

PAPER DETAILS

TITLE: Medeni Hukukumuzun 3444 Sayili Kanunla Degisik m. 24 f. II Hükmü Karsisinda, Haksiz Fiillerden Dogan Tazminatta Bir Indirim Sebebi Olarak Zarar Görenin Rizasi

AUTHORS: Mustafa TIFTIK

PAGES: 385-401

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/213744>

**MEDENİ KANUNUMUZUN 3444 SİYİLİ KANUNLA DEĞİŞİK M.24
F.II HUKMU KARŞISINDA, HAKSIZ FİİLLERDEN DOĞAN
TAZMINATTA BİR İNDİRİM SEBEBİ OLARAK
ZARAR GÖRENİN RIZASI**

Y. Doç.Dr.Mustafa TİFTİK(*)

G İ R İ Ş

Bilindiği gibi, haksız fiillerden doğan zararlara zarar görenin rızası, hukuka aykırılığı kaldırmadığı durumlarda tazminatta bir indirim sebebi olarak dikkate alınır. Şu halde, rızanın hukuka aykırılığı kaldırdığı haller ve hukuka uygunluk sebepleri, bu indirim sebebinin tatbikinde önem kazanmaktadır.

Medeni Kanunumuzun 4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunla değiştirilen 24. maddesinin 2. fıkrasındaki hükümde, kişilik haklarının ihlaliyle ilgili olarak öngörülen bazı hukuka uygunluk sebepleri arasında zarar görenin rızası da anılmaktadır. Bu hükmün mutlak olarak anlaşılıp uygulanması halinde, Medeni Kanunumuzun kişilik haklarının kişinin kendisine karşı da korunması yolundaki ilkesinin tamamen ortadan kalkması gibi kabul edilemez bir durum ortaya çıkar.

Biz makalemizde, haksız fiillerden doğan tazminatta bir indirim sebebi olarak zarar görenin rızasını Medeni Kanunun 3444 sayılı Kanunla değişik m.24 f.II hükmü çerçevesinde incelemeye ve bu suretle söz konusu hükme Medeni Hukuk sistemimiz içinde uygulamada verilmesi gereken anlamı tesbit etmeye çalıştık.

(*) Atatürk Üniversitesi İ.İ.B.F. Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1- GENEL OLARAK

BK.m.44 f.1 hükmü gereğince, zarar görenin rızası, fiillin hukuka aykırılığını kaldırmadığı durumlarda bir indirim sebebi teşkil eder(1).

Zarar görenin rızası bir indirim sebebi olarak bir kısmı yazarlarca(2) zarar görenin kusuru kavramı içerisinde, bunun özel bir hali olarak incelenmektedir. Buna karşılık diğer bir kısım yazarlar ise(3), zarar görenin rızasını, zarar görenin kusuru kavramı dışında ayrı bir indirim sebebi olarak ele alıyorlar.

Esasen, zarar görenin rızası da, zarar görenin kusuru gibi, aynı hükme (BK.m.44 f.1) dayanılarak tazminatın indirilmesine veya tamamen kaldırılmasına imkân verdiği yani benzer bir hukuki sonuca götürdüğü için; bu ayrım pratik bakımdan pek fazla bir önem taşımaz. Bununla birlikte, bu iki kavram arasında hukuki mahiyetleri yönünden, uygulamada da dikkate alınması gereken bir fark vardır. Gerçekten zarar görenin rızası, hukuki mahiyeti itibariyle (tek taraflı) bir hukuki işlemdir ki, irade beyanına dayanır. Oysa zarar görenin kusuru, kural olarak (olumlu ve olumsuz) bir fiile, davranışa dayanmaktadır. O halde zarar görenin rızasında, fiil ehliyeti, irade beyanının geçerlilik şartları gibi hukuki işlemle ilgili esaslar dikkate alınacak; zarar görenin kusurunda ise, kusurla ilgili kurallar kıyasen uygulanacaktır. Gerçekten, zarar görenin kusuruna kıyasen tatbiki doktrin ve uygulamada kabul edilmiş bulunan, kusurun dereceleri, türleri, objektif kusuru kavramı gibi kusurla ilgili genel kurulların(4), zarar görenin rızasına uygulanması, bunun mahiyetine uygun düşmemektedir. Meselâ, mağdur hastanın ricası üzerine hekimin zehirleyici ilaç vermesinde zarar görenin kastından; düelloya razı olunmasında ihtimali kasıttan söz edilmesi(5), bir hukuki işlem niteliğinde olduğu için, zarar görenin rızası kavramıyla bağdaşmamaktadır. Ayrıca, bir indirim sebebi olarak zarar görenin rızasında hukuka aykırılık unsuru her zaman mevcuttur. Buna karşılık zarar görenin kusurunda, kural olarak hukuka aykırılık unsuru bulunmamaktadır(6). Bu itibarla, zarar görenin rızasının, zarar görenin kusuru

kavramından ayrılarak incelenmesi gerekir.

Zarar görenin rızası, hukuki mahiyeti itibariyle tek taraflı bir hukuki işlem olduğu cihetle; bunun geçerliliği için, fiil ehliyetinin olması, irade sakatlığının bulunmaması ve razanın hukuka ve ahlaka aykırı olmaması şarttır(7). Rızadan her zaman rücu etmek mümkündür.

Rıza, zarar meydana gelmeden önce gösterilmiş olmalıdır. Haksız fiilin işlemesinden sonra zarar gören tarafından rıza gösterilmesi, fiili hukuka aykırı olmaktan çıkarmaz; bununla birlikte, sonraki rıza tazminat talebinden bir feragat sayılabilir(8).

Zarar görenin zarar verici fiile önceden rıza göstermesi halinde, kural olarak hukuka aykırılık ortadan kalkar. Özellikle malvarlığı haklarının ihlaline rıza, fiilin hukuka aykırılık niteliğini ortadan kaldırır; böylece zarar faili sorumluluktan kurtulur(9).

Buna karşılık, kişilik haklarına verilecek zarara gösterilen rıza, geçersizdir. Kanun kişilik haklarından vazgeçmeyi kabul etmemiştir (MK.m.23, BK.m.20). Bu cümleden olarak, kişinin, yaşama hakkına veya vücut bütünlüğüne zarar verici fiillere önceden razı olması, bu fiillerin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz(10).

İşte, zarar görenin rızası, fiilin hukuka aykırılığını kaldırmadığı bütün hallerde bir indirim sebebi-dir. BK.m.44 f. 1 hükmü ile, hâkime zarar görenin rızası dolayısıyla tazminatı indirme veya tazminatta hükmetmekten tamamen vazgeçme yetkisi verilmiştir.

Zarar görenin rızasının hukuka aykırılığı kaldır-maması, özellikle yaşama hakkı ile vücut bütünlüğünü ihlal eden fiiller bakımından söz konusudur. Kişinin ölüme rıza göstermesi her zaman geçersizdir(11). Mese-lâ, çaresiz ve çok acı veren bir hastalığa yakalanmış bir hastanın kendisine öldürücü iğne yapılmasını iste-mesi veya buna rıza göstermesi halinde, bu rıza kişilik haklarına aykırı olduğu için MK.m.23 ve BK.m.20 uyarın-ca geçersizdir(12).Bu durumda hekimin müdahalesi,

hukuka aykırı bir fiil oluşturur. Aynı şekilde, düello yapılmasına gösterilen rıza da, fiili hukuka aykırı olmaktan çıkarmaz. Keza, vücut bütünlüğünün ihlaline ilişkin bir rıza da, üstün bir düşünce veya makul bir amaçla haklı görülmedikçe geçersizdir(13)(14). Meselâ: Bir kimse, dayanıklılığını göstermek için bir tanıdığından, bütün gücüyle karnına vurmasını istiyor ve şiddetli bir iç yaralanmaya maruz kalıyor; yine bir kadın, sakatlanmasına yol açacak kanuna aykırı bir kürtaja razı oluyor(15).

Bütün bu durumlarda rıza, hukuka aykırılığı ve dolayısıyla tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı için, bir indirim sebebi olarak gözönünde tutulacaktır.

Zarar görenin rızası dolayısıyla tazminatın indirilmesi veya tamamen kaldırılması, her somut olaydaki durum ve şartlara göre kabul veya reddedilebilir(16).

Zarar görenin mümeyyiz küçük veya mahcur olması durumunda, rıza geçersiz olduğu için, malvarlığı haklarının ihlalinden doğan zararların tazmininde de, bu rıza BK.m.44 f.1 anlamında indirim sebebi oluşturacaktır(17). Gayrimümeyyiz küçük veya mahcur zarar görenin rızası ise hiç bir hüküm ifade etmez (MK.m.15). Bununla birlikte, burada, BK.m.54 f.1 hükmü kıyasen uygulanabilir ve hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde tazminat indirilir(18).

II. MEDENİ KANUNUN 3444 SAYILI KANUNLA DEĞİŞİK M.24 F.II HÜKMÜ KARŞISINDA DURUM

Medeni Kanunumuzun 4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunla değişik 24. maddesinin 2.fıkrasında, kişilik haklarının ihlali bakımından bazı hukuka uygunluk sebepleri öngörülmüştür. Bu hükümde, kişilik haklarının ihlalinin hukuka aykırılıktan çıkaran bazı durumlar, bu arada zarar görenin rızası olumsuz bir biçimde ifade edilmiştir. Buna göre; "şahsiyet hakkı ihlal edilenin rızasına...dayanmayan her tecavüz hukuka aykırıdır"(19).

Bu hükümden, ilk bakışta, kişilik haklarına zarar görenin rızasının geçerli olduğu, yani rıza ile ihlalin hukuka uygun hale geleceği, dolayısıyla tazminat sorumluluğunun tamamen ortadan kalkacağı anlamı çıkmaktadır. Bununla birlikte, bu hükümden böyle mutlak bir anlamın çıkarılması söz konusu olamaz. Özellikle yaşama ve sağlık hakkı ile vücut bütünlüğünün ihlaline rızasının, mutlak bir hukuka uygunluk sebebi sayılması mümkün değildir. Bu bakımdan kanaatimce, söz konusu değişikliğe rağmen; özellikle, maddi kişilik hakları da denilen yaşama ve sağlık hakkı ile vücut bütünlüğünün ihlaline rıza, kural olarak yine geçersiz sayılacak ve ancak BK.m.44. f.I uyarınca, tazminatın tayininde bir indirim sebebi olarak uygulanabilecektir. Bu sonuca, Kaynak Kanun, Türk Kanun Koyucusunun amacı, Türk Medeni Hukuk Sistemi ve doktrindeki hâkim görüşleri inceleyerek varılabilir:

A. Medeni Kanunun 24. maddesinde yapılan bu değişiklikte Kanun Koyucusunun amacının, İsviçre Medeni Kanununun bu hükmü karşılayan 28. maddesinde yapılan değişikliğe paralel bir düzenleme yapılması olduğu, gerek Kanun gerekçesinde, gerekse ilgili Kanunun Meclis müzakerelerinde vurgulanmıştır(20). Oysa, MK.m.24. f.II hükmü alınırken İMK.m.28. f.II hükmü yanlış tercüme edilmiştir(21). Gerçekten İMK.nun 28.madde 2. fıkrasındaki "Bir ihlal, mağdurun rızası... ile haklı gösterilmedikçe hukuka aykırıdır." ifadesi, "... zarar görenin rızasına ... dayanmadıkça her tecavüz hukuka aykırıdır." şeklinde tercüme edilmiştir. Bu iki ifade arasında büyük farklılık olduğu açıktır. Zira, Kaynak Kanunun ilgili hükmünden, ihlalin, ancak zarar görenin rızasının haklı gösterdiği durumlarda hukuka uygun hale geleceği, aksi takdirde geçersiz sayılacağı, anlamı çıkmaktadır. Buna göre; ihlali hukuka aykırı olmaktan çıkaran rızalar olduğu gibi, ihlali hukuka aykırı olmaktan çıkarmayıp, sadece bir indirim sebebi oluşturan rızalar da vardır. Buna karşılık Medeni Kanunumuzun 3444 sayılı Kanunla değişik m.24. f.II'de "muhalif mefhumuyla", zarar görenen kişilik haklarının ihlaline rızasının, kesin olarak hukuka aykırılığı kaldıracağı anlamını veren mutlak bir ifade kullanılmıştır. Bu hüküm, Kanun Koyucusunun İMK.m.28. f.II hükmüne paralel bir düzenleme

getirme amacı da gözünde bulundurularak, Kaynak Kanundaki gibi yorumlanmalıdır. Bu bakımdan, sadece zarar görenin rızasının haklı gösterdiği durumlarda kişilik haklarının ihlaline rıza geçerli sayılmalıdır.

Gerçekten, yaşama hakkının ihlaline rızanın, fiilin hukuka aykırılığını kaldırması söz konusu olmaz; böyle bir rıza her zaman geçersizdir. Sağlık hakkı ve vücut bütünlüğünün ihlaline rıza da, üstün bir düşünce veya makul bir amaç ile haklı görülmedikçe, hukuka aykırılığı kaldırmaz. Bu itibarla, meselâ, çeresi bulunmayan bir hastalığa yakalanmış çok acı çeken bir hastanın, kendi rızasıyla zehirli ilaç verilerek öldürülmesinin yahut bir kemsenin, maddi veya manevi sağlığı ile ilgili bir ameliyat ya da tedavi gibi makul bir amaç olmaksızın sakat bırakılmasına muvafakat göstermesinin hukuka uygun sayılması mümkün değildir.

Esasen, bu anlamda, söz konusu düzenleme ile, doktrin ve uygulamada benimsenmiş olan(22) ve bazı özel kanunlarda (23) kabul edilmiş bulunan, saedce ameliyat, organ nakli ve spor faalileri gibi üstün bir düşünce ve makul bir amaç için ağır bedensel zararlara rıza göstermenin geçerli sayılacağı ilkesine dayanak olacak genel bir pozitif hukuk kuralı öngörülmüş olmaktadır.

B. Kişilik haklarının ihlaline rızanın istisnasız geçerli sayılması, Medeni Kanunumuzun kişiliğin korunması bakımından kabul ettiği sisteme de aykırı düşmektedir. Nitekim, anılan değişikliğe rağmen, MK.m.23. ve BK.m.20 hükümleri uyarınca, kişilik haklarından vazgeçilmesine dair hukuki işlemler kural olarak geçerli değildir. Şu halde, zarar görenin rızasının, kişilik haklarının sadece bir kısmına ilişkin ihlalleri hukuka aykırılıktan çıkaracağını kabul etmek gerekir.

C. kaldı ki, Borçlar Kanununun 45. ve 46. maddelerinde, yaşama hakkının ve vücut bütünlüğünün ihlalinden doğan tazminat hakları özel hüküm olarak güzenlenmiştir. Keza, aynı Kanunun 44. madde 1. fıkrasının 1.cümlesinde de zarar görenin bir indirim sebebi olarak öngörülmüştür. Anılan değişiklikte birlikte bu hükümlerin, özellikle BK.m.44 f.1 c.1 hükmünün aynen

korunması da; MK.m.24 f.II'deki yeni hükümle, zarar görenin kişilik haklarının ihlaline rızasının mutlak anlamda geçerli olmasının amaçlanmadığını göstermektedir.

D. Kişilik haklarının üç grupta incelemek mümkündür(24):

1) Yaşama hakkı, vücut bütünlüğü ve sağlık hakkı gibi maddi kişilik hakları;

2) Hürriyet, ticari itibar, şeref ve haysiyet gibi sosyal kişilik hakları;

3) İsim, resim gibi duygusal kişilik hakları.Kanatımızca, Medeni Kanunun 3444 sayılı Kanunla değişik m.24 f.II hükmünde sözü edilen, zarar görenin ihlaline rızasının geçerli olduğu kişilik hakları, daha çok sosyal ve duygusal kişilik haklarıdır. Nitekim anılan Kanun hükmünün TBMM'ndeki müzakerelerinde de, gerek hükümet adına konuşan Adalet Bakanı, gerekse diğer üyeler; daha çok şeref ve haysiyetin basın hürriyetinin kötüye kullanılması suretiyle ihlalinin önelenmesi gereği üzerinde durmuşlardır(25).

Bununla birlikte, maddi kişilik haklarının ihlali-ne rızanın da bazı durumlarda hukuka aykırılığı kaldıracağı kabul edilebilecektir.Meselâ, bazı vücut çirkinliklerinin estetik ameliyetle düzeltilmesine rıza göstermek gibi kişinin ruh sağlığına, aşırı şişmanlığın tedavisi için ameliyatla barsakların kısaltılmasına razı olmak gibi hem maddi hem manevi sağlığına fayda sağlayacak durumlarda, haklı gösteren makul bir amaç mevcut olduğu için, rıza, geçerli olacaktır. Bu tür müdahalelerde, kişinin ağır bedensel zarara uğraması veya ölüme maruz kalması halinde de, ameliyat veya tıbbi müdahalenin gerektirdiği mesleki bilgi, dikkat ve özene uyulmuş olması kaydıyla, hiç bir tazminat sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Şu halde, MK.m.24 f.II'de getirilen yeni hüküm ile, Medeni Kanunumuzun özellikle maddi kişilik haklarının korunmasıyla ilgili sisteminde, esas itibariyle

bir değişiklik yapılmış olmamaktadır: Maddi kişilik haklarının ihlaline rıza, kural olarak geçersizdir; rızanın hukuka aykırılığı kaldırması istisnai durumlarda söz konusudur. Buna göre, yaşama hakkının ihlaline rıza, her zaman geçersizdir. Sağlık hakkı ile vücut bütünlüğünün ihlaline rıza ise, üstün bir düşünce veya makul bir amaç hakkı göstermedikçe hukuka aykırılığı kaldırmayacaktır. Bu itibarla, MK.nun değişik m.24 f.11 hükmüne rağmen, yaşama ve sağlık hakkı ile vücut bütünlüğünü ihlal eden fiillere zarar görenin rızası, kural olarak BK.m.44 f.1 uyarınca indirim sebebi teşkil edecektir.

III. ZARAR TEHLİKESİNİ GÖZE ALMAK (=HANDELN AUF EIGENE GEFAHR)

Haksız fiillin meydana getirdiğı zarar tehlikesinden kaçınması mümkün olan zarar görenin, bunu yapmayıp kendisini bu tehlikeye maruz bırakması halinde, "zarar tehlikesini göze alma" durumu söz konusu olur(26). Buna Alman hukukunda "Handeln Auf eigene Gefahr", Fransız hukukunda isetamamen aynı anlama gelmemekle birlikte"-acceptation de risque" denilmektedir. Bedensel zararların maruz kalınmasında zımni rızayı kapsayan bu durumun bulunması halinde de, hükmedilecek tazminatta BK.m.44 f.1 uyarınca indirim yapılması gerekir(27).

Yüksek zarar tehlikesini göze alma durumu, daha çok spor kazalarında söz konusu olur. Kişi, sert beden mücadelesine dayanan boks, güreş, taekwondo, futbol gibi spor alanlarında karşılaşmalara katılmakla; oyunun kuralları içinde kalınması kaydıyla, bedensel zararlara zımnen rıza göstermiş olur(28). Gerçekten, bir spor karşılaşmasında yaralanma vuku bulduğunda; özellikle sporcuları koruma amacı güden spor kurallarına uyulmuş ise, hiç bir hukuka aykırı fiil söz konusu olmaz, dolayısıyla herhangi bir tazminat yükümlüğü de doğmaz(29) (30). Buna karşılık, zarar faili, oyunda söz konusu kurallara kusurlu olarak uymamışsa, bu durumda meydana gelen zarar için, BK.m.41 f.1 uyarınca sorumlu olur. Ancak, bu durumda zarar görenin, diğeri oyuncuların spor kurallarını ihlal edebileceğini hesaba katması gerektiğı için; bedensel zarar tehlikesini göze alması dolayı-

siyle, zarar görene verilecek tazminat, BK.m.44 f.1 çerçevesinde indirilir(31). Zarar failinin kusuru ne kadar hafifse, tehlikeyi göze alma dolayısıyla tazminatta indirim o ölçüde fazla yapılır. Ancak, bedensel zarar, ağır kusurlu olarak oyun kurullarının ihlallinden doğmuşsa, bu durumda tazminatta bir indirme gidilmemeli ve özellikle zarar görenin hiç bir kusuru olmayıp, zarar failinin kasıtlı olduğu durumlarda, tam tazminata hükmedilmelidir(32).

Zarar görenin bedensel zarar tehlikesini göze alması dolayısıyla tazminatta indirim yapılması, spor kazaları dışında, hareket aynı zamanda birlikte kusur oluşturmadıkça, doktrinde kabul edilmemektedir(33). Gerçi çok az bir masraf veya küçük bir tedbirle, büyük bir tehlikeyi önemli ölçüde önleyebilecek olan fakat bundan kaçınan zarar görenin, kendi kusuru olmasa da, tazminatta bir indirim yapılmasına katlanması gerektiği düşünülebilir. Ancak, bir tehlikeyi göze alma, aynı zamanda zarar görenin kusuru olarak takdir edilemiyorsa, sırf genel kaza tehlikesi bulunduğundan dolayı tazminat sorumluluğunu azaltmak doğru olmaz. Zira, hiç bir kimseden, varlığına yönelik hukuka aykırı hareketlerin genel tehlikelerine karşı tedbir alması istenemez. Böyle bir durum, ancak, BK.m.43 f.1 anlamında bir durum ve şart sayılarak, indirme esas alınabilir(34). Buna karşılık, normalin üstünde bir kaza tehlikesine rağmen, uygun tedbirleri almayarak kendini tehlikeye maruz bırakan zarar gören, aynı zamanda birlikte kusurlu sayılır(35). Gerçekten, meselâ, kaynak yapılan ve kayakçıların her an kayıp geçebilecekleri bir yerde dururken bir kayakçının çarpması yüzünden yaralanan kişinin, yüksek kaza tehlikesini hesaba katması gerekir(36). Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi de, içkili veya çok yorgun ya da ehliyetsiz olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği bir sürücü tarafından kullanılan bir taşıta binerek normalin üstünde bir tehlikeyi göze alan zarar görenin, bu hareketini, her defasında birlikte kusur olarak takdir etmiştir(37). Yargıtayımızın içtihamı da aynı yöndedir(38).

S O N U Ç

Zarar görenin rızası, fiilin hukuka aykırılığını kaldırmadığı durumlarda bir indirim sebebi teşkil eder. Kural olarak kişilik haklarına verilecek zarara gösterilen rıza geçersizdir. (MK.m.23, BK.m.20). Bu itibarla kişinin yaşama ve sağlık hakkı ile vücut bütünlüğüne zarar verici fiillere gösterilecek rıza, bu yüzden hükmedilecek tazminatta bir indirim sebebi olarak uygulanabilir.

Medeni Kanunumuzun 24. maddesine 4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunla getirilen hüküm, özellikle yaşama ve sağlık hakkı ile vücut bütünlüğü gibi maddi kişilik haklarının ihlali bakımından esas itibarıyla bir değişiklik getirmemiştir. Yaşama hakkının ihlaline rıza her zaman geçersizdir. Sağlık hakkı ile vücut bütünlüğünün ihlaline rıza ise, makul ve yüksek bir amaç onu haklı göstermedikçe geçersizdir. Böyle durumlarda rıza, kural olarak bu ihlaller dolayısıyla hükmedilecek tazminatta bir indirim sebebi teşkil eder.

Sert beden mücadelesine dayanan boks, güre, taekwondo, futbol gibi spor alanlarında karşılaşmalara katılan kişi, ilgili spor kurallarına aykırı hareket edilerek verilecek bedensel zararlardan dolayı tazminat talep ettiği takdirde, zarar tehlikesini göze almış olduğu için, tazminat indirilebilir. Bununla birlikte, zarar görenin bedensel zarar tehlikesini göze alması dolayısıyla tazminatta indirim yapılması, spor kazaları dışında, hareket aynı zamanda birlikte kusur oluşturmadıkça kabul edilmeyecektir.

D İ P N O T L A R

- (1) EREN, Borçlar, sh.146-148; Tandogan, Mesuliyet Hukuku, sh. 321; Becker, Art. 44 Nr. 1; Brehm, Art.44 Nr. 6-7; Haebèrlin, sh.67.
- (2) Heaberlin, sh.67-68; Keller/Gabi, sh.99; Keller/Landman, T.99;Tandogan, Mesuliyet Hukuku, sh.321;Schwarz, sh.142-143.
- (3) Becker, Art. 44 Nr.172; Brehm, Art.44 Nr.6 Keller, A., sh. 99; von/Tuhr/Peter, sh.419; Tekinay/Akman/Burcuoglu/ Altop., sh.800-801.
- (4) Bkz. bu hususta Tandogan, Mezulliyet Hukuku, sh.50 vd.; Oftinger, I,sh.143 vd.; Eren, Borçlar, sh.115 vd.
- (5) Schwarz, sh.143.
- (6) Oftinger, I,sh. 158, 266; von Tuhr/Peter, sh.108; Haebèrlin, sh.55; Gürsoy, sh.364-365; Arsebük, sh. 142; Brehm, Art. 44 Nr. 18.
- (7) von Tuhr/Peter, sh.419; Stark, Nr. 290;Eren, Borçlar, sh. 146-147.
- (8) von Tuhr/Peter, sh.419; Eren, Borçlar, sh.148.
- (9) Oser/Schönenberger, Art.44 Nr.2;von/Tuhr/Peter, sh. 419; Eren, Borçlar, sh.147-148.; Brehm, Art. 41 Nr.63.
- (10) von/Tuhr/Peter, sh.419; Brehm,Art.41 Nr. 63; Eren, Borçlar,sh.147; Haebèrlin, sh.67;Tandogan, Mesuliyet Hukuku, sh.31-32.
- (11) Keller/Gabi, sh.99;Eren, Borçlar sh.147.
- (12) Medeni Kanunumuzun 3444 sayılı Kanunla değişik 24. Maddesinin 2.fıkrasıyla getirilen, kişilik hakları bakımından hukuka aykırılıkla ilgili yeni hükme göre;"şahsiyet hakkı ihlal edilenin rızasına veya üstün nitelikte bir özel ya da kamu yararına veya kanunun verdiği bir yetkiye dayanmayan her tecavüz hukuka aykırıdır." Kanaatimizce, bu hükümle hukuka aykırılığa yeni bir tanım getirilmesinden çok,kişilik haklarının ihlali bakımından bazı hukuka uygunluk sebepleri gösterilmiş olmaktadır. Bu itibarla, Türk-İsviçre doktrin ve uygulamasında kabul edilen BK.m. 41 anlamındaki hukuka aykırılık tanımı; bu yeni düzenlemeye rağmen, kişilik haklarının ihlali bakımından da geçerliliğini sürdürecektir (Karşı Raschein, H.,Die Widerrechtlichkeit im

System Des Schweizerischen Haftpflichtrechts, Masien 1986, sh.193-194).

- (13) Meselâ ameliyatta veya spor karşılaşmalarına katılmakta durum böyledir. Ancak tıbbi müdahale ve ameliyatlarda rızanın hukuka aykırılığı kaldırması için,hekimin hastayı, rızadan önce ameliyat ve müdahalenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterince aydınlatması ve bu konuda gerekli bilgiyi vermesi de gerekir. Ayrıca, ameliyat veya tıbbi müdahalenin gerektirdiği mesleki bilgi, dikkat ve özene uyulmuş olması da şarttır. Keza, spor karşılaşmalarında da, vücut bütünlüğüne verilen zararların hukuka aykırı sayılmaması için,sporun kurallarına uyulmuş olması gerekir (Keller/Gabi, sh.48 ;Eren, Borçlar, sh.147-148;Tandogan, Mesuliyet Hukuku, sh.32; Tekinay/ Akman/ Burcuoglu/ Altop., sh.622;Y.4.HD.7.3.1977 t.,E.6297, K. 1977 (Yayınlanmamış)).
- (14) Türk Pozitif hukukunda 29.5.1979 t., ve 2238 sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun", bu hususta bazı esaslar öngörmüş ve üstün ve makul bir amaç için bazı kişilik haklarının ihlaline rıza göstermenin geçerlilik sınırlarını tesbit etmiştir. Bu Kanunun, "Alınmayacak Organ ve Dokular" kenar başlığını taşıyan 8. maddesinde, organ vericinin hayatını kesin olarak sona erdirecek veya tehlikeye sokacak organ ve dokuların alınması yasaklanmıştır. Kanunun 6.maddesinde de, zarar görenin razı olmasının hukuka aykırılığı kaldırması için gerekli şekil şartları düzenlenmiştir. Kanun bundan başka,7.maddesinde, tıbbi müdahaleyi yapacak hekimler için, hastaya ayrıntılı olarak bilgi verme ve ameliyat hakkında araştırma yapma yükümlülüğü getirmektedir. Şayet gösterilen rıza, Kanunu öngördüğü şekil şartlarına uygun değilse geçersiz sayılacaktır; ancak hâkim,bu durumda BK.m.44 f.1 uyarınca tazminatta indirim yapmak veya tazminatı tamamen kaldırmak yetkisine sahiptir. Ameliyata rıza göstermenin hukuka aykırılığı kaldırması bakımından Yargıtay Dördüncü Hukuk dairesinin 7.3.1977 tarih, 6297 esas ve 1977 karar no'lu kararında vurgulanan hususlar isabetlidir ve yukarıda belirtilen Kanuni

düzenlemedeki esaslarla benzer mahiyettedir: "Hastanın açık ya da zımni rızasının hukuksal yönden geçerli olabilmesi, için, o kişinin sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bütün ayrıntılarıyla bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması, iradesini baskı altında açıklanması gerekir (Yayınlanmamış) Ayrıca doktrinde bu hususta yayınlanmış değerli bazı incelemeler için Bkz. Reisoglu, Seza, Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara, 12-13 Mart 1982, İstanbul 1983, sh.2 vd.; Akunal, Teoman, 2238 Sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun" Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu üzerine Düşünceler, Aynı Kaynak, sh.19-30; Özsunay, Ergun, Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma ödevi ve istisnaları, Aynı kaynak, sh.31-59.

- (15) Keller/Gabi, sh.99; Eren, Borçlar, sh.147; Brehm, Art.44.Nr.7; von Turhr/Peter, sh.419; Inan, sh.258.
- (16) Tekinay/Akman/Burcuoglu/Altö, sh.800-801.
- (17) Karahasan, sh.964; Selçuk, sh.1869; Y. 4. HD. 21. 5. 1975 t., E.3055, K.6579 (Karahasan, sh.964); Karş.4.HD.17.11.1977 t., E.567, K.11141 (Karahasan, sh.964).
- (18) Oftinger, I, sh.271; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, sh.325; Schwarz, sh.146; Selçuk, sh.1869.
- (19) MK. değişik m.24 f.11 hükmünü tamamı aynen şöyledir: "Şahsiyet hakkı ihlal edilenin rızasına veya üstün nitelikte bir özel ya da kamu yararına veya kanunun verdiği bir yetkiye dayanmayan her tecavüz hukuka aykırıdır."
- (20) MK.m.24 hükmünü karşılayan İMK. m.28 1 Temmuz 1985 te yürürlüğe giren bir Kanunla değiştirilmişti. 4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunla MK.m.24 te bu değişikliğe paralel bir düzenleme yapılması amaçlanmıştır (Bu hususta bkz. ilgili Kanun gerekçelerini içeren 1/392 no'lu rapor için TBMM 18. Dönem S.Sayısı: 25;1/392 ve TBMM 4.5.1988 tarihli 64.Birleşimin Tutanakları, özellikle Adalet Bakanı M.Oltan SUNGURLU'nun Hükümet adına yaptığı konuşma (Yayınlanmamış ilgili Tutanaklar, sh.74-79, 132, vd.)

- (21) İsviçre Medeni Kanununun, MK. m.24 f.II hükmünü karşılayan m.28 f.II hüküm aynen şöyledir: "Bir ihlal, mağdurun rızası veya üstün bir özel menfaat veya kamu yararı ay da kanunla haklı gösterilmedikçe, hukuka aykırıdır."
- (22) Bkz. yukarıda sh.2-5.
- (23) Meselâ bkz. 29.5.1979 tarih ve 2238 "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun", m.7-9 (RG. 3.6.1979 t., ve 16655 S.); 24.5.1983 tarih ve 2827 sayılı "Nüfus Planlaması Hakkında Kanun". m.4-5(RG. 27.5.1983 t., 18059 S.).
- (24) Bu hususta bkz. ve krş.Eren, Borçlar, sh.49; Özsunay, E., Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 3.Baskı, İstanbul 1977, sh.105 vd.; Zevkliler, A.,Medeni Hukuk, Başlangıç Hükümleri-Aile Hukuku-Kişiler Hukuku,Ankara 1989,sh.413 vd. Dural, Mustafa, Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler,İstanbul, 1977, sh.117 vd.
- (25) Bkz. TBMM'nin 4.5.1988 tarihli 64. Birleşiminin Tutanakları (Yayınlanmamış), sh.74. vd.
- (26) Brehm, Art. 44 Nr.9; Art.41. Nr.63; Strak, Nr.320, 293;Keller/Gabi, sh. 98; Tekinay/Burcuoglu/Altop, sh.808; Eren, Borçlar, sh.147; BGE 104 II 187 vd.
- (27) Oftinger, I, sh. 161; Brehm, Art. 44. Nr.13; Keller/Gabi, sh.98; Stark, Nr.322; Tekinay/Akman/Burcuoglu/ Altop, sh. 808; BGE 104 II 187 vd.: Tehlikeli olarak bilinen bir dağ tırmanma müsabakasına katılan ve klavuzun hafif ihmali yüzünden ağır bir yaralanmaya maruz kalan zarar görenin, tehlikeyi göze alması dikkatte alınarak; tazminat- ta %25 civarında bir indirim yapılması uygundur.
- (28) Brehm, Art.44. Nr. 9; Stark, Nr.322; Eren, Borçlar, sh.147; Sayman/Elbir, sh.502.
- (29) Yalnız bu kuralların BK.m.19 ve 20 ile uyum içinde olması gerekir (Brehm, Art. 44. Nr. 12).
- (30) Brehm, Art.44 Nr.13; Stark, Nr. 322;
- (31) Brehm, Art. 44 Nr. 13; Stark, Nr. 322; BGE 104 II 187 vd.
- (32) Brehm, Art.44 Nr.13.
- (33) Brehm, Art.44 Nr.114; Oftinger, I,sh.161.
- (34) Brehm, Art.44 Nr.14-15.
- (35) Brehm, Art.44 Nr.15; Stark, Nr.320.

- (36) Misaldeki olaya benzer konulu bir Federal Mahkeme kararı için bkz.BGE 82 II 25vd.(Oftinger, Bundesgerichtspraxis, sh.289-290, Nr.106,4).
- (37) Bu hususta özellikle bkz. BGE 84 II 296 (1/3 indirin): ayrıca bkz. 91 II 221 (1/3 indirim; 79 II 397 vd. (1/4 indirim); 58 II 139 (1/4 indirin); 40 II 279 (1/2 indirim); Bu karara konu olan olayda, aracın hareketinden önce sürücünün alkol aldığı hususunda dikkatli çekildiği ve başka bir araba ile yolculuk yapması tavsiye edildiği halde, zarar gören yolcu, yolculuk yapmakta ısrar etmiştir.
- (38) "Yolcu taşınmasına elverişli olmayan araca binmek, BK.m. 44 f.I anlamında müteferik kusur sayılır": Y.HD.8.1.1975 t.,E.1515, K.65 (Karahasan,sh.1016); Ehliyeti olmayan acemi sürücülere görev verilmesi ve bunun sonucu olarak kamyonunda hasar meydana gelmesi olayında, istihdam edenin birlikte kusuru vardır: 3.HD.22.11.1962 t., E.10689, K. 8930 (Olgaç, 1969, sh.302 Nr.18); Sarhoşsürücünün araba-sına binmek birlikte kusur oluşturur: 3.HD. 13.11.1984 t., E.1984/7485, K.8373 (Yayınlanmamış).

BİLGİYOGRAFYA

- ARSEBOK, Esat : **Borçlar Hukuku**, C.I-II, 3.Baskı, Ankara 1950.
- AKUNAL, Teoman : 2238 Sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki kanun" Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V.Sempozyumu, Ankara, 12-13 Mart 1982, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1983, sh.19-30. BECKER, H. : Berner Kommentar, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183), 2.Aufl., Bern 1941.
- BREHEM, Roland : Berner Kommentar, Bd. VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Lieferung 1, Kommentar zu Art. 41-44 OR, Bern 1986.
- DUAL, Mustafa : **Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler**, İstanbul 1977.
- EREN, Fikret : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.II, 2.Baskı, Ank. 1988.
- GURSOY, K.Tahir : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 1970.
- HAEBERLIN, F. : Das Eigene Verschulden Des Geschaedigten, im schweizerischen Schadenersatzrecht, Diss. Bern 1924.
- INAN, Ali Naim : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 3.Baskı, Ankara 1984.
- KARAHASAN M.R. : **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, Ankara 1981.
- KELLER, Alfred : **Haftpflicht im Privatrecht**, 3.Aufl. Bern 1978.
- KELLER/GABI : **Das Schweizerische Schuldrecht**, Band II: Haftpflichtrecht, Basel-Frankfurt 1985.
- KELLER/LANDMAN : **Haftpflichtrecht**, Ein Grundriss in Tafeln, 2. Aufl. Zürich 1980.
- OFTINGER, Karl : **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Band I. allgemeiner Teil, 4.Aufl. Zürich 1975.

- OSER/SCHONENBER: Das Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Zürich 1929.
- OFTINGER, Karl : Bundesgerichtspraxis zum allgemeiner Teil des schweiz.Obligationenrecht, 3.Aufl. 1979.
- OLGAÇ, Senai : **Kazai ve İlmî İctihatlarla Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler**, 2.Baskı, İstanbul 1969. OZSUNAY, Ergun : Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul 1983, sh.31-59.
- REİSOĞLU, Seza : **Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu**, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul 1983. sh.1-18.
- SEYMEN, F.H./
ELBİRLİK, H.K. : **Türk Borçlar Hukuku, I, Umumi Hükümler**, İstanbul 1958 (1966).
- SCHWARZ,Andere
(Çev.DAVRAN Bülent: Borçlar Hukuku Dairesi, C. D, İstanbul 1948.
- SELÇUK, Adnan : Maddi Tazminatın İndirilmesinde Gözönünde Tutulacak Özel Nedenler (BK. 449, Yasa Hukuk Dergisi, 1978, S.9, sh.1720 vd.; S.10 1866 vd.
- STARK, Emil W.: Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1982.
- TANDOĞAN, Haluk: Türk Mesilîyet Hukuku, Ankara 1961.
- TEKİNAY/AKMAN/
BURCUOĞLU/ALTOP: **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1**, 5.Baskı, İstanbul 1985.
- Von TUHR/PETER : Allgemeiner Teil des Obligationenrechts, Band I, Lieferung 1., 3.Aufl. Zürich 1974; Band I, Lieferung 2, 3. Aufl. Zürich 1979.
- ZEVLİLER, Aydın: **Medeni Hukuk, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Aile Hukuku**, 2.Baskı, Ankara 1989.