandığı aylığı bağlandı diye rücu edileni peşin sermaye devrini düş diyor.

Ancak idare ajanının yoğun kasti fiili sonucu öldürülen bir asker olduğunu düşünelim. Bu kişi bahsettiğimiz Anayasa 129/5, AİHM 24. maddesi uyarınca o kişiye yönelemeyeceğine göre, sadece devlete karşı dava açabileceğine göre, peşin sermaye değerinin yarısı düşüldüğünde, geri kalan yarısını kimden tahsil edecektir, nereye gidecektir? Bizim derdimiz budur, kanaatimizi de söyledik bu konuda.

Prof. Dr. METİN GÜNDAY (Oturum Başkanı)- Evet, bir arkadaşımıza daha söz vereyim ve kapatalım, zannediyorum zamanımız doldu. Buyurun efendim.

KATILIMCI- Bu rücu edilen ya da edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri Borçlar Kanunundan önce 5510'dan kaynaklanıyor. 5510'u bir hatırlamak gerekirse, kanunun ilk çıktığı halde, aslında sosyal güvenlik sistemi tek bir yapıya kavuşturmak vardı. O nedenle kısa vadeli sigortalılar bunun içerisine memurlar da alınmıştı. Ancak Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra kısa vadeli sigortalıların içerisinden 4C ya da memurlar çıkarılınca, ortaya garabet bir durum çıktı ve bazı hükümler toplanamadı ya da unutuldu.

Bunun en bariz örneği, malullüğü düzenleyen hükümlerde, memurların sayılmasına karşılık, memurların aylığının hangi verileri üzerinden hesaplanacağına dair kuralın bulunmaması. Yani 4B'liler yönünden düzenleme var ...115.48 işçiler bakımından var, fakat 4C'liye aylığın nasıl bağlanacağı belli değil. Bu da kanunda aslında birçok şeyin atlandığını, alelacele gözden kaçırıldığını gösterdiğine göre, ortada bir boşluk var demektir denilebilir mi? Bu boşluk vardır hükmüyle farklı sonuçlara varılabilir mi?

Ben bu maddeyi söyleyeyim. Tabii bu eski memurlar bakımından çok fazla sorun değil, ama 27. maddede açık hüküm var; malullük aylığının hesaplanmasına dair. Memurların nasıl, kaç gün üzerinden ve kaç yıl üzerinden hesaplanacağına dair bir hüküm yok. O halde burada malullük yahut vazife malullüğüne dair hükümlerde bir boşluk vardır denilebilir mi?

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. METİN GÜNDAY (Oturum Başkanı)- Çok teşekkür ederiz. Bizi dinlediğiniz için çok teşekkür ediyoruz, oturumu kapatıyorum.

3. GÜN

Av. AHMET İYİMAYA* (Oturum Başkanı)- Savunma mesleğinin yetkin temsilcilerini saygıyla selamlıyorum. (Alkışlar)

Diyalektiğin yargı kesiminde görev almış değerli hâkimlerimizi, akademik eksende bilime ve yargıya katkıda bulunan değerli hocalarımı da aynı anlayış içerisinde selamlıyorum. (Alkışlar)

Değerli arkadaşlar, okulların en büyüğü ve en iyi öğreticisi bizatihi hayatın kendisidir. İnsan doğumundan ölümüne kadar öğrenen, öğrencilik sıfatını yitirmeyen imtiyazlı bir canlıdır. Bugün hak arama ve hak ölçme sanatının vazgeçilmez kişileri savunucuları karşısında, yine hak ölçme biliminin veya normlarının bir temel sorununu birlikte tartışacağız. Şahsen hukuk yaşamını o sorunda geçirmiş, o sorunla yaşamış, o soruna katmaya çalışmış bir kardeşiniz olarak ben, sorunun içine girmeyeceğim. Bugün her biri değerli olan bilim adamları ve Yargıtay üyemizle bu konuyu tartışacağız. Gerekirse son bölümde *–dün de aynı konu tartışılmış-* ben kendi gözlemlerimi, deneylerimi, vaktinizden çalmaksızın kısa süre içerisinde dile getirmeye çalışacağım

Değerli bilim adamları bugün, Anayasa Mahkememizin bir kararı sebebiyle ortaya çıkan idari-adli yargı ayrımı, insan zararları

* TBMM Adalet Komisyonu Başkanı.

ekseninde ayrımı konusunda kendi açılarından sorunu ele alacaklar. Ondan sonra da size sorularınız için sanıyorum size fırsat tanıyacağım. Oğuz Atalay Hocam, Hakan Hocam herhalde gelemedi, belki gelir, yoldadır gelebilir. Sıra düzeni içerisinde Profesör Süha Tanrıver Hocamız, kendisi usulcüdür, yargılama hukuku, icra iflas hukuku. Sema Taşpınar Ayvaz hanımefendi yakında profesör olacak doçenttir, yine aynı dalda, usul hukukunda, yargılama hukukunda ve Adnan Deynekli kardeşimiz kendisi dosyalara ayırması gereken zamandan çalmaksızın, hukuk birikimine içtihat-öğreti ikilisinde katkı da sunan farklı bir arkadaşımızdır, farklı bir Yargıtay üyemizdir.

Ben şimdi kendilerine başarılar, size kendi sorunlarınıza cevap bulma umudu içerisinde değil, böyle gerçek bir hukuk sorununun iç dünyasındaki gezinizde başarılar diliyorum ve sözü değerli bilim adamı Süha Tanrıver'e veriyorum. Buyurun Hocam, süreniz 25 dakika.

BEDENSEL BÜTÜNLÜĞÜN İHLÂLİNDEN KAYNAKLANAN ZARARLARA İLİŞKİN OLARAK AÇILABİLECEK OLAN DAVALARIN, HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN ÖNGÖRDÜĞÜ DAVA TİPOLOJİSİ BAĞLAMINDA İRDELENMESİ

Prof. Dr. Süha TANRIVER*

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

I. GENEL OLARAK BEDENSEL BÜTÜNLÜĞÜN İHLÂLİNDEN KAYNAKLANAN ZARAR KAVRAMI

Genel çerçevede, vücut bütünlüğünün maddî veya manevî bir zararı meydana getirecek şekilde bozulmasına, bedensel bütünlüğün ihlâli denir[1]. Bedensel bütünlüğün ihlâli, ya vücut bütünlüğünün ya da ruh bütünlüğünün ihlâli biçiminde ortaya çıkar.

Bedensel bütünlüğün ihlâlinden kaynaklanan ve vücut bütünlüğünün bozulması veya eksilmesi biçiminde ortaya çıkan zararlara, bedensel zarar denir. Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinde, bedensel zararların kapsamına giren hususların neler olduğu,saymak suretiyle belirtilmiştir. Bunlar:

a. Tedavi giderleri

b. Kazanç kaybı

c. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar

d. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplardır.

Esas itibariyle, ruh bütünlüğünün ihlâlinden kaynaklanan, bu bütünlüğün bozulması ya da zedelenmesi biçiminde ortaya çıkan zararlara ise, ruhsal zarar denir. Bu tür zararların kapsamına, bir kimsenin kişilik haklarının ihlâlinden kaynaklanan zararların (TBK.m.58, I) yanı sıra, vücut bütünlüğünün ağır bir biçimde zarar görmesi dolayısıyla kişinin, duymuş bulunduğu şiddetli üzüntü, elem ve acı şeklinde ortaya çıkan zararlar da (TBK.m.56, I) dâhildir. Bedensel zararlar, maddî zarar olarak; ruhsal zararlar ise, manevî zarar olarak adlandırılır. Yine, bir kimsenin ölümü nedeniyle, onun yakınlarının, ölenin cenaze giderleri; ölüm hemen gerçekleşmemişse, tedavi giderleriyle, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıpları ile ölüm sebebiyle destekten yoksun kalma şeklinde beliren kayıpları, maddî zarar (TBK.m.53); ölüm ya da ağır bedensel zarar dolayısıyla, yakınlarının duymuş oldukları şiddetli üzüntü, elem ve acı şeklinde somutlaşan zararları ise, manevî zarar bütünü içinde yer alır (TBK.m.56, II).

[1] Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2012, s.744.

II. BEDENSEL BÜTÜNLÜĞÜN İHLÂLİNDEN KAYNAKLANAN ZARARLARA İLİŞKİN OLARAK AÇILABİLECEK OLAN DAVALARIN, HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN ÖNGÖRDÜĞÜ DAVA TİPOLOJİSİ BAĞLAMINDA İRDELENMESİ

A. BEDENSEL (MADDÎ) ZARARLAR BAKIMINDAN

Bedensel zararların tazmini bağlamında işlerlik kazanacak olan dava tipi, maddî tazminat davasıdır. Bedensel zararın miktar ya da değeri, davanın açıldığı anda, tam ve kesin olarak belirli ya da belirlenebilir bir nitelik taşıyorsa, bu durumda, klâsik bir eda davası biçiminde somutlaşan (HMK. m.105) bir tazminat davası açılması yoluna gidilecektir. Ancak çoğunlukla, bedensel zararın miktar ya da değerinin ve dolayısıyla talep edilebilecek olan tazminatın tutarının, davanın açıldığı anda, tam ve kesin olarak belirlenmesi, ya objektif çerçevede imkânsız ya da davacıdan beklenemeyecek bir nitelik taşır. Bu tutar, çoğunlukla, ya karşı tarafın verdiği bilgi ve sunduğu belge ya da tahkikat evresinde mahkemece yaptırılacak olan bilirkişi incelemesi sonucunda, belirlilik kazanır. Borçlar Kanunu'nda yer alan münferit hukukî düzenlemeler de, bu durumu teyit eder bir nitelik taşımaktadır. Şöyle ki; Borçlar Kanunu'nun 51. maddesinin birinci fıkrasında, hâkimin, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını gözetmek suretiyle belirleyeceği açıkça hüküm altına alınmıştır. Buna paralel bir biçimde, aynı Kanun'un 52. maddesinin birinci fıkrasında, zarar görenin, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında veya artmasında etkili olmuşsa yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmışsa, hâkimin, tazminatı indirebileceği gibi tamamen kaldırabileceği de ifade edilmiştir. Yine, Borçlar Kanunu'nun, bedensel zararların kapsamını belirleyen 54. maddesinde sözü edilen ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıpların, tazminat davasının açıldığı anda tam ve kesin olarak belirlenmesi mümkün değildir. Aynı şeyi, destekten yoksun kalma biçimindeki maddî tazminat davaları bağlamında, tazminatın tutarının tayini bakımından önem taşıyan, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin, bu sebeple uğradıkları kayıpların da gözetileceğini öngören Borçlar Kanunu'nun 53. maddesinde yer alan düzenleme bakımından da söylemek mümkündür. Tüm bunların yanı sıra, hukukumuzda, değişiklik davasının somut uygulanma biçimlerinden birisini oluşturan Borçlar Kanunu'nun 75. maddesinde yer alan düzenleme de, bedensel zararların tutar veya miktarının, hükmün

kesinleşmesinden sonraki evrede dahi, değişkenlik arz edebileceğine açıkça işaret etmektedir.

Yapılan tüm bu tespitler çerçevesinde, bedensel zararların giderimini konu alan tazminat talepleri bağlamında, eda davasının özel bir türevi ya da somut plânda birer uygulanma biçimi konumunda bulunan kısmî dava ile belirsiz alacak davası kurumlarının yaygın bir biçimde işlerlik kazanacağı söylenebilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesinde kısmî dava kurumu düzenlenmiştir. Kısmî davadan maksat, aynı hukukî ilişkiden kaynaklanan alacağın, şimdilik sadece belirli bir kesiminin dava konusu kılınmasıdır[2]. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesinde, kısmî davanın açılabilmesi, talep konusunun niteliği itibariyle bölünebilirlik arz etmesi ve açıkça belirli olmaması koşuluna bağlanmıştır. Bedensel zararların giderimini konu alan tazminat alacağı, bir para alacağıdır ve niteliği itibariyle bölünebilir ve ayrıca, çoğunlukla, tahkikat evresinde, mahkemece gerçekleştirilecek olan bilirkişi incelemesi sonucunda, gerçek anlamda, tutarı, tam ve kesin bir biçimde belirlenebilir. Dolayısıyla, bedensel zararların giderimini konu alan tazminat taleplerinin, geneli itibariyle, açıkça belirlenebilir bir nitelik taşıdığından söz edilemez. Bedensel zararların giderimini konu alan tazminat davasının, bir kısmî dava biçiminde açılması hedefleniyor ise, genelde, kısmî dava açmaya ilişkin irade, "*fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması*" şeklinde beliren bir kayda, dava dilekçesinde açıkça yer verilmek suretiyle ortaya konulur. Ancak, sözü edilen iradenin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesinin metni karşısında, mutlaka açık bir biçimde ortaya konulması şart değildir. Bedensel zararların tazminini konu alan tazminat davasına ilişkin bir dava dilekçesinde, koşullarının oluşmasına rağmen, fazlaya ilişkin hakları saklı tutma kaydına açıkça yer verilmemiş olması, bu konuda suskunluk içerisinde bulunulması, davacının, asla, dava dışı tutulan alacak kesiminden, yani ek dava açma hakkından zımnen feragat ettiği anlamına gelmez. Çünkü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan hukukî düzenlemenin açıklığı karşısında, hukukumuz bağlamında,"*örtülü kısmî dava*" caiz hale gelmiş durumdadır. Bu durumda, bedensel zararın tazminini konu alan talep, açıkça belirlenebilir bir nitelik taşımıyorsa, dava dilekçesinde, açıkça fazlaya

[2] Tanrıver, S.: Kısmî Dava Kurumu Üzerine Bazı Düşünceler (Makalelerim II, 2006-2010, Ankara 2011, s.95-113), s.95; Pekcanıtez, H./Atalay, O./ Özekes, M.: Medeni Usul Hukuku, 13. Bası, Ankara 2012, s.405.

ilişkin haklar saklı tutulmamış olsa bile, ortada "*örtülü bir kısmî dava*"nın bulunduğunu kabul etmek gerekir.

Bedensel zararların tazminine ilişkin bir tazminat davası, kısmî dava biçiminde açılmışsa, zamanaşımı, dava edilen alacak kesimi bakımından kesilir; dava dışı tutulan kesim bakımından ise, işlemeye devam eder. Mahkemece tahkikat evresinde gerçekleştirilecek olan bilirkişi incelemesi sonucunda, bedensel zararının tutarı ya da miktarı belirlilik kazanan davacı, dava dışı tutmuş olduğu alacak kesimini, ya ek dava açmak ya da kısmî ıslaha başvurmak suretiyle, cereyan etmekte olan yargılamanın kapsamına dahil edebilir. Bu durumda, dava dışı tutulan alacak kesimi bakımından zamanaşımı, ek davanın açıldığı ya da kısmî ıslah talebinde bulunulduğu andan itibaren kesilir[3]. Aynı tespit, kısmî davanın dışında tutulan alacak kesimi bakımından, faizin yürütülmeye başlayacağı tarihin tayin edilmesi bağlamında da geçerlilik taşır[4].

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin üçüncü fıkrasında, kısmî dava kurumuyla ilişkilendirilebilecek olan bir düzenlemeye yer verilmiştir. Anılan hukukî düzenlemede, kısmî eda davasının açılabileceği hallerde, tespit davasının da açılabileceği ve bu durumda hukukî yararın var olduğunun kabul edileceği açıkça hüküm altına alınmıştır. Bu yasal düzenlemeyle güdülen temel amaç, kısmî davada, dava dışı tutulan alacak kesimi bakımından zamanaşımı, ancak ek davanın açıldığı andan itibaren kesileceği için, kısmî davanın sonuçlanmasına kadar geçen evrede, dava dışı tutulan alacak kesiminin zamanaşımına uğramasını önlemek amacıyla, davacıya, bir tespit davası açabilme olanağının tanınmasıdır. Her şeyden önce, kısmî dava, bir eda davasıdır. Hukukumuzda, kısmî tespit davası şeklinde beliren bir dava türü mevcut değildir. Kısmî davada, mahkemenin, davalıyı, kısmî edaya mahkûm edebilmesi için de, öncelikli olarak, dayanılan hukukî ilişkinin, bir bütün hâlinde varlığını tespit etmiş olması şarttır. Yani, açılan bir kısmî dava, her halükarda, hukukî ilişkinin, varlığının ya da yokluğunun, bir bütün hâlinde belirlenmesine yönelik incelemeyi, doğası gereği, zorunlu kılar ve bünyesinde barındırır. Dolayısıyla, kısmî davanın açılabildiği hâllerde, kısmî davanın açılmasından sonra, dava dışı tutulan kesim için, her ne kadar Kanun'un 107. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, tespit davası açılabileceği ve bu durumda hukukî yararın mevcut olduğu

[3] Pekcanıtez, H.: Belirsiz Alacak Davası, Ankara 2011, s.72.
[4] Pekcanıtez, s.70.

gibi bir izlenim uyandırılmışsa da; mahkeme, kısmî davadan sonra açılan bu tespit davasını, bir dava şartı olması sebebiyle, davanın her aşamasında, re'sen ya da davalı tarafın itirazı üzerine, derdestlik (HMK. m. 114, I, ı bendi) olgusuna dayanarak, usulden reddetmek zorundadır.

Bazılarının iddia ettiği gibi, burada, derdestliğin söz konusu olamayacağı olgusu, ciddî bir yanılgıdan ibarettir[5]. Kısmî dava, bir eda davası türüdür. Kısmî dava bağlamında, kısmî edaya mahkûmiyetin varlığı için, hukukî ilişkinin bir bütün hâlinde mevcudiyetinin tespiti şarttır. Edime kısmen mahkûmiyet mümkün olsa bile, hukukî ilişkinin kısmen tespitinden söz edilemez. Bir hukukî ilişki (örneğin, haksız fiil) bir bütün halinde, ya vardır ya da yoktur. Aynı anda, hem varlığından hem de yokluğundan söz edilemez. Dolayısıyla, kısmî davayla ondan sonra açılan ek davada, dava edilen alacak kesimlerinin farklı olmasından hareketle, dava konularının aynı olmadığı yönündeki derdestlik bağlamında yapılan çözümleme, kısmî dava açılmasından sonra, dava dışı tutulan kesim bakımından bir tespit davası açılması durumunda geçerlilik kazanamaz. Çünkü, kısmî davada, dava edilen alacak kesimini ödemeye, davalının mahkûm edilebilmesi ya da davanın reddine karar verilebilmesi için, ön koşul, hukukî ilişkinin bir bütün halinde varlığının ya da yokluğunun tespit edilmiş bulunmasıdır ve bu husus zaten bir eda davası olan kısmî davanın içinde daima saklıdır. Çünkü eda hükümleri, görünüşte tek, gerçekte ise iki parçalı bir hüküm konumundadır. Edaya mahkûmiyetin, yani eda hükmü verilebilmesinin ön şartı, dayanılan hukukî ilişkinin varlığının saptanmış olmasıdır. Bir eda davası olan kısmî davada, zaten hukukî ilişki, bir bütün halinde belirlenmeden, dava edilen kesimi, davalının ödemeye mahkûm edilmesi mümkün olmaz. Öte yandan, kısmî davanın tamamen esastan reddine karar verilmiş ve bu karar da şeklî anlamda kesinleşmişse, bu kararla birlikte, kısmî dava yoluyla ileri sürülen ve şimdilik sadece bir kesiminin hüküm altına alınması istenilen alacağın dayandığı hukukî ilişkinin yokluğu hususu, kesin bir biçimde tespit edilmiş olacağından, kesin hükmün varlığı sebebiyle, dava dışı tutulan bir alacağın mevcudiyetinden ve onun, ek dava yoluyla talep edilebilirliğinden söz edilemez. Çünkü, hukukî ilişkinin yokluğunun tespiti, kısmî dava yoluyla, şimdilik sadece bir kesimi dava edilen alacağın dayandığı hukukî ilişkinin, bir bütün hâlinde, yani tamamının da, hiçbir mevcudiyetinin bulunmadığı anlamına gelmektedir. Varlığı iddia edilen ve dayanılan hukukî ilişki yoksa

[5] Simil, C.: Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013, s.128, dn.414.

zaten bir alacaktan ya da edimden de söz edilemez. Aynı mantık ve temel espri, kesin hükmün ön etkisi olan derdestlik bağlamında, bir eda davası türü olan kısmî dava devam ederken, dava dışı tutulan alacak kesimi bakımından, bir tespit davası açılması halinde de, geçerlilik taşır.

Ancak, kısmî davanın açılabileceği hallerde, davacının, bu davayı açmak yerine, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin üçüncü fıkrasından hareketle, hukukî ilişkinin varlığının tespiti için, bir tespit davası açması olanağı mevcuttur. Bu tespit yapıldıktan sonra da, alacağın tamamı için, bir eda davası açılması ve tespit davası sonucunda, hukukî ilişkinin varlığının tespiti bağlamında elde edilmiş bulunan kesin hükmün, açılan bu eda davasında, kesin delil olarak kullanılması mümkündür.

Bedensel zararların tazmini bağlamında, asıl işlerlik kazanacak olan ve sağlamış bulunduğu avantajlar nedeniyle, diğer davalara nazaran, cazibe merkezi konumunda bulunan dava tipini, belirsiz alacak davası oluşturacaktır. Belirsiz alacak davası, esas itibariyle eda davasının özel bir türevi, onun, somut plânda, özel bir uygulanma biçimini oluşturmaktadır[6]. Yukarıda da ayrıntılı bir biçimde vurgulandığı üzere[7], bedensel zararların ve onun giderimini konu alan tazminatın tutarının, tam ve kesin olarak belirlenmesi, genelde, davanın açıldığı anda, ya objektif çerçevede imkânsızdır ya da davacıdan beklenemeyecek bir nitelik taşır. Bedensel zararların tazminini konu alan davalar bağlamında, tazminatın tutarının, tam ve kesin olarak belirli hale gelmesi, çoğunlukla, ya karşı tarafın, yani davalının verdiği bilgi yahut sunduğu belge çerçevesinde mümkün olur ya da mahkemece tahkikat evresinde gerçekleştirilecek olan bilirkişi incelemesi sonucunda ortaya çıkar. Anılan nedenle, bedensel zararların tazminini konu alan davaların, belirsiz alacak davası biçiminde açılması hukuken caiz[8]; hatta kuvvetle muhtemeldir.

Belirsiz alacak davalarının en etkin ve geniş kapsamlı bir biçimde işlerlik kazanacağı alanlardan birisini de, bedensel zararların giderimini konu alan tazminat alacakları oluşturur. Bu durumda, bedensel zararın giderimini konu alan bir tazminat davası, belirsiz alacak davası biçiminde açılmak isteniyorsa, davacı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, dava dilekçesinde, somut olayın koşullarına ve özelliklerine göre belirlenmesi mümkün olan alacak tutarı (asgarî alacak tutarı) ile dayanmış

[6] Yılmaz, E.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Dava Çeşitleri (Bankacılar Dergisi, 2012/80, s.83-104), s.95; Simil, s.94.
[7] Bkz. yuk. II, A.
[8] Pekcanıtez, s.83; Simil, s.218-219.

olduğu hukukî ilişkiye (örneğin, haksız fiil ve bu iddianın temel dayanağını teşkil eden tüm maddî vakıalara), dava dilekçesinde, açıkça işaret etmek zorundadır. Burada vurgulanması gereken husus, dava dilekçesinde gösterilecek olan asgarî tutarın, tümüyle davacının iradesine göre değil; somut olayın koşullarına ve özelliklerine göre, objektif çerçevede tespit edilmesi mümkün bulunan tutar olduğudur[9]. Bu asgarî tutar, doktrinde, "*geçici talep sonucu*" olarak da adlandırılmaktadır[10].

Koşullarının oluşmamasına, yani talep edilebilecek tazminat tutarının, davanın açıldığı anda tam ve kesin olarak belirlenmesinin mümkün olmasına rağmen, bedensel zararın tazminini konu alan bir dava, belirsiz alacak davası şeklinde açılmışsa, hukukî yarar, yani dava şartı yokluğundan usulden hemen reddedilmemeli; hâkim taleple bağlı olup, hukukî nitelendirmeyle bağlı bulunmadığı için, bir ara kararıyla, açılan davayı, klâsik bir eda davası olarak (HMK. m.105) nitelendirip, görmeye devam etmelidir. Çünkü, belirsiz alacak davası bağlamında, dava dilekçesinde gösterilen asgarî tutar, zaten somut olayın koşullarına ve özelliklerine göre, objektif çerçevede tespiti mümkün olan tutar konumundadır. Anılan durumda, davacının, bu tutar üzerinden, klâsik bir eda davası biçiminde, bir maddî tazminat davası açtığı kabul edilmelidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin ikinci fıkrasında, belirsiz alacak davası bağlamında, karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu, alacağın miktarı ya da değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda, davacının, iddianın genişletilmesi yasağına tâbi olmaksızın, yani karşı tarafın açık muvafakatına ve ıslaha ihtiyaç kalmadan, davanın başında, dava dilekçesinde belirtmiş olduğu tutarı, tam ve kesin olarak belirlilik kazanan tutara kadar artırabilmesine olanak tanınmıştır. Bu durumda, bedensel zararın giderimini konu alan tazminat davası, belirsiz alacak davası biçiminde açılmışsa, davacı, karşı tarafın verdiği bilgi ve sunduğu belgeler çerçevesinde yahut tahkikat sonucunda, tazminat alacağının, tam ve kesin olarak belirlenebildiği anda, kısmî davadan farklı olarak, dava dilekçesinde, belirtmiş olduğu tazminatın tutarını, iddianın genişletilmesi yasağı ile karşılaşmadan, yani davalının açık muvafakatına ve ıslaha gerek kalmadan belirlilik kazanan tutara kadar artırabilir; hatta artırmak, yani geçici talep sonucunu, kesin talep sonucuna (artırılabilecek olan üst sınıra

[9] Pekcanıtez, s.48; Simil, s.107.
[10] Yılmaz, s.99; Pekcanıtez, s.42; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s.376.

çıkarmak) dönüştürmek zorundadır. Çünkü, belirsiz alacak davasında, alacağın tutarındaki belirsizlik, tahkikatın sonuna kadar devam eder; davacı, en geç tahkikatın sonunda talebini belirlemeli (yani, geçici talep sonucunu, kesin talep sonucuna dönüştürmeli) ve bunu mahkemeye bildirmelidir[11]. Aksi takdirde, hâkim, dava dilekçesi mahkemeye sunulurken, davacının bu dilekçede belirtmiş olduğu geçici talep sonucunu gözetmek suretiyle kararını verir[12]. Zira, tahkikat bitiminde ya da alacağın diğer bir şekilde belirlilik kazanmasından sonra, davacı, geçici talep sonucunu, kesin talep sonucuna dönüştürüp, mahkemeye bildirmezse, hâkim, bu geçici taleple bağlıdır ve ondan fazlaya hüküm veremez[13] (HMK. m.26, I).

Bedensel zararların tazminini konu alan bir dava, belirsiz alacak davası biçiminde açılmışsa, tazminat alacağının tutarının, tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anın tayini açısından, iki olasılık işlerlik kazanır: Birinci olasılıkta, tazminat alacağının tutarının, tam ve kesin olarak belirlenebilmesi, ancak davanın açılmasından sonra, davacı tarafın yapmış olduğu açıklamalardan, sunmuş olduğu bilgilerden ve vermiş olduğu belgelerden sonra mümkün olabilir[14]. Örneğin, hekimin sorumluluğuna dayanan bir tazminat davası bağlamında, hasta, kendisine uygulanan tedavinin içeriğini, boyutlarını ve niteliğini, hekimin ya da sorumlu hastanenin, kendisini hiç ya da yeterince bilgilendirmemesi nedeniyle bilemediği için, tazminat davasını açtığı anda, zararını, tam ve kesin bir biçimde hesaplayıp belirleyebilme olanağından yoksun kalmış olabilir[15]. Davanın açılmasından sonra, davalı hekimin, mahkemeye vermiş olduğu izahat ve sunmuş olduğu belgeler çerçevesinde, uğranılan bedensel zararın tutarı, tam ve kesin olarak belirlenebilir bir nitelik kazanabilir. İkinci olasılık ise, bedensel zararın ve dolayısıyla onun giderimini konu alan tazminat alacağının varlığının ispatı aşamasında, tutarın tam ve kesin olarak belirlilik kazanmasıdır[16]. Bu hal, tahkikat evresinde, mahkemece yaptırılacak olan bilirkişi incelemesi sonucunda, bedensel zararın ve onun giderimini konu alan tazminat alacağının tutarının tam ve kesin olarak tayin edildiği an biçiminde somutlaşır ve sık ve yaygın olarak bedensel zararları konu alan belirsiz alacak davaları bağ-

[11] Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s.387; Pekcanıtez, s.51.
[12] Pekcanıtez, s.56.
[13] Pekcanıtez, s.56; Yılmaz, s.101; Yavaş, M.: Belirsiz Alacak Davasının İş Davalarına Etkileri (İş Hukukunda Güncel Sorunlar 2, İstanbul 2012, s.55-81), s.63-64.
[14] Yavaş, s.68; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s.387; Pekcanıtez, s.51.
[15] Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s.387; Pekcanıtez, s.51.
[16] Pekcanıtez, s.51; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s.388; Yavaş, s.68.

lamında uygulanma alanı bulur[17]. Belirsiz alacak davasında, davacı sadece bir kez talep sonucunun belirlenmesi için değerlendirmede bulunacağı ve bunu rakamsal bazda ifade edebileceği için, her bir bilirkişi incelemesinden sonra, talep sonucunu, rakamsal çerçevede yeniden belirleme olanağına sahip değildir[18]. Bu nedenle, davacının, geçici talep sonucunu, kesin talep sonucuna dönüştürme işlemini, yani dava dilekçesinde belirtilen asgarî tutarı, iddianın genişletilmesi yasağıyla karşı karşıya kalmadan artırma işlemini, bedensel zararın tutarının belirleyen bilirkişi raporunun kesinleşmesinden sonra yapması gerekir[19].

Alacağın tutarının, tam ve kesin olarak belirlenmesinin mümkün olduğu anın tayin edilmesi işlemi, tümüyle davacının iradesine bırakılmıştır; hâkim, bu bağlamda davacıya herhangi bir süre veremez ve herhangi bir hatırlatmada bulunamaz[20]. Davacı, talep sonucunun kesin olarak belirlenmesi işlemini, ancak bir kez yapabilir; aceleci davranıp, kesin bir belirleme yaptıktan sonra, tekrar talep sonucunu artırmaya kalkışırsa, iddianın genişletilmesi yasağı işlerlik kazanır[21]. Ancak, onun, talep sonucunu kesin olarak belirledikten sonra, tutarını azaltması mümkündür.

Bedensel zararların tazminini konu alan bir dava, belirsiz alacak davası biçiminde açılmışsa, talep sonucunun miktar veya değerinin, tam ve kesin olarak belirlenebildiği anda, davacı, tazminat talebinin tutarını, belirlilik kazanan bu tutara çıkarmışsa, mahkeme, davanın başında, dava dilekçesinde gösterilen asgarî tutar üzerinden hesaplanan ve peşinen ödenmesi gereken karar ve ilâm harcını, kesin talep sonucu üzerinden yeniden hesaplamalı ve eksik kalan kısmı, davacı tarafa tamamlattırmalıdır[22].

---

[17] Yavaş, s.65. Burada yeri gelmişken, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 282. maddesindeki kuralın aksine, hâkimin, bilirkişi incelemesi sonucunda belirlenen ve davacı tarafça da kesin talep sonucunun tayininde esas alınacak tazminat alacağının tutarında, hakkaniyet gerekçesiyle herhangi bir değişikliğe gidemeyeceğini vurgulamakta da yarar vardır (TBK.m.55). Bu kural, her şeyden önce, görünüşte, hükmün, hâkim tarafından, gerçekte ise, bilirkişi tarafından verilmesi sonucunu doğuracağından, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesiyle, hâkimlerin anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm vereceğini öngören anayasal kurala (m.138, I, c.1) aykırıdır. Ayrıca, anılan düzenleme, yargı sistemi içerisinde, hâkimin üstlenmiş olduğu fonksiyonla da bağdaşmaz ve hâkimin, hüküm fıkrasıyla maddî vakıalar arasında bir aracı haline getirilmesine neden olur ki; bunun da, anayasal bir temeli de bulunan yargı bağımsızlığı ilkesinin geçerliliği karşısında kabulü mümkün değildir (AY. m.138).

[18] Simil, s.284.

[19] Simil, s.284.

[20] Pekcanıtez, s.52. Karş.: Simil, s.285.

[21] Yılmaz, s.101.

[22] Simil, s.115.

Bedensel zararın tazminini konu alan bir davanın, belirsiz alacak davası biçiminde açılmasının, medenî usul hukukunun yanı sıra, borçlar hukuku bakımından da sağlamış olduğu bazı avantajlar mevcuttur. Bunlardan ilki, belirsiz alacak davasında, zamanaşımının kesilmesi olgusunun, alacağın sadece dava dilekçesinde gösterilen kesimi bakımından değil; belirsiz olan kesimi de dâhil tamamı açısından, bu davanın açıldığı anda ortaya çıkmasıdır[23]. Çünkü belirsiz alacak davasında, kısmî davadan farklı olarak, dava konusu kılınan alacak, dava dilekçesinde belirtilen tutarla sınırlı kalmayıp, alacağın tamamını kapsamaktadır. Yine, aynı şekilde, kısmî davadan farklı olarak, belirsiz alacak davasında, başlangıç anına ilişkin olarak dava dilekçesinde herhangi bir belirlemede bulunulmamışsa, faizin, sadece dava dilekçesinde belirtilen kesim için değil; alacağın tamamı için, bu davanın açıldığı an (tarih) baz alınmak suretiyle hesaplanması gerekir[24]. Bu çerçevede, haksız fiilden kaynaklanan ve bedensel zarara ilişkin bulunan bir tazminat davası, belirsiz alacak davası biçiminde açılmışsa, dava dilekçesinde, haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren faize hükmedilmesi (TBK. m.117/ II) talep edilmişse, yargılama sonucunda, dava dilekçesinde belirtilen asgarî alacak tutarı ve değer artırıldığı takdirde, artırılan bu kısım için, haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren faize hükmedilmesi gerekir[25]. Buna karşılık, dava dilekçesinde sadece faizden söz edilmiş, haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren faizin yürütülmesine ilişkin herhangi bir irade belirtilmemişse, bu durumda, yargılama sonucunda, geçici miktar ve değer artırıldığı takdirde, artırılan bu kısım için, davanın açıldığı tarihin baz alınması suretiyle,faizin hesaplanması icap eder.

Belirsiz alacak davasının açılabileceği her durumda, kısmî dava açılması da hukuken mümkündür. Ancak, hem usul hukukuna hem de borçlar hukukuna ilişkin olarak sağlamış bulunduğu avantajlar gözetildiğinde, belirsiz alacak davası açılması daha caziptir ve daha rasyonel bir davranış teşkil eder. Ancak, burada, kısmî davanın açılabildiği her durumda, belirsiz alacak davası açılmasının hukuken mümkün olmadığını belirtmekte de yarar vardır. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun her iki dava türü ile ilgili olarak öngörmüş bulunduğu düzenlemelere bakıldığında, belirsiz alacak davası açılabilmesinin, kısmî davaya nazaran, daha katı koşullara

[23] Pekcanıtez, s.71; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s.412; Yılmaz, s.100, 103; Yavaş, s.59; Simil, s.113-114.
[24] Yavaş, s.59; Yılmaz, s.103, Pekcanıtez, s.72, 73.
[25] Simil, s.347; Budak, Ali C.: Belirsiz Alacak Davası (Bankacılar Dergisi, Ocak 2013, Özel Sayı, Ankara 2013, s.82-86), s.85.

bağlandığına ve uygulama alanının daha da sınırlı tutulmak istendiğine işaret etmek gerekir.

Bedensel zararlar bağlamında, belirsiz alacak davası açma olanağı varken, bu dava yerine, bir tespit davası açılmasında da hukukî yarar yoktur. Çünkü belirsiz alacak davası, zaten eda davasının özel bir türevi, yani özel bir türüdür. Dolayısıyla, açılacak olan bu davada, davalının, tazminat ödemeye mahkûm edilebilmesi için, öncelikli olarak, dava dilekçesinde dayanmış olduğu hukukî ilişkinin bir bütün halinde varlığının tespiti şarttır. Belirsiz alacak davasının varlığı, doğası, zaten bu tespiti zorunlu kılar. Belirsiz alacak davasında elde edilecek olan hüküm, davanın kabulü halinde bir eda hükmü olduğu halde, tespit davasında verilecek olan hüküm, hukukî ilişkinin varlığının saptanması biçiminde somutlaşsa bile, bu nitelikten yoksundur. Öte yandan, alacağın tamamı için zamanaşımının kesilmesi olgusu, belirsiz alacak davasının açıldığı anda, kendiliğinden ortaya çıkar. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan kural da, her ne kadar, belirsiz alacak davasını öngören hukukî düzenlemede yer alıyor olsa bile, belirsiz alacak davası kurumu ile değil; aynı Kanun'un 109. maddesinde düzenlenen kısmî dava kurumuyla ilişkilidir. Dolayısıyla, 107. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan kuralın, "*kısmî eda davasının açılabildiği hallerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda, hukukî yararın var olduğu kabul edilir*" şeklindeki düzenlemesinde yer alan "*kısmî eda davasının açılabildiği hallerde*" şeklindeki ibaresinin, "*belirsiz alacak davasının açılabildiği hallerde*" şeklinde anlaşılması olanağı da yoktur.

B. RUHSAL (MANEVÎ) ZARARLAR BAKIMINDAN

Her şeyden önce, manevî (ruhsal) zararların tazminini konu alan davaların, kısmî dava şeklinde açılıp açılamayacağı hususu, doktrinde, yoğun tartışmaların yaşanmasına neden olmuştur.

Bir görüş, manevî tazminat talebinin, genellikle bir para alacağını içeriyor olması ve para alacağının da bölünebilir bir nitelik taşımasından hareketle, manevî tazminat davalarının da, tıpkı maddî tazminat davaları gibi kısmî dava şeklinde açılabileceği yönündedir[26]. Bu görüşün dayanakları, görüşün öncüsü olan Nomer'in veciz cümleleri ile şu şekilde ortaya

[26] Nomer, H.N.:Manevî Tazminat Alacağında Kısmî Dava Açmak Mümkün müdür? (İÜHFM., 2002/1-2, s.221-229), s.225-229.

konulabilir[27]: "*Manevî tazminat davalarında genellikle bir miktar paranın ödenmesine hükmedilir (BK. m.49/I; karş. TBK. m.58/I, ve m.56). Bu muhtemel durum dikkate alındığında, manevî tazminat alacakları, para alacaklarıdır. Maddî tazminat alacaklarında olduğu gibi, alacağın tutarı baştan belli değildir. Dolayısıyla bunlarda bir meblağ borcu değil; miktarı henüz belli olmayan bir değer borcu söz konusudur. Miktarı başlangıçta belli olmayan değer borçları da para borçlarıdır ve borçlanılan miktarın başlangıçta belli olmaması, sonuçta hükmedilen edimin bölünebilir bir edim olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Bölünebilir bir edimi hedeflediklerine göre, manevî tazminat alacakları için de kısmî dava açmak mümkündür*".

Bizim de katıldığımız doktrindeki diğer görüş ise, manevî tazminat davalarının, kısmî dava şeklinde açılamayacağı yönündedir[28].

Her şeyden manevî tazminat taleplerinin, genelde bir para alacağı ile ifade ediliyor olması, anılan tazminatın gidermeye yöneldiği zararın (yani, manevî zararın) da bölünebilir bir nitelik taşıdığı anlamına asla gelmez. Manevî zarar, doğası gereği bir bütünlük arz eder; bir başka ifade ile hukuka aykırı bir fiil yüzünden hissedilen ruhi elem, üzüntü veya acının zamana yayılması söz konusu değildir; o filin işlendiği tarihte yaşanan veya yaşanılması gereken bir haldir. Bu tespit çerçevesinde, manevî zarar, niteliği gereği bölünemez. Dolayısıyla, onun giderimine yönelik tazminatın da bölünebileceğinden söz edilemez; bir seferde, toptan bir bütün hâlinde talep edilmesi gerekir. Kaldı ki; manevî tazminat taleplerinde, davacının tazminat talebinin genelde bir parasal rakamla ifade ediliyor olması, onun konusunu, her durumda, bir para alacağının oluşturduğu anlamına asla gelmez. Sözü edilen durum, esasında, bu bağlamda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer alan düzenlemenin işlerlik kazanmasının doğal bir sonucudur[29]. Çünkü manevî tazminatının şeklini takdir edecek olan davacı değil; hâkimin kendisidir. Öte yandan, manevî tazminat olarak belli bir meblağ talep edilmiş bulunsa bile, hâkim, somut olayının koşullarını ve tarafların özel durumlarını dikkate alarak, bu parasal meblağın ödenmesine karar verilmesi yerine, tecavüzün kınanıp basın yoluyla duyurulması yahut zarar verenin, zarar görenden özür dilemesi gibi diğer bir tazmin biçimini de ikame edebilir yahut parasal meblağın ödenmesine

[27] Nomer, s.229' den naklen.
[28] Üstündağ, S.: Kısmî Davaya İlişkin Bazı Hukukî Sorunlar (Yargı Dünyası, 2003/89, s.9-20), s.7-11; Kuru, B.:Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, 6. Bası, İstanbul 2001, s.1523.
[29] Üstündağ, s.9.

hükmedilmesinin yanına bu tazmin biçimlerinden birisini de ilâve edebilir (TBK.m.58,II ve m.56). Kendisine işaret edilmiş olan bu durum da, manevî tazminat taleplerinin, nitelik itibari ile maddî tazminat taleplerinden farklılık gösterdiğinin ve dolayısıyla kısmî dava bağlamında irdelemede bulunulurken, manevî tazminatın, maddî tazminatla aynı işleme tâbi tutulmasının doğru olamayacağının bir başka göstergesini teşkil eder. Çünkü, manevî tazminat alacağının bir para alacağı şeklinde ifade ediliyor olması, asla, tazminat olarak talep edilen paranın, uğranılan manevî zararın, birebir karşılığı olduğu anlamına gelmez. Bu durumu, Saymen, şu şekilde, veciz bir biçimde ifade etmektedir: *"…Bir kimseye manevî bir zarar ika edilince mezkûr zarar nakden ne kabili takdir, ne de kabili tazmindir (tamirdir); fakat şüphe yok ki, fena veya acı bir his iyi ve tatlı bir his ile tatmin ve telâfi edilebilir. Binaenaleyh, acı çeken bir kimsenin izdirabını bir miktar para büsbütün izale etmez ise de, bu parayla elde edebileceği meserret bu acısını bir derece tahfif ve tehvin eder. Burada zarar ziyan tamir edici değil, tatmin edicidir. Hükmedilen bu parayla manevî zarara maruz kalan kimse arzusu, zevki ve tabiatına göre kendisine tatlı hisler temin edecek ve bunlar acı hisleri ve iztirapları telâfi edecektir. … Binaenaleyh iztirap hislerinde para zati mahiyet ve kıymetiyle değil, belki de mübadele kıymetinin temin ettiği her türlü şeyle tatmin ve telâfi edecektir[30]."* Kaldı ki, manevî tazminatın, maddî tazminattan farklı olarak, telafi işlevinin yanı sıra, tatmin ve cezalandırma işlevleri de bulunmaktadır[31].

Yargıtay'ın müstakâr uygulaması da, manevî tazminat davalarının, kısmî dava şeklinde açılamayacağı yönündedir[32].

Öte yandan, ağır bedensel zarara uğrama dolayısıyla duyulan ruhî elem, şiddetli acı ve üzüntünün gideriminin temini amacıyla, bir manevî tazminat

[30] Saymen, Ferit H.: Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, İstanbul 1940, s.92-93.

[31] Franko, N.: Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini, Ankara 1973, s.123-124.

[32] "…Ancak, hukuka aykırı bir eylem yüzünden çekilen ruhi elem ve üzüntüler o tarihte duyulan ve duyulması gereken bir haldir. Bu itibarla manevî zararın ödetilmesi istemini kapsayan manevî tazminatın bölünmesi, bir kısmının dava edilerek mütebakisinin saklı tutulması sonradan hesabı gerektirmediği için, bu tazminatın niteliğine uygun düşmez…. Bu itibarla, davacı, daha sonra saklı tuttuğu manevî tazminat istemi hakkında ek dava açamaz (HGK., 2.7.1980, 3/1477-2113, YKD., 1980/11, s.1461-1462). "Hukuka aykırı bir eylem yüzünden çekilen elem ve üzüntüler o tarihte duyulan ve duyulması gereken bir haldir. Başka bir anlatımla üzüntü ve acıyı zamana yaymak suretiyle, manevî tazminatın bölünmesi, bir kısmın dava konusu yapılması, kalanın saklı tutulması olanağı yoktur. Niteliği itibari ile manevî tazminat bölünemez, bir defada istenilmesi gerekir. Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşleri de bu doğrultudadır(21. HD., 1.12.1995, 7525-7393, Kuru s.1535-1526;aynı yönde bkz.: 21. HD., 6.4.1999, 1305/2110, Manisa BD., 1999/71, s. 95).

davasının açılıp görülmeye başlanılmasından sonraki evrede, bedensel zararın artması veya kronik bir boyut kazanması sebebiyle, yeni bir ruhî elem, üzüntü veya acı ortaya çıkmışsa, bu, ilk manevî zarardan, tümüyle ayrı ve bağımsız bir kimlik taşıyıp; ortaya çıkan yeni bir manevî zarar konumunda bulunduğu için, başlı başına tazminat davasına konu kılınabilir. Sözü edilen halde, dava sebebi ve dava konusu farklılık göstereceği için, derdestlik iddiasının, ileri sürülmesi de mümkün olmaz.

Manevî tazminat davalarının, belirsiz alacak davası şeklinde açılıp açılamayacağı hususu da, doktrinde tartışma konusu yapılmıştır. Bir görüş, hâkime tanınan takdir hakkının son derece geniş olmasından hareketle, manevî tazminat davalarının, belirsiz alacak davası şeklinde açılmaya en uygun dava tipi olduğu yönündedir[33].

Kanımızca, manevî tazminat alacağını konu alan bir davanın, belirsiz alacak davası formatında değil de, klâsik bir eda davası biçiminde açılması gerekir. Her şeyden önce, manevî tazminat alanında hâkime, geniş ölçüde bir takdir hakkının tanınmış olması, bu tür taleplerin, belirsiz alacak davasına konu kılınmaya en uygun talepler olduğu anlamına asla gelmez ve bu şekilde bir genellemeye gidilmesini mümkün kılmaz[34]. Öte yandan, manevî tazminat talepleri bağlamında, davacının tazminat talebinin, genelde parasal bir rakamla ifade ediliyor olması, onun konusunu, her durumda, bir para alacağının oluşturduğu anlamına da gelmez. Sözü edilen durum, esasında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer alan düzenlemenin işlerlik kazanmasının doğal bir sonucudur. Bunun yanı sıra, parasal bir manevî tazminat talebi, manevî zararın, asla, birebir karşılığı da değildir. Dolayısıyla, maddî tazminatta geçerlilik taşıyan ilke ve kuralların, bu bağlamda da işlerlik kazanması mümkün olmaz. Öte yandan, manevî tazminat olarak belirli bir meblağ talep edilmiş bulunsa bile, hâkim, somut olayın koşullarını ve tarafların özel durumlarını dikkate alarak, bu parasal meblağın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimini kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayınlanmasına hükmedebilir (TBK. m.58, II).

[33] Pekcanıtez, s.81-82; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s.378, 412; Simil, s.373, 376.

[34] Aynı yönde: Yavaş, s.65-66; Budak, s.84-85.Ancak Budak, manevî tazminatın sebebini oluşturan zararın gelişmekte olduğu hallerde (örneğin, haksız fiil mağduru davacının tıbbi tedavisinin ne şekilde sonuç vereceğinin tahmin edilemediği durumda), manevî tazminat davasının da, belirsiz alacak davası şeklinde açılabileceği kanısındadır.

Ayrıca, manevî zarar, doğası gereği bir bütünlük arz eder; hukuka aykırı bir fiil yüzünden o anda duyulan ruhî elem, üzüntü ve acıyı ifade eder; fiilin işlendiği tarihte yaşanan veya yaşanılması gereken bir haldir; zamana yayılmaz. Dolayısıyla, bir seferde, toptan talep edilmesi gerekir. Davacı, bunun karşılığını, illâ para olarak talep edecekse, sabit bir rakam olarak, dava dilekçesinde ifade etmek durumundadır. Bu tutarın, zaman içerisinde artması ya da azalması söz konusu olmaz. Çünkü manevî tazminat adı altında talep edilen para, asla, uğranılan manevî zararın birebir karşılığını teşkil etmez. O halde, doğası gereği de, manevî tazminat alacakları, belirsiz alacak davasına konu kılınabilecek bir niteliğe sahip değildirler. Öte yandan, bedensel, yani maddî zararın, zaman içerisinde artması ya da kronik bir boyut kazanması sebebiyle, uğranılan ve dava yoluyla tazmin edilmesi istenen manevî zarardan farklı olarak, yeni bir ruhî elem, üzüntü ya da acı ortaya çıkmışsa, bu manevî zarar, ilkinden, tümüyle ayrı ve bağımsız bir kimlik taşıyacağı için, ayrı bir tazminat davasına da konu kılınabilir. Yani, sözü edilen hal, manevî zararın, zaman içerisinde artma eğilimi gösterebileceğinin ve zamana yayılabileceğinin bir kanıtı olarak değerlendirilemez. Çünkü bu durumda, ardışık, iki ayrı müstakil manevî zararın varlığından bahsetmek gerekir.

Sonuç olarak, manevî tazminat talebini konu alan bir dava, klâsik bir eda davası biçiminde açılabilir. Sözü edilen tazminat taleplerinin, kısmî dava yahut belirsiz alacak davası formatında, mahkeme önüne getirilmeleri mümkün değildir.

Av. AHMET İYİMAYA (Oturum Başkanı)- Teşekkür ediyorum Hocam, bir araya gireyim. Değerli arkadaşlar, bir defa 107. maddenin son fıkrası sorumluluk hukuku bakımından tam bir reformdur. (Alkışlar)

Geleceğim oraya, konuşmadığım konuda ön beyanla önümü de kesmiş olmazsınız. Anayasa 36; bir defa uygun araç, hakka erişmede uygun araçla gidersiniz. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi madde 6; adil yargılama. Bir defa tespit davaları konusunda 1966 Paris Usul Kongresinde varılan sonucu daha Türk doktrini kendisine aktaramadı. Buradaki mesele şu Hocam: Kısmi eda dediğiniz zaman, kısmi eda külli eda olmayan, külli eda davalarında, yani bölünmeyen edimler bakımından kısmi eda olabilir mi?

Bu bir şeyin karşılığı değil, kısmi eda burada dönülebilen edimler anlamında, dönülebilen borçlar anlamındadır. İki, derdestlik olmaz. Niye olmaz? Kısmi edanın tespit bölümü bir dava değil çünkü. Evet, saklı tutulacak hak

bakımından sonraki eda talebine konu kılınacak. Ama ne dedik? Dedik ki, kısmi edayla birlikte külli tespit davası açılsın. Harç kolaylığı var. Bakın, benim bu konularda çok uğraştım, son gün geliyor, son gün. Bir gün var zamanaşımına. Tazminat 1 Trilyon. 50 bin açtınız, 950 bini gidiyor, son gün geliyor. Zamanaşımı kesme fonksiyonu, sonraki davaları, sonraki eda davasını açmaya gerek yok zaten. Tespit bir ilam olduğu için. İlama dayalı olmaksızın belge, ilama dayalı olmaksızın adi takiple takip edersiniz. Karşı taraf itiraz ederse inkâr tazminatı da alırsınız oradan.

Bu tespit hükmü dava teorisini bir aykırılık teşkil etmediği düşüncesindeyiz ve yasa koyucu 1966 Paris Usul Kongresi doğrultusunda, bu gibi bir hak iddiası varsa. Kısmi eda talebi dermeyan edilmişse, artık bu sorumluluk ilişkisinin belirlenmesi, sorumluluğun tutarı, sorumluluğun koşullarının var olup olmadığının tespit yönünde bir dava türü geliyor. Öbüründe kısmi edada, tabii tüm sorumluluk belirleniyor, ama oradaki tespit edilen kaziyeyi muhkeme değil. Bakiye talepler bakımından zamanaşımını kesmek. Bu tamamen Anayasanın 36. ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin adil yargılanma hakkı temelinde geliştirilen bir fikirdir. Hatta Muhammed Hocayla bir hafta tartıştık. Kabul sırasında dedi ki Muhammed Hoca, Hocam gelememişti o toplantıda. Tespit ettik, Avrupa'daki gelişme bu yönde dedi. Ben mukayeseli hukuk incelemesi …

Özür diliyorum Hocam girdim. Teşekkür ediyorum.

Değerli Hocam, muhterem hemşerim, hemşerim olur kendisi, Oğuz Atalay Hocam buyurum.

Prof. Dr. OĞUZ ATALAY*- Oradan ben de kendi görüşümü söyleyeyim. Külli tespit yanında, kısmi eda davası, Sayın İyimaya'nın belirttiği şekilde, zaten de aslında tek davadır. Yani kısmi edaya hükmedebilmek için, önce tespit yapılması lazım. Süha arkadaşımızın söylediği gibi gerçekten de bu tespit kısmi tespit olmaz. Eylemin tespiti noktasında, zararın tespiti noktasında herhalde bir bütünlük vardır. Fakat bunun tazmini bakımından ise, şimdilik bir kısmının talep edilmesi mümkün müdür değil midir? Bu tartışılır. Bunu da tabii ki yeni Usul Kanunu hükümleri çerçevesinde tartışmak lazım; yani 109. madde çerçevesinde tartışmak lazım. Kısmi dava caiz midir, değil midir?

Evet, ben bu dava tipleri, 3. maddenin iptal edilmesiyle ortaya çıkan, fakat mevzuatımızda hem Borçlar Kanunumuzda, hem Karayolları Trafik Kanununun 110. maddesinde halen yürürlüğe devam eden hükümlere değinmek istiyorum.

Öncelikle belirtmeliyim ki, bizim son yılların yasa yapma tekniğinde, belki de gözden kaçırılan bir taraf var; sistem bilinci. Malumunuz olduğu üzere hukuk bir sistemdir. Sistem ile yığın arasındaki fark, sistemde eski deyişle külliyet ve âdemi tenakus

* Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

prensiplerinin geçerli olması. Yani tamlık ve çelişmezlik ilkelerinin geçerli olduğu bir bütüne biz sistem diyoruz. Onun aksi ise, bu iki ilkenin olmadığı bütüne ise biz yığın diyoruz; hukuk yığını, kurallar yığını.

İşte bu hızlı yasa yapma veya iptal etme durumlarında veya bir yasa iptal edilirse bunun çevre etkisi bakımından hangi hükümler havada kalacak veya çelişkili hükümler doğacak noktasında çok fazla analitik düşünceler, tartışmalar biz yapmadığımız için, böyle alışkanlıklarımız pek olmadığı için, Anayasa Mahkemesinin 3. maddeyi iptal etmesiyle birlikte, aslında evet bir kısım en azından tazminat davaları için, Karayolları Trafik Kanununun da 110. maddesini kastediyorum, dışarıda bıraktığım kısım olarak. İdari yargıda tam yargı davası olarak tekrar eskiden olduğu gibi davalar görülmeye devam edecek, açılmaya devam edecek.

Ancak bildiğiniz gibi, bu 3. maddeyle birlikte Borçlar Kanununun 55. maddesinde uygulanacak hükümler bakımından, idari eylem ve işlemler -2. fıkrası 55'in- her türlü eylem ve işlem ve idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen ve tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da bu kanun hükümleri uygulanır diyor.

Bu ne demek? Tabii ki zaten adli yargıda görülseydi, hukuk mahkemeleri Borçlar Kanununu uygulayan mahkemeler olduğu için. Yani hukuk usulü, özel hukukun usulü olduğu için, bu hüküm onunla bir anlam ifade ediyordu, bütünlük ifade ediyordu.

Şimdi şöyle bir durum ortaya çıktı. İdare mahkemeleri bundan sonra, Borçlar Kanununun 55. maddesinin 2. fıkrası ile bağlılar. Dolayısıyla her ne kadar yargı yeri değişmiş olsa bile, uygulanacak hükümler bakımından yine Borçlar Kanunu hükümleri, yani tazminatın miktarının tayinine ilişkin olarak Borçlar Kanunu hükümleri geçerli olacaktır. Tabii o istisnayı belirtelim izninizle. Karayolları Trafik Kanununun 110. maddesinde, 106. maddede zaten bir hüküm var, ama 110. madde açıkça; adli yargıda açılır diyor. Dolayısıyla idarenin, belediyenin kamyonunun verdiği zararla ilgili olarak davayı adli yargıda, bunun dışındaki idari eylem ve işlemlerden doğan zararları ise, idari yargıda açmak zorunda kalacağız.

Neden sistemden söz ettim, abes bir laf mı ettim diye bir soru işareti oluşabilir. İşte böyle, yani bir hükmü çektiğinizde aradan, onunla bağlantılı hükümler havada kalır veya acaba hangisi uygulanacak veya aynı idarenin işte kamyonu zarar verirse başka, o kamyonun yanında çalışılan su borusundan

bir zarar görürse başka bir mahkemede dava açmak gibi çelişki ortaya çıkar. Dolayısıyla hukuk sistemimizde bu çelişkilere yer vermemek için, iptal edilecekse bağlantılı hükümlerin de birlikte iptal edilmesi, eğer hüküm konulacaksa bu hükmün -malumunuz yasa yapma tekniğinde Sayın İyimaya çok iyi üstadıdır bu işin- değerlendirme yapılır, çevresel etki değerlendirmesi. Yani acaba bu konulan hüküm mevzuattaki hangi hükümleri etkileyecek, onlarla çelişecek veya değiştirecek. Bunlar yapılmadan yasa yapma veya iptal etmek söz konusu olduğunda, bunlar ortaya çıkabilir.

Özünde haksız fiilden doğan tazminat davasından söz ediyoruz aslında. İdarenin bir hukuka aykırı haksız eylemi veya özel hukuk şahıslarının. Yargılama sırasında hâkim, idari eylem ve işlemlerin iptali davalarında olduğu gibi, aslında idare hukukuna özgü bir yargılama yapmıyor. Yani maddi hukuk vakaya uygulanacak hukuk normu, yine bizim özel hukuk normlarıdır, Borçlar Kanunu hükümleridir. Dolayısıyla bu yargılamalarda ister Karayolları Trafik Kanununa göre adli yargı, isterse bu iptal davasından sonra idari yargı olsun, demek ki Borçlar Kanunu hükümlerini vakaya uygulayarak bir hüküm verecekler. Burada gelinmesi gereken hususlar, hepimizin bildiği gibi –ayrıntısına girmeyeceğim- yani hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağının ispatı meselesi.

Burada ispat hukukunda hangi kavramlar, hangi sorunlar karşımıza çıkacak? Kısaca bunlara değinmeye çalışacağım. Evet, olaya uygulanacak hukuk normunun koşul vakıaları dediğimiz, işte bu hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağının ispatında; öncelikle idari yargıda iddia yükü var mıdır, ispat yükü kimdedir, delil ikame yükü kimdedir? Özellikle illiyet bağının ispatında, hangi ispat yöntemi uygulanacaktır? Sadece tazminat davalarına ilave işlem ve eylemlerden doğan, vücut bütünlüğüne verilen zararlar sebebiyle tazminat davalarında değil, ama aslında tüm idari yargılamada da iddia yükünün varlığı, var olup olmadığı tartışılmıştır.

Kamu düzenine ilişkin resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, iddia yükü var mıdır? Bu konuda özellikle Alman doktrininde çoğunlukta, hâkim çoğunluktaki görüş evet, idari yargıda da, iddia yükü vardır. Çünkü meşhur bir söz biliyorsunuz; iddianın olmadığı yerde mahkeme yoktur, yargılama yoktur. Tazminat talebinde bulunan kişi, önce tazminat talebini haklı göstermeye yetecek somut vakaları mahkeme önünde iddia etmek zorundadır.

Burada resen araştırma ilkesinin, idari yargıda resen araştırma ilkesinin uygulanması, talepte bulunan davacının somut vaka iddialarında bulunmasını, iddia bulunma yükünü ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla hem iddia, hem de somutlaştırılmış iddiadan söz etmek gerekir. Kanunumuz 194'deki somutlaştırma yükünün bu davalarda da uygulanacağında tereddüt etmemek gerekir. Yani tazminat talep eden kişi, tazminat talebini dayandırdığı somut vakanın oluş şeklini, karşı tarafın, konumuz özelinde idarenin savunma yapmasına elverişli ve kendisinin de ispat faaliyetine elverişli bir biçimde somutlaştırılması ve yine 194'ün 2. fıkrasına göre; hangi iddiayı, hangi delille ispatlayacağını açık somut bir biçimde belirtmek zorundadır.

Bu bir zorunluluk olarak her ne kadar kanunda düzenlenmiş ise de, yaptırımı bildiğiniz gibi sadece bir usuli yükün yaptırımıdır. 194. maddenin 2. fıkrası bir zorunluluktan söz eder. Bu zorunluluk yük müdür, yükümlülük müdür, yani külfet midir, mükellefiyet midir? Çoğunlukla böyle emredici hukuk kuralları mükellefiyet yükler çünkü. Oysa usuli yükler, usul hükmündeki zorunluluklar daha doğrusu bir külfet, yük yükler. Külfetin mükellefiyetten farkı da, malumunuz olduğu üzere yükü yerine getirmediğinde aleyhte sonuca katlanma mecburiyeti gelir. Yani somutlaştırma yükünü yerine getirmediği takdirde ilgili, dava açan taraf, ispatsızlık sonucuna, daha doğrusu ispat edememesi sebebiyle talebinin reddi şeklinde bir sonuca katlanmak zorunda kalacaktır.

Burada iddia yükünün ve ispat yükünün belirlenmesinde genel kuraldan ayrılmayı gerektiren bir durum söz konusu değildir. Yani iddiada bulunan, somut bir vaka iddiasında bulunarak, kendi lehine hak iddia eden, talepte bulunan kişi, talebini dayandırdığı somut vaka iddiasını ispatlamalıdır. İspatlayamazsa aleyhine karar verilir. Yani belirsizlik halinde, iddiasının doğru olduğu, savunmanın dediğinin mi, yoksa davacının dediğinin mi doğru olduğunun anlaşılamadığı belirsizlik ortamında, kimin aleyhine karar verilir? İddiada bulunan, tazminat talep eden davacının aleyhine karar verilir. Dolayısıyla Medeni Kanunun 6. maddesinde ve bizim Usul Kanunumuzda 90. maddede ifadesini bulan ki, Usul Kanunundaki ifade daha meramı anlatmaya elverişlidir, o da ayrı bir tartışmanın konusu. Neden Borçlar Kanunu 6. maddede ispat yükü düzenlenmişken, aynı başlıkla 190. maddede neden düzenlenmiş? Herhalde 190. maddedeki daha ispat yükü kavramını anlatmaya daha elverişli, daha ayrıntılı bir düzenleme. Daha doğrusu efradını cami, ayarını mani bir ifade olmuştur. O bakımdan bunun dikkate alınmasında fayda var.

Evet, iddia yükü bu davalarda mevcuttur, aynen özel hukukta olduğu gibi. İspat yükü iddiada bulunan, somut vaka iddiasında bulunan, hak iddia eden tarafa aittir ve esas sorunlu bölüme gelelim; delil ikame yükü kimdedir? Delil ikame yükü bildiğiniz gibi, bazen birçok eserde delil ikame yüküyle ispat yükünün ayrımı yapılmamıştır. Yapılmasına gerek olmadığı görüşü de mevcuttur, onu da belirtelim. Fakat bazen ispat yükünü taşıyan tarafın kendi elinde deliller bulunmayabilir. İdari işlem ve eylemlerden doğan bedensel zararların tazminine ilişkin davalarda, eylemi gerçekleştiren taraf idare olduğundan, o idari işlemin veya eylemin oluşum safhası, buna ilişkin deliller, gerçekleşme aşaması ve bunun delilleri kural olarak idarenin hüküm ve tasarrufu altında, onun hâkimiyet alanında daha doğru ifadeyle bulunduğunu söylemek mümkündür.

Dolayısıyla her ne kadar dava açan taraf iddia ve ispat yükünü taşısa dahi, iddia ettiği vakanın karar alma süreci, oluşma sürecine ilişkin deliller, idarenin hâkimiyet sahasında olabilir. Bu durumda ispat yükünü taşıyan, iddia yükünü taşıyan davacının aynı zamanda delil ikame yükünü de taşıdığı. Bu delilleri ikame etmezse davasını ispatlayamamış sayılacağını söylemek, hukuki dinlenilme hakkının apaçık ihlali olur.

Dolayısıyla burada bu tür davalarda, idarenin elindeki delilleri ikame etme yükü vardır. Bu yükü yerine getirmediğinde, davacı haklı kabul edilmek gerekir. Bu aslında 220-221. maddelerde Usul Kanununun, rakamları karıştırıyor olabilirim. Belgelerin ibrazı mecburiyeti, tarafların belgelerin ibrazı mecburiyeti 219. taraflar kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar. Elektronik belgeler ise, belgenin çıktısı alınarak ve sair mahkemeye ibraz edilir diyor.

Şimdi bu zorunluluk, yani belgeyi ibraz zorunluluğunun yerine getirilmemesinin yaptırımı ise, tarafların belgeyi ibraz etme zorunluluğunun yerine getirilmemesinin yaptırımı; karşı tarafın bu konudaki beyanının doğru olduğunun mahkemece kabul edilmesidir, 220. maddede düzenlenmiş.

Haksız fiile ilişkin davalarda bildiğiniz gibi belgeyle ispat, senetle ispat zorunluluğu yoktur, ama idari kararın oluşumu aşamasında, idarenin yazışmaları ve sair konusunda. Şimdi dikkat ederseniz senet demedik, belge dedik. Bu belgelerin o işlemin veya kararın veya eylemin hukuka uygun olup olmadığının araştırılması bakımından bu yazışmalar, kurum içi yazışmalar önem arz edebilir. İşte bunların ibraz yükümlülüğü ise, idareye aittir.

Bunun gibi davalarda, yani tazminat davalarında malum işte hekimin sorumluluğu davalarında da durum budur. Yani deliller hastanenin elindedir. Devletin hastanesinde böyle bir şey olmuşsa da fark etmez, özel hastane de fark etmez, ama konumuz dışı. Delil ikame yükünün yerine getirilmesi, dava açan tarafın delillerin idarenin nezdinde bulunduğu, örneğin işlemin yapıldığı iş mahkemesinin arızalı olduğu, buna rağmen kullanıldığı. Karar alınırken aslında bu konuda gerekli teknik incelemelerin yapılmadan, etki değerlendirmesinin yapılmadan bu idari işlemin kararının alındığı ve eyleme geçildiği gibi iddialar söz konusu olduğunda dava açan bireyde bu sürecin delillerinin bulunması, işin doğası gereği mümkün değildir. Dolayısıyla bu tür davalarda delil ikame yükünün çoğunlukla idarede olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Burada tabii ki zararın ispatı noktasında, iddiada bulunan taraf ispat edecektir zararı. Çünkü zarar kendi beden bütünlüğünde bir zarardan söz edilmektedir. Onun ayrıntısına girmeye gerek yok. Orada özel ayrık bir hükümden de, ayrık bir ifadeden de söz etmek mümkün değildir; yani zararın ispatında. Fakat zararın ispatında ve özellikle illiyet bağının ispatında, ispat hukuku bakımından karşımıza şu sorunlar çıkar: Bir, zararın ispatı noktasında, tarafın ileri sürebileceği deliller çoğunlukla bir hastanenin, o bedensel bütünlüğün giderilmesi, tedavisi ve sair veya bir organın eksikliği varsa hangi oranda iş kaybına uğradığı gibi noktalarda kuşkusuz bilirkişi tarafından ancak tespit edilebilecek iddialardır. Bunun ispatında bilirkişi delili önemli bir rol oynayacaktır.

Bilirkişi delili bildiğiniz gibi, takdiri delillerdendir ve hukukumuzda, usul hukukumuzda en büyük sorunların başında gelmektedir. Bu noktadaki bilirkişilik üzerindeki tartışmaları da bu toplantının sınırlarını aşacağı için girmiyorum. Diğer bir, son olarak belirteceğim husus; illiyet bağının ispatında hangi ispat ölçüsü ve hangi ispat yöntemi uygulanacaktır? Bu tür davalarda gerçekten somut bir delille ispatı, kesin olarak ispatı mümkün olmayabilir illiyet bağının. İlliyet bağının ispatında, ispat ölçüsünde bir değişiklik yoktur. Buradaki ispat ölçüsü yine tam ispat ölçüdür. Hâkimde iddianın doğru olma ihtimalinin yüksek olduğu konusunda bir kanaat uyanmasının yeterli olması diye tanımlayabileceğimiz yaklaşık ispat yetmez. Fakat gerçeklik sınırındaki kanaat dediğimiz tam kanaat ölçüsü esas alınmalıdır. Fakat burada ispatı kolaylaştırıcı bir unsur olarak, ilk görünüş ispatından yararlanmak mümkündür.

Yani hayat tecrübesi kurallarından hareketle, sonucu etkili olduğu iddia edilen eylemle zarar arasında ilk bakışta fazlaca bir fikri çabaya gerek olmaksızın, ilk bakışta görünen bir bağ varsa, bize hayat tecrübesi kuralları bunu gösteriyorsa, artık başkaca bir ispat faaliyetine gerek olmaksızın, ilk görünüş ispatından yararlanılarak, bu tür davalarda zarar verici eylem ispatlandıktan sonra, eylemin gerçekliği ortaya konulduktan sonra, zarar da ortaya konulduktan sonra, bu ikisi arasındaki bağın ilk görünüş ispatıyla kurulması çoğu kez mümkün olabilecektir diye düşünüyorum.

Toparlayacak olursak; idari eylem ve işlemlerden doğan bedensel zararların tazminine ilişkin davaların, Anayasa Mahkemesinin HMK 3'ü iptal etmesinden sonra idari yargıya tekrar görev olarak verilmesi, o yargının, hâkimlerin yargılama faaliyeti sırasında uygulayacağı hükümlerde herhangi bir değişiklik meydana getirmemiştir. Hem esasa uygulanacak maddi hukuk, hem de burada kullanılacak deliller; çünkü idari yargılama usulünde bildiğiniz gibi HMK'ya deliller bakımından atıf söz konusudur. Oradaki ilkeler, yani iddia yükü, ikame yükü, ispat ölçüsü ve ilk görünüş ispatı bakımından yine hukuk usulündeki ilkeleri idari yargılama usulünde de uygulanması uygun olacaktır.

Teşekkür ederim.

Av. AHMET İYİMAYA (Oturum Başkanı)- Çok teşekkür ediyoruz Hocam, sağ olun. Şimdi yine değerli bilim insanı diyorsunuz. Hocam Anayasada devamlı şey diyoruz, bayan uzlaşma komisyonu üyeleri bilim adamı diyemiyoruz onun için korkuyoruz. Değerli bilim insanı Sema Taşpınar Ayvaz Hanımefendi, buyursunlar.

HMK M. 3'ÜN İPTALİ ÜZERİNE ORTAYA ÇIKAN BAZI USULİ SORUNLAR

Doç. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ*

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

A. HMK M. 3'ÜN İPTAL SÜRECİ

1 Ekim 2011'de yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ile getirilen değişikliklerden en dikkat çekici olanlardan birisi, idari eylem veya işlemlerden kaynaklanan veya idarenin sorumlu olduğu bir başka sebepten kaynaklanan ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan ve esasında idari yargının görev alanına giren tazminat davalarını adli yargıya taşımak olmuştur. Nitekim konu hem idare hukukçuları hem de usul hukukçuları arasında tartışmalara yol açmıştır[1]. Maddeye yönelik eleştiri ve tartışmalar yapılmaktayken HMK m. 3, Anayasa Mahkemesi'ne götürülmüş ve mahkeme, düzenlemeyi Anayasa'nın 125, 155 ve 157. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir[2].

1 Ekim 2011 tarihinden, kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı 19 Mayıs 2012 tarihine kadar HMK m. 3 yürürlükte kalmıştır.

Usul hukuku bakımından ortaya çıkan sorunlardan birincisi, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının etkisi ve zaman bakımından uygulanması olacaktır. Buna bağlı olarak iptale kadar olan süreçte karara bağlanan ancak henüz kesinleşmeyen davalar veya halihazırda derdest olan davalar bakımından asliye hukuk mahkemelerinin ne yönde karar verecekleri ikinci bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Asliye hukuk mahkemelerinin mevcut davalar hakkında verecekleri karara bağlı olarak da, yargılama giderleri, özellikle vekâlet ücretine hükmedilip hükmedilmeyeceği bir başka sorun olarak göze çarpmaktadır.

---

[1] İsmail Birsen/Emre Yavaş, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. Maddesi ile Getirilen

Düzenlemenin Hukuk Âleminde Doğuracağı Sorunlar ve Bu Maddenin Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu, Terazi

HD 2011/63, s. 14-19; Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, İdari Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin

Davalar Adlî Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi? (HMK m. 3 ve TBK m. 55/2 Hakkında Eleştiriler), Terazi HD 2011/63, s. 36-41; Coşkun Özbudak, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki İdari İşlemlerden ve Eylemlerden Doğan Cismani Zararlarda Görevli Mahkeme Kuralı Anayasaya Aykırı mıdır?, Terazi HD, 2011/63, s. 42-47; Taner Ayanoğlu, İnsan Zararlarına İlişkin Tam Yargı Davalarını Çözme Görevinin Asliye Hukuk Mahkemelerine Vermek Reform mu Yoksa Fantezi mi? İBD, C. 86, 2012/2, s.71-81; Çınar Can Evren, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Üçüncü Maddesi Üzerine Bir İnceleme, İBD, C. 86 2012/4, s. 55-67.

[2] RG 19.05.2012, Sa. 28297.

B. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İPTAL KARARININ ETKİSİ VE ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

HMK m. 3 ile ilgili sorunlara değinmeden önce genel olarak Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının etkisi ve zaman bakımından uygulanması konusuna değinmek gerekir.

I. İPTAL KARARININ ETKİSİ

Anayasa Mahkemesi'nin bir kanunu iptal etmesi halinde, kararda aksine bir hüküm bulunmuyorsa söz konusu kanun veya kanunun ilgili düzenlemesi, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasıyla yürürlükten kalkar (Any m. 153, 3). Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları, gerçek ve tüzel kişileri, yasama ve yürütme organını bağlar ve iptal kararları geriye yürümez (Any m. 153, 5).

Öte yandan iptal edilen hüküm yerine önceki düzenleme de kendiliğinden yürürlüğe girmez[3].

Anayasa Mahkemesi kararının derhal yürürlüğe girmesi ve gereğinin yapılması, özellikle itiraz yoluyla (somut norm denetimi ile) Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması halinde çok açıktır. Nitekim, Anayasaya aykırılık savıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvuran mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin kararını beş ay boyunca zorunlu bekletici sorun yapmak, ancak nihai kararını verinceye kadar Anayasa Mahkemesi kararı açıklanırsa buna göre karar vermek zorundadır (Any m. 152, 3).

II. İPTAL KARARININ ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

Anayasa'nın yukarıda zikredilen hükümlerinden özellikle iptal kararı ile söz konusu kanunun yürürlükten kalkması ve iptal kararlarının geçmişe yürümemesinin bağdaştırılması bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır[4].

---

[3] Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. VI, İstanbul 2001, s. 6325 vd.

[4] Necip Bilge, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu, Ankara Barosu Dergisi 1990/3, s. 359-368; Yıldırım Uler, Anayasa Mahkemesi Kararları Geri Yürür, Bahri Savcı'ya Armağan, Ankara 1988, s. 515-534; Burhan Kuzu, Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu, İÜHFM 1986-1987/LII/1-4,s. 185-229; Ersin Şekerci, Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Sonuçları, ABD 1988/5-6, s. 657-681; Yılmaz Aliefendioğlu, Anayasa Mahkemesince Verilen İptal Kararlarının Zaman İçinde Etkisi, AİD 1990/233, s. 3-11; Erol Cansel, İptal Davasından Doğan Kimi Sorunlar, Anayasa Yargısı, Ankara 1993, s. 87-108; Ülkü Azrak, Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği, Anayasa Yargısı, Ankara 1984, s. 165 vd.

Tartışma, iptal kararlarının uygulanacağı zamana ve iptalin etkisine odaklanmaktadır. Özellikle iptalin, hukuka aykırılığı baştan itibaren ortadan kaldırıcı niteliği karşısında Anayasa Mahkemesi kararlarının geçmişe etkili olmaması çelişkili bir görünüm yaratmaktadır. Nitekim doktrinde Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının geriye yürümezliği üzerine yazılan pek çok makale arasında "Anayasa Mahkemesinin iptal kararları geriye yürür" başlığı dikkat çekicidir[5].

1. KURAL: İPTAL EDİLEN KANUNUN DERHAL YÜRÜRLÜKTEN KALKMASI (İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRMESİ)

Yukarıda da belirtildiği üzere, kararda daha sonraki bir tarih yürürlük tarihi olarak gösterilmedikçe iptal kararları Resmî Gazete'de yayımlandığında derhal yürürlüğe girer. Başka bir ifadeyle iptal edilen kanun, derhal yürürlükten kalkar. Bu durumda iptal edilen kanunun artık mevcut bir davada uygulanması söz konusu olmayacaktır. Zira hâkim, yürürlükte olan mevcut hükümlere göre karar vermek zorundadır (HMK m. 33).

Yargıtay da, iptal kararının derhal hayata geçeceğini ifade ederek, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı karşısında usuli kazanılmış hakkın ileri sürülemeyeceğine hükmetmektedir: "…6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 33. maddesinde yer alan 'Hâkim, Türk hukukunu resen uygular' hükmü ile ifadesini bulan yasal ilke gözetildiğinde; **Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının derdest dosyalar yönünden uygulanmasının zorunluluğu** ortadadır. Bir başka yönüyle, **Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları usulü kazanılmış hakların istisnasını teşkil ederler…** 09.05.1960 tarih ve 21/9 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da '...Sonradan çıkan içtihadı birleştirme kararının, Temyiz Mahkemesinin bozma kararına uyulmakla meydana gelen usule ait müktesep hak esasının istisnası olarak, henüz mahkemede veya Temyiz Mahkemesinde bulunan işlere tatbiki gereklidir....' şeklinde ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi iptal kararlarında da aynı ilke geçerlidir…Şu hale göre, **Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonucu oluşan durumun eldeki davaya da uygulanması ve yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra**

[5] Bkz. Yıldırım Uler, Anayasa Mahkemesi Kararları Geri Yürür, Bahri Savcı'ya Armağan, Ankara 1988, s. 515-534.

oluşan yeni durum dikkate alınarak Özel Dairesince inceleme yapılıp sonuca ulaşılması gerektiği kuşkusuzdur"[6].

Buna karşılık, Yargıtay bir kararında, iptal edilen kanunu uygulayacak mahkemenin kendisinin Anayasa Mahkemesi'ne başvurmamış olması nedeniyle iptal kararını değil, takibin başladığı tarihte yürürlükte olan iptal edilmiş hükmü uygulamıştır[7]. Münferit olduğu tespit edilebilen bu yaklaşım dışında Yargıtay'ın, usuli kazanılmış hakkı dahi dikkate almaksızın şekli anlamda kesinleşmemiş bütün davalarda iptal kararı doğrultusunda karar verdiği görülmektedir.

2. İPTAL KARARININ DERHAL YÜRÜRLÜĞE GİRMESİ İLE İPTAL KARARININ GERİYE YÜRÜME YASAĞININ BAĞDAŞTIRILMASI

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının derhal uygulanması yanında Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının geriye yürümeyeceği ilkesi birbiriyle bağdaştırılabilecek midir? Başka bir ifadeyle iptal kararı, hangi durumlarda ve hangi koşullar altında uygulanabilecektir veya derhal uygulanmanın sınırları olacak mıdır?

Bu konuda yargı uygulamasına bakıldığında ilk olarak Danıştay, iptal kararlarının geriye yürümemesini genel olarak uyuşmazlık haline getirilmemiş işlemlere uygulanmama biçiminde anlamaktadır: "…Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümeyeceği belirtilmişse de, bu hükmün

[6] HGK, 05.10.2011, 1-125/599 (Kazancı Bilişim). Yargıtay, temyiz aşamasında da Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. 18 HD, 11.12.2003, E. 2003/8518, K. 2003/9832 (Kazancı Bilişim). Nitekim Yargıtay, bunun aleyhe bozma yasağının da istisnası olduğunu belirtmektedir: "…Anayasa Mahkemesinin iptal kararları, usulü kazanılmış hakkın istisnasını teşkil ederler. Bu nedenle de Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları, kanun yoluna başvurma, kanun yoluna başvuranların durumunu ağırlaştıramaz (Reformatio in peius) şeklinde özetlenen kuralın ve aleyhe bozma yasağının istisnasını teşkil ederler. Bu ilkeler doğrultusunda Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra oluşan yeni durum dikkate alınarak davanın incelenip karara bağlanması gerekir" (HGK, 07.04.2004, E. 2004/10-214, K. 2004/198, Kazancı Bilişim). Aynı yönde bir başka karar için bkz. HGK, 07.03.2012, E. 2011/1-858, K. 2012/130, Kazancı Bilişim).

[7] "…Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle, Anayasanın 152. maddesince merci tarafından itiraz davası yolu ile Anayasa Mahkemesine başvurulmadığından, dava dilekçesi hükmünde olan takip talepnamesinin icra müdürlüğüne verildiği 5.1.1998 tarihinde 4046 S.K. geçici 15. maddesine göre, alacaklının takip hakkından söz edilemiyeceğine göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi Usul ve Yasa'ya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır" (HGK, 02.12.1998, E. 1998/12-803, K. 1998/848, Kazancı Bilişim).

iptal kararlarının ihtilaf haline getirilmemiş muamelelere tesir etmeyeceği anlamında anlaşılması gerekir"[8].

Danıştay, başka bir kararında da kesinleşmiş hukuki durumların sonucunun iptal kararıyla ortadan kaldırılamayacağını vurgulamaktadır[9].

Yargıtay ise, kararlarında **tamamlanmış işlemler** veya **hukuki durumların** iptal kararından etkilenmeyeceğini belirtmektedir: "…bir yasa hükmü, yürürlükte iken o hüküm uygulanarak bir sonuç doğan hallerde, doğan sonuç lehine doğduğu kişi için kazanılmış bir durum meydana getirir. Aksi görüşün kabulü, uyuşmazlıkları çoğaltan ve kazanılmış hakları gideren bir sonuç yaratması itibariyle Anayasanın buyurucu hükmüne dahi aykırı bir durum yaratır. 6785 sayılı İmar Yasasının 42. Maddesinin 22.11.1963 günlü Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilmesinden önce idare, bu hükme uygun bir tasarrufla şüyulandırma yoluna gitmiş, böylece kendi yasası uyarınca sonuç doğuracak bir tasarrufta bulunmuş ise, iptal kararı verilmesinden sonra …bu dava ile o tasarrufun meydana getirdiği sonuçlar ortadan kaldırılamaz"[10]. Yargıtay, kesinleşmiş durumlar veya hakları tespit ederken, davanın Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önce açılmış olması gibi bir koşul da aramamaktadır[11].

Yine Yargıtay bir başka kararında iptal kararının geriye yürümemesini **kazanılmış haklara saygı** ile açıklamaktadır: "..Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümeyeceğine ilişkin Anayasa hükmünün **sosyal huzurun sağlanması düşüncesiyle konulduğu** Anayasa gerekçesinde açıkça yazılıdır. **Sosyal huzuru sağlayan hukuk kurallarının en başında da kazanılmış hakların saklı tutulması** ilkesi gelir. Öyle ise Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önce doğan miras haklarının (mirasçılık paylarının) bir veraset kararında hükme bağlandıktan, taraflar açısından kazanılmış hak sağlandıktan, özetle uygulama alanı bulduktan sonra iptal kararı geriye yürütülerek değiştirilmesi mümkün bulunmamaktadır"[12] .

---

[8] D 9. D. 8.3.1990, 2353/829 (Kuru, s. 6328-6330).

[9] "…Anayasa Mahkemesinin iptal kararı kesinleşmiş hukuki durumların sonucunu ortadan kaldıramayacağı gibi, bu hususların yeniden ele alınıp incelenmesine de olanak sağlamaz" (D. 4. Daire, 24.9.1991, Kuru, s. 6332-6334).

[10] 4 HD 12.2.1968, 490/1577 (Kuru, s. 6331).

[11] "…Anılan yasa değişiklikleri ve Kanun Hükmünde Kararnameler ile davacılar, Anayasa Mahkemesi iptal kararı vermesine rağmen bu süre içerisinde Türkiye'de satın aldıkları dava konusu taşınmazların adlarına tesciline hak kazanmışlardır. Artık, davanın iptal kararından sonra açıldığından söz edilerek bu kazanılmış hakkı yok saymak mümkün değildir" (14 HD, 21.09.2001, E. 2001/5732, K. 2001/5819, Kazancı Bilişim).

[12] 2 HD 23.10.1990, 4791/9796 (Kuru, s. 6331).

Yargıtay, bir başka kararında da Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümemesini hukuk devleti ilkesiyle açıklamaktadır: "…iptal kararının geri yürümeyeceği ilkesine yasa koyucu tarafından bir istisna tanınmadığı kuşku ve duraksamaya yer olmaksızın görülmektedir. Ne var ki, bu anayasal hükmün salt lafzi yorumla uygulanması, zaman zaman hakkaniyet, nesafet, eşitlik ve adalet ilkelerine aykırı sonuçlar yaratabilir…O nedenle Anayasanın 153/V maddesinin istisnalarının varlığı öğretide ve yargıda gündeme getirilmiş ve tartışılmıştır. Türk Anayasal sisteminde benimsenen iptal kararının geriye yürümezliği kuralının getiriliş amacı, Devlete güven duygularını sarsmamak, Devlet yaşamında kargaşaya neden olmamak, toplum huzurunun sarsılmamasını sağlamak olarak özetlenebilir. Esasen bir hukuk kuralının yürürlüğü sırasında bu kurala uygun biçimde, tüm sonuçları ile kesin olarak edinilmiş hakların (kazanılmış haklar) korunması hukuk devletinin gereğidir. O nedenle hukuksal ve maddi alanda etkisini göstermiş hukuk kaideleri uyarınca tamamlanmış ve sonuçlarını doğurmuş bulunan kazanılmış haklara Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün geri yürümeyeceğinin kabulü kaçınılmazdır. Kazanılmış haklar, hukuk devletinin temelini oluşturan en önemli unsurlardandır. Kazanılmış hakları ortadan kaldırıcı nitelikte sonuçlara yol açan yorumlar, Anayasanın (2). Maddesinde açıklanan 'Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir' hükmüne aykırılık oluşturacağı gibi toplumsal kararlılığı, hukuksal güvenceyi ortadan kaldırır, belirsizlik ortamına neden olur ve kabul edilemez"[13].

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı geriye yürümediği için iptal kararıyla geçmişe dönük bir hak sağlanamaz[14]. Buna karşılık, süreklilik gösteren hukuki ilişkiler de iptal kararından etkilenir[15].

---

[13] HGK, 6.10.1999, 1/670-800 (Kuru, s. 6334-6339).

[14] "…Anayasa Mahkemesi İptal kararı sonrasında, geçmiş dönemde itibari hizmet süresinden yararlanma olanağı bulunmayan sigortalıların, geçmişe dönük olarak bu olanaktan yararlanabilecekleri sonucuna varma olanağı bulunmamaktadır" (10 HD, 28.10.2008, E. 2008/9649, K. 2008/13495, Kazancı Bilişim).

[15] 15 "…Esasen bir hukuk kuralının yürürlüğü sırasında bu kurala uygun biçimde, tüm sonuçları ile kesin olarak edinilmiş hakların (kazanılmış haklar) korunması hukuk devletinin gereğidir. O nedenle hukuksal ve maddi alanda etkisini göstermiş hukuk kaideleri uyarınca tamamlanmış ve sonuçlarını doğurmuş bulunan kazanılmış haklara Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün geri yürümeyeceğinin kabulü kaçınılmazdır. Kazanılmış haklar Hukuk Devleti kavramının temelini oluşturan en önemli unsurlardandır. Kazanılmış hakları ortadan kaldırıcı nitelikte sonuçlara yol açan yorumlar, Anayasanın 2. maddesinde açıklanan 'Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir' hükmüne aykırılık oluşturacağı gibi toplumsal kararlılığı, hukuksal güvenceyi ortadan kaldırır, belirsizlik ortamına neden olur ve kabul edilemez. Tüm açıklananların ışığı altında dava değerlendirildiğinde, Anayasa Mahkemesinin 4331 sayılı yasa hakkında yürürlüğün durdurulmasına ilişkin kararı 23.5.1998 tarihinde Resmi Gazetede ilan edilerek

Gerek Danıştay gerekse Yargıtay'ın iptal kararının geriye yürümemesi konusundaki dayanakları, hukuk devleti ilkesidir.

Maddi hukuk bakımından, yürürlükten kalkan bir kanunun yürürlük sonrası uygulanması mümkündür. Zira bireyler, işlem yaptıkları tarihte yürürlükte olan kurallara göre hukuki geleceklerini belirleyebilirler. O nedenle hukuki işlemlerin veya olayların gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan kanunlara göre karar verilmesi kuraldır[16]. Bu açıdan kanun değişikliklerine rağmen, kaldırılan bir kanunun yürürlük sonrasında da geçerliliğini koruduğu söylenebilir. Buna 'etkiyi sürdürme' veya 'yürürlük sonrası uygulanma' adı verilir. Ancak olağan yolla kaldırılan hukuk kuralları için söz konusu olan 'etkiyi sürdürme' iptal edilen hükümler bakımından geçerli değildir[17]. O halde Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilen kanun hükümlerinin uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Buraya kadar Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının etkisi konusunda maddi hukuk örnekleri verilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin temel yaklaşımı, iptal kararlarının derhal uygulanacağı, görülmekte olan davalar bakımından bir usuli kazanılmış haktan söz edilemeyeceği yolundadır. Ancak burada hukuk devletinin gereği kazanılmış haklara saygının genel olarak geçerli olacağı, tamamlanmış işlemler ve durumların iptalden etkilenmeyeceği de ifade edilmelidir. Anayasa Mahkemesi'nin usul kuralları bakımından yaklaşımı ise, aşağıda HMK m. 3 çerçevesi yapılacak tartışma ve değerlendirmelerde ele alınacaktır.

III. HMK 3'ÜN İPTALİ KARARINDAN ÖNCE AÇILAN DERDEST DAVALARDA ASLİYE HUKUK MAHKEMESİNİN VERECEĞİ KARAR KONUSUNDAKİ YAKLAŞIMLAR

yürürlüğe girmiş ve bağlayıcı olmuştur. Oysa, taraflar arasındaki kira sözleşmesi bu tarihten önce 27.4.1998 tarihinde yasal kaidelere uygun bir şekilde işlemlerini tamamlayarak hukuki sonuç ve hükümlerini hasıl etmiş; en önemlisi davanın tarafları yönünden objektif statüden sübjektif statüye geçerek kişiye ait bir nitelik kazanmıştır. Farklı anlatımla sözleşmenin son bulmasına ilişkin vakıflar idaresi yararına özel hukuk yönünden kazanılmış hakkın vücut bulmasından daha sonra Anayasa Mahkemesinin yürürlüğün durdurulması kararı devreye girmiş bulunmaktadır. Hal böyle olunca; Anayasa Mahkemesinin sözü edilen kararı, somut olayda geriye etkili biçimde hukuksal sonuç doğurmayacağı kuşkusuzdur" (HGK, 06.10.1999, E. 1999/1-678, K. 1999/808, Kazancı Bilişim).

[16] Bkz. 4722 Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 1; 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 2/a; 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 1.

[17] Uler, s. 528.

Yukarıda belirtildiği üzere konunun özü, Anayasa Mahkemesi kararlarının derhal uygulanması ile Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları geriye yürümemesi şeklindeki iki ayrı ilkenin görünürde çatışmasına odaklanmaktadır. Bu çerçevede HMK m. 3'ün iptali üzerine iki görüşten söz etmek mümkündür.

I. İPTAL KARARINDAN ÖNCE AÇILMIŞ DAVANIN ASLİYE HUKUK MAHKEMESİNDE GÖRÜLMEYE DEVAM EDECEĞİ GÖRÜŞÜ

Doktrindeki bir görüşe göre, 1 Ekim 2011 tarihinden 19 Mayıs 2012 tarihine kadar asliye hukuk mahkemesinde açılmış tazminat davaları, asliye hukuk mahkemesinde görülmeye devam eder. Çünkü Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları geçmişe etkili değildir; bu davalarda verilen kararlar şekli anlamda kesinleşinceye kadar medenî yargı içerisinde kalacaktır[18].

II. ASLİYE HUKUK MAHKEMESİNİN YARGI YOLUNUN CAİZ OLMAMASI NEDENİYLE GÖREVSİZLİK KARARI VERECEĞİ GÖRÜŞÜ

Doktrinde diğer bir görüş, davacının doğru mahkemede dava açmış olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı üzerine artık görevli yargı merciinin değiştiği, yargı yolunun dava şartı olması nedeniyle davanın her aşamasında gözetilmesi gerektiği, o nedenle davaya asliye hukuk mahkemesinde devam edilemeyeceğini, görevsizlik kararı verilmesi gerektiği belirtmektedir. Görevsizlik kararının kesinleşmesinden itibaren 30 gün içinde yetkili idari yargı merciine yapılan başvuru üzerine dava, asliye hukuk mahkemesinde açıldığı tarihte açılmış sayılarak devam edecektir (İYUK m. 9)[19].

III. YARGITAY'IN YAKLAŞIMI

HMK m. 3'ün iptal kararından sonra, mahkemelerin "dava dilekçesinin yargı yolu nedeniyle reddine"[20], "usulden reddine"[21] veya "yargı

[18] Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Medenî Usul Hukuku, 13. Bası, Ankara 2012, s. 123-124.
[19] Abdürrahim Karslı, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 260.
[20] 4 HD 22.11.2012, 13238/17600 (yayımlanmamıştır); 4 HD 15.11.2012, 14324/16998 (yayımlanmamıştır).
[21] 9 HD, 17.01.2012, E. 2011/64610, K. 2012/683 (Karslı, s. 251).

yolu bakımından görevsizlik"[22] kararı nedeniyle reddine karar verdiklerini, Yargıtay'ın bu kararları onadığı görülmektedir.

Yargıtay, bir kararında da, "…ayrıca yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi'nin …kararı ile 3. madde iptal edilmiş ve **153. Madde uyarınca da iptal kararı yürürlüğe girmiş durumdadır. Bu itibarla Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen yargı yoluna ilişkin özel daire bozma kararına uyulmak** gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır"[23] demek suretiyle Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı üzerine hiçbir tereddüt veya tartışmaya yer vermeden, iptal kararının derhal uygulanacağını kabul etmiştir.

IV. GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kanımızca da Yargıtay'ın yaklaşımı yerindedir. Ancak konunun birkaç yönden tartışılması ve değerlendirilmesi uygun olacaktır.

Her şeyden önce, yargı yolu HMK m. 114, 1/b'de dava şartı olarak sayılmıştır. Her ne kadar, dava şartları davanın açıldığı tarihe göre belirlense de dava sonuçlanıncaya kadar varlığını sürdürmelidir (HMK m. 115). O halde dava devam ederken Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu iptal kararı, yargı yolu bakımından mahkemeye ilişkin bir dava şartını sorunlu hale getirmiştir. Başlangıçta hukuka uygun olarak görevli olan mahkeme, artık bu görevini kaybetmiştir. O nedenle davanın açıldığı asliye hukuk mahkemesi bu davayı görmeye devam edememelidir.

Kanun koyucu, yargı yolu veya yargı çeşidi düzenlemesiyle, nitelikleri ve özellikleri itibariyle birbirine benzeyen uyuşmazlıkların aynı yargılama hukuku disiplinine ait ilke ve kurallar çerçevesinde görülmesini amaçlamıştır[24]. Yargı yolu, öneminden ötürü dava şartı olarak düzenlenmiştir (HMK m. 114/1, b). Ayrıca hiç şüphe yoktur ki, bu husus kamu düzenindendir ve dava şartları dava sonuçlanıncaya kadar varlığını sürdürmelidir (HMK m. 115). Dava açılmasıyla tamamlanmış bir işlem olduğu, mahkemenin görevli hale geldiği, sonraki değişikliklerden veya iptal kararından etkilenmeyeceği düşünülebilirse de bu sonuç usul hukukuyla bağdaşmaz.

[22] 4 HD 03.12.2012 10814/18364 (yayımlanmamıştır); 4 HD 22.11.2012, 15500 /17672 (yayımlanmamıştır).
[23] HGK 12.09.2012, 2012/4-307, 2012/556 (yayımlanmamıştır).
[24] Ramazan Arslan/Süha Tanrıver, Yargı Örgütü Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2001, s. 36, dpn. 1.

Herşeyden önce dava, tek bir işlemden oluşmamaktadır; mahkemenin dava sonuçlanıncaya kadar yapacağı pek çok işlem vardır. O nedenle mahkemenin başlangıçta doğru ve görevli olması yeterli değildir. Bu nedenledir ki yargı yolu bir dava şartıdır; yani mahkeme, davanın her aşamasında, o davayı sürdürebilme olanağına sahip olmalıdır. Kaldı ki, yargı yolu ayrımını önemli bulan bir sistemde Anayasa Mahkemesi'nin Anayasaya aykırı bularak iptal ettiği bir hükmün uygulanmasına devam edilmesi kabul edilemez. Çünkü, Anayasa Mahkemesi, bu davaların adli yargıda görülmesinde kamu yararı ve haklı neden olmadığı gibi, bunu usul ekonomisini ihlal edici nitelikte bularak iptal etmiştir. Böyle bir gerekçenin varlığına rağmen iptal kararından önce açılan derdest davalar için asliye hukuk mahkemelerinin davalara devam etmesini istemek, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığına aykırı olduğu gibi eşitlik ilkesini de ihlal eder.

Ayrıca yukarıda belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları bakımından, ilga edilen hukuk kuralları için geçerli olan 'etkiyi sürdürme' özelliği söz konusu değildir. O halde, iptal edilen bir hükmün hukuk dünyasına varlığını sürdürmesi mümkün olamaz.

Bu noktada, doktrinde ileri sürülen iptal kararının geçmişe etkili olmaması veya geriye yürümemesi gerekçesi karşısında, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına rağmen davaya asliye hukuk mahkemelerinin devam etmesi gerektiği görüşü bakımından bir irdeleme yapılmalıdır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının geriye yürümemesi veya derhal uygulanması, kazanılmış hakları korumak, hukuki güvenliği ve sosyal huzuru sağlamak amacıyla dar bir çerçevede söz konusu olmaktadır. Bu anlamda tamamlanmış işlemler karardan etkilenmemekte; iptal kararı, karardan sonraki durumları kapsamaktadır. O halde burada konunun özellikle tamamlanmış işlem, kazanılmış hak, hukuki güvenlik ve tabiî hâkim ilkeleri bakımından incelenmesi gerekir.

Yargı yolunun dava şartı olması ve dava şartları hakkındaki genel açıklamalarda da değinildiği üzere, dava açılması bir usul işlemidir. Ancak, dava açılmakla tamamlanmış işlemden söz edilemez. Her ne kadar dava açma işlemi tamamlanmış ise de, mahkemenin devam edecek işlemler nedeniyle görevi henüz bitmemiştir. Bu açıdan davanın başlangıçta görevli mahkemede açılmış olması yeterli değildir.

Öte yandan, genel olarak iptal kararlarındaki geriye yürümezlikte söz konusu olan kazanılmış hakların korunması bakımından da konu ele

alınmalıdır. Burada da genel anlamda kazanılmış hak ve usulî kazanılmış hak kavramlarına dikkat çekilmelidir. Zira usuli kazanılmış hak, usul hukukuna özgü olduğu halde, kazanılmış hak hukukun bütününe aittir. Usuli kazanılmış hak, Yargıtay'ın İçtihadı Birleştirme Kararları ile gelişmiş; esasen kanun yolu aşamasına ilişkin bir kavramdır. Buna göre, Yargıtay'ın bozma kararına uyan mahkemenin bozmaya uygun karar vermesi gerekir; öte yandan bozma kararı dışında kalan hususlar da kesinleşmiş olduğu için mahkeme, bu konularla ilgili inceleme yapıp karar veremez[25]. Yargıtay'ın görev kurallarının usuli kazanılmış hakkın istisnası olduğu yönündeki İBK'sı[26] yanında, yine Yargıtay'ın kamu düzenine ilişkin hususlarda usuli kazanılmış hakkın korunmayacağı şeklinde yaklaşımı[27] ve son olarak Yargıtay'ın bizatihi Anayasa Mahkemesi kararlarına göre karar verilmesi gerektiği ve burada usuli kazanılmış haktan söz edilemeyeceğini açıkça belirtmesi[28] karşısında, iptal kararı kaçınılmaz olarak mevcut davalara etkileyecektir. O halde ilk olarak burada bir usuli kazanılmış hakkın söz konusu olamayacağı belirtilmelidir.

Usul hukukunda ve özel olarak da yargı yolu açısından kazanılmış hakkın varlığı da değerlendirilmelidir. Kazanılmış hak, esasında özel hukuk kavramı olarak ortaya çıkmıştır ve kanunların zaman bakımından uygulanması, geçmişe etkili olmamasıyla bağlantılıdır[29]. Kazanılmış hakkın tanımı üzerinde görüş birliği yoktur. Bir görüş, kazanılmış hakkı, objektif bir hukuk kuralının kişi hakkında uygulanması veya kendiliğinden uygulanacak hale gelmesi, böylece objektif ve genel hukuki durumun kişisel bir

[25] Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medenî Usul Hukuku, Ders Kitabı, 23. Baskı, Ankara 2012, s. 639 vd.; Baki Kuru, Usuli Müktesep Hak, Dr. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s. 395-409; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 817.

[26] "…Lâkin, vazife konusunda usulî müktesep hak prensibinin kayıtsız, şartsız tatbiki, usulün az önce anılan mutlak hükmünün değiştirilmesi neticesini doğuracaktır ki, söz konusu maddenin yazılışı ve kanuna konuluş gayesi itibariyle böyle bir netice kaideten caiz görülemez. Ancak ileri sürülen vazifesizlik itirazının Temyiz Dairesince reddi ve kararın başka sebeplerden bozulması ve bozmaya uyulması halinde davanın yine vazifesizlik sebebiyle reddi yoluna gidilebilmesi, usul hükümlerinin esas gayesini haleldar edebilecek bir mahiyet arz edeceği cihetle haddi zatında nadir olan böyle vaziyetlerde istisnai olarak kanunun 7'nci maddesinin (HMK m. 1, 114, 115) tatbikini kabul etmemek, menfaatler vaziyetine gereği gibi uygun düşecektir. Sonuç: kaide olarak usulî müktesep hak hükmünün vazife konusunda tatbik yeri olmayacağına ve duruşmanın bittiği bildirilinceye kadar vazifesizlik kararı verilebileceğine karar verildi" (YİBGK, 04.02.1959, 13/5: RG 28.04.1959, Sa. 10193).

[27] Kuru, s. 4797; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 774. Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medenî Usul Hukuku, Ders Kitabı, 23. Baskı, Ankara 2012, s. 641.

[28] Bkz. yuk. dpn. 9'da anılan Yargıtay kararı ve ayrıca bkz. Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 1515.

[29] Akıllıoğlu, s. 40 vd.; Başak Baysal, Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü, Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s. 475 vd.

işlemle özel hukuki duruma dönüşmesi, hukuka aykırı işlemlerde ise bir süre yararlanılması sonucunda Anayasa ve yasalarca korunmaya değer hale gelmiş, elde edilmiş veya elde edilebilir durumdaki hak sahibinin bir eylemi ve iradesi ile ileri sürülmüş olan ve üçüncü kişilerden bir şey isteyebilmek ve onu bir şey yapmaya zorunlu kılabilmek gibi aktif hak sahipliği bahşeden bir kişisel hak ve karşılanmadıkça ve boşluğu giderilmedikçe tek taraflı tasarrufla geri alınmayan hukuki olanak, güç veya yetki olarak tanımlamaktadır. Diğer bir tanıma göre kazanılmış hak, "doğumu anında hukuka uygun olarak tamamlanmış ve böylece kişiye özgü lehte sonuçlar doğurmuş, daha sonra mevzuat değişikliği ya da işlemin geri alınması gibi nedenlere rağmen hukuk düzenince korunması gereken haktır"[30].

Danıştay kazanılmış hakkı, "eski kanun yürürlükte iken kesin bir surette kazanılan yani hukukça korunmakta bulunan ve bir iddia haline gelen haklardır"[31] şeklinde tanımlamaktadır. Anayasa Mahkemesi ise yeni tarihli bir kararında kazanılmış hakkı, "özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında genel olarak, bir hak sağlamaya elverişli nesnel yasa kurallarının bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunmasıdır. Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın, yeni yasadan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır"[32] biçiminde ifade etmektedir. Doktrinde de kazanılmış hakkın aslında, ister özel hukuk ister kamu hukuku alanında olsun, geçmişte kişisel durum olarak oluşmuş veya hükmünü tamamlayarak sona ermiş durumların korunması olduğu belirtilmektedir[33].

Bütün bu açıklamalar dikkate alındığında tarafların dava açtıkları görevli mahkeme konusunda "kazandıkları bir hak" söz konusu olamaz. Ayrıca yine yukarıda belirtildiği gibi, Yargıtay'ın Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarını geriye yürütmediği örneklere bakılırsa, bunların çoğunlukla özel hukuka ilişkin olduğu, kamu hukukuna ilişkin olanlarda ise kişisel bir hak iktisabının mevcudiyeti göze çarpar. Oysa usul hukuku, bu anlamda hak kazandırıcı kurallar içermez, usul hukukunun niteliği de buna elvermez.

[30] Tanımlar ve literatür için bkz. Mehmet Altundiş, Hukuki Güvenlik İlkesi, Yasama Dergisi, Sa. 10, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 2008, s. 60-94.
[31] D 1. D 13.07.1992, E.1992/224, K.1992/238 sayılı karar için bkz. Altundiş, s. 84.
[32] Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2008, E.2005/38, K.2008/53 sayılı kararı için bkz. Altundiş, s. 84.
[33] Akıllıoğlu, s. 41.

Güvenin korunması veya hukuki güvenlik ilkesi bakımından konu ele alınarak görevli mahkemede dava açan bireylerin durumunun değerlendirilmesi gerekir. Hukuki güvenlik ilkesi, hukuk kurallarında sık sık değişiklikler yapılarak hukuki istikrarı ve belirliliği yok eden kurallar ihdas edilmemesi, geriye yürüyen kuralların kazanılmış haklara dokunmadan bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alması gerektiğini ifade eder[34]. Anayasa Mahkemesi de, hukuk devletini, vatandaşlarının hukuki güvenlik içinde bulundukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistem olarak ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi, hukuki güvenlik ilkesini, "bir toplumda bireylerin bağlı oldukları hukuk kurallarını önceden bilmeleri, davranış ve tutumlarını bu kurallara göre güvenle düzene sokabilmeleri, başka bir ifadeyle ilgililerin hukuki durumun süreceğine olan inancı dolayısıyla hayal kırıklığına uğratılmaması anlamına gelir. Dolayısıyla hukuki güvenlik ilkesi, hukuk devletinin olmazsa olmazıdır" şeklinde yorumlamaktadır[35].

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının derhal uygulanmasıyla, ilgililerin "hayal kırıklığı"na uğramaları olasıdır. Ancak burada onların beklentilerinin veya planlarının üstüne çıkan başka bir husus vardır ki, o da, normlar hiyerarşisini tesis etmeye çalışan Anayasa Mahkemesi'nin Anayasaya aykırılık dolayısıyla iptal kararı. Burada artık, hukuki güvenlik veya durumun korunması kaygısıyla açıkça Anayasaya aykırı bir hükmün uygulanmasına devam edebilmenin hukuki bir gerekçesini bulabilmek mümkün olmayacaktır.

Sorun, aynı bakış açısıyla tabiî hâkim ilkesiyle de ilişkilendirilebilir. İptal kararının derhal uygulanmasının tabiî hâkim ilkesi bakımından sorgulanması mümkündür. Zira Anayasa'nın 37. maddesinde ifadesini bulan ve kişinin önceden kanunen tâbi olduğu mahkeme önünde davasının görülmesini isteme hakkı temel bir yargılama hakkıdır. Mahkemelerin kuruluşunun kanunla gerçekleştirilmesi yanında, bunun uyuşmazlıktan önce gerçekleştirilmesi, kişiye veya somut olaya özgü mahkeme kurulmaması esası, bu ilkenin özüdür[36].

Tabiî hâkim ilkesine uygun olarak davasını açan davacının, dava açtığı mahkemenin daha sonra görevsiz hale gelmesi nedeniyle bir başka

[34] Altundiş, s. 60.
[35] 28.04.2011 t. ve E. 2009/39, K. 2011/68, RG 15.10.2011 Sa. 28085.
[36] Bu konuda bkz. Hakan Hasırcı, Medeni Usul Hukuku Bağlamında Tabiî Hâkim İlkesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012; Süha Tanrıver, Tabiî Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı, TBBD, 2013/104, s. 12-35.

mahkemeye başvurmak zorunda kalması, bu açıdan bir sorun yaratır mı? Başka bir deyimle uyuşmazlıktan önce var olan ve davayı gören mahkemenin dava sırasında değişmesi, tabiî hâkim ilkesinin "önceden"liğini ihlâl eder mi?

Bu konu, doktrinde yeni kurulan özel görevli mahkemeler bakımından ve özel bir hüküm bulunmaması haline özgü olarak ele alınmıştır[37]. Yargıtay'ın konuyla ilgili yeknesak bir görüşü bulunmamakla birlikte, Yargıtay, çoğunlukla, görevin davanın her aşamasında gözetilmesi gerektiği ve usuli kazanılmış hakkın istisnası olduğunu belirterek, görev değişikliği halinde kanunda aksi öngörülmedikçe mahkemelerin görevsizlik kararı vermesi gerektiği sonucuna ulaşmaktadır[38]. Ancak Yargıtay, daha yakın tarihli kararlarında görevle ilgili farklı bir sonuca varmıştır. Buna göre, "… Bilimsel çevrelerde ve uygulamada kanuni hâkim güvencesi, uyuşmazlığı yargılayacak ve çözecek olan mahkemenin o uyuşmazlığın doğmasından önce kanunen belli olması olarak kabul edilmektedir. 1982 Anayasasını kabul eden Danışma Meclisinin Anayasa Komisyonunun gerekçesinde 'bu suretle davanın olaydan sonra çıkarılacak bir kanunla yaratılan bir mahkeme önüne getirilmesi yasaklanmakta, yani kişiye yahut olaya göre kişiyi yahut olayı göz önünde tutarak mahkeme kurma imkanı ortadan kaldırılmaktadır. Bu ise tarafsız yargı merciinin ilke gereğidir' denilmektedir. … Dikkat edilecek olursa Anayasadaki bu düzenleme hukuk ya da ceza davaları yönünden herhangi bir ayrım gözetmemiştir ve uyuşmazlığın doğduğu tarihte bu uyuşmazlığı çözecek olan mahkemenin belli olması durumunda yargılama yapacak veya yargılamaya devam edecek mahkemeyi gösteren yasal bir düzenleme yapılmadığı takdirde davanın mutlaka bu mahkeme tarafından çözüme kavuşturulması Anayasa buyruğudur…Somut olayda davalar 15.09.2003 ve 03.05.2004 tarihlerinde asliye ticaret mahkemesinde açılmış; dava görülmekte iken, 5136 sayılı Kanun ile 6762 sayılı Türk Ticaret kanununun 4. maddesine eklenen fıkra uyarınca İstanbul Denizcilik İhtisas Mahkemesi kurularak, 20.07.2004 tarihinde faaliyete geçirilmiştir. Az yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde, taraflar arasındaki uyuşmazlığı yargılayacak ve çözecek olan mahkeme, uyuşmazlığın doğmasından önce kanunen belli olan asliye ticaret mahkemesi olup, dava tarihinden sonra kurulan ve faaliyete geçirilen İstanbul Denizcilik İhtisas Mahkemesinde

[37] Hakan Pekcanıtez, Medenî Usul Hukukunda Görev Kurallarının Zaman İtibariyle Uygulanması, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005/2, s. 163-192

[38] Pekcanıtez, s. 177.

davaya bakılması olanaklı değildir"[39]. Yargıtay, böylece bu kararıyla davanın açıldığı sırada görevli mahkemenin görevinde yapılan değişikliğin o davayı etkilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır.

Doktrinde de, dava görevli mahkemede açıldıktan sonra yapılacak bir kanun değişikliği üzerine mahkemenin görevsizlik kararı vermesinin usul ekonomisine aykırı olduğu, bireylerin dava açarken o sırada yürürlükte olan görevli mahkemede dava açmalarının doğal, buna karşılık olası bir kanun değişikliğini öngörerek hareket etmelerini beklemenin mümkün olmadığı; bunun hukuki güven ve tabiî hâkim ilkeleri bakımından da doğru olmadığı; ayrıca bu tür düzenlemenin kanunun gerçek anlamda bir geçmişe yürüme yaratacağı gerekçeleriyle göreve ilişkin kanun değişikliklerinin mevcut davalarda uygulanmaması gerektiği ifade edilmiştir[40].

Kanımızca, yukarıda ileri sürülen endişelerde haklılık payı vardır. Kanun koyucunun yeni görev düzenlemeleri yaparken konuyu dikkatlice değerlendirip açık yürürlük (geçiş) hükümleri getirmesi gerekir. Usul hukuku kurallarının çoğunlukla emredici ve kamu düzeninden olduğu da düşünüldüğünde, yeni bir mahkemenin ihdasındaki kamu yararı ile usul ekonomisi ve hukuki güvenlik mülahazaları birlikte ele alınıp, ağır basan menfaatin hangisi olduğu konusunda karar verilmelidir.

Kanun koyucunun açık bir yürürlük hükmü getirmemesi halinde ise, kanımızca, göreve ilişkin mevcut düzenlemeler karşısında, derhal uygulanma söz konusu olmalıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı üzerine görevsiz hale gelen mahkeme ise, kanımızca yasal dayanağını kaybetmiştir. O nedenle burada tabiî hâkim ilkesinin ihlali söz konusu olmaz. Aksine kanuni dayanağı olmayan bir mahkemenin davaya bakması, bu kez tabiî hâkim ilkesi ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırılık oluşturacaktır. Nitekim HMK m. 33, hâkimin hukuku resen uygulamasını emretmektedir.

IV. MAHKEMELERİN VERECEĞİ KARAR, YAPILACAK İŞLEMLER VE YARGILAMA GİDERLERİ GİBİ DİĞER BAZI SORUNLAR

Yukarıda belirtildiği üzere ilk derece mahkemelerinin davalarda verdiği "görevsizlik" veya "yargı yolundan ret" kararlarını onayan Yargıtay, davacı

[39] HGK 19.4.2006 tarih ve 2005/228 E. ve 2006/11-55 sayılı karar için bkz. Pekcanıtez, s. 177. Bu yöndeki diğer kararlar için bkz. 67 vd.

[40] Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 68; Pekcanıtez, s. 186 vd.

aleyhine yargılama giderleri ve vekâlet ücretine hükmedilmesini doğru bulmamakta ve kararların bu kısmını düzelterek onamaktadır: "..yargılama devam ederken HMK'nun 3. Maddesinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi üzerine, mahkemece yargı yolu bakımından görevsizlik kararı verilmiştir. Şu durumda, davacıların iradesi dışında gelişen hususlar dikkate alındığında davacı tarafın yargılama giderlerinden sorumlu tutulması ve davalı rektörlük lehine vekâlet ücretine hükmedilmesi doğru değildir. …bu yanılgının giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden… Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası'nın 438/7. Maddesi gereğince kararın düzeltilerek onanması uygun görülmüştür"[41] .

Ancak Yargıtay'ın, görevsizlik kararını bozup, usulden ret kararı ile birlikte davalı lehine vekâlet ücretine hükmedilmesini öngören yaklaşımı da görülmektedir: "...1086 sayılı HUMK 7/1. maddesinde 'diğer bir mahkeme yahut idari makam veya yargı merciinin görevine giren bir dava veya iş kendisine arz olunan mahkeme, duruşma yapmadan görevsizlik kararı verebileceği gibi davanın her safhasında kendiliğinden görevli olmadığına da karar verir' düzenlemesi mevcuttu. Bu düzenleme gereği 1086 sayılı HUMK döneminde idari yargı yolunun görevli olduğu davalarda adli yargı mahkemeleri görevsizlik kararı vermekteydiler. Ancak bu düzenlemeye 6100 sayılı HMK'da yer verilmemiştir. Dolayısıyla aynı yargı yolundaki görev uyuşmazlığına yönelik düzenlemelerin farklı yargı yollarına uygulanması imkânı yoktur. 6100 sayılı HMK farklı yargı yolunun görevli olması halini göreve ilişkin maddelerde değil HMK 114/b maddesinde dava şartları arasında düzenlemiştir. Yargı yolunun caiz olması dava şartlarındandır. Mahkemenin dava şartı olması nedeniyle öncelikle adli-idari yargı uyuşmazlığını çözmesi gerekir. Mahkemece isabetli şekilde anılan uyuşmazlığın çözümünün idari yargıya ait olduğu tespit edilmiş ancak görevsizlik kararı verilmiştir. 6100 sayılı HMK 115/2. maddesine göre mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Mahkemece anılan düzenleme gözönüne alınmadan görevsizlik kararı verilmesi ve buna bağlı olarak davalı lehine yargılama giderlerine hükmedilmemesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir"[42].

[41] 4 HD HD 03.12.2012 10814/18364 yayımlanmamıştır); Aynı yönde diğer kararlar için de bkz. 4 HD 22.11.2012, 13238/17600 (yayımlanmamıştır); 4 HD 15.11.2012, 14324/16998 (yayımlanmamıştır). 4 HD 22.11.2012, 15500 /17672 (yayımlanmamıştır).

[42] 9 HD, 17.01.2012, E. 2011/64610, K. 2012/683 (Karslı, s. 251).

Burada öncelikle mahkemenin vereceği kararın türü üzerinde durulup, yargılama giderleri konusunda nasıl bir karar verilmesi gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Mahkemenin davayı usule yönelik bir kararla sonuçlandıracağı kuşkusuzdur. Mahkeme, "görevsizlik" kararı mı, "dava şartı eksikliğinden davanın reddi" kararı mı verecektir.

HMK m. 114, 1/b'de dava şartları arasında yargı yolu açıkça sayılmıştır. Yargıtay, yukarıda alıntı yapılan bir kararında 1086 sayılı HUMK döneminde yer alan 7. maddenin HMK'ya alınmamış olması nedeniyle yargı yolunun caiz olmaması halinde verilecek kararın "görevsizlik" olamayacağını ifade etmektedir. Ancak bu gerekçeye katılmak mümkün gözükmemektedir. Zira, HUMK m. 7'nin alınmaması nedeni esasında daha önce Kanunda açıkça yer almayan dava şartlarının toplu halde HMK'da düzenlenmesidir[43]. O nedenle HUMK m. 7 hükmüne gereksinim kalmamıştır. Kaldı ki, HUMK döneminde yargı yolunun caiz olmaması nedeniyle verilen görevsizlik kararının dayanağını tek başına HUMK m. 7 olduğunu söylemek yerinde değildir. Zira daha önce doktrinde dava şartları sayılmakla birlikte tümünün yasal dayanağı bulunmamaktaydı. Bir yargı çeşidi içinde görevin kamu düzeninden olduğu her türlü kuşkudan uzak olup yasal düzenleme de bu yoldadır (HMK m. 1). Buna karşılık yargı çeşitlerini ayıran ve farklı yüksek mahkemeler altında örgütleyen bir sistemde yargı yolunun da aynı nitelikte olduğu evleviyetle söylenecektir. Ne var ki, HMK'da açıkça dava şartları arasında sayılan "yargı yolu" teriminin yerleştiği de söylenemez. Zira Any m. 158'de bile adli, askeri, idari yargı mercileri arasındaki görev uyuşmazlığından söz edilmektedir. Yine 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Kuruluş ve İşleyişi Hakkındaki Kanun'da dahi kullanılan ifade, "görev"dir. Dolayısıyla mahkemelerin burada verecekleri karar esasen yargı yolunun caiz olmaması nedeniyle usulden rettir. Ancak bunun "görevsizlik" adı altında verilmesinin de pratik bir farklılığı yoktur. Zira her ikisi de usulden ve dava şartı eksikliğinden rettir.

Burada ortaya çıkacak pratik fark, verilecek karardan sonra yapılması gereken işlemler konusundadır. Ne var ki, 1086 sayılı HUMK döneminde de idari yargıda görülmesi gereken bir dava hakkında "görevsizlik" kararı verilmesine rağmen, ne HUMK m. 27 ne de HUMK m, 193'ün uygulanması söz konusu olmaktaydı. Bu hükümlerin aynı yargı yolu içinde uygulanacağı

[43] Nitekim HMK m. 1 gerekçesinde bu husus açıkça ifade edilmektedir.

kabul edilmekteydi[44]. Yani karar şeklen görevsizlik kararı olmasına rağmen hiçbir bakımdan medenî yargıdaki görevsizlik kararının sonuçlarını doğurmuyordu. Bu bakımdan bugün için de bir farklılık olmayacaktır.

Buna karşılık sorun, davacının yargılama giderleri ve vekâlet ücretine mahkûm edilip edilmeyeceği noktasındadır. HUMK döneminde dava şartlarının eksikliğinden ötürü verilen usule ilişkin nihai kararlarda davacının yargılama giderlerine katlanmak ve vekâlet ücreti ödemek zorunda kalacağı kural olarak kabul edilmekteydi. Görevsizlik ve yetkisizlik kararları üzerine yargılama giderlerine mahkûmiyet ise tartışmalı bir konuydu. Zira, doktrinde, görevsizlik ve yetkisizlik kararı veren mahkemenin değil, davanın devam etmesi halinde davayı gören mahkemenin bunlara karar vermesi gerektiği savunulmaktaydı. Ancak uygulamada görevsizlik ve yetkisizlik kararları ile yargılama giderlerine de hükmedilmekteydi. Sonuç olarak usule ilişkin bir karar olması nedeniyle yargı yolunun caiz olmamasından ötürü görevsizlik kararı verilmesi halinde davacının yargılama giderleri ve vekâlet ücretine mahkûm edileceği kabul edilmekteydi[45].

HMK m. 331'de usuli sebeplerle davanın sona ermesi halinde yargılama giderlerine nasıl hükmedileceği, HUMK'tan farklı olarak yer almıştır. Burada bizim açımızdan önem taşıyan HMK m. 331, 2 üzerinde durulmalıdır. Söz edilen maddede görevsizlik kararı veren mahkemenin değil, davayı daha sonra sürdürecek mahkemenin yargılama giderlerine karar vereceği belirtilmektedir.

Yukarıda da belirtildiği yargı yolunun caiz olmaması nedeniyle ret veya görevsizlik nedeniyle ret kararları teknik anlamda "görevsizlik" kararının sonuçlarını doğurmaz. Zira bu kararın kesinleşmesinden sonra iki hafta içinde ne görevli mahkemeye (idari yargıya) başvuru yapılması gerekir (HMK m. 20) ne de yargı yeri belirlenmesi kuralları (HMK m. 21) uygulanır. O nedenle burada kavram benzerliği dışında ortak bir husus yoktur. Öte yandan HMK yapıcısı bilinçli bir tercihle, yargı yolu ve görev terimlerini kullandığından HMK m. 331, 2'nin uygulanma olanağı yoktur. Buna rağmen Yargıtay'ın yargı yolundan rette HMK m. 331'e yollama yaparak karar verdiği görülmektedir: "…331. maddenin 2. Fıkrasında düzenlenen ..hükmü uyarınca **yargı yolu ile görevsizlik kararı henüz davayı esastan sonuçlandırmadığından davaya bir başka mahkemede devam edilmesi halinde yargılama giderine de o mahkemece hükmolunmalıdır.** Yukarıda

[44] Kuru, C. I, s. 726 vd.
[45] Kuru, C. V, s. 5346-5348.

açıklanan nedenlerle, HMK'nun 323/1-ğ maddesi gereğince yargılama giderlerinden sayılan vekâlet ücretine de görevsizlik veya yargı yolu nedeni ile verilen ret kararında ayrıca hükmolunamaz"[46]. Yargıtay'ın bu kararı kanımızca açıkça Kanuna aykırıdır. Zira HMK, davanın aynı yargı yolunda devamını dikkate alarak bu tür bir düzenleme yapmıştır. Zira, süresinde dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesinin talep edilmemesi halinde, görevsizlik kararı veren mahkeme, davanın açılmamış sayılmasına ve yargılama giderlerine karar verecektir (HMK m. 20, 331).

Bütün bunları söylemekle HMK m. 3'ün iptali sonrasında verilecek kararlar üzerine yargılama gideri ve vekâlet ücreti sorunu cevaplanmış olmamaktadır. Zira Yargıtay, yukarıda da belirtildiği üzere pek çok kararında davacıyı vekâlet ücreti ödemeye mahkûm etmemekte; gerekçe olarak da davacıların iradesi dışında gelişen hususlar dikkate alındığında davacı tarafın yargılama giderlerinden sorumlu tutulmasının, davalı lehine vekâlet ücretine hükmedilmesinin doğru olmadığını ifade etmektedir.

Kanımızca bu kararlara yasal dayanak bulmak oldukça güçtür. Ancak Yargıtay, usule ilişkin kararlarda yargılama giderlerine mahkûmiyet konusunda bu tür bir yaklaşım göstermiştir[47]. Esasında burada ne davacının ne davalının bir kusuru söz konusudur.

Vekâlet ücreti bakımından Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi m. 7, 3'te yer alan, "Kanunlar gereği gönderme, yeni mahkemeler kurulması, işbölümü itirazı nedeniyle verilen gönderme kararları nedeniyle görevsizlik, gönderme veya yetkisizlik kararı verilmesi durumunda avukatlık ücretine hükmedilmez" düzenlemesi dikkat çekicidir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı nedeniyle verilen görevsizlik kararı da, teknik ve gerçek anlamda bir "gönderme" veya "görevsizlik" kararı olmadığı halde "kanun gereği gönderme" gibi yorumlamakta menfaatle dengesi bakımından yarar vardır. Ancak vekâlet ücreti dışında kalan diğer yargılama giderleri için aynı sonuca varmak zordur.

[46] 22 HD 17.12.2012, 29236/28475 (Kazancı Bilişim).

[47] Kuru, C. I, s. 530; C. V, s. 5348; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s.854. Esasa ilişkin nedenlerle verilen ret kararları konusunda da Yargıtay, "…Yargıtay'ın, iptal kararı ile yürürlükten kalkan bir yasa maddesine dayanarak inceleme yapma ve karar verme yetkisi bulunmadığından; açıldığı tarihdeki mevzuat ve içtihatlara uygun olan davanın, anılan iptal hükmü sebebiyle oluşan hukuksal durum gereğince kısmen reddine karar verilmesinde, davacının sorumluluğu bulunmadığı halde; davacı Kurumun davada haksız çıkan taraf olarak nitelenip davalı lehine vekalet ücretiyle sorumluluğuna hükmedilmesi mümkün değildir" demektedir (10 HD, 13.06.2011, E. 2011/6445, K. 2011/8586, Kazancı Bilişim).

E. SONUÇ

Adlî ve idarî yargı arasında yargı yolu ilişkisi mevcut olup, bu husus bir dava şartıdır (HMK m. 114). Dava şartlarının davanın her aşamasında bulunması ve geçerliliğini koruması esastır. HMK m. 115, 3 dışında dava şartı eksikliğinin ortadan kaldırılması veya sonradan meydana gelen değişikliklerin davaya etkisi konusunda bir hüküm de bulunmamaktadır.

HMK m. 3 ile, idarî yargıdan adlî yargı taşınan görev hükmü, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla ortadan kalkmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının derhal yürürlüğe girmesi nedeniyle asliye hukuk mahkemeleri, derdest davalar bakımından görevsizlik kararları vermek suretiyle davaları sonlandırmışlardır. Doktrinde Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının geriye yürümemesi nedeniyle, mahkemelerin mevcut davaları kesin hükümle sonuçlandırmaları, iptal kararının Resmî Gazete'de yayımından sonra açılan davaların idare mahkemelerinde görülmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının geriye yürümemesi, tamamlanmış işlemler ve kazanılmış haklar için söz konusudur. Dava açılmasıyla yalnızca dava dilekçesi verilmiş ve davacı bakımından bir işlem tamamlanmış olmakla beraber mahkemenin dava sonuçlanıncaya kadar görevleri devam edecektir. Öte yandan usul kuralları, kişilerin hukukî alanlarında veya malvarlıklarında, hukukî ilişkilerinde sonuç doğurmayıp, usuli ilişkileri yürütmek ve yönlendirmek amacına hizmet ederler. Bu kurallar, yöntem kuralları olup, hak doğurucu özellik taşımazlar. O nedenle tarafların davalarının o mahkemede görülmesini talep etme konusunda kazanılmış bir hakları olduğu söylenemez. Kaldı ki, kazanılmış hak, bireylerin malvarlıklarına dahil olan bir hakkı gerektirir. Başka bir deyimle, kişisel bir hak iktisabının mevcudiyeti kazanılmış hakkı destekler. Oysa usul hukukunda ve yargı yolu düzenlemesinde bu tür bir özellik yoktur.

Öte yandan, olağan kaldırma yoluyla kanunların değişmesi halinde, yürürlükten kalkan kanunun, daha sonra da uygulanması mümkündür. Buna 'etkiyi sürdürme' veya 'yürürlük sonrası uygulanma' adı verilmektedir. Maddi hukuk kurallarının pek çoğunda söz konusu olan ve hukuki güvenliğe hizmet eden bu özellik, usul kurallarına yabancıdır. Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı, olağan bir kaldırma değildir ve burada 'etkiyi sürdürme' gerçekleşmez. Anayasa'ya aykırılığı tespit edilmiş bir hükmün uygulamasına devam edilmesi, diğer bazı Anayasal ilkelerin ihlâli anlamına

gelecektir. Bu bakımdan hukuku uygulama görevi verilen hâkimin buna uygun hareket etmesi gerekir.

Her ne kadar davacı, doğru ve hukuka uygun mahkemede davasını açmışsa da, bu mahkemenin görevi Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla sona ermiştir. Bu mahkemelerin hukuki güvenlik veya güvenin korunması yahut tabiî hâkim ilkesinin gereği davalara devam etmesi savunulabilirse de, kanun koyucunun iradesini de ortadan kaldıran adeta negatif yasama işlemi yapan Anayasa Mahkemesi'nin, iptal kararında bu davaların asliye hukuk mahkemesinde görülmesi halinde ortaya çıkabilecek sakıncalara istinaden karar verdiği dikkate alındığında, tercih edilmesi gereken menfaatin, Anayasaya uygunluk olması gerektiği ifade edilmelidir.

Av. AHMET İYİMAYA (Oturum Başkanı)- Teşekkür ediyorum Değerli Hocam. Bu Yargıtay'dan bir üye var, dikkatimi çekiyor. Kurumsal yasanın 3. maddesinin iptal edilmesinin doğurduğu sonuçlar, Danıştay'dan kimse yok.

Buyurun Sevgili Adnan Bey kardeşim, buyurun.

Dr. ADNAN DEYNEKLİ*- Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Tabii 6100 sayılı HMK'nın 3. maddesinin Anayasa Mahkemesince iptalinden sonra, Türk Borçlar Kanununun 55. maddesi 2. fıkrasındaki düzenleme bağlamında ne gibi sorunlar ortaya çıkacak? Ben ana hatlarıyla bunlar üzerinde duracağım. Kendi tespit edebildiğim sorunları dile getireceğim.

Hemen 55. maddenin 2. fıkrasından bakıyoruz. Diyor ki; bu kanun hükümleri her türlü idari eylem ve işlemlerle, idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda uygulanır. Demek ki, böyle bir durumda, her türlü idari eylem ve işlemlerle ilgili de bir zarar, vücut bütünlüğü tamamen yitirilmişse, ölüm meydana gelmişse bu kanun hükümleri uygulanacak.

Şimdi bu kanun hükümleri uygulanacak dediğimizi anda, tabii Borçlar Kanunundaki diğer maddeler, tazminatla ilgili diğer maddeler gündeme gelecek. Bunların iptal kararıyla beraber bu tür tazminat davaları tam yargı davası şeklinde idari yargıda bakılacağına göre, idari yargıda Borçlar Kanununun buradaki hükümlerinin uygulanma ihtimali ortaya çıkar.

* Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Üyesi.

Şimdi neler var bunların içerisinde? Hemen dikkatimizi çeken Türk Borçlar Kanununun 60. maddesi. Türk Borçlar Kanununun 60. maddesi, bir kişinin sorumluluğu birden çok hukuki sebebe dayanıyorsa, hâkim zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.

Şimdi bu hüküm nasıl uygulanacak? Sebeplerin yarışması var. Haksız fiilde sözleşmeden doğan her iki sebep de var aynı olayda. Alacaklı dava açarken sebep belirtmezse, hâkim en iyi giderimi hangisi verecekse, buna göre karar verecek; en iyi giderimle kastedilen bu. En üst düzeyde menfaat sağlayan değil, ispat yükü, zamanaşımı veya kusursuzluğun ispatı konusunda davacıya en iyi imkânı sağlayan husus.

Peki, ikisini birlikte talep edip, açıkça belirtirsek; yani diyelim ki böyle bir olayda hem sözleşmeye aykırılık var, hem de haksız fiilden dolayı bir tazminat sorumluluğu var. Ölüm olayı gerçekleşmiş, idarenin eylem ve işlemiyle. Tabii buradaki husus dikkat çekici. Eğer idarenin haksız eylemi, idarenin eylemiyle ilgili olarak açıkça davacı sebep belirtmemişse dedik en iyi giderim imkânı. Sebep belirtmişse ne olur? Ben haksız fiile dayanıyorum demişse ne olur? Tabii bu durumda haksız fiile dayanıyorum dediği anda, idarenin eylem ve işlemi deniyor. Burada aslıda idarenin eylem ve işleminden kastedilen burada ne olduğu çok açık değil. İdarenin eyleminin haksız eylem olarak düşünülebilir, ama işlemden ne kastedildiği belli değil. Burada görev yönünden belki ileride bir sorun çıkabilir diye düşünüyorum.

Yine sebeplerin yarışmasıyla ilgili şu hüküm dikkat çekici: Zarar gören aksini istemiş olmadıkça, bu özellikle tazminat davası açan avukatlar açısından son derece önemli bir hüküm. Aksine istediğiniz anda, yani ben haksız fiile dayanıyorum dediğiniz anda, artık diğer sebebe dayanamayacaksınız ve ya sözleşmeye dayanamayacaksınız veya ne bileyim yarışan diğer sebeplerden birine dayanamayacaksınız.

Dava devam ederken sebep değiştirmek mümkün olacak mı? Evet, sebep değiştirilebilecek, sebebin değiştirilmesi mümkün. Fakat burada bir sebebe dayanıp da, örneğin haksız fiil sebebine dayanıp tazminat talep ettiniz, karar verildi ve karar kesinleşti, daha sonra reddedildi davanız. Tekrar sözleşmeye dayanarak böyle bir dava açabilir misiniz? Bu da önümüzde günlerde sorun yaratacak hükümlerden birisi olarak ortaya çıkmakta.

Yine Borçlar Kanununun 76. maddesi hükmü var, geçici ödemelere ilişkin. Bu kanun hükümleri uygulanır denildiği için, acaba idari yargıda tam yargı davası açıldığı zaman geçici ödeme talep edilebilecek mi? 76. maddeye göre geçici ödeme talep edilmesi mümkün olacak mı?

Tabii şimdi geçici ödeme, 76. maddede öngörülmüş aslında bir tür hukuki himaye tedbiri. Burada zarar görenin ekonomik durumu elverişli değilse, ekonomik durumu iyi değilse, yaklaşık ispat şeklinde durumunu da ortaya koyarsa, hâkim geçici ödemeye karar verebilecek. Şimdi geçici ödemeye karar verilebilmesi için, hâkimin en azından yaklaşık olarak ikna olması gerekir. Bunu ödemesi gerektiğine, böyle bir karar vermesi gerektiği konusunda ikna olması gerekir. Aynı anda geçici ödeme talep edilip de, mahkeme bu talebi kabul ettiği zaman, tabii geçici ödemeye ilişkin özellikle idari yargıda değil de, adli yargıda bu tür bir davanın görüldüğünü farz edelim, Karayolları Trafik Kanunu kapsamında. Bu kararın temyizi kabil olur mu olmaz mı diye bir sorun ortaya çıkabilir.

Bilindiği gibi, hem ihtiyati hacizlerde kanun yolu açıldı, hem de ihtiyati tedbirlerde istinaf yolu açıldı, ama Yargıtay daireleri çoğunlukla temyiz yolunun da açık olduğunu kabul ederek ihtiyati tedbir taleplerini inceliyor. Peki, bu durumda geçici ödemeye ilişkin kararın temyiz edilebilir mi? Ben niteliği gereği bunun temyiz edilememesi gerektiğini düşünüyorum. Çünkü burada amaç zor durumda olan kişiye belli bir giderim imkânı sağlamak, belli bir miktar sağlayarak onun geçimini sürdürmesini sağlamak. Buradaki geçici ödemenin amacı gözetildiğinde, burada ben temyiz edilemeyecek diye düşünüyorum.

Tabii burada bu geçici ödemeye ilişkin hüküm, birçok sorunu da beraberinde getiriyor. Dava sonunda mahkeme geçici ödemeyle ilgili olarak hükmettiği tazminattan geçici ödemeyi mahsup edecek. Tabii ki bu mahsubu anaparadan yapacak. Eğer fazla bir ödeme varsa da, bu fazla ödemede iadesine karar verecek. Fazla ödemenin iadesine karar verirken faizin başlangıcı ne olacak? Ödenen tarih mi, yoksa hâkimin karar verdiği tarih mi? Burada tabii hâkimin kararıyla ödemenin haksız olduğu ortaya çıkacağı için, hâkimin karar verdiği tarihten itibaren burada faiz yürütülmesinin uygun olduğunu düşünüyorum.

Yine burada görevsizlik ve yetkisizlik konusuna Sema Hanım değindi. Özellikle yargı yolu açısından söyledi. Yargı yolu yönünden, yargılama gideri açısından 331. madde dedi tam ifade etmiyor, orada bu şekilde bir düzenleme yoktur dedi. Tabii aynı sorun şurada da ortaya çıkacak. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 7. maddesinde; yargı yolundan da bahsedilmişti. Yargı yolu ibaresi de geçiyordu. Şimdi 1086 sayılı Kanunda böyle bir ibare yer almıyor. Tabii bu en çok nerede çıkaracak Borçlar Kanunu açısından? Türk Borçlar Kanununun 158. maddesi hükmü. 158. maddesi hükmü, bildiğimiz bizim 818 sayılı Borçlar Kanununun 137. maddesindeki munzam müddetle ilgili hüküm. Orada sadece zamanaşımı yönünden munzam müddet öngörülmüştü. 6098 sayılı Borçlar Kanununun 158. maddesinde hak düşürücü süre için de munzam müddet öngörülmüyor.

Buna bakıyoruz, munzam müddetle ilgili diyor ki; mahkemenin yetkili ve görevli olmaması nedeniyle, bu arada diyor zamanaşımı veya hak düşürücü süre dolmuşsa, alacaklı 60 günlük ek süre içinde haklarını kullanabilir. Bahsetti Sema Hanım, buradan yargı yolu yönünden talep reddedildi, idari yargıya gitmek için herhangi bir süre var, evet öngörülmüş, bu düşünülebilir, buradaki süre düşünülebilir. Fakat buradaki munzam müddet, acaba 60 günlük ek süre burada uygulanır mı? Çünkü burada görevsizlik ve yetkisizlikten bahsediyor, yargı yolundan bahsetmiyor. 1086 sayılı Kanununun 7. maddesi yargı yolunu da bu kapsama alıyordu. Burada hak düşürücü sürenin geçmesi halinde, bence burada yine, buradaki hak düşürücü sürenin bu hükme konulmasının amacı da gözetildiğinde, burada da 60 günlük munzam sürenin uygulanması gerektiği görüşündeyim.

Davanın ihbarıyla ilgili hususa değineyim. Tabii Borçlar Kanununda özellikle rücu isteminde bir hüküm var, rücuyla ilgili olarak. Tazminatın ödenmesi kendisinden istenen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır. Aksi takdirde zamanaşımı bu bildirimin dürüstlük kurallarına göre yapılacağı tarihte işlemeye başlar. Aslında bir tür, rücu isteminde bir tür ihbar düzenlenmiş burada. İhbarla ilgili bir düzenleme var burada.

Evet, bildirimde bulunması gerekir diyor. Geçiyoruz; idari yargıda tazminat davası görüleceği zaman, İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesine bakıyoruz. Diyor ki; davanın ihbarını hâkim resen yapar diyor.

Diyor ki; diğer hususlarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki hükümler uygulanır, ancak davanın ihbarı ve bilirkişinin seçimini hâkim resen yapar diyor. Yani iki konuda farklı düzenleme getirmiş İdari Yargılama Usulü Kanunu.

Şimdi İdari Yargılama Usulü Kanunu bu şekilde bir düzenleme getirdiğine göre, idari yargı hâkimi idari yargılama usulünü uygulayacak. İhbar yönünden, hâkim resen yapacak. Böyle bir ihbar zorunluluğu getirilmemiş orada. Hâkimin resen yapması öngörülmüş. 6100 sayılı HMK'ya bakıyoruz, orada da sadece taraf ihbarda bulunuyor. Şimdi 6100 farklı düzenliyor, Borçlar Kanunundaki bu hüküm farklı bir hususu düzenliyor. Geliyoruz, idari yargılama usulü de davanın ihbarı konusunda farklı bir düzenleme getiriyor. Burada da, yine bu hükümde de, özellikle idari yargıda hâkimler açısından sorun çıkacağını düşünüyorum.

Aslında usuli kazanılmış hakla ilgili 59 ve 60 tarihli iki içtihadı birleştirme kararı vardı. Asıl usuli kazanılmış hakkın dayanağı odur. Ona ilişkin birtakım şeyler söyleyecektim, ama onu geçeyim. Sadece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin, ceza mahkemesi kararlarının tazminat davasına etkisine de bir cümle hemen söyleyeyim, değineyim. Sadece Yargıtay Genel Kurulunun uygulamasından bahsedeyim.

Herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz, bu bir mahkûmiyet hükmü değildir. Dosyadaki delillere göre deliller değerlendirilir. Yoksa o hükmün bir hâkimi etkileyici, hukuk hâkimini etkileyici bir hüküm niteliğinde değildir diye kabul ediyor.

Sorular olursa tekrar konuşuruz. Teşekkür ederim.

Av. AHMET İYİMAYA (Oturum Başkanı)- Çok teşekkür ediyorum Adnan Bey sağ olun.

Savunma mesleğinden çıkıp, kanun koyuculuk görevini üstlenmek gerçekten cesaret ve liyakat isteyen bir alana işaret eder. Başkanı bulunduğum dönemde Adalet Komisyonu değerli bilim adamlarımızdan her birinin yüksek katkılarıyla meydana gelen üç temel kanunu Türk Ticaret Kanununu, Türk Borçlar Kanununu ve Hukuk Muhakemesi Kanununu görüşüp yürürlüğe koyma bahtını yaşadı.

Bir bilim adamı komisyon başkanı olsaydı, bir veya diyelim Adnan Bey kardeşimiz komisyon başkanı olsaydı sonuç aynı mı olurdu? Sorusunu Adnan Beyde burada, bilim adamları da burada, ben şahsen bu reformlarda sadece işin evrimini ve mukayeseli aklı değil, menfaatler vaziyetini de önemli ölçüde göz önünde bulundurdum ve Yüksek Anayasa Mahkememizin iptal ettiği maddeler dışında reform anlamına gelecek düzenlemeler yaptım. Zamanı da, zemini de burası değil, sadece atıfla, referansla yetinmek istiyorum.

Türk yasama organı insan hakları zararları konusunda geliştirdiği reformu ve görev delegasyonunu Turgut Tan Hoca kısmen kitabında atıfla belirtir, Fransa hayli erken zamanda gerçekleştirdi. Bu konuda uzun konuşmayacağım, keşke dün de olsaydı bugün de, keşke kusur benim, Sema Hanım ne olur bir tebliğ verin dedi, zamanım yok, çünkü gerçekten zamanım yok arkadaşlar. Bir defa askeri idari yargı bakımından 157. madde hilafına bir adli yargı görev normunu ihdas etmek imkânsıza yakın zordu. 3. maddeye Anayasanın 157. maddesini istisna kılmak mümkün idi. Ancak gerekçede bu açıklandı. Anglo-sakson hukukunda, Amerikan Anayasasının uzun ömürlü olmasının tek sebebi, Anayasanın anlamını küresel ve ulusal gelişmeler doğrultusunda yeniden keşfedebilmek.

157. madde noktasında bir iddia içerisinde değilim. Ancak Anayasamızın ne Danıştay'ı düzenleyen 154. maddesi, ne idarenin sorumluluğunu düzenleyen 125. maddesi doğrudan yargı kolu, yargı yolu veya görev düzenlemesini öngörmektedir. Anayasamızın 142. maddesi, yargı organını oluşturmak, yargılama usulünü oluşturmak ve oluşturulan yargıya görev vermek yasama organının monopol yetkisindedir. Yüksek komisyon bu konuyu müzakere ettiği zaman, 3. maddenin Borçlar Kanununun 55. maddesinin uzun gerekçesi vardır. Aylar harcanmıştır, öyle günler değil, makaleler yazılmıştır vesaire.

Yüksek Anayasa Mahkememiz iptal etti. Buna doğrudur, yanlıştır demek mümkün değil. Çünkü Anayasa Mahkememiz, Anayasamızın 11. ve yine Anayasamızın 153. maddesine göre bağlayıcı kararlar verdi. Erga omnes etki doğurur, kişileri bağlar. Fakat amaç neydi ve bu amaç bitti mi? Amaç doğruydu, amaç bitmemiştir. Buradaki yegâne amaç, en az 15-20 yıl evvelki makalelerimde ortaya koyduğum gibi, bir gayrimenkul davaları için, kadastro davaları için ihtisas mahkemesi kurabilmiş bir sistemin insan

zararları konusunda ayrı bir ihtisas mahkemesi kuramamış olmasının kusuruna referans vardı, telmih vardı, işaret vardı.

Orada amaç, insan zararları hukuku noktasında hem içtihat hukuku, hem bilim, hem de kişilerin tatmini noktasında yepyeni bir model oluşturmak idi. Bu dava bilim adamlarının davası, bu dava savunma mesleğinin, avukatların davasıdır. Gördüm ki avukatlar, bu da geçer yahu Türk anlayışını kendi dava sistematiğinde en net şekilde uygulayan meslektaşlarım. Oysa bu da geçer yahu değil, başınızdan geçeni bilimsel açıdan inceleyerek, bunu talepler halinde sisteme, talepler halinde Yargıtay'a taşımak lazımdı. Adnan Bey kardeşim bilir, 18'in üzerinde yazdığım makalelerle içtihat değişmiştir, içtihatlar dönüşmüştür.

Burada nedir Hocam? Bilhassa sevgili hocalarımın sahası; biz görevi görev modellemesini, sorumluluğu doğuran olayın hukuki niteliğine göre yapmışız. Hizmet akdinden kaynaklanıyor görev şu, ticari ilişkiden kaynaklanıyor istisna akdinden görev şu. İşte fikir ve sanat eserlerinden, hizmet kusurundan kaynaklanıyor görev şurası modellemeyi. Buradaki model şuydu; zararın niteliğine göre görev belirleyebilmek. İnsan zararı, bir amme hizmetinin görülmesi sırasında yok olan gözle, parlamentoda yasama görevini ifa ederken yitirilen göz arasında bir fark var mı? Yok. Burada örtülü çok hukukluluğa son vermek vardı.

Anayasa Mahkememizi, tabii iptal edildikten sonra arandım. Çünkü o günlerde Azrail aşağı yukarı yaşam noktamın merkezine kadar yürüdü. Allah ömür verdi, çok ağır bir rahatsızlık geçirdim o günlerde. Sonradan arandım, izah ettim. Anayasa Mahkemesi'nin muhalefet şerhlerinde okuduğunuz zaman, Anayasaya aykırılığa değil, 157. madde noktasıyla daha çok aykırılığa temas ediyor, 142. madde kapsamında bu düzenleme yine yapılabilir.

Sorunumuz şu: Arkadaşlar, bir defa her birinin Turgut Candan'ın İdari Yargılama Usulü Kanunu'nu almak zorundasınız. Ben Turgut Tan ve Turgut Candan, her iki kitap muhteşem kitap, bu vesileyle muttali oldum, bu araştırmaları yaparken muttali oldum. Bugün uyuşmazlık mahkemesi bir usul sorunudur, bir yargı sistemi sorunudur. Görev konusunda 10 sene evvel görevli bu, norm aynı, ihtilaf aynı, 15 sene sonra görevli bu. Bugünlerde kamulaştırmasız el atma, idari yargı. Sonra fark var, yani farklar var. Uyuşmazlık mahkemesi ciddi bir sorundur, ama onlara değinmeden, insan

zararları hukuku noktasında ihtisas mahkemelerinin oluşturulması ve bunun adli veya idari şurada burada ayrı bir yargı alanının geliştirilmesi, bir ikame yoluyla insan hakkı sorunudur. Bir zarar değildir, herhangi bir zarar. Yaşam hakkı yitiriliyor, onun yerine ikame ediyor, ikame hakkı. Onun bir insan hakkıdır. Kolunuz gitti, sağlık hakkıdır, ikame hakkıdır. Bu yeniden tanzim edilmeli.

Peki, yasama organının yaşanan bu paradoks noktasında girişimleri oldu mu, girişimleri olacak mı? Bir, geçen hafta -*Turgut Beyin haberi var*- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Okçu kararı galiba, idari yargıda. Diyelim ki 1000 lira açtınız, 500 bin lira hesap çıktı. Hak düşümü diyorsunuz, hak düşümü süresi geçti veya süre diyorsunuz, öyle mi Turgut Bey? Sadece süre aşımı, idari yargı terminolojisi farklı. Süre aşımı sebebiyle davanız reddediliyordu. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yok, ben senin usulünü bilmem, burada adil yargılama hakkı ihlal ediliyor kardeşim. Sen bunu ne yapacaksan yap, ortaya çıkan tazminatı telafi et, usulünü ona göre dönüştür.

Geçen hafta Adalet Bakanlığı üzerine çalıştı, norm yetersizdi yeterli hale getirdik. Geçen hafta Yüksek Adalet Komisyonu hem Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin organik kanununa, hem idari yargılama usulüne bir norm, ıslah demiyoruz Hocam, artırma diyoruz. Orada dedik ki; süre aşımı ve diğer usul kuralları gözetilmeksizin. Ben idari yarıda 15 yıl süren bir davanın avukatlığını yaptım, 15 yıl. O dönem 50 lira çok büyük paraydı, ama bitim zamanında 50 bin lira çok az bir paraydı. Dedik ki, nihai karara kadar süre ve diğer usul koşulları gözetilmeksizin, zarar gören talebini arttırabilir.

Bu adli yargının ötesinde de bir aşmadır. Çünkü bizim usul kanunlarında zamanaşımını durdurma ve kesme halleri, dava açılan miktar içindir.

Efendim mahkûm olan Türkiye ve mahkûmiyet sebebi de Danıştay'ın kararı sebebiyle Hocam. Türkiye mahkûm oluyor ve milyonlarca tazminat ödüyor. Devam edelim. Başka bir düşünce var mı? Bir, Anayasa Mahkememizin, Anayasanın 157. maddesini saklı tutan bir düzenlemeyi iptal etmeyeceğini düşünüyorum. Böyle bir girişim geliştirilebilir ve bu partilerin oybirliğiyle kabul ettiği bir metindir. Ticaret mahkemesinde açacaksın, asliye hukuka açacaksın, iş mahkemesine açacaksın, Danıştay'a açacaksın, amipleşiyor; hak aynı, hak bütünü aynı, ama parça parça. Hatta Turgut Bey beni tasdik edeceklerdir. Bir dönemde Danıştay kararları takdiren ve makduen

der. Adamın iki gözü kör olmuştur, takdiren ve makduen der, hesap filan yok, öyle dönemler vardı.

Başka bir şey var mı? Anayasa Uzlaşma Komisyonunda şöyle bir eğilim gelişiyor. Anayasamızın 125. maddesinde öngörülen sorumluluğa yol açan zararlara *-ki, son fıkradır zannediyorum, Anayasa yanımda yok-* yasa bu zararlar konusunda adli yargı yolu dahil farklı hukuki rejimler öngörebilir denilebilir mi? Yani uzlaşma komisyonunda böyle bir norm da gelebilir, ama şunu söyleyeyim: Doğrudur, karmaşık ve üç-dört insan ömrünü aşan sorunların bir maddeyle tasfiyesi de, çözülmesi de zordur. Hele hele ola gelen çözümleri doğru kabul eden paradigmaların çökertilmesi ve zihniyet dönüşümü de zordur. Ama ben bu modelle usulde kaybolan, davalarda kaybolan insanın gözünü ve insanın hayatını aradım.

Saygılar sunuyorum.

Evet, 15 dakikada bitirdim, buyurun soruları bekliyorum arkadaşlar. Kime soracaksanız onlara tek tek soralım.

Buyurun üstadım.

KATILIMCI- Ben soru sormayacağım, fakat sizin açıklamanızdan hareketle bir talebim olacak zatıâlinize. O da şu: Anladığım kadarıyla bu 3. maddenin iptalinden doğan sıkıntıları aşma anlamında İdari Yargılama Usul Yasasında bir madde ilavesi söz konusu, öyle anladım.

Şimdi benim burada bir talebim olacak zatıâlinizde, o da şu: Mademki İdari Yargılama Usul Kanununun tamamının değiştirilmesi zaman alacağından dolayı böyle bir madde ilavesine gerek duyulmuştur. Bu ilave yapılırken, yanılmıyorsam 31. madde HMK'ya atıf yapan, orada 31. maddede HMK'ya çok sınırlı atıf yapılıyor. Sayılıyor şu, şu, şu, şu hallerde HMK uygulanır deniliyor. Oysa tazminatların da, yani idari yargının da Borçlar Kanununa göre olaya yaklaşıp çözümleneceği ifade edildi hocalar tarafından ki, doğrudur. Oraya İdari Yargılama Usul Kanununa aykırı olmayan HMK hükümleri uygulanır diye bir hüküm konulur ise eğer, o tahdidi sınırlama da ortadan kalkar. Diğer hükümlerin de uygulanması, HMK'nın hükümlerinin uygulanması mümkün olur diye düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

Av. AHMET İYİMAYA (Oturum Başkanı)- Hemen cevap vereyim. Tabii böyle bir genel atıf yapıları ve konuları farklı olan iki usulü rotasyona uğratır bir; iki, aynen ben bu arttırma maddesiyle ilgili tutarlılık olması için, 31'e ıslah koyalım dedim, ıslahta atıf yok. Hocam da ıslah dedi. Bilimsel olarak ıslah sözcüğünü kullanmadık, böyle bir mutasyon tehlikesini ortadan kaldırmak için.

Teşekkür ediyorum. Buyurun. Kime soruyorsunuz?

Av. LEVENT KAYA- Yargıtay'daki arkadaşımıza da olabilir, Süha Hocama da olabilir. Özellikle idari yargıdaki değişiklik neticesinde bu tür davaların idari yargıya geçmesi halinde tanık çok önemli bir unsur olacaktır. Biraz önceki arkadaşımızın bahsetmiş olduğu noktada, idari yargıda tanık dinlenmesi mümkün değil. Bu aşamada tanık dinlenmeyecekse ne yapacağız? Bu bir sorum, ne yapacağız kısmı.

İkinci nokta da, dün tartışmalar yapıldı. İdarenin eylemlerindeki kusursuz sorumlulukla ilgili husus tartışıldı. Genellikle idare kusursuz sorumluluk esası üzerinde karar verilirse, mahkemeden de bu şekilde kararlar çıkar ise, bu aşamada yarın bir gün idare ilgili kişiye rücu edecektir. Rücu ettiği zaman kişi hakkını nerede, nasıl savunacaktır? Yine idari yargıya düşmesi lazım ve bu aşamada da birtakım sıkıntılarla karşılaşılacaktır. Bu konuda görüşleriniz nedir? Ben bunları sormak istemiştim.

Teşekkür ederim.

Av. AHMET İYİMAYA (Oturum Başkanı)- Teşekkür ediyorum. İdari yargı re'sen tahkik ilkesine göre çalışır ve delil tespiti yoluyla, o konuda istenilen deliller elde edilebilir. Ayrıca rücu davalarının idari yargıda görülmesi diye bir durum yok. O genel görev adli yargıda olur.

Turgut Bey buyurun.

KONUŞMACI- Şimdi bu adli yargı Sema Hanım üstünde durduğu için ben girmedim. Aslında yargı yolu ayrımı...

(Karşılıklı konuşmalar)

Prof. Dr. SÜHA TANRIVER (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Adnan'ın yorumu sadece o değil, diğer aykırı olmayan hükümler dediği için...

Av. AHMET İYİMAYA (Oturum Başkanı)- Hocam arkadaşların görüşünden çok, arkadaşlarımız...

Prof. Dr. SÜHA TANRIVER (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Niye acaba bu biraz önce söylendi, insan zararlarının tazmini filan diye. Yargı yolu, adli yargı, idari yargı ayrımı zaten Anayasal bir ayrım ve uzmanlaşma olgusu üzerine kurulu bir ayrım. İdari yargının amacı, idare edilenleri daha güçlü konumda bulunan idareye karşı korumaktır. Ancak bizde idari yargı, idareye karşı idare edilenleri korumayı amaç edinmiştir; temel felsefe bu.

Şimdi bunun böyle yapılmasının temel gerekçelerinden şu: Bu zaten haksız fiilden kaynaklanan tazminat davalarına kim bakıyor? Adliye. Asıl uzmanlık yargı yeri neresi? Adliye mahkemeleridir. Dolayısıyla tam yargı davaları da nedir? Özel hukuktaki tazminat davalarının idari yargıdaki karşılığıdır. Dolayısıyla buna da asıl uzmanlık yargı yeri olan asliye mahkemeleri baksın düşüncesi, temel şey buydu.

Fakat bunu şimdi 55'le birleştirmek lazım. Oğuz onu söyler diye bekledim, ama orada temas edilmedi. 55. madde tahkikat evresinde, biliyorsunuz bu davalarda yüzde 90 bilirkişi incelemesi yapılacaktır. Bilirkişi incelemesi son derece de önemli. Hâkimin vereceği kararda büyük ölçüde de belirleyici olacaktır.

Şimdi idari yargının görev alanına giren davalarda idare mahkûm edildiği için, devlet mahkûm edildiği için, bilirkişiler en az tutarı hesaplıyor. Adli yargıda ise, daha özgürdür, tutarlarda daha fazla bir yükselme vardır. Burada asıl tehlike şu: Tahkikat sonucuna göre belirlenen rakamı diyor Borçlar Kanunu 55, hâkim hakkaniyet gerekçesiyle arttıramaz, indiremez. Hâlbuki biraz önce okuduk, tazminatın şekli ve ödenme biçimini serbestçe belirler diyor. Kim tahkikat sonucunda incelemeyi yapacak olan birim kimdir? Bilirkişi incelemesi yapılacak. Halbuki 282'ye göre bilirkişi

incelemesi hâkimi bağlamaz. Burada âdeta bilirkişi incelemesiyle hâkim bağlı hale getiriliyor. Siz bu hükmü idari yargıya da taşıdığınız anda, resen araştırma ilkesiyle taban tabana çelişen bir olgu ortaya çıkar. Buna da işaret etmekte yarar var.

Tanık beyanları nasıl olacak? Eskiden beri klasik yapılan bu usuller, tespit yaptırılıyor biliyorsunuz mahkeme önüne getirilebiliyor. Hatta yabancı hukuklarda bir kurum var. Yani yemin verdirsin, orada tespit edilsin, aksi ispat edilinceye kadar da, yargı yeri bunun içeriğiyle bağlı kalsın, doğru kabul edilsin şeklinde.

Teşekkür ederim.

Av. AHMET İYİMAYA (Oturum Başkanı)- Teşekkür ediyorum Hocam. Sorulara kısa ve net, zamanımız yok. Yeniden tebliğ sunarsak bir saat daha tanımamız lazım. Hocam da karşımda, yöneteceği oturum zamanı geliyor. Buyurun üstadım.

KATILIMCI- Borçlar Kanununun 55. maddesi Hukuk Muhakemeleri Kanununun 3. maddesi ve tazminat hukuku alanında getirilen hüküm bir reform niteliğindeki değişiklikler nedeniyle, temsil ettiğim şehit aileleri adına teşekkür ederim. Onların hem teşekkürlerini, hem hayır dualarını size iletmek zorundayım. Çünkü bu onların bana yüklediği bir borçtur, bunu ifa etmek zorundaydım.

Konumuz şu: Özellikle Borçlar Kanunu 55 anlamındaki eleştirileri, biz ilk şeyde de şiddetli bir savunucusu olarak kendimiz de cevap vermeye çalıştık. Bir tek iki kısa soru arz edeceğim size. Birincisi, bu Anayasanın 157. maddesinin hariç tutulması, yani yargı yoluyla ilgili belirleme yapılırken 157. maddenin hariç tutulması halinde, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin görmekte olduğu insan zararlarına ilişkin davalar orada mı kalacak? İkincisi, bozma sonrasında da miktarın arttırılması mümkün olabilecek mi? Bu dördüncü yargı paketiyle getirilen şeyde.

Tek bir şey ifade etmeme müsaade ederseniz çok mutlu olacağım. Bu fırsatı çünkü çok uzun zamandır bekliyorduk. Biz Borçlar Kanununun 55. maddesinin gerekçede de son derece mükemmel biçimde açıklandığı

üzere, yargı yolları arasındaki uçurum niteliğindeki farklılıkların kaldırılmasını sağladığı için ve bütün bu uygulamaları gerçekten de, bunu yürekten söylüyoruz, tüm uygulamacılar, elini taşın altına koyanlar olarak –bunu yürekten söylüyoruz- hak ekseninde bu uygulamaları bütünleştirdiği için çok teşekkür ediyoruz.

Av. AHMET İYİMAYA (Oturum Başkanı)- Teşekkürler. Arkadaşlar, 55. maddenin iki fıkrası var. Bir, idari yargı yönünden analoji fıkrası –girmeyeceğim- iki, tazminat metni fıkrası, o da reform. Çünkü Hocamın çok güzel kitabı var, bilirkişilik keyfiliğine son veriyor. İki, filanca içtihat böyleydi, olanca içtihat böyleydi; tazminatı metrik değerlere oturtuyor. Haktır bu. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tazminata mülkiyet hakkı diyor. Hâkim takdir eder, manevi tazminatta doğru. Hâkim takdir eder dediğiniz zaman, 1960'daki karakuşi kararların örtülü olarak buraya aktarılması.

Bir, biyometrik tablo belli mi? Belli. Biyometrik tabloya doktora tezleri yazın, çalışın, 50 yaş deyin, 100 yaş deyin, 80 deyin; iki, artırım belli mi? Üç, ücret girdisi belli mi? Bunun dışında efendim tazminat çok çıktı indirilmesine, az çıktı arttırılmasına. Yok, keyfiliği sona erdirdi.

Arkadaşlar bakın, usul hukukçularımıza, borçlar hukukçularımıza saygım sonsuz, hürmetim var. Ben bu insan zararları hukukunu santim santim, hücre hücre biliyorum. Buradaki keyfilik alanı tazminat metriğinin nominalleştirilememiş olması, tamamen belirsizliğe mahkûm edilmesi. O hâkim bu, bu hâkim, ama önemli bir reform. Bilirkişi raporu bağlamak tabii, on defa inceleme yapacak, 20 defa inceleme yapsın, ama son noktada ben bu tazminattan indirdim. Sadece bir daire uyguluyordu, başka hiçbir daire uygulamıyordu.

Neyse o 157. maddenin varlığı halinde, 157. maddenin varlığı halinde tabii davaların orada kalması doğal, ama bizim Anayasa projemizde askeri idare mahkemesi yok, hiçbir parti şey yapmıyor. Buyurun Turgut Bey. Turgut Beyin komisyonumuza büyük katkıları var, ama söylerdi, beni ikna edemezdi. Buyurun.

Av. TURGUT CANDAN (Emekli Danıştay Başsavcısı)- Şimdi 10 dakika zaman dediniz Sayın Başkan, ben konuşmaya başlarsam şimdi yarım saat filan konuşmam lazım.

Açıklama yapmak istiyorum yalnızca, soru sormayacağım.

Av. AHMET İYİMAYA (Oturum Başkanı)- Sema Hanım kaç dakikamız var? 5 dakikamız var. Çünkü zamanlama çok önemli, medeniyet zamanlamadır bence. Buyurun üstadım.

Av. TURGUT CANDAN (Emekli Danıştay Başsavcısı)- O zaman hepsini konuşmayacağım, kısa bir konuşma yapacağım. Bir defa Anayasada yalnızca Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin görev alanıyla ilgili sınırlama var, idari yargı için yok şeyine katılmıyorum. Niçin katılmıyorum onu söyleyeceğim. 157. maddenin hareket noktası zaten bu iki yargı düzeninin Anayasada öngörülmüş olması. Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin görev alanının adli yargıdan alınıp, Askeri Yüksek İdare Mahkemesine verilmesi değil.

Danıştay'dan ya da idari yargıdan alınarak bazı görevlerin Askeri Yüksek İdare Mahkemesine verilmesidir. O şu anlama gelir: Bu görevler esasen idari yargının görev alanı içerisindedir. Buradan biz Askeri Yüksek İdare Mahkemesinden bu kısmını alıyoruz veriyoruz anlamına gelir. Dolayısıyla Anayasanın ruhunda o var.

İkincisi de, yasa koyucunun görev konusundaki mutlak yetkisine de katılmıyorum. Yasa koyucunun yetkisi, düzenleme yetkisi aynı yargı düzeni içerisindeki mahkemelerin görevini belirleme konusundadır. Farklı yargı düzenine ilişkin görevleme yapamaz. Hatta Anayasa Mahkemesinin haklı neden ve kamu yararı ölçütüne de katılmıyorum. Kamu yararı varsa eğer, dün de ben bunu görüşümde izah ettim, dün burada olanlar varsa tanık olabilirler. Haklı neden Anayasanın öngördüğü iki yargı düzenine uygun görev düzenlemesi yapmaktadır. Kamu yararı da bundadır.

Açıklamak zorundayım. Aslında bugünkü oturumla dünkü oturum bir arada yapılsaydı, bu açıklamaları yapmama gerek kalmazdı. Maalesef böyle bir şey oldu.

55. maddesinin son fıkrasının bir devrim olduğu düşünülüyor idari yargı yönünden. Ben o görüşte de değilim, aksine ben uygulanamayacağı görüşündeyim, bunu söyledim zaten. Uygulandığı takdirde sorumluluk sebeplerini sınırlar, hem de hâkimin yetkisini sınırlar. Dolayısıyla mağdurların aleyhine sonuç yaratır. 55. maddenin son fıkrası hükmü.

Av. TURGUT CANDAN (Emekli Danıştay Başsavcısı)- Şimdi sayın konuşmacılar, özellikle Atalay ve değerli dostum Deynekli, 55. maddenin son fıkrasının, dolayısıyla Borçlar Kanununun tazminata ilişkin, sorumluluğa ilişkin tüm hükümlerinin idari yargıda da uygulanacağı görüşündeler. Oysa 55. maddenin gerekçesine baktığımız zaman, o madde Hukuk Muhakemeleri Kanununun 3.maddesinin varlığından hareketle hazırlanmış bir maddedir. Varlığından hareketle hazırlanmış, gerekçesi de bunu söyler ve o nedenle, Anayasa Mahkemesinde iptal edildikten sonra, o maddenin uygulama alanı yalnızca yasayla adli yargıda bırakılan haller içindir. Yoksa aksi takdirde, şimdi hem sorumluluk sebeplerini kısıtlıyorsunuz. Örneğin, risk ....

Av. AHMET İYİMAYA (Oturum Başkanı)-

Son soru arkadaşlar. Hepinizin konuşmasını isterdim, ama kalmadı.

KATILIMCI- Anne babanın asker oğlu, askerliğinin bitimine üç gün kala, askeri saha içerisinde cemse, askeri aracın çarpması sonucu ölüyor. Ben bunun davasını açmadan önce bu konuda bilirkişilik yapan hukukçu aktüer bir arkadaşımıza müracaat ederek hesap yaptırdım. Orada idareye niçin başvurdunuz diye dosyayı incelerken idareye başvurumu görünce. Dedim ki, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde dava açacağım. Hayır dedi, ben bu konuda bilirkişilik yapıyorum, örneğin karayolundan giderken askeri sahanın içine uçup gittiyse araba Askeri Yüksek İdare Mahkemesine olur, asliye hukuk mahkemesi diye yönlendirmesi üzerine ikna oldum, inandım asliye hukuk mahkemesinde davamı açtım. Ama o 30 günlük Askeri Yüksek İdare Mahkemesindeki süreyi geçirdikten sonra. Nasıl olsa asliye hukukta açılıyor diye. Asliye hukuktaki süresinde açtım.

Yargı yolu itirazında bulundu davalı idare, mahkeme reddoldu. Sonuçta şu anda Yargıtay'dan bu dava yargı yolu nedeniyle bozuldu geldi. Şimdi

sorum şu efendim. Böyle durumlar için, yeni yasal düzenlemelerde mutlaka sizler aktif görev alıyorsunuz, çare olmanızı bekliyoruz sizden. Ayrıca Sema Hanımefendiye sorum var. Ben asliye hukuk mahkemesinin Yargıtay'ın kararına uyarak görev yönüyle davamı reddettiğinde, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde o munzam süreden yararlanarak dava açabilir miyim?

Av. AHMET İYİMAYA (Oturum Başkanı)- Teşekkür ediyorum. Akıllı bir hukukçu, dosyayı incelemeden cevap vermez. Somut olayın tüm özelliklerini bilmeme karşısında bir kehanette bulunma anlayışı içerisinde İyimaya bunu dedi, bu böyle olur diye bir kanaate de sizi sahip kılmak istemem. Ancak getirdiğimiz Hocamızın ıslah dediği, bizim arttırma dediğimiz şeyde geçici maddeler de koydu. Ayrıca İdari Yargılama Usulü, sanıyorum 13. madde; adli yargıdan idari yargıya sorumluluk davasının nasıl transfer edileceği belli.

Değerli arkadaşlar avukatlığı çok sevdim. Savunma mesleğinden uzaklaştıkça, hukuka daha fazla yakınlaştım. Hukuku uygulamanın acısını lezzetini tattım, ama hukuk kurmanın bütün risklerine rağmen lezzeti, eğer objektif olabiliyorsanız, eğer meselenin tümüne vakıf olabiliyorsanız bir başka şey.

Son cümlem; kurallara karşı hepimizin boynu bükük, beyinleri diktir. Yasa dediğimiz kurallara uymak için boynumuzu, onları değiştirmek için beyinlerimizi kullanmaya mecburuz, her birimiz buna sorumluyuz.

Saygılar sunuyorum, sevgiler sunuyorum.

MUKAYESELİ HUKUKTAKİ GELİŞMELER IŞIĞINDA AİLE İÇİ ŞİDDET YÖNÜNDEN BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU*

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

I.GİRİŞ

GENEL OLARAK AİLE İÇİ ŞİDDET VE MAĞDURUN ZARARININ TAZMİNİ PROBLEMİ:

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, aile (ev) içi şiddeti, şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı (hane)evi paylaşmasa da ailede veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, psikolojik ve ekonomik şiddet olarak tanımlamaktadır (m.2/l,b).

Aile içi şiddet denildiğinde ilk akla gelen, kadına yönelik şiddettir[1]. Bu nedenledir ki, gerek uluslararası alanda gerek ulusal alanda kadına yönelik şiddet başlangıçta sadece aile bağlamında ele alınmıştır[2].Kadına karşı şiddet, kadınla erkek arasında yüzyıllardır süregelen eşitsizliğin yansımadır ve günümüzde de tüm toplumlarda yaygın olarak varlığını sürdürmektedir[3].

Şiddet, kişinin onuruna, beden bütünlüğüne, sağlığına, özgürlüğüne, yaşam hakkına, güvenliğine, cinselliğine ekonomik varlık ve bütünlüğüne yönelik zorlayıcı, saldırgan davranışları ifade eder[4]. Önceleri şiddetin sadece fiziksel türü üzerinde durulmaktayken, günümüzde artık cinsel, psikolojik, ekonomik şiddet türleri de tanınmakta ve şiddetle mücadele konusunda ulusal ya da uluslararası düzenlemelerde, anlaşma ve kararlarda şiddet geniş bir yaklaşımla ele alınmaktadır.

Bu bağlamda 6284 sayılı Kanun genel olarak şiddeti, "*kişinin fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel olan hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranış*" olarak tarif etmektedir.

---

[1] Büchler, Andrea. Zivilrechtliche Interventionen bei Gewalt in Lebensgemeinschaften Rechtstatsachen - Rechtsvergleich - Rechtsanalyse FamPra.ch 2000 S. 58B, s.583 http://www.swisslex.ch (erişim:3.02.2013) Töre ve Namus Cinayetleri ile Kadınlara ve Çocuklara Yönelik Şiddetin Sebeplerinin Araştırılarak Alınması gereken Tedbirlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu: http://www.tbmm.aov.tr/konnisvon/kefe/docs/komisvon rapor.pdf (erişim:05.02.2013)

[2] Bkz: Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Ulusal Eylem Planı 2012-2015, Ankara 2012, s.10 vd (http://www.kadininstatusu.gov.tr/tr/html/19091/Kadina-Yonelik-Siddetle-Mucadele-Ulusal-Eylem-Plani) Erişim: 20.03.2013.

[3] Bkz.: Ulusal Eylem Planı 2012-2015, s.9'daki istatistik! veriler. (http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/kadininstatusu.Rov.tr/mce/2012/kadina yönelik sid 2012 2015.pd f) Erişim: 20.03.2013

[4] GENÇCAN, Ömer Uğur, Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara 2008, s.310

Bu tanıma göre şiddet, kişinin fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik varlık ve bütünlüğüne zarar veren ya da zarar vermesi muhtemel davranışlardır. Gerçekten, dövme, yaralama, öldürme, eve hapsetme gibi eylemlerin işlenmesi ya da işlenileceği yolunda tehditte bulunulması, kişinin güvenliğinden korkuya, endişeye kapılmasına yol açılması, takip, taciz, cinsel bütünlüğe saldırı gibi şiddet eylemleri, mağdurun bedensel sağlık ve bütünlüğünü, ruhsal sağlığı ve bütünlüğünü bozmaktadır. Beden bütünlüğü ve sağlığı bozulan mağdur, bazen uzun süre tedavi görmek zorunda kalırken, çalışma gücünün azalması veya yitirilmesi, ekonomik geleceğinin sarsılması, başkalarının bakım ve desteği ile hayatını sürdürmek zorunda kalması, evini, işyerini değiştirerek başka yere taşınmak zorunda kalması nedeniyle maddi kayıplara uğramaktadır. Öte yandan, mağdur şiddetin etkisini ruhsal/duygusal alanda da derin biçimde hissetmekte, aşırı güvensizlik, uyku bozuklukları, sürekli korku hali, depresyon gibi tedavi gerektiren ruhsal bozuklara yakalanmakta, yaşam kalitesi düşmekte, manevi yönden de zarar görmektedir. Şiddetin olumsuz etkileri mağdur kadar, mağdurun yakınlarını da etkilemektedir.

Kadınlara karşı şiddet ve aile içi şiddetle mücadele konusunda uluslararası platformda uzun süredir yoğun çalışmalar yapılmaktadır. Bu çalışmalar, Birleşmiş Milletler Tavsiye Kararlarıyla, uluslararası anlaşmalarla, çeşitli ülkelerde ulusal eylem planlarının hazırlanmasıyla, şiddetle mücadeleye özgü yasal düzenlemeler yapılmasıyla somutlaşmış, sonuçlarını vermeye başlamıştır[5].

Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Ayırımcılığı Önleme Komitesi'nin (CEDAVV Komitesi olarak anılmaktadır) 1992 tarihli oturumda aldığı 19 sayılı tavsiye kararında[6], taraf devletlere, aile içi şiddet, istismar, tecavüz, cinsel saldırı ve diğer toplumsal cinsiyet temelli şiddetin tüm biçimlerini ortadan kaldırmak için uygun ve etkili tedbirleri almaları (24/a), mağdurları koruyucu ve destekleyici hizmetleri sağlamaları (24/b), etkili başvuru yolları ve tazminat dahil etkili giderimler sağlanması (24/i), kadınları şiddetin tüm biçimlerine karşı korumak için cezai yaptırımlar, hukuki giderimler ve uğranan zararı tazmin edici hükümler içeren etkili hukuki tedbirler almaları (24/t,ii) özel olarak tavsiye edilmektedir.

Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesinin (aşağıda İstanbul

[5] Bu konuda detaylı bilgi için: Moroğlu, Nazan, Kadına Yönelik Şiddet Ve Ailenin Korunmasına Dair Kanun (makale), kaynak: http://portal.ubap.org.tr/App Themes/Dergi/2012-99-1169.pdf (erişim: 23.03.2013)

[6] Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'nin7 19 No'lu Genel Tavsiyesi: Kadınlara Karşı Şiddet: http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/kadinlara karsi şiddet/şiddet cedaw komitesinin 19 no lu genel tavsiyesi kadinlara .pdf (Erişim: 03.02.2013)

Sözleşmesi olarak anılacaktır) beşinci bölümünde, şiddet mağdurlarının zararlarının tazmini ile ilgili önemli hükümler yer almaktadır. Bu sözleşmede özellikle dikkat çeken husus, belirli koşullarda bedensel zararın tazmininde devlete sorumluluk yüklemesidir.

Avrupa Konseyi Sözleşmesi dışında, münhasıran kadınlara karşı ve ev içi şiddetle ilgili olmayan, şiddet suçu mağdurlarının zararlarının Devlet tarafından tazmin edilmesiyle ilgili 24 Kasım 1983 tarihli "*Şiddet Suçu Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi*"nde, belirli zarar türleri için belirli koşullar altında devletin sorumluğu öngörülmektedir.

Türkiye, her iki sözleşmenin de tarafıdır.

Avrupa Birliği Konseyinin Suç Mağdurlarının Zararlarının Tazmini Hakkında 29.04.2004 tarihli Yönergesi (RL 2004/80 EG) de burada anılmalıdır. Yönerge, üye ülkelerin bir çoğunda şiddet suçu mağdurlarının zararlarının devlet tarafından tazmin edilmesine ilişkin özel hukuki düzenlemelerin-çoğu üye devletin esasen taraf olmak sıfatıyla 1983 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesinden doğan taahhütlerini yerine getirmek amacıyla gerekli düzenlemelerin-yapılmış olmasına karşın, birbirleriyle çok farklılık göstermeleri karşısında bu alanda asgari standartları oluşturmayı amaçlamaktadır.

MUKAYESELİ HUKUKTA VE HUKUKUMUZDA ŞİDDETE KARŞI KORUMA YASALARININ BEDENSEL ZARARIN TAZMİNİ PROBLEMİNE YAKLAŞIMI

İsviçre Hukuku Örneği

Mukayeseli Hukukta, kadınlara karşı şiddetin önlenmesi ve şiddetle mücadele amacıyla yapılan özel hukuk düzenlemelerinin ağırlık merkezini şiddeti önleyici-şiddetten koruyucu özel hukuk tedbirleri oluşturmaktadır.

Örneğin, İsviçre'de "*Şiddet, Takip ve Tehdide Karşı Kişiliğin Korunmasına Dair Medeni Kanun'da Değişiklik Yapılması Hakkında Federal Kanun*" ile (Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 ZGB-Ânderung zum Schutz der Persönlichkeit gegen Gevvalt, Drohungen und Nachstellungen)[7] İsviçre Medeni Kanununun kişiliğin korunmasıyla ilgili hükümlerine 28b maddesi eklenmiştir. Bu yeni maddede, şiddet, tehdit ve takip, kişiliğin ihlali olarak kabul edilerek özel olarak yaptırıma bağlanmıştır. Kişiliğin korunmasına yönelik bu hallerde özel talepler olarak, kişilik hakkı ihlal edilen (şiddet mağduru) mahkemeye başvurarak, saldırganın kendisine; evinin, işyerinin veya sürekli olarak mutad şekilde bulunduğu başka bir yere ve çevresine yaklaşmasının, kendisi ile iletim

[7] AS 2007 137; BBI 2005 6871 6897 (Değişiklik, 1 Temmuz 2007 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Değişiklik için bkz: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch ZGB, Tour-Schneider-Schmidt-Jungo 13.Auflage 2010, §11, Nr.29. (http://www.swisslex.ch Erişim: 03.02.2013)

kurmasının veya başka şekilde rahatsız etmesinin yasaklanmasını isteyebilir. Örnekseyici olarak belirtilen İMK (ZGB) 28b'de düzenlenen bu tedbirler, İsviçre Medeni Kanunu m.28a'da düzenlenen, kişiliğin ihlali halinde genel mahiyetteki önleyici tedbirleri ev içi şiddet yönünden somutlaştıran tedbirlerdir ve yasa koyucu, İMK (ZGB) m. 28b ile ev içi şiddet mağduruna daha iyi koruma sağlamayı amaçlamıştır[8]. Şiddet mağdurunun bedensel zararları nedeniyle tazminat talebi, kişiliğin korunmasıyla ilgili İMK m.28a/lll'te saklı tutulan İsviçre Borçlar Kanununun haksız fiil sorumluluğu ile ilgili 41, 47 ve 49.maddedeki şartlara tabidir[9]. İsviçre'nin Zürich Kantonunda 1 Nisan 2007'de yürürlüğe giren Zürich Şiddete Karşı Koruma Yasasında da, koruyucu ve önleyici tedbirlere yer verilmekte, yasa özel olarak, şiddet sonucu uğranılan zararların tazmini ile ilgili bir düzenleme içermemektedir[10].

Bu durum, Alman Hukukunda da farklı değildir:

Alman Hukuku Örneği:

11 Aralık 2001 tarihli "*Şiddete ve Israrlı Takibe Karşı Özel Hukuk Korumasına Dair Kanun*"a göre (Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen)[11],bir kimsenin beden bütünlüğü, sağlığı, özgürlüğü kasıtlı olarak hukuka aykırı fiille ihlal edilirse ya da bu değerlere zarar verilmesiyle tehdit edilirse başvurusu üzerine hâkim gerekli tedbirleri alır (§1 GewSchG). Bu tedbirler örnekseyici olarak yasada sayılmıştır. Bunlar, saldırganın mağdurun evine girmekten, evinin çevresine yaklaşmaktan, işyeri, okul, kreş gibi mağdurun düzenli olarak bulunduğu yerlere gitmekten, mağdurla karşılaşmaya neden olmaktan kaçınmasına, iletişim kurmaktan kaçınmasına dair yasaklamalardır. Şayet saldırgan hukuka aykırı olarak mağduru beden bütünlüğü, sağlık ve özgürlüğüne zarar vermekle tehdit eder ya da hukuka aykırı ve kasıtlı olarak mağdurun evine ya da onun taşınmazının başkalarına kapalı alanına girerse veya mağdurun açıkça karşı iradesine rağmen ısrarla takip eder, uzaktan iletişim araçlarıyla izlerse mağdur yine mahkemeden tedbir almasını isteyebilir.

---

[8] Andrea Bühler, Marco Frei, ZGB Kommentar-Schweizerisches Zivilgesetzbuch 2.Aufl. 2011, Herausgeber: Jolanta Kren Kostkievicz, Peter Nobel, Ivo Schwander, Stephan Wolf, m.28b, s.101.

[9] Tour-Schneider-Schmidt-Jungo, §11, Nr.30.

[10] Yasa ile ilgili ayrıntılı açıklama için: Cornelia Kranich Schneider, Das neue Zürcher Gewaltschutzgesetz, FamPra.ch 2008, s.90 vd. (http://www.swisslex.ch (Erişim: 03.02.2013)

[11] Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen (Gewaltschutzgesetz - GewSchG) Vom 11. Dezember 2001 (BGBI.0I S.B3513) (FNA 402-38),Rainer Kemper, Schulze u.a., Bürgerliches Gesetzbuch7. Auflage 2012, http://www.beck.online.de (erişim: 05.03.2013)

Yasanın diğer maddeleri, saldırganla mağdurun aynı evi paylaşmaları halinde konutun tek başına kullanılmak üzere mağdura tahsisi (§2GewSchG), kapsam ve uygulama alanı (§3 GewSchG), ceza hükümlerine (§4 GewSchG) ilişkindir. Yasa, mağdurun diğer yasalara göre sahip olduğu haklara dokunmamaktadır (§3/Abs.2).

Alman Şiddete Karşı Koruma Yasası bakımından göze çarpan, yasanın birinci maddesinde tek tek, beden bütünlüğü, sağlık ve özgürlük şeklinde hukuki değerlerin sayılmış olmasıdır. Burada, Alman Medeni Kanununun haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen 823.maddesinin birinci fıkrasında korunan hukuki değerlerin ihlal edilmesi, Alman Şiddet Yasasının maddesine göre önlem alınmasına temel oluşturmaktadır[12].

Alman Hukukunda, Şiddete Karşı Koruma Yasası mağdurun diğer yasalar çerçevesinde sahip olduğu haklara dokunmadığından, Yasanın 1.maddesinde belirtilen hukuken korunan değerlerin zedelenmesi halinde, şiddet mağduru saldırgandan haksız fiil sorumluluğu ile ilgili genel hükümlere göre (BGB §§ 823, 847) maddi tazminat ve manevi tazminat talep edebilir[13]. Mağdur, mülkiyet, genel kişilik hakkı gibi hukuken korunan diğer değerlerinin ihlali nedeniyle de Alman Medeni Kanununun 823. maddesinin 1. veya 2. fıkrasına dayanarak saldırgandan talepte bulunabilir. Bu durumlarda mahkeme, kıyas yoluyla Şiddete Karşı Koruma Yasasında öngörülen tedbirlere hükmedebilir.

Hukukumuzdaki Durum:

Bilindiği gibi, kısa bir süre önce, 14.01.1998 tarihli ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, 6284 sayılı 08.03.2012 tarihli Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 23. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. 6284 sayılı Kanun, 20.03.2012 tarihli, 28239 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

4320 sayılı Yasanın özellikle koruma alanına giren kişilere yönelik eleştiriler, 6284 sayılı Yasa ile büyük ölçüde karşılanmıştır. Yasanın şiddet kavramına yaklaşımı, şiddet türlerinin ayırt edilmesi, şiddet veya şiddet tehlikesi karşısında

[12] H. Heiß/B. Heiß, § 30 Familienrecht, Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch 10. Auflage 2011, §1, Nr.357 http://www.beck.online.de (Erişim: 03.02.2013)

[13] Krüger, Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen (Gewaltschutzgesetz - GewSchG) Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2013, GewSchG § 3 Geltungsbereich, Konkurrenzen,

Rn.4

(http://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/MueKoBGB 6 Band7/cont/MueKoBGB.glud3.elud2.htm) (erişim: 03.02.2013); Sabine Heinke, Gewaltschutzgesetz, 1. Auflage 2012, GewSchG §B3 Geltungsbereich, Konkurrenzen, Rn.14 (http://beck-online.beck.de) Erişim: 03.02.2013.

alınabilecek koruma-önleme tedbirleri ve bu tedbirleri almaya yetkili olan kişiler, mağdura sağlanan sosyal ve finansal yardımlar, şiddet izleme merkezlerinin kurulması gibi hususlarda önemli aşamalar kaydedilmiştir.

6284 sayılı Yasa, çeşitli hükümlerinde şiddet mağduruna finansal ve sosyal yardım yapılmasını öngörmektedir. Örneğin, 6284 sayılı Yasanın 3/b maddesinde ve 17.maddesinde düzenlenen "*geçici maddi yardım*"; 19.maddede düzenlenen koşullarda mağdurun sağlık - tedavi- giderlerinin karşılanması amacıyla gelir testine tabi tutulmaksızın 5510 sayılı GSSK m.60/lc,l.bent kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılması, 20.maddede harçlardan, masraflardan, vergilerden muafiyet öngören hükümleri böyledir.

Fakat Yasa, şiddet mağdurunun bedensel/ruhsal sağlık ve bütünlüğünün bozulmasıyla ilgili zarar ve tazminat taleplerini düzenlememiştir.

İsviçre ve Almanya örneğinde olduğu gibi, hukukumuzda da şiddet mağdurunun bedensel/ruhsal zararlarının tazmini genel hükümlere bırakılmıştır. Mağdur, zarar gören olarak şiddet uygulayana karşı, Türk Borçlar Kanununun haksız fiil sorumluluğu ile ilgili hükümleri çerçevesinde tazminat davası açarak zararlarının giderilmesini şiddet uygulayandan isteyebilecektir.

C. AİLE İÇİ ŞİDDETTE BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİN EDİLMESİNİN HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU İÇİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ GERÇEKTE ÇÖZÜM MÜDÜR?

Şiddetle mücadeleye yönelik düzenlemelerde, şiddet sonucu doğan bedensel zararın tazmini sorununun çözümlenmesi çoğunlukla sorumluluk hukukunun görevi olarak algılanmış, şiddete maruz kalan- şiddet uygulayan arasında bir özel hukuk problemi olarak kalmıştır. Şiddetle mücadeleye yönelik hukuki düzenlemelerde, tedavi masrafları gibi özellikle sağlıkla ilgili zararlar, sosyal yardım anlayışıyla finansal açıdan desteklenmektedir. Ancak, çalışma gücünün kaybı, ekonomik geleceğin sarsılması, destek kaybı nedeniyle uğranılan zarar gibi en önemli bedensel zarar türleri yönünden bir çözüm sunulmadığından, şiddet mağdurunun özel hukukun sorumlulukla ilgili hükümlerine dayanarak şiddet uygulayandan dava yoluyla tazminat istemesi gerekmektedir. Şiddet uygulayana karşı ayrıca bir dava açarak tazminat istemek, yeni şiddet fiillerine maruz kalmak için yeterli sebep oluşturabilir. Öte yandan, haksız fiil sorumluluğunun koşulları açısından da bazı hallerde sıkıntı yaşanabilir.

Diğer taraftan, şiddet uygulayanın yeterli mali güce sahip olmaması, elde edilen tazminat kararının fiilen işlevsiz kalmasına da neden olacaktır. Oysa şiddet, herhangi bir haksız fiil düzeyinde değerlendirilemez. Özellikle ev içi şiddette, şiddetin uygulanmasına, sıklaşmasına, tehlike derecesinin artmasına

zemin oluşturan mağdurla şiddet uygulayan arasındaki - hukuken aile sayılsın sayılmasın- kişisel, mekânsal, sosyal bağlılık ilişkisi dikkate alınınca durumun farklılığı kendiliğinden ortaya çıkar. Ev içi şiddette mağdur yeni şiddet tehlikelerine maruz kalmadan, güvenliği tehlikeye girmeden kolaylıkla failden tazminat alamaz. Tazminat istemek bir yana, salt korunma talep etmesi ya da evli ise boşanmak, evli değilse terk etmek istemesi halinde, bu durumun "*namus*" meselesi yapıldığına sıklıkla tanık olmaktayız. Bu nedenle, özellikle ev içi şiddette mağdurun güvenliği tehlikeye atılmadan zararlarının etkin ve hızlı bir şekilde tazmin edilmesine ihtiyaç vardır.

Devletin, şiddeti önleme, vatandaşlarının güvenliğini sağlama ödevi olduğundan, devlet bu görevini yerine getiremediğinde, şiddet mağdurunun zararlarından da sorumlu tutulabilmesi gerekir. Nitekim mukayeseli hukuktaki gelişmelere bakıldığında belirli koşullar altında şiddet mağdurlarının bedensel zararlarından devletin sorumluluğu, ayrı uluslararası sözleşmeler ve iç hukuk düzenlemelerinin konusunu oluşturmuştur.

İstanbul Sözleşmesi, 6284 sayılı yasanın hazırlanmasına ışık tutmuş, yasa koyucu, bu yasanın uygulanmasında ve gereken hizmetlerin sunulmasında, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, özellikle de Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinin esas alınacağını belirtmiştir (m.2/a). Ancak 6284 sayılı Yasamızda, İstanbul Sözleşmesi ve 1983 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmelerinde yer verilen zararın tazmininde "*devletin Sorumluluğu*" ilkesi dikkate alınmamıştır. Oysa Almanya, İsviçre gibi ülkelerde, şiddet suçu mağdurlarının zararlarının tazmin edilmesine ilişkin özel yasalar çıkarılmış olup, bu yasalar çerçevesinde, aile içi şiddet mağdurlarının da bu yasalar çerçevesinde bedensel zararlarının hatta manevi zararının tazmini için devlete başvurma, bu özel yasalardan yararlanma imkanları mevcuttur[14]. Gerçekte bu yasal düzenlemeler ceza yargılamasında suçtan zarar görenin durumunun iyileştirilmesi düşüncesine dayanan, sosyal düşüncelerle, zarardan devletin sorumlu olması değil de, zararın devlet tarafından üstlenilmesi gayesiyle çıkarılmışlardır[15]. Fakat hangi amaçla hareket edilmiş olursa olsun,

[14] Bkz.: Almanya iç'm:Sabine Henke, §3 Rn.15; Geigel, Kapsa, Haftpflichtprozess, 26.Auflage 2011, 21.Kapitel, Öffentlich-rechtliche Ausgleichansprüche, Rn.174 (http://www.beck.online.de erişim: 03.02.2013); isvçre için: Charlotte Schoder, Opferhilfeleistungen im Lichte des revidierten Bundesgesetzes über die Hilfe an den Opfer von Straftaten vom 23. März 2007, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2008, Herausgeber: Ivo Schwander, s.1484 http://www.swislex.ch Erişim: 07.03.2013

[15] Daniel Känel, Im Prinzip keine eigenen kostspieligen Schritte nötig Zum Anspruch der Opfer von Straftaten auf Schadenausgleich, Zeitschrift für Sozialhilfe (ZESO 3/2003 S.32 (Herausgeber: Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe, SKOS) http://www.swislex.de Erişim: 07.03.2013

bu özel yasalar sonuçta ev içi şiddet suçlarında şiddet mağdurunun uğradığı zararların tazmin ve telafisinde son derece önemli bir işlev görmektedir.

Aşağıda, önce hukukumuz bakımından aile içi şiddette Borçlar Kanunu hükümlerine göre şiddet mağdurunun bedensel zararlarını talep etme imkânı ele alınacaktır.

Daha sonra, İstanbul Sözleşmesinin zarar ve tazminatla ilgili hükümleri, taraf olduğumuz 1983 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi, bedensel zararların tazmini yönünden değerlendirilecektir.

Son olarak, İsviçre örneğinde, suç mağdurlarının mağdurun zararının tazmini ile ilgili yasa çerçevesinde maddi-manevi tazminat talep edebilmesi incelenecek, ülkemiz bakımından tasarı halindeki yasa hazırlığına değinilecektir.

6284 SAYILI YASA KAPSAMINDA AİLE İÇİ ŞİDDETTE BEDENSEL ZARARDAN SORUMLULUK

A. ŞİDDET UYGULAYANIN TÜRK BORÇLAR KANUNUNA GÖRE HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

GENEL AÇIKLAMA

Kusurlu ve hukuka aykırı fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı fiille bir başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür."

Dar anlamda haksız fiil sorumluluğu, kusur sorumluluğu olarak da anılır. Çünkü, sorumluluğun temel kurucu unsuru, "*kusur*"dur. Haksız fiiller açısından yasalardaki kusursuz sorumluluğa ilişkin bir hükmün kapsamında değerlendirilemeyen her durumda, sorumluluk TBK.m.49 kapsamında değerlendirilir.

6284 sayılı yasa kapsamında ev içi şiddet olarak nitelendirilebilecek davranışlardan TBK.m.49'a göre sorumluluk için, hukuka aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik bağı koşullarının gerçekleşmesi gerekir.

Diğer taraftan, koşullar gerçekleştiğinde zarar gören-zarar veren sıfatını taşıyan kişiler arasındaki haksız fiilden doğan borç ilişkisi, 6284 sayılı Yasa ile korunan şiddet mağduru ve yasanın önlemek, yasaklamak istediği şiddet fiillerini uygulayan, fail olacaktır.

Aşağıda, 6284 sayılı Yasaya göre şiddet mağduru (zarar gören) sıfatıyla, kimin/kimlerin zarar veren (şiddet uygulayan)dan TBK.m.49'a göre tazminat talep edebilecekleri ve 6284 sayılı yasa ile bağlantılı olarak haksız fiil sorumluluğunun unsurları değerlendirilecektir:

ŞİDDET MAĞDURU (ZARAR GÖREN)- ŞİDDET UYGULAYAN (FAİL)

6284 sayılı Yasada şiddet mağduru, "*Bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlara doğrudan ya da dolaylı olarak maruz kalan veya kalma tehlikesi bulunan kişiyi ve şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi bulunan kişileri*" ifade eder (m.2/e).

Şiddet uygulayan, "*Bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışları uygulayan veya uygulama tehlikesi bulunan*" kişilerdir (m.2/g).

Şiddet, kişinin fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan ya da sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik baskı ve tehdidi ya da özgürlüğün keyfi olarak engellenmesini içeren fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranış olarak kabul edilmektedir (m.2/d).

Bu türden fiillerin aynı haneyi paylaşan ya da aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelmesi halinde, aile içi şiddetten söz edilir (6284 S.K. m.2/b).

6284 sayılı Kanunun uygulanmasında 2/a maddesi ile özellikle işaret edilen uluslararası anlaşmalardan İstanbul Sözleşmesinin 3/b maddesinde "*aile içi şiddet*", eylemi gerçekleştirenle mağdurun aynı evi paylaşmakta olsun veya olmasın veya daha önce paylaşmış olsun veya olmasın, aile içinde veya aile biriminde veya mevcut veya daha önceki eşler veya birlikte yaşayan bireyler arasındameydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik şiddet eylemleri olarak anlaşılacağı belirtilmektedir.

Bu tanım ve kavramlar dikkate alındığında, aile içi (ev içi) şiddet, Medeni Kanun'un aile olarak kabul edip düzenleme konusu yaptığı topluluğu oluşturan bireyler arasındaki şiddet kavramından daha geniş bir anlam ifade eder. İstanbul Sözleşmesi ışığında yorumlanması ve uygulanması gereken 6284 sayılı Kanunun aile içi şiddet kavramının merkezinde tek bir belirleyici olgu olarak, dar anlamda ya da geniş anlamda aile olgusu yoktur. Aile kavramında somutlaşan olgu, aileyi oluşturan bireyler arasındaki içsel, duygusal bağ, dayanışma, birbiri için var olma, yanında olma, destek olma olgusudur. Aile bireyleri arasındaki bu kişisel- manevi bağa dayalı sıkı bir yakınlık ilişkisi, aynı evde yaşama nedeniyle, fiziksel, mekânsal açıdan da yakınlık olmasıyla pekişmektedir. Aile olgusunda somutlaşan bu kişisel, fiziksel, mekânsal yakınlığa bağlı olarak güven yaratan bu ortam, bir arada yaşayan kişiler arasında fiziksel, psikolojik ya da cinsel şiddetin uygulanmasına, sıklaşmasına, tehlikelilik derecesinin yükselmesine uygun zemin oluştururken, şiddet mağdurunun şiddete karşı koymasını da güçleştirmektedir, işte bu nedenle, aile içi şiddet

dışarıdan üçüncü bir kişiden gelebilecek şiddete göre daha niteliklidir ve özel bir ilgiyi gerektirir. Kanunun amacı, ailede olduğu gibi içsel-duygusal, kişisel, fiziksel, mekânsal bir yakınlık ilişkisi içinde aynı çatı altında yaşayan kişiler arasındaki şiddeti de aile içişiddet olarak görmektir. Böylelikle, hukuki anlamda aile sayılmayan topluluklarda da aile bireyleri arasındaki yakınlık ilişkisine benzer biçimde yakınlık ilişkisinin kurulması halinde kanunun koruma amacına uygun olarak aile içi şiddetin mevcut olduğu söylenebilecektir. Buna göre, kan bağı, hısımlık ilişkisi şeklinde olması gerekmediği gibi, evlilikle veya evlilik dışı yaşam ortaklığı nedeniyle kurulmuş bir bağ yeterlidir, böyle bir yakınlık ilişkisinin halen devam etmesi önemsizdir, önceden böyle bir yakınlık ilişkisinin kurulmuş olması yeterlidir.

Bu anlayışla, 4320 sayılı Kanun'dan farklı olarak, 8284 sayılı Kanuna göre, hâlihazırda birlikte yaşayan evli kişiler, çocukları, aynı çatı altında birlikte yaşayan çocuklar, anne-baba gibi üst soyları veya diğer yakın hısımlar ya da herhangi bir hısımlık ilişkisi olmasa da ailenin bakıp gözettiği aile ile birlikte yaşayan bir üçüncü kişi, dini nikâhlı birleşmeler de dâhil evlilik dışı yaşam ortaklıklarında partnerler, bir huzur evine yerleşmek yerine birbirlerine aile gibi destek olmak, sahip çıkmak için hiçbir hısımlık ilişkisi olmayan iki yaşlının aynı evde birlikte yaşamayı tercih etmeleri halinde birlikte yaşayan yaşlılar, boşanan veya ayrı yaşayan eşler, partnerler aile içi şiddetin mağduru ya da şiddet uygulayan sıfatını taşıyabilirler[16].

3. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNUN UNSURLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Şiddetin hukuka aykırı eylem niteliği

Haksız fiil sorumluluğunun unsuru olarak hukuka aykırılık, hukuka uygunluk sebeplerinden birinin olmaması halinde hukuk düzeninin başkalarına zarar vermeyi yasaklayan ya da zararlı sonucu önlemek için belli bir davranışı emreden kurallara aykırılığı ifade eder. Hukuk kuralların kaynağı, özel hukuk-kamu hukuku kökenli olması ya da yazılı olup olmaması önemsizdir.

[16] 4320 sayılı Kanun açısından aile içi şiddet kavramı için:Erdem, Mehmet, Aile içi Şiddet Ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, www.kazanci.com/cei-bin/hieht/hebb/heielicht.cei?file=hebb/files/makale- mehmeterdem-2.htm&querv-siddetin önlenmesi yasası, (Erişim: 07.03.2013) ; Alman Hukuku için: Bkz.:Sabine Heinke, Gewaltschutzgesetz,l. Auflage 2012, Vorbemerkungen zum Gewaltschutzgesetz, Rn.6;. Mekansal bağlılık, geçici, tesadüfi olarak aynı konutu paylaşmanın ötesinde, içsel bir bağlılık da içermelidir. Bu nedenle, içsel, kişisel bir paylaşım amaçlamaksızın sadece ekonomik açıdan kira gibi mali bir yükü paylaşmak üzere bir arada yaşayan kişiler ev içi şiddet mağduru-uygulayan sıfatı ile değerlendirilmezler: Alman Hukuku bakımından: Krüger, GewSchG § 1, Rn.4 Gerichtliche Maßnahmen zum Schutz vor Gewalt und Nachstellungen, in: Münchener Kommentar zum BGB 6. Auflage 2013, http://beck- online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/MueKoBGB 6 Band7/cont/MueKoBGB.glud3.glud2.htm (Erişim: 07.03.2013)

Kaynağı ne olursa olsun, bireylerin mutlak haklarını veya diğer menfaatlerini korumaya yönelik kuralın ihlal edilmesi, somut olayda zedelenen hukuki değerin ihlal edilen normun korumayı amaçladığı türden bir çıkar olması, hukuka aykırılık için yeterlidir[17].

6284 sayılı Kanun'un amacı, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesidir. Kanunda şiddet mağdurun kim olduğuna göre şiddeti ev içi şiddet/kadınlara karşı şiddet olarak vasıflandırırken, ayrıca, hangi biçimde somutlaştığına bakarak fiziksel, cinsel, psikolojik, ekonomik veya sözlü şiddet olarak türlere ayırmaktadır. Kanun, kişileri fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketlerden, buna yönelik tehdit ve baskı ya da özgürlüğün keyfi olarak engellenmesi[18] biçimindeki her türlü davranıştan korumayı amaçlamıştır.

6284 sayılı Kanun, şiddete karşı kişilerin beden bütünlüklerinin, ruhsal sağlık ve bütünlüklerinin korunması, bu değerlere zarar verilmemesi, bu değerlerin zarardan uzak tutulması konusunda doğrudan bir emir ve yasak içermektedir. Yani, aslında 6284 sayılı yasa kişilerin sağlık, özgürlük, beden bütünlüğü ve ruhsal bütünlüklerini koruyan temel koruma normu içermemektedir. Alman Şiddet Yasasında ise yasa koyucu açıkça, haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen BGB § 823/1 ile bağlantı kurmuş ve şiddet yasası ile korunması amaçlanan hukuki değerler "*vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük*" olarak metinde belirtilmiştir. Bununla birlikte, 6284 sayılı Yasa, Türk Medeni Kanununun emredici normla koruma altına aldığı kişilik değerlerine yönelik ihlalleri şiddet yönünden somutlaştırmıştır ve bu somut özel ihlal hallerine özgü koruma yollarına yer vermiştir. Bu nedenle, 6284 sayılı yasada şiddet olarak nitelenen fiiller, TMK.m.24'e aykırılık nedeniyle hukuka aykırı eylem niteliğindedir.

Kanunun şiddet saydığı tutum ve davranışların önemli bir kısmı esasen ya Türk Ceza Kanununda da suç sayılan davranışlardır ya da İstanbul Sözleşmesi ile suç olarak nitelenen ve bazı özel şiddet türlerinin taraf devletlere iç hukuk kuralları ile "*suç olarak yasayla ayrıca düzenleme*" yükümlülüğü getiren davranışlardır. 6284 sayılı yasa kapsamında şiddet sayılan bir fiilin, aynı zamanda Ceza Kanununda da suç teşkil eden bir davranış niteliğini taşıması halinde şiddet eylemi zaten Borçlar Kanununa göre de hukuka aykırı sayılacaktır.

[17] Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14.baskı Ankara 2012, s.586 vd.

[18] Bu konuda bkz: Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR Arş. Gör. Burcu ERTEM Evlilik içi Şiddet Ve Aile Hukuku Yansımaları http://cws.emu.edu.tr/en/conferences/2nd int/pdf/Emel%20 Badur%20&%20Burcu%20Erdem.pdf (Erişim: 03.02.2913)

Örneğin, Türk Ceza Kanununun hayata karşı suçlar alt başlıklı birinci bölümünde yer alan kasten öldürme ve suçun nitelikli hallerini düzenleyen 81, 82. maddeleri; ikinci bölümde vücut dokunulmazlığına karşı suçlar başlığı altında kasten yaralama suçunu düzenleyen 86. maddesi; bir kimsenin hem fiziki olarak beden bütünlüğünün hem de ruhsal bütünlüğünün, sağlığının bozulmasına yol açan, Anayasamızın 17. maddesinde de yasaklanan, 94, 96. maddelerinde düzenlenen işkence ve eziyet suçları; 108. maddede düzenlenen cebir kullanma suçu aynı zamanda 6284 sayılı yasa anlamında fiziksel şiddet mahiyetindedir.

TCK.m.l09'da düzenlenen, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu, aynı zamanda 6284 sayılı yasa anlamında hem fiziksel şiddet hem de psikolojik şiddet eylemi olarak değerlendirilebilir. Türk Ceza Kanununda aile düzenine karşı suçlar bölümünde 232. maddede düzenlenmiş olan kötü muamele suçu; TCK.m.84'te düzenlenen intihara azmettirme, teşvik etme, intihar kararını kuvvetlendirme suçu, aynı zamanda 6284 sayılı yasa anlamında psikolojik şiddet sayılan eylem niteliğinde değerlendirilebilir. TCK. md. 233/l'de düzenlenen, eşlerden birinin aile hukukundan doğan bakım veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeme suçu, 6284 sayılı yasa anlamında ekonomik şiddet olarak vasıflandırılabilir. Türk Ceza Kanununun cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar olarak, m,102'de düzenlediği cinsel saldırı, m,103'te düzenlediği çocukların cinsel istismarı suçu, m,105'te düzenlediği cinsel taciz suçu da, 6284 sayılı yasaya göre cinsel şiddet nitelikli eylemlerdir. 6284 sayılı yasaya göre şiddet olarak nitelenen, Türk Ceza Kanununun suç saydığı fiillerin, Türk Borçlar Kanununun 49. maddesine göre aynı zamanda haksız fiil niteliği taşıyacağında duraksama yoktur.

6284 sayılı yasa kapsamında şiddet sayılan bir eylem, somut olarak Türk Ceza Kanununda somut bir davranış olarak, suç sayılıp düzenlenmemiş olabilir. Ya da suçun maddi-manevi unsurları tam olarak gerçekleşmemiş olabilir. Örneğin, Türk Ceza Kanununda zorla evlendirme suç sayılıp özel olarak düzenlenmemiştir. Zorla evlendirme mağdurları ezici çoğunlukla kadınlardır. 6284 sayılı yasa, kadınlara yalnızca kadın oldukları için uygulanan veya kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayırımcılık ile kadının insan hakları ihlaline yol açan ve bu kanunda şiddet olarak tanımlanan her türlü tutum ve davranışı kadına yönelik şiddet olarak tanımlamaktadır. 6284 sayılı Yasa ayrıca zorla evlendirme biçiminde bir şiddet türüne yer vermemiştir. Fakat zorla evlendirme de kadına yönelik şiddettir, uluslararası sözleşmelerde kadınlara karşı cinsiyete dayalı ayırımcılık ve kadının insan hakkı ihlali olarak kabul edilmiş, İstanbul Sözleşmesinde de taraf devletler, zorla evlendirmeyi suç olarak niteleyen iç hukuk düzenlemelerini yapmakla yükümlü tutulmuşlardır (İstanbul Sözleşmesi, m.37/f.2).

Zorla evlendirme örneğinde, şiddet, 6284 sayılı Yasada ismen şiddet türü olarak belirtilmemese de, Türk Ceza Kanunu'nda suç sayılıp düzenlenmese de "*evlenme kararının özgürce alınmasına*" engel olmak ve kadını istemediği kişi ile evlenmeye zorlamak fiili olarak, hem 6284 sayılı Yasaya göre psikolojik şiddet, hem de temel koruma normu olan kişilik hakkını koruyan TMK. m.24'ün ihlalidir ve hukuka aykırıdır. 6284 sayılı yasanın fiziksel, psikolojik, cinsel şiddet olarak tanımladığı fiiller, şiddete uğrayanın hukuken korunan sağlık, özgürlük, beden bütünlüğü, ruhsal bütünlük, onur gibi TMK m.23 ile hem kişinin kendisine karşı hem de dıştan gelecek saldırılara karşı koruduğu, kişiye kişi olması sebebiyle tanınan ve korunan kişilik değerleridir. Başka hiçbir yasaklayıcı norm olmasa bile, yasanın şiddet olarak değerlendirdiği fiiller, kişiliği koruyan Türk Medeni Kanunu m.24'e aykırı olduğundan, -zorla evlendirme örneğinde olduğu gibi -henüz suç sayılmamış olsa da her zaman Türk Borçlar Kanununun 49. maddesi kapsamında hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiş olacaktır.

Haksız fiil sorumluluğunun unsuru olarak hukuka aykırılık, hukuka aykırı eylemin sonucundan bağımsız bir unsurdur. Hukuka aykırı eylemin sonucu, zarardır ve sorumlulukta ayrı bir unsur olarak dikkate alınır. Bu bakımdan, 6284 sayılı yasanın "*... zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareket*" ifadeleri haksız fiil sorumluluğunda zarar unsuru açısından önemlidir. Uygulanan şiddet zararlı sonucu hemen doğurmasa da, hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiştir.

Haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırı eylem olumlu veya olumsuz bir davranış olabilir. 6284 sayılı yasa çerçevesinde şiddet sayılan bir eylem fiziksel şiddette, cinsel şiddette olduğu gibi çoğunlukla olumlu bir davranıştır. Fakat, vurmak, dövmek yerine dışlamak, konuşmamak, sevgi göstermemek suretiyle yalnızlığa itmek, sosyal ve maddi ihtiyaçlarını gidermemek gibi psikolojik şiddet olarak nitelendirilebilecek pasif davranışlar söz konusu olduğunda da, hukuka aykırılık unsurunun gerçekleştiği söylenebilir mi?

Sorumluluk hukukunda, kişiyi özel olarak bir davranışta bulunmakla yükümlü kılan somut bir norm olmadıkça sadece yapmama, zararlı sonucu önleyebilecek iken hareketsiz kalarak önlememe ilke olarak hukuka aykırı sayılmaz. Sadece, ahlaka aykırı bir davranış olarak nitelenebilir. Ev içi şiddette, bir arada yaşayan, aralarında sıkı bir içsel, kişisel bağlılık, yakınlık ilişkisi bulunan kişiler bakımından özellikle ailede, eşler, çocuklar, aile reisinin özen göstermekle yükümlü olduğu aile olarak bir arada yaşayan kişiler yönünden, Türk Medeni Kanununun evlenmenin genel hükümlerine ilişkin düzenlemeleri, velayet-vesayette ana babanın, vasinin çocuklara ve vesayet altındaki kişilere karşı ödevlerini düzenleyen kuralları mevcuttur. Örneğin,

eşler birliğin mutluluğunu gözetmek, çocuklarının yetişmesinde bakımında özenli davranmakla yükümlüdürler. Bu yükümlülükler çerçevesinde yapılması gereken davranışın yapılmaması, ihmal edilmesi olumsuz davranışla kuralların ihlal edilmesi niteliğindedir. Ancak, bu türden somut normun olmadığı örneğin dini nikâhlı fiili birleşmelerde kocanın kadına pasif davranışla şiddet uygulaması durumunda hukuka aykırılık unsuru açısından sıkıntı doğacaktır. Örneğin, fiili birleşmede partnerlerden birinin diğerini dışlaması, yokmuş gibi davranması böyledir. Bu tür pasif tutumlar psikolojik varlığa sahip olan ve belirli bir tesir yaratmak üzere sergilenen tutum ve davranışlardır. 6284 sayılı Yasa şiddet sayılabilecek her tür davranışa karşı koruma getirmeyi amaçladığından, somut bir norm olmasa da burada da pasif davranışla kişilik hakkını koruyan normların ihlal edildiği, hukuka aykırılık unsurunun gerçekleştiği söylenebilir. Burada, pasif tutum, kasıtlı olarak ahlaka aykırı davranışla zarar vermek şeklinde de değerlendirilebilir ve partnerin tutumu, TBK.m.49/f.2'de "*kasıtlı olarak ahlaka aykırı fiille zarar verme*" nedeniyle haksız fiil sorumluluğuna yol açabilir.

Nihayet, şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlara doğrudan ya da dolaylı olarak maruz kalan/kalma tehlikesi bulunan kişiler şiddet mağduru sayılmaktadır. Ancak haksız fiil sorumluluğu için sadece bir haksız fiile maruz kalma tehlikesi yeterli değildir. Yani tazminat istemi açısından işlenmemiş bir haksız fiile dayanılamaz. Gerçekleşen şiddet-gerçekleşmesi muhtemel olan şiddet bakımından da hukuka aykırılık unsuru ele alınacak olursa, TBK m.49'a göre bedensel zarardan haksız fiil nedeniyle sorumlu olmak için, haksız fiilin unsurlarının gerçekleşmesi gerekir. Yani, hukuka aykırı eylem işlenmiş, sonucu zarar doğmuş ve başka zararlar doğurmaya devam etmesi muhtemel olmalıdır. Beden bütünlüğü, yaşam, ruhsal bütünlük ve sağlığa zarar vermeye, özgürlüğü keyfi olarak kısıtlamaya yönelik bir hukuka aykırı fiilin işlenileceği konusunda tehdit ve baskı da şiddettir, bu şiddet de hukuka aykırıdır. Ancak, henüz icra edilmeyen şiddet için TBK m.49'a göre tazminat istenilemez,

Bedensel zarar

Türk Borçlar kanununun 54.maddesinde, Almanca "*Körperverletzung*" deyimi karşılığında kullanılan "*bedensel zarar*" terimi (önceki Borçlar kanunun ifadesiyle cismani zarar), beden bütünlüğünün ihlalinin yol açtığı maddi zararı ifade etmektedir. Beden bütünlüğü, hem fiziksel bütünlüğü ve sağlığı hem de ruhsal bütünlüğü ve sağlığı kapsayıcı anlam taşır[19]. Buna göre bedensel zarar, fiziksel sağlık ve bütünlüğün ya da ruhsal sağlık ve bütünlüğün ihlalinin neden olduğu maddi zararlardır.

[19] Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.l, İstanbul 2012, s.460; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. bası, İstanbul 2012, s.90.

aa) Türk Borçlar Kanununa göre bedensel zarar

TBK.m.54/f.l'de, "*özellikle*" denilmek suretiyle bedensel zararın kapsamı, hangi zarar kalemlerinden oluştuğu dört bent halinde örnekseyici olarak sayılmıştır. Bunlar,

Tedavi giderleri

Kazanç kaybı

Çalışma gücünün azalması veya yitirilmesinden doğan kayıplar

Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplardır.

aaa) Tedavi Giderleri:

Zarar görenin beden bütünlüğünün ihlali nedeniyle beden bütünlüğünü eski hale getirmeye, iyileştirmeyi sağlamaya, hastalık ya da sakatlığın artmasını önlemeye yönelik masraflar, tedavi giderleri kapsamında bir bedensel zarar türüdür. Bunlar, hastane, ilaç, doktor masrafları, protez, psikoterapi, ameliyat ve benzeri masraflardır. Tedavi giderleri, beden bütünlüğünü eski duruma getirmek, iyileşmek için fiilen yapılmış ya da yapılması gerekli olan her türlü masrafı kapsar.

bbb) Kazanç zararları:

Beden bütünlüğü ihlal edilen kimse, ihlal yüzünden kısmen veya tamamen çalışamamış, kazanç kaybına uğramışsa, bu kazanç kaybını da isteyebilir. Burada, iyileşme sürecinde gerçekleşen kazanç kaybı söz konusudur. Örneğin terzilik yapan şiddet mağduru kadının tedavi süresi boyunca iş alamaması nedeniyle uğradığı kazanç kaybı, gerçekleşmiş kazanç kaybıdır.

ccc) Çalışma gücünün kaybı veya azalması nedeniyle uğranılan zarar:

Beden bütünlüğü ihlal edilenin bedensel, fikri, zihinsel yeteneklerine bağlı olarak çalışma ve gelir elde etme gücünü tamamen veya kısmen kaybetmesine bağlı olarak uğranılan zarar, gerçekleşen bir zarar olarak kazanç kaybı değil, gelecekte gerçekleşecek kazanç yoksunluğu biçiminde zarardır. Kazanç zararlarında, halen mesleki uğraşısı olan kişinin çalışma gücünü geçici olarak yitirmesi nedeniyle gerçekleşen kazanç yoksunluğu söz konusu iken, çalışma gücünün tamamen veya kısmen kaybı nedeniyle istenilecek gelecekte kazanç sağlama imkânından yoksunlukta, sürekli bir kayıp mevcuttur.

ddd) Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar:

Beden bütünlüğünün ihlali sonucunda çalışma gücünde kayıp olmasa da, zarar görenin ekonomik geleceği olumsuz etkilenebilir, iş bulma konusunda zorlanabilir, daha az kazanç getiren işlerde çalışmak zorunda kalabilir. Bu kayıplar da, bedensel zarar olarak talep edilebilir.

Kanunda bedensel zarar kalemleri sınırlayıcı biçimde sayılmadığı için, kanunda sayılanlar dışında başka bedensel zarar kalemleri de olabilir:

Tedavi dışında, beden bütünlüğünün ihlalinin yol açtığı hastaneye gidip gelmek için ulaşım masrafları,

Bakım zararı (geçici olarak veya sürekli çalışma gücünü yitiren kişinin üçüncü bir kişinin bakımına muhtaç olması nedeniyle bu bakımı sağlamak amacıyla yaptığı masraflar örneğin bakıcı masrafı, ev işleri için yardımcı masrafı)

Hukuki yardım, danışma, avukat masrafları,

Estetik zarar (fiziki görünümün bozulması sebebiyle iyileşme sonrası estetik ameliyat olma, örneğin, yanan derinin tedavisi sonrasında deri nakli gibi)[20] gibi zararlar da, TBK.m.53 çerçevesinde bedensel zarar olarak talep edilebilecektir.

bb) 6284 sayılı Yasaya göre dolaylı olarak şiddetten etkilenen mağdurun uğradığı bedensel zararın Türk Borçlar Kanunu'na göre tazmin edilebilirliği:

Haksız fiil sorumluluğunda, kendisine karşı haksız fiil işlenen kişi, haksız fiilin sonuçlarından doğrudan etkilenen, doğrudan "*zarar gören*" kişidir. Bir kimseye karşı işlenen haksız fiilin başkalarını da etkilemesi, onlar açısından da yankılarını göstermesi mümkündür. Bu durumda, dolaylı olarak haksız fiilden olumsuz etkilenen üçüncü kişi, "*yansıma yoluyla zarar gören*" kişi olarak nitelendirilir ve onun uğradığı zararlar da yansıma yoluyla zarar olarak adlandırılır. Kendisine karşı haksız fiil işlenmese de, yansıma yoluyla haksız fiilden etkilenen, zarar gören üçüncü kişinin haksız fiili işleyen failden tazminat talep edebilmesi, ihlal edilen normun koruma amacına göre, yasanın açıkça öngördüğü hallerde kabul edilmektedir. Aksi halde, haksız fiilden dolaylı olarak etkilenen üçüncü kişinin, yansıma yoluyla uğradığı zarar için tazminat talep edebilmesi mümkün görülmemektedir. Bu açıdan, 6284 sayılı Yasaya göre "*doğrudan şiddet uğrayan mağdur*" sıfatıyla Türk Borçlar Kanununa göre bedensel zararını talep etmesinde bir problem yoktur.

6284 sayılı Yasa, yasada şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlara doğrudan olmasa da dolaylı olarak maruz kalan kişiyi de şiddet mağduru kabul etmektedir (6284 sayılı Kanun, m.2/e). Burada, yasanın koruma amacına, kendilerine şiddet uygulanmayan ancak bir kimseye uygulanan şiddetten dolaylı olarak etkilenen ya da etkilenme tehlikesi olan 3. kişiler de dâhil edilmiştir. Ev içi şiddette bu durum belirgin olarak ortaya çıkar. Ev içi şiddette, babanın anneye uyguladığı şiddetten çocuklar; babanın anneanneye

[20] Bknz. Antalya. İstanbul 2012.

uyguladığı şiddetten kadın ve çocuklar, babanın çocuklara uyguladığı şiddetten anne, yetişkin çocuğun babaya uyguladığı şiddetten anne de dolaylı olarak etkilenecektir. Örneğin çocuğun öldüresiye dövülmesinde annenin veya yaşlı bir aile bireyinin-büyükanne veya büyükbabanın- şiddetin yarattığı şok sebebiyle kalp krizi geçirmesi ya da hamile olan annenin çocuğunu düşürmesi, ruhsal dengesinin bozulması mümkündür.

Türk Borçlar Kanununda, yansıma yoluyla uğranılan zararın tazmini istisnai hallerde mümkündür: TBK. m.53'te ölüm halinde maddi zarar olarak ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin destek kabı nedeniyle uğradıkları zararlar (3. bent); TBK.m.56/H'ye göre ağır bedensel zarar veya ölüm halinde zarar görenin veya ölenin yakınlarının uğradıkları manevi zarar, birer yansıma yoluyla uğranılan zarardır. Türk Borçlar Kanununda bu istisnai haller dışında yansıma yoluyla doğrudan haksız fiilin mağduru olmayan zarar görenlere zararın giderilmesini talep hakkı verilmemiştir.

Bu durumda, ev içi şiddette, şiddetten dolaylı olarak etkilenen, ruhsal sağlıkları bozulan birey, kendisine karşı şiddet uygulanmasa da eyleminden dolaylı olarak etkilendiği şiddet uygulayana karşı bedensel zararın tazmini için dava açamayacak mıdır?

Şayet, 6284 sayılı Yasanın şiddete doğrudan maruz kalan/dolaylı etkilenen ayırımına bağlı kalınırsa, şiddetten dolaylı etkilenen kişi yalnızca yansıma yoluyla zarara uğrayan olarak TBK. m.49'a göre bedensel zararını isteyemeyeceği söylenebilir. Bu sonuç, 6284 sayılı Yasanın koruma amacıyla çelişir. Ev içi şiddette doğrudan şiddete uğrayanla dolaylı etkilenen kişi arasında sıkı bağ, yakınlık ilişkisi dikkate alınırsa, gözlerinin önünde annesi öldürüldüğü ya da ağır yaralandığı için şok geçiren, depresyona giren bir çocuğun sadece dolaylı olarak etkilendiği, yansıma yoluyla zarara uğradığı için maddi zararının (örneğin, ruhsal sağlığının bozulması nedeniyle örneğin tedavi masraflarının) tazmin edilmeyeceği, fakat TBK.m.56/II'ye göre manevi zarara uğradığı ve manevi zararının tazmin edilmesini isteyebileceği kabul edilecektir. Ya da, çocuğun fiziksel şiddet nedeniyle ağır bedensel zarara uğramasında annenin ruh sağlığının bozulması, işine konsantre olamaması, tedavi ihtiyacı içinde olması, iş yapamaması nedeniyle kazanç kaybına uğraması ihtimalinde anne sadece manevi tazminat isteyebilecek, maddi zararlarının tazmini talep edemeyecektir. Kanımızca burada, yansıma yoluyla zarara uğrayan şiddet mağdurları için bedensel zararla (maddi zararla) manevi zarar arasında ayırım yapılması doğru olmaz, bedensel zararlarının tazmini için maddi tazminat davası açabilmelidir[21]. Şiddet fiilinin doğrudan yöneldiği mağdurla, şiddetten

[21] Alman Şiddet Suçu Mağduruna Yardım Yasası çerçevesinde yapılan değerlendirmeler için: Kapsa, Nr.174; Şiddet suçu mağdurlarının zararlarının tazmin edilmesine yönelik 1983 tarihli

etkilenen diğer kişi arasındaki sıkı kişisel yakınlık, bağlılık, hukuka aykırılık bağı bakımından tazminat önündeki engelin kaldırılmasını gerekli ve haklı kılmaktadır.

Diğer taraftan, ev içi şiddette örneğin doğrudan çocuğa yönelik gözüken fiziksel şiddet çoğunlukla aslında diğer bir aile bireyi üzerinde, örneğin doğrudan kadın üzerinde baskı ve korku yaratmanın aracı olarak uygulanabilir. Yani, hedef doğrudan zarar verilen kişi değil, başkasıdır, burada aslında çocuğa yönelik fiziksel şiddet aynı zamanda kadına yönelik psikolojik şiddet anlamına da gelmektedir. Bu gibi durumlarda, kadının ruhsal dengesinin bozulması, çocuğunu düşürmesi, kalp krizi geçirmesi halinde fiziksel şiddet mağduru olan çocuktan ayrı, ondan bağımsız olarak haksız fiilden zarar gören sıfatıyla beden bütünlüğünün ihlali sonucu doğan bedensel zararlarını, bu çerçevede örneğin tedavi masraflarını, çalışma gücünün azalmasından doğan zararlarını talep etmesi mümkündür.

Sonuç olarak, ev içi şiddette doğrudan şiddete uğramayan fakat doğrudan mağdur kadar şiddetin etkilerini yaşayan ve hisseden dolaylı mağdurun/yansıma yoluyla bedensel zarara uğrayanın da kişik değerleri ihlal edildiğinden hukuka aykırılık bağı tazminat istemine engel oluşturmamalıdır.

bb) Bedensel zararda denkleştirme

TBK m.55/l'e göre, "*Bedensel zarar Türk Borçlar Kanunu hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler bu zararın belirlenmesinde gözetilemez;, zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesiyle artırılamaz veya azaltılamaz.*"

Bu madde, 6284 sayılı yasa kapsamında ev içi şiddet mağdurunun bedensel zararlarının tazmininde, genel olarak denkleştirmeye tabi tutulacak yararlar dışında, ayrıca mağdura Bakanlık tarafından sağlanan kısa süreli finansal yardımlar, acil sağlık hizmetleri, barınma yardımlarının denkleştirilmesi açısından da önem taşımaktadır.

aaa) Genel olarak denkleştirmeye tabi yararlar açısından şiddet mağdurunun bedensel zararlarının hesaplanmasında denkleştirme yapılması:

Türk Borçlar Kanunu m. 55/1 uyarınca, şiddet mağduruna Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yapılan ve sorumluluğu doğuran olaya sebebiyet verenlere rücu edilemeyen ödemeler, bedensel zararın belirlenmesinde

Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve İsviçre Hukuku örneklerinde tazminat talep etmeye yetkili olan kişiler yönünden, bkz.: aşağıda, IV. başlık altındaki açıklamalar.

dikkate alınmayacak, denkleştirme yapılmayacaktır. Ancak, rücu edilebilen sosyal güvenlik ödemeleri için denkleştirme yapılacaktır.

İfa amacını taşımayan ödemeler de TBK.m.55/l'e göre denkleştirilemez. Üçüncü kişilerce şiddet mağduruna iyilik saikiyle yapılan ödemeler denkleştirmeye tabi değildir. Örneğin, sivil toplum örgütü olarak Uçan Süpürge Derneği tarafından şiddet mağduruna kira yardımı yapılması, tekerlekli sandalye hediye edilmesi halinde bu yardım tutarlarının denkleştirilmesi yoluna gidilmeyecektir.

Şiddet mağdurunun tedavi süresince yapmaktan kurtulduğu masraflar varsa, (işe gidip gelme-yol masrafları gibi) bu masraflar için de denkleştirme yapılacaktır.

bbb) 6284 sayılı Yasaya göre şiddet mağduruna sağlanan finansal yardımlar ve denkleştirilme:

6284 sayılı Yasanın muhtelif maddelerinde, şiddet mağduruna ivazsız olarak rehberlik/danışmanlık hizmetlerinin verilmesi; geçici maddi yardım, kreş yardımı gibi kısa süreli finansal yardım sağlanması; belirli koşullar altında şiddet mağduru genel sağlık sigortalısı sayılarak tedavi/ sağlık hizmetlerinden ücretsiz yararlandırılması düzenlenmektedir.

6284 sayılı Kanunun 3/a çerçevesinde koruma tedbiri olarak öngörülen barınma yeri sağlanmasında Uygulama Yönetmeliğinin 7. maddesine göre geçici nitelikteki barınma ve iaşe giderleri ŞÖNİM tarafından ödenmektedir. Yasanın 9/1V. Maddesi kapsamında da tedbir kararının kolluk amirince verilip uygulandığı veya korunan kişinin kollukta olduğu hallerde, kolluk birimleri tarafından korunan kişi Bakanlığın il veya ilçe müdürlüklerine ulaştırılamıyorsa, giderleri Bakanlık bütçesinin ilgili tertibinden karşılanmak üzere korunan kişiye ve beraberindekilere geçici olarak barınma imkânı sağlanmaktadır.

Kanun, şiddet mağduruna finansal yardım nitelikli iki koruma tedbirine daha yer vermiştir. Bunlardan biri diğer kanunlar kapsamında yapılacak yardımlar saklı kalmak üzere geçici maddi yardım yapılması (m.3/b); diğeri gerekli olması halinde korunan kişinin çocukları için kreş yardımı yapılmasıdır (m.3/d). Bu finansal yardımlar Bakanlık bütçesinden karşılanmaktadır.

Bakanlık tarafından sağlanan bu finansal yardımlardan kanunun 3/b maddesi kapsamında yapılan geçici maddi yardım bakımından, mali hükümlerle ilgili 17. maddenin ikinci fıkrasında bu ödeme için şiddet uygulayana

rücu edileceği belirtildiğinden[22] bu finansal yardımın denkleştirmeye tabi olması söz konusudur.

Bu maddeye göre, bu Kanuna göre geçici maddi yardım yapılmasına karar verilmesi durumunda, on altı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık net asgari ücretin otuzda birine kadar günlük ödeme yapılır. Korunan kişinin birden fazla olması halinde, ilave her bir kişi için bu tutarın yüzde yirmisi oranında ayrıca ödeme yapılır. Ancak, ödenecek tutar hiçbir şekilde belirlenen günlük ödeme tutarının bir buçuk katını geçemez. Korunan kişilere barınma yeri sağlanması halinde bu fıkrada belirtilen tutarlar yüzde elli oranında azaltılarak uygulanır (m.l7/f.l).

Bu ödemeler, Bakanlık bütçesine geçici maddi yardımlar için konulan ödenekten karşılanır. Yapılan ödemeler, şiddet uygulayandan tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde tahsil edilir. Bu şekilde tahsil edilemeyenler Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre ilgili vergi dairesi tarafından tahsil edilir (m,17/f.2, Uygulama Yönetmeliği m.42). nedensellik bağı içinde olan yarar niteliği taşımaktadır. Kamu alacağı niteliğindeki ve rücu edilmesi öngörülen geçici maddi ödeme, TBK m.55/f.l'e göre denkleştirilir.

Barınma ve iaşe gideri, kreş yardımı şeklindeki finansal yardımlar konusunda kanunda geçici ödemelerde rücu edilebilirlikte olduğu gibi bir açıklık yoktur. Bu tür finansal yardımların sosyal dayanışma düşüncesiyle devlet tarafından sağlanan sosyal yardımlar olduğu, karşılıksız yapılan bu yardımların üçüncü kişi tarafından ifa amacı olmaksızın yapılan yardım gibi değerlendirilerek denkleştirmeye tabi tutulmaması gerektiği düşüncesindeyiz.

6284 sayılı kanununun sağlık giderleriyle ilgili 19. maddesinde de, bu kanun hükümlerine göre hakkında koruyucu tedbir kararı verilenlerden genel sağlık sigortalısı olmayan ve genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi kapsamında girmeyen veya genel sağlık sigortası pirim borcu nedeniyle fiilen genel sağlık sigortasından yararlanamayan ya da diğer mevzuat hükümler gereğince tedavi yardımından yararlanma hakkı bulunmayanlar, bu hallerinin devamı süresince 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 60.maddesinin birinci fıkrası/c-1.bendi kapsamında gelir testine tabi tutulmaksızın genel sağlık sigortalısı sayılacağı (f.l) belirtilerek, hakkında koruyucu tedbir kararı verilen kişilerin tedbir süresi boyunca -ki bu süre azami altı aydır- ihtiyaç duydukları sağlık hizmetlerinin SGK tarafından finanse edilmesi, sağlık hizmetlerinden ücretsiz yararlandırılmaları amaçlanmaktadır.

[22] 6284 sayılı Kanunun "mali hükümler" ile ilgili dördüncü bölümünde yer alan 17. maddede, geçici maddi yardımın miktarı ve nasıl karşılanacağı düzenlenmektedir.

Şiddet Mağdurunun genel sağlık sigortalısı sayılması, 5510 sayılı Kanunun 63. maddesinde belirtilen sağlık hizmetlerinden[23] ücretsiz yararlanmasına imkân vermektedir.

---

[23] 5510 sayılı Kanun m.63: MADDE 63- Genel sağlık sigortalısının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlıklı kalmalarını; hastalanmaları halinde sağlıklarını kazanmalarını; iş kazası ile meslek hastalığı, hastalık ve analık sonucu tıbben gerekli görülen sağlık hizmetlerinin karşılanmasını, iş göremezlik hallerinin ortadan kaldırılmasını veya azaltılmasını temin etmek amacıyla Kurumca finansmanı sağlanacak sağlık hizmetleri şunlardır:

Kişilerin hastalanmalarına bakılmaksızın kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile insan sağlığına zararlı madde bağımlılığını önlemeye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri.

Kişilerin hastalanmaları halinde ayakta veya yatarak; hekim tarafından yapılacak muayene, hekimin göreceği lüzum üzerine teşhis için gereken klinik muayeneler, laboratuar tetkik ve tahlilleri ile diğer tanı yöntemleri, konulan teşhise dayalı olarak yapılacak tıbbî müdahale ve tedaviler, hasta takibi ve rehabilitasyon hizmetleri, organ, doku ve kök hücre nakline ve hücre tedavilerine yönelik sağlık hizmetleri, acil sağlık hizmetleri, ilgili kanunları gereğince sağlık meslek mensubu sayılanların hekimlerin kararı üzerine yapacakları tıbbî bakım ve tedaviler.

Analık sebebiyle ayakta veya yatarak; hekim tarafından yapılacak muayene, hekimin göreceği lüzum üzerine teşhis için gereken klinik muayeneler, doğum, laboratuar tetkik ve tahlilleri ile diğer tanı yöntemleri, konulan teşhise dayalı olarak yapılacak tıbbî müdahale ve tedaviler, hasta takibi, rahim tahliyesi, tıbbî sterilizasyon ve acil sağlık hizmetleri, ilgili kanunları gereğince sağlık meslek mensubu sayılanların hekimlerin kararı üzerine yapacakları tıbbî bakım ve tedaviler.

6284 sayılı Kanunun 19. maddesi ile tedbir süresince SGK kapsamında sigortalı sayılması, şiddet sonucu acil tıbbi destek/tedavi ihtiyacı nedeniyle ücretsiz tıbbi yardımdan farklıdır. Tedbir kararı uyarınca genel sağlık sigortalısı sayılan mağdur, diğer sigortalılar gibi sağlık hizmetlerinden giderleri SGK tarafından finanse edilmek üzere yararlanacaklardır. Amaç, şiddet sonucu acil tıbbi destek/tedavi ihtiyacının bu şekilde karşılanması değildir. Tedbir kararı verilmesinden önce de mağdurun hiçbir sağlık güvencesi olmasa da 2010/16 sayılı Başbakanlık Genelgesi çerçevesinde ücretsiz acil tıbbi yardım alması mümkündür. Bu yardımlar, genele, herkese yönelik yardımlardır.

(Değişik: 5754 - 17.4.2008 / m.40l Kişilerin hastalanmaları halinde ayakta veya yatarak; ağız ve diş muayenesi, diş hekiminin göreceği lüzum üzerine ağız ve diş hastalıklarının teşhisi için gereken klinik muayeneler, laboratuar tetkik ve tahlilleri ile diğer tanı yöntemleri, konulan teşhise dayalı olarak yapılacak tıbbi müdahale ve tedaviler, diş çekimi, konservatif diş tedavisi ve kanal tedavisi, hasta takibi, diş protez uygulamaları, ağız ve diş hastalıkları ile ilgili acil sağlık hizmetleri, 18 yaşını doldurmamış kişilerin ortodontik diş tedavilerinin 72 nci maddeye göre belirlenen tutarı,

Evli olmakla birlikte çocuk sahibi olmayan genel sağlık sigortalısı kadın ise kendisinin, erkek ise karısının;

Yapılan tıbbî tedavileri sonrasında normal tıbbî yöntemlerle çocuk sahibi olamadığının ve ancak yardımcı üreme yöntemi ile çocuk sahibi olabileceğinin Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları sağlık kurulları tarafından tıbben mümkün görülmesi,

23 yaşından büyük, 39 yaşından küçük olması,

Son üç yıl içinde diğer tedavi yöntemlerinden sonuç alınamamış olduğunun Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları sağlık kurulları tarafından belgelenmesi,

Uygulamanın yapıldığı tıbbî merkezin Kurum ile sözleşme yapmış olması,

Herhangi bir şiddet eylemi ile bağlantılı olmaksızın da Acil Sağlık Hizmetlerinin Sunumu İle İlgili 2010/16 Sayılı Başbakanlık Genelgesinde[24], ani gelişen hastalık, kaza, yaralanma ve benzeri durumlarda olayın meydana gelmesini takip eden ilk 24 saat içinde tıbbi müdahale gerektiren haller ile ivedilikle tıbbi müdahale yapılmadığında veya başka bir sağlık kuruluşuna nakli halinde hayatın ve/veya sağlık bütünlüğünün kaybedilme riskinin doğacağı kabul edilen acil durumlarda sağlanan sağlık hizmetleri acil sağlık hizmeti olarak kabul edilmekte; acil sağlık hizmeti vermekle yükümlü kamu ve özel tüm sağlık kuruluşları, durumu bu tanıma uyan hastaların sağlık güvencesi olup olmadığına veya ödeme gücü bulunup bulunmadığına veya tedavi masraflarının nasıl karşılanacağına bakmaksızın acil hastaları kabul edecek ve gerekli tıbbi tedaviyi yapacakları belirtilmektedir[25]. Genelge çerçe-

---

En az beş yıldır genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olunan kişi olup, 900 gün genel sağlık sigortası prim gün sayısının olması,

şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde en fazla iki deneme ile sınırlı olmak üzere yardımcı üreme yöntemi tedavileri ile bir hastalığın tedavisinin başka tıbbî bir yöntemle mümkün olmaması ve Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları sağlık kurulları tarafından tıbben zorunlu görülmesi halinde yardımcı üreme yöntemi tedavileri.

Yukarıdaki bentler gereğince sağlanacak sağlık hizmetleriyle ilgili teşhis ve tedavileri için gerekli olabilecek kan ve kan ürünleri, kemik iliği, aşı, ilaç, ortez, protez, tıbbî araç ve gereç, kişi kullanımına mahsus tıbbî cihaz, tıbbî sarf, iyileştirici nitelikteki tıbbî sarf malzemelerinin sağlanması, takılması, garanti süresi sonrası bakımı, onarılması ve yenilenmesi hizmetleri.

(Değişik 2. fıkra: 5754 - 17.4.2008 / m.40) Kurum, finansmanı sağlanacak sağlık hizmetlerinin teşhis ve tedavi yöntemleri ile (f) bendinde belirtilen sağlık hizmetlerinin türlerini, miktarlarını ve kullanım sürelerini, ödeme usul ve esaslarını Sağlık Bakanlığının görüşünü alarak belirlemeye yetkilidir. Kurum, bu amaçla komisyonlar kurabilir, ulusal ve uluslararası tüzel kişilerle işbirliği yapabilir. Komisyonların çalışma usul ve esasları Maliye Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Kurumca belirlenir.

60 ıncı maddede sayılan genel sağlık sigortalısı sayılma şartlarının yitirilmesi halinde, devam etmekte olan tedavi nedeniyle sağlanacak sağlık hizmetleri kişinin iyileşmesine kadar sürer.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar, Sağlık Bakanlığının görüşü üzerine Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

[24] Resmi Gazete Tarihi: 10 Ağustos 2010, Sayı: 27668

[25] Bu Genelgede, herhangi bir sağlık güvencesi olmayan kişilerin sağlık hizmeti bedelini ödeme gücü bulunmadığını belirtenlerden bu konuda yazılı beyan alınarak acil sağlık hizmeti bedeli talep edilmeyeceği, bunlardan;

Kamuya ait sağlık kuruluşlarından veya ayakta teşhis ve tedavi yapan özel sağlık kuruluşlarından acil sağlık hizmeti alanların hizmet bedelleri, bu hizmet sunucuları tarafından 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu hükümleri çerçevesinde sağlık kuruluşunun bulunduğu yerdeki sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakfından talep edileceği,

Özel hastanelerden acil sağlık hizmeti alanların ise, öncelikle 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanununun 32 nci maddesi çerçevesinde ücretsiz kontenjandan yararlandırılacağı, bu kontenjanı aşan durumlarda hizmet sunucusu tarafından, Hususi Hastaneler Kanununun 32 nci, 5393 sayılı Belediye Kanununun 38 inci ve 60 ıncı, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi

vesinde herhangi bir sağlık güvencesi olmayan kişiler için sağlanan acil sağlık hizmetinin bedeli, sosyal dayanışma ve yardımlaşma vakfı ya da ilgili belediye tarafından hizmet sunucusuna ödenecektir.

5510 sayılı Kanunu m.76/f.6'da (Değişik 6. fıkra: 5754 - 17.4.2008 / m.46) "*Genel sağlık sigortalısına ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilere kastı veya suç sayılır bir hareketi veya ilgili Kanun'larla verilmiş bir görevi yapmaması ya da ihmali nedeniyle Kurumun sağlık hizmeti sağlamasına veya bu kişilerin tedavi süresinin uzamasına sebep olduğu mahkeme kararıyla tespit edilen üçüncü kişilere, Kurumun yaptığı sağlık hizmeti giderlerinin tazmin ettirileceği*" düzenlenmektedir. Bu sağlık giderleri bakımından da kurumun rücu etmesi söz konusu olduğundan, SGK kapsamında sağlık ve acil tıbbi yardımın finansal bedeli zararın denkleştirilmesinde dikkate alınacaktır.

Şiddet mağduruna 3294 sayılı Sosyal dayanışma ve Yardımlaşmayı Teşvik Fonu Kanunu[26] uyarınca 2. ve 3. maddeler çerçevesinde aylık bağlanması halinde bu aylıkların da denkleştirmeye tabi olmaması gerekir.

cc) Bedensel zarara ilişkin hükmün değiştirilebilmesi (TBK m.75)

TBK m.75'e göre bedensel zararın kapsamı karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hakim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir. Buna göre, şiddet mağdurunun çalışma gücü kaybını karar verirken tam olarak belirlemek mümkün değilse, hakim kararı gözden geçirme yetkisini saklı tutacak, şiddet mağduru da bu sayede ilerde yeni bir dava açarak çalışma gücündeki kayıp sebebiyle hükmedilen tazminatta değişiklik yapılmasını sağlayabilecektir.

dd) Şiddet Mağdurunun Tazminat Avansı İsteyebilmesi

TBK.m.76'ya göre zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir. Davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir;

Kanununun 18 inci maddeleri gereğince sağlık kuruluşunun bulunduğu yerin belediyesinden ödeme talebinde bulunulacağı belirtilmektedir.

Genelgeye göre, herhangi bir sağlık güvencesi ve ödeme gücü bulunmayan acil hastaların sağlık hizmet bedelinin ödenmesi talebi kendilerine ulaşan ilgili belediye veya sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakfı, öncelikle yukarıda belirlenen esaslara göre ilgili kişinin ödeme gücünün bulunup bulunmadığını araştıracak ve ödeme gücü bulunmadığı tespit edilenlerin acil sağlık hizmeti bedellerini ilgili sağlık kuruluşuna ödeyecektir. Bu amaçla belediyelerce ve sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarınca gerekli tedbirler alınacaktır, ödeme gücü bulunduğu tespit edilenler için ise keyfiyet ilgili sağlık kuruluşuna bildirilecek ve hizmeti alan tarafından ödemenin yapılması sağlanacaktır.

[26] RG 14.06.1986 sayı: 19134.

tazminata hükmedilmezse hâkim, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine karar verir.

Özellikle ekonomik durumu geçici ödemeyi gerektiren şiddet mağdurunun bu hükümden yararlanmasıyla, açtığı tazminat davasının uzun sürme riskinden korunması mümkün olacaktır.

Şiddet Uygulayanın Kusuru

Alman Şiddet Yasasında açıkça bir kimsenin başkasının beden bütünlüğü, sağlık ve özgürlüğünü kasıtlı ve hukuka aykırı fiille ihlal etmesi halinde yasanın öngördüğü tedbirlere başvurulacağı belirtilmektedir.

6284 sayılı Yasa ile yürürlükten kaldırılan 4320 sayılı Yasada, tedbirlerin alınacağı kişi olarak "*eş*" belirtirken, şiddet uygulayan, uyguladığı şüphesi olan veya uyguladığı iddia edilen eş ifadesi kullanmak yerine, doğrudan kusurlu eş ifadesi kullanılmıştı (Mülga 4320 sayılı Kanun m. 1). Böyle bir ifadenin kullanılması öğretide çok eleştirilmişti. 6284 sayılı Yasada artık kusurdan söz edilmeksizin şiddet uygulayan, uygulama tehlikesi olan terimleri kullanılmıştır. 6284 sayılı Yasanın amacının, şiddeti önlemek ve şiddete maruz kalan bireylere acilen şiddetten koruma sağlamak olduğu dikkate alınırsa, önleyici-koruyucu tedbirler açısından kusurdan söz etmenin gerekli olmadığı anlaşılır. Kişiliğin dışa karşı korunmasında da, objektif olarak haksız bir saldırının varlığı yeterli olup, ayrıca saldırganın kusurlu olması aranmaz.

Ancak, 6284 sayılı Kanunun uygulanması açısından şiddet uygulayanın kusurlu olması aranmasa da, bu kanunda şiddet olarak nitelenen fiilleri işleyen kişinin haksız fiil hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi açısından kusurlu olması önemlidir.

Alkol, uyuşturucu madde kullanılması nedeniyle ayırtım gücü geçici olarak kaybedilmişse, bu sırada işlenen şiddet fiili hukuki sorumluluk doğurur (TBK.m.59).

Ayırtım gücünden sürekli olarak yoksun olan kişinin şiddet uygulaması ihtimalinde, 6284 sayılı Yasanın öngördüğü koruma-önleme tedbirlerinden uygun olanına karar verilmesine bir engel yoktur. Ayrıca, bu gibi hallerde şiddet uygulayan kusurlu olmasa da TBK.m.65 çerçevesinde şiddet mağdurunun bedensel zararından sorumlu tutulabilir. Fakat Yasanın amacı özellikle akıl hastalığı, akıl zayıflığı, ayyaşlık, uyuşturucu madde bağımlılığı gibi ayırtım gücünün sürekli kaybına neden olan durumlarda bu kişilerden gelebilecek şiddete karşı koruma ve şiddeti önleme değildir. Tam tersine, böyle bir hal söz konusu olmaksızın şiddete başvurulmasına karşın koruma ve önleme amacı güdülmektedir.

Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, ayyaşlık, uyuşturucu madde bağımlılığı gibi sebeplerle sürekli olarak ayırtım gücünden yoksun olan kişilerin yarattığı zarar verme tehlikesine karşı, Türk Medeni Kanununun kısıtlama, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin düzenlemeleri ile sorunun çözümlenmesi mümkündür.

6284 sayılı Yasanın kapsamına aldığı şiddet türlerine bakıldığında, şiddet uygulayanın kastı veya kusuru önceki yasadan farklı olarak artık yasada belirtilmemektedir. Fakat haksız fiil sorumluluğu açısından 6284 sayılı yasanın kapsadığı şiddet fiilleri ayırtım gücüne sahip olan kişiler tarafından işlendiğinde, uygulanan şiddetin doğası, şiddet uygulayanın kusurlu olmasını gerektirir. Bağırma, aşağılama, fiziksel şiddet uygulama konusunda tehdit etme, manevi olarak eziyet ve işkence etme, aşırı kıskançlık gösterme, akrabalarıyla ve sevdiği kişilerle görüşmesini engelleme gibi psikolojik şiddet eylemlerinde ihmal düzeyinde değil, kast düzeyinde kusur vardır. Keza, çalışma, giyinme, davranış özgürlüğünün kısıtlanmasında, evlenme özgürlüğünün kısıtlanmasında, sırf kadın olduğu için mağdurun davranışlarının kontrol altında tutulmasında, ekonomik varlığına el konularak tasarruf etmesinin engellenmesinde, yurt dışına kaçmasını engellemek için kimlik, pasaport gibi önemli belgelerinin alınıp saklanarak verilmemesinde, şiddet eylemi ani gelişen ve zararlı sonucunu hemen doğuran bir eylem değildir, devamlılık gösteren ve şiddet uygulayanın bilinçli hareket etmesini -doğası gereği içinde barındıran- eylemdir ve şiddet uygulayanın kast biçimindeki kusuruna dayanır. Zaten bu nedenle 6284 sayılı Kanunun 2/a maddesinde bu kanunun uygulanmasında dikkate alınması gereken İstanbul Sözleşmesinde, taraf devletlerden iç hukuk düzenlemelerinde fiziksel, cinsel, psikolojik şiddet, ısrarlı takip şeklindeki şiddet eylemlerinin kasıtlı suçlar olarak düzenlenmesi istenilmekte, taraf devletlere, bu sözleşmede "*suç*" olarak nitelenen şiddet eylemlerinde mağdurun zararının tazmin ve telafi edilmesi konusunda gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü getirilmektedir[27].

Şiddet uygulayanın haksız fiil hükümlerine göre mağdurun bedensel zararlarından sorumluluğu bakımından, kusurunun doğrudan kast biçiminde olması gerekmez. Dolaylı kast da yeterlidir. Burada, zararlı sonuç istenilmese de bunun bilinmesi yeter.

Haksız fiil sorumluluğunda failin kusurun her derecesinden sorumlu tutulması mümkündür. Bu anlamda, hafif ihmal dahi haksız fiil sorumluluğunun doğması için yeterlidir. Fakat 6284 sayılı yasanın şiddet olarak

[27] İstanbul Sözleşmesi m.33'de düzenlenen psikolojik şiddet için: Açıklayıcı kitapçık, Nr.179-181; m.34'de düzenlenen ısrarlı takip için: Açıklayıcı kitapçık, Nr.184; m.35'te düzenlenen fiziksel şiddet için: Açıklayıcı Kitapçık, Nr.187-188; m.36'da düzenlenen tecavüz de dahil cinsel taciz için: Açıklayıcı Kitapçık, Nr.189.

tanımladığı bir şiddet eyleminin ihmalli bir davranışla gerçekleştirilmesi de çoğu zaman şiddet kavramıyla bağdaşmayacaktır. Örneğin, ilgisiz davranma, ihmal etme, sevgi göstermeme, dışlama biçimindeki duygusal şiddette, bu tür davranış genel olarak kişinin karakteri gereği sergilediği bir davranışsa, zaten şiddet şeklinde algılanamaz. Fakat bu tür davranışlarla, mağduru kendi istediği biçimde hareket etmeye zorlamak, bu yolla mağdur üzerinde manevi baskı kurma amacı güdülüyorsa, yani sevgi, baskı aracı olarak kullanılıyorsa o zaman şiddet teşkil eden bir davranıştan söz edilebilecektir. Örneğin, ergin olmayan bir çocuğun para kazanmaya zorlanması, çalışmadığında evde yemek verilmemesi, sevgi gösterilmemesi, horlanmasında; kadının görüşmek istemediği kayınvalidesiyle görüşmesini sağlamak için küsülmesi ve yatağın ayrılması, sevgi gösterilmemesi, eve harçlık bırakılmaması, kendisini değersiz hissetmesinin sağlanması böyledir.

Tazminatta İndirim Sebepleri

Türk Borçlar Kanununun 52. maddesinde, zarar görenin rızası, zarar görenin müterafik kusuru halinde tazminatın indirilebileceği veya tamamen kaldırılabileceği belirtilirken, tazminat yükümlüsünün hafif kusuru ve tam tazminat ödediğinde yoksulluğa düşecek olması ve hakkaniyetin gerektirmesi halinde tazminatta indirim yapılabileceği hükme bağlanmaktadır.

Bedensel zarar ve destekten yoksun kalma zararlarının belirlenmesiyle ilgili TBK.m.55'te ise, hesaplanan tazminatın miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesiyle artırılamayacağı ya da azaltılamayacağı ifade edilmektedir.

Tazminat, mağdura zarar verici eylemin gerçekleşmesinden önceki malvarlığı durumunu sağlamaya, bu amaçla malvarlığı durumu arasındaki farkın telafi edilmesine yönelik olduğundan, tazminatın üst sınırını, zarar olarak kabul ettiğimiz, malvarlığı durumları arasındaki fark oluşturur. Amaç, mağdurun malvarlığını zarar verici eylemden öncesine göre daha iyi duruma getirmek değildir ve hakkaniyet düşüncesi ile de esasen zarar miktarını aşan bir miktara hükmedilemez.

Burada asıl üzerinde durulması gereken konu, ev içi şiddet bakımından "*rıza*" ve "*müterafik kusur*" dur.

Ev içi şiddetin karakteristik unsurunun, ailede veya aile gibi bir arada yaşayan kişiler arasındaki sıkı kişisel-duygusal yakınlık olduğu dikkate alınırsa, şiddete katlanma, uzun süre bir arada yaşama, ilişkileri birden koparmak istememe, dışlanma veya ayıplanma korkusu ile şiddete karşı koyamama, şiddete razı olma ya da zarara uğramada, zararın artmasında ortak kusur olarak değerlendirilmemelidir. Fakat, örneğin mağdurun sözel şiddet uygulaması ve

ardından fiziksel şiddetle karşılaşması durumunda hal ve şartlar çerçevesinde müterafik kusur olgusundan söz edilebilir.

Sorumluların Birden Fazla Olması

Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, TBK. m.61'e göre haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.

Ev içi şiddette, şiddet fiilinin birden fazla kişinin birleşerek işlenmesinde örneğin, ailenin istemediği şekilde bir genç kızın karşıt cinsten biriyle arkadaşlık kurması nedeniyle dövme, yaralama, eve hapsetme, okula göndermeme, aç bırakma yoluyla genç kızı yola getirmek isteyen aile bireylerinin birlikte fail olarak değerlendirilmesi mümkündür. Bu şiddet eylemlerinin uygulanmasında kimin hangi rolle hareket ettiği önemsizdir. Birden fazla sorumlunun ayrı ayrı hasız fiil olarak nitelenebilecek şiddet eylemi ile bölünemeyen, tek bir zarar doğmuşsa yine bu maddeye göre müteselsil sorumluluk doğacaktır. Örneğin kız kardeşini babasına söylemekle tehdit eden erkek kardeş ile babanın genç kızı odaya hapsetmesi eylemleri ayrı ayrı bağımsız kusurla işlenmiş şiddet eylemleridir. Sonuçta genç kızın bu baskı nedeniyle ruhsal sağlığının bozulması, depresyona girmesi biçiminde meydana gelen bedensel zarardan, her ikisi de müteselsilen sorumlu tutulacaktır.

Sorumluluk Koşullarının Gerçekleştiğini Şiddet Mağdurunun İspat Etmesi Zorunluluğu

Türk Borçlar Kanunu m.50'ye göre zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Haksız fiil sorumluluğunun unsurlarından zarar ve kusur unsurları yönünden yasada ispat yükü açıkça zarar gören üzerinde bırakılmıştır. Öte yandan, maddede ifade edilmese de, zarar verenin eyleminin hukuka aykırılığını, nedensellik bağını da zarar gören ispatlayacaktır. Kısacası, sorumluluk şartlarının gerçekleştiğinin ispatı, zarar görene bırakılmıştır.

Aile içi şiddete uğrayanın haksız fiil hükümlerine başvurarak tazminat talep etmesinde belki de en ağır olan, şiddet mağdurunun tazminat davasında faille karşı karşıya gelmesi ve onun kusurunu, zararını ispat zorunda kalmasıdır.

B. ŞİDDET MAĞDURUNUN BEDENSEL ZARARINDAN DEVLETİN SORUMLULUĞU

1982 tarihli Anayasanın 40/III ve 129/V. maddelerinde devlet ve kamu idarelerinin çalıştırdıkları memur ve diğer kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken üçüncü kişilere haksız eylem ve işlemle verdikleri zarardan devletin sorumluluğu düzenlemektedir. Anayasa m.40/lll'e göre, "*Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar, kanuna*

göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır." Anayasanın 129. maddesinin beşinci fıkrasında ise "Memurlar ve diğer kamu görevlileri yetkilerini kullanırken işledikler kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir" hükmüne yer verilmiştir[28].

Şiddeti önleme, Şiddete Karşı Korumada İhmal Nedeniyle Devletin Sorumluluğu

6284 sayılı Yasada, şiddetin önlenmesi ve şiddete karşı koruma amacıyla örnekseyici olarak alınacak tedbirlerin bir kısmı mülki amirin bir kısmı ise hâkimin yetkisindedir. Bu tedbir kararlarının verilmesi için ilgili kişi dışında Bakanlık, kolluk görevlileri, Cumhuriyet savcısı da başvuruda bulunabilir; kolluk güçleri tedbir kararının verilmesinin yanında, uygulama safhasında da önemli görev ve yetkilerle donatılmıştır. Bakanlık tarafından kurulan şiddeti önleme ve izleme merkezleri (ŞÖNİM) de şiddet mağdurlarına önemli destek hizmetleri vermekle görevli ve yetkilidir.

Uygulamada, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi olanın kolluk güçlerine başvurularında yeterli duyarlılığın gösterilmediği ve herhangi bir önlem alınmaksızın mağdurun tekrar evine geri gönderildiği, daha sonra da cinayetlerin işlendiği; savcılığa yapılan başvuruların neticesiz kaldığı, kısaca, devletin şiddete karşı mağduru koruyamadığı, neredeyse sıradan karşılanır hale gelen kadın cinayetlerine ilişkin haberlerden anlaşılmaktadır. Bu gibi durumlarda örneğin, başvuruyu ciddiye almayan ya da tedbir kararına uyulup uyulmadığını izlemede ihmal gösteren kolluk görevlisinin kusuru nedeniyle doğrudan devletin sorumluluğuna gidilmesi mümkündür[29].

---

[28] Eren, s.Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12.baskı, İstanbul 2010, s.588 vd.

[29] OPUZ-TÜRKİYE Davası kararından: "*...195. Ayrıca, Hükümet'in aile içi şiddete maruz kalan kadınlar için çare teşkil ettiğini kaydettiği 4320 sayılı Kanun'un uygulanmasında ciddi sorunlarla karşılaşıldığı anlaşılmaktadır. Yukarıda kaydedilen kuruluşların gerçekleştirdiği araştırma, polis karakollarına aile içi şiddet şikayetinde bulunulduğunda, polis memurlarının şikayetleri soruşturmadığı ancak mağdurların eve dönmeleri ve şikayetlerini geri almaları için arabuluculuk görevi üstlendiklerini göstermektedir. Bu bağlamda, polis memurları sorunu, "müdahale edemeyecekleri bir aile meselesi*" olarak görmektedir (bkz. paragraflar 92,96 ve 102).

196. Ayrıca, söz konusu raporlardan, mahkemelerin şikâyetleri boşanma davası şeklinde ele almaları ve bu sebeple, acil olarak değerlendirmemeleri nedeniyle 4320 sayılı Kanun uyarınca karara varmada makul olmayan gecikmelerin görüldüğü anlaşılmaktadır. Polis memurlarının negatif tutumları göz önüne alındığında saldırganlar hususunda karar verilirken de gecikmeler sıklıkla görülmektedir (bkz. 91-93, 95 ve 101). Ayrıca, mahkemelerin gelenek, görenek veya şerefe dayalı cezaları hafifletmeleri nedeniyle aile içi şiddet suçu işleyen kişilerin caydırıcı cezalar almadıkları anlaşılmaktadır (bkz. Paragrafla)r 103 ve 106)." http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/data/Opuz - Türkiye Karari AIHM.pdf (erişim:03.02.2013

Nitekim, OPUZ-TÜRKİYE davası örneğinde olduğu gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurularda devlet olarak Türkiye tazminata mahkum edilmektedir. OPUZ-Türkiye davasında , Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı Nahide Opuz'un İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin ("*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - AİHS*") 34. maddesi uyarınca yapılan 33401/02 numaralı başvuru sonucunda mahkemenin mahkumiyet kararı vermesinin gerekçelerinden biri, 4320 sayılı Kanun uyarınca şiddet konusunda durumun ciddiyetiyle bağdaşan tedbirlerin alınmamış olmasıdır[30]. Davada Mahkeme, Yetkili makamların başvuranı eski kocasının uyguladığı aile içi şiddete karşı korumamasına ilişkin olarak AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine ve başvuran lehine maddi ve manevi tazminata hükmetmiştir.

Şiddeti Önleme, Şiddete Karşı Koruma Konusunda Devlet Görevlilerinin Şiddet Uygulaması Nedeniyle Devletin Sorumluluğu

Şiddeti önleme ve şiddete karşı koruma konusunda 6284 sayılı Kanun ile görevli olan devlet görevlileri, kolluk güçleri ve diğer yetkililerin korunma için başvuran şiddet mağduruna şiddet uygulamaktan kaçınmaları gerekir. Özellikle başvurana psikolojik şiddet anlamına gelebilecek davranışlarda bulunulması muhtemel olup, böyle bir durumda da şiddet mağdurunun doğrudan devletin sorumluluğuna başvurması mümkün olacaktır.

[30] Bkz.: OPUZ-TÜRKİYE davası, "...148. Ayrıca, devletin yaşamı tehlikede olan bir bireyi korumaya yönelik önleyici tedbirler almasına ilişkin pozitif yükümlülüğü ışığında, sicilinde şiddet eylemleri olan bir şüpheliyle karşı karşıya olan yerel makamların, başvuranın annesini korumak amacıyla durumun ciddiyetiyle bağdaşan özel tedbirler almaları beklenebilirdi. Bu amaçla, savcı ya da sulh ceza hâkimi, kendi inisiyatifiyle 4320 no.'lu Kanun'un 1. ve 2. Bölümleri'nde yer alan koruyucu tedbirlerden bir ya da birkaçının alınması talimatını verebilirdi. H.O.'nun başvuranın annesiyle görüşmesini, iletişim kurmasını, ya da ona yaklaşmasını engelleyici ya da belirli bölgelere girmesini yasaklayıcı bir ihtiyati tedbir kararı da alabilirlerdi (bu bağlamda bkz. Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı Rec (2002) 5). Ancak bunun aksine, başvuranın annesinin sürekli korunma taleplerine karşın, polis ve sulh ceza mahkemesi, H.O.'nun yalnızca ifadesini almış ve kendisini serbest bırakmıştır. Yetkililerin, ifade almak dışında, yaklaşık iki hafta boyunca pasif kaldığı süre zarfında, H.O. başvuranın annesini öldürmüştür 153. Ayrıca, AİHM, bu davada uygulandığı üzere, ceza hukuku sisteminin, H.O.'nun işlediği kanunsuz eylemlerin etkili bir biçimde önlenmesini sağlayacak yeterli caydırıcı etkiyi haiz olmadığı kanısına varmıştır. Mevzuattan kaynaklanan engeller ve hâlihazırda var olan yolların kullanılmaması, mevcut yargı sisteminin caydırıcı etkisini ve AİHS'nin 2. maddesinde muhafaza edildiği üzere, başvuranın annesinin yaşama hakkının ihlal edilmesini önlemede sahip olması gereken önleyici etkiyi sabote etmiştir. AİHM, bu bağlamda, durum dikkatlerine sunulduğu andan itibaren, yerel makamların, bir saldırganın, mağdurun bedensel bütünlüğüne tehdit yöneltme olasılığını önleyebilecek yeterli tedbirleri alamamasına ilişkin olarak, mağdurun tutumunu dayanak olarak alamayacaklarını tekrarlar (bkz. yukarıda anılan Osman - İngiltere). Dolayısıyla, AİHS'nin 2. maddesi ihlal edilmiştir."

KADINLARA YÖNELİK ŞİDDET VE EV İÇİ ŞİDDETİN ÖNLENMESİ VE BUNLARLA MÜCADELEYE DAİR İSTANBUL SÖZLEŞMESİ

Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi, Türkiye'nin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Dönem Başkanlığı Döneminde İstanbul'da imzaya açılmış ve ilk imzalayan Türkiye olmuştur. Sözleşmenin onaylanması TBMM'de uygun bulunarak hukukumuz açısından bağlayıcılık kazanmıştır[31].

Sözleşme, uluslararası alanda kadına yönelik ve aile içi şiddetle ilgili ilk bağlayıcı belgedir. Sözleşmenin amacı, kadınları şiddetin her türüne, aile içi şiddete karşı korumak, kadına yönelik ve aile içi şiddetin önlenmek, şiddet mağdurlarını koruyup desteklemek, faillerin cezalandırılmasını, mağdurların zararlarının tazmin edilmesini sağlamak, bu amaçla taraf devletler arasında kapsamlı işbirliği geliştirmektir(m.l). Sözleşmenin şiddete karşı asıl korumak istediği, kadınlardır (m.2/1). Fakat, taraf devletler, sözleşmenin tüm ev içi şiddet mağdurlarını kapsayacak şekilde uygulanması konusunda teşvik edilmektedir (m.2/11).

ŞİDDETİN ÖNLENMESİ VE ŞİDDETE KARŞI KORUMADA, ŞİDDET MAĞDURUNUN ZARARIN TAZMİN EDİLMESİNDE DEVLETİN ÖZEN BORCU

Sözleşme ile taraf devletler, kadınlara karşı şiddet uygulamaktan kaçınmak, devlet yetkililerinin, kurum ve kuruluşlarının, devlet adına hareket eden şahısların bu yükümlülüğe uygun davranmalarını temin etmeyi taahhüt etmekte, bu sözleşmenin uygulama alanı çerçevesinde, devlet adına hareket etmeyen kişilerce (sivil kişilerce) sözleşme kapsamındaki şiddet eylemlerinin işlenmesini önlemek, kovuşturmak, cezalandırmak, tazminat hükümlerinin yerine getirilmesine azami dikkat ve özeni göstermekle yükümlü tutulmuşlardır (m.5/1,II).

"*Devletin Yükümlülükleri ve Özen Borcu*" başlığı altında 5.maddede öngörülen yükümlülükler, bir taraftan devlet polis, cezaevi görevlileri, göçmen bürolarında görevli olanlar gibi kamu otoritesini temsil eden görevlilerin kadınlara karşı şiddet anlamına gelen fiillerden kaçınmalarını sağlama, diğer taraftan da devlet otoritesini temsil eden bu gibi kişiler dışında kalan kişilerce şiddet uygulanması halinde gereken işlemlerin yapılmasında özenli davranmakla yükümlü tutulmaktadır. Her iki halde de özen yükümlülüğünün ihlal edilmesinin, devletin sorumluluğuna yol açması öngörülmektedir.

[31] 11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul'da imzalanan ve 24 Kasım'da TBMM Genel Kurul'unda onaylanan, "6251 Sayılı Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye ilişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" 29 Kasım 2011 tarihli ve 28127 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Devletin özen yükümlülüğü çerçevesinde, devletin şiddeti önleme, araştırma, cezalandırma, tazmin etme gibi konularda özenli davranmaması, şiddet mağdurlarının insan haklarının ihlali olarak değerlendirilmektedir.

Sözleşmenin 5. maddesinin ikinci fıkrasında şiddet mağdurunun zararlarının tazmin edilmesini sağlama konusunda özen borcu ne şekilde anlaşılacaktır? Bu konuda, sözleşmenin zarar ve tazminatla ilgili 30. maddesinin 2. fıkrasındaki koşullarda, mağdurun zararının devlet tarafından giderilmesinde özenli davranma kastedilmektedir[32]. Bu konuda özen borcunun ihlalinin anlamı, aşağıda belirtilecektir.

SÖZLEŞMENİN ŞİDDET MAĞDURUNUN ZARARI VE TAZMİN EDİLMESİYLE İLGİLİ HÜKÜMLERİ

Diğer Avrupa Konseyi sözleşmelerinde olduğu gibi, maddi hukuk hükümlerinin şiddetle mücadelede başvurulacak araçların vazgeçilmez bir parçasını oluşturduğu düşüncesinden hareketle, sözleşmenin maddi hukuk başlığını taşıyan beşinci bölümünde mağdurun zararının tazmin edilmesiyle ilgili hükümlere yer verilmiştir.

Bu bölüm, taraf devletlere mağdurların adalete erişimleri ve tazminat almaları için çeşitli medeni hukuk yollarını açık tutma yükümlülüğü getirmektedir. Bu bölümdeki düzenlemelerin amacı, şiddet mağdurlarının öncelikle şiddet uygulayan kişilere karşı medeni hukuk yollarıyla zararlarının giderilmesi için başvuru yollarını sağlamaktır. Bunun yanında, şiddet mağdurunun, önleyici ve koruyucu önlemleri almada özenli davranma borcunu yerine getirmeyen resmi merciler, devlet görevlilerinin sorumlu tutabilmesine ilişkin önlemlerin alınması amaçlanmaktadır. Beşinci bölümde, ceza gerektiren bir dizi suç belirtilmekte ve iç hukukta yapılacak uyumlulaştırmayla çeşitli yollarla suça karşı ulusal ve uluslararası düzeylerde harekete geçilmesi kolaylaştırılmak istenilmektedir.

Devlet Görevlilerinin Şiddeti Önleme Şiddete Karşı Koruma Önlemlerini Almada Özenli Davranmama Nedeniyle Özel Hukuk Kurallarına Göre Sorumlu Tutulabilmeleri

Sözleşmenin 29. maddesinde, "*Hukuk davaları ve hukuk (başvuru) yolları*" kenar başlığı altında,

"1- Taraflar, mağdurun faile karşı özel hukuka ilişkin elverişli hukuki yollarla donatılmalarını sağlamak için gerekli yasal veya diğer tedbirleri alırlar.

[32] Bkz.: Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev içi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi SözleşmesiAçıklayıcı Kitapçık, m.5, Nr.60(Türkçe'ye çeviri: Metin Çulhaoğlu) http://www.ihop.org.tr (erişim: 05.02.2013)

Taraflar, uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak, yetki ve yükümlülükleri çerçevesinde gerekli önleyici ve koruyucu tedbirleri almayan devlet yetkililerine karşı mağdurun özel hukuka ilişkin uygun taleplerle donatılmalarını sağlamak için gereken yasal veya diğer tedbirleri alırlar." denilmektedir.

Bu maddenin 1.fıkrasında, Sözleşme kapsamındaki herhangi bir şiddet fiilinin mağdurlarının faile karşı önleyici-koruyucu tedbirlerle donatılmaları amaçlanmaktadır. Bu çerçevede taraf devlete, koruyucu-önleyici önlemler ihtiva eden iç hukuk düzenlemeleri yaparak, hukuki veya diğer tedbirler alma yükümlülüğü getirilmektedir. Bu çerçevede örneğin şiddet uygulayanın mağdurun evine, işyerine, bulunduğu çevreye yaklaşmasının yasaklanması, evin mağdura tahsis edilmesi, mağdurla iletişim kurmaması gibi, belli bir davranışı yasaklama veya belli bir davranışta bulunmaktan kaçınma; zorla evlendirilmek istenen kişinin pasaportunu zorlama amacıyla elinde tutan babanın pasaportu teslim etmesi gibi mahkeme kararlarıyla şiddeti önleme veya şiddetten korunması konusunda hukuki-idari veya diğer tedbirler alınacaktır.

Maddenin 1.fıkrasında mağdurlara fail karşısında koruma sağlanması düzenlenirken, 2. fıkrasında ise gerekli önleyici ve koruyucu önlemleri alma görevini yerine getiremeyen Devlet yetkilileri karşısında hukuk yollarına başvurma imkânlarının sağlanması amaçlanmaktadır.

Sözleşme'nin 5. maddesine göre Sözleşme kapsamında yer alan şiddet fiillerini önleme, araştırma ve cezalandırma yükümlülüğü altında olan resmi yetkililerin özen sorumluluğu burada bir kez daha yinelenmektedir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi hukuksal sorumluluk doğurabilir ve medeni hukukun da bu eksikliğe karşı tazmin yolları sağlaması gerekir. Bunların arasında, diğerlerinin yanı sıra, ihmal ve ağır ihmal durumlarında uğranılan zarara karşı özel hukuka ilişkin araçlarla tazminat talep edilmesi yer almaktadır. Resmi mercilerin bu alandaki sorumluluğunun sınırlarını belirleme yetkisi taraf devletlere bırakılmıştır: Taraf devletler kendi iç hukuk düzenlemeleriyle hangi özensiz/ihmalli davranışın sorumluluk doğuracağını kendileri belirleyecektir[33].

Failin Verdiği Zararlardan Devletin Mağdura Karşı Sorumluluğu

Sözleşmenin "*Tazminat*" başlıklı 30. maddesinde ise,

"Taraflar mağdurların bu Sözleşmede suç olarak tanımlanan bütün fiilleri kapsayacak şekilde, faillerden tazminat talep etme hakkına sahip olmasını temin etmek üzere gerekli hukuki veya diğer tedbirleri alırlar.

[33] MOROĞLU s.14.

Zararın fail, sigorta veya devlet tarafından finanse edilen sağlık ve sosyal yardım hizmetleri gibi başka bir tarafça tazmin edilmemesi halinde, ağır bedensel zarara uğrayanların veya sağlığı bozulanların zararlarının devlet tarafından karşılanması sağlanır. Bu durum, mağdurun güvenliğini gerektiği gibi göz önünde bulundurulmak kaydıyla, devletin ödediği tazminat için faile rücu etmesine engel oluşturmaz.

İkinci fıkra uyarınca alınacak tedbirler, tazminatın makul bir süre içinde verilmesini teminat altına almalıdır." hükmü yer almaktadır.

Tazminatın Sözleşmede Suç Olarak Tanımlanan Şiddetten Kaynaklanan Zararları Kapsaması:

Bu maddede, Sözleşme'de suç olarak tanımlanan eylemlerden kaynaklanan zararın tazmin edilmesi öngörülmektedir. Bu sözleşme kapsamında suç olarak nitelenen eylemler, 33-41.maddelerde belirtilmiştir. Bunlar, psikolojik şiddet (m.33); taciz amaçlı takip (tek taraflı takip, musallat olma) m.34); fiziksel şiddet(m.35); tecavüz dâhil, cinsel şiddet (m.36); zorla evlilik (m.37); kadın sünneti m.38); çocuk düşürtme ve kısırlaştırma (m.39); cinsel taciz (m.40); belirtilen bu suçlara yardım ve yataklık etme veya yeltenmedir (m.41)[34].

Suç Olarak Tanımlanan Şiddetten Kaynaklanan Zararlarda Asıl Sorumlu Olarak Failin Sorumluluğu İlkesi:

Sözleşmenin 29/1 maddesine göre mağdurun zararını giderme ve telafi yükümlülüğü ilke olarak failin üzerindedir. Fail dışında, şiddet mağdurunun zararından özel sigorta, devletin sağlık ve sosyal yardım hizmetlerini veren kurum ya da kuruluşlar da sorumlu olabilir. Eğer zarar fail veya diğer sorumlular tarafından tazmin edilmez ya da edilemezse, devletin sorumluluğu da doğabilir: Sözleşme bu noktada, devlet için ikinci derecede (tali) bir sorumluluk öngörmektedir (Sözleşme, m.30/11).

Sözleşmenin suç olarak nitelediği şiddet eylemlerinden dolayı devletin zarardan sorumlu olacağı zararlar, ağır bedensel zararlar ve sağlık zararlarıdır. Sözleşme, beden bütünlüğünün ve ruhsal sağlığın ağır ihlali sonucu doğan zararların maddi zararla sınırlı olduğuna dair bir açıklık içermemektedir. Ancak sözleşme taraf devletlere şiddet mağduru lehine daha elverişli düzenlemeler yapma, devletçe ödenecek tazminat için alt-üst sınır getirme yetkisini tanımakta ve taraf devletlerin şiddet suçu mağdurlarının zararlarının tazmini

[34] Sözleşmenin 33.-41. Maddelerinde suç olarak nitelenen fiillerden yalnızca ciddi fiziksel şiddet (madde 35), tecavüz dâhil cinsel şiddet (madde 36), zorla evlendirme (madde 37), kadınlarda genital mutilasyon (madde 38 alt paragraf), ve zorla düşük yaptırma ve zorla kısırlaştırma (madde 39 eylemleri için taraf devletlere iç hukuk düzenlemeleriyle suç sayılarak düzenleme konusunda yükümlülük getirilmektedir.

ile ilgili Avrupa Konseyi Sözleşmesi (ETS no:116) kapsamındaki yükümlülüklerinin saklı tutulmaktadır[35].

Tazminat Yükümlüsü Olarak Devletin Tazminat Avansı Vermesi:

Şiddet eyleminden ağır bedensel veya ruhsal zarar gören mağdurun sorumlulara karşı açtığı davanın sonucunu bekleyemeyecek durumda olması, acilen yardıma ihtiyacı olması mümkündür. Sözleşmenin 30.maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme ile bu gibi hallerde geçiş dönemine özgü bir devlet katkısı sağlanması da amaçlanmıştır. Sözleşme, böyle durumlarda taraf devletlerin, tazminatın devlet veya yetkili merci tarafından üstlenilmesini sağlayacak düzenlemeler yapmalarına imkân vermektedir. Mağdurun diğer sorumlulara başvurmadan önce tazminat avansı da dâhil devletin yetkili merciine başvurmasını sağlayacak bir sistem kurulması da m.30/11 kapsamında olduğu belirtilmektedir. Böylece devletin, mağdurun zararının daha sonra fail veya diğer sorumlulardan karşılanması durumunda, daha önce sağladığı tazminatın tamamını veya bir bölümünü mağdurdan geri isteyebilmesi ya da ödediği tazminat için diğer sorumlulara rücu edebilmesi söz konusu olacaktır. Bunun için, taraf devletlerin Şiddet Suçu Mağdurlarının Zararlarının Tazminine Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 5 ve 6. maddelerinde belirtildiği gibi devlet tazminat sistemleri oluşturabileceklerine de dikkat çekilmektedir[36].

Devletin Faile Rücu hakkının kısıtlanması:

Sözleşmede nihai olarak zararın fail tarafından tazmin edilmesi amaçlandığından devletin tazmin yükümlülüğü ilke olarak ikinci derecede yükümlülük olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle devlet, mağdura ödediği tazminat tutarında faile rücu edebilir. Fakat devletin rücu hakkı, mağdurun güvenliğinin tehlikeye düşmemesine bağlı tutulmak istenmiştir, devlet, mağdurun güvenliğinin tehlikeye düşmediği sürece faile rücu edebilir. Mağdurun güvenliği bakımından devlet, tazminat için faile rücu ederek onu tazminat ödemeye zorlayıcı önlemleri alırken, bu önlemlerin mağdurun güvenliği açısından yol açabileceği sonuçları dikkate almalıdır. Özellikle, failin devlete tazminat ödemek zorunda kalması nedeniyle mağdurdan intikam almak istemesi halinde mağdurun güvenliği tehlikeye düşecektir. İşte bu gibi hallerde devlet ya yeni şiddet fiillerine karşı mağduru etkin önlemlerle koruyacak ya da gerekirse rücu hakkını kullanmama yoluna gidecektir.

Çekince Konulabilmesi:

Sözleşme'nin 78. maddesinin ikinci fıkrasında, mağdurun zararından devletin sorumluluğu ile ilgili 30. maddenin ikinci fıkrasına taraf devletlerin

[35] Açıklayıcı Kitapçık, Nr.166,171
[36] Açıklayıcı Kitapçık, Nr. 170

çekince koyabilmesi öngörülmektedir. Ancak taraf devlet çekice koyarken, Şiddet Suçu Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi gibi, bu alandaki diğer uluslararası belgelerde yer alan yükümlülükleri saklı kalmak üzere çekince koymalıdır[37].

Türkiye, sözleşmenin hiçbir maddesine çekince koymamıştır.

ŞİDDET SUÇU MAĞDURLARININ ZARARLARININ TAZMİN EDİLMESİNE DAİR AVRUPA KONSEYİ SÖZLEŞMESİ[38]

24 Kasım 1983 tarihli Şiddet Suçu Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, 2011 İstanbul Sözleşmesinin tazminat konusunda atıfta bulunduğu sözleşmedir. Bu Sözleşme, kasıtlı şiddet eylemi sonucunda beden bütünlüğünün ihlali ve sağlığın bozulması nedeniyle zarar gören suç mağdurlarının ve ölümü halinde bakım hakkı olan yakınlarının uğradıkları zararların tazmin edilmesini düzenlemektedir. Sözleşmenin temelinde, devletin egemenlik alanında bireylerin güvenliğini sağlama yükümlülüğü olması ve bir devletin egemenlik alanında işlenen suçlarda failin bilinememesi, tazminat borcunu yerine getirecek mali imkânlardan yoksun olması halinde devletin zararı üstlenmesinin adalet ve sosyal dayanışma gereği olduğu düşüncesi mevcuttur.

Bu Sözleşme hâlihazırda Avrupa Birliğine üye ülkelerin çoğu tarafından imzalanmış ve iç hukukta da sözleşmede öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla yasal düzenlemeler de yapılmıştır. Fakat Birliğe üye ülkelerin iç hukuk düzenlemelerinin birbirinden farklı olması, suç mağdurlarına asgari standartları belirlenmiş bir koruma sağlanması amacıyla Topluluk Hukuku düzeyinde de çalışma yapılmasına, "*Suç Mağdurlarının Zararlarının Tazmini Hakkında 29.04.2004 Tarihli Avrupa Birliği Konseyi Yönergesi*"nin (RL 2004/80 EG[39], [40] çıkarılmasına neden olmuştur.

---

[37] Açıklayıcı Kitapçık, Nr.171.

[38] Europaeischen Übereinkommen über die Entschaedigung für Opfer von Gewalttaten, 24 Kasım 1983 (BGBl.1996 II S.1120) SEV 116 Yürürlük tarihi: 1.3.1997. (http://beck-online.beck.de/ Erişim: 07.03.2013)

[39] ABI. Nr. L 261 S.15, Celex-Nr.3 2004 L0080 Kaynak: http://www.beck-online.de (erişim:06.03.2013). Yönerge, 26.08.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

[40] 29.04.2004 tarihli Yönerge, topluluk içinde gerçek kişilerin üye ülkelerde serbest dolaşım hakkının doğal sonucu olarak kişilerin beden bütünlüğü ve yaşam haklarının, gittikleri devlet vatandaşları ve o devlette oturan kişiler gibi korunmasının temin edilmesi gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Avrupa Birliği Direktifi, topluluk içinde suç nerede işlenmiş olursa olsun, kasıtlı şiddet suçu mağdurlarının, uğradıkları zararlar için uygun ve adil bir tazminat isteyebilmelerini sağlamak, suç mağdurlarının korunmasına ilişkin asgari standartları oluşturmak amacı gütmektedir. Direktifte, sınır ötesi olaylarda suç mağdurlarının tazminat taleplerini kolaylıkla ileri sürmeleri için işbirliği sistemi oluşturulması, bu sistemin üye devletlerin kendi egemenlik alanlarında kasıtlı olarak işlenen şiddet suçlarında mağdurun zararının tazmin edilmesine ilişkin düzenlemelerine dayanması öngörülmektedir.

1983 tarihli Sözleşme, Türkiye tarafından da imzalanmıştır[41] ancak henüz uygun bulma kanunu çıkarılmamıştır. Türkiye, iç hukukta yasal düzenleme yaparak bu sözleşme ile üstlendiği yükümlüğü yerine getirmek üzere bir yasa tasarısı hazırlamıştır. Ancak bu tasarı henüz yasalaşmamıştır.

1983 tarihli Sözleşme, 6284 sayılı Kanunun hazırlanmasında dayanak olan İstanbul Sözleşmesi'nin de zarar ve tazminat konusunda atıfta bulunduğu Sözleşme olduğundan ve 6284 sayılı Yasanın uygulanmasında 2/a maddesi gereği dikkate alınması gerektiğinden, şiddet mağdurlarının bedensel zararlarının tazmin edilmesi konusunda önemlidir. Bu nedenle, aşağıda Sözleşmenin ana hatlarıyla ele alınması uygun görülmüştür.

SÖZLEŞMENİN KİŞİ BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI

Mağdur (Tazminat Talep Etmeye Yetkili Kişi)

Sözleşmenin kişi bakımından uygulama alanına, doğrudan kasıtlı bir şiddet suçuna maruz kalan kişi (Mağdur) ve doğrudan kasıtlı şiddet suçuna maruz kalanın ölümü halinde, bakmakla yükümlü olduğu kişiler (yakınları) girmektedir(m.2/l,a,b). Dolayısıyla, bu sözleşme kapsamında mağdur, anılan kişileri kapsamaktadır[42].

Direktifin çıkarılış sebepleri arasında, çoğunlukla failin kimliğinin tespit edilememesi, fail hakkında takibatta bulunulamaması ya da zararı tazmin edecek mali güçten yoksun olması gibi sebeplerle çoğu kez şiddet suçu mağdurlarının failden tazminat elde edememeleri sayılmaktadır.

Suçun, mağdurun ikamet ettiği üye ülkeden başka bir üye ülkede işlendiği hallerde zararın tazmin edilmesini kolaylaştırılması için üye devletlerin yetkili makamları arasında kurulması amaçlanan işbirliği sisteminin, suç mağdurunun ikamet ettiği üye devlette her zaman bir yetkili makama başvurabilmesini teminat altına alması, mağdurun karşılaştığı fiili sorunları ve lisan problemini kolaylıkla aşılabilmesini sağlaması, suç mağdurunun tazminat başvurusu için bilgi edinmesini sağlayacak duruma getirmesi, yetkili makamların etkili işbirliğini mümkün kılan kuralları kapsaması amaçlanmaktadır.

Yönerge, üç bölümden oluşmaktadır.

Birinci Bölümde, sınır ötesi olaylarda tazminata erişim; ikinci bölümde üye devletlerin tazminatla ilgili düzenlemeleri, üçüncü bölümde uygulama esasları düzenlenmektedir.

[41] Sözleşme metni için: http://www.avrupakonsevi.org.tr/anlasma/aasl87o.htm /23.03.2013)

[42] Sözleşmenin 2. maddesi şöyledir:

"Madde 2: Uygulama alanı

(1) Şayet zarar, tüm kapsamıyla başka kaynaklardan elde edilemiyorsa, devlet,

Doğrudan kasıtlı bir şiddet eylemi sonucunda ağır bedensel zarara uğrayan veya sağlığı bozulan kişinin,

Doğrudan kasıtlı şiddet eylemine maruz kalanın ölümü halinde, bakmakla yükümlü olduğu geride bıraktığı kişilerin zararlarını gidermekle yükümlüdür.

(2) Failin takip edilememesi ya da cezalandırılmaması halinde de 1. fıkraya göre tazminat sağlanır."

Tazminatla Yükümlü Olan Devlet:

Sözleşmenin 3. maddesine göre, kasıtlı şiddet suçu hangi devletin egemenlik alanında işlenmişse, o devlet mağdurun zararını gidermekle yükümlüdür. Mağdurun, suçun işlendiği yerde egemen olan devletin vatandaşı olması zorunlu değildir. Suçun işlendiği yerde sürekli olarak oturan fakat o devletin vatandaşı olmayıp, sözleşme tarafı başka bir devletin vatandaşı olanlar veya Avrupa Birliğine üye tüm devletlerin vatandaşlarına karşı da oturdukları yerde egemen olan devletin tazminat sorumluluğu olduğu kabul edilmiştir (m.3)[43].

Daimi olarak suçun işlendiği yerde oturan

Bu sözleşmenin tarafları olan devletlerin vatandaşlarının,

Avrupa Birliğine üye tüm üye devletlerin vatandaşlarının,

DEVLETİN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI, KAPSAMI, SINIRLARI, TAZMİNATTA İNDİRİM SEBEPLERİ

Devletin tazminat sorumluluğu, mağdurun zararının "*tüm kapsamıyla*" başka kaynaklardan elde edilememesi ya da failin takip edilememesi ya da cezalandırılmaması halinde doğmaktadır (m.2/1, II).

Sözleşmenin 4. maddesinde[44], devletin tazminat sorumluluğu kapsamındaki zararlar sınırlayıcı olmaksızın, kazanç kaybı, cenaze masrafları, bakım alacaklılarının yoksun kaldıkları bakım zararları olarak belirtilmektedir.

Sözleşmenin 5. maddesine göre, zararın tazmin edilmesinde gerekirse münferit bir zarar kalemine ilişkin olarak, gerekirse toplam zarar tutarı için tazminata bir üst sınır konulması ya da tazmini gereken zarar için bir alt sınır konularak, alt sınırın altında kalan tutardan devletin sorumlu olmayacağının öngörülmesi mümkündür[45].

---

[43] Sözleşmenin 3. maddesi şu şekildedir:

"Madde 3:Tazminat yükümlüsü

Tazminat, hangi devletin egemenlik alanına giren yerde işlenmişse, o devlet tarafından sağlanır."

[44] Madde 4: Zarar kalemleri

Durumun özelliklerine göre tazminat en azından kazanç kayıplarını, tedavi-hastane masraflarını, cenaze masraflarını, bakım alacaklılarının yoksun kaldıkları bakım masraflarını kapsar.

[45] Madde 5: Zararın sınırları

Zararın tazmin edilmesine ilişkin kural, gerektiğinde tazmini gereken zarar türlerinin her biri için veya toplam zarar için bir üst sınır koyarak sınırlayabilir ya da alt sınır öngörülerek alt sınır altında kalan zararların tazmin edilmemesini öngörebilir.

Devletin sorumlu olduğu tazminatta[46],

Talepte bulunanın ekonomik durumu (m.7),

oturdukları yerde egemen olan devlet tarafından tazminat sağlanır."

Mağdurun veya talepte bulunanın müterafik kusuru suç eyleminin işlendiği sıradaki veya daha sonraki davranışları ya da sebep olunan zararlara ilişkin davranışları (m.8/1),

Mağdur veya talepte bulunan organize suça karışmış olmaları ya da bir şiddet suçunu işleyen örgüt mensubu olmaları (m.8/11),

Zararın tamamen veya kısmen tazmin edilmesinin hakkaniyete aykırı düşmesi veya kamu düzenine aykırı düşmesi (m.8/lll) hallerinde, indirim yapılması ya da tazminata hükmedilmemesi mümkündür.

Zararın iki kez tazmin edilmesini önlemek için devlet veya yetkili makamlar, failden, sosyal güvenlik veya başka bir sigortadan elde edilen ya da bunlar dışında başka kaynaklardan doğan tüm miktarları -ödenecek tazminat tutarından - indirebilir ya da tazminat alandan geri isteyebilir (m.9). Devletin veya tazminatın ödenmesinde yetkili makamın, ödediği tazminat tutarında tazminat alacaklısının haklarına halef olacağı da kabul edilmiş, devletin faile halef sıfatıyla rücu edebilmesi, nihai olarak sorumluluğun tazminat yükümlüsü fail üzerinde bırakılması öngörülmüştür.

Sözleşmede, devletin tazmin yükümlülüğüne ilişkin iç hukuk düzenlemelerinde, belli bir süre konularak, bu süre içinde tazminat talebinin ileri sürülmesinin öngörülebileceği, böylelikle zaman bakımından sorumluluğun sınırlandırılması yoluna gidilebileceği öngörülmüştür (m.6).

Sözleşmede, taraflar tazminat talebinde bulunmaya yetkili olarak kabul edilebilecek kişiler için iç hukukun, zararın devlet tarafından tazmin edilmesine ilişkin düzenlemeler konusunda aydınlatılmalarını temin etmek amacıyla gerekli tedbirleri alacakları hükme bağlanmaktadır(m.ll).

V. MUKAYESELİ HUKUKTA ŞİDDET SUÇU MAĞDURLARININ ZARARLARININ TAZMİNİ KONUSUNDA İSVİÇRE ÖRNEĞİ, EV İÇİ

[46] Madde 7: Tazminatın indirilmesi

Talepte bulunanın ekonomik durumuna göre tazminat miktarı indirilebilir veya tazminata hükmedilmeyebilir. Madde 8: Mağdurun Davranışları Mağdurun veya talepte bulunanın suç eyleminin işlendiği sıradaki veya daha sonraki davranışları ya da sebep olunan zararlara ilişkin davranışları nedeniyle tazminat indirilebilir veya tazminata hükmedilmeyebilir.

Mağdur veya talepte bulunan organize suça karışmışlarsa ya da bir şiddet suçunu işleyen örgüt mensubu ise, tazminat indirilebilir ya da tazminata hükmedilmeyebilir.

Zararın tamamen veya kısmen tazmini hakkaniyete aykırı düşüyorsa veya kamu düzenine aykırı düşüyorsa, tazminat indirilebilir ya da tazminata hükmedilmeyebilir.

ŞİDDET MAĞDURLARININ BEDENSEL ZARARLARININ TAZMİNİ KONUSUNDA YASADAN YARARLANMA İMKANI

Avrupa ülkelerinin çoğunda olduğu gibi, İsviçre'de de şiddet suçu mağdurlarının zararlarının tazmini konusunda özel yasal düzenlemeler yapılmıştır[47]. İsviçre Hukukunda, "*Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Federal Kanun*" (Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten), 23 Mart 2007 tarihinde Federal Meclis'te kabul edilerek 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir[48].

İsviçre Federal Anayasası'nın 123 ve 124.maddelerine dayanılarak ve 9 Kasım 2005 tarihli Federal Konsey'in bildirisindeki görüşlere (Botschaft des Budesrat), hazırlanan Federal Yasa, üç ana bölümden oluşmaktadır[49].

Yasanın birinci bölümünde, genel hükümlere yer verilmiştir. Bu bölümde yer alan 1. maddede, "*Temel İlkeler*" başlığı altında,

" Bir suç nedeniyle fiziksel, psikolojik (ruhsal), cinsel bütünlüğü doğrudan doğruya saldırıya uğrayan herkes (mağdur), bu kanuna göre yardım talep etme hakkına sahiptir.

Mağdurun eşi, çocukları, anne ve babası ve yakınları da yardım talep etme hakkına sahiptir.

Yardım talep etme hakkı,

Fail hakkında tahkikat yapılmış olup olmamasına,

Failin kusurlu davranmış olup olmasına,

Kast veya ihmalli hareket etmesine

bağlı olmaksızın mevcuttur."

---

[47] Örneğin Almanya'da " Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten" (Şiddet Suçu Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine Dair Yasa) için bkz.: http://beckonline.beck.de/Default.aspx?words=Opferentsch%C3%A4digungsgesetz&btsearch.x=42&filter=&meinbeckonline.x=OEG Opferentschädigungsgesetz Verkündungsstand: 06.02.2013 in Kraft ab: Bund (Opferentschädigungsgesetz - OEG)ln der Fassung der Bekanntmachung vom 7. Januar 1985[1]

(BGBl. I S. 1). Yasa, yer bakımından kapsamına giren yerlerde, kasıtlı, hukuka aykırı saldırıya uğrayan veya kendisine ya da başkasına yönelik kasıtlı, hukuka aykırı saldırıyı bertaraf etmek için haklı savunmada bulunan kişinin, saldırı ya da savunmada bulunduğu sırada sağlığının zarar görmesi halinde sağlığının bozulması ve finansal sonuçları için Federal Sosyal Yardım Yasasına göre yardım yapılmasını düzenlemektedir.

[48] AS 2008 1607, SR-Nummer 312.5 http://www.seco.admin.ch/dokumentation/01278/index.html?lang=de (erişim:03.03.2013) İsviçre'de bu konuda yasanın ilk hali geçirdiği aşamalar için: Dominik Zehnter, Opferhilfegesetz, 3.Auflage 2009, Staempflis Handkommentar (Herausgeber: Peter Gomm, Dominik Zehnter), Einleitung, Nr.l vd. http://www.swislex.de erişim: 7.3.2013.

[49] Bu yasada daha sonra da değişiklikler yapılmış olup, 1 Ocak 2011 tarihinden itibaren bu değişiklikler de yürürlüktedir. Kanun, önceki yasanın köklü biçimde revize edilmiş halidir.

Yasanın 2. maddesinde, "*yardım türleri*" başlığı altında, mağdur yardımının,

Danışma ve acil yardım

Danışma Merkezlerinin uzun süreli yardımları

Bakım masrafı katkısı

Maddi tazminat

Manevi tazminat

Mahkeme masraflarından muafiyeti kapsadığı belirtilmektedir.

İsviçre Yasasında da, suç mağdurlarına devlet yardımında talilik ilkesi esas alınmıştır (m.4). Mağdura yardım, mağdura karşı sorumlu olan fail veya diğer bir kişi veya kurumun yükümlülüklerini hiç ya da yeterince yerine getirmemelerine bağlıdır. Özel hal ve şartlara göre mağdurun fail veya diğer sorumlulara başvurmasının beklenememesi halinde mağdur, üçüncü kişinin uzun süreli bakımına ihtiyaç nedeniyle bakım masraflarına katkıda bulunulması, maddi-manevi tazminat konusunda devlet yardımını isteyebilir, bu durumda yardım talebinde bulunanın, failin ya da diğer sorumluların yükümlülüklerini hiç veya yeterince yerine getiremeyecek olduğuna dair inandırıcı kanıtlar getirmesi şartı aranmaktadır (m.4/ll)[50]

Yasanın 5. maddesinde, mağdura veya yakınlarına danışma, acil yardım ve yardım merkezlerinin sağladığı uzun süreli yardımların karşılıksız olduğu belirtilmektedir. Uzun süreli yardım veya maddi tazminat taleplerinde yardım miktarının saptanmasında mağdur veya yardım talep etmeye yetkili yakınlarının gelir durumları dikkate alınmaktadır[51]. Manevi tazminat talebi ise, talepte bulunmaya yetkili olanın gelirinden bağımsız olarak değerlendirilmektedir.

---

[50] Burada olağan ispat düzeyinde bir ispat yükünün aranamaz, ancak yalnızca üçüncü kişinin ödeme yapmadığını iddia etmek de yeterli olmaz. Daha çok, mağdur veya yakınlarından, sadece ret kararı veya en azından üçüncü kişiden bu edimi elde edebilmek için girişilen çabaların ispatı beklenmektedir. Yetkili makamın kendiliğinden hal ve şartları araştırma ödevi söz konusu olduğunda, bu yönde bir işbirliği yükümlülüğü mevcuttur. Ancak, her halükarda, -bazı ülkelerde olduğu gibi-yardımın sağlanması bir ceza davasının açılmasına ya da kovuşturma başlatılmasına bağlı değildir. Failin başka bir ülkede oturması, onunla ilgili bilginin ya da görüşün gecikmesinde olduğu gibi mağdurun ispat konusunda fiili güçlükler yaşaması da mümkündür. Kanun açıkça, somut olaydaki hal ve şartların özelliğinden, mağdurdan üçüncü kişiyi takip etmesinin beklenemeyeceği hallerde, mağdurum işbirliği yapma yükümlülüğünün bulunmadığı da belirtilmiştir: Bu açıklamalar için: Peter Gomm Art 4 OHG.

[51] m.6: Gelir ve diğer ödemelerin dikkate alınması

Uzun süreli yardım ve tazminat (maddi) talebinin mevcudiyeti, mağdurun veya yakınlarının hesaplanabilen gelirlerinin, "*ölüm, yaşlılık ve maluliyet sigortalarında ilave yardımlar hakkında Federal Kanun*"un temel yaşam ihtiyaçlarına ilişkin 10/1,a maddesine belirlenen tutarın 4 katını aşmamasına bağlıdır. Talebe yetkili olan kişinin hesaplanabilir gelirleri,ELG (ölüm, yaşlılık

Bu yasa çerçevesinde sağlanan yardım ölçüsünde, mağdurun faile karşı sahip olduğu hak yardımı sağlayan kantona intikal etmektedir. Suç mağduru veya yakınlarının sahip oldukları hakların yardım sağlayan kantona kanunen intikali ve kantonun halef sıfatıyla sorumlu/sorumlulara rücu hakkı, üçüncü kişinin talebinden veya hak sahibinin bakiye taleplerinden önceliklidir (m.7). Rücu hakkına sahip olan Kanton, mağdurun veya yakınlarının korunmaya değer menfaatleri varsa veya failin yeniden entegrasyonunu tehlikeye atacaksa, bu talepleri ileri sürmekten feragat etmektedir.

Yasa, suçtan mağdur olan veya yakınlarının bu kanuna göre sahip oldukları hakları bilmeleri ve kullanmalarının mümkün kılınması için, geniş kapsamlı aydınlatma, bilgilendirme yükümlülüğü öngörmektedir. Aydınlatma yükümlülüğü, suçu kovuşturmaya yetkili olanlar, kolluk güçleri için getirilmiş olup, kovuşturmaya yetkili olanlar, kolluk güçlerinin mağduru yardım hakkında aydınlatma, bilgilendirme ve belirli koşullar altında mağdurun isim ve adresinin danışma merkezine bildirmekle yükümlüdür. İsviçre'de ikamet eden fakat yurt dışında işlenen bir suçtan mağdur olan kişiler yönünden İsviçre temsilcilikleri veya konsolosluk da bilgilendirme ve mağdurun kabulü halinde onun isim ve adresini danışma merkezine göndermekle yükümlü tutulmuştur. Bilgilendirme yükümlülüğü yalnızca mağdura karşı değildir, yasanın bilgilendirme yükümlülüğü ile ilgili 8. maddesi mağdurun yakınları hakkında da kıyasen uygulanır.

Yasanın ikinci bölümünde, kantonların çeşitli mağdur kategorilerine göre, uzmanlaşmış, bağımsız, kamusal veya özel yardım merkezlerinin hizmet vermesini sağlamaları, ortaklaşa danışma merkezleri kurma ve işletmeleri, bu danışma merkezlerinin çalışma usulü (m.9-11)[52]; Merkezler tarafından sağ-

ve maluliyet sigortalarında ilave yardımlar hakkında Federal Kanun) m.ll'e göre hesaplanır. Ölçü, suç eyleminden sonra beklenen gelirlerdir.

[52] m.10: Dosya (inceleme) yetkisi

Danışma merkezleri ceza kovuşturmasına ilişkin dosya ve mağdur veya yakınlarının katıldığı dava dosyası hakkında mağdurun veya yakınlarının rızası ile inceleme yetkisine sahiptir.

Usul Hukuku kurallarına göre, zarar görene karşı da dosya hakkında bilgi vermekten kaçınmanın caiz olduğu hallerde, danışma merkezine dosya hakkında bilgi vermekten kaçınılmalıdır, m.11: Susma yükümlülüğü

Danışma merkezinde çalışan kişiler, görevleri sırasında öğrendikleri bilgileri özel ya da resmi kimseyle paylaşmamak, susmakla yükümlüdürler. Susma yükümlülüğü, çalışma İlişkisinin sona ermesinden sonra da devam eder. Bu konuda, 5 Eylül 2007 tarihli düzenlemeye göre tanıklık yapma yükümlülüğü saklıdır.

Susma yükümlülüğü, danışan kişinin rızası üzerine ortadan kalkar.

Ergin olmayan mağdurun veya ayırtım gücünden yoksun bir kimsenin bedensel, ruhsal ve cinsel bütünlüğü ciddi biçimde tehlikeye düşerse, danışma merkezi vesayet makamlarını bilgilendirir ya da kovuşturmaya yetkili makamlara ihbarda bulunabilir.

lanacak yardım ve katkılar (m.12)[53], merkezlerin sağlayacağı yardım çeşitleri (m.13); yardımın kapsamı (m.14) gibi hususlar düzenlenmektedir.

Bu bağlamda;

Danışma merkezleri mağdur ve yakınlarına suç eyleminin sonucu ortaya çıkan acil ihtiyaçları için maddi yardımda bulunur (13/f.l), mağdura ve yakınlarına, sağlıkları düzelinceye ve suç eyleminin diğer sonuçları mümkün olduğunca bertaraf edilinceye kadar gerekli olan hallerde ilave maddi katkı sağlarlar (m.l3/f.2). Mağdur veya yakınlarına hemen ödenmesi gereken maddi katkı acil yardım, sağlıklarının düzelmesi, iyileşmeleri ve suçun diğer olumsuz sonuçlarının bertaraf edilmesine kadar sağlanan maddi yardım uzun süreli yardım olarak nitelendirilmektedir. Yardım, suç sonucunda yapılması gerekli olan tıbbi, psikolojik, sosyal, maddi ve hukuki yardımları kapsar. Danışma merkezleri gereken hallerde mağdur ve yakınlarına barınma imkânı sağlar(m,14)[54]. Yardım talep etmeye yetkili olanın başvuru hakkı suçun işlendiği tarihten itibaren belli bir süreyle sınırlandırılmamıştır, yer bakımından hangi yardım merkezine başvurulacağı konusunda bir kısıtlama yoktur. Hak sahibi, tercihine göre dilediği yerdeki merkeze başvurabilir. Merkez, başvuruları makul süre içinde sonuçlandırmakla yükümlüdür(m.l5)[55]. Şayet hak sahibi suç sonucunda üçüncü kişinin bakımına ihtiyaç duyuyorsa, merkez bakım masrafı için de katkıda bulunur. Bakım masrafının ölçüsü de yasada belirtilmiştir[56].

Susma yükümlülüğünü ihlal eden üç yıla kadar özgürlüğü bağlayıcı cezaya veya para cezasına çarptırılır.

[53] 2. Alt Bölüm:

Danışma merkezlerinin sağlayacağı yardımlar ve masraf katkısı m.12: Danışma

Danışma merkezleri mağdura ve yakınlarına danışma hizmeti verir ve haklarını anlamaları, öğrenmelerini destekler.

Yasanın m.8/2 veya 3. fıkralarına göre bir bildirim alırlarsa mağdur ve yakınlarıyla iletişim kurar.

[54] m.14 Yardımın kapsamı

Yardım,

Yurt dışında ikamet eden, İsviçre'de suç mağduru olan kişi, ayrıca, ikametgâhının bulunduğu yerde tedavi masraflarına katkıda bulunulmasını isteyebilir.

[55] m.15 Danışma merkezlerine erişim

Kantonlar, mağdur ve yakınlarının uygun süre içinde acil yardım elde etmelerini sağlarlar.

Danışma merkezlerinin yardımları suçun işlendiği tarihten bağımsız olarak talep edilebilir.

Mağdur ve yakınları, tercih ettikleri bir danışma merkezine başvurabilirler.

[56] m.16 3. kişinin uzun süreli yardımı için masraf katkısı (Bakım masrafı katkısı)

Üçüncü kişinin uzun süreli yardımı (bakım ihtiyacı) için gerekil masraflar,

Mağdurun zararının tazmin edilmesi yasanın 3. bölümünde düzenlenmektedir. Bu bölümde, mağdurun ve yakınlarının, ölüm veya beden bütünlüğünün ihlali nedeniyle uğradıkları maddi-manevi zararların kanton tarafından tazmin edilmesinin usul ve şartları düzenlenmiştir.

Burada dikkati çeken, maddi-manevi tazminat talebinde yasanın İsviçre Borçlar Kanununun ilgili hükümlerine yollama yapmış olmasıdır: 19. maddeye göre,

"Mağdur ve yakınları, ölüm veya saldırı (Beeintraechtigung) sonucunda uğradıkları zararın tazmin edilmesini isteme hakkına sahiptir.

Zarar, ölüm halinde İBK.m. 45'e göre, beden bütünlüğünün ihlali halinde İBK.m. 46'ya göre saptanır. 3. ve 4. fıkra hükümleri saklıdır.

Eşyaya ilişkin zararlar ve acil yardım veya uzun süreli yardım kapsamında 13. maddeye göre giderilebilecek zararlar dikkate alınmaz.

Ev işlerinin görülememesi nedeniyle doğan zararlar ve bakım masrafları, şayet bunlar ilave masrafla ya da çalışma gücünde (Ervverbstaetigkeit) azalmaya yol açıyorsa dikkate alınır."

Böylelikle, Yasa bu madde ile kanton tarafından tazmin edilmesi gereken zararın kapsamını tamamen İsviçre Borçlar Kanunundaki temellere dayandırmıştır. Beden bütünlüğünün ihlali sonucu uğranılan maddi zarar ve kapsamı, manevi zarar, tamamen Borçlar Kanunundaki düzenlemeler çerçevesinde belirlenecektir. Fakat, bu madde ile İsviçre Borçlar Kanununa yapılan atıf, sadece zarar ve kapsamına ilişkindir, haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsuru olan "*kusur*" şartından bağımsız olarak (m.l), kanton zararı giderim yükümlülüğü altındadır.

Hak sahibinin gelir durumuna göre zararının tümüyle veya kısmen tazmin edilmesi mümkündür. Üçüncü kişinin ödediği tazminat miktarı, kanton tarafından ödenecek tutardan mahsup edilir. Ayrıca, maddi tazminatta asgari ve azami sınırlar konularak, kantonun sorumluluğu miktar bakımından sınırlandırılmıştır (m.20)[57]. Tazminat talep etmeye yetkili olanın

---

Şayet m.6/1,2. Fıkra anlamında geliri temel ihtiyaçlar için ölçü alınan miktarın iki katını aşmıyorsa tamamen, Bunun iki katı ile dört katı arasında ise kısmen karşılanır.

[57] m.20: (Festsetzung) Belirlenmesi kişiden tazminat olarak elde edilen miktar, tazminat miktarının belirlenmesinde mahsup edilir.

Tazminata,

Talepte bulunmaya yetkili olanın 6.maddenin 1. ve 2. fıkraları anlamında hesaplanabilen gelirlerinin, temel yaşam ihtiyaçları için ölçü olan miktarı aşmadığı takdirde zararının tamamını giderecek miktarda;

Bu miktarın bir katı ila dört katı arasındaysa kısmen karşılayacak miktarda hükmolunur.

acilen finansal yardıma ihtiyacı varsa ve suçun zararlı sonuçlarını kısa sürede yeterince doğru biçimde tespit etme olanağı yoksa zarar görene geçici olarak kanton tarafından avans sağlanır[58].

Beden bütünlüğüne yönelik saldırının "*ağır*" olması durumunda mağdur ve yakınları Yasanın 22. maddesine göre manevi tazminat da talep edebilirler. Manevi tazminat talebinde İBK.m.47 ve 49 kıyasen uygulanır. Bu yasaya göre manevi tazminat talep etme hakkı, mirasçılara intikal etmez.

Manevi tazminat tutarının belirlenmesinde talepte bulunanın gelir durumuna bakılmaz. Miktarın belirlenmesinde saldırının ağırlığı getirilmiştir. Manevi tazminata da, maddi tazminatta olduğu gibi alt-üst sınırlar konulmuştur[59].

Bu bölümde müşterek hükümler alt başlığı altında, başvuru şekli (m.24), Başvuru süresi (m.25), yetkili kanton (m.26), tazminatın indirilmesi veya tazminat verilmemesi sebepleri (m.27), zarar miktarına faiz yürütülmemesi (m.28), kantonun karar verirken izleyeceği usule (m.28) ilişkin hususlara yer verilmiştir[60].

Tazminatın azami tutarı 120.000 Franktır. 500 Frankın altındaki zararlar için tazminat ödenmez.

Tazminata irat şeklinde karar verilebilir .

[58] m.21: Avans

Yetkili kanton makamı,

Şayet talep etmeye yetkili olanın acilen finansal yardıma ihtiyacı varsa,

Suç eyleminin sonuçları emniyetli şekilde kısa sürede yeterince tespit edilemezse, avans sağlar.

[59] 2. alt bölüm: Manevi zararın tazmini

m.22: Mağdur ve yakınları, saldırının ağırlığı haklı gösteriyorsa, manevi tazminat isteme hakkına sahiptir. BK.m.47 ve 49 kıyasen uygulanır.

Manevi tazminat talebi miras yoluyla intikal etmez, m.23: Belirlenmesi

Manevi tazminat miktarı saldırının ağırlığına göre tayin edilir.

Tazminat miktarının azami miktarı

mağdur için 70.000 Frank,

yakınları için 35.000 Franktır.

3. kişinin ödediği manevi tazminat miktarı, mahsup edilir.

[60] 3. Alt bölüm: Müşterek hükümler m.24 Başvuru

Maddi tazminat veya manevi tazminat ya da tazminat avansı talep etme hakkını ileri süren kişi, yetkili kanton makamına bir dilekçe ile başvurur, m.25: Süreler

Mağdur ve yakınları maddi-manevi tazminat talebini suçun işlenmesinden suçun işlendiğini öğrenmelerinden itibaren itibaren beş yıl içinde ileri sürmek zorundadır, aksi halde talepleri düşer (kaybedilir? Zamanaşımı değil.?)

VI. HUKUMUZDA SUÇ MAĞDURLARINA YARDIM HAKKINDA YASA TASARISI

Ülkemizde iç hukukumuzun 1 Şubat 1988 tarihinde yürürlüğe girmiş olan "*Şiddet Suçu Mağdurlarının Zararlarının Tazminine Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi*" uyumlaştırılması amacıyla, Bakanlar Kurulu tarafından "*Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı*" hazırlanmış ve görüşe sunulmuştur[61].

Bu Tasarı, esas itibarıyla Şiddet Suçu Mağdurlarının Zararlarının Tazminine Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi"nin içerdiği yardım merkezlerinin kurulması, bedensel zararların hızlı bir şekilde tazmin edilmesi, tazmini gereken zarar miktarının sınırlandırılabilmesi, mağdur yakınlarının da tazminat isteyebilmesi, devletin rücu hakkı gibi noktalarda Sözleşmenin gereklerini yerine getirmeyi hedeflemektedir[62]. Ancak, bir çok yönüyle karşılaştırma yapıldığında, Tasarının gerçekte "*tazminat*" değil de hukuki nitelikçe gerçekten "*sosyal yardım*"ın hedeflendiği izlenimini vermektedir. Tasarının amacı, "*suç mağdurlarına veya onun ölmesi halinde bakmakla yükümlü olduğu kişilere sosyal*

Ceza K.m.97/2, Askeri Ceza k. 55/2'de düzenlenen suçlarda; 16 yaşından küçük çocuğu öldürmeye teşebbüste mağdur 25.yaşını doldurduncaya kadar başvurabilir.

Mağdur veya yakınları bir ceza davasında sürenin dolmasından önce özel hukuka ilişkin talepler ileri sürmüşlerse, kararın kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde özel hukuka ilişkin talepler veya ceza davasının maddi ve manevi tazminat davasına dönüşmesi için dilekçe ile başvurabilirler.

m.27: Tazminatın indirilmesi veya tazminattan sarfınazar edilmesi

Mağdurun, saldırının doğmasına veya artmasına katkıda bulunursa, tazminatta indirim yapılabilir veya tazminattan sarfınazar edilebilir.

Mağdurun yakınlarının zararlarının tazmininde de, yakınları veya mağdurun davranışları saldırının yapılması veya saldırının artmasında etkili olursa, tazminatta indirim yapılabilir veya tazminattan sarfınazar edilebilir. Talepte bulunmaya yetkili olan kişi başka bir ülkede ikamet ediyorsa ve o ülkenin temel yaşam koşullarına göre manevi tazminat miktarı uygun ölçülerde değilse, tazminatta indirim yapılabilir, m.28 Faiz

Maddi- manevi tazminat miktarına faiz işletilmez, m.29 Usul

Kantonlar, basit ve hızlı usul öngörürler. Tazminat avansı talebi dilekçe üzerinde değerlendirme yapılarak kararlaştırılır.

Yetkili kanton, hal ve şartları kendiliğinden araştırır.

Kanton idareden bağımsız bir şikayet mercii oluşturur, şikayet mercii serbestçe değerlendirme yetkisine sahiptir.

[61] Tasarı metni için: http://www.kgm.adalet.eov.tr/ee/sucmaRdur.pdf (erişim: 23.03.2013)

[62] Tasarıyla ilgili ayrıntılı değerlendirme için: Fatma Karakuş, Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011 (95) s.197 vd. http://portal.ubap.ore.tr/App Themes/Dergi/2011-95-724.pdf Erişim: 04.04.2013

devlet ilkesine uygun olarak yardım sağlanması" (m.l) olarak açıklanmakla, bu izlenim güçlendirilmektedir.

Tasarının 3.maddesinde "*bakmakla yükümlü olunan kişiler*", suç nedeniyle ölenin anne babası, eşi, alt soyu, suç; "*bir kimsenin uğradığı bedensel, ruhsal ya da cinsel bütünlüğe saldırı teşkil eden tüm eylemler*", mağdur; "*kendisine karşı işlenen suç nedeniyle zarar gören veya bu suretle ekonomik kayba uğrayan kişi*", çocuk; "*daha erken yaşta ergin olsa bile suç tarihinde 18 yaşını doldurmamış kişiyi*", yardım ise "*suç nedeniyle oluşan doğrudan kazanç kaybı, bakım, tedavi, protez ve cenaze giderleri ile suç sonucu ölen kişinin bakmakla yükümlü olduğu kişilere ödenmesi gereken giderleri*" ifade etmektedir (m.3, tanımlar).

Yardımın kapsamı Tasarının 5. maddesinde bertilmektedir. Bu maddeye göre, "*yaralanan, sakatlanan veya yaşamak için gerekli hareketleri yapmaktan aciz ve hayatını başkasının yardım ve desteği ile sürdürebilecek şekilde malul olanların bakım, tedavi ve protez giderlerini, maruz kalınan suç sebebiyle çalışamamadan doğan kazanç kaybını*"

(m.5/a), "*mağdurun ölümü halinde, ölüm gerçekleşene kadar yapılan tedavi giderleri, kazanç kaybı, cenaze giderleri ve ölenin bakmakla yükümlü olduğu eşi, alt soyu, ana babasına yapılacak yardımı*" (m.5/b) kapmaktadır. Ruhsal bakımdan zarar nedeniyle yapılan tedavi masrafları da yardım kapsamına alınmıştır (m.5/11). Manevi zarar ise yardım kapsamı dışında tutulmuştur (m.5/111).

Yardım kapsamında sayılan unsurlara bakıldığında, Türk Borçlar Kanununa göre bedensel zararın kapsamı ile örtüşüyor izlenimi verse de, çok farklılık vardır: Tasarıda, İsviçre'deki düzenlemeden farklı olarak, TBK hükümlerine yollama yapmak yerine, sınırlı bedensel zarar kalemleri kapsama alınmıştır: Bakım zararı, tedavi giderleri, kazanç kaybı dışında, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kazanç kayıpları ve diğer her türlü zararın kapsama dâhil edilmediği görülmektedir. Ölüm halinde ölenin desteğinden yoksun kalanlar yerine, ölüm halinde kimlerin yardım isteyebilecekleri tek tek sayılmıştır. Bunlar dışında başka kişilerin talepte bulunmaları mümkün değildir.

Diğer taraftan, yardım miktarlarına ilişkin 7.maddede belirtilen yardım miktarları son derece düşüktür: Yardım miktarı, yaralanmada, yaralanma derecesine göre ikibinikiyüzelli Türk Lirasına kadar; sakatlanmada sakatlık derecesine göre dokuzbin Türk Lirasına kadar, bakım yardımında toplam yirmialtıbin Türk Lirasına kadar, ölenin eş, ana babası alt soyuna toplam onbeşbin Türk Lirasına kadar, ruhsal bakımdan zarar görenlere ikibinikiyüzelli Türk Lirasına kadar nakdi ödeme yapılacağı şeklinde belirtilmiştr. Bu miktar, Bakanlar Kurulu tararından %30'a kadar artırılabilir (m.7/lll)

Dikkatimizi çeken başka bir husus, yardım miktarının suçun orta çıkarılması, faile karşı ceza kovuşturması yapılması veya zararın tespiti konusunda kendisinden beklenen yardımda bulunmaması halinde özellikle de suça konu olayı gecikmeksizin soruşturma ve kovuşturma makamlarına bildirmeme halinde yardım kurulunca yardım talebinin tümüyle veya kısmen reddedilebilmesidir (m.9). Oysa mukayeseli hukukta tazminat, mağdurun böyle bir bildirim külfeti olmaksızın diğer koşullar varsa sağlanmaktadır. Diğer taraftan, böyle bir külfet altına sokmanın da ötesinde devletin rücu hakkı dahi, mağdurun güvenliği tehlikeye girecekse sınırlandırılmıştır. Tasarı hükümleri gerçek anlamda mağduru koruma ve zararlarının tazmin edilmesi düşüncesi ile kesinlikle bağdaşmamaktadır.

Çok sakıncalı gördüğümüz hükümlerden biri de Yardım Kurullarının üç ay içinde başvuruyu sonuçlandırmak zorunda olmaları belirtilmesine rağmen (m.16), bu süre zarfında karara bağlanmamış taleplerin reddedilmiş sayılmasıdır(!).

VII. SONUÇ

Ev içi şiddet nedeniyle beden bütünlüğü ihlal edilen mağdurun ve yakınlarının, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler çerçevesinde zararlarını failden talep etmek zorunda kalmaları, gerçekçi değildir. Haksız fiilin tüm unsurlarını ispat yükü altında kalarak faile karşı tazminat davası açılması, yeni şiddet eylemlerine davetiye çıkarmaktır. Boşanma veya ayrılığı dahi sindiremeyen ve bu nedenle kadın cinayetleri işlenen ülkemizde, bu durum, mağduru zararıyla baş başa bırakmaya ve yardımlarla hayatını idame ettirmeye zorlamaktadır. Bu da şiddettir.

Modern gelişmelere uygun olarak, şiddet suçu mağdurunun zararlarının tazmin edilmesi konusu gerçekten devletin zararı üstlenmesi ve tazmin anlayışı içinde değerlendirilmeli ve henüz tasarı halindeki çalışma yeni baştan kaleme alınmalıdır. Mağduru faile başvurmak zorunda bırakmak yerine, mağdurun zararlarını tazmin eden devlet faili tazminat ödemeye zorlamalı, bunu da mağdurun güvenliğini tehlikeye atmadan gerçekleştirmelidir.

6284 SAYILI KANUN KAPSAMINDA TEDBİR KARARLARI

Nalan KAHVECİ*

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

I. 6284 SAYILI KANUN HAKKINDA GENEL AÇIKLAMA

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, 08.03.2012 tarihinde kabul edilmiş ve 20.03.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir[1]. Kanunun uygulama yönetmeliği, 18.01.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

6284 sayılı Kanun'dan önce yürürlükte olan 4320 sayılı "Ailenin Korunmasına Dair Kanun[2]"da 26.04.2007 tarihli 5636 sayılı Kanun[3] ile değişiklikler yapılmış olmasına rağmen, 4320 sayılı Kanun, kadına yönelik şiddetle mücadelede yetersiz kalmaktaydı. Bu süreçte Avrupa Konseyi, "*İstanbul Sözleşmesi*" olarak da anılan 11.05.2011 tarihli "Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Sözleşmeyi hazırlamıştır. Sözleşme Türkiye tarafından 29.11.2011 tarihinde onaylanmıştır[4].

Gerek 4320 sayılı Kanundaki eksiklikler gerekse İstanbul Sözleşmesinin imzalanması, kadına karşı şiddetle mücadele konusunda yeni bir Kanun çalışması yapılmasını gündeme getirmiş; böylece 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, 20.03.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

6284 sayılı Kanunun 1/1. maddesinde kanunun amacı "*şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.*" şeklinde ifade edilmiştir[5].

Bu hükümde de açıkça belirtildiği üzere 6284 sayılı Kanun, Kanun kapsamındaki kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesine ilişkin tedbirleri düzenlemektedir.

---

[1] Resmi Gazete: 20.03.2012, Sayı: 28239
[2] Resmi Gazete: 17/1/1998, Sayı: 23233
[3] Resmi Gazete 04/05/2007, Sayı: 26512
[4] Resmî Gazete: 29 Kasım 2011, Sayı: 28127
[5] Israrlı takip kavramı için bkz. TÜRKMEN, AHMET: "*Yeni Bir Hukuki Olgu Olarak Israrlı Takip ve Taciz (Stalking) ve Bunun Türk Medeni Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*" (Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, DEÜHFD 2009, C.XI, Özel Sayı), s. 1387 vd.

II. 6284 SAYILI KANUN İLE 4320 SAYILI KANUNUN KARŞILAŞTIRILMASI

6284 sayılı Kanun ile bu kanundan önceki dönemde yürürlükte olan 4320 sayılı Kanun[6] arasındaki temel farklar şu şekilde sıralanabilir:

- 4320 sayılı Kanun yalnızca eşler, çocuklar ve aynı çatı altında yaşayan aile bireylerinin şiddete maruz kalması durumunda uygulama alanı bulmaktaydı. Boşanan eşlerin ve aralarında nikah akdi olmaksızın birlikte yaşayan kişilerin 4320 sayılı Kanun kapsamında korunması mümkün değildi. 6284 sayılı Kanun'un kişi bakımından uygulama alanı, 4320 sayılı Kanuna oranla oldukça genişletilmiştir. 6284 sayılı Kanun kapsamında korunan kişiler "şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınlar, çocuklar, aile bireyleri ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerdir.

Her iki Kanunun temel amacı, kadına karşı şiddetin önlenmesi olsa da şiddete maruz kalan erkekler de hem 4320 sayılı Kanun hem de 6284 sayılı Kanunun kapsamına girmektedir[7].

- 4320 sayılı Kanun kapsamında hakimin müdahalesinin istenebilmesi için aile içi şiddetin en az bir defa gerçekleşmiş olması gerekmekte, yalnızca gerçekleşme ihtimalinin bulunduğu hallerde Kanun uygulanamamaktaydı. Zira 4320 sayılı Kanunun 1. maddesinde, Kanunda sayılan kişilerin "*....aile içi şiddete maruz kaldığını ...bildirmesi*" üzerine tedbir kararı verileceği hükme bağlanmıştı. Bu durum haklı olarak eleştirilmekteydi. 6284 sayılı Kanunun 1. maddesinde ise Kanunun amacının "...şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan.." kişilerin korunması olduğu düzenlemesi getirilmiştir.

[6] 4320 sayılı Kanun'daki düzenlemeler için bkz. KAHVECİ, NALAN "*4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'da 5636 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler*" (İzmir Barosu Dergisi, Y.72, S.3, Temmuz 2007, s. 272-309), s.276 vd.

[7] Adana'da ablasının ilişkide olduğu kişi tarafından şiddet gören bir erkeğe panik butonu verildiğine ilişkin haber için bkz. http://gundem.milliyet.com.tr/ilk-kez-bir-erkek-icin-panik-butonu/gundem/gundemdetay/31.01.2013/1662518/default.htm

- 4320 sayılı Kanun kapsamında alınacak tedbir kararları yalnızca "*önleyici*" nitelikteydi. Oysa 6284 sayılı Kanunda "*önleyici*" nitelikteki tedbir kararlarının yanı sıra "*koruyucu*" nitelikte tedbir kararlarına da yer verilmiştir.

- 4320 sayılı Kanun kapsamındaki tedbir kararlarını yalnızca Aile Mahkemesi hakimi verebilmekteyken, 6284 sayılı Kanunda Aile Mahkemesi hakimlerinin yanı sıra Mülki Amirlere de tedbir kararı verme yetkisi tanınmıştır. Bunun yanı sıra tedbir kararlarının bir kısmı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk amiri tarafından da verilebilmektedir.

- 4320 sayılı Kanun döneminde alınan tedbir kararlarına karşı, kendisi dinlenmeden aleyhine tedbir kararı verilen taraf, kararı veren mahkemeye itiraz edebilmekteyken (HUMK 107-108, HMK 39), 6284 sayılı Kanun döneminde alınan kararlara karşı tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde, kararı veren mahkemeyi numara olarak izleyen daireye itiraz edilebilmektedir (6284 s. K.m. 9/II).

- 6284 sayılı Kanun ile Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'na Şiddet Önleme ve İzleme Merkezlerinin kurulması görevi getirilmiştir.

- 4320 sayılı Kanuna göre tedbir kararlarına aykırı davranan kişi hakkında üç aydan altı aya kadar hapis cezası öngörülmüşken 6284 sayılı kanunda kişinin üç günden on güne kadar zorlama hapsine[8] tabi tutulacağı öngörülmüştür. Tedbir kararının gereklerine aykırılığın her tekrarında, ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre zorlama hapsinin süresi onbeş günden otuz güne kadardır. Ancak zorlama hapsinin toplam süresi altı ayı geçemez.

[8] Zorlama hapsi, bir tedbire, bir kurala uymaya veya bir yükümlülüğü yerine getirmeye zorlamak amacıyla, bu yükümlülüklerin ihlali durumunda öngörülen bir yaptırım olup suça ilişkin bir yaptırım değildir, bkz. UĞUR, HÜSAMETTİN: "*Kadın ve Aile Bireylerine Yönelik Şiddete Karşı 6284 Sayılı Kanunun Getirdikleri*" (TBB Dergisi 2012 (101)), s. 355.

III. TEDBİR KARARLARI

A. GENEL AÇIKLAMA

6284 sayılı Kanun kapsamında tedbir kararları "*Koruyucu Tedbir Kararlan*" ve "*Önleyici Tedbir Kararları*" olarak sınıflandırılmıştır.

Yönetmelikte Koruyucu tedbir kararı, "*Kanun kapsamında belirtilen merciler tarafından korunan kişi hakkında olayın niteliği dikkate alınarak hükmedilecek tedbirlere ilişkin karar" (Yönetmelik m.1/k), önleyici tedbir kararı, "Kanunda belirtilen merciler tarafından şiddet uygulayan veya uygulama tehlikesi bulunan kişi hakkında, olayın niteliği dikkate alınarak hükmedilecek tedbirlere ilişkin karar*" şeklinde tanımlanmıştır.

Koruyucu tedbir kararları, kanun kapsamında olan ve şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi olan kişilerin korunması amacıyla verilen tedbir kararlarıdır[9]. Önleyici tedbir kararları ise, şiddet uygulayan kişinin şiddet davranışını önlemek veya şiddetin tekrarlanmasını engellemeye yönelik kararlardır[10].

Koruyucu tedbir kararlarının bazıları, hakimin yanı sıra mülki amir tarafından da verilebilmekteyken önleyici tedbir kararları yalnızca hakimler tarafından verilebilmektedir. Koruyucu tedbirlerden farklı olarak önleyici tedbir kararları, şiddet uygulayan kişiye bir davranış yükümlülüğü getiren tedbirlerdir. Önleyici tedbirlere aykırı davranan kişi hakkında, hakim kararıyla üç günden on güne kadar zorlama hapsine hükmedilir.

Tedbirler konusundaki sayım sınırlayıcı değildir. Somut olayın koşullarına göre mülki amir veya hakim, uygun göreceği başka tedbirlerin uygulanmasına da karar verebilir.

[9] UĞUR, s. 349.
[10] UĞUR, s. 351.

B. KORUYUCU TEDBİR KARARLARI

1. MÜLKİ AMİR TARAFINDAN VERİLECEK KORUYUCU TEDBİR KARARLARI

Mülki amir tarafından verilecek koruyucu tedbir kararları, Kanunun 3/I. maddesinde düzenlenmiştir. Bu tedbirler;

"*a) Kendisine ve gerekiyorsa beraberindeki çocuklara, bulunduğu yerde veya başka bir yerde uygun barınma yeri sağlanması.*

Diğer kanunlar kapsamında yapılacak yardımlar saklı kalmak üzere, geçici maddi yardım yapılması,

Psikolojik, mesleki, hukuki ve sosyal bakımdan rehberlik ve danışmanlık hizmeti verilmesi.

ç) Hayati tehlikesinin bulunması halinde, ilgilinin talebi üzerine veya resen geçici koruma altına alınması.

Gerekli olması halinde, korunan kişinin çocukları varsa çalışma yaşamına katılımını desteklemek üzere dört ay, kişinin çalışması halinde ise iki aylık süre ile sınırlı olmak kaydıyla, on altı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık net asgari ücret tutarının yarısını geçmemek ve belgelendirilmek kaydıyla Bakanlık bütçesinin ilgili tertibinden karşılanmak suretiyle kreş imkanının sağlanması."

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, barınma yeri sağlanması ve geçici koruma altına alınması tedbirlerinin kolluk amirleri tarafından alınması da mümkündür. Ancak bu tedbirlerin kolluk amiri tarafından alınmış olması halinde, kolluk amiri evrakı en geç kararın alındığı tarihi takip eden ilk işgünü içinde mülki amirin onayına sunar. Mülki amir tarafından kırksekiz saat içinde onaylanmayan tedbirler kendiliğinden ortadan kalkar (6284 s.K.m.3/11).

Geçici maddi yardımın miktarı, kanunun 17. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir: "*Bu Kanun hükümlerine göre geçici maddi yardım yapılmasına karar verilmesi hâlinde, onattı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık net asgari ücret tutarının otuzda birine kadar günlük ödeme yapılır. Korunan kişinin birden fazla olması hâlinde, ilave her bir kişi için bu tutarın yüzde yirmisi oranında ayrıca ödeme yapılır. Ancak, ödenecek tutar hiçbir*

şekilde belirlenen günlük ödeme tutarının bir buçuk katını geçemez. Korunan kişilere barınma yeri sağlanması hâlinde bu fıkrada belirlenen tutarlar yüzde elli oranında azaltılarak uygulanır. "

6284 sayılı Kanunda zararın tazminine ilişkin bir hüküm yoktur. Bununla birlikte geçici maddi yardım yapılması tedbirinde bir tazminat fonksiyonu olduğu söylenebilir. Geçici maddi yardım kararı verilebilmesi için şiddet uygulayan kişinin, şiddet mağduruna karşı bakım yükümlülüğü olup olmaması önem taşımaz. Şiddete uğrayan kişi, barınma ve iaşeden yoksun kaldığı için, malvarlığında bir eksilme meydana gelmektedir. Geçici maddi yardımın temel amacı da, şiddete uğrayanın malvarlığında meydana gelen bu eksilmeyi gidermektir. Bu açıdan bakıldığında geçici maddi yardımda, malvarlığındaki eksilmenin telafi edilmesi açısından bir tazminat fonksiyonu olduğunu söylemek mümkündür.

2. HAKİM TARAFINDAN VERİLECEK KORUYUCU TEDBİR KARARLARI

Hakim tarafından verilecek koruyucu tedbir kararları, 4/I. maddede düzenlenmiştir. Bu tedbirler;

"*a) İşyerinin değiştirilmesi.*

Kişinin evli olması halinde müşterek yerleşim yerinden ayrı yerleşim yeri belirlenmesi.

22/11/2001 tarihli ve 40721 sayılı Türk Medeni Kanunundaki şartları varlığı halinde ve korunan kişinin talebi üzerine tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulması.

ç) Korunan kişi bakımından hayati tehlikenin bulunması ve bu tehlikenin önlenmesi için diğer tedbirlerin yeterli olmayacağının anlaşılması halinde ve ilgilinin aydınlatılmış rızasına dayalı olarak 27.12.2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu hükümlerine göre kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesi."

C. ÖNLEYİCİ TEDBİR KARARLARI

Yukarıda da belirtildiği gibi önleyici tedbir kararları mülki amir tarafından verilemeyip yalnızca hakim tarafından verilebilir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu önlemlerden bazılarına kolluk amiri tarafından da karar verilebilmektedir.

Hakim tarafından verilebilecek önleyici tedbir kararları, 5/I. maddede düzenlenmiştir. Bu tedbirler;

"a) Şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmaması.

b) Müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhal uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi.

c) Korunan kişilere, bu kişilerin bulundukları konuta, okula ve işyerine yaklaşmaması.

ç) Çocuklarla ilgili daha önce verilmiş bir kişisel ilişki kurma kararı varsa, kişisel ilişkinin refakatçi eşliğinde yapılması, kişisel ilişkinin sınırlanması ya da tümüyle kaldırılması.

d) Gerekli görülmesi halinde korunan kişinin, şiddete uğramamış olsa bile yakınlarına, tanıklarına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin haller saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmaması.

e) Korunan kişinin şahsi eşyalarına ve ev eşyalarına zarar vermemesi.

f) Korunan kişiyi iletişim araçlarıyla veya sair surette rahatsız etmemesi.

g) Bulundurulması veya taşınmasına kanunen izin verilen silahları kolluğa teslim etmesi.

ğ) Silah taşıması zorunlu olan bir kamu görevi ifa etse bile bu görevi nedeniyle zimmetinde bulunan silahı kurumuna teslim etmesi.

h) Korunan kişilerin bulundukları yerlerde alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaması ya da bu maddelerin etkisinde iken korunan kişilere ve bunların bulundukları yerlere yaklaşmaması, bağımlılığın olması halinde, hastaneye yatmak dahil, muayene ve tedavisinin sağlanması.

ı) Bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurması ve tedavisinin sağlanması. "

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, şiddet uygulayan kişi hakkında, "*Şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmaması*", "*Müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhal uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi*", "*Korunan kişilere, bu kişilerin bulundukları konuta, okula ve işyerine yaklaşmaması*", "*Gerekli görülmesi halinde korunan kişinin, şiddete uğramamış olsa bile yakınlarına, tanıklarına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin haller saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmaması*" tedbirleri, kolluk amirleri tarafından da alınabilir. Kolluk amiri evrakı en geç kararın alındığı tarihi takip eden ilk işgünü içinde hakimin onayına sunar. Hakim tarafından 24 saat içinde onaylanmayan tedbirler kendiliğinden kalkar (6284 s. K.m.5/ll).

6284 sayılı Kanunun 5. maddesinin 3. fıkrasında, hakimin bu kanunda belirtilen tedbirlerle birlikte 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununda yer alan koruyucu ve destekleyici tedbirler ile 4721 sayılı Kanun hükümlerine göre velayet, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurulması hususlarında karar vermeye yetkili olduğu düzenlenmiştir.

6284 sayılı Kanun kapsamında hakimin alacağı koruyucu tedbirlerin sınırlı sayıma tabi olmadığı, 5/I'deki düzenleme ile -çocuklar hakkında alınacak tedbirler bakımından- ayrıca belirtilmiş olmaktadır. Kanunun temel amacı, kanun kapsamındaki kişilerin korunması ve bu kişilerin şiddete uğramasının önlenmesi olduğundan, hakkında tedbir kararı alınacak çocuğun, şiddet mağduru veya şiddet mağdurunun yakını olması önem taşımaz.

Hakim, Çocuk Koruma Kanunu'nda düzenlenen koruyucu ve destekleyici tedbirlerin alınması ve Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre velayet, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurulması konularında re'sen karar verebilir. (Çocuk Koruma Kanunu m.7/1, TMK.m. 426)

6284 sayılı Kanunun 5. maddesinin 4. fıkrasında, şiddet uygulayan aynı zamanda ailenin geçimini sağlayan yahut katkıda bulunan kişi ise 4721 sayılı Kanun hükümlerine göre nafakaya hükmedilmemiş olması kaydıyla hakimin, şiddet mağdurunun yaşam düzeyini göz önünde bulundurarak talep edilmese dahi tedbir nafakasına hükmedebileceği düzenlenmiştir. Bu

düzenlemede yer verilen tedbir nafakasına, Türk Medeni Kanununa göre nafaka ödenmesi gereken tüm durumlarda hükmedilebilir.

IV. BAŞVURU

6284 sayılı Kanun kapsamında tedbir kararı, ilgilinin talebi, Bakanlık veya kolluk görevlileri ya da Cumhuriyet savcısının başvurusu üzerine verilmektedir. Tedbir kararları en çabuk ve en kolay ulaşılabilecek yer hâkiminden, mülki amirden ya da kolluk biriminden talep edilebilir. (6284 s. K.m. 8/I).

6284 sayılı Kanunun "*İhbar*" başlıklı 7. maddesine göre "*Şiddet veya şiddet uygulanma tehlikesinin varlığı halinde herkes bu durumu resmi makam veya mercilere ihbar edebilir. İhbarı alan kamu görevlileri bu Kanun kapsamındaki görevlerini gecikmeksizin yerine getirmek ve uygulanması gereken tedbirlere ilişkin olarak yetkilileri haberdar etmekle yükümlüdür.* "

V. TEDBİR KARARLARININ NİTELİĞİ

6284 sayılı Kanuna göre verilen tedbir kararları, ihtiyati tedbire benzeyen geçici hukuki koruma niteliğindedir. Bu sebeple Hukuk Muhakemeleri Kanununun ihtiyati tedbire ilişkin hükümleri, niteliğine uygun düştüğü ölçüde 6284 sayılı Kanuna göre alınan tedbirler için de uygulanacaktır[11]. HMK.m.390/ll'ye göre, "*Talep edenin haklarının derhâl korunmasında zorunluluk bulunan hâllerde, hâkim karşı tarafı dinlemeden de tedbire karar verebilir.- Tedbir talep eden taraf, dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır.* "

Tedbir kararı verilmesi sırasında delil aranıp aranmayacağı hususu 6284 sayılı Kanunun 8. maddenin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "*Koruyucu tedbir kararı verilebilmesi için, şiddetin uygulandığı hususunda delil veya belge aranmaz. Önleyici tedbir kararı, geciktirilmeksizin verilir. Bu kararın verilmesi, bu Kanunun amacını gerçekleştirmeyi tehlikeye sokabilecek şekilde geciktirilemez.* "

[11] KAHVECİ, s. 289.

6284 sayılı Kanun, koruyucu tedbir kararları için delil veya belge aranmayacağını açıkça ifade etmiştir. Mülki amirin koruyucu tedbir kararı vermesi durumunda şiddet olayının varlığı konusunda herhangi bir delil toplaması zaten mümkün değildir. Kanunda hakim tarafından verilecek koruyucu tedbir kararları için de delil aranmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenleme oldukça yerindedir. Koruyucu tedbir kararları, şiddet uygulayan kişiye bir davranış yükümlülüğü getiren kararlardan olmadığı için kişinin bu kararlara aykırı davranması söz konusu olamaz; dolayısıyla bu kararlar sebebiyle şiddet uygulayan kişi hakkında zorlama hapsine karar verilmesi gibi bir sonuç da ortaya çıkmayacaktır.

Ancak önleyici tedbir kararları, şiddet uygulayan kişiye bir davranış yükümlülüğü getirmektedir. Bu kararlara aykırı davranan kişi, zorlama hapsi yaptırımıyla karşı karşıya kalmaktadır.

6284 sayılı Kanunda yer alan "*Önleyici tedbir kararı, geciktirilmeksizin verilir.*" şeklindeki düzenleme bu açıdan değerlendirildiğinde ortaya şu sonuç çıkmaktadır: Önleyici tedbir kararlarının niteliğinden hareketle, kararın derhal veya gerekli deliller toplandıktan sonra verilmesi konusunda bir ayırım yapılması mümkündür. Uyarı temeline dayanan tedbirlerde delil toplanmaksızın karar verilmesi, şiddet uyguladığı iddia edilen kişi aleyhine zararlı bir sonuç doğurmayacağı gibi Kanunun amacına da uygundur. Ancak evden uzaklaştırma, tedbir nafakası, kişisel ilişkinin sınırlandırılması veya kaldırılması yönündeki tedbir kararları ile Çocuk Koruma Kanunu ve Türk Medeni Kanunu hükümleri çerçevesinde velayet, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin karar verilirken - Kanundaki ifade ile "Kanunun amacını gerçekleştirmeyi tehlikeye sokabilecek şekilde geciktirilmeksizin"- delil toplama yoluna gidilmesinin uygun olacağını söylemek mümkündür[12].

Böylece, şiddet uyguladığı iddia edilen kişinin hakları ihlal edilmemiş olacaktır. Zira bu kişinin şiddet uygulamamış olabileceği ihtimali dikkate alındığında, hakkında uzaklaştırma veya kişisel ilişkinin kaldırılması yönünde

[12] KAHVECİ, s. 290-291: önleyici tedbir kararı verilebilmesi için kesin delil aranmasa da en azından şiddet olarak tanımlanan davranışların gerçekleştirildiğini veya böyle bir tehlikenin varlığını gösteren yeterli şüphe bulunması gerektiği yönünde bkz. UĞUR, s. 352.

bir tedbir kararı verilmesi, o kişi açısından oldukça ağır sonuçlar doğuracak niteliktedir. Tedbir kararının bu şekilde verilmesi şiddet mağduru aleyhine bir durum da oluşturmayacaktır, çünkü şiddete maruz kaldığını iddia eden tarafın, mülki amir veya hakim tarafından alınan koruyucu tedbir kararları ile derhal koruma altına alınması mümkündür.

VI. 6284 SAYILI KANUNA YÖNELİK ELEŞTİRİLER

6284 sayılı Kanuna yöneltilen temel eleştiri, Kanunun adının "*Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun*" olmasıdır. Kanunda "Ailenin Korunmasının ön planda tutulmasının, kadının birey olarak kabul edilmediğinin bir göstergesi olduğu ve bu içerikte bir adın kabulünün, kadının yerini aile olarak gören politikalarla ilişkili olduğu ifade edilmektedir[13].

Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde (İstanbul Sözleşmesi) tanımlanan "*Toplumsal Cinsiyet*" kavramına 6284 sayılı Kanunda yer verilmemiş olması Kanuna yöneltilen bir diğer eleştiridir[14]. "*Toplumsal Cinsiyet*" kavramı[15], İstanbul Sözleşmesi'nin 3/c maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: "*Toplumsal cinsiyet, kadınlar ve erkekler için toplum tarafından uygun görülen ve sosyal olarak inşa edilen roller, davranışlar, eylemler ve nitelikler anlamına gelir.*"

Kreş imkanının sağlanması tedbirinin, çalışmayan kişiye çalışma yaşamına katılımını desteklemek için dört ay, kişinin çalışması halinde ise iki ay süreyle sınırlı olarak ve on altı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık net asgari ücret tutarının yarısını geçmemek kaydıyla uygulanabilmesi, Kanuna yönelik bir diğer eleştiri konusudur Bu sürelerle ve bu miktarla sınırlı

[13] MOROĞLU, NAZAN: "Kadına Yönelik Şiddetin önlenmesi 6284 Sayılı Yasa Ve İstanbul Sözleşmesi" (http://calismaekonomisi.org/tr/images/kad%C4%B1 na-yonelik-şiddet_ karsilastirmali-bir- yazi.pdf), s. 375; ŞENER, ÜLKER: "6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin önlenmesine Dair Kanun Ne Getiriyor?" TEPAV Değerlendirme Notu, Mart 2012, N201220 (http://www.tepav.orq.tr/upload/files/1333026809-

1.6284 Sayili Ailenin Korunmasi ve Kadina Yönelik Şiddetin önlenmesine Dair Kanun Ne Getiri vor.pdU: KARINCA, ERAY: "Kadına Şiddet Kime Emanet" (Radikal Ek/06.05.2012).

[14] MOROĞLU, s. 367; ŞENER, s 4.

[15] Toplumsal cinsiyet kavramı için bkz. TC. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Toplumsal Cinsiyet Eşitliği, Hazırlayan Dr Sarp Üner, s. 6 vd.

olarak tanınan kreş imkanının, şiddet mağdurunun, şiddete katlanmasını zorunlu kılan ekonomik sorunlarının çözümünde yetersiz kalacağı açıktır.

Kanunun ayrıntılı bir şekilde kaleme alınmış olması da eleştirilebilir niteliktedir. Mercilerin görevleri ve tedbirler ana hatlarıyla Kanunda belirlenip, detaylı düzenlemelerin yönetmelikle yapılması daha uygun olabilirdi. Ancak 4320 sayılı Kanunun uygulama yönetmeliğinin, Kanunun yürürlük tarihinden on yıl sonra çıkarılmış olduğu dikkate alındığında, uygulamada bu şekilde bir boşluğun ortaya çıkmasını engellemek için, Kanunun detaylı bir şekilde düzenlenmiş olduğu sonucuna varılması da mümkündür.

VII. 6284 SAYILI KANUNDA DÜZENLENEN TEDBİR KARARLARINA İLİŞKİN UYGULAMA SORUNLARI[16]

6284 sayılı Kanunda ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin olarak çıkarılan Yönetmelikte Kanunun kapsamı, alınacak tedbirler, tedbir kararlarına aykırılığın yaptırımı ve şiddetin önlenmesi amacıyla izlenecek yöntem detaylı bir şekilde belirtilmiş olmasına rağmen, Kanunun uygulanmasıyla ilgili bir takım sorunların yaşandığı görülmektedir:

- Uygulamada bazı tedbir kararlarının sınırlı olarak verildiğini söylemek mümkündür. Tedbir nafakası, kişisel ilişkinin sınırlandırılması ve velayete ilişkin tedbir kararları sınırlı olarak verilen tedbirlerdendir. Oysa somut olayın özellikleri dikkate alındığında bu tedbir kararlarına hükmedilmesi, şiddetle etkili mücadele açısından büyük önem taşımaktadır.

Örneğin şiddet mağduru kadının, çocuklarıyla birlikte eşinden kaçarak bir devlet kurumuna sığınması durumunda, tedbir kararı süresince çocukların velayetinin anneye ait olacağına ilişkin bir tedbir kararı, babanın velayet hakkına dayanarak çocukları alıp götürmek istemesine engel teşkil edecektir.

- Kanun kapsamında verilen tedbir kararlarının fiilen uygulanabilmesi de büyük bir öneme sahiptir. Ancak kurumlar arasındaki koordinasyon

[16] ŞENER, s. 4.

eksikliği nedeniyle bazı tedbir kararlarının gereği gibi uygulanması mümkün olamamaktadır.

Örneğin eşinden şiddet gören bir kadının çocuklarıyla birlikte şiddet mağdurundan kaçıp bir devlet kurumuna sığınması olayında, kadının okul çağındaki çocuklarının eğitimlerine devam etmeleri için, yerleştirildikleri yere en yakın okula kayıtlarının yapılması gerekmektedir. Ancak kadının hayati tehlikesinin olduğu durumlarda bu kayıtlar, gizlilik kararı ile yapılmazsa, şiddet uygulayan tarafın bu kayıtlar çerçevesinde kadına ulaşması çok da zor olmayacaktır. Bu gibi hallerde hâkimden gizlilik kararı alınmalıdır. Ancak bu kararın, Milli Eğitim Müdürlüğü veya Nüfus Müdürlüğü gibi ilgili devlet kurumlan tarafından uygulanması sürecinde bazı sorunlarla karşılaşılmaktadır.

- Uygulamada kimlik bilgilerinin değiştirilmesi tedbiri konusunda da sorunlar yaşanmaktadır. Tedbir kararının uygulanmasından kaynaklanan sorunlar nedeniyle kimlik bilgisi karartılan kadın, neredeyse kimliksiz kalmakta ve kimlik bilgisi gerektiren hiçbir işlem yapamamaktadır. Böyle bir durumda, verilen tedbir kararının uygulanması, mağdura daha da büyük zararlar vermektedir.

5215 sayılı Belediye Kanunu'nda, "*Büyükşehir belediyeleri ile nüfusu 50.000'i geçen belediyeler, kadınlar ve çocuklar için koruma evleri açar.*" (Belediye Kanunu m. 14/11, son cümle) hükmü yer almaktadır. Ancak mevcut duruma bakıldığında nüfusu 50.000'in üstünde olan çoğu belediyenin koruma evi açmadığı veya açamadığı görülmektedir. Bu durum Kanundaki tedbirlerin uygulanabilirliğini sınırlamaktadır.

SONUÇ

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun bütünüyle değerlendirildiğinde, şiddetle mücadele ve şiddet olaylarının önlenmesi konusunda etkili bir sistem oluşturduğunu söylemek mümkündür. Kanunun kişi bakımından uygulama alanı, koruyucu ve önleyici tedbirlerin çeşitliliği, tedbir kararlarının hâkimin yanı sıra mülki

amir ve kolluk amiri tarafından da verilebilmesi, Şiddet Önleme ve İzleme Merkezlerinin kurulmasının öngörülmesi Kanunun olumlu yönleridir.

Bununla birlikte kanuni değişiklikler şiddetle mücadele konusunda gereklidir ancak yeterli değildir. Bu noktada yapılması gereken, kanunun fiilen uygulanmasının sağlanmasıdır. Kanunun uygulanabilmesi için de sosyal, ekonomik ve kurumsal altyapının sağlamlaştırılması gerekmektedir. Zira uygulamada yaşanan en büyük sorunlar, mali kaynakların sınırlı oluşundan ve kurumlar arasındaki koordinasyon eksikliğinden kaynaklanmaktadır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

KAHVECİ, NALAN: "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'da 5636 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler" (İzmir Barosu Dergisi, Y.72, S.3, Temmuz 2007, s.272-3097.

KARINCA, ERAY: "Kadına Şiddet Kime Emanet" (Radikal Ek/06.05.2012).

MOROĞLU, NAZAN: "Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 Sayılı Yasa Ve İstanbul Sözleşmesi" (http://calismaekonomisi.org/tr/images/kad%C4%B1na-yonelik-

şiddet karsilastirmali-bir-yazi.pdf, s. 357-380).

ŞENER, ÜLKER: "6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Ne Getiriyor?", TEPAV Değerlendirme Notu, Mart 2012, N201220 (http://www.tepav.org.tr/upload/files/1333026809- 1.6284_Sayili_Ailenin_Korunmasi_ve_Kadina_Yonelik_Siddetin_Onlenmesine_Dair_Kanun_Ne_Getiriyor.pdf.)

TC. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Toplumsal Cinsiyet Eşitliği, Hazırlayan Dr. Sarp Üner, s. 6 vd.

TÜRKMEN, AHMET: "Yeni Bir Hukuki Olgu Olarak Israrlı Takip ve Taciz (Stalking) ve Bunun Türk Medeni Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi" (Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, DEÜHFD 2009, C.XI, Özel Sayı, s. 1387- 1434).

UĞUR, HÜSAMETTİN: "Kadın ve Aile Bireylerine Yönelik Şiddete Karşı 6284 Sayılı Kanunun Getirdikleri" (TBB Dergisi 2012 (101), s. 333-366).

AİLE İÇİ ŞİDDETE YÖNELİK ÖZEL YASAL DÜZENLEMELER KAPSAMINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ VE SORUMLULUK

Prof. Dr. Şebnem AKIPEK ÖCAL*

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

1. GİRİŞ

İnsan hayatının belki de en önemli öğesi bir aileye sahip olmasıdır. İnsan doğumla birlikte anne, baba ve kardeşlerin bir arada bulunduğu toplumun en temel yapı taşı ile hayata adım atar ve onlarla birlikte hareket eder. Hayatın doğal gereği olarak doğumun olduğu her noktada insanın büyük ya da küçük bir aile ortamına ihtiyaç duyduğu bir gerçektir. Canlılar topluluğu içinde büyüme sürecinde ve sonrasında en çok emek sarf edilen ve her aşamasında desteğe ihtiyaç duyan tek varlık insandır. İnsanın öğrenme güdüsü hiç bitmemekte, bu öğrenme güdüsü ile birlikte gerek bedensel ve gerekse zihnen gelişmesi devam etmektedir.

Durum böyle olunca iyi bir aile içinde büyüyen çocukların geleceğe yönelik kazanımları çok daha büyük olmaktadır. Çünkü aile çocuğun doğumla birlikte bütün gelişme safahatında yanında olmakta ya da en azından desteğini hissettirmektedir. Bu durum dünya üzerinde yaşayan bütün halklar için aşağı yukarı böyledir. Her ebeveyn, çocuğunun öncelikle sağlıklı olması, ardından iyi bir eğitim alması ve sağlam bir gelecek kurması yönünde gayret sarf etmekte ve teşviklerini bu yönde yoğunlaştırmaktadır. Üstelik artık giderek küreselleşen dünyamızda mesafelerin öneminin gidererek azalması, gelecek kuşakların daha da rekabete açık bir ortamda yaşamlarını sürdürmeleri konusunda zorlamaktadır. Çocuklarımız ve hatta onların çocukları belki de bizlerin yaşamış olduğu güçlüklerin ötesinde farklı boyutlarda unsurla mücadele etmek zorunda kalacağı gözden uzak tutulmaması gereken bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bütün bunları düşündüğümüzde, gelecek nesillerin daha sağlıklı ve mücadeleye hazır bir şekilde yetiştirilmesi, ayakta kalabilmelerinin gereği olarak görülmektedir. Bireyin gözünü açtığı aile ortamının iyileştirilerek geleceğe ilişkin doğru bir mecranın kurulması kaçınılmazdır. Bu bakımdan bireyin ilk ilişki kurduğu aile ortamının üzerinde önemle durmak gerekmektedir.

Hayata gözlerini açtıktan sonra insanoğlu okul öncesi eğitim denilen bu dönemde, öncelikle temel ihtiyaçlarının karşılanması bakımından destek almakta, ardından birey olarak kendi hak ve sorumluluklarını geliştirmektedir. Bu dönem insan hayatında çok önemli bir yere sahiptir. Çünkü insanın karakterinin büyük bir bölümünün bu dönemde oluştuğu ve geri kalan hayatı bakımından önemli ayrıntılar içerdiği bilimsel olarak kanıtlanmıştır.

Çocuk, zaman içinde yalnızca ebeveynleri ile iletişim içindeyken bu çember genişlemekte ve giderek içinde bulunduğu topluma kimi açılardan uyumlu kimi açılardan ise aykırı davranışlar geliştirmektedir. Diğer bir ifade ile birey aile içinde aldığı eğitim ile davranış biçimleri geliştirmekte, saygı ve sevgi öğelerini kendince özümsemektedir. Çocuğun içinde yaşacağı toplumun sağlıklı bir ferdi olabilmesi çok geniş ölçüde onun nasıl bir aile içinde yetiştiği ile yakından ilişkili olduğu bilinmekte, aile yapısında yaygın bir şekilde var olan bozukluk ve dengesizlik toplumun bütününü olumsuz olarak etkilemektedir. Bütün bu nedenlerden dolayı ailenin hukuki açıdan düzenlenmesi ve koruma altına alınması büyük önem taşımaktadır.

2. HUKUMUZDA AİLE

Hukukumuzda dar anlamda aile denildiğinde, karı ve kocadan meydana gelen birliktelik anlaşılmaktadır. Bu haliyle dar anlamda kullanılan aile ifadesi için **"evlilik birliği"** adı da verilmektedir. Geniş anlamda ise aile, karı, koca ve çocuklardan meydana gelen topluluktur ve en yaygın anlamını bu çerçevede bulmaktadır. En geniş anlamıyla aile ise ev otoritesine tabi olarak aynı çatı altında yaşayan kimselerden meydana gelen **"ev düzeni"** tabiri ile anılmaktadır[1].

Hukuk sistemimizde normlar hiyerarşisi içinde en üst seviyede yer alan Anayasa'nın 41. maddesinde; **"Aile, Türk toplumunun temelidir. Devlet ailenin huzur ve refahı için özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ve uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar."** hükmü yer almaktadır. Buradan da açıkça anlaşılacağı üzere aile kavramı anayasal bir düzenleme ile koruma altına alınmış ve bu öneme istinaden gerekli tedbirleri almak hususunda devlete görevler yüklenmiştir.

Anayasa'nın 20. maddesinde; **"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz"** denilmektedir. Buradan açıkça görüleceği üzere aile hayatına saygı ve aile hayatının gizliliğinin korunması Anayasa ile teminat altına alınmıştır.

[1] Öztan, Bilge; Medeni Hukukun Temel Kavramları, 36.Bası, Ankara 2012, s. 403.

Anayasa'daki bu düzenlemeler haricide toplum hayatını düzenleyen en temel kanunlardan biri olan Türk Medeni Kanunu'nda **"Aile Hukuku"** başlığı altında konunun bütün unsurları ele alınmıştır. Ayrıca Türk Ceza Kanunu'nda bu konuya ilişkin özel düzenlemeler yapılmıştır[2].

3. AİLE İÇİ ŞİDDET

Kişinin, bedenen ve ruhsal açıdan zarar görmesine, yaralanmasına ve sakat kalmasına neden olan davranışların tümüne "**şiddet**" adı verilmekte, bu davranışlar aile içinde gerçekleşiyor ise "**aile içi şiddet**" söz konusu olmaktadır.

Ülkemizde, yaygın bir şekilde aile içi şiddet vakalarının yaşandığı gözlemlenmekte ve yapılan birçok çalışmaya rastlanmaktadır. Son beş yılda 1500'e yakın kadın ve çocuğun aile içi şiddet sebebiyle hayatını kaybettiği bildirilmiştir. Aile içi şiddete maruz kalmasına rağmen bunu ifade etme cesaretini gösteren oranın ancak % 35 olduğu ve bunu söyleme süresinin şiddete maruz kalmasından itibaren en az 2-7 yıl arasında bir sürede gerçekleştiği bilinmektedir. Ayrıca mağdurların büyük bir çoğunluğu "**kol kırılır yen içinde kalır**" düşüncesi ile çaresizliği kabul etmektedir[3].

Aile içi şiddeti, çeşitli açılardan ele alarak sınıflandırmak mümkündür. Buna göre şiddetin uygulanışı, uygulanan kişiler, etkileri, bedensel ve ruhsal zararları dikkate alındığında; fiziksel şiddet, duygusal şiddet, ekonomik şiddet ve cinsel şiddet şeklinde bir ayrıma gidilebilir[4].

Aile içi şiddeti önlemede kuşkusuz en büyük destek bu alana ilişkin özel düzenlemelerin yapılması ve zayıf tarafın korunmasına yönelik bir takım kanunların çıkarılmasıdır. Bütün dünyada olduğu üzere ülkemizde de aile içi şiddetin önlenmesine yönelik ilk olarak 1998 yılında 4320 sayılı **Ailenin Korunmasına Dair Kanun** kabul edilmiştir[5]. Ancak toplumsal

[2] Aile İçi Şiddetle Mücadelede El Kitabı, TC Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Yayınları, s.17 vd.

[3] Dişsiz, Melike/ Hotun Şahin, Nevin; Evrensel Bir Kadın Sağlığı Sorunu; Kadına Yönelik Şiddet, Maltepe Üniversitesi Hemşirelik Bilim ve Sanatı Dergisi, Cilt I, Sayı 1, 2008, s.54.

[4] Henrika, Jansen/ Yüksel, İlknur/ Çağatay, Pelin; Kadına Yönelik Şiddetin Yaygınlığı, Türkiye'de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet, TC Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara 2009, s.45 vd; Ersöz, Aysel G.; Türkiye'de Boşanma Olgusu ve Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet İlişkisine Yönelik Bir Değerlendirme, Sosyoloji Konferansları Dergisi, İstanbul 2011, S.43, s.254 vd.

[5] Acar, Feride; Türkiye'de Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Standartlar, Hukuk ve Sivil Toplum, Kadın Hakları, Uluslararası Hukuk ve Uygulama, İnsan Hakları

hayatta yaşanan olaylar karşısında bu Kanunun yetersizliği sık sık dile getirilmiş ve bilhassa 2011 yılında arka arkaya yaşanan ciddi yaralanma, hatta ölümle sonuçlanan şiddet olayları sonrasında kanun koyucu yeni arayışlara yönelmiştir[6].

Bu arayışlar neticesinde, öncelikle kadına yönelik aile içi şiddetle mücadele bağlamında son derece önemli iki düzenleme kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir. Bunlardan birincisi, **Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi** (İstanbul Sözleşmesi), diğeri ise **6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun**'dur.

Çalışmanın devamında 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun kapsamında bedensel zararların tazmini ve sorumluluk konusuna geçmeden önce hukukumuzda bedensel zararların tazmini ve sorumluluk konusunun nasıl düzenlendiğini incelemek yerinde olacaktır.

4. BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ VE SORUMLULUK

Bedensel zararların tazmini ve sorumluluk konusu Türk Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

"Madde-54: 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" şeklinde hüküm altına alınmıştır.

TBK m.55 ise bu zararın belirlenmesi hususuna açıklık getirmektedir. Buna göre;

"*Madde-55: Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya*

Hukuku Çalışmaları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, İstanbul 2010, s. 18.

[6] Akadlı Ergöçmen, Banu/ Üner, Sunday/ Kurtuluş Yiğit, Elif; Türkiye'de Kadına Yönelik Şiddetle İlgili Hukuki Altyapı ve Kurumsallaşma, Türkiye'de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet, TC Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara 2009, s.21 vd.

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."

denilmektedir.

Bedensel zararın, yukarıda kanun maddesinde açıklandığı ve hem Yüksek Yargı Kararlarında hem de öğretide; geçici ve sürekli iş göremezlik sebebiyle iş, çalışma gücü ve kazanç kaybı, tüm iyileşme sürecinde yapılan her türlü tedavi giderleriyle, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olarak sınıflandırma yöntemine gidildiği açıkça görülmektedir[7].

Bu sınıflandırmadan yola çıkarak geçici iş göremezlik denildiğinde; bir kişinin başına gelen olay sebebiyle kalıcı olarak sakatlanmasının söz konusu olmadığı, iyileşmesi için gerekli tedavi görmesi ve iş göremediği dönem boyunca uğramış olduğu kayıplar akla gelmektedir. Yüksek Yargı kararlarından bu sürenin sadece tıbbi tedavi süresi ile sınırlı olmadığı, kişinin fiilen işinin başına dönmesi için geçen sürenin de hesaba katılması gerektiği vurgulanmaktadır.

Kalıcı iş göremezlik denildiğinde; bu konunun hukukumuzda sürekli iş göremezlik, kalıcı sakatlık ya da çalışma gücü kaybı gibi ifadeler altında tanımlanmaya çalışıldığı dikkat çekmektedir. Burada iki temel unsur öne çıkmaktadır. Birincisi organ yitimi diğeri ise organ zayıflamasıdır. Organ yitimi ile kişi organlarından biri veya birkaçını yitirmekte, organ zayıflamasında ise bunların işlevlerinin azalması ya da tamamen işlevsiz kalması söz konusu olmaktadır.

İyileştirme sürecinde yapılan bütün tedavi masrafları denildiğinde; doğrudan tedavi masrafları, tedavi esnasında yapılan mecburi masraflar, tedavi sonrasında yapılan zorunlu dolaylı masraflar ve ileride yapılacak masraflar

[7] Çelik, Ahmet Çelik; Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat, http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/061_ bedensel-zararlar-nedeniyle-tazminat.pdf (Erişim tarihi: 25.03.2013)

şeklinde anlaşılmaktadır. Burada giderlerin tıbbi tedavi ile sınırlı olanı için tedavi masrafları, kişinin tekrar günlük hayatına dönebilmesi için yapılan masraflara da iyileştirme masrafları adı verilmektedir.

Hukukumuzda bedensel zararların tazmini konusunda zaman içinde değişik görüşler benimsenmiş ve maddeci bir anlayıştan daha insan merkezli bir uygulama alanına geçilmiştir. Bu süreçte mal varlığında azalma ve kazanç kaybı temel ölçüt alınmakla birlikte, güç kaybının sebep olduğu aynı işi daha fazla güç harcayarak yerine getirme hususunda tazminata konu olabileceği noktasına gelinmiştir.

Hatta daha da ileri bir noktaya gidilerek, bir kişinin çalışarak kazanç sağlayan biri olmaması örneğin ev hanımı olması sebebiyle kendi ev işlerini yaparken sakatlığı oranında zorlayacak olmasının tazminat isteğini haklı kılacağı görüşü benimsenmiştir. Yüksek yargı, gelinen bu noktada ev hanımlarının mal varlığının eksilmesi ya da kazanç kaybı anlayışı doğrultusunda günlük işlerini yerine getirememesini de tazminat kapsamına almıştır[8].

Beden gücündeki eksilmenin günlük ev işlerine etkisi bağlamında, ev hanımlarının kazançlarının bulunmaması ancak bu hizmetleri yerine getirerek aile bütçesine katkıda bulunarak, tasarruf sağlamaları dikkate alınmıştır. Bu katkının kaybolması veya eksilmesi durumunda bir maddi zararın doğacağı görüşü benimsenmiştir. Örnek bir davada; *"….normal yaşam süresince, ev işlerini ve hizmetlerini yürütürken, beden gücünde eksilme nedeniyle fazla efor sarf etmesi karşılığı maddi tazminata hak kazandığı kabul edilmelidir."* demek suretiyle bu durum teyit edilmiştir[9].

Yüksek yargının benzer mahiyette kararlarında ev hanımının ölüm tarihine kadar çalışacağı göz önünde tutularak, yaralanan ev hanımına ödenecek tazminatın buna göre hesaplanması gerektiğine hüküm tesis etmiştir. Hatta bir nebze daha ileri gidilerek ev hanımının ölmesi sebebiyle ailenin diğer fertlerinin ev hizmetlerinden mahrum kalacaklarından yola çıkarak destek tazminatı isteyebilecekleri iddia edilmektedir[10].

---

[8] Bu konuya ilişkin Yargıtay kararları; 4 HD 29.05.1979 tarih 2093-7151, 19 HD 14.10.1993 tarih 7605-6582, 11 HD 27.06.1996 tarih 3356-4735 örnek olarak verilebilir.

[9] Ayrıntılı bilgi için bkz. Yargıtay 15 HD 20.10.1975 tarih 3787-4103 (YKD 1976/6-879 sayılı kararı.

[10] Yargıtay 4 HD 03.10.1966 tarih 4939-8581 sayılı kararında; *"Kadın ev işlerinde kocaya yardımcı olmaktadır, bu sebeple ona bakmaktadır. Kadının ev hizmetlerini yapması sebebiyle,*

Yukarıda açıklanmaya çalışılan hususların ev hanımları bakımından dikkate alınması, kuşkusuz çalışan kadınların bedensel zararlarının tazmini konusunda benzer mahiyette talepleri ileri sürmesinin önünde engel teşkil etmemektedir. Aile bütçesine çalışarak katkıda bulunan kadınların bedensel zararlar sebebiyle tazmini yüksek yargı kararları doğrultusunda çok yönlü olarak hesaplanması gerekmektedir.

5. 6284 SAYILI AİLENİN KORUNMASI VE KADINA YÖNELİK ŞİDDETİN ÖNLENMESİNE DAİR KANUN KAPSAMINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ VE SORUMLULUK

Anayasa'nın 41. maddesi doğrultusunda aile içi şiddetin mağduru konumundaki kadını koruyucu yasal tedbirlerin alınması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu maksatla öncelikle 14.1.1998 tarihli ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunda bahse konu mağduriyetin giderilmesine yönelik yasal tedbirler sıralanmıştır[11].

Ancak bu Kanun ile toplum içinde istenilen düzeyde koruma sağlanamaması, Kanunun yetersizliklerinin sık sık dile getirilmesi[12] ve nihayetinde son zamanlarda ülkemizde arka arkaya yaşanan ciddi yaralanma, hatta ölümle sonuçlanan şiddet olayları sonrasında[13], 8.3.2012 tarihli ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun yürürlüğe girmiştir.

ölümü halinde koca bu hizmetlerden yoksun kaldığından tazminat isteme hakkı vardır." demek suretiyle ev halkının da bu tazminata hak kazandığı öngörülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik, Ahmet Çelik; Tazminatın Ölçüsü Olarak Ev Hizmetleri ve Ev Kadınlarının Destekliği, http://www.tazminathukuku.com/yargitay-kararlari/tazminatin-olcusu-olarak-ev-hizmetleri-ve-ev-kadinlarinin-destekligi.htm (Erişim tarihi: 25.03.2013)

[11] Kardam, Filiz/ Yüksel, İlknur; Aile İçi Şiddet Algısı: Niteliksel Araştırma Sonuçları, Türkiye'de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet, TC Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara 2009, s.171.

[12] Subaşı, Nüket/ Akın, Ayşe; *"Kadına Yönelik Şiddet; Nedenleri ve Sonuçları"*, http://www.huksam. hacettepe.edu.tr/siddet.htm (Erişim tarihi: 25.03.2013)

[13] Ülkemizde 2002-2011 yılları arasında 4.410 kadın öldürülmüştür. Adalet Bakanlığı kadına yönelik şiddet ve cinayetlere ilişkin yargılama istatistikleri şu şekilde açıklamıştır; 2002'den Temmuz 2009'a kadar, şiddet ve cinayetler nedeniyle toplam 12.678 dava açılmıştır. Bu davalarda 15.564 kişi yargılanırken, bunlardan 5.736'sı mahkûm olmuştur. Bu davalarda 1.859 kişi için beraat, 794 kişi için de denetimli serbestlik kararı verilmiştir. Emniyet Genel Müdürlüğü'nün resmi kayıtlarına göre Şubat 2010 ile Ağustos 2011 arasındaki 19 aylık sürede yurt genelinde 78.500 aile içi şiddet olayı yaşandığı bildirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gündoğdu, Ahmet; İnsan, Şiddet ve Kültür, Kamu'da Sosyal Politika, Ocak 2012, s.3.

6284 sayılı Kanunda yasanın amacı ve kapsamı, 4320 sayılı Kanuna nazaran daha net olarak ortaya konulmuştur. Kanun; evli olan, olmayan kadın ayrımını kaldırmış, **"ev içi şiddet", "kadına yönelik şiddet"** ve **"şiddet"** tanımını ayrıntılı olarak yapmış, Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesine atıfta bulunarak uluslararası antlaşmaların bu konudaki önemine vurgu yapılmıştır.

Kanunda şiddete maruz kalan kadınların başvuru yapacakları her birimin görev ve sorumlulukları açıkça belirtilmiştir. Şiddete maruz kalan kadının ilk başvurusunun ister kolluk kuvvetlerine, ister adli makamlara ister Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına yapılmış olması halinde her birimin alacağı tedbirler ayrıntılı olarak sıralanmıştır.

Kanun Mülki Amir ve Hâkim tarafından verilecek koruyucu tedbir kararlarının yanı sıra, Hâkim tarafından verilecek önleyici tedbir kararlarını maddeler halinde sıralamıştır. Özellikle Hâkim tarafından verilecek önleyici tedbir kararları içinde yer alan bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurulması ve tedavinin sağlanması hususu bedensel zararların tazmini ve sorumluluk kapsamında önem taşımaktadır.

Başka bir düzenleme ise Mülki Amir tarafından koruyucu uygulamalar kapsamında şiddete maruz kalan kadınlara sosyal yardım yapılması hususunda öne çıkmaktadır. Kanunun getirmiş olduğu bir diğer yenilik **Şiddet Önleme ve İzleme Merkezlerinin** açılmasıdır.

Bu merkezlerin kurulmasıyla; Bakanlık gerekli uzman personelin görev yaptığı şiddetin önlenmesi ile koruyucu ve önleyici tedbirlerin etkin olarak uygulandığı izleme çalışmaları ve destek hizmetleri vermeye başlayacaktır. Şiddet mağduru korunan kişinin barınma, geçici mali yardım, sağlık, adli yardım hizmetleri ve diğer hizmetlerini koordine etmek bu merkezin destek hizmetleri arasında yer almaktadır.

Kanun'un 19. maddesinde yer alan sağlık giderleri başlığı altında, haklarında koruyucu tedbir kararı verilen kişilerin; genel sağlık sigortalısı ya da bakmakla yükümlü olduğu kişi kapsamında olmayan veya prim borcu nedeniyle sağlık sigortasından yararlanamayan ya da diğer mevzuat hükümleri gereğince tedavi yardımından yararlanma hakkı bulunmayanları, gelir testine tabi tutmaksızın genel sağlık sigortalısı olarak sayılması, haklarında önleyici tedbir kararları verilen kişinin aynı zamanda rehabilitasyonunun

veya tedavi edilmesinin gerekli olduğuna karar verilmesi halinde, bu hizmetlere yönelik giderler ve rehabilitasyon kapsamında verilmesi gereken diğer sağlık hizmetlerinin giderlerinin Bakanlık bütçesinden karşılanacağı hüküm altına alınmıştır.

6. SONUÇ

Genel olarak incelendiğinde, ülkemizde yasal mevzuat bakımından hem Anayasa hem de Kanunlarımız açısından kadınlar için oldukça olumlu düzenlemeler ve hükümler bulunduğu görülmektedir. Hatta bazı düzenlemeler ile diğer gelişmiş medeni ülkelerden de ileri olduğumuz söylenebilir[14].

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, gerek yapılış sürecindeki katılımcı boyutuyla gerekse içerdiği hükümlerle olumlu bir adım olarak değerlendirilmektedir.

Ancak bu güne kadar yaşananlar Türkiye'de yapılan yasal değişikliklerin, ne kadına yönelik aile içi şiddetin önünü almada, ne de kadın cinayetlerini durdurmada yeterli olmadığını göstermiştir.

Bu nedenle asıl belirleyici olan yasalar değil, yasaların uygulanması ve uygulanmasını olanaklı kılan toplumsal-kültürel normlar ve yapılanma, eğitim ve istihdam gibi alanlarda yapılan düzenlemelerin kadınları ne ölçüde güçlendirdiği, toplumu kadın erkek eşitliğinin sağlanması noktasında ne kadar bilinçlendirdiğidir.

Şiddetin önlenmesine yönelik mevcut Yasa, bedensel zararlar ve tazmini bağlamında özel düzenleme içermediğinden bu konuda TBK hükümlerinin uygulanacağı açıktır.

[14] Acar, s.21.

AİLE İÇİ ŞİDDET YÖNÜNDEN BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ VE SORUMLULUK

Ömer Uğur GENÇCAN*

* Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi.

Saygıdeğer Oturum Başkanım. Seçkin Konuklar: Hepinizi sevgi ve dostlukla selamlarım.

Bilindiği üzere Ankara Barosu Başkanlığı tarafından düzenlenen "*Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi*" son günü oturum başlığı "Aile içi şiddet yönünden bedensel zararların tazmini ve sorumluluk" olarak adlandırılmış olup bu konuda tebliğ sunmak üzere dört konuşmacı belirlenmiştir.

Konuşmacılar arasında Yargıtay Üyesi bulundurma tercihinin doğal sonucu olarak "*Aile içi şiddet yönünden bedensel zararların tazmini ve sorumluluk*" konusuna yönelik tarafımdan sunulacak tebliğin kapsamı "*Yargıtay Bakışlı*" olarak şekillendirilmiştir.

Öncelikle Yargıtay'ın tebliğ konusunu oluşturan kavramlara "*bakışına*" açıklık getirilmesi gerekir. Tebliğ konusuna dayanak oluşturan "*temel kavramları*" ise aşağıdaki gibi sıralayabiliriz:

Aile kavramı.

Şiddet kavramı.

Bedensel zarar kavramı.

Sorumluluk kavramı.

Tazmin kavramı.

AİLE KAVRAMI

Aile kavramı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında olduğu gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununda. 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunda ve Kaynak Kanunda,[1] tanımlanmadığı gibi aile fertlerinin kimlerden oluştuğuna ilişkin bir düzenlemeye de yer verilmemiştir.[2]

Bu nedenle aile kavramı açısından bir tanımlama sorunundan söz edilebilir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki aile, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının m. 41 f. I hükmüne göre:

Türk toplumunun temelidir.

[1] ZGB. Schweizeriche Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)
[2] Selma ÇETİN F.R. "*Hukukumuzda Aile Kavramı*", Tl İD. Sayı:4l, s. 611.

Eşler arasında eşitliğe dayanır.[3]

Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.[4]

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.[5]

Aile; evlilik, soy bağı, ev ve duygu birliğini oluşturan bireylerin arasındaki ilişkiler yumağına verilen ad olarak tanımlanabilir.

Aile kavramı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında[6], Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununda, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunda ve Kaynak Kanunda tanımlanmadığına göre ortaya ayrıca bir de tanımlayıcı sorun çıkmaktadır.

Bilindiği üzere usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir.[7] 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 uyuşmazlıklarda ise bilindiği üzere milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır. Bu sebeple iç hukukumuz açısından Milletlerarası andlaşmalara uyma aynı zamanda bir zorunluluğun ifadesi sayılmalıdır. Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşmenin m. 16 hükmünde taraf Devletlerin kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayrımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacakları düzenlenmiştir.

İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesinin[8] özel hayatın ve aile hayatının korunması başlıklı m. 8. hükmü 1. fıkrasına göre herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı

[3] Bilindiği üzere bu fıkraya, 3.I./200I tarih ve 4709 sayılı Kanunun m. 17 hükmüyle "*ve eşler arasında eşitliğe dayanır*" ibaresi eklenmiştir.
[4] Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 20.
[5] Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Ailenin Korunması başlıklı m. 41 f. II hükmü.
[6] Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının m. 90/5.
[7] Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 m.
[8] 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanunla onaylanmıştır. (19.03.1954 günlü RG)

gösterilmesi hakkına sahiptir. Aile hayatı kavramı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bazı kararlarında da tanımlanmıştır.[9]

Olan hukuk ve olması gereken hukuk bağlamında aile terimi dört değişik anlamda kullanılmaktadır:

Dar aile/evlilik birliği/olan hukuk.

Geniş aile/soybağı birliği/ olan hukuk.

Büyük aile/ev düzeni birliği/olan hukuk.

Duygusal aile/duygu birliği/olması gereken hukuk

Bilindiği üzere Türk Medeni Kanununda ise aile terimi üç değişik anlamda kullanılmıştır;

Dar aile (Evlilik birliği) (TMK m. 185).

Geniş aile (Soybağı birliği) (TMK m. 282).

Büyük aile (Ev düzeni birliği) (TMK m. 367)

Dar aile ifadesi ile sadece karı ve kocadan oluşan birlik ifade edilmektedir. Başka bir anlatımla dar aile deyişi sadece eşlerden oluşan birlik için kullanılmaktadır. Dar aile için evlilik birliği ifadesi de kullanılabilir. Örneğin TMK. m. 185 f. I hükmüne göre evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmaktadır. Dar aile TMK m. 124-281 hükümleri arasında düzenlenmiştir.

Dar aileye çocukların da katılmasıyla geniş aile oluşur.

TMK. m. 322 hükmüne göre ana, baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlüdürler. Geniş aile için soybağı birliği ifadesi de kullanılabilir. Geniş aile TMK m. 335-363 hükümleri arasında düzenlenmiştir.

Aile hâlinde yaşayan birden çok kimsenin bir ev başkanının otoritesine bağlı olarak oluşturduğu topluluğa en geniş anlamda aile denilir.[10] Ev başkanı; Yasaya, sözleşmeye[11] veya örfe göre[12] belirlenmiş olmalıdır. Aile

[9] Gilles DUTERTRE, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler. Avrupa Konseyi Yayınları, Eylül 2007.
[10] TMK. m. 367.
[11] Hizmet sözleşmesi gibi,
[12] En yaşlı erkek gibi.

hâlinde yaşayan birden çok kimsenin oluşturduğu bu topluluğun bu şekilde belirlenen bir ev başkanı varsa, evi yönetme yetkisi de ev başkanınındır.

Ev başkanının evi yönetme yetkisi aşağıdaki ilişkiler içinde bir arada yaşayanların hepsini içermektedir;

Kan hısımlığı ilişkisi.

Kayın hısımlığı ilişkisi.

İşçilik ilişkisi.

Çıraklık ilişkisi.

Benzeri sebepler ilişkisi.

Koruma ilişkisi.

Gözetme ilişkisi.

Belirli nesne, olay veya bireylerin insanın iç dünyasında uyandırdığı izlenim duygu olarak tanımlanmaktadır.[13] Öyle fiziksel, ruhsal, cinsel, romantik ilişkiler vardır ki bu ilişkiler onu yaşayanlar/yaşamışlar arasında aile ilişkisi varmış izlenimini uyandırmaktadır/uyandırır/uyandırabilir.

İşte hukuk alanında kısmen düzenlenmiş kısmen düzenlenmemiş hu tür ilişkileri yaşayan/yaşamış kişiler arasındaki oluşan/oluşmuş aile izlenimine dayanarak bu kategori ilişkiler duygusal aile olarak adlandırılabilir.

Duygusal aile, Aile Hukuku mevzuatında yer almadığı/bulunmadığı halde bu tür ilişki kategorileri olması gereken hukuk açısından kendisine aile gibi/aile benzeri davranılması gereğini düşündürebilir/çağrıştırabilir. Aile Hukukunun günü geldiğinde duygusal aileyi de düzenleyeceği/bünyesine alacağını söylemek için ön bilici[14] olmaya gerek bulunmamaktadır.

Olması gereken hukuk konusu olan duygusal aile aşağıdaki ayrımlamaya göre incelenebilir;

Eski ilişkidekiler.

Yeni ilişkidekiler.

Ayrı yaşayıp ilişkisi sürenler.

[13] Türkçe Sözlük. TDK. Ankara-2005, s. 580.
[14] Kâhin.

Olması gereken hukuk konusu olan duygusal ailenin ilk kategorisini eski ilişkidekiler oluşturmaktadır. İlişkinin sona ermesi duygusal aile kavramına etkili değildir.

Duygusal aileyi oluşturan eski ilişkilere aşağıdaki örnekler verilebilir;

Eski arkadaş[15],

Eski nişanlı,

Eski eş[16],

Eski sözleşmeli[17] ,

Eskiden birlikte yaşayan[18],

Eskiden birlikte yaşamak zorunda kalan,

Eskiden cinsel ilişki kuran[19].

Olması gereken hukuk konusu olan duygusal ailenin ikinci kategorisini yeni ilişkidekiler oluşturmaktadır. İlişkinin yeni başlaması duygusal aile kavramına etkili değildir.

Duygusal aileyi oluşturan yeni ilişkilere aşağıdaki örnekler verilebilir;

Yeni arkadaş[20],

Yeni nişanlı.

Yeni sözleşmeli[21],

Birlikte yaşayan,[22]

---

[15] Aynı çatı altında yaşanmış/yaşanmamış, okul, dershane, yurt, işyeri, askerlik vb. gibi yoğun arkadaşlıklar.

[16] Evlilik birliği sonlansa da eski eş duygusal aile içinde kalmaya devam eder.

[17] Büyük aile kavramına giren ya da girmeyen eski sözleşmeliler.

[18] Bu birlikte yaşamanın aynı çatı altında olması zorunlu değildir.

[19] Birbirleriyle eskiden bir şekilde yoğun cinsel ilişki kurmuş olanlar da duygusal aile kavramına girerler. Cinsel ilişkinin sürdürülmemiş olması yaşanan birlikteliğin yokluğunu göstermemektedir.

[20] Aynı çatı altında yaşayan/ayrı yaşayan okul, dershane, yurt, işyeri, askerlik vb. gibi yoğun arkadaşlıklar.

[21] Büyük aile kavramına girmeyen yoğun ilişkideki yeni sözleşmeliler.

[22] MARCKX-BELÇİKA davasının 13 Haziran 1979 tarihli kararında m. 8 hükmünün uygulanması açısından ailenin meşru veya tabii olmasına göre ayırım yapılmaması gerektiğine işaret edilerek yapılacak böyle bir ayrımlamanın doğum bakımından ayrımcılık yapılmasını yasaklayan İH AS m. 14. hükmündeki herkes sözcüğüne uygun olmadığı kararlaştırılmıştır. ELSHOLZ-ALMANVA davasının 13 Temmuz 2000 tarihli kararında ise, aile kavramının, evliliğe dayalı ilişkilerle sınırlı olmadığı ve tarafların evlilik olmadan bir arada oturduğu fiili aile bağlarını da kapsayabildiği kabul edilmiştir. (Gilles DUTERTRE, Avrupa İnsan Haklan Mahkemesi Kararlarından Örnekler. Avrupa Konseyi Yayınları. Evlül 2007. s. 314-315.)

Birlikte yaşamak zorunda kalan.

Öğrenim, tedavi, seyahat gibi değişik sebeplerle

Cinsel ilişkiyi sürdüren[23]

Olması gereken hukuk konusu olan duygusal ailenin son kategorisini ayrı yaşayıp ilişkisi sürenler oluşturmaktadır. İlişkinin taraflarının ayrı yaşamaları duygusal aile kavramına etkili değildir.

Duygusal aileyi oluşturan ayrı yaşayıp ilişkisi sürenlere aşağıdaki örnekler verilebilir:

Bakım görevlileri[24],

Akrabalar[25],

Romantik ilişkidekiler[26].

Sözleşmeliler.

ŞİDDET KAVRAMI

Şiddet çok boyutlu olduğu kadar aynı zamanda çok türlü bir kavramdır.[27] Bu sebeple öncelikle şiddetin bir tanımının yapılmasında bir zorunluluk bulunmaktadır. Şiddet, kişinin onuruna, bedensel bütünlüğüne, özgürlüğüne, yaşam hakkına, güvenliğine ve cinselliğine yönelik zorlayıcı, saldırgan ve tecavüzkâr davranışların bütünüdür.

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun m. 2 hükmünde şiddet ifadesi ile ayrıca kişinin, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfî engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel

---

JOHNSTON- İRLANDA davasının 18 Aralık 1986 tarihli kararında çocuklarıyla beraber yaşayan evli olmayan çiftlerin normalde aile hayatı yaşadığını, söz konusu ilişkinin istikrarlı olma özelliğinden ve diğer yönleriyle evliliğe dayalı bir aileden ayırt edilememesinden dolayı kabul edilmiştir. (Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, AİHS'nin 8. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları No: I. Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Eylül 2007. s. 15.)

[23] İlişkileri birbirleriyle sadece cinsel ilişki kurmaktan ibaret olanlar da duygusal aile kavramına dâhildirler.

[24] Ev halkından birinin gündüz bakımını yapıp geceleri ayrı yaşayan bakıcı duygusal aile kavramına dâhildir.

[25] Kan ya da kayın hısımları.

[26] Bu ilişkinin boyutunun bir önemi bulunmamaktadır.

[27] Mehmet Ali UÇAR, Aile İçi Şiddet ve Aile Koruma Yasası, Ankara-2003, s. 77.

alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranışın anlaşılması gerektiği de açıkça ifade edilmiştir.

Birleşmiş Milletler Kadına Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirgesinde de kadına yönelik şiddet tanımlanmış bulunmaktadır. Buna göre; ister kamusal isterse özel yaşamda meydana gelsin, kadınlara yönelik fiziksel, cinsel, psikolojik acı veya ıstırap veren ya da verebilecek olan cinsiyete dayalı bir eylem uygulama ya da bu tür eylemlerle tehdit etme, zorlama veya keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakma şiddet olarak tanımlanmış bulunmaktadır.

BEDENSEL ZARAR KAVRAMI

Aile içi şiddetten zarar gören birey açısından onun bedensel bütünlüğün örselenmesinin yol açtığı tüm masraflar bedensel zarar kapsamında değerlendirilmelidir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 54 hükmüne göre bedensel zararlar "*özellikle*" şunlardır;

Tedavi giderleri.

Kazanç kaybı.

Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.

Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar

Aile bireylerinin vücut bütünlüğüne zarar veren her türlü davranış fiziksel şiddet sayılır. Fiziksel şiddetle ilgili davranışlar uygulamada çeşitlilik göstermektedir.

Aile bireylerinin fiziksel şiddet içeren davranışları aşağıdaki gibi ayrımlayabiliriz.

Doğrudan fiziksel şiddet.

Dolaylı fiziksel şiddet.

Diğer fiziksel şiddet sebepleri

Aile bireylerinin fiziksel şiddet içeren davranışlarına uygulamadan örnekler verebiliriz: Dövmek, yaralamak, fırlatmak, ısırmak, itmek, cisimle vurmak, tekmelemek, saçını çekmek, tırmalamak, koparmak, üzerine yürümek, kaynar su dökmek.

Aile bireylerinin dolaylı fiziksel şiddet içeren davranışlarına uygulamadan örnekler verebiliriz: Kilitlemek, zarar vermek, zorlama içeren davranışta bulunmak, kavgaya katılmak, şiddete kalkışmak

Yargıtay'a göre manevi zarar, kişilik değerlerinde oluşan objektif eksilmedir. Duyulan acı, çekilen ızdırap manevi zarar değil onun görüntüsü olarak ortaya çıkabilir. Acı ve elemin manevi zarar olarak nitelendirilmesi sonucu tüzel kişileri ve bilinçsizleri; öte yandan acılarını içlerinde gizleyenleri tazminat isteme haklarından yoksun bırakmamak için yasalar, manevi tazminat verilebilecek olguları sınırlamıştır.

Bunlar aşağıdaki durumlarından biri ile kişilik haklarının zedelenmesidir;

Kişilik değerlerinin zedelenmesi (TMK m. 24).

İsme saldırı (TMK m. 26),

Nişan bozulması (TMK 111. 121),

Evlenmenin feshi (TMK m. 158),

Bedensel zarar ve ölüme neden olma (BK 111. 56)

Bunlardan TMK'nın 24. maddesi ile BK'nun 56. maddesi daha kapsamlıdır. TMK'nun 24. maddesinin belli yerlere yollaması nedeniyle böyle bir durumun bulunduğu yerde, onu düzenleyen kurallar[28] bunların dışında BK'nun 56. maddesi uygulanır.[29]

TMK m. 24 hükmünde belirlenen kişisel çıkarlar, kişilik haklarıdır. Kişilik hakları ise, kişisel varlıkların korunmasıyla ilgilidir. Yargıtay'a göre kişisel varlıklar, bedensel ve ruhsal tamlık ve yaşam ile nesep gibi insanın, insan olmasından güç alan varlıklar ya da kişinin adı, onuru ve sır alanı gibi dolaylı varlıklar olarak iki kesimlidir.

SORUMLULUK KAVRAMI

Yargıtay'a göre kural olarak bedensel zarar nedeniyle tazminat isteminde bulunma hakkı zarar görene aittir. Diğer yandan, kişisel hakları zarara uğrayanların da tazminat talep hakları vardır. Burada da, kural olarak doğrudan doğruya zarar görme koşulu söz konusudur. Ancak, kişilik değerlerinin kapsam ve çerçevesi hayatın olağan akışına, yerleşik değer yargılarına ve yaşam deneyi kurallarına dayalı olarak belirlenmelidir. Bir kimsenin beden

[28] ANKARA BAROSU, Yurttaşım! Kadınım Haklarım Var!. Ankara Barosu Kadın Hakları Kurulu ve Kadın Danışma Merkezi, Ankara-2005, (Kısaltma: Yurttaşım), s. 7, UÇAR, s. 77.
[29] Örneğin; TMK 26. 174.287

ve ruh tamlığının ihlali sonucunda, onun yakınlarının da korunan varlıkları doğrudan zarara uğramış olabilir. Koşullar gerçekleştiğinde, ruhsal uyum ve dengesi sarsılanın, kişilik değerlerine saldırı nedeniyle manevi tazminat isteyebilmesi olanağı vardır. Ailenin, kişisel değerler arasında önemli ve üstün bir yeri vardır ve kişilik hakkı aile ilişkilerini de kapsar.[30]

Aile içi şiddetten zarar gören birey açısından manevi tazminat istemini gerektiren sorumluluk sebeplerine Yargıtay uygulamasından örnekler verebiliriz:

Annenin hayati tehlike taşıdığı haller dışında erkek eş tarafından rahim tahliyesine (kürtaja) zorlanan kadına diğer koşulları da varsa istek halinde manevî tazminat verilmelidir.[31]

"*....Eşini kürtaja zorlayan koca boşanmaya sebep olan hadiselerde daha ağır kusurludur. Türk Medeni Kanununun 174/2 maddesi, boşanmaya sebebiyet vermiş olan olaylar yüzünden kişilik hakları saldırıya uğrayan tarafın, kusurlu olandan manevi tazminat isteyebileceğini öngörmüştür. Toplanan delillerden evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda tazminat isteyen kadının ağır ya da eşit kusurlu olmadığı, bu olayların kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği anlaşılmaktadır*"[32]

Eşlerden biri her ne sebeple olursa olsun eşine fiziksel şiddet uygulamışsa diğer koşulları da varsa istek halinde diğer eşe manevî tazminat verilmelidir.

•'....Davalı (koca) tanık beyanlarında geçen olaylardan sonra evlilik birliği devam etmiştir. Taraflar arasındaki en son olay barışmak üzere gelen davalı kocanın davacı eşini tekme tokat dövmesidir. Türk Medeni Kanununun 174/2 maddesi, boşanmaya sebebiyet vermiş olan olaylar yüzünden kişilik hakları saldırıya uğrayan tarafın, kusurlu olandan manevi tazminat isteyebileceğini öngörmüştür. Toplanan delillerden evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda tazminat isteyen kadının ağır ya da eşit kusurlu olmadığı, bu olayların kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği anlaşılmaktadır.[33]

[30] Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.

[31] Y4HD. 24/12/2012. E. 2012/167. K. 2012/19826.

[32] Y4HD. 29/11/2012. E. 2012/13508. K. 2012/18250.

[33] KIRKBEŞOĞLU, s. 31.

Eşlerden biri eşini olağandışı cinsel ilişkiye zorlamışsa diğer koşulları da varsa istek halinde diğer eşe manevî tazminat verilmelidir.

"...Davalı kocanın davacı kadını olağandışı cinsel ilişkiye zorladığı anlaşılmaktadır. Davacı kadına uygun miktar manevi tazminat verilmemesi usul ve yasaya aykırıdır.[34]

Eşlerden biri eşine cinsel istismarda bulunmuşsa diğer koşullan da varsa istek halinde diğer eşe manevî tazminat verilmelidir.

"*...boşanmaya neden olan olaylarda eşini cinsel yönden istismar eden ve evden kovan davacı-karşı davalı Nejdet tam kusurludur. Türk Medeni Kanununun 174/2 maddesi, boşanmaya sebebiyet vermiş olan olaylar yüzünden kişilik hakları saldırıya uğrayan tarafın, kusurlu olandan manevi tazminat isteyebileceğini öngörmüştür. Toplanan delillerden evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda tazminat isteyen davalı-karşı davacı Yeter'in ağır ya da eşit kusurlu olmadığı, bu olayların kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği anlaşılmaktadır*"

TAZMİN KAVRAMI

Aile içi şiddetten zarar gören birey açısından onun bedensel bütünlüğün örselenmesinin yol açtığı tüm masraflara yönelik bedensel zarara konu hastane masraflarına ilişkin istem aile mahkemesinin görev kapsamında olmayıp genel mahkemeler görevlidir.

Örneğin boşanma davasında dava/karşı dava dilekçesinde yer alan hastane giderleri istemi boşanmanın eki sayılan maddî tazminat isteği dışında kalan diğer isteklerden olup harca bağlıdır.

"*...Davacı kocanın dava dilekçesinde yer alan hastane masraflarının davalı kadından tahsiline yönelik istemi boşanmanın eki niteliğinde bulunmadığından Asliye Hukuk Mahkemesi görevli olduğu gözetilmeden işin esasının incelenerek yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır.*"

Manevî tazminat belirlenirken onun tatmin, ceza ve telafi boyutu göz önüne alınmalı tek boyuta dayalı oluşumdan ziyade çok boyutlu hüküm kurmaya öncelik verilmelidir.

[34] Kadın eşin yumurta hücresi ile erkek eşin sperm hücresinin karşılaşmasından itibaren 24 saat sonra döllenme oluşmaktadır. Bu andan sonra nucleinin çekirdeği kırılmakta ve DNA yapısı oluşmaktadır. İşte bu durumda artık kimsenin müdahale edemeyeceği bir hayat süreci başlamaktadır KIRKBEŞOĞLU. s. 31.

Manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde kişilik haklarına yapılan saldırının niteliği nazara alınmalıdır. Hükmedilen manevî tazminat ruhsal dengeyi düzeltecek ve duyulan acıyı dindirecek düzeyde olmalıdır.

"... Boşanmaya sebep olan hadiselerde eşini ve çocuklarını döven, birlik görevlerini yerine getirmeyen ve davacıyı kovan koca tam kusurludur. Davacının boşanmayı gerektirecek bir kusuru tespit edilememiştir. Tarafların tespit edilen ekonomik ve sosyal durumları, boşanmaya yol açan olaylardaki kusur derecesine paranın alım gücü, kişilik haklarına yapılan saldırı ile ihlâl edilen mevcut ve beklenen menfaat dikkate alındığında kadın yararına takdir edilen maddi ve manevi tazminat azdır. Türk Medeni Kanununun 4. maddesindeki hakkaniyet ilkesi ile Borçlar Kanununun 42 ve 44. maddesi hükmü dikkate alınarak daha uygun miktarda maddi (TMK.md. 174/1) ve manevi (TMK .md. 174/2) tazminat takdiri gerekir. Bu yönler gözetilmeden hüküm tesisi doğru bulunmamıştır."

"...Boşanmaya neden olan olaylarda sadakatsiz davranışlarda bulunan koca tamamen kusurludur. Tarafların tespit edilen ekonomik ve sosyal durumları, boşanmaya yol açan olaylardaki kusur derecesine paranın alım gücü, kişilik haklarına yapılan saldırı ile ihlâl edilen mevcut ve beklenen menfaat dikkate alındığında kadın yararına takdir edilen maddi ve manevi tazminat azdır. Türk Medeni Kanununun 4. maddesindeki hakkaniyet ilkesi ile Borçlar Kanununun 42 ve 44. maddesi hükmü dikkate alınarak daha uygun miktarda maddi' (TMK.md. 174/1) ve manevi (TMK .md. 174/2) tazminat taktiri gerekir. Bu yönler gözetilmeden hüküm tesisi doğru bulunmamıştır.[35]

Manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde tarafların ekonomik durumu da nazara alınmalıdır.

"Mahkemenin boşanma ve maddi tazminat davasının kabulüne, manevi tazminat davasının kısmen kabulüne, yoksulluk nafakası talebinin reddine ve karşı davanın reddine dair verdiği karar. Özel Dairece yukarıda belirtilen nedenle manevi tazminat yönünden bozulmuş, mahkemece "tarafların ekonomik ve sosyal konumu, davacının evlilik birliğinin devam etmemesi nedeniyle karşı karşıya kaldığı sorunlar, aldatmanın yarattığı travma ve bunun kişilik üzerinde yaratacağı ağır olumsuz etki, değerlendirildiğinde takdir edilen 100.000 TL manevi tazminatın hakkaniyete uygun olduğu gerekçesiyle önceki kararda direnilmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 174/2.

[35] Y2HD, 08.03.2004. 2065-2873.

maddesine göre, boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan tarafın, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebileceği öngörülmüştür. Manevi tazminat, bozulan manevi dengenin yerine gelmesi için kabul edilmiş bir telafi şekli olup boşanmaya sebep olan olayların kişilik haklarına saldırı teşkil etmesi halinde manevi tazminata hükmedilir. Manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde ise kişilik haklarına yapılan saldırının niteliği ve tarafların ekonomik sosyal durumu nazara alınmalıdır. Tüm dosya kapsamından davalı-k.davacı kocanın eşini başka bir kadınla aldattığı sabit olup evlilik birliği bu nedenle sona ermiştir. Davacı-k.davalı kadına boşanmaya neden olan olaylar sebebiyle kusur izafe edilemez. Kaldı ki somut olayda dosya kapsamından da anlaşıldığı üzere Borçlar Kanunu 44.maddenin uygulanma olanağı bulunmamaktadır. O halde dosyadaki belgelerden ekonomik durumunun çok iyi olduğu anlaşılan koca aleyhine verilen manevi tazminat miktarı yerinde olup, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.[36]

Manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde tarafların sosyal durumu da nazara alınmalıdır.

"Manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde ise kişilik haklarına yapılan saldırının niteliği ve tarafların ekonomik sosyal durumu da nazara alınmalıdır.[37]

Manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde tazminatın kusursuz ya da az kusurlu eş için zenginleşme aracı olmaması nazara alınmalıdır.

"..Boşanmada manevi tazminatın amacı, boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan tarafın, bozulan ruhsal dengesini telafi etmek, manevi değerlerindeki eksilmeyi karşılamaktır. Onun için, kişilik haklarını ihlal eden fiille, tazminat miktarı arasında makul bir oranın bulunması gerekir. Bir tarafın zenginleşmesine yol açacak sonuçlar doğurur miktarda manevi tazminat takdiri, müesseseyi amacından saptırır. Hâkim, tazminat miktarını saptarken, bir yandan kişilik hakları zedelenen tarafın, ekonomik ve sosyal durumunu ve boşanmada kusur bulunup bulunmadığını ve varsa kusur derecesini, fiilin ağırlığını; öbür yandan da kişilik haklarına saldırıda bulunanın kusur derecesini, ekonomik ve sosyal durumunu göz önünde bulundurmak zorundadır. Açıklanan ilkeler gözetildiğinde kadın

[36] Y2HD, 31.01.2008, 8152-716.
[37] Y2HD. 22.11.2005. 12966-16089.

yararına takdir edilen manevi tazminat miktarı orantısız ve çoktur. Daha uygun miktarda tazminat takdiri gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.[38]

Zenginleşmenin ölçüsü tarafların yaşadıkları çevre, ekonomik durumları, paranın alım gücü ve sosyal statüleri dikkate alınarak belirlenecektir. Ne var ki manevi tazminatın teselli edici, sakinleştirici, yatıştırıcı, onarıcı, dengeleyici, telafi edici, örtücü özellikleri de gözden kaçırılmamalıdır.

Manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde tazminatın az kusurlu eş için verildiği dikkate alınarak kusur dağılımı da nazara alınmalıdır. Örneğin fiziksel ve ekonomik şiddete maruz kaldığı halde eşine duygusal şiddet uğrayan eşin için manevi tazminat istemi az kusurlu olduğu için kabul edilebilirse de az kusurlu olduğu gerçeği de gözden uzak tutulmalıdır.

Aile mahkemesi hâkimi manevî tazminatı sermaye (toptan ödeme) olarak hükmetmek zorundadır. Aynı şekilde manevî tazminatın toptan ödenmesine karar verilmişken bunun bölünerek ödenmesine karar verilemez.

"...Hüküm açık infazda tereddüde yer vermeyecek şekilde kurulmalıdır. Mahkemece maddi ve manevi tazminata toptan hükmedilmiştir. Bu yön gözetilmeden Türk Medeni Kanununun 176/son maddesine uygun istek olmadan ve maddi tazminata irat şeklinde hükmolunmadan infazda tereddüde yer verecek şekilde, tazminatların bölünerek takdiri doğru bulunmamıştır.[39]

Maddî tazminatta olduğu gibi manevî tazminatın kaldırılması veya miktarının değiştirilmesi[40] söz konusu değildir.

Manevî tazminatın sermaye olarak bir defada ödendiği düşünüldüğünde bu düzenleme doğaldır.

743 sayılı Türk Kanunu Medenîsinin 145^2 inci maddesine göre manevî tazminatın dönemsel gelir olarak hükmedilmesi olanaksızdı.[41] 4721 say ılı Türk Medenî Kanununun. 176 t. II hükmüne göre ise manevî tazminatın irat biçiminde ödenmesine karar verilemez.

"*'...Türk Medeni Kanununun 176/2. maddesine göre manevi tazminatın irat biçiminde ödenmesine karar verilemez. Davacı için aylık 2,5 milyar lira manevi tazminatın davalıdan alınıp davacıya verilmesine şeklinde karar*

[38] Y2HD. 19.10.2005, I 1687-14484.
[39] YHGK. 21.10.2009. E. 2009/2-410. K. 2009/447.
[40] YHGK. 13.04.2011. E. 2010/2-751. K. 2011/96.
[41] Y2HD. 03.06.2009. 8254-10639.

verilmesi doğru değilse de bu husus yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden hükmün düzeltilerek onanmasına karar verilmesi gerekmiştir."

743 sayılı Türk Kanunu Medenîsinin 143/2 inci maddesine göre hâkim manevî tazminat namıyla muayyen bir meblağa hükmedebilirdi. Yasada yer alan muayyen meblağ deyimi sebebiyle hâkim mutlaka belirli bir miktar parayı manevî tazminat olarak hükmetmesi zorunluydu[42].

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 174 f. II hükmüne göre ise boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir.

Görüldüğü üzere manevî tazminatın mal (ayın) olarak ödenmesi olanaksızdır.

"...Davalı kadın 11.06.2004 günlü dilekçesinde tazminat olarak (250 dönüm tarla) istemiştir. Bu tazminatın ayın olarak verilmesi sebebini açıklamamıştır. Davalıya bu tazminatın miktarının Yeni Türk Lirası olarak açıklattın İması, ne kadarının maddi, ne kadarının manevi tazminat olduğunun sorulması sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.[43]

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 174 f. II hükmüne göre hükmedilecek olan manevî tazminatın eşler arasında bir anlaşma yoksa yabancı para olarak ödenmesine karar verilemez.

"...Taraflar arasında tazminatların yabancı yara ile ödenmesi konusunda bir anlaşma olmadığı halde Borçlar Kanununun 83. maddesine aykırı olarak maddi ve manevi tazminata Dolar üzerinden karar verilmesi doğru olmamıştır.

"...Taraflar arasında nafakalar ve tazminatların yabancı para ile ödenmesi konusunda bir anlaşma olmadığı halde Borçlar Kanununun 83. maddesi hükmüne aykırı olarak tedbir nafakası, iştirak nafakası ve manevi tazminata EURO cinsinden hükmedilmesi usul ve yasaya aykırıdır.[44]

Manevi tazminatın sadece toptan olarak ödenmesine karar verilebileceğinden taksit şeklinde ödenmesine de karar verilemez.

---

[42] 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsinin 145/3-4 üncü maddesinin manevî tazminat verilmesi durumunda uygulanması olanaklı değildir.

[43] Y211D. 04.05.2004. 5044-5752.

[44] Hâkim, manevî tazminatın miktarını belirlerken isteği aşamaz. (YHGK, 26.2.1997. 2-800/121.) Y2IID. 09.02.2005. 16765-1649.

"Boşanmanın eki niteliğinde hükmedilecek tazminatların ödenme biçimi Türk Medeni Kanununun 176. maddesinde açıklanmıştır. Bu maddeye göre maddi tazminatın toptan veya irat biçiminde, manevi tazminatın ise sadece toptan olarak ödenmesine karar verilebilir. (TMK.176/1-2. m.) Mahkemece yasada belirtilen ödeme biçimi dışına çıkılarak hükmedilen maddi ve manevi tazminatın dört taksit şeklinde ödenmesine karar verilmesi doğru değildir. Ne var ki davacının bu yönde temyizi bulunmadığından bozma nedeni yapılmamış yanlışlığa işaret edilmekle yetinilmiştir.[45]

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 174 f. II hükmüne göre hükmedilecek olan manevî tazminatın miktarı belirlenirken eşlerin kusurları indirim sebebi olarak dikkate alınmalıdır.

"*...Kadının, 29.05.20014 tarihinde kocasını ve kayınbabasını "mürteci"*[46] oldukları iddiasıyla Genelkurmay Başkanlığına şikayet etmesi ve idari soruşturma geçirmesine sebep olması kusurlu bir davranıştır. Bu durumun Borçlar Kanununun 42. maddesi gereğince tazminattan indirim sebebi sayılması gerekir. Bu yön gözetilmeden ve tartışılmadan yazılı miktarda tazminata hükmolunması doğru görülmemiştir.[47]

SONUÇ

"Aile içi şiddet yönünden bedensel zararların tazmini ve sorumluluk[48] tarafımdan "*Yargıtay Bakışlı*" olarak zamanın elverdiği oranda açıklanmaya çalışılmıştır.

Beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür ederim.

[45] Y2İİD. 31.03.2005. 3128-5212.
[46] Y2I İD. 12.05.2003, 5874-6987.
[47] Y2HD, 27.04.2004. 4597-5394.
[48] Y2HD. 01.03.2005. 16887-3082.

Av. HİLAL AKDENİZ- Teşekkür ederim Hocam. Önce tüm konuklarımıza ve siz sevgili hocalarıma, kıymetli hocalarıma barom adına ve şahsım adına hoş geldiniz diyorum, hepinizi saygıyla selamlıyorum efendim.

Konuşmama başlamadan önce Hocamın da bahsettiği gibi, anlattığı gibi bugün bizim akşam bir balomuz var, 5 Nisan Avukatlar Günü etkinliğiyle. Bu arada Avukatlar Gününüzü de kutluyorum. Şehir dışından ve yurtdışından gelecek misafirlerimiz var. Ben erken ayrılacağım, sunumumu da erken yapıyorum. Bu anlamda da özür diliyorum hepinizden.

Bir tanıtım filmimiz var, onu izledikten sonra ben sunumumu yapacağım. Sağ olun.

(Tanıtım filmi izlendi)

Teşekkür ediyorum. Gerçekten Baro Başkanımız Sayın Metin Feyzioğlu'nun dediği gibi, kadınlara yalnız değilsiniz demek için, toplum adına kadınlardan özür dilemek için biz 2 Nisan 2011 tarihinde Gelincik Projesini hayata geçirdik. Neydi bizi bu projeyi hayata geçirmeye iten etken? Öncelikle aslında hani neydi sorusu biraz abartılı geldi, benim ağzımdan da çıktıktan sonra. Çünkü hepimiz biliyoruz ki, hemen hemen her gün üçle beş arası yaklaşık kadın öldürülüyor. İşte 2001 ile 2009 arasında *-elimizdeki*

* Ankara Barosu Gelincik Projesi Başkanı-Ankara Barosu Yönetim Kurulu Üyesi.

tek resmi sonuç bu olduğu için maalesef Bakanlık tarafından yaptırılan- artış yüzde 1400, 2002 ile 2009 arasında, yedi yılda yüzde 1400 artış olmuş kadın cinayetlerinde.

Tabii biz baro olarak bu konuya duyarsız kalamazdık, bir şeyler yapmak lazım dedik. Daha önceden yapılan neydi? Onu da söyleyeyim. Daha önce yapılan şey, diğer barolarda olduğu gibi kadın kurulları aracılığıyla, şiddet gören kadının baromuza başvurması durumunda, kadın kurullarında komisyonlarında görev yapan avukat arkadaşlarımız ki, çok büyük emekleri vardır. Ben biliyorum, bizim kadın kurulunun yıllarca nasıl çalıştığını bu konuda. Mağduru dinleyip, ona hukuki destek. Önce sözlü bir danışmanlık, daha sonra eğer yasal yollara başvurulması gerekiyorsa, işte savcılığa ya da aile mahkemesine dava açmak istiyorsa, o zaman da bir dilekçe yazılıyordu.

Tabii mağdur elinde dilekçeyle adliyeye gittiğinde ki, avukatız, bizler bile bazen adliyede o kalemden vezneye, vezneden savcılığa git-gellerde o kadar zorluk yaşıyoruz ki. Düşünebiliyor musunuz gözü morarmış, kolu alçılı bir kadın, elinde dilekçeyle adliye koridorunda geziyor. Bir-iki işi yaptıktan sonra genellikle kadınlar vazgeçiyordu. Bunları yaşadığımız-gördüğümüz için söylüyoruz. Aman ne uğraşacağım, gider sopamı yerim daha iyi tarzında, hakkını aramaktan vazgeçiyordu.

Biz aslında normalde Avrupa Birliği ülkelerinin pek çoğunda, içerisine girmek için, üye olmak için mücadele ettiğimiz Avrupa ülkelerinin pek çoğunda devletin yaptığı bir işi yapmaya soyunduk âdeta. Sosyal devlet ilkesinin hayata geçirilmemesinden dolayı boşluğu doldurmaya çalıştık. Dedik ki, hukuki destek verelim, ama onun yanında sadece dilekçe verip göndermeyelim, bir avukat ataması yapalım ve öyle bir iş yapalım ki, o avukat arkadaşımız onunla birlikte noterinden, savcılığa, adli tıbba, aile mahkemesine tüm aşamalarda el ele kol kola onun artık bütünü, bir sırdaşı gibi çalışsın. Artı psikolojik destek verelim, gelir gelmez en azından ilk görüşmeyi yaparken avukat, rahatlatıcı bir destek verelim. Daha da önemlisi, ona bir kalacak yer Bakanlık aracılığıyla sağlayalım. Bu amaçla yola çıktık dediğim gibi.

Önce Ankara Valililiğinden çok büyük destek aldık, hâlâ da devam ediyorlar destek olmaya. Sonra Bakanlıkla bir protokol imzaladık, emniyetle imzaladık ve projeyi hayata geçirdik. Biraz önce tanıtım filmimizde görüldüğü gibi, iki yılda yaklaşık 13 bin kadına ses verdik, 2000 kadınla

yüz yüze görüşme yaptık, 1000 civarında avukat ataması yaptık, 500 kadını da sığınma evine yerleştirdik.

Peki, bu kadar çok ilgi görülmesi, duyulması ya da projenin başarılı olması; aslında başarılı olması derken de üzülüyorum. Keşke bu olaylar hiç olmasa, kadına yönelik şiddet olmasa da proje de bu şekilde başarılı olmasa, ama maalesef bizim ülkemizin gerçeği bu.

Şimdi şöyle bizim projemiz, ben hemen anlatmaya çalışayım size. İki avukat türümüz var bizim projede; rehber ve gönüllü avukatlarımız. 444 43 06 numaralı bir telefon hattımız var. 7 gün 24 saat, farklılığımızın biri burada başlıyor, 7 gün 24 saat arada herhangi bir telesekreter, telefonik bir ses olmadan, orada canlı da olsa başka bir görevli olmadan, direkt arandığında bir rehber avukat arkadaşımız mağdura *"efendim buyurun, nasıl yardımcı olabilirim"* diye cevap veriyor.

Tabii çok ciddi aramalar var. Başlangıçta şey diye de arandık, merak edip arayanlar da oldu. Acaba gerçekten açıyorlar mı ya da bir avukat mı arıyor diye, ama artık bir yıldan sonra oturdu. Artık herkes avukatın açtığını biliyor. Rehber avukatımız mağdurla ilk görüşmeyi yapıp, ondan durumunu öğrendikten sonra ikinci farklı uygulamamız, mağdura şöyle bir soru soruyor *"efendim Gelincik Merkezimize gelebilme ihtimaliniz var mı, araç gönderip sizi aldıralım mı?"* işte sosyal devletin yapmadığını yapıyoruz dediğim nokta bunlar aslında. Tabii şiddet anındaysa, yani akut bir olay yardım gerekiyorsa, zaten kadının kendisinin bizim merkeze gelmesi mümkün değil. Bu durumda hemen üç aracımız var amaca tahsis edilmiş, göreve tahsis edilmiş. Hemen araçlarımızdan biri, içinde bir görevli arkadaşımızla ve bölgeden de emniyet güçlerinden, kolluk kuvvetlerinden yardım almak kaydıyla, mağdurun olduğu yere gidip, mağduru alıp merkezimize getiriyor.

Merkeze gelen mağdur hemen telefon görüşmesini yapan avukat arkadaşla ilk yüz yüze görüşmeyi sağlıyor. O görüşmeden sonra tabii eğer yarası filan varsa, darp edilmişse, tıbbi müdahale gerekiyorsa hastaneye gönderiyoruz. Anlaşmalı hastanelerimiz var. Özellikle HRS Kadın Hastanesi bu konuda çok büyük desteği ve yardımcımız, proje ortağımız aynı zamanda, hemen hastaneye gönderiyoruz. Sonrasında eğer yoksa herhangi bir tıbbi müdahale gerekmiyorsa psikolog arkadaşımızı çağırıyoruz, onunla görüştürmeyi yapıyoruz.

Sonra rehber avukat arkadaşla görüştükten sonra ne istediğini soruyoruz. Öncelikle kalacak yeri var mı? Yoksa kalacak yeri hemen sığınma

eviyle iletişime geçip, bir sığınma evi ayarlıyoruz ona. Sonrasında da ya da evde kalmak istiyor, eşinin evden uzaklaştırılmasını istiyorsa, işte 6284'den uzaklaştırma kararı alınacaksa, suç duyurusunda bulunulacaksa bir gönüllü avukat arkadaşımız var bizim diğer avukat grubumuz, sahadaki avukatlarımız diyorum ben onlara. Gönüllü avukat arkadaşı çağırarak merkeze rehber avukat arkadaş, merkeze yani, mağdur asla merkezden çıkarılmıyor. Gönüllü avukat arkadaşla mağduru tanıştırıp, artık ondan sonra işi ona teslim ediyor. Gerçi dosyalar yine rehber avukat denetiminden, takibinden geçiyor, ama gönüllü avukatımız biraz önce söylediğim gibi hukuki süreç tamamlanıncaya kadar mağdurla el ele, birlikte, omuz omuza o işi tamamlayıncaya kadar götürüyor; adli tıp aşamasında, savcılık aşamasında, mahkeme aşamasında.

Hatta ilginç bir şey anlatayım size burada. Geçen gönüllü avukatlardan biri anlattı bana. Mağdur kadıncağız, ufak çocuğu varmış yanında. Dişi ağrımış, iki gün bizim kızı aramış dişçiyi götüreyim mi çocuğumu diye. Dedi ki, bazen abartıyorlar dedi. Hani niye bana soruyor. Dedim ki, seninle o kadar bütünleşmiş ki, çocuğunu dişçiye götürüp götürmeyeceğini bile seninle paylaşıyor, senden öğreniyor. Hani belki babasının izni olmadan mı düşündü ne düşündü? Tabii bilemiyoruz, ama böyle şeyler yaşıyoruz. Gönüllü avukat arkadaşımız da hukuk süreci tamamlanıncaya kadar onunla birlikte işini götürüyor, tamamlıyor.

Tabii sayımız azdı ilk başladığımızda, 20 civarında rehber avukat grubumuz vardı. Ama hem taleplerin çok olması, atamaların çok olması, nöbetlerin çok olması, *-hem de bu arada değineceğim şimdi-* bakanlığın bizden avukat istemesi nedeniyle rehber avukat sayımızı arttırdık. Şu anda 60 rehber avukat arkadaşımız var. 250'de gönüllü avukat arkadaşımız var. Tabii bu avukat arkadaşlarımız çok ciddi eğitimlerden geçerek gruba dahil oldu, projeye dahil oldu. Burada Şebnem Hocam var sol tarafımda. Biz 1985-89 Şebnem Hocamla dört yıl birlikte okuduk, hâlâ da devam ediyor tabii dostluğumuz arkadaşlığımız. Sağ olsun projeye çok çok yakından destek veren hocalarımızdan. Sürekli bu gönüllü eğitim ve rehber avukat eğitimlerimizde de her talebimizde reddetmeyerek *-teşekkür ediyorum buradan gerçekten-* hep geliyor.

Eğitimlerden geçtikten sonra psikolojik eğitimler, iletişim teknikleri, borçlar hukuku, ceza hukuku, adli tıp eğitimleri aldıktan sonra avukat arkadaşlarımız belirlendi. Projemiz böyle devam ediyor. Tabii biraz önce de söyledim. Keşke başarılı diyemiyorum, yani olmasaydı, bu kadar talep

olmasaydı, ama maalesef oldu, olmaya da devam ediyor. Biz bir taraftan akut yardımlarımızı yaparken, diğer yönden de uzun süreçte şiddetle mücadele eğitimine yönelik işlere giriştik, onları da yapıyoruz. Projemizin diğer ayağı da o diyeyim daha doğrusu.

Orada neler yapıyoruz? Onları anlatmaya çalışayım. Okullara, kız öğrenci yurtlarına, belediyelere her hafta, talep anında okullara, ama belediyelerle altışar aylık genellikle bir görüşme yapıp protokol hazırlıyoruz. Her hafta iki kadın avukat arkadaşımız, rehber avukat arkadaşımız belediyelerin kadın evlerine, hanımlar lokali dedikleri yerlere gidip, şiddetle mücadeleye ilişkin konuşmalar, seminerler yapıyorlar. Çünkü biz şiddeti tanımlarken, işte eğitim, ekonomik, sosyolojik, psikolojik boyutları var diyoruz; yani bir neden değil diyoruz. Ben eğitim ayağının çok önemli olduğunu düşünüyorum.

Özellikle 0-6 yaş grubuna ki, çocuklar o dönemde daha çok annenin eğitiminden geçiyor. Biz mahallerde kadınlar aracılığıyla 0-6 yaş çocuklarını şiddetten uzak tutmaları gerektiğini anlatıyoruz. Ayrıca işte kendilerinin şiddete hayır demedikleri sürece, mücadele etmedikleri sürece o ortamda yetişen çocuklarının da, özellikle erkek çocuklarının da yarın öbür gün eşlerine, yani tam hatırlayamıyorum, ama yüzde 97 gibi bir oranmış şiddet uygulayan ailede yetişen erkek çocuğunun kendi eşine şiddet uygulama oranı. Kendi çocuğunun da ileride şiddet uygulayacak bir erkek, bir delikanlı olarak yetişeceğini anlatmaya çalışıyoruz.

Ayrıca diğer barolara, tabii işin güzel yönlerinden biri; Ankara projesi olarak yola çıktık, ama Türkiye bazında telefonların çoğu Ankara dışından geliyor. Özellikle İstanbul'dan ve Güneydoğu'dan çok yoğun telefonlar alıyoruz. Bu anlamda o il baroların talebi halinde, diğer barolara eğitimlere gidiyoruz. Şu anda Denizli'de kurdum Gelincik Merkezini. Yine Şebnem Hocamın da içerisinde olduğu bir hoca grubumuzla onlara dört gün bir eğitim verdik. Denizli'de kendi Gelincik Merkezlerini kurdular. Amasya Barosu bir ay önce Gelincik Merkezini hayata geçirdi. Artvin Barosu aynı isimle, **Gelincik** ismiyle kendi merkezini kurdu. Aynı anda, diğer zamanda da diğer barolara yaygınlaştırılması için mücadele ediyoruz.

Umarım mücadelemiz, yani daha hızlı ve daha güzel sonuçlarla döner. Sayının artması olarak değil, çaresizlik olarak değil, ama üzgünlük olarak söyleyeyim. Özellikle 6284 sayılı, ben yasayı biraz anlatacaktım. Çünkü yasanın oluşum sürecinde komisyonlarda görev aldık. Merkezin yaptığı güzel çalışmalardan biri de buydu bence. Çünkü biz geldiğimizde 4320

vardı, Ailenin Korunmasına İlişkin Kanun, ama bence hiç kimseyi koru-muyordu. Aile fertlerini bile koruması tartışılırdı, koruyamıyordu. 6284'ün hazırlık aşamasında bizzat olduk. Hazırlıklar, taslak hazırladık götürdük, komisyonlarda ben oldum. Kapsamın genişletilmesi için mücadele ettik, ama nedense yasa çıktıktan sonra şiddette daha hızlı bir artış oldu; yani çok ilginç bir şey. Acaba gündeme mi çok getiriliyor deniliyor, ama ben artışın olduğuna inanıyorum. Çünkü yasayı tek başına çıkarmamız yetmiyor. Yani yasalar uygulayıcıların elinde kimlik bulur.

Bugün bizim merkezin açılmasından sonra Bakanlıkla yaptığımız görüş-melerde, bir özel savcılık oluşturmuştuk kadına yönelik şiddete ilişkin, aile içi şiddete ilişkin savcılık. Önce iki açıldı, sonra dörde çıktı. Ben her sabah önünden geçerken, böyle şaşkınlıkla bakıyorum. Biraz önce hocalarımla paylaştım. Bence bir şeylerin göstergesi bu gerçekten. Yasa çıkalı, 6284 çıkalı bir yıl oldu, hâlâ savcılığın kapısında 4320 sayılı Yasa gereği Ailenin Korunması Kanunu diyor. Ben onu görünce, acaba bu yasanın hakim ve savcılar arasındaki eğitiminin verilmesi nasıl yapıldı diye açıkçası endişe duyuyorum. Yani oradaki ismi bile değiştirilmedi ki, 4320 sayılı Yasaya göre, 6284 sayılı Yasa mağdur kapsamını çok genişletti. Yani şiddet görene de, şiddet uygulayana da çok genişletti. Ama sadece kapsamın genişlemesi ya da birtakım ek yaptırımların getirilmesi yetmiyor, eksiklikleri de fazla.

Yine Hocamın konusuna hafif değineceğim, ama mesela kolluk kuv-vetlerine orada şey verilmiş, mülki idare amiri ve kolluk kuvvetlerine evden uzaklaştırma kararı. Yani birtakım tedbir kararlarını uygulama yetkisi veril-miş, ama sonuç kısmına baktığımızda, görevini yerine getirmeyen kolluk kuvvetine ilişkin hiçbir yaptırım yok. Şimdi diyeceksiniz ki genel hükümler, işte Ceza Kanunundaki genel hükümler, ama bence yeterli değil. Yani orada kolluk kuvveti kendine verilen görevi vermese ki, biz bunları yaşıyoruz. Yani üç ay önce Yenimahalle'den bir başvuru geldi. İşte kadın gitmiş, eşim beni dövdü, akşama da seni öldüreceğim, sen görürsün neler yapacağım sana diye. Karakoldan şey demişler; yaran beren bile yok, ne malum öldüreceği, git evine otur gibi. Yani böyle şeylerle karşılaşıyoruz.

Şimdi burada bence yine söylüyorum, özel yaptırımlar olmalıydı. Ayrıca evden uzaklaştırma kararını yerine getirmeyen, mahkeme kararına uymayan eşe tazyik hapsi gelmiş. 15'er 20'şer günden herhalde başlamak üzere bir aylık filan, ama tazyik hapsini uygulamaya ilişkin usul yok. Yani yazmak çok güzel, bugün otururuz hep beraber güzel güzel yazarız, ama uygulama?

Uygulama olmadığı için, uygulamada bir hareketlilik, bir değişim olmadığı için, kadınlar öldürülmeye maalesef devam ediyor.

Yani ben elimde veriler vardı, onları sizinle paylaşmak istiyorum. Mesela koruma talep eden kadınların yüzde 75'ine koruma kararı verilmiş, ama kadınlar gerçek anlamda korunamadığı için, bunların yarısı. Yani sığınma evlerine yerleştirilen kadınlardan yüzde 37,5'u öldürülmüş. Şimdi sığınma evleri, sığınma evinin Ankara'da bir semtte mesela minibüs şoförleri sığınma evinde inecek var mı diye sesleniyormuş. Yani ben tamamlasa diyorum. Karısını darp edecek ya da öldürecek kocalar için son durak şeklinde. Daha da acısını sizinle paylaşacağım. Bunu bir televizyon konuşmamda söyledim, sonra telefonum kilitlendi maalesef. Avukat arkadaşlar arayıp, bu gerçek mi, nasıl böyle bir şey olur dediler. Maalesef gerçek. Ankara'daki aile mahkemesi hâkimlerimizden biri belediyeye yazı gönderiyor, müzekkere gönderiyor. Sığınma evinin adresini istiyor efendim, kadına tebligat çıkarmak için. Yani bunu bir aile mahkemesi hâkimimiz yaparsa gerisini düşünün veya yasada bir şey var. İşte evden uzaklaştırma kararı verilmiş, pardon adres gizliliği, kadının adresinin gizliliği kararı verilmiş. Sonra savcılığa aile mahkemesi karar yazdı. Kadının şu adresine yaklaşma, suç işlersin. İyi de yani kadını benden mi koruyorsunuz siz? Tabii biz yönetmelik hazırlanırken de ben oradaydım. Bunu Bakan Yardımcısı Sayın Aşkın Hanıma söyledim, nasıl olmuş dedi. Vallahi siz söyleyin nasıl olduğunu, siz yaptınız dedim. Çünkü bizim size getirdiğimiz önerileri kabul etmediniz. Bizim önerilerimiz içinde o kadar güzel şeyler vardı ki. Mesela en belirgin olanı, benim en çok gerçekleşmesini istediğim şeylerden biri şeydi; sığınma evinden, sayısı 50 olan, işçi çalıştırılan yerlerde zorunlu engelli ve mahkûm çalıştırma zorunluluğu var, eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu. Böyle bir zorunluluk koyun dedim. Yani bu yapılamayacak bir şey mi? Sığınma evinden, hani kötüye kullanılabilir, bir de bu var tabii şimdi. 6284'de kapsam genişletildi, ama bazı çevrelerce o kadar eleştiri alıyor ki kanun biliyorsunuz. Yani bizim Gelincik Merkezine de geliyor. Gelip benimle röportaj yaptılar bir kanaldan. İşte erkekler eziliyormuş efendim, siz kapsamı çok genişletmişsiniz, bu işi kötüye kullanılıyor.

Dedim ki; arkadaşlar, yani bir kişinin, bir kadının hayatının kurtulacağı bir yerde, bırakın 99 kişi kötüye kullansın, ne olur? İtiraz hakkı var, itiraz eder, bir sürer sonra kaldırılır koruma kararı, doğru mu? Yani niye her şey kötüye kullanılıyor? Şimdi kanunda da o vardı işte. 50 işçinin çalıştığı yerde kadın çalıştırılsın gibi, daha pek çok güzel şey vardı, hiçbiri koymadılar. Şimdi hazırlandı kanun, yönetmeliği uygulamaya başlayınca çıktı. Ne güzel

kadının adresini saklıyoruz, ondan sonra savcılığa yazıyoruz, adama yazıyoruz, sen buraya yaklaşma gibi. Sığınma evi açıyoruz, mahkeme soruyor sığınma evini. Niye? Tebligat göndereceğim.

Çok özel bir işimiz vardı Güneydoğu'dan, çok özel bir, yani töre gereği öldürülmesi gereken bir kadını, kocası bizi arayarak, ben bunu yapmak istemiyorum karımı seviyorum, ailemi seviyorum, bize sahip çıkın dedi. Bakın örnek bir koca. Belki okuma yazması bile yok. Biz onu getirdik, burada belediyelerin birinden lojman ayarlandı, işe yerleşti. Sonra, altı ay sonra Güneydoğu'dan sülale aile ulaşmış. Nereden? Çünkü belediyeden göndermişler adamcağıza, elektrik su aboneliğini, oradan vatandaşlık numarasını girmiş.

Şimdi benden sonra hocalarım, ben fazla uzatmayayım, zamanım ne kadardı bilmiyorum. Hemen tamamlıyorum. Şimdi bunları neden anlatıyorum size? Gerçekten dediğim gibi biz kapımızın önünü baro olarak süpürdük, süpürmek için yola çıktık. Kapımızın önünü de açtık. Kozaları oluştururken bizi çağırıp, Bakanlık bizden brifing aldı, bizim benzerimiz şiddet önleme merkezleri. Bizim benzerimiz bir uygulamayı onlar başlattı. Şu anda protokolümüz vardı, yeni bir protokol daha hazırlıyoruz, onlara da avukat gönderiyoruz.

Amacımız hep beraber, Bakanlık ya da emniyet ya da kim olursa olsun insan hayatı, kadın hayatı, kadın hayatını kurtarmak. Ama bu konuda samimiysek, o zaman yapılması gereken şey, dediğim gibi teoriden pratiğe geçilmesi, gerçekten ciddi önlemler alınması. İşte panik butonu gibi uygulama şansı olmayan, televizyonlara çıktı ya panik buton asansörde ve bodrum katta çekmiyormuş bu arada bunu da söyleyeyim. Adana ve Bursa'da başlatmışlardı. Şiddet önleme merkezi açıp da, başında avukatın, baronun olmadığı işlerle olmuyor. Biz çok güzel iş yaptık, yapmaya devam ediyoruz.

Bu arada projemize bu sene yeni bir bölüm daha ekledik. O da koruma kararı verilsin ya da verilmesin, öldürülen kadınların ailelerine ulaşıp, onların davalarının gönüllü olarak takipçisi olmak. Şimdi bir uygulama daha başlatıyoruz. Bu da, tazminat davası açacağız, devlete tazminat davası açacağız. Kusursuz sorumluluktu değil mi Sema Hanım konumuz, ama ben kusura bakmayın çok kısa sürede, çok hızlı bir şekilde anlatmaya çalıştım. Aslında o kadar içim dolu ki, yani o bizim yaşadığımız vakaları filan bir anlatsam, gerçekten içler acısı. Beş kere savcılığa başvuruda bulunmuş, beşincisinde dört sefer takipsizlik verilmiş, beşincisinde kadının yüzü on

yerinden kesilmiş olarak Gazi Üniversitesinde gittik müdahale ettik, gözlerini oymaya çalışmış gibi.

Ben burada kusursuz demiyorum, Anayasa hakkı, devletin vatandaşını korumak. Borçlar Kanunu hükümlerinden gelen *-burada hocalarımın yanında onlara saygısızlık da etmek istemiyorum-* gelen hükümler var. Ama yine söylüyorum; bu şekilde davranılırsa, hiç kimse kusura bakmasın, biz bu işin kusursuz değil, kusurlu sorumluluğa girdiğini ve devletin kendisinden talep edip, beni koru diyen vatandaşının sığınma evinde ölümüne neden olduğu için de kusurlu sorumlu olduğunu düşünüyorum.

Sabrınız için hepinize teşekkür ediyorum. Sağ olun, iyi günler diliyorum.

PANEL

Prof. Dr. ERZAN ERZURUMLUOĞLU (Oturum Başkanı)- Değerli meslektaşlarım, konferansın sonuna geldik. Gördüğünüz gibi kadro çok geniş, bize ayrılan süre iki saat. Sabırlarınızı da fazla zorlamak istemiyoruz aslına bakılırsa. Ben konuşmacılara 15'er dakika süre vereceğim, 105 dakika ediyor zaten. Ondan sonra da 15 dakika soru-cevap şeklinde olabilir.

Önce bir medenici arkadaşımı, daha sonra bir idare hukukçusuna, daha sonra bir usulcüye. Biliyorsunuz sorumluluk Türk hukukunun önemli konularından birisi, üç günden beri de sorumluluğun, yani tazminat davalarının ya da zararın gideriminin hangi yollarla olması gerektiği konusunda enine boyuna konuşmalar oldu, çok yararlı konuşmalar oldu. Şimdi onu da dikkate alarak, böyle bir sıralama yapmak istiyorum. Bir medenici, bir idareci, bir usulcü, arkasından tekrar medenici şeklinde bir düzenlemeyle konuşmaya başlamak istiyorum.

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY*

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Hepinizi saygıyla selamlıyorum. Öncelikle sabrınızı panelin son oturumu ve son konuşmacılardan olduğum için zorlamamam gerektiğinin bilincinde olduğumu ve gerekeni yapacağımı ifade ediyorum. Ancak benim konum diğer konuşmacıların konular gibi teknik bir konu değil. İster istemez panel konusu kapsamında iptal edilen yasal düzenlemenin arka planını izah etmemiz gerekiyor. Çünkü burada mesele basite indirgenmekte ve çok basit anlamda Anayasa Mahkemesi'nin bir kararının uygulanmasından söz edilmektedir. Oysaki iptal edilen usule ilişkin bir yasal düzenleme ve bu usul kuralının esasını teşkil edecek ve yürürlükte kalmaya devam eden bir maddi hukuk kuralı karşısında hukukçuların nasıl bir tavır takınacağı ve nasıl bir uygulama getireceği sorunu söz konusudur.

Anayasa Mahkemesince iptal edilen madde usule ilişkin Hukuk Usulü Muhakemesi Kanunu'nun (HMK) 3. maddesinin düzenlemesidir. Buna bağlı paralel olarak yürürlüğünü korumakta olan maddi hukuka ilişkin Borçlar Kanunu'nun (BK) 55. maddesi var. Anayasaya aykırılık iddiası usule ilişkin düzenleme yani HMK için bahse konu edilmiştir. Netice itibariyle Anayasa Mahkemesi HMK'daki hükmü iptal etmiştir. Fakat bu hükmün uygulanmasını gösterecek olan maddi hukuk kuralı olan BK'nun 55. madde varlığını korumaktadır. Hal böyle olunca öncelikle açıklığa kavuşturulması gereken husus başta hâkimler ve avukatlar olmak üzere ilgililerinin ne yapması gerekeceğidir. İkinci olarak konuyu akademik düzeyde anlatmak ve açıklamak durumunda olanların nasıl bir yöntem ve mantık örgüsüyle sorunu izah edecekleridir. Kuşkusuz akademisyenlerin ve bu anlamdaki yetkililerinin bir gereği olarak verecekleri ders ve yapacakları akademik konuşmalarında meseleyi anlatmakta sıkıntı çekecektir. Hal böyle olunca üç-dört gündür benim uykularım kaçıyor, konuyu nasıl ve hangi yöntemle amaca matuf yararlı bir şekilde açıklayabilirim? Çünkü benden önce de idare hukukçuları bu işi biraz irdelemiş ve görüş serdetmişler. Ben de bunların açıklamalarını Ankara dışında olmam dolayısıyla takip edemedim, Ama inşallah mükerrerlik olmaz.

Öncelikle son zamanlarda hukuk reformu diye sürekli sunulan ve yasallaşan paketlerden söz etmek yerinde olacaktır. Bu anlamda olmak üzere birinci paket, ikinci paket, üçüncü paket kamuoyuyla paylaşılmış ve yasallaşmıştır. Kuvvetle muhtemeldir ki, dördüncü pakette gelecektir.[1]

[1] Tebliğin sunulması tarihinden sonra Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 4. Yargı Paketi başlığıyla 30 Nisan 2013 tarih ve 28633 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Paketlerin içerisindeki yapılmış olan düzenlemeler genel olarak hukuken bir garabet olarak ta nitelendirilip eleştiriye tabi kılınmaktadır. Yapılan değerlendirmelerde gerçeklik ve haklılık payının bulunduğunun altını çizmek gerekir. Zira ilk olarak bir hukuk devletinde paketle reform olmaz. İkinci olarak, bir hukuk reformu yapılmak isteniyorsa bunun torba kanun mantığıyla gerçekleştirilmesi anlaşılamaz ve kabul edilemez. Çünkü aynı torba içindeki düzenlemelerde özel hukuktaki bir alandaki kuralla, kamu hukukundaki bir alan, ceza hukuku, ticaret hukuku, uluslararası ilişkiler vesaire hepsini birlikte düzenlemeye çalışıldığı zaman, netice itibariyle hukuken bir belirsizlik yaratılır. Oysaki hukuk belirsizliğin müsebbibi ve aracı olamaz. Üstelik hukuk devleti hukuki belirlilik yoluyla bireylere hukuki güvence temin etmeye çalışır. Şu andaki yargı reformundan ve bu çerçeve içerisindeki HMK'daki reformdan benim anladığım maalesef bu belirsizliktir.

Bu bağlamda olmak üzere benzer gelişmelerle ilgili olarak mukayeseli hukukta nasıl bir seyir izlenmiş bu anlamda, ne denilmiş, ne yapılmış? Fransa'da benzer duruma ilişkin yakın tarihte okuduğum bir makalenin[2] değerlendirmelerini hatırladım. Orada da, sanki bizim durumumuzu izah ediyor. Söz konusu makaleden aldığım notları sizinle paylaşacağım. Makalede öncelikle; "*Yargı reformu denilen husus, her toplumda ihtiyaç duyulan veya duyurtulan bir vakadır.*" görüşü dile getirilmiş. Bir başka deyişle yargı reformuna ihtiyaç olabilir, olmasa da varmış gibi gösterilir. Böyle olunca da, hiç kimse bu durumdan tatmin olmadığı gibi, böyle bir şey olmamasından da rahatsızlık duymaz. Dile getirilen bu husus tam bizi izah ediyor. Çünkü bizim bu HMK'nun 3. maddesinde getirilen değişiklik bir ihtiyaç gibiydi. Niye ihtiyaç gibiydi? Danıştay veya idari yargı yerleri tazminat hukukuna ilişkin tam yargı davalarında, dava konusunun müddeabihi olarak başlangıçta davacı tarafından talep edilen ne ise, bu miktarın daha sonra hiçbir şekilde değiştirilemeyeceğini konuya ilişkin kanunda açıklık bulunmadığı gerekçesine dayanarak kabul etmişlerdi. Bununla birlikte Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 29.12.1983 tarih ve E.1983/1, K.1983/10 Sayılı Kararında:

> *"…Memur işlerinin özelliklerini ve memurun idarenin işlemi nedeniyle uğradığı maddi kayıpları dikkate alarak yasadaki "tazminat miktarının dava dilekçesinde gösterileceği" yolundaki kurala mutlak bir anlam*

[2] COSTA Jean-Luis: Nécessité, conditutions et limites d'un pouvoir judiciaire en France, Revue Française de Science Politique, 10e année, N0:2, 1960, sh.261-286.

vermemek ve bu kural nedeniyle, iptal ve tam yargı davalarının birlikte açılabileceğine ilişkin bir yasal hakkın kullanılmasının engellenemeyeceğini, kuralın ancak tam yargı davası açıldığı tarihte zarar miktarının saptanabildiği durumlar için bağlayıcı nitelikte olduğunu kabul etmek ve uygulamayı bu yoruma dayandırmak zorunludur..."

denilmiş ve kamu görevlilerine ait mevzuattan doğan uyuşmazlıklarda idari işlemin neden olduğu zararın miktarının tespitinin mümkün olmadığı hallerde dava dilekçesinde miktar gösterilmeden tam yargı davası açılabileceği karara bağlanmıştır. Benzer bir şekilde bu içtihat Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin 30.05.1989 tarih ve E. 1988/289, K. 1989/213 sayılı kararında da aşağıdaki cümlelerle dile getirilmiştir:

"*Dava açıldığı sırada zararın miktar olarak belirtilmesi mümkün değilse, uyuşmazlık konusu miktar dava dilekçesinde gösterilmeden de tam yargı davası açılabil(ir).*"

Hal böyle olunca, idari işlemin neden olduğu zararın tespit edilebildiği yıkım veya kamulaştırma gibi zarar verici idari işlemler nedeniyle açılacak tam yargı davalarında miktar gösterilmeden dava açılamayacaktır. Bu durumda da miktarın belirlenmesinin her zaman için kolay, rahatlıkla gerçekleştirilebileceği söylenemez. Bilindiği üzere bu tip sorunlar için yargılama hukukunda kabul edilen ve fakat idari yargıda kabul edilmeyen tespit davasının namevcudiyeti de olumsuz etki yapmaktadır. Bu nedenle tazminat hukukunun temel ilkesi olan "*zararın tam, eksiksiz tazmini gerekir*" ilkesi idari yargıda kâğıt üzerinde kalan, teorik olarak dile getirilen ve fakat uygulamaya tam aktarılmayan bir ilke olmanın ötesine gidememiştir. Bu sebepledir ki, idari yargıda ekseriyetle zarara uğrayanın zararının tamamı tazmin edilemez, en azından tazmin edilememe riskini bünyesinde taşır. Dolayısıyla tazminat hukukunun temel prensibi olan, "*tazminatın, zararın gerçek karşılığı olması gerekliliği tam yargı davalarında zararın bir kısmının tazmini mümkündür*" şeklinde uygulanmak zorunda bırakılmıştır. Adalet ve hakkaniyetin gereği olarak tazmin edilmeyen kısmını tazmini için bir arayış içerisine girilmiştir. Bu arayış içerisine girilmesi Ülkemizde öteden beri bir kısım politikacı ve akademisyence dile getirilen "*yargı birliği görüşü*" ile yargı reformu tartışmaları ve/veya düzenlemelerinde kesişmiştir.

İşte bizdeki, Türk hukukundaki sıkıntı budur. Türk hukukunda idari yargının birey lehine bir yaklaşım ve anlayışla zararın gerçek ve tam tazmini için bir içtihat geliştirememesinin doğurduğu sıkıntı ve sancının giderilmesi

ihtiyacı söz konusu idi. Yargının takınamadığı tavrın olumsuz neticesi yasa koyucu tarafından İYUK'da bu anlamda yapılacak bir değişiklik, bir ekleme ile giderilmesi mümkün iken yasa koyucu farklı bir şekilde çözüm öngörme yoluna girmiş, tercihte bulunmuştur.[3]

Burada mevcut idari yargının kaynaklarının yasallaşmasında idari yargıya bakış açısı ve dönemin sorunlarına yaklaşımının hatırlanması yerinde olacaktır. 12 Eylül askeri müdahalesinin akabinde Türk yargı sisteminin yeniden bir dizaynı yapıldı. Yeniden yapılan bu dizaynda, idari yargı bir adım ilerlemiş gibi gösterildi. Fakat idari yargı geriye gitmeye başladı. Çünkü idari yargı rahmetli Lütfi Duran'ın ifadesiyle "*adlileşti.*"[4] İdari yargının adlileşmesi pratiğinin arka planında yargı birliği düşüncesi bilinçli veya bilinçsiz bir şekilde yatmakta ve nihayet yargı birliğiyle bu alandaki temel sorunların aşılabileceği düşünülmekteydi. Bu arada söz konusu anlayışın idari sözleşmelerde tahkim düzenlemesinin yapıldığı dönemde de hararetle dile getirilip savunulduğunun hatırlanması yerinde olacaktır. Şu anda maalesef idari yargı askeri müdahale sonrasındaki yasal düzenlemelerin de biraz daha gerisine götürülme gayreti ile karşı karşıyadır.

Bu durum ve uygulamanın sebebi şuydu: 12 Eylül askeri müdahalesinin yapılmasının sebeplerinden biri de yargının işlevinin dışında hareket ediyor olması, yetki alanının dışına çıkması yani yargı yetkisi dışındaki birtakım alanlara da karıştığı düşüncesidir. Öyleyse yargı yetkisi kapsamı dışında nelere karışıyor? Milletin iradesine karışıyor, hükümetin iradesine karışıyor. Milletin iradesine karıştığı için, bu olumsuzluğun giderilmesi gerekir. Yargının Milletin idaresine karışan kısmını, yani Anayasa Mahkemesi yeniden dizayn edilmesi gerekir. Bu anlayıştan hareketle Anayasa Mahkemesinde bir takım usul ve esasa ilişkin değişikliğe gidilmiş ve fakat bu düzenlemeler

[3] Tebliğin sunulduğu tarih sonrası 30.04.2013 tarihli ve 28633 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 11.04.2013 tarih ve 6459 sayılı İnsan Hakları Ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla yeni bir yasal düzenleme yapılarak idari yargıda karşılaşılan sorun giderilmiştir. Buna göre:

"MADDE 4 – 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 16 ncı maddesinin dördüncü fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir. "Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye 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." MADDE 5 – 2577 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir. "GEÇİCİ MADDE 7 – 1. Bu maddeyi ihdas eden Kanunla, bu Kanunun 16 ncı maddesinin dördüncü fıkrasına eklenen hüküm, kanun yolu aşaması dâhil, yürürlük tarihinde derdest olan davalarda da uygulanır."

[4] Bkz. DURAN Lütfi: "İdari Yargı Adlileşti…", İHİD, Y.1982-3, S.1-3.

de yetmemiştir. Nitekim daha sonra 2010 Anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesi'nin kompozisyonunda esaslı değişiklikler gerçekleştirilmiştir.[5] Bundan kaynaklanan sorunlar ve değişikliğe yöneltilen eleştiriler bu salanda bulunan herkes tarafından gayet iyi bilinmektedir.

Aynı şey idari yargı için de söz konusuydu. İdari yargının yerindelik denetimi yaptığı, aktif idare gibi davrandığı ileri sürülmüştür. Bu sebepledir ki, Anayasaya;

"Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez."

hükmü konulmuş[6] ancak bahsi geçen hoşnutsuzluk, eleştiriler ve kanaat varlığını koruduğu için de 07.05.2010 tarihli (5982 sayılı Kanun, madde 11) aynı düzenlemenin ilk cümlesi;

"*Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz.*"

şeklinde değiştirilmiştir.

Dolayısıyla idari yargının da yeniden bir zapturapt altına alınması, bu talep ve düşüncede olanların anlayışına uygun bir reforma ihtiyacı gerekmekteydi. O dönemde yazılan rahmetli Duran'ın yukarıda zikredilen makalesinin tekrar hatırlatılması gerekiyor. Duran, "*İdari yargı adlileşti*" demektedir. Evet, orada adlileştiğinin sebepleri sayılıyordu. Şimdi bakıyorum HMK'nda yapılan nedir? HMK'nda yapılan şey bir reform gayreti değildir, idari yargının adlileşmesi düşünce ve azminin bir adım daha ilerisidir.

İdari yargı adlileşirse ne olur? Çok şey olur. HMK'nun gerekçesinde bu anlamdaki değişikliğin ne kadar güzel duygular ve düşüncelerle kaleme alındığı veciz bir şekilde ifade edilmektedir.[7] Okurken, inşallah dile getirilen hususlar hayata geçirilir temennisinde bulunuyorsunuz. Ancak yasal düzenlemenin içeriğine bakıyorsunuz veya gidecek rotaya bakıyorsunuz,

[5] Bkn. Anayasa, madde 146.

[6] Benzer düzenleme 2577 sayılı İYUK'nun 2.maddesinin 2. Fıkrasında da aşağıdaki cümlelerle yer almaktadır: "2. İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler."

[7] Bkz. http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/Kanunlasanlar.html

maalesef durum ifade edildiği, öngörüldüğü gibi değil. Orada şu söyleniyor, deniliyor ki; insan hakları günümüze damgasını vuran bir kavramdır, bir vakıadır, hal böyle olunca insan haklarının geliştirilmesi lazım. İnsan haklarının geliştirilmesi anlamında da yaşama hakkı bu hakların özünü oluşturur. Yaşama hakkına gelecek olan her türlü zararın bir şekilde giderilmesi gerekir, zararın olmasının önlenmesi gerekir. Hal böyle olunca o zaman ne yapılacak? İdareden kaynaklanan zararların tazmin edilmesi gerekir. Doğru, zaten idari yargı da bunun için var.

O zaman ne yapalım? Ama bir sıkıntı var. Nedir sıkıntı? Türkiye'de idari yargı düalitesinden, iticiliğinden dolayı adli yargıyla idari yargının vermiş olduğu kararlar arasında bir insicam yok. O zaman bunları insicamlı hale getirelim. İyi, insicamlı hale getir, ama zaten bu işi insicamı sağlayacak sistemde Uyuşmazlık Mahkemesi var. Sorun bu mekanizma ile çözümlenemiyorsa, o zaman Uyuşmazlık Mahkemesinde ya üye seçiminden veya kararlarında bir sıkıntı söz konusudur. Onu çözmen gerekiyor, fakat bu sorunu çözmüyorsun. Konunun ikinci bir boyutu daha var. Bu da yargının işleyişinden kaynaklanan yavaşlıktır. İdari uyuşmazlıklarda davalar çok uzun sürüyor. Daha sonra verilen kararların uygulanmasında sorunlarla karşılaşılıyor. Davalar uzun sürüyorsa, idari yargıdan alıp adli yargıya verdiğiniz zaman bu nasıl hızlanacak? Bunu da anlamak mümkün değil.

Üçüncü olarak, işte az önce söylemiş olduğumuz ıslah müessesesi idari yargıda yok.[8] O zaman biz ıslah müessesesi adli yargıda olduğu için veya HMK'nda olduğu için. Fakat İYUK'nun 31. maddesinin yaptığı yollama dolayısıyla o sayılmadığı için ve idari yargı yerleri de bunu böyle değerlendirmediği için bu sorunu çözeceğiz. Sorunu çözmek için başka bir yöntem yapabilirdiniz, fakat bu yöntemi kabul etmediniz.

Netice itibariyle olay, reformu yapanların kafasında kuvvetler ayrılığı ilkesinin ne anlama geldiğinde düğümleniyor ve kuvvetler ayrılığı ilkesinde yasama, yürütme ve yargı arasındaki ayrımda, yargının durumunun tekrar değerlendirilmesi gerekmektedir. Çünkü öteden beri tarihsel süreç içerisinde ve bizdeki gelişmede, hep yargının politize olmaması gerekliliği kurgusu üzerine kurulmaya çalışılmıştır. Denilmiştir ki, yargıyı politize olmaktan kurtaralım. Politize olmaktan kurtarmanın yöntemi de, depolitize olmasıdır. Depolitize olmasının yöntemi de, yargının hareket alanını daraltmaktır. Ama

[8] 2 nolu dipnota bkz.

dile getirilen bu husus ne anayasa yargısı ne de idari yargı için yerinde ve kabul edilebilir bir düşüncedir.

Niçin olmaz? İdari yargının varlık sebebi ve özellikleri buna müsait değil. Zira hem anayasa yargısı hem de idari yargı siyasi kararların hukukiliğinin değerlendirildiği, karara bağlandığı yargı yerleridir. Siyasi tercihlere karışılmaması doğru ve olması gereken bir tespittir. Ancak siyasi tercihlerin mutlak doğruluğunun kabulü hukukilik denetiminin reddedilmesi anlamına gelir. Bu tür bir anlayış tehlikeli olmanın ötesinde demokrasiyle ve hukuk devleti ilkesiyle çelişmenin somutlaşması anlamına gelir.

Ayrıca bilindiği üzere idare hukuku gibi bu hukuk dalının uygulama ve uyuşmazlıklarının denetlendiği idari yargı bir usul kanununa bağlı olmakla beraber genel hatlarıyla da içtihat yoluyla gelişen bir yargıdır. İdari yargıda somut olayları hâkim değerlendirmek suretiyle ilkeleri ortaya koyması işin doğasına ve tarihsel gelişime uygun düşen bilinen tercihe şayan yöntemdir. Dolayısıyla siz bu ilkeleri baştan ortaya koyduğunuz zaman orta ve uzun vadede sorun yaşarsınız.

İkinci olarak, idare hukuku otonom bir hukuk dalıdır. Otonom bir hukuk dalını ve bu hukuk dalının usul hükümlerini siz özelliklerini belli bir hukuk dalı ve onun usul hukukuna eklemlemeye çalıştığınız zaman, o hukuk dalını ortadan kaldırır, işlevsizleştirir. Tabii bunları söylerken de, yerleşim itibariyle sol tarafımdakilerin hep özel hukukçu olduğunu ve kendilerine saygı duyduğumu da ifade ederim. Kendileri benim hocalarımdır, ama ısrarla yinelemek gerekirse idare hukukunun mantığına bu düşünce ve düzenlemeler uygun düşmeyen bir yaklaşım tarzıdır. Hal böyle olunca, bu otonom olma özelliğini de ortadan kaldırıyorsunuz. O zaman 1870'li yıllarda Fransız Danıştay'ının Blanco kararında koyduğu ve bizim idari rejim olarak kabul etmiş olduğumuz sistemden sapılması mukadder olur.

Niye sapalım? Sapmanın temeli burada tek bir hukuk sistemi, ***vahdeti kaza*** dedikleri; ***kaza birliği, yargı birliğini*** gerçekleştirme arzu ve isteği yatmaktadır. Yargı birliği olduğu zaman bireyi güçlü olan otoriteye karşı koruyacak olan idari yargının yerine, bireyle devlet arasındaki ilişkiyi özel hukuk ilişkisi gibi gören bir mantığın hayatiyet kazanması uygulanması söz konusu olur. Hal böyle olunca da, bu düzenleme anlamlı mıdır? Bu düzenleme anlamlı değildir. Niçin değildir? Çünkü idare hukuku literatüründe idarenin sorumluluğunda hep şu düşünülmüştür. İdarenin sorumluluğunda zarara uğrayanın zararı her halükârda tazmin edilmelidir. Bu tazmini yaparken

ya hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkesi çerçevesinde hareket edilir. İdarenin sorumluluğu bu esaslardan birisine dayandırılır. Ama özel hukuktaki tazmin mantığında, haksız fiil esası hep ön plandadır. Haksız fiilde hizmet kusurundan farklı olarak kişisel bir değerlendirme, kişisel bir durum söz konusudur. Bir başka ifadeyle hizmet kusuru nesnel bir niteliğe haizdir. Hizmet kusurunu şimdi sizlere açıklamayacağım. Çünkü sizler en azından benim kadar biliyorsunuz bu mevzuu. Dolayısıyla mantalite bu anlamda uyuşmuyor. Zira hizmet kusuruyla, özel hukuktaki kusur kavramı aynı şeyi ifade etmez. Bu nedenle kamu kudreti kullanmak suretiyle zarara sebebiyet verdiğiniz zaman, bu zararın tazmininde özel hukuk mantığıyla zararı gerektiği gibi tazmin edemezsiniz. Tazminin gerçek miktarını bulma imkân ve ihtimaliniz olmaz.

İkincisi, yargılama hukukundaki ihtisaslaşma prensibini reddetmiş olursunuz. Nedir? Biz öteden beri hep şunu söylemişizdir: Adli yargıyla idari yargı birbirinden ayrılsın. Bunun tarihsel sebepleri vardır.[9] Ama netice itibariyle idari işlem teorisini ve idari eylemi iyi bilen ihtisas mahkemesine, ihtisas hâkimine ihtiyaç vardır. Şimdi siz böyle bir ihtisas mahkemesinin varlığını koruyacaksınız. Ama bu ihtisas mahkemesinin değerlendireceği kavram hakkında tazminat ödeme hakkını adli yargıca vereceksiniz. Bunun mantalitesini anlamama imkân ve ihtimal yok, olamaz. Eğer bu yolla idari yargıcın üstünde bir adli yargıç oluşturulmak isteniyorsa, bu anlayış da yargının varlık ve anlamıyla uyuşmaz.

Açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer soru daha bulunmaktadır. Malvarlığına ilişkin bir zararla, cismani zararın aynı olayda bir arada bulunması durumunda, tazminata hükmetme ve uygulanacak kuralların belirlenmesinde uyuşmazlığın biraz adli yargıda, biraz idari yargıda çözümlenmesi, biraz idare hukuku ilkeleri, biraz özel hukuk ilkeleri uygulanması telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurur ve hukuka olan inancın sarsılmasına yol açar. Uyguladıkları hukuk ve mantaliteleri farklı iki yargı düzeninin kararları arasında insicamı nasıl sağlayacaksınız? Sağlama imkân ve ihtimaliniz yok. Peki, bu söylenirken neye dayanıyorlardı? Dayandıkları fikir şu: Anayasanın 125. maddesi. 125. maddesi ne diyor? İdarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolu açıktır. Evet, biz Anayasaya uygun hareket ediyoruz. Ne yapıyoruz? İdarenin işlem ve eylemine karşı, orada

[9] Bkn. ATAY E. Ethem: "Fransa'da Adli Yargı İdari Yargı Ayrımı", Kamu Hukuku Arşivi, Yıl 1, Ekim 1998.

idari yargı yolu açıktır demiyor ki, adli yargı yoluna da gidildiği takdirde sorunu çözersiniz deniliyor. Bu mantık bazı hukukçular tarafından çok doğru bulunuyor, ama doğru değil.

Niye doğru değil? Oradaki bu maddenin yazılışındaki, ilk 1961 Anayasası'nın 114. maddesinin ilk hali ve daha sonraki 71 değişikliğini de bir arada düşündüğümüzde olay şu: İdare dediğimiz cihazın, hükmi şahsiyet olması dolayısıyla yaptığı tasarrufları öteden beri literatürde yapıldığı üzere ikiye ayırmak mümkündür. İdarenin bir özel hukuk alanında, bir de kamu hukuku alanında yapmış olduğu tasarruflar var. Şimdi idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolu açık denilmek suretiyle, idarenin özel hukuk mantığıyla ve özel hukuk kişisi olarak tesis etmiş olduğu işlemlerin idari yargıda görülmesini engellemek için böyle bir düzenleme öngörülmüştür. Bu düşünce yerinde bir düşüncedir. Zira hukuki tasarruf ve uyuşmazlıkların taraflarından birinin idare olması, bu ilişki ve uyuşmazlığa mutlak surette idare hukukunun uygulanmasını zorunlu kılmaz. İdarenin bir tüzel kişilik olarak diğer kişilerden farklı bir statüsünün olmadığı durumlarda genel kurallara ve yargı yerine tabi kılınması işin doğasına ve idari rejimin özüne aykırı düşmeyen bir husustur. Onun için de, dönemin Anayasa Mahkemesi kararlarında bu vurgulanıyor. Fakat daha sonra Fransa'da bir gelişme olmuştur. Fransa'daki gelişmeden kuvvetle muhtemel bizim Anayasa Mahkemesi de etkilenmiştir.

Fransa'daki gelişmenin sebebi de, Fransız hukuk sisteminde Danıştay'ın veya idari yargının anayasal güvence altına alınmış bir yargı yeri olmaması olgusu yatar. Orada adli yargıdan bahsedilir ve adli yargı hak ve hürriyetlerin güvencesi olarak gösterilmiş, ama bizde adli yargının yanında idari yargıyı da öteden beri hep Anayasalarda düzenlenmiştir. Hatta bizim Danıştay'la ilgili olan görevlere baktığımız zaman, hep idari yargıya ilişkin açıkça söylenmese de bir mahfuz alan varmış gibi gösterilir. Ama bu mahfuz alan inhisar şeklinde olmadığı için, olmamasının sebebi de bu. Öyleyse deniliyor; idari yargının görev alanı yasa koyucu tarafından rahatlıkla müdahale edilebilecek bir alandır. Ama bizde bu böyle değil. Çünkü Anayasa Mahkemesi başlangıçta bunu böyle söylüyor.

Sonra dediğimiz gibi Fransa'daki olaydan etkilenmiş. Fransa'daki olaydan etkilenmesinin sebebi şu: Fransa'daki Rekabet Konseyi'nin kararları Paris İstinaf Mahkemesinde denetlenmektedir. Öyleyse Rekabet Kurulu'nun yapmış olduğu işlemlerin yargısal denetimi anlamında, işlemler idari işlem

olmasına rağmen adli yargıda çözülmektedir. Bunun nedeni rekabet hukukuna ilişkin kuralların hep özel hukukta çıkmış olmasındandır. Dolayısıyla Fransız yasa koyucu diyor ki, bunlarla çıkan uyuşmazlıklar Paris İstinaf Mahkemesi'nde çözülmesinde yargının iyi işlemesi açısından yarar bulunmaktadır. Bu düzenlemede Paris İstinaf Mahkemesi adli yargıya dâhil olduğu için sorun Anayasa Konseyi'nin önüne anayasaya aykırılık söz konusu olduğu gerekçesiyle götürülmüştür. Fransız Anayasa Konseyi demiştir ki, yasa koyucunun yargılamanın iyi işleyişine ilişkin böyle bir takdir yetkisi bahse konudur. Dolayısıyla özünde idari mahiyette olan bir uyuşmazlık adli yargıda çözülebilir.

Ancak -*orada bir nüans var*- böyle bir durumda idari yargının bireye tanımış olduğu güvencelerin adli yargıya görev götürme anlamında da muhafaza edilmesi gerekir. Ondan dolayı kanunu iptal etmiş, yeni düzenlemede yine adli yargıda görülebilecek. Fakat adli yargı mahkeme başkanına yürütmenin durdurulabilmesi hususunda yetki tanınıyor; hal böyle. Bizde bu ıslahata paralel olmak üzere ne yapılmış? Denilmiştir ki; artık idari yargıya, böyle bir münhasır alan yok, zaten bizim idari rejimin kaynağı olan Fransa'da da bu böyle değil. O zaman ne yapalım? Yasa koyucu kamu yararı gerektiği durumlarda veya yargılamanın mahiyetine bakmak suretiyle idari işlem mahiyetindeki olan hususları adli yargıya tanıyabilir denilmiş ve bunu da egzajere etmeye başlamışız.

Netice ne olmuş? Neticede HMK'nun 3. maddesi, BK'nun 55. maddesi. Şimdi 3. madde iptal oldu, 55. madde varlığını koruyor ne yapacağız? Bence belki özel hukukçular bu fikrime katılmayacak. Anayasamızı sevelim sevmeyelim, eleştirilelim vesaire anayasal bir nizam var. Zaten son zamanlardaki düzenlemeleri kimse de dikkate almıyor, o ayrı bir tartışma konusu, ama Anayasa ne diyor? Anayasanın üstünlüğü ve başlayıcılığı var. Anayasa kuralları yasama, yürütme, yargı, idareyi ve kişileri bağlar.

Bir başka hükmünde diyor ki, Anayasa Mahkemesi kararları da bağlar. Anayasa Mahkemesi kararları yargıyı da bağlıyor, yasamayı da bağlıyor. Anayasa Mahkemesi ne demiş? Çok iyi bir karar değil, ama yine iyi bir karar, hiç yoktan iyidir, ehveni şer bir karar. Burada diyor ki; idari işlem ve eylemlerin neden olduğu vücut bütünlüğüne ilişkin veya ölümle neticelenen durumlarda yargılamanın asliye hukuk mahkemesinde olması hükmü Anayasaya aykırıdır. O zaman usul kuralı uygulanamıyorsa, esas kuralı nasıl uygulayacaksınız? O zaman bir mantık hatası olur.

Bu mantık hatası açısından ne yapılması gerekir? Yasa koyucunun, hukuka saygılı bir yasa koyucu Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin bu fıkrasını çıkarır, ama çıkarması biraz zor. O zaman uygulamada, yargı yerlerinin BK'nun 55. maddesinin 2. fıkrasını göz ardı etmesi gerekir, ama bu anlamda yargıç var mı? Bunu da sizin takdirlerinize bırakıyorum.

Saygılar sunuyorum. (Alkışlar)

6284 SAYILI AİLENİN KORUNMASI VE KADINA KARŞI ŞİDDETİN ÖNLENMESİNE DAİR KANUN[1] KAPSAMINDA ŞİDDET

Yrd. Doç. Dr. İlknur SERDAR*

[1] 20.03.2012 tarih ve 28239 sayılı Resmi Gazete.

* D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

I. GİRİŞ

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun 20.03. 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanunun düzenleme alanı açısından baktığımızda Hukukumuzda bu alandaki ilk kanuni düzenleme olduğunu söyleyemeyiz. Hukukumuzda ilk olarak şiddet karşında ailenin korunmasının özel bir kanun kapsamında düzenlenmesi 1998 tarihinde yürürlüğe giren 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun[2] ile olmuştur. Kanun, daha sonra 2007 tarihinde 5636 sayılı Kanunla değişikliğe uğramıştır. 4320 sayılı Kanun bir takım yenilik ve haklar sağlamakla birlikte, bir çok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Özellikle, aile kavramının hangi çerçevede anlaşılıp, kimlerin bu kanun kapsamında değerlendirileceği ve kusurlu eşten bahsedilmesi en tartışılan konular olmuştur.

6284 sayılı Kanun; bu tartışmalar ve özellikle Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler CEDAW Komitesinin 19.no lu Genel Tavsiye Kararı ile Birleşmiş Milletler Kadına Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirgesi gibi uluslar üstü mevzuattaki düzenlemeler de dikkate alınarak, kapsamı daha genişletilerek ve şiddet karşısında koruma yolları daha etkin hale getirilerek düzenlenmiştir.

Biz çalışmamızda kanunda kapsamı genişletilen ve kanunun uygulanma alanının tespitinde oluşup oluşmadığına ilk bakılacak unsur olan, şiddet kavramını inceleyeceğiz.

II. ŞİDDET KAVRAMI

Şiddet, genel olarak, kişinin bedensel, cinsel veya psikolojik bütünlüğüne yönelik zorlayıcı saldırgan davranışları veya böyle bir davranış tehlikesinin bulunmasını ifade eder[3]. Aslında burada şiddete konu olan kişilik hakkıdır. Genel olarak kişilik hakkına yapılacak saldırılar ve bu saldırılara karşı kişilik haklarının korunmasını sağlamaya yönelik olarak, saldırının önlenmesinin, durdurulmasının istenmesi Türk Medeni Kanununda genel olarak düzenlenmiştir. Fakat kişilik hakkını korumaya yönelik bu genel düzenlemeler, kişilere, saldırgan tutum ve davranış olarak nitelendirilebilecek

[2] 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 23. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

[3] Zimmerlin, Sven; Stalking-Erscheinungsformen, Verbreitung, Rechtschutz, Sicherheit&Recht 1/2011,s.II; Büchler, Andrea/Michel, Margot; Besuchsrecht und häusliche Gewalt, FamPra. ch 201 l,s.525.

şiddet karşısında, bazı durumlarda yeterli koruma sağlayamamaktadır. Bu nedenle hem ülkemizde hem de Karşılaştırmalı Hukuk kapsamında Alman[4] ve İsviçre[5] Hukuklarında şiddete uğrayan, mağdur olan kişilerin korunması için özel düzenlemeler yapılması ihtiyaç ve zorunluluğu doğmuştur. Uluslararası düzeyde de şiddete karşı kişilerin (özellikle kadınların) korunmasına yönelik özel düzenlemeler[6] yapılmaktadır. Günümüzde geniş anlamıyla şiddet kavramı altında; ev içi şiddet, tehdit, stalking (6284 sayılı Kanunun deyimi ile tek taraflı ısrarlı takip) anlaşılmaktadır[7].

6284 sayılı Kanunun 2. maddesinin d bendinde ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna ilişkin Uygulama Yönetmeliğinin 3. maddesinin m bendinde şiddet ""kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellemesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranışı ifade eder[8] şeklinde tanımlanmıştır.

6284 sayılı Kanun ve Yönetmelik şiddeti oldukça geniş bir şekilde tanımlamıştır. Ayrıca Kanunun 2. maddesinin b bendinde Ev İçi Şiddet[9], ç bendinde ise Kadına Yönelik Şiddet tanımlanmıştır. Yönetmelikte bu tanımlamalar tekrar edilmemiş, sadece şiddet tanımı yapılmıştır. Kanun aynı maddenin e bendinde Şiddet Mağdurunun bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlara doğrudan ya da dolaylı olarak maruz kalan veya kalma tehlikesi bulunan kişiyi ve şiddetten etkilenen veya etkilenme

[4] Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen (Gewaltschutzgesetz -GewSchG) (Şiddete ve Israrlı Takibe/Tacize Karşı Hukuki Korumaya İlişkin Kanun kısaca Şiddete Karşı Koruma Kanunu) (BGBl. I s.3513).

[5] Bundesgesetz vom 23 Juni 2006 ZGB-Änderung zum Schutz der Persönlichkeit gegen Gewalt, Drohungen und Nachstellungen (Şiddete, İsrarlı Takip/Tacize Ve Tehdide Karşı Kişiliğin Korunmasına İlişkin Medeni Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Federal Kanun) Bu kanunla İsviçre Medeni Kanununa 28b maddesi eklenmiştir (AS 2007 137); Züricher Gewaltschutzgesetz (Zürich Kantonu Şiddete Karşı Koruma Kanunu) ve Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten (OpferHilfeGesetz-OHG) (Suç Mağdurlarına Yardım Yapılmasına İlişkin Federal Kanun kısaca Mağdura Yardım Kanunu) (AS 2008 1607)

[6] Birlemiş Milletler Kadınlara Karşı Ayrımcılığı Önleme Komitesinin 19 nolu Tavsiye Kararı, Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair 11.04.2011 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi bunlardan bir kaçıdır.

[7] Hrubesch-Millauer, Stephanie/Vetterli, Rolf: Häusliche Gewalt:die Bedeutung des Artikels 28b ZGB, FamPra.ch 2009,s. 535.

[8] 18.01.2013 tarih ve 28532 sayılı Resmi Gazete.

[9] Bundan sonra Yönetmelik olarak ifade edilecektir.

tehlikesi bulunan kişileri[10] ifade ettiğini belirtmiştir. Özellikle, Kanunun amacının düzenlendiği 1. maddenin 1. fıkrasında kanun kapsamında kimlerin koruma altına alındığı, bir başka ifadeyle, bu kanun kapsamına kimlerin girdiği de belirtilmiştir. Buna göre; kanunun uygulama kapsamına, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınlar, çocuklar, aile bireyleri ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişiler girecektir. Tüm bu hükümler bir arada yorumlandığında, kanunun koruma kapsamına aldığı kişiler; ister doğrudan, ister dolaylı olarak şiddete veya şiddet tehlikesine maruz kalsın, ister şiddetten etkilensin veya etkilenme tehlikesi bulunsun kanunda yer alan korumadan yararlanacaktır. Bu anlamda, şiddetin türünün[11] kanunun uygulanması açısından önemi yoktur. 6284 sayılı Kanun, mülga 4320 sayılı kanunla karşılaştırıldığında çok daha geniş bir alana uygulama imkânı bulacaktır.

6284 sayılı Kanunun şiddeti tanımlarken, zararı, şiddetin oluşması için gerekli bir unsur olarak ifade etmesine değinmek gerekir. Maddede "kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan..." ifadesi yer almaktadır. Şiddet, kişinin fiziksel, cinsel veya psikolojik bütünlüğünü ihlâl eden tutum ve davranışlardır. Bu nitelikteki davranış, yani şiddet, çoğunlukla kişinin zarara uğramasına da neden olacaktır[12]. Fakat şiddetin var olduğu söylemek için mutlaka kişinin bu ihlâl sonucu zarar görmesini veya acı çekmesini aramak, kanımca isabetli olmaz. Şiddete uğrayan kişi, bu ihlâl sonucu zarar görmüşse, bunun tazminini talep etmek için hukuki yollara[13] başvurabilir. Bu hususta, bir şüphe yoktur. Fakat şiddete uğrayan, zarar görmedi, acı çekmedi, o zaman şiddet yoktur, kanun kapsamındaki korumalardan yararlanamaz demek; kanımca kanunun amacına ve ruhuna aykırı olacağı gibi, Karşılaştırmalı hukukta yer alan benzer düzenlemelere[14] ve Türk Medeni Kanununun kişilik hakkına yapılan saldırılardaki koruma imkânlarının düzenlenme mantığına da aykırı olur. Çünkü söz ettiğimiz bu düzenlemelerde şiddet uygulayan kişiye karşı koruma talep edebilmek için, zarar, bir şart olarak aranmamaktadır.

---

[10] Yönetmeliğin 3. maddesinin n bendinden, kişinin, mütekabiliyet esasına göre uyruğuna bakılmaksızın, şiddet mağduru olarak nitelendirileceği anlaşılmaktadır.

[11] Aşağıda III.' deki açıklamalarımız.

[12] Özellikle, fiziksel bütünlüğün ihlâli kişinin yaralanması, bir uzvunu kaybetmesi, psikolojik bütünlüğün ihlâli anksiyete, davranış bozukluğu, uykusuzluk, konsantre olamama gibi sonuçlar doğurduğunda, kişinin yaptığı tedavi masrafları, çalışma gücünün kaybı, kazanç kaybı, iktisadi geleceğin sarsılması gibi maddi zararları ve manevi zararlar söz konusu olacaktır.

[13] Borçlar Kanundaki genel hükümler kapsamında maddi ve manevi tazminat davası açabilir.

[14] Art. 28 b ZGB ; artJ OHG; § I GeSchG

Şiddet kavramı açısından dikkat edilecek en önemli nokta, bu davranışın hukuka aykırı olup olmadığıdır.[15] Kişinin fiziksel, psikolojik, cinsel veya ekonomik bütünlüğünün ihlâli ya da ihlâl tehlikesi ya da tehdidin hukuka aykırı olması gerekir. Burada şiddete konu olan fiziksel, psikolojik, cinsel, ekonomik bütünlük mutlak hak niteliğinde kişilik hakkıdır. Türk Medeni Kanunun 24. maddesi gereğince kişilik hakkına yapılan her saldırı, bir hukuka uygunluk sebebi mevcut olmadıkça, hukuka aykırıdır[16]. Bu nedenle, bu noktada hukuka aykırılık sorun teşkil etmeyecektir[17]. Kanunda yer alan ifadeyi, şiddetin söz konusu olması için kişinin zarar görmesi değil de, kişinin psikolojik, fiziksel, cinsel bütünlüğünün ihlâl edilmesi (zedelenmesi) olarak anlamak daha uygun olacaktır.

Aslında şiddetin bir türü olarak da ifade edilebilecek olan Tehdit genel şiddet tanımı (m. 2 bend d) içinde yer almaktadır. Hüküm çok açık olarak anlaşılmamakla birlikte, kişinin koruma altında olan fiziksel, cinsel, psikolojik bütünlüğü ihlâl edilmeksizin, bunlara ilişkin olarak kişinin tehdit edilmesi

[15] Hem 6284 kapsamında yer alan koruyucu ve önleyici tedbirlerin uygulanması hem de bir zarar söz konusu ise tazminat sorumluluğun doğması açısından hukuka aykırılık unsurunun oluşması gerekir.

[16] Ayrıca, cinsel, psikolojik özellikle fiziksel bütünlüğün ihlâlini oluşturacak bir çok hareket aynı zamanda Ceza Kanunu kapsamında suç teşkil edeceğinden (TCK. m.81, 82, 103, 105, 108, 232) hukuka aykırılık unsuru tartışma yaratmayacaktır.

[17] Şiddet, Kanunda "....tutum ve davranış olarak" ifade edildiği için yapma gibi olumlu davranış tarzı gibi yapmama şeklinde pasif davranış yoluyla da şiddettin mevcudiyeti söz konusu olacaktır. Özellikle psikolojik şiddet, pasif davranışla da gerçekleştirilebilir. (Ör: kişiyle hiç konuşmamak, onu yok farz etmek, ilgi, sevgi ve şefkat göstermemek). Aynı durum ekonomik şiddet için de geçerlidir. (Ör; ev ihtiyaçları için veya kişinin kendi ihtiyaçları için para vermemek) Bu durumda, hukuka aykırılık unsurunun oluşması sorun yaratabilir niteliktedir. Çünkü, yapmama şeklinde olumsuz davranışın hukuka aykırı olması, kişinin söz konusu davranışta bulunma yükümlülüğün varlığına ihtiyaç gösterir. Ev içi şiddet hususundaki yapmama şeklindeki pasif davranışlar; kişiler aile hukuku kapsamında hukuken birbirine bağlı ise, örneğin; kişiler evli ise, çocuk ve ana baba arasında velayet ilişkisi mevcutsa, üstsoy alt soy kan hısımları ile civar kan hışmı kardeşler açından Medeni Kanunumuz kişilere aile hukuku kapsamında bir takım yükümlülükler yüklediği için, bunların yerine getirilmemesi (TMK m. 185/2,3; 186/3; 322;324;327; 339 vd.; 364-366) hukuka aykırılık teşkil eder. Fakat, kişiler arasında, örneğin; resmi bir evlilik yoksa; velâyet ilişkisi mevcut değilse bu gibi durumlarda yapmama şeklindeki pasif davranışın, hukuka aykırı olması sorun teşkil edebilir. Bu durumlarda hukuka aykırılık unsuru açısından TBK 49/2 hükmü ile bir ev düzeni içinde yaşam söz konusu ise TMK. m. 367 ve 368 hükümlerinden ve dürüstlük kuralına aykırılıktan faydalanılabilinir. Bununla birlikte, kanımca, 6284 sayılı Kanun bu yönde bir davranış kuralı koymasa da şiddet tanımı içinde yer alan her tür davranış ve tutuma karşı koruma getirmeyi amaçladığından kişiye yönelik olan pasif davranış, kişinin fiziksel, psikolojik, cinsel bütünlüğünü ihlâl ediyor veya bu yönde bir tehlike oluşturuyorsa, kişilik hakkını koruyan normlar -ki mutlak hak olan kişilik hakkına herkesin saygı göstermesi gerekir- ihlâl edildiğinden hukuka aykırılık mevcut olduğu sonucuna ulaşılabilecektir.

de şiddet kavramı içinde kabul edilecektir. Örneğin; kişinin öldürülmekle, yaralanmakla tehdit edilmesi buraya girer. Kanunda yer almamakla birlikte, unutulmamalıdır ki, böyle bir tehdidin şiddet kavramı içinde değerlendirilebilmesi için ciddi olması/ciddiye alınabilmesi gerekir. Örneğin, yaşlı ve bakıma ihtiyacı olan kişinin ya da küçük bir çocuğun, yetişkin bir kişiye seni öldüreceğim demesi ciddiye alınabilir bir tehdit değildir. Acaba kanunda düzenlenmemiş olmakla birlikte, tehdide konu olan kişi, tehdidin yapıldığı kişi değil de tehdidin yapıldığı kişinin yakını ise, bu tehdidi de kanun kapsamında saymak gerekir mi? Yani, kişi seni öldüreceğim yerine; çocuğunu öldüreceğim, çocuğunu kaçıracağım derse bunu şiddet olarak değerlendirebilir miyiz? Kanımca, bu tehdidin de aynı etkiyi göstereceği -belki de kişinin kendisinin konu olduğundan daha etkili olacağı- dikkate alınırsa, aynı şekilde değerlendirmek isabetsiz olmayacaktır. Bunun yanı sıra, tehditte bulunan kişi, kendisinin fiziksel, psikolojik bütünlüğüne ilişkin olarak kişiyi tehdit ediyorsa, bunu da şiddet olarak kabul etmemiz mümkün olabilir mi? Tehditte bulunan kişi, tehdit edilenin yakını ise kanımca bunu da şiddet olarak kabul etmek gerekir. Örneğin, çocuk, annesine veya babasına kendisini öldüreceğini veya kendisine zarar vereceği tehdidinde bulunuyorsa, bu durumun da en az kişinin kendi fiziksel bütünlüğünün ihlâl edileceğine ilişkin tehdit kadar, kişi üzerinde etkili olacağı dikkate alınırsa, bunun da şiddet olarak kabul edilmesi ve kişinin 6284 sayılı Kanunun korumasından faydalanması gerekir.

Şiddettin oluşması şiddeti uygulayan kişinin kusurlu olup olmadığından bağımsızdır.[18]

Genellikle, şiddettin uygulanmasında kişinin kusuru hatta ağır kusur içerisinde yer alan kastı söz konusudur. Örneğin, özellikle psikolojik şiddet içerisinde yer alan kişiye hakaret etme, aşağılama, yok sayma, kişinin sürekli yaptıklarının eleştirilmesi ve küçük görülmesi gibi davranış ve tutumların kusur bulunmaksızın mevcut olduğunu söylemek zordur. Buna rağmen, 6284 sayılı Kanun kapsamında, kişinin fiziksel, psikolojik, cinsel bütünlüğünün ihlâli yönündeki tutum ve davranışın, şiddet olarak nitelendirilerek, Kanun kapsamında yer alan tedbirlerin uygulanabilmesi için, kişinin kusurlu

[18] Örneğin; Alman Gevvaltschutzgesetz § 1 kapsamında kural olarak ihlâlin kasten yapılması aranmıştır. Buna karşılık İsviçre de Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten (OpferHilfeGesetz-OHG) (Suç Mağdurlarına Yardım Yapılmasına İlişkin Federal Kanun kısaca Mağdura Yardım Kanunu) art. 1 ve art 28b ZGB kapsamında kusur bir unsur olarak aranmamıştır.

olması gerekli değildir. Fakat şiddet nedeniyle, zarar gören kişi, bu nedenle oluşan zararlarının tazminini isterse; bu ancak TBK m.49 vd. hükümleri kapsamında mümkün olabileceği için, şiddet uygulayan kişinin kusurlu olması gerekir. Bununla birlikte, yine genel hükümler çerçevesinde kendisi alkol veya uyuşturucu alan kişi bu maddelerin etkisinde iken -yani kusuru ile geçici olarak temyiz kudreti yitirmiş durumdayken- şiddet uygulayıp, zarar verirse, TBK. md. 59 gereğince bu zararların tazminin de sorumlu olur. Burada kişinin alkol veya uyuşturucunun etkisi altında bu davranışta bulunduğunu ispat etmesi, onu tazminat sorumluluğundan kurtarmaz. Ayrıca, temyiz kudretinden sürekli yoksunluk halinde de şartları oluşmuşsa, TBK m.65'e göre hakkaniyet sorumluluğu kapsamında zararın tazmininin gerekeceği unutmamalıdır.

ŞİDDETİN TÜRLERİ

6284 sayılı Kanun kapsamında geniş anlamda şiddettin türleri; ev içi şiddet, kadına yönelik şiddet ve tek taraflı ısrarlı takip olarak düzenlenmiş olduğunu söyleyebiliriz. Kanun kapsamında şiddet mağduruna sağlanan koruma açısından bunlar arasında bir fark mevcut değildir.

A. EV İÇİ ŞİDDET

Dünyada en yaygın olan ve günlük yaşamda sıklıkla gerçekleşen insan haklan ihlâli, ev içi şiddettir. Dünyanın her yerinde yaş, sosyal, ekonomik duruma bakılmaksızın toplumun her katmanında sıklıkla görülmektedir. Ev içi şiddet sadece mevcut veya ortadan kalkmış bir ilişkinin tarafları arasında değil, aynı zamanda aile içerisinde yetişkinler ile çocuklar arasında veya yetişkinler ile yaşlılar veya engelli insanlar arasında gelişen her türlü şiddeti kapsamaktadır. Ev içi şiddetin mağduru, genellikle, kadınlar ve çocuklar olmaktadır. Erkekler de ev içi şiddet mağduru olabilmektedir, fakat bu hem ülkemiz, hem de dünyada oldukça ender olmaktadır[19].

Ev içi şiddet; mevcut veya sona eren aile veya evlilik dışı ilişki içindeki bir kişinin bedensel, cinsel veya psikolojik bütünlüğünün tehlikede olması veya saldırıya uğraması olarak tanımlanmaktadır[20].

Ev içi şiddetin özel olarak düzenlemesinin nedeni, şiddet uygulayan ve şiddet mağduru kişilerin birbirleriyle samimi, duygusal, sosyal ve çoğunlukla mekânsal olarak son derece yakın ve kolayca kopması mümkün olmayan

[19] Bu hususlaki araştırmalar için bakınız Zara Page, Ayten/ İnce, Merve; Aile İçi Şiddet Konusunda Bir Derleme, Türk Psikoloji Yazıları, Aralık 2008, 11 (22), s.84.

[20] Büchler/Michel, s.525.

bir ilişki içinde olmalarıdır. İlişkinin bu özelliği nedeniyle, bu kişiler arasındaki şiddet, çoğunlukta dört duvar arasında yaşanacağı için, bunun tespit edilmesi oldukça zordur. Bunun yanında, ev içi şiddeti, diğer şiddet hâllerinden farklılaştıran bir diğer özellik, şiddet mağduru ve şiddet uygulayan arasındaki yakın ilişkidir. Şiddet mağduru, kendisine şiddet uygulayan kişinin, ailesinden olmayan, tanımadığı bir kişi olması halinde, onunla bir daha karşılaşmak zorunda kalmaz ya da tanıdığı bir kişi bile olsa onu hayatından çıkarıp, bir daha karşılaşmaması kolaylıkla mümkün olur. Fakat ev içi şiddetin mağduruna, şiddet uygulayan kişi, maalesef, onun duygusal açıdan yakın olduğu, duygusal, ekonomik, alışkanlık vs. gibi sebeplerle bağımlı olduğu, hayatta en fazla güvendiği ve bu nedenle hayatından da kolay çıkaramayacağı bir kişidir (ör: eşi, sevgilisi, çocuğu, kardeşi, babası, annesi, teyzesi, kuzeni vs.). Bu nedenle, kapalı kapılar ardında -en güvenilir olarak görülen evinde- karşılıklı duygusal bağ içinde ve sorumlulukların olduğu yakın ilişkide ortaya çıkan bu şiddetin etkisi, görünürdeki fiziksel yaraların izinden çok daha derin olabilmektedir[21]. Bütün bu sebeplerle, ev içi şiddet mağduru, diğer şiddet mağdurlarıyla kıyaslandığında daha zayıf, çaresiz, korunmaya daha muhtaçtır.

Ev İçi Şiddet Kapsamında Kimler Yer Alır?

6284 sayılı Kanunun 2. maddesinin b bendinde ev içi şiddet "şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddeti ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan ev içi şiddet kapsamında kimlerin yer aldığı açık olarak anlaşılmamaktadır. 4320 sayılı Kanun zamanında en çok Kanunun kapsamına kimlerin gireceği, özellikle aile kavramından ne anlaşılacağı tartışılmıştı. Bu nedenle, 6284 sayılı Kanunun bu tartışmalara mahal vermeyecek açıklıkla, ev içi şiddeti tanımlaması beklenirdi. Bununla birlikte, 4320 sayılı Kanun zamanında yapılan tartışmalar sonucu aile kavramı içinde yer almayan kişilerin, koruma kapsamında yer almaması tehlikesi, bugün söz konusu değildir. Yukarıda belirttiğimiz gibi 6284 sayılı Kanunun 1. maddesinde Kanunun kapsamında yer alan kişiler ve 2. maddesinin d bendinde genel olarak yapılan şiddet tanımı ve aynı maddenin e bendinde yer alan şiddet

[21] Bozkurt Şener, Ekin, Kadına Yönelik Aile İçi Şiddeti Önlemede 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Değerlendirilmesi, Ankara, 2011, s.8

mağduru tanımları bir arada değerlendirildiğinde Kanunun aile bireyleri dışında yer alan kişileri de kapsamına aldığı rahatlıkla söylenebilecektir[22].

6284 sayılı Kanunun 1. maddesinin 2. fıkrasının a bendinde[23] kanunun uygulanmasında Avrupa Konseyi Sözleşmesinin esas alınacağı belirtilmiştir. Ev içi şiddet tanımını yorumlarken, Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinde yer alan tanımdan da faydalanılması gerekir. Sözleşmenin 3. maddesinin b bendine göre, aile (ev) içi şiddet; aile içerisinde veya hanede veya mağdur faille aynı evi paylaşsa da paylaşmasa da eski veya şimdiki eşler veya partnerler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik şiddet eylemidir[24].

Ev içi şiddetin en önemli özelliği, fail ve mağdurun belirli nitelikte yakın bir ilişki içinde olmasıdır. Ev içi şiddetin tanımında yer alan "aynı haneyi paylaşmasa da aile... ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler" ifadesi nedeniyle, ev içi şiddetin en geniş anlamıyla aile[25] olmuş kişiler arasında gerçekleşeceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bunların başında kan hısımları (anne, baba, çocuk, kardeşler, dede, nene, teyze, hala, dayı, amca, kuzenler vs), sihri hısımlar (kayınvalide, kayınbaba, baldız, kayınbirader, vs) gelmektedir. Bunun yanında kişiler arasında evlat edinen ile evlatlık arasındaki ilişki de burada sayılabilir. Bunun yanı sıra yukarıda belirttiğimiz gibi, Avrupa Konseyi Sözleşmesi hükümleri dikkate alınarak Kanunda yer alan ev içi şiddet tanımı yorumlandığında, evli olan kişiler dışında, boşanmış olan veya birlikte yaşamış (resmi nikâh olmaksızın) ve ayrılmış olan kişiler de ev içi şiddet kapsamında değerlendirileceklerdir.

---

[22] Çünkü kadına yönelik şiddet kapsamında kadın aile bireyi, aile kavramlarından bağımsız kanun koruması kapsamındadır. Aynı şekilde, çocuk da, aile, aile bireyi kavramlarından bağımsız olarak kanun kapsamındadır.

[23] Madde 1- (2) "Bu Kanunun uygulamasında ve gereken hizmetlerin sunulmasında aşağıdaki temel ilkelere uyulur:

a) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, özellikle Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve yürürlükteki diğer kanuni düzenlemeler esas alınır."

[24] Sağıroğlu, M. Şerif; Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, İstanbul, 2013,s.32.

[25] Medeni Kanun anlamında en geniş aile, 367. madde kapsamında aynı ev düzeni içinde yaşayan insan topluluğu olarak kabul edilmektedir.

Medeni Kanunun düzenlediği bir akrabalık ya da aile ilişkisi içinde yer almamakla birlikte, aynı evde yaşayan kişiler[26] de ev içi şiddetin kapsamına girer[27]. Burada dikkat edilmesi gereken husus aynı evi sadece mekân olarak kullanan, bunu dışında bir paylaşımı olmayan kişilerin ev içi şiddet kapsamında olup olmadığının tespitidir. Kanun koyucunun, aile içi şiddet terimi yerine ev içi şiddet terimini kullanması ve kanunun amacı dikkate alındığında ev içi şiddet kapsamında yer alan kişileri geniş olarak yorumlamak gerektiğini söyleyebiliriz. Bu nedenle, aynı evi -kanunun deyimi ile hane- paylaşan kişiler arasında yaşanan şiddet, ev içi şiddet olarak nitelendirilebilir. Kanımca, aynı evi paylaşan kişiler, aile olmamakla birlikte, aralarında mekân paylaşımı dışında duygusal, sosyal, ekonomik paylaşım da mevcutsa, yani birbirlerine destek olup, bir anlamda yaşama karşı birbirlerine kenetlenip, hayatı paylaşıyorlarsa bu kapsamda yer alırlar. Örneğin; evli olmayıp, beraber aynı evde birlikte yaşayan bir çift ve/veya bunlarla beraber yaşayan taraflardan birinin annesi, babası, yetişkin çocuğu arasında hukuki bir ilişki bulunmamakla birlikte ev içi şiddet kapsamındadırlar. Aynı şekilde bir çift olmamakla birlikte, hayata karşı birbirine destek olup, duygusal, sosyal, ekonomik paylaşım içinde aynı evde yaşayan iki samimi arkadaş veya huzur evine gitmek yerine alternatif bir seçenek olarak bir yaşam birlikteliği kurarak yaşayan yaşlı insanlar[28] da bu kapsamda değerlendirilebilir. Fakat sadece aynı evin kirasını paylaşarak, aynı evde yaşayan, aralarında mekânsal paylaşım dışında başka bir paylaşım bulunmayan kişiler, bu kapsam da değildir.

[26] Burada ilk akla TMK m.367 kapsamında aynı çatı altında bir ev düzeni içinde yaşayan kişiler olan en geniş anlamıyla aile gelmekle birlikte, bununla sınırlı değildir.

[27] "Şiddet uygulayan gider" (wer schlägt, der geht) ilkesi gereğince (bkz.Zimmerlin, s. 13) koruma tedbiri olarak -hayati tehlike bulunması gibi şiddet mağdurunun gitmesinin güvenliği için gerekli olan bir durum söz konusu olmadıkça- kural şiddet mağduru olan kişinin evde kalması, şiddet uygulayan kişinin ise evden uzaklaştırılmasıdır. Böylece, yaşadığı çevreyi, düzenini değiştirerek, şiddet mağdurunun bir anlamda ikinci bir şiddete daha uğraması önlenmek istenmiştir.

[28] Krüger, Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen (Gewaltschutzgesetz- GewSchG). Münchener Kommentar zum BGB 6.Auflage 2013, GewSchG§l Rn.4

Ev içi şiddet, genellikle, yetişkinler arasında[29] meydana gelmekle birlikte, çocuklar[30] ve gençler de ev içi şiddetin mağduru olabilir. Çocuk ve gençlerin ev içi şiddet mağduru olması iki şekilde gerçekleşir. Ya ev içi şiddetin doğrudan mağduru olurlar ya da ebeveynleri arasında yaşanan şiddeti görerek (ya da şiddetin izlerini görerek örneğin annenin vücudundaki morlukları), duyarak, (şiddet hikâyesi anlatılırken duyabileceği gibi, şiddet anma duyarak da tanık olabilir) ev içi şiddetin dolaylı mağduru[31] olurlar[32]. Yapılan araştırmalar[33], özellikle ailesinde şiddettin doğrudan veya dolaylı mağduru olan çocukların, yetişkin olduklarında çoğunlukla kendilerinin şiddet uygulayan erkekler ya da eşlerinden şiddet gören kadınlar olduklarını göstermektedir. Ev içi şiddetin dolaylı mağduru olan çocukların özellikle, annesini koruyamadığı için suçluluk duygusu, babadan korkma, bazen nefret etme, yatağını ıslatma, algılama ve öğrenme güçlüğü, uyku bozukluğu gibi yaşadığı sıkıntı ve rahatsızlıkları söz konusu olmaktadır[34].

Ev İçi Şiddetin Özelliği Nedir?

Ev içi şiddet açısından aşılması gereken bir husus, şiddet uygulayan ve şiddet mağduru arasındaki yakın ilişkinin özelliği nedeniyle, şiddete uğrayan kişinin —ki bu çoğu zaman kadındır- bunu kafasında önemsiz bir hale getirmesi, içselleştirmesi, toplumdaki düşünceler neticesinde -hatta en

[29] Evli kişiler arasında meydana gelen şiddet aynı zamanda TMK kapsamında düzenlenen boşanma sebebini de oluşturabilir. Örneğin; hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, terk. Bununla birlikte, terk sebebi noktasında dikkat edilmesi gereken husus; şiddet uygulayarak, (yani fiziksel, cinsel, psikolojik bütünlüğü ihlâl ederek, ihlâl teşebbüsünde ya da tehdidinde bulunarak) diğer eşin yani şiddet mağdurunun evden gitmesine sebep olma durumunda, terk eden kişi, evden giden şiddet mağduru eş değil, aksine şiddet uygulayan eştir.

[30] Çocukların fiziksel, zihinsel, duygusal sosyal ve ahlaki gelişiminin tehlikeye girmesi durumunda velayet hakkına sahip kişilere karşı çocuğun korunması TMK md. 346, 347 ve 348 hükümleri çerçevesinde; üçüncü kişilere karşı korunması ise Çocuk Koruma Kanunu kapsamında söz konusu olmaktadır. 6284 sayılı Kanun 5. maddesinin 3.fıkrasında bu kanunda yer alan tedbirlerle birlikte Çocuk Koruma Kanunu veya TMK kapsamındaki hükümlere göre hakim karar verebilecektir. Yani söz konusu kanunlarla korunan çocuklar ayrıca 6284 sayılı Kanun kapsamındaki korumadan faydalanacaklardır.

[31] 6284 sayılı Kanunun 2. maddesinin e bendinde yer alan şiddet mağduru tanımı nedeniyle, Kanunun uygulanma kapsamında yer alma açısından, şiddete doğrudan ya dolaylı maruz kalma açısından bir fark yer almamaktadır. Hatta, şiddetten etkilenme ya da etkilenme tehlikesi bulunma dahi yeterlidir.

[32] Büchler/Michel,s.526; Okan İbiloğlu, Aslıhan; Aile İçi Şiddet; Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, 2012, 4 (2), s.207.

[33] Bakınız Zara Page/ İnce, s.84.

[34] Oluşan tedavi masrafları, iş gücü kaybı gibi maddi zararların tazmini problemlidir. Çünkü, yansıma yoluyla maddi zararın tazminine imkân verecek bir düzenleme kanunda yapılmış değildir. Genel hüküm olan TBK çerçevesinde maddi tazminat konusunda yansıma yoluyla zararların talep edilmesini mümkün kılan genel bir düzenleme söz konusu değildir.

kötüsü- legalleştirmesidir. Bir başka deyişle, şiddet mağduru, maruz kaldığı bu davranışın, bir hukuka aykırı davranış olduğunu kabul etmez, bu bir şansızlıktır veya bu bir özel meseledir[35]. Bu nedenle, ev içi şiddetin, şiddet kısır döngüsü olarak adlandırılan bir özelliği vardır.

Ev içi şiddet, bu döngü içinde 3 safhaya sahiptir. İlk safha gerginlik safhası ki bu safhayı, şiddet safhası takip eder. Aniden hiç beklenmezken bu gerginlik son noktasına gelir ve şiddet meydana gelir[36] . Bunu nedamet veya balayı safhası takip eder. Burada şiddet uygulayan kişi pişmandır -çoğu zaman erkek- şiddet uyguladığı kadından -eşi, sevgilisi- özür diler, pişmanlığını belirtir, düzeleceğini söyler ve onu daha doğrusu onun üzerinde sahip olduğu kontrolü, iktidarı kaybetmemek[37] için uğraşır, hediyeler alır. Kadın, düzelir umuduyla af eder, dava açmışsa geri çeker, hukuki yollara başvurmuşsa iptal eder, evi terk etmişse, geri döner. Ve bu noktadan sonra yine kısır döngü işlemeye başlar. Yani, gerginlik-şiddet- nedamet/balayı. Bunlar yaşanırken, kadın değerli olduğu duygusunu, özgüvenini, ekonomik bağımsızlığını ve sosyal çevresini kaybeder. Bu zayıf durumda şiddet uygulayandan (eşinden/sevgilisinden) ayrılmak ona zor gelir ve bu kısır döngü içinde ayrılmak, bundan kurtulmak için özgür kalamaz. Bu şiddettin ne zaman meydana geleceği belli olmadığı için kadın ve çocuklar her an şiddet yaşama korkusu ve güvensizlik içinde yaşarlar. Duygusal, sosyal, ekonomik ve hukuki bağımlılık, kadının şiddet kısır döngüsünü kırmasını ve partnerinden ayrılmasını mümkün kılacak bağımsızlığını kaybettirir[38]. Bu cesareti bulup ayrılık söz konusu olduğunda mağduru -özellikle kadını- daha büyük bir tehlike bekler[39]. Erkek, çoğunlukla iktidarı bırakmak ve

[35] Çoğu zaman şiddete maruz kaldığının farkında bile değildir. Çünkü, toplumdaki şiddet algısı, sadece fiziksel şiddet, o da "hastanelik olacak şekilde dövülmesi" şeklindedir. Zaten, psikolojik şiddet, ekonomik şiddet, hatta fiziksel şiddet içinde tokat atma, hırpalama şiddet bile değil, normal, olağan şeylerdir.

[36] Kranich Schneiter, Cornelia; Das Neue Zürcher Gewaltschutzgesetz, FamPra.ch 2008, s.94

[37] Çoğunlukla ev içi şiddette; erkeğin kafasında sabit değişmez bir aile resmi vardır ve bu resimde ailenin hamisi olmayı başaramadığında, eşi kendisini geliştirmek isterse, onun çalışmasını yasaklar; eşinin arkadaşlarıyla görüşmemesini ister. Bunları kendisini güçlü hissettiği için değil, aksine kendisine güvenmediğinden, kendisini beğenmediğinden yapar.

[38] Kranich Schneiter, Cornelia; Dramen Hinter Geschlossenen Türen Häusliche Gewalt ist Auch Ein Gesellschaftliches Problem, NZZ 2005, s.73, (NZZ 2005).

[39] Ev içi şiddetin mağduru çoğunlukla kadın olup, bu şiddet döngüsünü kırmada zorlandığı dikkate alınarak; kadının gördüğü şiddet nedeniyle yardım alacağı, danışacağı, bilgileneceği, şikayette bulunacağı yerlere başvurması onun için bir başka şiddette uğrama nedeni olmaması için Alman ve İsviçre uygulamasında söz konusu danışma, şikayet telefon hatlarının numaraları arandığında, gelen telefon faturasındaki ayrıntılı dökümde yer almamakta; ayrıca kadınların bu danışma/şikayet hatlarının telefon numaraları ve şiddet konusunda bilgilendirme broşürlerine

kontrolü kaybetmek istemez. Bunun için ilk önce güzellikle ikna için çabalar, bu çabalar sonuç vermezse, bu esaslı bir takibe ve ciddi tehdide dönüşür; devamlı telefonla arar, saatlerce kapının önünde durur, iş yerinde daima bekler. Mağdur, travmatik hale gelen bu şiddeti yaşamamak için her gün farklı yol aramak, evden çıkış saatini değiştirmek, işini değiştirmek veya kendisini eve kapatmak zorunda kalır[40]. Yani ayrılma noktasında şiddet, ev içi şiddetten çıkar kanunun deyimiyle tek taraflı ısrarlı takibe dönüşür.

Kısaca belirtmek gerekirse, ev içi şiddetin özellikleri şunlardır[41];

*mekânsal olarak ayrılsalar da şiddet uygulayan ile mağdur arasında duygusal bir bağ, sosyal ve/veya düzenli ekonomik bağımlılık mevcuttur.

*Her zaman dört duvar içerisinde vuku bulması zorunlu olmasa da, ev içi şiddet, genellikle müşterek yaşanan evin içinde, yani özel alanda meydana gelir.

*ev içi şiddette, şiddet uygulayan, mevcut olan iktidar durumunu mağdur üzerinde kullanır veya bu kullanıldığı için böyle bir durum yaratılır.

Ev İçi Şiddet ve Normal Münakaşalar Arasındaki Fark Nedir?

Ev içi şiddet, olağan nitelikteki normal aile münakaşalarıyla karıştırılmamalıdır[42]. Bu iki durumun her zaman birbirinden ayrılması kolay değildir[43]. Bununla birlikte, ev içi şiddette taraflardan biri hareket tarzı olarak tekrarlanan şiddeti gerçekleştiren ya da tehdit eden bir tutum içindedir. Diğer taraf ise, sistematik olarak yıldırılıp, mağlup bir pozisyona sokulur, böylece sürekli korku havasında yaşar ve artan bağımlılığa maruz bırakılır. Şiddeti uygulayandan artık pek ayrılamaz veya ayrılsa da ona tekrar geri döner, çünkü, şiddeti uygulayan onun üzerindeki kontrolünü ve iktidarını kaybetmek istemediğinden ayrıldıktan sonra da sıkıntı verip, takip edip, mağduru geri getirir[44]. Normal aile münakaşalarında yukarıda belirttiğimiz şekilde, şiddet uygulayan ve şiddet mağduru yoktur, her iki taraf eşittir; ayrıca bu tür münakaşalar sistematik olarak meydana gelmiş olaylar

---

rahatça, bir müdahale olmadan ulaşmalarını sağlamak için, bunların genellikle, sadece kadınların girdiği (kadınlar tuvaleti; kadın kuaför salonları gibi) mekanlara bırakılması tercih edilmektedir.

[40] Hrubesch-Millauer/Vetterli. s.535

[41] Hrubesch-Millauer/Vetterli, s.535

[42] Hrubesch-M illa uer/Vet terli, s.535; Kranich Schneiter,s.94; Dubois, Jeanne/Vetterli Rolf; Häusliche Gewalt : erste Erfahrungen mit neuen Gesetzen, FamPra.ch 2004, s.852.

[43] Bu noktada polisten bu durumu nitelendirerek bir karara varması ve tahkikatı sıkı tutması gibi birden çok şey istenir. Kranich Schneiter, s.94

[44] Dubois /Vetterli, s.852.

da değildir. Aniden, spontan gelişir ve biter. Fakat yine de her iki durumu ayırmak her zaman kolay değildir. Her ne kadar normal aile münakaşaları ve ev içi şiddet kavramsal olarak ayrılmakta ise de kanımca burada farkın belirlenmesinde yaşanacak zorluklar, bunun için harcanacak zaman, koruma tedbirlerinin alınmasında yaşanacak gecikmenin yaşamın sona erdirilmesi gibi telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurma durumu ve zaten toplumumuzda şiddeti olağan bir davranış - hatta erkeğin hakkı - olarak sayma yönündeki algı dikkate alındığında, ev içi şiddet yönünde bir karineyi kabul etmek yerinde olacaktır[45] Zaten kanun kapsamında şiddet olarak nitelendirilmeyecek bir durum söz konusu ise, özellikle korunan kişinin gerçeğe aykırı beyanı varsa, kişinin hukuki ve cezai sorumluluğu doğabileceği gibi, 6284 sayılı Kanun kapsamında yapılan geçici maddi yardımların da iadesi söz konusu olacaktır (madde 17).

KADINA YÖNELİK ŞİDDET

6284 sayılı Kanunun 2. maddesinin ç bendinde kadına yönelik şiddet "kadınlara, yalnızca kadın oldukları için uygulanan veya kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ile kadının insan hakları ihlâline yol açan ve bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan her türlü tutum ve davranışı ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır.

Kadına yönelik şiddet türü kanunda getirilen bir yeniliktir. Kadına yönelik şiddetten söz edebilmek için ilk olarak şiddet mağdurunun niteliği önemlidir. Şiddet mağduru, kadın olmalıdır. Şiddet uygulayan kişi ile şiddet mağduru arasında bir ilişki olması gerekli değildir, bu nedenle, şiddet uygulayan kişinin niteliği önem arz etmez. İkinci olarak, şiddeti uygulayan kişinin, bu davranışta bulunmasını motive eden şey karşısındakinin kadın olmasıdır. Yani bu tür şiddet, kanundaki tanımdan da anlaşılacağı üzere ya şiddet mağduru, kadın olduğu için böyle bir şiddete maruz kalmaktadır. Ya da sadece kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ile şiddetin uygulanması gerekir. Yani, cinsiyet özellikleri nedeniyle, böyle bir şiddetin erkeğe uygulanması mümkün olmamalıdır. Örneğin; zorla kürtaj yaptırılması, zorla hamile bırakılması gibi.

[45] Özellikle fiziksel şiddet söz konusu ise bir tokat, fiske, hırpalama, itme kakma ile hastanede tedavi gerektirecek şekilde bir yaralama arasında fark gözetilmemelidir. Yaşanan sözlü münakaşalar dahi fiziksel, psikolojik, ekonomik bütünlüğün ihlâli tehlikesi kapsamında şiddet olarak değerlendirilebilecektir.

Kadına yönelik şiddettin en ağır biçimlerinden biri töre/namus bahanesiyle uygulanan şiddettir. Bunun yanında kadının giydiği kıyafete müdahale edilmesi, başını örtmesi için zorlanması veya tam tersi başını açması için zorlanması; gittiği yerin, yabancı kişilerle konuşmasının denetlenmesi; kadının akrabaları ile iletişim kurmasının engellenmesi, kadının telefon, cep telefonu, internet gibi iletişim vasıtalarını kullanmasının engellenmesi; kadına çocuklarla ilgili kendisini suçlu hissettirilmesi (örneğin çalışan kadına çocuklarına annelik etmediği, annelik konusunda yeterli olmadığının söylenerek baskı uygulama ya da anne olamadığı, kısır olduğu, kocasına çocuk veremediği, eksik olduğu baskısı); evlilik dışı hamile bırakılması; bakire olmaması nedeniyle aşağılanması; kendi rızası olmaksızın ailenin ya da akrabaların uygun gördüğü kişiyle evlendirilmesi (zorla evlilik); başlık parası karşılığı evlendirilmesi; boşanmak istediğinde buna ailesi tarafından karşı çıkılması ya da bu nedenle şiddet uygulanması/öldürülmesi; kadının istemediği yerde, istemediği zamanda ve istemediği biçimlerde cinsel ilişkiye zorlanması; cinsel istismar; cinsel taciz[46]; kadına cinsel içerikli imalarda bulunulması; cinsel organına zarar verilmesi (cinsel organının dağlanması, sünnet ettirilmesi); hamile kadının beslenmesinin sınırlandırılması; çocuk doğurmaya ya da doğurmamaya, kürtaja zorlanması; zorla düşük yaptırılması[47]; zorla kısırlaştırılması[48]; doğum kontrol yöntemlerinin zorla kullandırılması veya kullanmasının yasaklanması; tercihin oğlan çocuktan yana olup kız bebeklerin öldürülmesi özellikle cenin kız ise hamileliğe son verilmesi; kızların okumasının engellenmesi; kadının çalışma hayatına katılımının engellenmesi; kadının kendi geliri üzerinde söz sahibi olmasının ve ekonomik bağımsızlık kazanmasının önüne geçmek amacıyla kadının gelirinin ve emeğinin kontrol altına alınması, yarattığı değerlere el konulması (çalışan kadının maaş kartına el konulması, üzerine kayıtlı gayrimenkullerinin kocanın üzerine geçirilmesi), kadının zorla çalıştırılması ve parasının elinden alınması; kadının üzerine kuma getirilmesi; ensest ilişki kurulması; fahişeliğe zorlanması[49] da kadına yönelik şiddetin örnekleridir.

TEK TARAFLI ISRARLI TAKİP (STALKİNG)

6284 sayılı Kanunda bir tanım yoktur. Tanım, Yönetmelikte yapılmıştır. Yönetmeliğin 3. maddesinin ş bendinde tek taraflı ısrarlı takip "aralarında

[46] Ayrıca TCK m. 102, 105 cinsel saldırı, cinsel taciz suçu.
[47] TCK m.99
[48] TCK m. 101.
[49] Zara Page/ İnce, s.84.

aile bağı veya ilişki bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, şiddet uygulayanın, şiddet mağduruna yönelik olarak, güvenliğinden endişe edecek şekilde fiziki veya psikolojik açıdan korku ve çaresizlik duygularına sebep olacak biçimde, içeriği ne olursa olsun fiili, sözlü, yazılı olarak ya da her türlü iletişim aracını kullanarak ve baskı altında tutacak her türlü tutum ve davranışı ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır.

Kanunun deyimi ile tek taraflı ısrarlı takip, "Stalking" olarak ilk olarak ABD'de ortaya çıkan bir kavramdır. Alman[50] ve İsviçre[51] Hukuklarında da düzenlemiştir. Hukukumuzda da 6284 sayılı kanunda düzenlemeye kavuşmuştur[52]. Tek taraflı ısrarlı takip kapsamında şiddet uygulayan ve şiddet mağduru olan kişinin niteliği önemli değildir. Şiddet uygulayan ve şiddet mağduru herkes olabilir. Örneğin; kanunda tanımlanmış tek taraflı ısrarlı takip niteliğinde bir taciz ve takip söz konusu ise, şiddet mağduru bir erkek sanatçı, şiddet uygulayan ise hayranı olan bir kadın olabilir. Böyle bir durumda bu erkek sanatçı, tek taraflı ısrarlı takip kapsamında 6284 sayılı Kanunun koruması kapsamındadır.

Burada davranışın, tek taraflı ısrarlı takip olmasını sağlayan unsurlardan en önemlisi bu davranışın belirli bir süre sürmesi ve bu süre içinde de tekrarlanmasıdır. Ne kadar süre devam etmesi gerekir[53] Bu davranışın, somut olayın özelliklerine göre, mağdurun huzurunu, sağlığını veya duygusal bütünlüğünü zedelemeye yetecek süre devam etmesi gerekir. Tek taraflı ısrarlı takipteki taciz eden hareketin tipik belirtileri; bir kişi hakkında araştırma yapmak, fiziksel olarak onun yakınında bulunmak ve böylece onu sürekli takip etmek, görmeye gitmek, taciz etmektir. Bu taciz ve takipler mağdurda baskı, endişe, korku, zarar görme endişesi yaratmalıdır. Ayrıca, bu süre zarfında taciz eden hareketin sürekli tekrarlanması da gerekir0. Tekrar edilen ve kişide korku yaratan davranışlar sınırlı sayıda değildir, farklı kombinasyonlar olabilir. Örneğin; sürekli uygun olmayan zamanda telefon aramaları, sürekli mağdurun karşına çıkma, mağdurun özel hayatını dedektif aracılığıyla araştırma, mağdurun fotoğrafını filmini çekme, mağduru takip

[50] Gevvaltschutzgesetz
[51] Art.28b ZGB
[52] TCK kapsamında suç olarak düzenlenmiş değildir. Fakat, telefon edilmesi şeklinde oluşmuşsa TCK 123. madde gereğince kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu kapsamında değerlendirilebilir.
[53] Zimmerlin, s.l I ;Türkmen, Ahmet; Yeni Bir Hukuki Olgu Olarak Israrlı Takip ve Taciz (Stalking) ve Bunun Türk Medeni Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi. DEÜHFD c.ll Bilge Umar'a Armağan Özel Sayı C.II, İzmir 2010, s. 1397

etme, gözetleme, mağduru değişik yerlerde bekleme, evinin veya işyerinin yakınında pusuda bekleme, mağdura isteği dışında mektup, hediye, çiçek gönderme, özel konuta, alana girme. Bu yapılan takip ve taciz mağdurun huzurunu kaçırmalı, onda zarar görme endişesi, korku ve çaresizlik yaratmalıdır. Israrlı takipten kurtulmak için mağdur örneğin, her gün işyerine gitmek veya işyerinden evine dönmek için farklı saat ve farklı güzergâhları kullanmak, işyerini değiştirmek, kendisini eve kapamak, evini değiştirmek, yıllardır kullandığı telefon numarasını değiştirmek zorunda kalır. Bu ısrarlı takip durumu sadece kişiyi huzursuz etmekle kalmaz, fiziksel şiddetten, yaralamaya, ölüme kadar artan gizli tehlike oluşturur[54]. Kişinin başka bir kişiyi kullanarak, kişinin alışkanlıklarını araştırması da takip olarak nitelendirilir[55].

Tek taraflı ısrarlı takip (stalking) durumunda Alman hukukunda mağdur olan kişinin açık kesin rızasının bulunmaması gerekir. Yani, takip ve taciz edilen kişi, takip eden kişiye açıkça ve yanlış anlaşılmaya mahal vermeyecek şekilde, kendisiyle iletişim kurmak istemediğini beyan etmelidir[56]. Fakat bazı durumlarda iletişim kurmak istemediğinin açıkça belirtilmesini gerektirmeyen istisnai haller de vardır (örneğin gece yarısı kişiye yaşatılan telefon terörü gibi). Bu beyana rağmen yapılan takip/tacizin hukuka aykırı ve kasıtlı olması gerekir. Hukuka uygunluk sebebi mevcutsa tek taraflı ısrarlı takipten bahsedilemez. Alman Hukukunda da fiziksel olarak mağdurun yakınında olmadan da bir takım uzaktan iletişim araçları yoluyla mesaj gönderilmesi, takip kapsamındadır. Burada gönderilen mesajın içeriği önemli değildir. Bu yolla, kişi, huzursuz ediliyorsa, bu yeterlidir. Failin kendisini bildirmeyerek yaptığı sessiz telefonlar da uzaktan iletişim araçları yoluyla takip hareketi olarak nitelendirilmelidir[57]. Bununla birlikte, mağdurun gözetlenmesi için kameraya kaydının alınması iki kişi arasında sözlü ya da işaretle bir iletişim

[54] Hrubesch-Millauer/Vetterli,s.535
[55] Heinke, Sabine; Gevvaltschutzgesetz, 1 .Autlage 2012, GevvSchG §1 Rn.18
[56] Yönetmelikte yer alan tek taraflı ısrarlı takip tanımında şiddet mağdurunun açıkça iletişimi istemediğini beyan etmesi gibi bir şart söz konusu olmamakla birlikte, bu tür şiddet türünün doğası gereği, şiddet mağdurunun iletişim kurmak istememesi ya da kurmaması gerekir. Bu nedenle, kanun, "tek taraflı ısrarlı takip" terimini kullanmıştır. Bununla birlikte, özellikle yaşanan bir ilişki (evlilik veya evlilik dışı bir ilişki) sona erdikten sonra sıklıkla görülen ısrarlı takipte -ki çoğu zaman şiddet uygulayan erkek, şiddet mağduru kadındır- takipte bulunan kişi, şiddet mağduruna -eski karısı, sevgilisi, nişanlısı- genellikle son bir şey söylemek istediğini sonra onu rahat bırakacağı veya kendisinde kalan eşyaları verip, onun peşini bırakacağı gibi bir mesaj verir ve bu takip/tacizden kurtulmak isteyen kişi, bunu kabul ederse, kanımca, bu davranış ısrarlı takibin tek taraflı olma niteliğini etkilemez. Yani, bu durum, şiddeti ortadan kaldırıp, mağduru, Kanunun koruması kapsamından çıkarmamalıdır.
[57] Heinke,§ 1 Rn.18

olanağı sağlamadığı için uzaktan iletişim aracı yoluyla takip değil, tek taraflı ısrarlı takip olarak kabul edilmiştir[58].

Tek taraflı ısrarlı takip durumu, genellikle, bir ilişkinin, bir evliliğin bitiminden sonra yaşanan ayrılıklarda veya ayrılık sürecinde, bir tarafın, diğerini geri döndürmek veya ona olan kızgınlığı nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Ev içi şiddet, devam eden veya vuku bulan ayrılık safhasında tek taraflı ısrarlı takibe dönüşebilir. Genellikle, bu şekle dönüşen takibe, ayrılık şiddeti denmektedir. Bu en tehlikelisidir, eğer ayrılık sonrası bu takip/tacizden kişi sonuç alamazsa, yani şiddet mağduru ayrılmakta kararlı davranırsa, ısrarlı takip durumu sadece kişiyi huzursuz etmekle kalmaz, fiziksel şiddetten, yaralamaya, ölüme kadar artan gizli tehlike oluşturur.

ŞİDDETİN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

Fiziksel, psikolojik, cinsel ve ekonomik şiddet olarak, şiddetin farklı görünüm biçimleri mevcuttur. Şiddetin bu görünüm biçimleri, birbirinden tamamen soyutlanmış, keskin şekilde ayrılmış değildir, aynı olayda hepsi veya bir kaçı bir arada bulunabilir[59]. Örneğin; kocanın, karısına çok az para verip, onu para harcamayı bile beceremeyen bir kişi olarak aşağıladığı ve eve kilitleyerek başka kişilerle görüşme yasağı koyduğu bir durumda fiziksel, psikolojik, sosyal ve ekonomik şiddet bir arada iç içe geçmiş bir şekilde bulunmaktadır. Çiftlerin ayrılma zamanları içinde şiddete maruz kalan kadın daha çok tehlikede bulunur. Özellikle, öldürülmeye kadar gidebilecek şiddete maruz kalma riski yükselir.

FİZİKSEL ŞİDDET

Genellikle, kişinin bedensel bütünlüğüne yönelik olan maddi fiille gerçekleşen ve çok daha kalıcı izler bıraktığından, çok dikkat çeken ve şiddet denilince ilk akla gelen şiddetin görünüm biçimidir. Fiziksel şiddet, şiddet uygulayanın fiziksel gücüne dayalı olarak veya kesici-delici aletler gibi araçlar aracılığı ile uygulanabilir. Bir nesne atma, itme, sarsma, dayak atma, tokatlama, ısırma, sıcak su ile haşlama, kafasını duvara vurma, kolunda sigara söndürme, kezzapla yakmak, zehirleme, boğazını sıkma, tekmeleme, yumruklama, silahla, makasla, bıçakla, jiletle, kırık şişeyle yaralama, silahla tehdit etme, sağlıksız koşullarda yaşamaya mecbur etme, sağlık hizmetlerinden yararlanmasına engel olarak bedensel zarara uğramasına sebep olma, eve kilitleyip aç susuz bırakıp yaşamı tehlikeye sokma, fiziksel şiddete örnek

[58] Heinke,§ 1 Rn.18
[59] Kranich Schneiter, s.93

olarak gösterilebilir. Açıkça belirlenen yaralanmalar çoğunlukla bere, ezilme, diş kırılması, burun, kaburga gibi kırıklardır[60]. Fiziksel şiddet; hafif yaralamadan, ağır sakatlığa hatta ölümle dahi sonuçlanabilmektedir[61].

PSİKOLOJİK ŞİDDET

Psikolojik şiddet içinde genellikle sözlü olarak yapılan tehdit etme, bağırma, korkutma, hakaret etme, küfür etme, hor görme, küçük düşürme, hiç yerine koyma, eşyalara ya da evcil hayvanlara zarar verme yoluyla kişiyi yıldırma[62], kişinin hâl ve hareketleriyle alay etme, eve kilitleme, hareket özgürlüğünü kısıtlama, musallat olma, ayrılık sonrası gözetleme, takip etme, izleme (stalking) yer alır. Çocukların baskı aracı olarak kullanılması, çocukların kaçırılması, çocukların kişinin elinden zorla alınacağının söylenmesi, çocuklarıyla görüştürülmemesi[63] de psikolojik şiddettir. Kısa süreli de olsa, kişinin eve kilitlenmesi kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasıdır[64].

Psikolojik şiddet, fiziksel şiddetten bağımsız olarak gerçekleşse de her zaman fiziksel şiddete dönüşme tehlikesini taşır. Fiziksel şiddetten farklı olarak, psikolojik şiddetin tehlikesi çoğu kez bu şiddetin normalleştirilmesi, meşru görülmesi, hatta bir suç, kişilik hakkının ihlâli olarak algılanmamasıdır.

Psikolojik şiddetin örneğin uyku bozukluğu gibi fiziksel etkileri de olabilir[65]. Psikolojik şiddettin sonucu, eğer tedavi gerektiren depresyon, anksiyete, gibi psikolojik bir rahatsızlığa sebebiyet verecek ağırlıkta ise, sağlığa yapılan bir saldırı da söz konusu olur[66]. Bedensel bütünlüğün içinde sağlıkta yer alır. Kişinin normal bedensel fonksiyonlarının kötüleştirilmesiyle meydana gelen atipik durum, sağlığa yapılan saldırıdır[67].

Psikolojik şiddet sürekli olarak konuşarak sözlü saldırıyla oluşabileceği gibi ısrarlı susmayla da oluşabilir.

---

[60] Ohl, Dagmar: Häusliche Gewalt-Beschreibung eines gesellschaftlichen Problems, FPR 2005, s.6.
[61] TCK. md. 81,82, 85,86.89.
[62] Bu durumu şiddet mağduru olan bir kadın "evi kırıp geçirdi beni ve çocukları ruhsal olarak bitirdi" şeklinde ifade etmiştir. Ohl, s.8.
[63] Büchler/Miehel,s.527
[64] Alman Hukukunda kişinin evden atılması özgürlüğünün kısıtlaması olarak kabul edilmemektedir Krüger, GewSchG §1 Rn. 12. Hukukumuz açısından TCK 109. madde bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakmayı suç saymıştır. Bu nedenle kişinin kendi rızası olmaksızın evden çıkarılması, kişinin bir yerde kalma hürriyetinden mahrum bırakıldığı anlamına gelecektir.
[65] Krüger, GewSchG §1 Rn. 12
[66] Heinke, §1 Rn.8
[67] Heinke, §1 Rn.7

Kişinin üzerindeki hakimiyeti sürdürmenin önemli araçlarından olan duygusal şiddet de psikolojik şiddetin bir alt türüdür. Bu anlamda anlayış, sevgi, sempati göstermeme[68] duygusal şiddettir.

Psikolojik şiddetin başka bir alt türü sosyal şiddettir. Kişinin sosyal iletişiminin sınırlandırılması ve kontrol edilmesi, mağdurun toplumdan izole edilmesi, dışarıya yalnız çıkmasına izin verilmemesi şeklinde oluşabilir. Başka insanlarla iletişiminin kontrol edilmesi, sınırlandırılması veya yasaklanması,[69] mağdura iftira atılması da sosyal şiddet olarak kabul edilmektedir[70].

CİNSEL ŞİDDET

Cinsel şiddetin temelinde geleneksel kadınlık ve erkeklik rolleri yattığı için, cinsel şiddetin, sadece kadına yönelik şiddetin görünüm şekli olduğu düşünülebilir. Fakat, cinsel şiddet, kadın dışında çocuklara ve erkeklere karşı da söz konusu olabildiği için sadece kadına yönelik şiddetin görünüm şekli değildir. Cinsel şiddet içinde; ırza geçme, sarkıntılık, gereksiz dokunma, söz atma, askıntı olma, cinsel yaklaşım/teklifte bulunma, cinsel içerikli imâlarda bulunma, cinsel içerikli sözler söyleme, ilgisiz bir yerde mağdura karşı onu rahatsız etmek amaçlı pornografik veya müstehcen resim, fotoğraf, çizim sergileme, cinsel tercihi dolayısıyla aşağılama, istismar edici davranışlarda bulunma, cinsel ilişkiye zorlama, ensest ilişki gerçekleştirmeye zorlama, evliliğe zorlama, istenmeyen dokunma, telefonla, mektupla ya da sözlü olarak cinsel içerikli rahatsızlık verici davranışlar, yer alır.

Toplumda mahrem bir alan, bir tabu olarak görülen cinsel şiddet, çoğu zaman gizlendiği için tespiti oldukça güçtür. Cinsel şiddet, buna maruz kalan kişinin konuşmakta en zorlandığı şiddetin görünüm biçimidir.

EKONOMİK ŞİDDET

Ekonomik şiddet aslında psikolojik şiddete yakındır. Toplumsal cinsiyet rolleri gereği, evi geçindirme, para kazanma yükümlülüğü asıl olarak erkeğe

[68] Zara Page/ İnce,s.82; Psikolojik şiddet Medeni Kanun kapsamında aile içinde yapılmışsa TCK 232 ve 233 maddeleri kapsamında suçta teşkil eder.

[69] Zimmerlin, s.l 1; Ayrıca sadece kişinin istediği kişilerle görüşmesinin engellenmesi değil, kişinin istemediği kişilerle görüşmek zorunda bırakılması da şiddettir. Örneğin; kadının/ erkeğin, eşinin veya sevgilisinin ailesindeki kişilerle istememesine rağmen görüşmek zorunda bırakılması. Ayrıca, cep telefonu, telefon kullanmasının yasaklanması durumunda kişilerin arasındaki haberleşmenin hukuka aykırı olarak engellenmesi söz konusu olduğunda TCK 124. maddenin uygulanması da söz konusu olabilecektir.

[70] Kişiyi işyerinde karalamak, doğru olmayan şekilde eşinin bir aşk ilişkisi yaşadığını ve onu aldattığını çevreye söylemesi Ohl, s.8.; Zimmerlin, s.11.

verilmiş olduğundan, çoğu kez ekonomik şiddetin varlığına dair bir farkındalık oluşmamaktadır[71]. Genellikle, meslek sahibi olan erkek geleneksel rolünün bir kısmı olan ailenin geçimini sağlamasını, açıkça bir iktidar ve şiddet aracı olarak kullanmaktadır. Bu iktidarı elinden kaybetmemek için erkek, eşinin çalışmasını veya mesleğini yapmasını engelleyerek onun ekonomik bağımsızlığını kazanmasını önler[72]. Kadının ekonomik kaynaklara erişimini kontrol altına almak ya da sınırlandırmak; kadını, özellikle gıda, giyecek ve sığınma gibi temel ihtiyaçların karşılanması konusunda, şiddet uygulayana tamamen bağımlı hale getirmektedir. Bu bağımlılık, şiddet ortamını terk etmesi halinde kadının yoksulluk, evsizlik gibi sorunlarla karşı karşıya kalması riskini taşıması anlamına gelmektedir.

Ev idaresi için para vermeme, kısıtlı para verme, eşin veya çocuğun mallarını ve paralarını elinden alma, ziynet eşyalarının elinden alınması, istemediği işte zorla çalıştırma, ailenin tasarrufları, gelir gideri hakkında aile bireylerinin, özellikle, eşin fikrini almama ve ona bilgi vermeme, ailenin kaynaklarına erişim ve kontrolünde eşit davranmama, özellikle kadının mal/mülkünü ve nereye para harcadığını kontrol etme, evin masraflarını karşılamama, kredi kartına veya maaş kartına el koyma, bankaya kendi adına hesap açtırıp tasarruf yapmasına engel olma, para kazanmasını engelleme, meslek sahibi olunmasını engellenme, meslek sahibi çalışan eşinin-kadının- ya da yetişkin çocuğunun maaşı üzerinde ona hiç söz hakkı tanımadan tasarruf etme, ekonomik şiddettir.

V. SONUÇ

6284 sayılı Kanun, şiddet karşısında korumadan yararlanacak kişilerin kapsamını genişletmiş ve kişiyi şiddet karşısında korumaya ve şiddeti önlemeye yardımcı olacak etkin koruma yolları düzenlemiştir. İnceleme konumuz olan şiddet kavramının tespit edilebilmesi ve Kanunun uygulama alanının belirlenmesi için yararlanılacak Kanun maddelerindeki düzenlemeler yeterli açıklıkta değildir. Günlük yaşamda sıklıkla yaşanan ve maalesef üzücü sonuçlara yol açan şiddet türü, ev içi şiddet ile kadına yönelik şiddettir. Kanunda yer alan koruma yollarından faydalanılabilmesi ancak kanun kapsamında tanımlanan bir şiddetin oluşması halinde mümkün olacağı için, şiddet kavramının hiçbir tartışmaya mahal vermeyecek şekilde rahatlıkla

[71] Bozkurt Şener, s. 14
[72] Ohl, s.8.

anlaşılır açıklıkta belirtilmesi önem arz etmektedir. Ayrıca, yapmama/pasif davranışla da oluşacak şiddetin hukuka aykırı olacağının belirtilmesi, bu hususta oluşacak bir takım soru işaretlerini engelleme adına yerinde olacaktır.

Bu kanundaki hükümlerin bir işe yaraması, ancak, toplumda şiddetin hukuka aykırı, hatta suç olduğu bilincinin oluşması ile mümkün olacaktır. Özellikle, şiddetin bir terbiye biçimi olarak algılanması, bunun hem aile içinde hem de kamusal yaşamda meşru olarak görülmesi, şiddetin hem yeniden üretilmesine, hem de gizlenmesine neden olmaktadır. Toplumdaki bu algının değişmesi kişilerin, özellikle şiddet uygulayanların suçluluk duygusu ile bundan vazgeçmeleriyle değil, ancak, hukukun, şiddet uygulayan kişinin peşini bırakmayıp, ona bu yaptığı davranışın yaptırımını uygulayarak, topluma verilecek, "şiddettin sonucu budur" mesajıyla mümkün olacaktır.

Toplumdaki şiddete bakış açısı değişmeye başlamıştır. Bu sevindirici olduğu kadar umut da vericidir. Özellikle, ev içi şiddet konusunda, bunun kişilerin özel meselesi olduğu, devletin buna karışmaması yönündeki görüş değişmiştir. Bu değişme, sosyal devlet ilkesinin gelişiminin yanı sıra, büyük aile sisteminin, ekonomik ilişkilerin, ilişkilerde cinsiyete bağlı rol anlayışının değişmesi de yardımcı olmuştur. Bu değişimin hızla devam etmesi; kişilerde şiddetin suç, hukuka aykırı bir davranış olduğu ve bunun şiddet uygulayan kişinin yanma kalmayacağı, mutlaka bunun yaptırımı ile karşılaşacağı algısının yaygınlaşmasıyla şiddette başvurulmaması ve bu kanunlardaki hükümlere hiç ihtiyaç kalmaması en büyük ümittir.

KAYNAKÇA

Bozkurt Şener, Ekin, Kadına Yönelik Aile İçi Şiddeti Önlemede 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Değerlendirilmesi, Ankara, 2011

Büchler, Andrea/Michel, Margot; Besuchsrecht und häusliche Gewalt, FamPra.ch 2011, s.525-552.

Dubois, Jcanne/Vetterli Rolf; Häusliche Gewalt : erste Erfahrungen mit neuen Gesetzen, FamPra.ch 2004, s.851-857.

Heinke, Sabine; Gewaltschutzgesetz, 1.Auflage 2012.

Fischbacher, Christian; Stalking im Blickfeld des Redividierten Persönlichkeitsschutzes, AJP 2006, s.808-812.

Hrubeseh-Millauer,Stephanie/Vetterli, Rolf; Häusliche Gewalt: die Bedeutung des Artikels 28b ZGB, FamPra.ch 2009, s.535-560.

Kranich Schneiter, Cornelia; Dramen Hinter Geschlossenen Türen Häusliche Gewalt ist Auch Ein Gesellschaftliches Problem, NZZ 2005, 73-76, (NZZ 2005).

Kranich Schneiter, Cornelia; Das Neue Zürcher Gewaltschutzgesetz, FamPra.ch 2008, s.90-106.

Krüger; Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen (Gewaltschutzgesetz-GewSchG), Münchener Kommentar zum BGB 6. Auflage 2013.

Ohl, Dagmar; Häusliche Gewalt-Beschreibung eines gesellschaftlichen Problems, FPR 2005, s. 6-10.

Okan İbiloğlu, Aslıhan: Aile İçi Şiddet; Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, 2012, 4 (2), s.204-222.

Sağıroğlu, M.Şerif; Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, İstanbul, 2013.

Türkmen, Ahmet; Yeni Bir Hukuki Olgu Olarak Israrlı Takip ve Taciz (Stalking) ve Bunun Türk Medeni Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, DEÜHFD c.II, Bilge Umar'a Armağan Özel Sayı C.II, İzmir 2010, s. 1387-1433.

Zara Page, Avten/İnce, Merve; Aile İçi Şiddet Konusunda Bir Derleme, Türk Psikoloji Yazıları, Aralık 2008, 11 (22), s.81-94.

Zimmerlin, Sven; Stalking-Erscheinungsformen, Verbreitung, Rechtschutz, Sicherheit&Recht 1/2011, s.3-20.

Prof. Dr. HAKAN PEKCANITEZ- Teşekkür ediyorum değerli başkanım. Değerli meslektaşlarım, ben haksız fiillerle ilgili ya da tazminat hukukuyla ilgili Hukuk Muhakemeleri Kanunundan, önce birkaç yetkiyle ilgili maddeden söz etmek istiyorum.

Birincisi, yetki konusunda eski kanuna nazaran çok daha fazla yetkili mahkeme sayıldı. Eskiden sadece haksız fiilin vuku bulduğu yerde dava açılabileceğinden söz edilirken, yeni kanunda dikkat edilirse, birden fazla mahkemeye yer verildi. Hatta bu şöyle düşünülebilir; birden fazla mahkemeye yer verilmek, usul kanunlarında özellikle milletlerarası hukuk bakımından bir aşkın yetki tehlikesi ortaya çıkarabilir. Bu yüzden bu dört yetkili mahkeme, acaba böyle bir tehlikeyi içeriyor mu? Sorusu akla gelebilir.

Hemen şunu söyleyeyim: Dünyadaki eğilim haksız fiiller konusunda, mümkün olduğu kadar zarar gören kişinin daha kolay, daha çabuk dava açabilmesi konusunda yetkiyi mümkün olduğu kadar kolaylaştırabilmek. O yüzden yeni kanunda 16. Maddede birden fazla mahkeme yetkili sayılarak, bu konuda açılabilecek davanın mümkün olduğu kadar kolay, çabuk, basit bir şekilde açılması ve sonuçlanması arzu edildi.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

İkincisi, yetki sözleşmeleri konusunda önemli bir sınırlama getirildi biliyorsunuz. Eski kanun döneminde son derece liberal, herkes yetki sözleşmesi yapabiliyordu. Bu konuda sadece tacirler arasında, kamu tüzel kişileriyle tacirler ya da kamu tüzel kişileriyle kamu tüzel kişileri arasında bir yetki sözleşmesi yapılabilmesi sınırlaması getirildi.

Bu konuda kanunun yürürlüğe girmesinden sonra bir zaman problemi yaşadık; zaman itibariyle kanunun uygulanması anlamında. Özellikle kanunun yürürlüğe girmesinden önce yapılan yetki sözleşmeleri, acaba kanunun yürürlüğe girmesinden sonra nasıl algılanmalı diye. Bu konuda Yargıtay'ın her iki yönde de görüşü olduğunu söylemeliyim. Ama, bana göre doğru olan bu kanun hemen yürürlüğe girdiği için, eski kanun döneminde yapılmış olmak, hiçbir şekilde bir hak sağlamayacaktır. Zira yetki sözleşmeleri asıl olarak usul sözleşmeleridir. Bunun anlamı da usul kurallarına tabidir. Usul kuralları da 1 Ekim 2011'den itibaren bu konuda yetki sözleşmesini sadece tacirlerle sınırlı kıldığına göre, eski tarihli yetki sözleşmelerinin taraflarından biri eğer tacir değilse, buna dayanarak dava açılamayacak. Bir de yetki konusunda ortak yetki varsa, bunun kesin bir yetki gibi algılanması kabul edildi. Özellikle haksız fiilden doğan davalarda birden fazla davalı var ve fakat ortak yetkili bir mahkeme varsa, davanın ortak yetkili mahkemede açılması gerekiyor.

Şimdi bu genel birkaç noktayı söyledikten sonra, sabah Süha Tanrıver Hocanın söylediği belirsiz alacak davasıyla ilgili birkaç noktaya değinmek istiyorum. Bildiğiniz gibi belirsiz alacak davası bir eda davası. Eda davasından bir tek farkı var, o da talep sonucu normal bir eda davasından farklı olarak, önce davanın başında bir geçici talep sonucu olarak ileri sürülüyor ve fakat daha sonra tahkikat aşamasında kesin talep sonucuna dönüşüyor.

Bunun anlamı, bu davanın özelliği sebebiyle talep sonucunun dava dilekçesinde dava açılırken kesin olarak belirtilme zorunluluğunun olmayışı. Bu nedenle bu davanın diğer koşulları bulunmak şartıyla, bütün talepleri belirsiz alacak davası olarak açabilme imkânımız var. Özellikle manevi tazminat talepleri bakımından, belirsiz alacak davası tipik bir uygulama örneğidir. Bugün Alman hukukunda, Avusturya hukukunda ve İsviçre hukukunda

manevi tazminat taleplerinde, hiç tereddütsüz olarak bu konuda belirsiz alacak davası biçiminde açılması kabul edilmektedir.

Buna karşı görüş olarak bölünemeyeceği manevi tazminat taleplerinden söz ediliyor, ama söylediğim gibi zaten belirsiz alacak davası talebin bölünmesi demek anlamına gelmiyor. Kısmi bir dava kesinlikle olmadığına göre, bir tam eda davası olduğuna göre, burada manevi tazminat bölünemiyor. Ancak haklı olarak şu soru sorulabiliyor: Belirsiz alacak davasında geçici bir talep sonucu ileri sürüldükten sonra kanun buna çok da doğru olmayan bir şekilde asgari bir talep diyor.

Asgari demesi biraz şöyle cesaret verdi. Ben bazı yerlere gittiğim zaman dediler ki; 1 liralık dava açma çeşidi öngörmüşsünüz kanunda. Ne demek bu dedim. Bir belirsiz alacak davası varmış, 1 liraya açılıyormuş, sonra istediğin kadar tamamlayabiliyorsun diye, kanunları ne şekilde anlayıp yorumladığımızı da gösteriyor bu. Oradaki asgariden kasıt, davayı açarken belirleyebildiğiniz en asgari miktar anlamında ifade edilmek isteniyor. Dolayısıyla manevi tazminat veya bunun gibi talep sonuçları geçici olarak belirtildikten sonra, önemli bir tartışma şurada var. Deniyor ki; acaba geri kalan kısmını ne zamana kadar, nasıl belirleyeceğiz? İşte tahkikatın sonuna kadar bunu yapabilmek mümkün.

Peki, tahkikatın sonunun geldiğini nereden biliyoruz? Maalesef bizim hukukumuzda tahkikat, sözlü yargılama, hüküm aşaması, hepsi birbirine karışıyor ve biz hiçbir zaman için tahkikatın bitiminde ne zaman tahkikatın bittiğinden haberdar dahi edilmiyoruz. Hâlbuki kanun, hem önceki ve hem de yeni kanun, tahkikatın bitiminin hâkim tarafından taraflara bildirilmesi ve en önemlisi, onların tahkikatın değerlendirmesini yapmak üzere genel bir yazılı beyanda bulunabilme imkânı sunması gerekir diyor. Bu da yetmiyor, sözlü yargılamada da ayrıca bunun sözlü olarak yapılabilme imkânı var, ama zaman yeterli olmadığı için bu tartışmaya girmiyorum.

Şimdi soruyu tekrardan soracak olursak, ne zaman belirleyecek? Burada acaba şu yapılabilir mi? Hâkim tahkikatın bitiminden önce tarafa, bunu tırnak içinde söylüyorum, davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde yapabileceği yönünde bir görüş var. Acaba tarafa her şey aydınlandı, tahkikatın sonuna da

geldik, hadi bakalım talep sonucunu belirle, kesinleştir diye bir süre verebilir mi? Bizim kanunumuza baktığımız zaman, kanunun lafzı buna uygun değil. Kanun mutlaka bunun tarafça belirlenmesi gerektiğinden söz ediyor. Özel bir şekilde bu davada tasarruf ilkesinden ayrılmayı gerektiren bir hüküm de bulunmadığına göre, bunun bizim kanunumuzda mutlaka tarafın tahmin edip, belirleyip, bunu tahkikat içinde ileri sürmesi gerektiği söylenebilir.

Ancak manevi tazminat talepleri bakımından bunun hiç de kolay olmadığını söyleyebiliriz. Çünkü 5000 liralık bir belirsiz alacak davası açtığınızda, tahkikat aşamasında bunun belirlenmesi konusunda nasıl bir kanaat edinebilirsiniz ki, onu 10.000 lira olarak telaffuz edebilirsiniz? Bu konuda İsviçre şöyle bir pratik çözüm bulmuş, baştan itibaren bunu uyguluyor. Diyor ki; manevi tazminat taleplerinde davacı belirsiz alacak davasında sadece talep sonucunun asgari miktarını bildirmek zorunda. Üst rakamı ise, bildirmek mecburiyetinde değil, ama bunu sadece manevi tazminat talepleriyle sınırlı tutuyor. Sebebi de; mademki manevi tazminat tamamen hâkimin takdirinde ve bunu hiçbir zaman için davacı bilebilecek durumda değil. Bu imkânsızlık tahkikat aşamasında da devam ediyor. Hani bir bilirkişi incelemesi olsa, bir tespit olsa, belki bu aşamada talep sonucunun kesinleşmesi düşünülebilir, ama bu manevi tazminatta çoğu zaman mümkün olamayacağı için ve hâkim takdir edeceği için, üst sınırın bildirilmesi mecburiyeti olmamalı.

Ancak bu tartışma, böyle bir görüş kabul edilirse, bundan sonra verilen hükme karşı gidilecek kanun yollarında da problemleri çözmeyi gerektiriyor. Çünkü bir hüküm verildi. Siz sadece asgari bir miktar 5000 lira istediniz, ama hâkim 7000 liraya hükmetti manevi tazminatı. Şimdi temyize gitmeniz için, belli bir aleyhinize hükmedilen miktar olması lazım. Bir şey talep etmediniz ki, aleyhinize de bir hüküm yok. Tam tersine 5000 istediniz, 7000 liraya hükmedildi. Şimdi burada acaba temyize gidebilir misiniz?

İsviçre hukukunda kanun yolları konusunda bir rahatlık sağlamak ve bu denetimi gerçekleştirebilmek için deniliyor ki; burada davacı temyiz ederken, talep sonucunun aslında daha fazla olması gerektiğini iddia ediyorsa, pekâlâ bu da kanun yolu denetimine tabi tutulmalı ve temyiz incelemesine tabi olmalı deniyor.

Bu konuda tabii daha çok tartışılabilecek noktalar var, ama birkaç noktayı şöyle söyleyeyim. Belirsiz alacak davası sadece para alacakları için açılan bir dava türü değil. Özellikle işçi alacakları konusunda maalesef bu davanın çok dejenere edilme çabası içinde olduğunu görüyoruz. Âdeta bütün iş hukukuna ilişkin davalar, belirsiz alacak davası olarak açılmak isteniyor; koşulları mevcut olmasa dahi. Biliyorsunuz Hukuk Genel Kurulu kısmi davada çok geniş bir yorum yaptı. Eğer bunu belirsiz alacak davasında da yaparsa, korkarım yakın bir gelecekte bütün eda ve kısmi davaların pabucu dama atılacak, tek bir dava kalacak; o da belirsiz alacak davası. Bunu mümkün olduğu kadar çok ciddi ve koşullara uygun yorumlamamız lazım.

Çünkü unutmayın, belirsiz alacak davası konusunda şu anda en büyük tartışma, davalının savunma hakkının bu davalarda önemli ölçüde ihlal edilme tehlikesi içinde olduğu. Çünkü hukuki dinlenme hakkını kullanabilmeniz için, sizin alacağın miktarını tam olarak bilmeniz gerekiyor ki, kendinizi savunabilesiniz, yeteri kadar karşı koyabilesiniz. Tam tahkikatın bitiminde birdenbire bir miktarla karşılaştığınız zaman, size o yüzden mutlaka bunun karşılığının, savunma imkânının, hukuki dinlenilme hakkının verilmesi, sağlanması gerekir. Yoksa tahkikatın en son duruşmasında 10.000 lira istediğiniz şeyi 100'e çıkarıp, hâkim bunun üzerine karar verebilme imkânına sahip değil. Bu nedenle belirsiz alacak davasının koşullara uygun bir şekilde anlaşılıp, yorumlanması son derece önemli.

Şimdi yine sabahki konuşmalardan, 3. maddeye geçiyorum. Açık söylemek gerekirse, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hazırlanırken hiç kimsenin aklına 3. madde gelmedi. Böyle bir şeyi telaffuz dahi etmedik. 3. madde tamamen Adalet Komisyonunda verilen bir önerge üzerine kabul edilmiştir, bizim bir dahlimiz olmamıştır. Karşı oy olmamıza rağmen de, bizim bir oy kullanmamız söz konusu değildir.

Şimdi 3. maddenin iptalinden sonra, bir problemi bir kez daha yaşadık. O da şu: Biz maalesef kanunların zaman itibariyle uygulanması konusunda ciddi sıkıntıya sahibiz. Daha ileri gideyim, haddimi aşmaz isem, bilmiyoruz. Bunu neden söylüyorum? Fikri haklar mahkemesini kurdur, iki sene gitti geldi Yargıtay'da. Hangi mahkemenin görevli olduğuyla uğraştık, binlerce

dosya, binlerce zaman kaybına sebebiyet verdik. Aynı şey deniz ihtisas mahkemesinde yaşadık, aynı şeyi aile mahkemelerinde yaşadık. Şimdi İcra İflas Kanunu değişikliği oldu 5 Temmuz'da geçen yıl. 5 Ocak'ta da yeni hükümler yürürlüğe girdi. Maalesef öyle bir geçiş, öyle bir zaman itibariyle uygulama hükmü konuldu ki, soruyorum şimdi yüzde 20'ye indi inkâr tazminatları, nasıl uygulanıyor diye. Bazı daireler diyor ki; biz takip talebini esas alıyoruz. Takip talebinde eğer kanun yürürlükteyse yeni kanuna göre, takip talebinde kanun yürürlükte değilse eski kanuna göre.

Peki, böyle bir geçiş maddemiz var mı? Yok. Peki, nasıl böyle bir sonucu varıyorsunuz? Bize bu daha mantıklı geliyor. Bakın, geçiş maddesi var, hüküm var, ama bize mantıklı geleni kullanarak bir çözüm buluyoruz. Zaman itibariyle uygulamayı böyle değerlendiriyoruz. Aynı şey 3. maddede oldu. Dikkat buyurun; Anayasa Mahkemesinin kararları, gerekçeli Resmi Gazetede yayımlanmadan yürürlüğe girmiyor. Resmi Gazetede yayımlanmıyor karar, sitede görüyorsunuz, sen misin sitede yayınlanan. Henüz bu karar hiçbir şekilde hukuken bir sonuç doğurmazken, bütün asliye mahkemeleri bunu fırsat bilip, 3. maddeye göre açılmış olan bütün idari yargıyı ilgilendiren davalarda görevsizlik kararı verdi.

Şimdi henüz iptal hükmü yürürlüğe girmeden, sonuç doğurmadan nasıl olur da gerekçesi bile yazılmadan Resmi Gazetede yayımlanmadan böyle bir görevsizlik kararı verilebilir? Çünkü Resmi Gazetede 19 Mayıs 2012'de yayımlandı, ama Anayasa Mahkemesinde 16 Şubat 2012'de iptal edildiği görüldü. Yani dört buçuk ay yürürlüğe girmediği halde bütün mahkemeler görevsizlik kararlarını vermişti. Şimdi bir dava usulüne uygun kanunun yürürlüğe girdiği bir dönemde usulüne uygun olarak açılmışsa, artık ondan sonra meydana gelen değişiklikler o davayı hiçbir şekilde etkilemez. Bu hukuki güvenlik ilkesinin bir sonucudur. Maalesef Anayasanın bu çok önemli ilkesini zaman itibariyle uygulama konusunda eksiklerimiz olduğu için bilmiyoruz, uygulamıyoruz.

Bir hukuk devletinde bir vatandaş, eğer o hukuk devletindeki kurallara güvenerek bir dava açmışsa, artık o dava o mahkemede görülür. Şimdi biz ne yaptık? Sekiz ay boyunca asliye hukuk mahkemesinde görülmüş olan bir

davayı, hiçbir şekilde görevsizlik kararı vermemesi gerektiği halde, binlerce dosya hakkında görevsizlik kararı verdik. Arkasından da bu davayı açan, doğru açan, görevli mahkemede açan kişileri yargılama giderine mahkûm ettik.

Şimdi düşünebiliyor musunuz? Ben hukuka güvenmişim, hukuka güvenerek dava açmışım görevli mahkemede. Sonra Anayasa Mahkemesi iptal edince, ben hiçbir şekilde bu konuda hatam olmadığı halde görevli mahkemede dava açtığım halde, bütün masrafları yapmış olmamın yanında, bir de yargılama giderine, vekâlet ücretine mahkûm ediliyorum. Bunu kim açıklayabilir, hukuk devletiyle bunu nasıl bağdaştırabiliriz?

Ondan sonra tabii idari yargıda bu davanın devam edebilmesi ayrı bir problem, ama bir de şunu düşünelim. Sekiz ay boyunca o dava asliye hukuk mahkemesinde görülmüş. Biliyorsunuz görevsiz mahkemede yapılan işlemler nedir? Diğer mahkemede geçersizdir. Hele hele bu görev problemi de değil, bu yargı yolu problemi. O zaman siz yeniden davayı götürüp de, idare mahkemesinde açtığınızda, yeniden masraf yatıracaksınız, yeniden harç yatıracaksınız, yeniden işlemleri yapacaksınız. Peki, sizin bu sekiz aylık yapmış olduğunuz masrafların zararını kim öder? Açık söyleyeyim, bu hukuk devletine, hukuki güven ilkesine son derece aykırıdır ve hiçbir şekilde adil yargılanma hakkıyla da bağdaşmaz.

Bu yüzden kanun ne kadar önemliyse, yürürlük maddelerini de bu kadar önem arz ederek düşünmemiz lazım. Kanun ne kadar önemliyse, yönetmeliği de o çerçevede dikkate almak zorundayız. Bakın, geçen yıl 5 Temmuz'da yürürlüğe giren İcra İflas Kanununun henüz yönetmeliği yok. Böyle bir sistem olur mu? Bu arada yönetmeliği çıkan elektronik tebligatın altyapısı yok. Kanun yürürlüğe girdi, bu sefer yönetmeliği de çıktı, ama altyapısı yok. Yani ben de aynı şeye katılıyorum, yasama organı hızlı çalışıyor olabilir, çok yoğun çalışıyor olabilir, çok kanun çıkarıyor olabilir, ama kanun çıkarmanın hiçbir faydası yok.

Şu Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdikten sonra bir kez daha anladım ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu henüz hükümleri yürürlüğe girmedi. Aradan bir buçuk yıl geçti, hatta biraz önce Sayın Deynekli şaka

yaptı, eski kanunun verdiği, ama bu eski dedikleri için dedi ki; biz bunu daha değiştirmedik, hâlâ bu uygulanıyor. Gerçek bu, inanın Hukuk Muhakemeleri Kanununun henüz hükümlerinin uygulanmasına başlanmadı.

İşte en son Hukuk Genel Kurulunun kararı diyor ki; ön inceleme eğer yapılmadıysa, hiç önemli değil, gönüller bir olsun, siz rahat olun, ben bunu bozmayacağım. Süreyi kaçırdınız, bir haftalık, iki haftalık sürelere uymadınız, canınız sağ olsun, öbür duruşmaya kadar getirin parayı ben görmezden geleceğim. Kanun diyor ki; iki haftalıktır bilirkişi raporuna itiraz süresi. Şimdiden İstanbul'da bir ayla bir buçuk aylık süreler veriliyor. Açıkça ihlal ediliyor, ama buna rağmen bunda da hiçbir sıkıntımız yok.

En son ihtiyati tedbir örneğini vereyim. Biliyorsunuz ihtiyati tedbire karşı kanun yolu açıldı. İstenildi ki, bugüne kadar ihtiyati hacizle, ihtiyati tedbiri ayırt edemeyen uygulama, nihayet Yargıtay denetimiyle bunu sağlayabilsin. İş yükü artıyor gerekçesiyle ihtiyati tedbire yönelik kanun yolları kapatılmaya başlandı. 1. Hukuk Dairesi ihtiyati tedbire yolu kapattı, 17. Hukuk Dairesi ihtiyati tedbirlere karşı kanun yolunu kapattı, 23 zaten kapatmıştı. Şimdi Yargıtay'ın üç dairesi kapattı, diğer daireler de içtihadı birleştirmeye gitti. Eğer buradan da içtihadı birleştirmeden de eğer kanun yolu kapatılırsa, o zaman demek ki kanun yapmak boşuna bir çaba. Çünkü siz bunu yürürlüğe sokamıyorsunuz, yürürlüğe soksanız bile uygulayamıyorsunuz.

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Fikret EREN*

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

- Teşekkür ederim Sayın Başkan. Evvelâ Ankara Barosu'nun Bedensel zararları konu edinen bir panel düzenlemesi, sonra da bu paneli ömrümün çok büyük bir kısmını öğrenci ve öğretim üyesi olarak içinde geçirdiğim Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi gibi bir ilim yuvasında yapması, beni fevkalade mutlu etmekte, duygulandırmaktadır. Ayrıca, bu panelde konuşan güzide panelcilerin neredeyse tamamını tanımam, onlarla dost ve arkadaş olmam da bana ayrı bir keyif ve haz vermektedir.

I- Genel bilgi:

Türk Borçlar Kanununun bedensel zararlara ilişkin hükümleri, özellike de TBK. m. 55 nasıl yorumlanmalıdır? TBK. m. 55'in birinci fıkrasında destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların belirlenmesi, hesaplanması ele alınmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında ise, Borçlar Kanunu hükümlerinin her türlü idari eylem ve işlemlere de uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Önce zarar kavramı üzerinde kısaca durmak gerekmektedir. Çünkü bu panelde zarar, zararın tazmini ve yargı yeri tartışılmaktadır. Zarar, sorumluluğun, dolayısıyla tazminat hukukunun en önemli unsurunu oluşturur. Zarar olmayan yerde hukukî sorumluluk da yoktur[1].

TBK. m. 49, zarardan söz etmekle birlikte, bu kavramı tanımlamış değildir. Zararın tanımı, doktrin ve yargıya bırakılmıştır[2]. Doktrin ve uygulamada zarar, "*geniş anlamda zarar*", "*dar anlamda zarar*" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Dar anlamdaki zarar, teknik anlamdaki maddî zararı ifade etmektedir. Maddî zarara, malvarlığı zararı adı da verilmektedir. Geniş anlamda zarar kavramı ise, kişinin malvarlığında uğradığı zararla birlikte şahıs varlığında, başka bir deyişle manevî varlığında uğradığı zararı da kapsamaktadır. Böylece geniş anlamda zararı, "*Bir kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında*

[1] Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil Band I, 5. Auf., Zürich 1995, sh. 90; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Bası, Aaankara 2012, sh. 520;

[2] Alman Medenî Kanununda da zarar kavramı tarif edilmiş değildir. Oysa, ABGB (Avusturya Medenî Kanunu) 1293. maddesinde zararı şu şekilde tanımlanmıştır; "*Zarar, bir kimseye malvarlığında, haklarında ve şahsında verdirilen her türlü kayıptır. Bundan, bir kimsenin olayların normal akışına göre bekleyebileceği kâr yoksunluğu ayırt edilir.*"

iradesi dışında meydana gelen eksilme" olarak tanımlamak mümkündür[3]. Avusturya, Alman ve Fransız hukuklarında zarar, geniş anlamda zarar olarak anlaşılmakta ve bu, maddî zararı kapsadığı gibi, manevî zararı da kapsamaktadır. Buna karşılık, Türk-İsviçre hukuklarında doktrin ve uygulamada zarar sözünden daha çok maddî (mamelekî) zarar kavramı anlaşılmaktadır[4]. Biz, hem kökleşmiş bir deyim olduğu hem de geniş anlamda zararın bir türü olduğu için manevî zarar deyimini de zarar kavramı içinde kullanmaya devam edeceğiz. Bu bağlamda zarar kavramını, maddî ve manevî zarar kavramlarını kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanmakla birlikte, açıklık kazandırmak amacıyla zarar türüne göre, zarar kelimesinin başına "*maddî*" veya "*manevî*" sıfatlarını eklemeyi uygun bulmaktayız.

II- Maddî zararın tanım ve unsurları:

Bir kimsenin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen eksilmeye (azalmaya) maddî zarar adı verilir. Bu tanımdan da anlaşıldığı gibi, maddî zarar üç unsurdan oluşmaktadır. Bunlar, malvarlığı, malvarlığındaki azalma ve nihayet bu azalmanın zarar görenin iradesi dışında meydana gelmesidir.

Adam öldürme veya bedensel bütünlüğün ihlâli sonunda malvarlığında meydana gelen eksilmeler, kişiye verilen zararı oluşturur. Kişiye verilen zarara, bedensel zarar adı da verilmektedir. Zira burada; bir insanın hayatına, fizik ve ruh bütünlüğüne vâki ihlâl sonunda uğranılan zarar söz konusudur. Bedensel bütünlüğün ihlâli, zararlı bir sonuç doğurmamışsa, kişiye verilen zarardan bahsedilemez.

Burada hemen belirtelim ki, TBK. m. 53-56'da kullanılan bedensel zarar deyimi yanlıştır. Eski Borçlar Kanununda da buna cismani zarar adı verilmekteydi (eski BK. m.). Zarar bir sonuçtur, dolayısıyla zarar, bedensel bütünlüğün ihlalinden doğan eksilmedir. Bu nedenle, bedensel zarar yerine, bedensel bütünlüğün ihlalinden doğan zarar demek daha olurdu.

Ayrıca beden veya bedensel bütünlük sözcük veya deyimleri de geniş anlaşılmalıdır. Gerçekten de, bedensel bütünlük deyimi, vücut bütünlüğü ve ruh bütünlüğü deyimlerini de kapsayacak şekilde geniş anlaşılmalıdır.

[3] Larenz, Karl; Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, Band I, 14. Auf., München 1987 sh. 426; Tandoğan, Halûk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, sh. 63; Eren, sh.521.
[4] Oftinger/Stark, I, sh. 71;

III- Manevi zarar:

Manevî zarar, bir kişinin şahıs varlığında (kişilik değerlerinde) iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ifade eder. Bir kişinin şahıs varlığını oluşturan hukukî değerlerin ihlâli (saldırıya uğraması) dolayısıyla uğramış olduğu objektif eksilme ve kayıplar manevî zararı meydana getirir[5].

Manevî zarar da üç unsurdan oluşur. Bunlar, şahıs varlığı (kişilik değerleri), şahıs varlığında azalma ve bu azalmanın zarar görenin iradesi dışında meydana gelmesidir. Şahısvarlığı, bir kişinin kişi olarak haiz olduğu hukukça korunan kişilik değerlerinin tümünü ifade eder. Hayat, beden bütünlüğü, sağlık, özgürlük, isim, resim, şeref, haysiyet, ticarî itibar gibi değerler, kişilik değerlerini, dolayısıyla şahısvarlığını oluşturur. Bu değerlere saldırı, objektif olarak bir eksilmeyi (zararı) ifade eder[6]. Hukuka aykırı bir saldırı sonunda şahıs varlığında objektif olarak meydana gelen eksilmeyi, manevî zarar olarak nitelendiren bu teoriye, "*objektif teori*" denilmektedir[7]. Buna karşılık doktrinde savunulan hâkim görüşe göre, manevî zararın tazmin edilebilmesi için, sadece objektif unsur, yanı kişilik hakkının veya değerlerinin haksız bir saldırıya uğraması, bu değerlerde objektif bir eksilmenin meydana gelmesi yeterli değildir. Objektif unsur yanında bir de sübjektif unsurun gerçekleşmesi gerekir. Objektif ve sübjektif unsurlar aynı olayda birlikte gerçekleşmelidir. Sübjektif unsur yoksa, manevî zarar da yoktur. Objektif unsur, zarar görenin, şahıs varlığını oluşturan kişilik değerlerinden birinin, örneğin yaşama hakkı, beden bütünlüğü, şeref, ticarî itibar, özel hayat veya aile hayatı vb. gibi bir değerin, objektif olarak bir saldırıya (ihlâle) uğramasını ifade eder. Sübjektif unsur ise, zarar görenin söz konusu ihlâl sonucu kişiliğinde, manevî varlığında objektif olarak meydana gelen bu eksilmeyi yaşaması, duyması, onu hissetmesi, bunun sonunda da acı, elem, ızdırap çekmesidir[8].

---

[5] Stoll, Hans; Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, Tübingen 1968, sh. 127 vd.; Oftinger/Stark, I, sh. 418 vd.; Eren, sh. 531;

[6] Stoll, sh. 127 vd.; Eren, sh. 533; BGE 108 II 422 vd.

[7] Stoll, sh. 127 vd.; Eren, sh .533.

[8] Jäggi, ZSR 79 (1960) II, sh. 186a. N. 96; Oftinger/Stark, I, sh. 423 vd.; Tercier, Contribution, sh. 15 vd.; 54 vd.; 63 vd.; 153 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler, Sorumluluk Hukukunda Genel Gelişmeler I. Sempozyumu İstanbul 1980, . sh. 145; Kılıçığlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Ankara 20012, sh. 289.

Zarar gören, bedensel bütünlüğün ihlalinden maddi zarara uğrayabileceği gibi, manevi zarara da uğrayabilir. Maddi zararlar nelerden ibaret? Bunlat TBK. m. 53 ve 54'te sayılmıştır. Bu yeni düzenleme eski düzenlemeye oranla daha açık, belirgin ve doyurucudur. Bu doğrudur, bunlara ilave edilecek bir şey yok. Yalnız, manevi zarar yönünden bedensel zarar görenin yakınlarının da, yansıma yoluyla uğrayabilecekleri manevi zarar, doktrinde ve bilhassa İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında kabul edilen görüş, Türk yasa koyucusu tarafından TBK. m. 56'ya pozitif bir kural olarak konulmuştur. Kanun koyucunun bu tutumunu takdirle karşılıyoruz. Gerçekten de, bu söylenenlere uygun olarak TBK. m. 56/II'de "*Ağır bedensel….. zarar halinde, zarar görenin …….. yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.*" hükmü yer almış bulunmaktadır.

Maddi zarar da yansıma yoluyla kanuna alınabilir idi. Ben yine de doktrin ve uygulamanın ileride yansıma yoluyla oluşan maddi zararların tazminini düşüneceği görüşündeyim. Mesela bir saldırganın, babasını, annesini, kardeşini veya çocuğunu çok ağır şekilde döverken, psişik bir travma geçiren bir kimsenin, sürekli olarak hıçkırık veya kısmi olarak hafıza kaybı veya bunlara benzer eksiklikler edinmesi halinde, malvarlığına yansıyacak bu durumun, sonunda onun işgücünü, kazanma gücünü kısmen ya da tamamen ortadan kaldırabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Dolayısıyla bu tür yansıma yoluyla meydana gelen maddi zararların da nazara alınması daha iyi olurdu. Böyle bir düzenleme olmadığına göre, hiç olmazsa bundan sonra uygulamada bu tür zararlar için TBK. m. 56'nın emsal alınması tavsiye edilebilir.

Maddi zarar ve tazminatın oluşum ve belirlenmesinde TBK. m. 55'te zarar gören yararına bazı yeni hükümler getirilmiştir. Kanun koyucunun bu tutum ve davaranışını olumlu karşılıyor, tasvip ediyoruz. Gerçekten de, TBK. m. 55/I'in ikinci ve üçüncü cümlesi aynen şu hükmü içermektedir:

"*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.*" Böylece, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemelerinin zararın belirlenmesinde gözönünde tutulmaması, sosyal içerik taşıyan pozitif bir yeniliktir.

TBK. m. 58, eski Borçlar Kanunu m.49'a oranla önemli gelişme ve yenilikler getirmektedir. Gerçekten de, TBK. m.58/I'e göre "*Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.*" Oysa eski TBK.'nun 49/II. maddesinde, "*Hâkim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.*" denilmekte, böylece zarar gören kimsenin zengin veya faikir ya da makam sahibi olup olmamasına göre farklı tazminat alması söz konusu olmakta idi. TBK, bu madde hükmü ile bu şartları kaldırarak anlaşılması zor ve saçma bu duruma son vermiş bulunmaktadır.

Manevi tazminat TBK. m. 56 ve 58'de iki ayrı madde halinde düzenlenmiş bulunmaktadır. TBK. m. 56 ile bedensel bütünlüğün ihlali ile destekten yoksun kalma hallerinde ölenin yakınlarının veya bedensel bütünlüğü ihlal edilenin veya onun yakınlarının uğramış olduğu manevi zarar, TBK. m. 58'de ise, fizik (maddi) kişilik değerlerinin dışında kalan duygusal ve sosyal kişilik değerlerinin ihlalinden doğan manevi zarar ve tazminat hükme bağlanmış bulunmaktadır. İki ayrı madde yerine bu değerlerin ihlalinden doğan zarar ve tazminatın tek bir maddede düzenlenmesi kanun yapma tekniği yönünden daha isabetli olurdu. Bu nedenle, ileride 56 ve 58 nci maddelerin tek bir madde halinde düzenlenmesi ve bu suretle kişinin şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen her türlü azalmanın sebep olduğu zararda, manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği görüşündeyim.

TBK. m. 58/II'ye göre gerekli hallerde, bir miktar paraya ilaveten, hükmün bir gazete ya da bir televizyon gibi bir basın aracında yayınlanması; özellikle sosyal kişilik değeri, şerefi, haysiyeti, dolayısıyla toplumdaki saygınlığı azalan kişilerin rahatlamasına yol açabilir. O da bir manevi tazminat yolu olabilir. Kınama da, uygulaması az olan bir yol, ama yine de düşünülebilir.

IV- Tehlike sorumluluğu:

Sözleşme dışı sorumluluk, kusur sorumluluğu (haksız fiil sorumluluğu) ve kusursuz sorumluluk (sebep sorumluluğu) olmak üzere ikiye ayrılır. Kusursuz sorumluluk türü olan tehlike sorumluluğu, TBK. m. 71'de genel bir hüküm olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Sözü geçen maddeye göre,"Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde,

bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur." Bir işletme, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli ise, önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır. TBK. m. 71/IV'e göre "*Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.*"

İsviçre hukukuyla diğer bir çok Avrupa ülkesinde bazı işletme ve faaliyet türünden kaynaklanan tehlike sorumluluğu özel kanunlarla düzenlenmişken, Türk hukukunda söz konusu kanunlar yeterli ölçüye ulaşamamıştır. Bu durum karşısında tehlike sorumluluğu, genel bir ilke ve hüküm şeklinde 71. maddede düzenlenmiştir. Böyle bir düzenleme, belirtmeye gerek yoktur ki, zarar görenler açısından hiç yoktan daha iyidir. Kanımızca, bu durum da hukukumuz yönünden olumlu bir adımdır. Böylece önemli tehlike arzeden işletme ve faaliyete özgü tipik tehlikelerden doğan bedensel zararlar tehlike sorumluluğuna göre tazmin edilecektir..

V- Geçici ödemeler:

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

Bu madde ekonomik durumu kötü olan zarar gören lehine bir tür ön ödeme şeklinde önemli bir avantaj getirmektedir. Ancak, zarar görenin davayı kaybetme ihtimali de gözden uzak tutulmamalıdır. Gerçi böyle bir

halde TBK. m. 76, hakime, zarar görenin almış olduğu geçici ödemeyi faizi ile birlikte geri vermesini karara bağlama yetkisi vermiş olsa da, ekonomik durumu kötü olan zarar görenin ödeme gücüne sahip olmaması her zaman mümkündür. Dolayısıyla, hâkimin geçici ödeme konusunda çok dikkatli olması gerekir.

VI- Belirsiz alacak davası:

Kişiye ilişkin zararların giderilmesi davasında zarar görenin davayı açtığı zaman uğradığı zararın miktarını tam ve kesin olarak bilmesi bazı hallerde mümkün olmayabilir. Bu takdirde zarar görenin belirsiz alacak davası açması gerekir. İşte tam da bu amaçla HMK. m. 107'de belirsiz alacak davası hükme bağlanmış bulunmaktadır. Nitekim, sözü geçen maddeye göre, "*Davanın açıldığı tarihte alacak miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkansız olduğu hallerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi veya asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.*" TBK. m. 50/II ve 75 hükümleri de zarar görenin belirsiz alacak davası açma hakkını doğrulamaktadır.

Belirsiz alacak davasının bazı sakıncalarının bulunduğu daha önce konuşan meslektaşlarım tarafından dile getirilmiştir. Zaman israfına neden olmamak için meslektaşlarımın söz konusu eleştiri ve temennilerine katılmakla yetiniyorum.

VII. Sözleşmeden doğan sorumlulukla sözleşme dışı sorumluluğun yarışması:

TBK'nın getirdiği en büyük ve en önemli yeniliklerden biri de, taleplerin (sebeplerin) yarışması kurumudur. Böylece pozitif hukukumuzda TBK. m. 60 ile, taleplerin yarışmasına yasal bir zemin hazırlanmıştır. Buna göre zarar verici bir fiil veya olay, aynı zamanda hem sözleşme sorumluluğunun (akdî sorumluluğun) hem de sözleşme dışı sorumluluğun (haksız fiil sorumluluğunun) şartlarını taşıyorsa[9], zarar gören kendi lehine en iyi tazminat imkanı tanıyan sorumluluk sebebine dayanabilir. . Örneğin kiracı B, kiralayan A'nın kira sözleşmesine göre evinde otururken evin bazı kapı ve pencerelerini kırarsa, bu davranışıyla hem sözleşmeye aykırı davranmış hem de mülkiyet hakkına zarar vermiş olduğu için haksız fiil işlemiş olur. Gerçekten, olaya haksız fiil açısından bakıldığı zaman, mutlak bir hakkın ihlâli nedeniyle hukuka aykırılık; sözleşme sorumluluğu açısından bakıldığı zaman da borca aykırı davranma nedeniyle sözleşmenin ihlâli gerçekleşmiş bulunmaktadır. B'nin A'dan ödünç (âriyet) aldığı kitabı yakması veya A'ya zehirli gıda maddesi satması hallerinde de durum aynıdır. Burada da aynı fiille hem sözleşmeden doğan ilişki hem de mülkiyet veya vücut bütünlüğü gibi mutlak bir hak ihlâl edilmiştir. Böyle bir halde A, uğramış olduğu zarar için B'ye karşı haksız fiil hükümlerine dayanarak dava açabileceği gibi, sözleşmenin ihlâli kurallarına dayanarak da tazminat davası açabilir. Haksız fiile dayanılarak dava açılırsa TBK. m. 49 vd. hükümleri; sözleşmenin ihlâli davası açılırsa kira sözleşmesine ilişkin maddelerle sözleşme sorumluluğunu düzenleyen TBK. m. 112 vd. hükümleri uygulanır.

TBK, bu konuda taleplerin yığılması ya da taleplerin tekleşmesi yerine[10], taleplerin yarışması ilkesini seçmiştir. Nitekim, "*Sebeplerin yarışması*" başlığını taşıyan TBK. m. 60'a göre, "*Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabiliyorsa hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.*" Sebeplerin yarışması ilkesine göre zarar gören,

[9] Von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, Zürich 1974, sh. 108; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası İstanbul 1993,sh. 980 vd.; Tandoğan, sh. 528; Eren, sh. 471; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hüküm ler, C. II, 9. Bası, İstanbul 2012, sh. 39; Serozan, Rona, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm C.III, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, 2. Bası, İstanbul 1998,, sh. 213

[10] Eren, sh. 1138; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 536.

tazminat alacağını isterse haksız fiil, isterse sözleşme hükümlerine göre talep edebilir. Ancak, zarar görenin sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerini tercih etmesi ilke olarak kendi yararınadır[11]. Zira sözleşme sorumluluğuna göre davacı, zarar verenin kusurunu ispat etmek zorunda olmadığı gibi, borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunda da kurtuluş kanıtı getirme imkânı yoktur. Oysa davacı haksız fiile dayanırsa zarar verenin kusurunu ispat zorunda olduğu gibi, zarar verenin yardımcı kişinin verdiği zarardan dolayı sorumluluktan TBK. m. 66'ya göre kurtuluş kanıtı getirerek kurtulması mümkündür[12]. Davacının sözleşmenin ihlâli hükümlerine başvurması, zamanaşımı yönünden de lehine sonuçlar doğurur. Zira davacı bu takdirde TBK. m. 146'ya göre 10 yıllık zamanaşımından yararlanır. Oysa TBK. m. 72'ye göre tazminat alacağı orada öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde 2 yıllık kısa zamanaşımı süresine tâbi olabilir[13]. Bunlar dışında iki sorumluluk türü arasında TBK. m. 114/II'de haksız fiil hükümlerine yapılan yollama nedeniyle önemli bir fark yoktur. Özellikle zarar ve tazminatın hesaplanması, manevî zararın sözleşmeden doğan sorumlulukta da istenilebilmesi yönünden durum böyledir. Sözleşmenin ihlâline ilişkin sorumsuzluk anlaşması, akdî tazminat talebiyle yarışan haksız fiil tazminatına da uygulanabilir[14].

Sözleşme dışı sorumluluk hallerinden hem kusur (haksız fiil) sorumluluğu hem de kusursuz sorumluluk, özellikle özen sorumluluğu halleri, sözleşmenin ihlâlinden doğan tazminat talebiyle yarışabilir. Ancak, özen sorumluluğuna tâbi hallerde zarar görenin TBK. m. 66 vd. hükümlerine dayanması bazen kendi yararına olabilir. Özellikle davacının akdî sorumluluğa dayanması halinde davalının kusursuz olduğunu ispat etmesi mümkün ise, davanın sözleşme dışı sorumluluğa göre açılmasında davacının yararı vardır. Zira bu takdirde davalı kusursuz olsa bile meydana gelen zarardan sorumludur. Buna karşılık, özel kanunlarla düzenlenen tehlike sorumluluklarından doğan tazminat talebi ile sözleşmenin ihlâlinden doğan tazminat talebinin birbiriyle yarışması mümkün değildir. Zira tehlike sorumluluklarından doğan

[11] Von Tuhr/Escher, sh. 108; Tandoğan, sh. 532 vd.; Eren, sh.1138 vd.
[12] Tandoğan, sh. 534; Eren, sh. 1139.
[13] Bununla birlikte, TBK. m. 72'de öngörülen ceza zamanaşımı süresinin, 10 yıldan fazla bir süreye tâbi olduğu hallerde, zamanaşımı yönünden haksız fiil sorumluluğu davacı yararına sonuçlar doğurur.
[14] Tandoğan, sh. 538; Eren, sh.1139..

tazminat talepleri, özel hükme dayandığı için, genel hükme dayanan akdî tazminat talebini engeller, dışlar.

VIII- Genel bir yargı yolu:

Birkaç cümleyle de yargı yoluna değinmek istiyorum. Ben mağdurun, zarar görenin maddi ve manevi acısının, rahata ermesinin derin bir soluk almasının yanındayım. Burada en iyi yargı yolu hangisiyse o düşünülmelidir.

Diğer ülkelerde olduğu gibi, Türk hukukunda da belirli işler için özel mahkemeler, ihtisas mahkemeleri kurukmuştur. İş mahkemeleri, fikri ve sınaî haklar mahkemesi, ticaret mahkemesi, kadastro mahkemesi, bu mahkemelere örnek gösterilebilir. Acaba çok büyük yekûn tutan ölüm ve beden bütünlüğünün ihlalinden doğan zararların tazmini davasına bakacak özel nitelikli, başka bir deyişle bir ihtisas mahkemesi kurulamaz mı? Bedensel bütünlüğün ihlalinden doğan zararlarla destekten yoksun kalma zararlarının tazmini işiyle görevli bir mahkeme kurulması uygun olur. Bu kuruluş TBK. 55/II'ye de uygun düşer. Tüm bu davalar için geniş bir teşkilat, personel ve deneyime sahip olduğu için adli yargı içinde bir ihtisas mahkemesinin kurulması yararlı olur.

Bu panelde değerli meslektaşlarımın Türk Borçlar Kanununun, Bedensel Bütünlüğün Zedelenmesinden Doğan Zararların Tazmini'ne ilişkin yorum ve açıklamalarının, Ülkemize, hukukumuza faydalı katkılar sağlamasını diler, tüm dinleyicilerime saygılar sunarım. (Alkışlar)

Prof. Dr. MEHMET DEMİR- Çok teşekkürler Sayın Başkan. Muhterem hocalarımla bir arada bulunmanın ayrı bir mutluluğu, kıvancı var, onu belirteyim. Başta Fikret Hocam olmak üzere, kendilerinden her zaman ders, feyiz aldığımı, Erzan Hocama ve Ahmet Hocama da bu arada saygılarımı sunuyorum.

Evet, bugün bu saatte bu kongrenin yedinci oturumu her-halde. Panel başlığını taşıyan bu oturumda, tüm yargı yolları yönünden genel değerlendirmelere özgülenmiş olduğu için, ben tabii adli, idari ve askeri yargı anlıyorum bunu. Ama tabii medeni hukuk ve özel hukukçu olduğumuz için adli yargı ağırlıklı değerlendirmeler yapmaya çalışacağım. Tabii Ethem Hocam idari yargı ve idare hukuku ilkelerini özetledi, topluca sundu. Askeri yargıyı temsil eden tabii daha önceki oturumlardaki değerli üyemiz de sunuş yaptı. Dolayısıyla ben adli yargıyla sınırlı olarak konuya bakış sergileyeceğim. Bununla ilgili olarak topladığım birkaç dikkat çekici uyuşmazlık mahkemesi kararları da var elimde. Onları tabii çok ayrıntılı, kronik etmeye, analiz etmeye de tabii zamanımız yok. Genel hatlarıyla onlara değinmeye çalışacağım.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Başta tabii Anayasa Mahkemesi, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 3. maddesini iptal ederken, değişik gerekçelerle, ek gerekçelerle ve farklı gerekçelerle bu maddeyi iptal etti. Benim bu gerekçelerden dikkatimi çeken bir gerekçe, üyelerden bir tanesine ait. Tabii uyuşmazlık mahkemesine ayda ortalama 100'ü aşkın davanın dosyası intikal eden bir ülkede yaşıyoruz. Dolayısıyla ulusal yargı sistemimizde maalesef, yargı birliği mi dersiniz, yargılama birliği mi dersiniz? Bu da tartışılıyor, yargılama birliği diyenler de tabii ciddi gerekçeleri var. Bu nedenle yargı organlarımızın görev tanımlarında da bir sorun var. Yasal görev ve yetki alanlarını tanımlarken bir netlik göremiyoruz maalesef. Bundan da kaynaklanıyor olsa gerek. Bu olumsuz görev uyuşmazlıkları ve hatta hüküm uyuşmazlıkları giderek artıyor. Buna dikkat çekmek istiyorum öncelikle.

Bu noktadan hareketle yeni Borçlar Kanunumuza baktığımızda, eski Borçlar Kanunumuzun, yani 818 sayılı Borçlar Kanunumuzun 45-54 arası maddelere karşılık gelen, 53-59 ve de sonraki maddelerde 76.madde, eski kanunda olmayan "geçici ödemeler" başlıklı maddeye dikkat çekiyor. Şimdi tabii 54. madde "bedensel zarar" başlığı taşıyor, ama bu başlık yanlış bence veya eksik. Zira bedensel bütünlük değerlerinin ihlalinden dolayı uğranılan zararları tanımlamak istiyor bu madde ve onların maddi zarar boyutunu-kapsamını. Dolayısıyla burada vücut bütünlüğü eski kanundaki, şimdi bedensel bütün dememiz gereken bu zararlar kalemi üçken dörde çıkarılmış. Dolayısıyla başta tedavi, artı iyileşme demek lazım, iyileştirme giderleri, sonra kazanç kayıpları, sonra da çalışma gücünün tamamen yitirilmesi veya azalmasına bağlı kayıplar ve son olarak eski kanunumuz olan ekonomik geleceğinin sarsılmasından kaynaklanan kayıplar. Şimdi tabii bu tedavi giderlerinin sağlık ve tıp zararları bakımından doğrudan veya dolaylı olarak zorunlu yapılacak harcamaları kapsadığını baştan belirtmek lazım.

Onun dışında, tabii bu tedavi giderleri, yani tüm iyileşme sürecinde yapılan masraflar, hakkaniyet ölçüsünde yapıldığı ölçüde, yani hakkaniyete aykırı bu malvarlığında değer kaybı karşı tarafa sırf zarar vermek kastıyla yapılmışsa, tabii gerçekten yapılan ve gerektiği kadar yapılan neyse onunla sınırlı olarak ele almak lazım.

Diğer bir kalem olarak ele alınmış olan çalışma gücünün azalması ve yitirilmesinden doğan kayıplar başlığı altında biz, geçici ya da sürekli iş göremezliği kastediyoruz. Yani sürekli iş göremezlik özellikle kalıcı bir sakatlık söz konusuyken, geçici iş göremezlikte, işte mesleki faaliyetten belli bir süre yoksun kalma, yani çalışamama süresince uğranılan kayıplar. Tabii bu en son söylediğim geçici iş göremezlikte, ev kadınları ve çocuklar bu geçici iş göremezlik durumunda zarara uğrayan kişiler olarak mutlaka dikkate alınması gerekiyor.

Bu noktada ceza soruşturması ve yargılama sürecinde, adli tabiplerce verilen raporların, cezai yaptırım uygulaması yönünden önemi var, ama tazminat yaptırımı uygulaması yönünden bunlara doğrudan bağlanıp, hüküm kurmak da yanlış. Dolayısıyla adli tıp şifası diyebilirsiniz veya buna zıt olarak tıbbi şifa da diyebilirsiniz, ikisi birbirinden farklı. Çünkü tıbbi iyileşme anlamında biz tam iyileşmeyi, yani çalışılamayan sürelere karşı kaybedilen değerleri dikkate alıyoruz. Bu noktadan baktığımızda, tabii sürekli iş göremezlikte ciddi sorunlar var, Yargıtay uygulamalarında. Kalıcı sakatlık da dediğimiz böyle durumlarda, o sürekli iş göremezlik tamamendir. Yani kişi artık hiçbir şey yapamayacak durumdadır, ömrü boyunca yatalak kalmıştır veya ruhsal dengesini yitirmiştir. Bu şekilde sürekli iş göremezlikte tam olabileceği gibi kısmi de olabilir.

Kısmi iş göremezlikte, özellikle sakatlığın derecesi, oranı çok iyi saptanmalı. Yani bunu saptayacak olanlar, aktüerya uzmanı sigortacı bilirkişiler değildir sadece, onların raporları hükme sadece dayanak oluşturur. O zarar görenin mensup olduğu, davacı tarafın mensup olduğu alandan, artı uzman bir hekim mutlaka o sigortacıyla beraber bu heyet halinde verilecek raporlarla bunu belirlemek durumundalar. Burada sürekli tam iş göremezlikte, o sürekli yoksun kalan kişinin yaşamını sürdürmesi elbette çok çok zor. Ona bakıcı giderlerinin de mutlaka ekleneceğini bilelim.

Şimdi burada diğer bir nokta güç kaybı, yani efor kaybı. Güç kaybı nedeniyle uğranılan zararlarda, özellikle küçük bir çocuk diyelim ölümden döndü, çok ağır bir zarara uğratıldı. Burada o çocuğun uğratılmış olduğu güç kaybı zararları yaşıtlarına oranla daha fazla efor sarf etmesine yol açtı. Yani

şimdi siz tutup da bu çocuğun zarara uğratıldığı 9. yaşından, 18. yaşına kadar orayı görmezlikten gelemezsiniz. Dolayısıyla 18 yaşından itibaren elbette o çocuğun muhtemel, olası, mesleki midir değil midir? Araştıracağız, onun uzun vadede zekâ durumuna göre akıl gelişmesine göre ne gibi mesleklere meyil edeceğini araştıracağız, ama onun dışında 18 yaşına kadar ki o 11 senelik dönemi asla göz ardı edemeyiz. Dolayısıyla o beden gücü kaybına uğrayan o çocuğun, bu şekilde ekonomik geleceğinin sarsılması dışında, o çalışma gücünün azalmasına bağlı efor kaybı zararları da dikkate alınacak.

Diğer bir nokta, varsayımsal. Çünkü burada önemli olan geleceğe ilişkin bir zararı saptamak çok zor, imkânsız denecek kadar zor. Dolayısıyla burada geleceğe ilişkin müstakbel, yani gelecekteki bir zararı ancak varsayımlarla saptayabilirsiniz. Dolayısıyla ileride elde edilecek olan kazançlarla biriktirilecek olan malvarlığının ne kadar olacağı ve bundaki eksilme ve güç kaybının karşılığını bu şekilde oluşturacak olan miktarın o kişiye ödetilmesi önemli.

Şimdi burada diğer bir nokta uygulamada sorun yaratan estetik zararlar, ruhsal bütünlük kayıpları, yani sinir bozuklukları gibi veya diğer estetik zararlar gibi. Bedensel zararları geniş yorumlamamızı gerektiriyor. Bu türden, özellikle bu Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü denilen bir tüzük var. Bu tüzükte maalesef ekli bir çizelgede, estetik zararlar tanımlanmamış. Yani şimdi bu tüzüğü esas alıp da, estetik zararlar orada yok diye bu tazmin edilmeyecek mi? Yani tazmin edilecek olan zararı, estetik zararlar olarak da bir olayda karşımıza çıktığında, bunu da mutlaka kazanç kaybı bağlamında dikkate alacağız.

Yani yüzde kalıcı izlerin, biçimsel bozuklukların ortaya çıkması durumunda, biliyorsunuz ki görsellik, medyatiklik çok değerli hale geldi. Yani düzgün bir yüze sahip olmak her cinste önemli. Düzgün görünüş, fizyonomi her cinste önemli hale geldi. Dolayısıyla biz bu türden zararları da, estetik zararları da bu Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü gibi tüzüklere endeksleyerek belirleyemeyiz; bu da önemli bir nokta. Dolayısıyla biz burada uzman bilirkişi kurulları aracılığıyla, estetik cerrah ya da işte estetisyenlerin de yer aldığı, bu yüz ve bedendeki estetik bozukluklar nedeniyle o kişilerin çalışma yaşamını ve kazançlarını ne şekilde olumsuz etkilemeyi çok gerçekçi

bir şekilde saptamak durumundayız. Tabii tazminat hukuku biliyoruz ki, zararı giderme, zararı karşılama, denkleştirme bilinciyle, amacıyla hareket eder; yani asli amacı budur. Dolayısıyla gerçek zararı, tazmini gereken zararı iyi saptamak durumundayız.

Buraya kadar Yargıtay'ın bedensel zararlarla ilgili olarak, tabii çok yerinde uygulamaları da var, çok isabetli çözümleri de var. Özellikle de bu tazminat hesabını yaparken, Hazine Müsteşarlığı gibi, yani yürütme organını temsilen idare makamlarınca çıkarılan formüllere bel bağlamadan, gerçekçi ve hiçbir böyle idari işleme bağlı bir şekilde hep tazminat hesabına gitmeden, doğru yaklaşımlarla Yargıtay'ın uygulamalarını görüyoruz. Bu uygulamalar çerçevesinde Yargıtay güç kaybı zararlarını tazminatta dikkate alması. Ayrıca bu ev kadınları ve çocukların da, özellikle küçük çocukların da güç kaybı zararında zarar gören sıfatıyla tazminat alacağına kavuşturulmaları önemli. Yalnız burada Yargıtay'ın, 18 yaşına kadar değil de, kaza tarihinden itibaren başlatarak yaşam süresinin sonuna kadar bu güç kaybı tazminatını hesaplaması daha yerinde olur.

Ben son olarak, fazla zamanınızı almadan, daha da özetleyici ve sınırlayıcı bir şekilde sunumumu yapmak kaygısıyla son bir noktayı da belirteceğim. Bu 55. maddeden Ethem Hocamız bahsetti. Bu 55. madde, eski kanunumuzda olmayan bir hüküm içeriyor. Dolayısıyla bu maddenin 1. fıkrasında; Borçlar Kanunu hükümlerini ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre biz bu bedensel zararı ve destekten yoksunluk zararını hesaplayacağız, ama bunu yaparken de sosyal güvenlik ödemelerini, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemelerini kısmen veya tamamen ya da ifa amacını taşımayan ödemeleri dikkate almayacağız diyor madde.

Dolayısıyla bu zararların belirlenmesinde bu iki ödemenin göz önünde tutulmaması da, yargıcın hakkaniyet, yani somut olay adaletinden kaynaklanan yargısal yetkisini tamamen yok sayacak derecede ağır bir hüküm içeriyor. Bu noktadan bakarsak, hakkaniyet artırımını veya hakkaniyet indirimini engelleyen açıkça bir hükme de yer vermiş olması eleştirilmeye muhtaç ve bu değiştirilmeye muhtaç bir hüküm.

Son fıkrası, yani 2. fıkra, 55'in 2. fıkrasında; bedensel zararların, yani vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesinden kaynaklanan bu kuralları, idari yargı organları da uygulamak durumunda bırakılmış, yani bir çelişki yaratılmış durumda. Anayasa Mahkemesinin HMK 3 hükmünün iptalinden sonra, bu özel hukuk sorumluluk rejimi çerçevesindeki kuralları siz idari yargı organlarına uygulamak zorundasınız diyerek. Bu hüküm yürürlükte olduğu sürece borçlar hukukunun, yani sorumluluk ve tazminat hukukunun özel hukuk kökenli bu kararlarını, idari yargının hizmet kusuru ve idare hukukuna özgü sorumluluk rejimine yayama gibi belki düşünülebilir, ama belki doğrusu da budur, ideali de budur. O tartışılmaya muhtaç bir konu.

Son olarak, dediğim gibi fazla uzatmama adına geçici ödemelere değinmek istiyorum; 76'da yer alan, eski kanunumuzda bulunmayan. Bu da çok tartışılabilir bir hüküm içermekte. Zira burada zarar gören davacının yoksul olmasını bir şekilde telafi etme, yani tazminat hukukunun amacı biliyoruz ki, zarar görenin zararını bir an önce ve kolay yoldan, ucuz yoldan gidermek. Bu geçici ödeme yapma kararını yargıca, tabii talep üzerine verme yetkisi tanınmış olmasına rağmen, bu ne derece doğru, yargılama hukukuna ne derece uygun? O da ayrı bir konu, ama 2. fıkrasında; tazminata hükmedildiği takdirde, bu yoksul insana verdiğinizi geri alın diyor. Nasıl alacaksak, o da ayrı bir sorun. Nasıl verdiysek, nasıl alacağımız da ayrı bir sorun.

Benim söyleyeceğim buraya kadar, sunumumu fazla uzatmamak için sınırlandırmak istiyorum. Beni dinlediğiniz için ayrı ayrı hepinize teşekkür etmek istiyorum.

Prof. Dr. ERZAN ERZURUMLUOĞLU (Oturum Başkanı)- Sayın Eren'e de teşekkür ediyoruz. Bütün konuşmacılar süreye azami titizlik gösterip uydular. 18.15'de bu işi tamamladık. Bir 15 dakikalık süre var. Burada soru-cevap şeklinde bir 15 dakikayı değerlendirebiliriz ya da Ahmet Hocamın bana ilettiği bir görüşü var. Bazı konularda açıklama ihtiyacı duyduğunu söyledi, ama cevap hakkı doğarsa bu konuşmalardan dolayı, o zaman 15 dakikayı da sabırlarınızı zorlayabilecek bir noktaya gelebiliriz diye düşünüyorum, ama öncelikle soru sormak isteyen arkadaşımız varsa...

Üç soru alalım zaten, fazla almayalım. Evet, en arkadan başlayalım.

KATILIMCI- Sorum Ahmet Kılıçoğlu Hocama, manevi tazminatlarda farkları ve gelişmeleri söyledi. Manevi tazminatlarda bir geriye gidiş var mıdır? Sorum bu. Sebep şu: Yeni Borçlar Kanununun 75. maddede bir düzenleme var, maddi-manevi tazminat ayrımı yapmıyor. Ancak 818 sayılı Borçlar Kanununda 46. maddenin b başlığında düzenlenen hal maddi tazminata ilişkin istemler için. 47. maddede c başlığında düzenlen hal, manevi tazminat için.

İki yıllık süre içerisinde hâkimin hükmünü kontrol etme yetkisi 46. maddede düzenlenmişti. Yani maddi tazminatlara ilişkindi. 47. maddede böyle bir düzenleme yoktu. Ancak 75. maddeye bu ayrım gözetilmeden, her ikisinin birlikte atılmış olması sonucunda, artık maddi tazminat manevi tazminat ayrımı kalmaksızın, hâkim her ikisi için de iki yıl içinde bunu kontrol etme yetkisini saklı tutacak.

Bu şu demektir: Manevi tazminatları artık istesek de bitiremeyeceğiz demektir. Ancak bu şöyle de yorumlanabilir mi? Artık manevi tazminatlar bölünebilir hale geldi denilebilir mi Hocam? Teşekkür ederim.

Prof. Dr. AHMET KILIÇOĞLU (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Teşekkür ederim. Bu soru vesilesiyle belki değerli Pekcanıtez'in yaptığı açıklamalara bir ilave yapmam gerekecek.

Şimdi sizin sorunuzla ilgili bir defa manevi tazminat konusunda bir gerileme değil, tam aksine ilerleme var. Çünkü eski 49, yeni 58'de tarafların sosyal ve ekonomik durumu manevi tazminat miktarında etkin iken, şimdi artık etkin değil. Milyoner kişi için açılan manevi tazminat davalarının ödeyeceği manevi tazminatta, gecekondudaki bir kişinin açtığı en üst düzeydeki bir kamu görevlisinin açtığı manevi tazminatta, sıradan bir kişinin açtığı manevi tazminatta, tarafların sosyal ekonomik durumları, işgal ettikleri mevki göz önünde tutulmayacak.

İlerleme var, şöyle ilerleme var. Eski 47'yi karşılayan yen 56. maddede; ağır bedensel zarar halinde, zarara uğrayan kişinin yakınlarının da manevi tazminat talep edebilecekleri düzenlenmiştir. Mamafih Yargıtay veya Federal Mahkeme bunu 1984'den sonra içtihatlarla 49'a, ağır bedensel zarara uğrayan kişinin yakınlarının 49'a dayalı olarak manevi tazminat talep edebilecekleri şeklinde zorlayıcı yorumlar yapmıştı, ama artık açık yasa hükmü var. Bu tabii zaman kısıtlı olduğu için ifade edemedim. Acaba ağır bedensel zarar nedir? Ağırı nedir, bedensel zarar nedir? Bedensel zararı Fikret Hocam da ifade etti, halletmemiz kolay, ama ne zaman ağır? Şimdi bir bu; iki, şimdi siz 56'da ağır bedensel zarar halinde manevi tazminatı kabul ettiniz. Polis tarafından şiddete uğrayan ve dağa kaçırılıp ırzına geçilen bayan, annesi,

babası, kardeşleri, ağır bedensel zarara uğramış, ırza geçme, dağa kaçırma, özgürlüğünü kısıtlama. Bu nedenle bu örnek de var.

Ama bir gazetede ağır bir saldırıya uğrayan bir kişi, hakarete uğrayan bir kişinin 58 gereğince sadece kendisi manevi tazminat talep edebilir, ama onun yakınları manevi tazminat talep edemez. Yani acaba 56'da ağır bedensel zarara uğrayan kişilerin yakınları için öngörülen formül, 58'de de düşünülemez miydi? Bu nedenle ben bunların ikisinin de bir şemsiye altında düzenlenmesi halinde daha mantıklı hareket edileceğini düşündüm. Cevap; manevi tazminatta bir gerileme yok, tam aksine ilerleme var.

Şimdi değerli Pekcanıtez meslektaşımın belirsiz alacak davasıyla ilgili açıklamalarına birkaç cümleyle ifadem olacak. Şimdi usul hukukçusu meslektaşlarımın bu 107. madde gereğince usul hukuku açısından belirsiz alacak davasının iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağının bir istisnası olduğunu söylemelerine hiçbir şey diyemem, kendi uzmanlıklarıdır. Ama burada bir başka şey var. Acaba belirsiz alacak davasına manevi tazminat örnek verilebilir mi? En kötü örnektir.

Belirsiz alacak davasına manevi tazminat konu olamaz. Neden? Bir trafik kazası sonucu çalışma gücünü kaybetmesi. Burada bir belirsizlik var, uzmanlık işi, ama o kaza sırasında duyduğunuz acı ve ıstırabın belirsiz olmasını söylemek mümkün değil. Eğer buna şunu diyorsanız o da yanlış: Trafik kazası sonucu yaralandınız, acınız vardı. İki yıl sonra yeniden ameliyat oldunuz. Orada iki yıl sonraki alacağımız, bu olay sırasında belirsiz olduğu için değil, iki yıl sonra yeni bir zarar, yeni bir olaya, o tarihten itibaren yeni bir dava konusu olabilir.

O nedenle belirsiz alacak davasına şunları örnek verebilirsiniz, onlar tartışılabilir. Katkı katılma alacağı, kocasının nerede neyi var bilmiyor. Destekten yoksun kalma tazminatı, en uzman bilirkişiler dâhil son raporlarında son sözlerini söylüyorlar. İş kazası nedeniyle doğan davalar, kıdem ihbar tazminatı. İşçi zavallı bilmiyor kıdem ihbar tazminatını. Bunlar örnek verilebilir, ama manevi tazminat için, bu 107 için manevi tazminat belki en kötü örnek. Bizde Yargıtay kararları da kesin. Yani şunda belki yanlış anlaşılma var, Pekcanıtez meslektaşımla. Manevi zarar zaman içerisinde yeni

zararlara yol açabilir. Bu yeni zarar, yeni bir olaydır. Yeni bir ameliyat yeni bir olaydır, yeni bir zarardır.

Bereket versin Pekcanıtez'le bir tartışmamız var, teşekkür ediyorum ona girmedi. Acaba 107 zamanaşımını kesen bir sebep midir? Aman ha, bunu söylemeyin, Türk hukukuna en büyük kötülüğü yaparsınız. 10 yıllık süre 20 yıla çıkar. 20 yıl, 15 yıl devam eden dava var. Bende 2001 yılında açılmış, halen derdest olan dava var. Eğer belirsiz alacak davası zamanaşımını keser derseniz, o takdirde bu hukuk sistemine çok büyük kötülük yapmış olursunuz.

Değerli meslektaşım da zaten ifade etti. Dedi korkuyorum, bu belirsiz alacak davası ucu belirsiz bir yöne gitmez. İşte ben de bundan korkuyorum, gider. Belirsiz alacak davasının 107. maddede getirilmesi doğru muydu? Usulcüler tartışıyor, iddia ve savunmanın genişletilmesi açısından doğru, ama belirsiz alacak davasının Türk hukukunda birçok davada, davaları belirsiz hale getireceği kanısındayım. Belki bu bir söz hakkı vermiş olabilir, kendisine bir açıklama imkânı verirseniz.

Prof. Dr. ERZAN ERZURUMLUOĞLU (Oturum Başkanı)- Alacağım sorularınızı, ama önce Hakan Hocaya cevap hakkı tanıyoruz. Buyurun.

Prof. Dr. HAKAN PEKCANITEZ (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Teşekkür ediyorum. Belki görüşümü daha da destekleyebilme imkânı açıldı Sayın Kılıçoğlu. Çünkü manevi tazminat tipik örneğidir, kötü örneği değil, en tipik ilk akla gelen örneğidir ve manevi tazminatla başlamıştır belirsiz alacak davaları. Ta 1897'den beri Alman imparatorluk mahkemesinden beri hiç tereddüt edilmemiştir. 140 yıla yakın zamandır Almanlar uyguluyorlar.

Peki, bizim kanunları aldığımız İsviçre ne yapıyor derseniz. İsviçre'de de manevi tazminatların belirsiz alacak davası olarak açılması konusunda bugüne kadar tek bir tartışma yapılmamış. Biz bunu yapabilir tabii ki, İsviçre'de yoksa bizde de tartışılmayacak anlamına gelmiyor, ama Borçlar Kanununun ve Usul Kanununun temelleri oraya dayandığı için bunu söylüyorum.

Neden tipik örneği? Çünkü kanunun koşullarına bakmak lazım. Belirsiz alacak davasının açılabilmesinin koşullarından biri, talep sonucunun belirlenebilmesinin imkânsız olması. Ne zaman ki hâkim takdir yetkisine sahip, mesela patent hukukunda, mesela markayla ilgili kanunda, mesela Fikri Mülkiyet Kanununda tamamen tazminatın biçimini, şeklini ve uygulanmasını hâkimin takdir edeceği, tamamen hâkimin takdir yetkisini tanıdığı hallerde belirsiz alacak davası tipik bir uygulamadır, hiç tereddüt edilmemektedir. Ama işçi alacağını bilmiyor, kıdem tazminatını hesaplayabilir. Benim söylemim şuradan kaynaklanıyor: 89.700 liralık kuruşu kuruşuna hesaplamış, işverene ihtarname gönderiyor. Şu kadar toplam, 89.700 lira alacağım var. Sonra dava açarken ihbar 100 lira, kıdem 100 lira, gece tazminatı 100 lira, sabah çalışması, akşam çalışması, toplam 700 lira. Açık söyleyeyim, bu dava açmak değil, bu laubaliliktir. Bu kadar rahat, bu kadar keyfi bir dava açılamaz, en azından bu tipik bir dürüstlük kuralının ihlalidir.

Zamanaşımına gelince, bence bu konuda zamanaşımı konusunda da tereddüt etmemek lazım. Ancak Yargıtay zaten öyle bir adım attı ki, eğer bu içtihat genel kabul görürse, zaten belirsiz alacak davasındaki zamanaşımı konusu problem dahi teşkil etmeyecek. Biliyorsunuz 4. Hukuk Dairesi diyor ki; kısmi dava açıldıktan sonra davacı alacağının geri kalan kısmını ıslah suretiyle mahkemeye götürürse, bu yeni bir dava değil. Dolayısıyla davanın başından itibaren zamanaşımı zaten kesilmiştir diyor. Asıl vahim olan, asıl yanlış olan hem usul hukukuna, hem maddi hukuka yanlış olan bu. Neden? Çünkü dava zamanaşımını keser. Kısmi dava açan, geri kalan kısmını dava etmediğine göre nasıl kesebilir? Ancak ıslah suretiyle bunu davaya dâhil ettikten sonra kesilir.

Belirsiz alacak davasında durum farklı. Bu davanın niteliği böyle bir şeyi zorunlu kılıyor talep sonucunuzu belirleyemediğiniz için. Ama bu tartışılabilir, daha da geniş ortamlarda belki tartışma fırsatı bulabiliriz. Zamanaşımı konusunda da uygulamada hiç tereddüt yok. Yargıtay'ın kararlarında zamanaşımının, davanın açıldığı tarihten itibaren kesildiğini birçok karardan biliyorum.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. ERZAN ERZURUMLUOĞLU (Oturum Başkanı)- Teşekkür ediyoruz.

Prof. Dr. YAŞAR BİLGE (Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanı)- Öncelikle bu güzel toplantı için Ankara Baromuza teşekkür ederim.

Şimdi bedensel zararların tanımıyla ilgili, adli tıpla ilgili karşılaşılan sorunları Mehmet Demir Hocam çok güzel anlattı. Ben burada küçük bir katkıda bulunmak için söz aldım. Bu bedensel zararların tanımlamasıyla ilgili tüzüğün kullanılması, akademik bir çalışma olan alanın sekteye uğramasını sağladı. İngiltere'de bununla ilgili 38 kere toplantı yapıldı ve sürekli olarak bu bedensel zararların tazminiyle ilgili kılavuzlar hazırladılar ve bu suretle sistem geliştiriliyor.

Bizde ise, tüzükle bu işi çözmeye kalkışınca işin içinden çıkamıyoruz. Onun için bunun akademik çalışılması gereğini bildirmek için söz aldım.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. ERZAN ERZURUMLUOĞLU (Oturum Başkanı)- Teşekkür ederiz. Buyurun.

Av. ALİ ÖMÜRLÜBAY- Ender Atay Hocama sormak istiyorum. Bu HMK 3 hükmünün iptaliyle birlikte Borçlar Kanunu 55'in uygulanmayacağını ve hâkimler tarafından da uygulanmaması gerektiği görüşüne vardınız zannediyorum. Üç gündür takip ediyorum, farklı farklı görüşler oluyor. Uygulayıcılar olarak da gerçekten Borçlar Kanunu 55'in uygulanıp uygulanmayacağı noktasında kafamızda hâlâ soru işaretleri var. Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde yaklaşık 6 aydır belki, dosyalar bundan dolayı bekliyor.

Şimdi gerçekten Borçlar Kanunu 55'e ilişkin kanun hükmü varken ve Türk Medeni Kanununun birincisinde de, biz hukukun nasıl uygulanacağını birinci sınıfta bunu görmüşken ve açık hüküm de varken, bu Borçlar Kanunu 55'in hakimler tarafından uygulanmasının ve Hakan Pekcanıtez Hocamın da belirttiği gibi, ihtiyati tedbirin Yargıtay tarafından bir şekilde, nasıl şekilde uygulandığı belirtildiği halde. Bunlar tüm bir şekilde düşünüldüğünde, biz Borçlar Kanunu 55'i uygulamayacak mıyız?

Prof. Dr. ENDER ETHEM ATAY (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Şimdi tabii burada kanun koyucunun bir zaafı ve buna bağlı olarak maddi hukuk dalıyla, şekli hukuk kuralı arasında bir insicamsızlığın olduğu, tabii bunun sebebi de Anayasa Mahkemesi kararı olduğunu söyledim. Dedik ki; bizim Anayasamızda, Anayasanın üstünlük ve bağlayıcılığına ilişkin bir madde var. Diyor ki Anayasanın hükümleri yasama, yürütme, yargıyı bağlar.

Bizim Anayasa hükümlerinin anlamını veren de, Anayasa Mahkemesi diyoruz. Bunun için de biz Anayasa Mahkemesi yargıcı için, Anayasanın ağzıdır deriz. Dolayısıyla Anayasanın yapılacak olan yorumu da nihai makam Anayasa Mahkemesidir. Bu çerçeve içerisinde baktığımız zaman başka bir kural var. Mahkeme kararları hüküm fıkrası ve gerekçe fıkrası bir arada düşünülmek suretiyle uygulanır. Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin kararına baktığımız zaman, özel hukuk mantığıyla idare hukukundan kaynaklanan zararların tazmin edilemeyeceğini söylüyor. Her ne kadar usul kuralının iptalini söylüyorsa da, çünkü bu 55. maddeyle ilgili olmak üzere Anayasa Mahkemesinin önüne gitmiş olan bir dava yok. Gittiği zaman muhtemeldir, kuvvetle muhtemel bu yönde bir karar verecek. Eğer bir başka müdahale olmazsa, inşallah olmaz.

Bu çerçevede olaya baktığımız zaman, 55. maddenin bu anlamda ölü doğmuş bir madde olduğunu söylüyoruz. Çünkü niye? Üslubuna ilişkin usul kuralı, ve usul kuralına ilişkin yorum bu yolu kapatıyor. Ama şunu söylese, çok pozitif bir bakış açısıyla bakarsanız. İlgili kanun maddesi yürürlükte kaldığı sürece hâkimin herhangi bir takdir yetkisi yoktur dediğiniz zaman, o zaman da o sizin yorumunuz diyeceğiz veya böyle bir yoruma da işte katılmamakla birlikte, böyle bir yorumda var diyebiliriz.

Prof. Dr. ERZAN ERZURUMLUOĞLU (Oturum Başkanı)- Daha soru almayacağız arkadaşlar, sadece bu 55'le ilgili olarak Fikret Hocamın ve Ahmet Hocamın birer cümle ekleri var onları da alıyoruz ve kapatacağız.

Prof. Dr. FİKRET EREN (Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Şimdi Anayasa Mahkemesinin kararı ortada. Anayasa Mahkemesinin kararını şu şekilde söylüyoruz; bu aykırıdır diyor. O halde hukuka aykırılık tespit edilmiştir. Danıştay ve Yargıtay'ın çeşitli kararlarında Anayasa Mahkemesi

kararları her ne kadar ilan edildikten, Resmi Gazetede ilan edildikten sonra uygulanır, eskiye uygulanmaz demekte ise de, hukuka aykırılığı sabit olmuş bir şeye dayanılamayacağı da sabittir.

Bu yönden artık 55. maddenin, yani Borçlar Kanununun 55. maddesi uygulanmaz hale gelmiştir. Ama Borçlar Kanununun idare hukukunda uygulanamayacağını, yani idare hukukunda tazminat ve zarar başka bir şey mi? Eğer Ethem'in dediğini yanlış anlamadıysam. Yani idare mahkemeleri, yeni bir tazminat, yeni bir zarar hukuku mu üretecekler? Bu mümkün değil. İdare hukukunun da idare mahkemesinin de görev alanında, kaynağında, yetkisinde böyle bir şey yok. Bu özel hukukun konusudur. Burada da eğer öyle demişse Anayasa Mahkemesi, kendisi hata yapmıştır.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. AHMET KILIÇOĞLU (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Evet, ben müsaade ederlerse Sayın Hocam ve Sayın Atay'dan farklı düşünüyorum. Hukuk devletinde yasayı koyan ve yasayı uygulayan merciler bellidir. 55. maddeyle iptal edilen Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 3'ün konuluş amaçları farklı. Hukuk Muhakemeleri madde 3, yargı yeri bakımından bir düzenleme getirmiştir. O iptal edilebilir, ama 55 o yargı yerine diyor ki; bu kanunu uygulayacaksın. Bu kanun yürürlükte olduğu müddetçe, idare mahkemelerinin 55. maddeyi göz ardı etmesi Türk hukukunda keyfiliğe yol açar. (Alkışlar)

Bu tür keyfilikleri yaşıyoruz, buna bir yenisini eklememek gerektiğini düşünüyorum. Tutuklamanın koşulları bulunmadığı halde tutuklarsanız, salıverilmenin koşulları bulunduğu halde salıvermezseniz, yürürlükten kalkmış bir yasaya göre hüküm kurarsanız, yürürlükteki bir yasayı zaten bu da onun kuyruğuydu, bu da göz ardı edilsin derseniz, kaos doğar diye düşünüyorum.

Teşekkür ederim. (Alkışlar)

Prof. Dr. ENDER ETHEM ATAY (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Tabii ki biliyoruz, özel hukukta zarar kavramının ortaya çıktığını ve sair, bu hususta bizim herhangi bir şey söylediğimiz yok, zaten kitaplarımızda

da hep ister istemez özel hukuktaki zarar kavramına atıfta bulunurum, kitabında da yaptım. Ama bizim burada söylemek istediğimiz şey; hukuki anlamda sorumluluğun kapsamını belirlemedeki ölçütteki yanlışlığa gidiliyor. Şu anda özel hukuk mantığıyla ne yapılıyor? Deniliyor ki, zararla ilgili olan bütün mevzularda borçlar hukuku. O zaman idare hukukuna gerek kalmaz. Bu mantı nereye gidiyor biliyor musunuz? Bu mantık başlangıçtaki hukuk devleti kavramında, idari yargının oluşup oluşmaması meselesine gidiyor ve tabii anlatamadık, 15 dakikada anlatmamız bunu mümkün değil.

Olay şu: 82'den bu yana idari yargının adlileştirilmesi ve bu kapsamda yargının bir diğer siyasi erke eklemlenmesi sorunudur. Bu çerçeve içerisinde eğer şunu kabul ediyorsak, hukuk devleti çerçevesinde sadece özel hukuk mantığıyla sorunları çözeceksek, o zaman hizmet kusuru kavramı da ortadan kalkar. İkinci olarak kusursuz sorumlulukla ilgili idare hukukunun yarattığı bir mantık var. Mesela sosyal risk ilkesini, özel hukuk mantığıyla hangi kapsam içerisinde çözeceğiz? Sosyal riskten kaynaklanan bir zararın tazmininde nereye götüreceğiz olayı? O zaman zararın tam manasıyla karşılanmasına ilişkin, insan haklarıyla ilgili evrensel değerden uzaklaşmış oluruz.

Teşekkür ederim. (Alkışlar)

Prof. Dr. ERZAN ERZURUMLUOĞLU (Oturum Başkanı)- Teşekkür ederiz. Değerli meslektaşlarım sabrınız için sizlere, toplantının tüm yükünü taşıyan değerli meslektaşım Sema Uçakhan'a ve emeği geçen tüm arkadaşlarıma ve Ankara Barosuna teşekkür ediyoruz. Hepinize saygılar sunuyoruz, iyi akşamlar.

A N K A R A B A R O S U

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI
Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye/ANKARA T: 0.312 416 72 00 F: 0.312 309 22 37
www.ankarabarosu.org.tr ankarabarosu@ankarabarosu.org.tr

ABEM–ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ
İhlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA T: 0.312 416 72 00

GÖLBAŞI AV.ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSLERİ
Gazi Osman Paşa Mah. Sahil Cd. No:46 Gölbaşı/ANKARA
T : 0.312 485 03 93-484 46 06

ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ
İhlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA T : 0.312 444 43 06 (5 Hat)
www.gelincikprojesi.com www.gelincikprojesi.org