

YARGITAY'IN, «EK KUSURUN GİDERİMİLE İLGİLİ OLARAK BİRLİKTE KUSURU ETKİLEMESİ» İŞLEVİNİ TANIMAZLIĞI GÖRÜŞÜNÜN ELEŞTİRİSİ

Av. Bülent ACAR (*)

I. Olaylar ve Yargısal Kararlar

I.1. Yalova Asliye Hukuk Yargıçlığının 1987/547 E. dosyası ile, BY 45/II'ye dayalı açılan dyk. zarar-giderimi davasının 10.8.1987 günlü dava dilekçesi m. 3'e göre,

«Davalı M.İ.K., YALOVA As. Cz. Mah.nin 1986/407 E. dosya ile hüküm giymiştir ve bu davada yaptırılan bilirkişi incelemesine göre destek 5/8 ve davalı sürücü de 3/8 kusurlu bulunmuştur. Diğer davalı, KTK'na göre kusursuz sorumludur. Kusursuz sorumlu olan mâlikin adamı olan sürücünün olaydaki 3/8 ek kusuru, davalı mâlikin sorumluluğunda davacıların desteğinin 5/8 kusurunu, 3/8 ek kusur oranında ortadan kaldırır yani mâlik için gözönüne alınacak BY 44/I deki kusur oranı 2/8 dir».

I.2. Bu istemle ilgili olarak, Yalova As. H.Y.nın 3.10.1988, 1987/547-1988/567 kararının gerekçesi ve yargı bölümünde bir karar verilmemiştir.

I.3. Bu istemle ilgili olarak yapılan temyiz itirazını reddeden, Y.4.HD.nin 26.10.1989, 989/4162-8208 kararına göre;

«1 — Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasa-ya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir yolsuzluk görülmemesine göre aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddi gerekir./ ..SONUÇ: Yukarda 2. bentte gösterilen nedenle temyiz olunan kararın (6) bendindeki (dava tarihinden) sözcüklerinin silinmesine, yerine (olayın gerçekleştiği 13.10.1986 tarihinden) sözcüklerinin yazılmasına, öteki itirazların 1. bentte gösterilen nedenle reddine kararın bu düzeltilmiş biçiminin ONANMASINA..

Başkan
Turgut Uygur

Üye
Şerafettin Seyhun

Üye
Ruhi Özüarı

(*) Ankara Barosu Avukatlarından.

Üye
Çetin Aşcıoğlu

Üye
Bilal Kartal» (1).

I.4. Yenimahalle Asliye 3. Hukuk Yargıçlığının 1984/86 E. dosyası ile, BY 46/I'e dayalı açılan dava da, davalı araç mâlikinin 5/8 oranındaki ek kusurunun, zarar görenin, birlikte kusur oranı olan 3/8 oranında yok edilmesi istenilmiştir.

I.5. Bu istemle ilgili olarak, Yenimahalle As. 3.H.Y.nın 19.6.1986, 1984/86-1986/313 kararının gerekçesi ve yargı bölümünde bir karar verilmemiştir.

I.6. Bu istemle ilgili olarak yapılan temyiz itirazını reddeden, Y.4.HD.nin 3.11.1986, 86/6780-7455 kararına göre, «1 — Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir yolsuzluk görülmemesine göre davalının tüm davacının aşağıdaki bendlerin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

.....
Başkan Üye Üye Üye
Turgut Uygur Cahit Keskin Hakkı Yaşar Ruhi Özüarı

Üye
Çetin Aşcıoğlu
(muhalif) » (2).

II. Sorun

Yukarıdaki I.1 ve I.4. deki istemlerle ilgili temyiz itirazlarının reddi kararları ile onama kararları, hukuka uygun mudur?

III. Yargısal Kararların Eleştirisi Ve Görüşümüz

III.1. Ek kusur kavramı ve işlevleri

Kusursuz sorumlu olan kişinin veya emrindeki adamının/çalışanının, olayda, ayrıca kusuru da varsa, buna ek kusur adı verilmektedir. Ek kusurun tazminatın (giderimin) saptanması aşamasındaki önemi/işlevi, olayda varsa, zarar görenin ve/veya desteğin birlikte kusurlarını, ek kusur oranında ortadan kaldırmasıdır. Ör-

- (1) Karar yayımlanmamıştır. Yapılan karar düzeltilmesi istemi de red edilmiştir.
- (2) Kararın tam metni için bkz. ACAR, Bülent: İlk Davanın İtirazlı Birlikli İncelemesi İle Belirlenen İstemi Aşan Giderim Tutarı, Ek Davaya İçin Kesin Yargı Durumu Oluşturmaz, ABD 1989/1, s. 163-167. Üye Çetin Aşcıoğlu'nun karşı oyu, ek kusur istemi ile ilgili değildir.

neğin, ilk olayda, desteğin 5/8 oranındaki birlikte kusuru, davalı araç mâlikinin emrindeki sürücünün 3/8 ek kusuru oranında ortadan kaldırılacaktır. Giderimin belirlenmesinde gözönüne alınacak olan destek birlikte kusuru, 5/8-3/8-2/8 dir. İkinci olayda ise, zarar görenin 3/8 oranındaki birlikte kusuru, araç mâlikinin 5/8 oranındaki ek kusuru oranında ortadan kaldırılacaktır. Zarar görenin, giderimin belirlenmesinde gözönüne alınabilecek bir birlikte kusuru bulunmamaktadır.

AŞÇIOĞLU'na göre, yasakoyucu, KTK 85/4, 86 ilâ, ek kusurun uygulanmasını açıkça benimsemiştir (3). Bu nedenle, «İşletenin sürücü üzerinde denetim ve gözetim eksikliği ek kusurdur (Y.4.H.D. 20.5.1985-3820/5051)» (4).

«Ek kusur, sebep sorumluluğunun bu niteliğini değiştirmez; yalnız başka sonuçlar doğurabilir:

a) Bazı hallerde (örneğin BK. md. 55, 56, MK. md. 320) sorumu kişinin kurtuluş kanıtı (beyyinesi) getirmesini engelleyebilir;

b) Bazan da bir tazminatı indirme sebebinin gözönüne alınmasını önleyebilir; bu, özellikle mağdurun müterafik (ortak) kusurunu nötralize etmek (etkisiz hale getirmek) biçiminde kendini gösterir;

c) Ek kusur birden fazla kişinin aynı zarardan sorumluluğu halinde rücu sorununun çözümünde etkili olabilir.

d) Sorumlulukların çatışması (Kollision von Haftungen) halinde de, sorumlulardan her birinin zarardan katlanması gereken payın tayininde rol oynar;

e) Adam ölmesi ve beden bütünlüğünün ihlali halleri dışında manevî zararın tazmininin istenebilmesi bakımından önem taşıyabilir» (5).

(3) AŞÇIOĞLU, Çetin: Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk Ve Tazminat Davaları, Ankara 1989, s. 132.

(4) AŞÇIOĞLU, s. 132, dn. 83.

(5) TANDOĞAN, Halûk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 8-9. Türk bilimsel görüşünde ek kusur bütün işlevleri ile benimsenmektedir: GÜRİSOY, K. Tahir: Motorlu Taşıt Araçlarının Sebep Oldukları Zararlardan Sorumluluk Ve Trafik Kanunumuzun Aksak Yönleri, Birinci Türk Hukuk Kongresi'ne Sunulan Tebliğler, Ankara 1972, s. 12; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, 3. bası, Ankara 1989, s. 204; ÇÖRTOĞLU, İ. Sahir: Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki Ve Sonuçları (MK. 661), Ankara 1982, s. 220-221.

İsviçre Federal Mahkemesinin, 18.5.1965 tarihli (BGE 91 II 201) kararına göre, «Sebepten sorumluluğundan ötürü zararı gidermek zorunda olan kişi, ayrıca bir kusur da işlemişse, zarar görenin müterafik kusurunun etkisi o ölçüde azalır (OFTINGER, I s. 239 vd.)/Davalının, sebepten sorumluluğu uyarınca, sonuçlarına katlanmak zorunda olduğu yapım bozukluğuyla, davalının müterafik kusuru birbiriyle karşılaştırılırsa, davalının tazminat borcunun zararın dörtte biri oranında indirilmesi uygun görülmektedir» (6).

III.2. Ek kusur, sorumluluğun şiddetlendirilmesi nedeni değildir

AKİPEK'in belirttiği gibi, taşınmaz malikinin/sorumlunun ek kusuru, tazminatın (giderimin) ağırlaştırılması nedeni olabilir. Ancak, ek kusurun varlığına karşılık, zararı aşan bir tutar ile sorumluluk söz konusu değildir. Çünkü, giderim, ceza değildir. Sorumluluğun şiddetlendirilmesi, ek kusurun bulunmasında, mücbir sebep, zarar görenin ve üçüncü kişinin kusuru nedeniyle sorumluluktan kurtulmanın/üç genel nedenle nedensellik bağının kesilmesinin olanaksızlaşmasıdır. Ancak, sorumluluğun şiddetlendirilmesi, sorumluluk aşamasına ilişkindir ve zarar-giderim aşamasıyla ilgisi yoktur. Bu nedenle, sorumluluğun şiddetlendirilmesi ile, zararın arttırılması söz konusu değildir (7).

III.3. Yargıtay'ın tanıdığı ek kusur işlevi

I.3 de sözü edilen 13 Şubat 1989 günlü temyiz dilekçesi s. 2, m. III'de bu konudaki temyiz itirazına göre, «Yüksek Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin, sorumluluk hukukumuzda ek kusura ilişkin yayımlanan tek kararında, ek kusurun işlevlerinden biri olan, ek kusuru olan kişinin kurtuluş kanıtı getirememesi hakkındaki 11.3.1985 1826/1996 sayılı kararı ile getirilen temel ilke ek kusurun uygulanması da, temyiz itirazımızın yargısal kural dayanağı-

(6) Çev. KANETİ, Selim, AD. 1968/9-10, s. 383. İFM'nin BGE 95 II 93-108 kararına göre de, «Müstahdemin tutumunun kusurlu olup olmadığı, davalının da zararda müterafik kusurunun bulunması halinde önem taşır. Zira bu halde müstahdemin (ve iş sahibi olarak davalının) tutumunun kusur açısından değerlendirilmesi adalet gereğidir. Davalının müstahdeminin (ya da bizzat davalının) kusursuzluğu halinde OR 44/II (BK. 44/II) de belirtilen hallerin önemi daha fazla olur (BGE 41 II 500; 88 II 135)», DURAL, Mustafa: İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukukuna İlişkin Kararları (1969), MHAD 1972/9 s. 152 k. 2.

(7) AKİPEK, Jale G.: Gayrimenkul Malikinin Mesuliyetinin Hukukî Neticeleri, İstanbul 1955, s. 61.

dır. Bu karara göre, «Araç işleticisi kusursuz -objektif- sorumluluk ilkeleri uyarınca zararı gidermekle yükümlü olmakla birlikte kendisinin veya eyleminden sorumlu olduğu kişinin ayrıca kusuru varsa (ki buna ek kusur-munzam kusur denir) kurtuluş kanıtı getiremez» (8).

III.4. Görüşümüz

Yargıtay'ın, ek kusurun işlevlerinden birini tanıyıp, birini tanımazlığı, açıklaması kendisine düşen, açık bir çelişkidir (9).

Türk-İsviçre bilimsel görüşünde ve İsviçre Federal Mahkemesince ve Y.4.HD.nin 11.3.1985, 1985/1826-1996 kararında benimseildiği gibi, giderimle ilgili olarak, ek kusurun, birlikte kusuru etkilemesi işlevi de, Yargıtay'ca tanınmalı ve sorumluluk hukukumuz uygulanmasına geciktirilmeksizin sokulmalıdır. Bu konuda, avukatlara ve yargıçlara görev düşmektedir (10).

Bir görüşe göre de, ek kusurun, birlikte kusuru etkilemesi işlevinin uygulanabilmesi için, kusursuz sorumlu olan kişinin ek kusurunun ağır kusur olması gereklidir (11).

Ek kusurun bu işlevinin uygulanabilmesi için, ağır kusur koşulu aranması, bu işlevin, giderimin belirlenmesindeki -şimdiki olmayan- işlerliğini daha da azaltır. Ek kusurun bu işlevinin uygulanması için, kusurun ağır veya hafif olması, AŞÇIOĞLU'nun da değindiği gibi, önemli değildir (12). Kusursuz sorumlulukta, kusur ögesine yer verilmediğinden, kusursuz sorumlunun olayın oluşumunda bir de ek kusuru varsa, ek kusurun hafif veya ağır olmasının aranması, ek kusur ilkesinin getiriliş amacı ile bağdaş-

- (8) Aynı konuda yukarıda I.4-I.6 daki olayda 16 Aralık 1986 günlü dil. s. 4, m. II.2 ile yapılan itiraz da geri çevrilmiştir.
- (9) AŞÇIOĞLU, «Ne var ki, Türk hukuk uygulamasında tam olarak yerleşmemiştir. 1980 yılından beri Yargıtay kararlarında görülmekle beraber «ek kusurun nötralize ilkesi» henüz işlenmemiştir.» demekte ise de, yukarıda verilen I.3 ve I.6 daki Y.4.HD.nin kararlarında, kendisinin de imzası bulunmaktadır. (AŞÇIOĞLU, s. 132, dn. 82).
- (10) Ek kusurun bir işlevinin tanınıp, bir diğerinin tanınmayışına ilişkin Yargıtay kararları için Y.12. Bşk.lığına içtihadı birleştirme kararı için de başvurulabilir.» Yargıtay Kanununda (m. 15/2b, m. 16/5) açıkça belirtildiği gibi, birbirine aykırı olan Yargıtay kararlarının «benzer olaylar» hakkında olması yeterlidir», KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Dördüncü Baskı, C. IV, Ankara 1984, s. 3500.
- (11) AKIN, Mehmet Zeki: Motorlu Nakil Vasıtaları Kazalarına Karşı Mceburi Mesuliyet Sigortası, İkinci baskı, Ankara 1965, s. 72-73.
- (12) AŞÇIOĞLU, s. 133.

maz. Ek kusur oranında birlikte kusur ortadan kalkacaktır ve varsa kalan birlikte kusur, giderimin belirlenmesinde gözönüne alınacaktır. Eğer, somut olayda, ek kusur oranında birlikte kusurun ortadan kaldırılışında, birlikte kusur yok sayılır ve sorumlunun bir bölüm ek kusuru daha kalırsa, yargıç, bu nedenle BY. 43/I'e göre indirim yapamaz. Çünkü, somut olayın özelliğine göre, sorumlu kusurlu, zarar gören veya destek kusursuz durumdadır ve sorumluyu korumak için geçerli bir neden yoktur.

IV. Sonuç

Yukarda I.1 ve I.4 deki yargısal kararları onayan Y.4.HD.si kararları, bilimsel alanda oybirliği ile benimsenilen görüşe ve Y.4.HD.nin ek kusurun bir diğer işlevini tanıyan kararına da aykırıdır.

Sorumluluk hukukunun temel dayanağı, zarar görenin zararının tam karşılanmasıdır. Bu nedenle, yargıç, giderimi belirlemek yetki ve görevi gereği, ek kusuru, bilirkşi görüşü ile bağlı olmak-sızın uygulamalıdır. Kaldı ki, yargıç, bilirkşiden, olayda, kusur-suz sorumlunun ek kusuru olup olmadığının, varsa, oranının ne olduğunun belirlenmesini istemelidir.

Ek kusurun birlikte kusuru etkilemesi işlevinin uygulanma-yışı, zarar görene karşı kusursuz sorumludan yana bir uygulama-dır ve bir an önce değiştirilmelidir.