



CEZA HUKUKUNDA GÜVEN İLKESİ



HİRAL DÜZENLİ

EKİM 2022

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU DOKTORA TEZİ**

CEZA HUKUKUNDA GÜVEN İLKESİ

HİLAL DÜZENLİ

EKİM 2022

ÖZET

CEZA HUKUKUNDA GÜVEN İLKESİ

DÜZENLİ, Hilal

Kamu Hukuku Doktora Tezi

Danışman: Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Ekim 2022, 265 sayfa

Güven ilkesi, kural olarak kimsenin kendi davranışlarını, üçüncü kişilerin yükümlülüklerine aykırı hareket edecekleri varsayımı altında yönlendirme yükümlülüğü olmadığı, aksine somut belirtiler olmadığı sürece bu kişilerin hukuka uygun davranacakları yönündeki beklentilerinin hukuk düzeni tarafından korunacağını ifade eder. Başka bir deyişle güven ilkesi, herkesin diğerlerinin hukuka uygun davranacaklarına ve kendi yükümlülüklerini yerine getireceklerine güvenebileceği anlamına gelir. İlke, ilk olarak Alman ve Avusturya hukuklarında trafik hukuku bağlamında ortaya çıkmış ve içtihatlar yoluyla giderek genişleyen bir uygulama alanına kavuşmuştur. Bu bakımdan güven ilkesi; tıp hukuku, inşaat hukuku, ürün sorumluluğu gibi alanlar başta olmak üzere insanlar arası etkileşim ve işbirliğinin olduğu pek çok alanda uygulanma kabiliyetine sahiptir.

Taksirli suçlar bakımından uygulama alanı bulan güven ilkesine, objektif özen yükümlülüğünün belirlenmesi ve somutlaştırılmasında başvurulmaktadır. Nitekim hukuk normlarına uyulacağını varsayarak hareket etmek kişinin yükümlülüklerine aykırı bir hareket olarak nitelendirilemez. Ancak güven ilkesi sınırsız bir uygulama alanına sahip olmayıp bazı sınırlandırmalara tabidir. Çocuklar, yaşlılar gibi hukuk kurallarına uyamayabilecek kişilere karşı güven ilkesi geçerli olmadığı gibi diğerlerinin hukuka aykırı hareket ettikleri yönünde somut emareler bulunması ile denetim ve gözetim yükümlülüğü bulunması gibi durumlarda da güven ilkesi uygulanmaz. Bu halde kişi, diğerlerinin hukuka aykırı davranabileceklerini dikkate alma yükümlülüğü altındadır.

Anahtar Kelimeler: Güven ilkesi, taksirli sorumluluk, objektif özen yükümlülüğü, iş bölümü, trafik hukuku, tıp hukuku



ABSTRACT

THE TRUST PRINCIPLE IN CRIMINAL LAW

DÜZENLİ, Hilal

PH.D. in Public Law

Supervisor: Doğan SOYASLAN

October 2022, 265 pages

The principle of trust states that no one is obliged to orientate his/her behavior under the assumption that third parties will act unlawfully. The expectation that people will act following the law will be protected by legal order unless there are concrete indications to the contrary. The principle of trust emerged for the first time in the context of traffic law during the in Germany and Austria. In the last decades, its application expanded substantially to other fields and countries. Indeed, the trust principle can be applied in many areas of interaction among people, such as medical law, construction law, and product liability.

The principle of trust, applied in negligence crimes, is used to determine and concretize objective duty of care. To assume that others will comply with the legal norms cannot be defined as a contradiction of obligations. However, the principle of trust does not have an unlimited field of application and is subject to certain limitations. For example, it does not apply to persons who may not be able to comply with the legal rules, such as children and the elderly. Furthermore, the trust principle does not apply in cases with concrete indications that others are acting contrary to the law but with an obligation of control and supervision. In this case, the person is under the obligation to take into account that others may act unlawfully.

Keywords: The principle of trust, negligence liability, objective duty of care, division of labor, traffic law, medical law

TEŞEKKÜR

En son yazılan teşekkür kısmı sanırım tezin yazması en keyifli kısmını oluşturuyor. Ben de bu bölümü yazarken doktora tez sürecimde ne kadar çok insanın desteğini aldığımı tekrar hatırlayıp ne kadar şanslı olduğumu fark ettim.

Öncelikle bana güven ilkesi konusunu öneren ve üç yıl doktora tez danışmanlığımı yapan Doç. Dr. Elvan Keçelioğlu'na çok teşekkür ederim. Elvan Hocam ile akademik hayata henüz ilk adımımı atarken tanıştık ve kendisi andan itibaren akademik gelişimim için beni hep doğru noktalara yönlendirerek bitmeyen sorularıma kapısını her çaldığımda sabırla cevap verdi.

Desteklerini benden hiçbir zaman esirgemeyen danışmanım Prof. Dr. Doğan Soyaslan'a, aynı kürsüde birlikte çalıştığımız ve 7 yıl boyunca her an yanımda olan kıymetli hocam Dr. Öğr. Üyesi Burcu Ertem'e, kapısını her çaldığımda nezaketi ve güler yüzü ile fakültedeki en değerli dostlarımdan biri olan Dr. Öğr. Üyesi Ali Acar'a ve tez jürimde bulunarak görüşleriyle tezime katkı sağlayan Doç. Dr. Neslihan Göktürk'e çok teşekkür ederim.

Çoğunlukla teşekkür kısımlarında aile ve arkadaşlar alt paragraflarda kalsa da tükenmez sabırlarıyla hep yanımda olan ailemi ve arkadaşlarımı sona bırakmak istemedim. Her şeyden önce teşekkürlerin en büyüğünü bu çalışmayı kendisine adadığım Sevgili Ceren'e sunmam gerekiyor. O'nu kaybedeli 4 yıl olmak üzere. Hayat kendi ritminde ilerliyor ama onun bu dünyadaki eksikliği her geçen gün daha da büyüyor... Sevgili Ceren'le Çankaya Üniversitesi Balgat Kampüsünde birlikte çalıştığımız zamanlarda o yüksek lisans tezini yazarken ben de güven ilkesiyle ilgili doktora ödevi hazırlıyordum. O zaman elbette bu konuyu henüz tez konusu olarak seçmemiştim. Ancak onun kaybının ardından, Ceren'in bildiği bir konuyu yazdığım ve onunla bir şey daha paylaşabilmiş olduğum fikri bana hep iyi geldi.

Sevgili annem Emine Düzenli ve babam Binali Düzenli'ye ne kadar teşekkür etsem yetersiz kalır. Hayatımda her zaman en büyük desteğim ve dayanağım olan annem ve babama, benim iyiliğim için her daim endişeli olsalar da çocukluğumdan beri bana güvenerek kendimi gerçekleştirmem için alan tanıdıkları ve tüm kararlarımın arkasında durdukları için çok teşekkür ederim. Ablaları olmaktan hep çok mutlu

olduğum sevgili kız kardeşlerim Damla ve Nihal'e de hem teşekkür ediyorum hem de bu süreçte onları ihmal ettiğim için özür diliyorum. Tezimin düzeltmelerinde bana yardım eden Nihal'ciğime ayrıca tekrar teşekkür ediyorum. Bu süreçte beni hiç yalnız bırakmayan, her yorulduğumda beni motive eden ve erişemediğim kaynakları bulmama yardımcı olan Dr. Andrea Tulli'ye de çok teşekkür ederim. Elbette sonsuz sabırlı canım arkadaşım Damla Yaz'ı da ailemle birlikte saymam gerek. Tezimi baştan sona okumasının yanı sıra varlığı bana hep güç ve destek verdi. Akademik hayata başlamaya birlikte karar verdiğimiz ve tüm aşamalarda yol arkadaşım olan sevgili dostum Ar. Gör. Ođün Erřan Aydınlı'ya da eşliği için minnettarım. Yine tezimi okuyarak fikirlerini paylaşma nezaketi gösteren arkadaşım ve meslektaşım Ar. Gör. Can Yalçın'a ve dostluğuyla Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakóltesi'ndeki zamanlarımı güzelleştiren Ar. Gör. Setenay Baytemir ve Ar. Gör. Burak Erdem'e çok teşekkür ederim.

Yurt dışı doktora sırası araştırma bursunu alarak Almanya Tübingen Eberhard Karls Üniversitesi Hukuk Fakóltesi'nde çalışma imkânı bulabildiğim için TÜBİTAK'a teşekkür ederim. Ayrıca beni kürsüsünde misafir ederek bana Tübingen Üniversitesi'nde çalışma ortamı sunan, her soruma büyük bir nezakete cevap veren Prof. Dr. Bernd Heinrich'e de teşekkürü borç bilirim.

Araştırma görevlisi olduğum süre boyunca kapısı bana daima açık olan sayın hocam Doç. Dr. Uđur Bayıllıoğlu tez sürecinin sonunda da her soruma sabırla cevap verdi, kendisine çok teşekkür ederim. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Ceza ve Ceza Muhakemesi kürsüsünde 7 yıl birlikte çalıştığım değerli hocalarım ve çalışma arkadaşlarıma da çok şey borçluyum. Bu süre hayatımın hep mutluluk ve özlemle hatırlayacağım çok güzel bir dönemini oluşturdu.

İÇİNDEKİLER

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT	vi
TEŞEKKÜR.....	vii
İÇİNDEKİLER.....	ix
KISALTMALAR CETVELİ.....	xv
GİRİŞ	1
BÖLÜM I.....	
GÜVEN İLKESİ KAVRAMI, ORTAYA ÇIKIŞI VE İLKEYİ AÇIKLAYAN TEORİLER.....	3
1.1. GENEL OLARAK GÜVEN KAVRAMI ve GÜVENİN NORMATİF DEĞERİ	3
1.1.1. Sosyal Bilimlerde Güven	3
1.1.1.1. Genel Olarak Güven Kavramı	3
1.1.1.2. Modern Toplumlarda Güvenin Rolü	6
1.1.1.3. Güvenin İş Bölümü İlişkilerindeki Rolü	10
1.1.2. Hukuk Disiplini İçerisinde Güven Kavramı	12
1.1.2.1. Genel Olarak Hukukta Güvenin Korunması	12
1.1.2.2. Hukuki Düzenlemelerde Güven Kavramı	17
1.1.2.2.1. Yatay Güven Koruması	17
1.1.2.2.2. Dikey Güven Koruması	21
1.1.2.2.3. Ceza Hukukunda Güven Koruması	24
1.1.2.3. Değerlendirme	25
1.2. CEZA HUKUKUNDA GÜVEN İLKESİ KAVRAMI.....	26
1.3. CEZA HUKUKUNDA GÜVEN İLKESİNİN TARİHİ GELİŞİMİ VE NORMATİFLEŞTİRİLMESİ	30
1.3.1. Almanya’da Güven İlkesinin Gelişimi	30
1.3.1.1. Nasyonel Sosyalist Dönem.....	30
1.3.1.1.1. Güvensizlik İlkesinin Geçerli Olduğu Dönem.....	31

1.3.1.1.2. 1934 Tarihli Reich Trafik Yönetmeliği	34
1.3.1.2. II. Dünya Savaşı Sonrasından 1961'e Kadar Olan Süreç	37
1.3.1.3. 1960'lı Yıllar ve Sonrası	39
1.3.2. Avusturya'da Güven İlkesinin Gelişimi	41
1.3.3. İsviçre'de Güven İlkesinin Gelişimi.....	45
1.3.4. Türkiye'de Güven İlkesinin Gelişimi.....	47
1.4. GÜVEN İLKESİNİ AÇIKLAYAN TEORİLER	49
1.4.1. Ödül Teorisi	49
1.4.1.1. Genel Olarak.....	49
1.4.1.2. Hukuka Aykırı Davranan Kişi Bakımından Güven İlkesinin Uygulanabilirliği Sorunu	50
1.4.1.2.1. Sorunun Şahsi Sorumluluk Kapsamında Ele Alınması	51
1.4.1.2.2. Sorunun Normun Koruma Amacı Teorisi Kapsamında Ele Alınması	53
1.4.1.3. Ödül Teorisini Reddeden Görüşler	54
1.4.2. Bir Deneyim Kuralı Olarak Güven İlkesi	55
1.4.2.1. Güven İlkesinin Trafik Deneyimlerine Dayandığına İlişkin İlk Görüşler	55
1.4.2.2. Güven İlkesinin Deneyim Kuralı Terimiyle Açıklanması	56
1.4.2.3. Güven İlkesinin Deneyim Kurallarıyla Açıklanmasını Reddeden Görüşler	58
1.4.3. Normatif Teoriler	59
1.4.3.1. Menfaatlerin Dengelenmesi Teorisi.....	59
1.4.3.1.1. Menfaatlerin Dengelenmesi Teorisine İlişkin İlk Görüşler	59
1.4.3.1.2. Genişletilmiş Menfaat Teorisi.....	61
1.4.3.2. Şahsi Sorumluluk İlkesi	64
1.4.3.2.1. Güven İlkesini Genel Olarak Şahsi Sorumluluk İlkesiyle Açıklayan Görüşler	64
1.4.3.2.2. Birincil ve İkincil Özen Yükümlülüğü Ayrımına Dayanan Görüş	66
1.4.3.3. Güven İlkesinin Normatif Temelini Yeniden İnşa Teorisi.....	70
1.4.3.3.1. Genel Olarak	70
1.4.3.3.2. Normun Geçerliliği ve Normatif Güven Kavramları	71

1.4.3.3.3. Hukukta Üçüncü Kişilere Duyulan Güvene Dayalı Olarak Davranışların Asgari Bir Şekilde Yönlendirilmesi Gereği	73
1.4.3.3.3.1. Normun Bağlayıcılığı: Normatif Güvenin Korunması	74
1.4.3.3.3.2. Normatif Güvenin Yerini Bilişsel Güvene Bırakması: Güven İlkesinin Sınırlandırılması	75
1.4.4. Değerlendirme	76
BÖLÜM II.....	79
GÜVEN İLKESİNİN SUÇ GENEL TEORİSİ İÇERİSİNDEKİ YERİ	79
2.1. GÜVEN İLKESİNİ OBJEKTİF ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ İLE İLİŞKİLENDİREN GÖRÜŞLER	81
2.1.1. Taksirli Suçlarda Objektif Özen Yükümlülüğü	82
2.1.1.1. Objektif Özen Yükümlülüğünün Tanımlanması ve İçeriğinin Belirlenmesi	82
2.1.1.2. Objektif Özen Yükümlülüğünün Objektif Öngörülebilirlik ve Önlenebilirlikle İlişkisi	85
2.1.1.3. Objektif Özen Yükümlülüğünün Somutlaştırılması ve Sınırlandırılması	87
2.1.2. Sosyal Uygunluk Teorisi ve İzin Verilen Risk Kavramları Çerçevesinde Güvensizlik İlkesinden Güven İlkesine Geçiş	91
2.1.3. Objektif Özen Yükümlülüğünü Sınırlandıran ve Somutlaştıran Bir Ölçüt Olarak Güven İlkesi	93
2.1.3.1. Güven İlkesiyle Objektif Özen Yükümlülüğünün Sınırlandırılması	93
2.1.3.2. Güven İlkesiyle Objektif Özen Yükümlülüğünün Somutlaştırılması	96
2.1.3.3. Güven İlkesi ve Objektif Öngörülebilirlik	99
2.2. GÜVEN İLKESİNİ OBJEKTİF İSNADİYET SORUNU OLARAK ELE ALAN GÖRÜŞLER.....	102
2.2.1. Taksirli Suçlarda Objektif İsnadiyet Kavramı	102
2.2.2. Taksirli Suçlarda Güven İlkesinin Objektif İsnadiyeti Kaldırdığı Görüşü	103
2.2.3. Güven İlkesinin Objektif İsnadiyet Ölçütü Olduğu Görüşü	106
2.2.4. Güven İlkesinin Rücu Yasağının Alt Dalı Olduğu Görüşü4	108
2.3. BASİT VE BİLİNÇLİ TAKSİR AYRIMI BAKIMINDAN GÜVEN İLKESİ	112
2.4. TCK 22/5 HÜKMÜNÜN GÜVEN İLKESİYLE İLİŞKİSİ	114

2.5. DEĞERLENDİRME.....	118
BÖLÜM III
GÜVEN PRENSİBİNİN UYGULAMA ALANLARI.....	122
3.1. İLKENİN UYGULAMA ALANLARININ SINIRLANDIRILMASI	
SORUNU	122
3.2. TRAFİK HUKUKUNDA GÜVEN İLKESİ.....	125
3.2.1. Güven İlkesinin Trafik Hukukundaki Anlamı ve Pozitif Dayanakları....	125
3.2.2. Bazı Trafik Durumları Bakımından Güven İlkesinin İncelenmesi	130
3.2.2.1. Geçiş Hakkı	130
3.2.2.2. Riskli Trafik Durumları.....	135
3.2.2.3. Heterojen Katılımcıların Bulunduğu Trafik Durumları	139
3.2.3. Güven İlkesinin Trafik Hukukundaki Sınırları	142
3.2.3.1. Kişinin Trafik Kurallarını İhlal Etmesi Durumunda Güven İlkesinden Yararlanıp Yararlanamayacağı Sorunu	143
3.2.3.2. Trafikte Kendilerine Karşı Daha Yüksek Dikkat Gösterilmesi Gereken Kişiler	146
3.2.3.2.1. Çocuklar.....	149
3.2.3.2.2. Yaşlılar.....	152
3.2.3.2.3. Engelliler ve Diğer Gruplar.....	154
3.2.3.3. Üçüncü Kişilerin Kurallara Uymadığını Gösteren Somut Emare Olması.....	155
3.2.3.4. Tipik Trafik İhlalleri Bakımından Güven İlkesinin Sınırlandırılabilirliği Sorunu	160
3.3. TIBBİ İŞ BİRLİĞİNDE GÜVEN İLKESİ.....	163
3.3.1. Genel Olarak Tıbbi Müdahaleler Dolayısıyla Taksirli Sorumluluk	163
3.3.2. Tıbbi Müdahalelerde Objektif Özen Yükümlülüğünün Somutlaştırılması	165
3.3.3. Tıbbi Müdahalelerde Objektif Özen Yükümlülüğünü Somutlaştıran Bir Araç Olarak Güven İlkesi.....	167
3.3.3.1. Tıbbi Faaliyetlerde Yatay İş Bölümünde Güven İlkesi	168
3.3.3.1.1. Genel Olarak	168
3.3.3.1.2. Disiplinler Arası İş Bölümü	169
3.3.3.1.2.1. Tanı ve Tedavide Teknik Araçlardan Yararlanılması	169
3.3.3.1.2.2. Cerrahi Müdahaleler.....	171

3.5.3.1. Tam Olarak Sorumlu Olmayan Kişilere Karşı Güven İlkesinin Sınırlandırılması	226
3.5.3.2. Güven İlkesinin Sınırlandırılmasını Gerektiren Somut Bir Emare Bulunması	227
3.5.3.3. Güven İlkesinin Şirket Faaliyetleri Kapsamında Sınırlandırılması	228
KAYNAKÇA.....	238
ÖZGEÇMİŞ	251



KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
age	: Adı geçen eser
agm	: Adı geçen makale
agr	: Adı geçen rapor
agt	: Adı geçen tez
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	: Bakınız
CD	: Ceza Dairesi
Çev.	: Çeviren
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
DAR	: Deutsches Autorecht
Dn.	: Dipnot
DÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
Ed.	: Editör
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JSt	: Journal für Strafrecht
JW	: Juristische Wochenschrift
K.	: Karar
kn.	: Kenar notu
LK	: Leipziger Kommentar
MK	: Münchener Kommentar
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NK	: Nomos Kommentar
parag.	: Paragraf

RstVO	: Reichs-Straßenverkehrs-Ordnung
s.	: sayfa
SK	: Systematischer Kommentar
StGB	: Alman Ceza Kanunu
StVO	: Straßenverkehrs-Ordnung
SVG	: Strassenverkehrsgesetz
SZW	: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
T.	: Tarih
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
vd.	: ve devamı
WK	: Wiener Kommentar
Yar.	: Yargıtay
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
ZIS	: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZStW	: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZVR	: Zeitschrift Für Verkehrsrecht
ZVS	: Zeitschrift für Verkehrssicherheit

GİRİŞ

Toplumsal yaşamın sürdürülebilmesi açısından çok önemli bir işleve sahip olan güven duygusu, bilimsel ve teknik ilerlemelerin insanlar arası etkileşim ve iş birliğini artırdığı modern sanayi toplumlarında çok daha kritik bir öneme sahiptir. Güven duygusunun toplumsal önemi, hukuk özelinde ceza hukukunun bu kavrama kayıtsız kalamayarak cezai sorumluluğun belirlenmesinde, modern ceza hukukunun ilkeleri çerçevesinde güven duygusuna önem atfetmesine neden olmuştur. Ceza hukukunda güven ilkesi; bir kişinin, başkalarının hukuka uygun davranacağı karinesine güvenerek davranışlarını yönlendirebileceğini ve yine bu varsayımdan hareketle hiç kimsenin diğerlerinin hukuka aykırı hareket edebileceğini hesap ederek davranışlarını yürütme ve yönlendirme yükümlülüğü altında olmadığını ifade etmektedir.¹

Bu çalışmanın temel sorusu, güven ilkesinin ceza hukuku dogmatigi içerisindeki yeri ve değerinin belirlenmesidir. Oldukça geniş bir çerçeve çizen bu soruya verilecek bir cevap, öncelikle ceza hukukunun temel esasları bakımından güven ilkesinin gerekçelendirilmesi, ardından konuya suç genel teorisi ve birtakım tali ceza normları açısından bakmayı gerekmektedir. İlk olarak trafik hukuku bağlamında Almanya’da ortaya çıkan güven ilkesi giderek diğer alanlarda da uygulanmaya başlanmış ve Alman mahkeme kararlarında kişiler arası iş birliği ve etkileşimin bulunduğu pek çok olayda başvurulmuş bir ilke haline gelmiştir. Söz konusu iş birliği ve etkileşimin kaçınılmazlığı ve değişen toplumsal koşullara paralel olarak sürekli gelişmesi, güven ilkesinin teorik temellerinin ortaya konulmasını daha önemli hale getirmektedir. Nitekim güven ilkesi, gelecekte çok daha fazla alanda uygulama alanı bulabilecektir.

Çalışmada ilk olarak güven kavramının, ceza hukukunun dönüşümü kapsamında modern sanayi toplumları ve hukuk disiplini içerisindeki anlamı belirlenecek ve tarihsel gelişimi ortaya koyulacaktır. Buradan çıkacak sonuçlar ile ceza hukukunda güven ilkesinin kavramsal çerçevesi ve sınırları belirlenecektir. İlk

¹ Elvan Keçelioğlu (2015), *Taksirli Suçun Dogmatigi*, Turhan Kitapevi, Ankara, s. 92.

bölümde ayrıca ilkenin ceza hukuku içerisinde nasıl gerekçelendirileceği de açıklanacaktır.

İkinci bölümde, ilkenin cezai sorumluluğa etkisinin belirlenebilmesi amacıyla, ceza hukuku dogmatikğinde nereye, hangi kural ve istisnalar çerçevesinde yerleştirileceği sorunu ele alınacaktır. Bu bölümde, güven ilkesi ile objektif özen yükümlülüğü, objektif isnadiyet, izin verilen risk ve rücu yasağı ilişkisi ortaya koyulacak ve bu bölümden çıkarılacak sonuçlarla ilkenin suç genel teorisi içerisindeki yeri ve işlevi belirlenecektir.

Güven ilkesinin esas anlamı ise uygulama alanları ile ortaya konulabilir. Bu bakımdan üçüncü ve son bölümde, ilkenin trafik hukuku, tıp ceza hukuku, inşaat hukuku ve ürün sorumluluğu gibi çeşitli uygulama alanları incelenecektir. Alman, Avusturya ve İsviçre mahkeme kararlarında sıkça referans verilen güven ilkesinin Türk hukukunda da uygulanabilirliği, konulara ilişkin mevzuat ve mahkeme kararları da derinlemesine incelenerek karşılaştırmalı bir çalışmaya tabi tutulacaktır. Bu şekilde trafik gibi kişiler arası etkileşim bulunan alanlar ile yatay veya dikey iş birliği gerektiren faaliyetlerde güven ilkesinin Türk hukukunda ne şekilde uygulanabileceği incelenecektir.

Bu bağlamda çalışmanın amacı, güven ilkesinin tüm yönleriyle ele alınarak teorik çerçevesinin ortaya çıkarılması ve yapılacak teorik açıklamalar neticesinde güven ilkesine ilişkin mevzuat ve uygulamanın değerlendirilerek, sorunlu görülen alanlara ilişkin somut çözüm önerileri sunulmasıdır.

BÖLÜM I

GÜVEN İLKESİ KAVRAMI, ORTAYA ÇIKIŞI VE İLKEYİ AÇIKLAYAN TEORİLER

1.1. GENEL OLARAK GÜVEN KAVRAMI ve GÜVENİN NORMATİF DEĞERİ

1.1.1. Sosyal Bilimlerde Güven

1.1.1.1. Genel Olarak Güven Kavramı

Güven kavramı, sözlükte “*korku, çekinme ve kuşku duymadan inanma ve bağlanma duygusu, itimat*” olarak tanımlanmaktadır.² Konuya ilişkin en önemli çalışmalardan birini gerçekleştiren *Luhmann* ise güveni, “*en geniş anlamıyla, sosyal yaşamın temel unsuru olan kendi beklentilerine itimat*” olarak tanımlamaktadır.³ Güven kavramı, sosyal bilimlerin farklı dallarında araştırma konusu olmuş ve her birinde çok farklı açılardan incelenmiştir. Bununla birlikte söz konusu çalışmalarda güvenin kavramsallaştırılmasına ilişkin yoğun bir çaba sarf edilmediği⁴ ve hatta güvene ilişkin sosyal bilimler araştırmalarının, güvenin anlamı ve sosyal yaşamdaki yerine ilişkin kavramsal kargaşa yarattığı ifade edilmektedir.⁵

² Türkçe Sözlük (1998), C. I, 9. Bası, Atatürk Türk Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Yayınları, Ankara, s. 915.

³ Niklas Luhmann (2014), *Vertrauen ein Mechanismus der Reduktion Sozialer Komplexität*, 5. Bası, UVK Verlagsgesellschaft, Konstanz-München, s. 8. Türkçeye güven olarak çevrilen “confidence” ve “trust” kavramlarının aralarında algı ve nitelik farkı bulunmaktadır. Trust, ön koşul olarak bir risk durumu gerektirir ve üçüncü kişilerin hayal kırıklığı yaratacak bir eylemde bulunma ihtimallerine rağmen alternatifler arasında tercihte bulunmak anlamına gelir. Confidence kavramının alternatifi ise sürekli bir belirsizlik içinde yaşamak ve ikamesi olmaksızın beklentilerini geri çekmektir (Niklas Luhmann (1988), “Familiarity, Confidence, Trust: Problems and Alternatives”, *İçinde, Trust Making and Breaking Cooperative Relations*, Ed. Diego Gambetta, Basil Blackwell, s. 97) ve risklerin farkında olmayı içermez. Anthony Giddens (1996), *The Consequences of Modernity*, Polity Press, s. 30, <http://voidnetwork.gr/wp-content/uploads/2016/10/The-Consequences-of-Modernity-by-Anthony-Giddens.pdf> E.T. 21.11.2019, s. 31. Türkçede eş anlamlı olarak kullanılan güven ve itimat kavramlarının arasında da benzer bir anlam farkı bulunduğu savunulabilir.

⁴ Barbara A. Misztal (1998), *Trust in Modern Societies The Search for Basis of Social Order*, Cambridge UK Polity Press, Cambridge, s. 13.

⁵ J. David Lewis ve Andrew Weigert (1985), “Trust as a Social Reality”, *Social Forces*, C. 63, S. 4, s. 975.

Güvene ilişkin sosyolojik çalışmalar bu terimi, bireysel seviyedeki eylemler ve yönelimler dikkate alınarak kişiye, sosyal ilişkilere veya sosyal sisteme ait olmasına göre kavramsallaştırılmaktadır.⁶ Siyaset bilimciler konuyu devlet ve kamu görevlilerine duyulan güven noktasından ele alırken; psikolojide güven, laboratuvar ortamında güvenilir davranışın incelenmesi suretiyle çalışılmaktadır.⁷ Antropolojik incelemeler ise mübadeleyi sağlayan, yükümlülükler uymaya zorlayan ve ortaklıkların uzamasını sağlayan normatif standartları vurgulama eğilimindedir.⁸

Görüldüğü üzere çok karmaşık bir fenomen olan güvenin genel geçer bir tanımını yapmak oldukça güçtür. Nitekim konuya ilişkin çalışmalarda da farklı güven türleri olduğu ifade edilmektedir.⁹ Güven kavramının tüm yönleriyle ortaya koyulması mümkün olamayacağı gibi bu yönde bir çaba, çalışmanın kapsamı dışında da kalmaktadır. Ancak çalışmanın konusunu oluşturan başkalarının hukuka uygun davranacağına dair güvenin açıklanması, sosyal düzenin devamlılığı ile güven bağlantısı üzerinde durmayı gerektirmektedir. Bu çaba yalnızca güvenin kavramsal temelini ortaya koymak için değil, aynı zamanda güven ilkesinin normatif dayanaklarının kökenlerini anlamak için de gereklidir.

İnsanların temel evrimsel başarısı, hayatta kalma ve türü devam ettirmeye ilişkin gündelik sorunlar hakkında sosyal çözümlerden yararlanabilme yetenekleridir.¹⁰ Sosyal sorunların çözümüne ilişkin teorilere bakıldığında iş birliği ve karşılıklılık kavramlarıyla karşılaşılmaktadır. Hem iş birliği hem de karşılıklılık, evrimsel süreçte çok önemli rol oynayan ve birbirleriyle de yakından ilişkili iki mekanizmadır. Güven de iş birliği ve karşılıklılık ilişkilerinin temeli olması açısından insan evriminde hayati bir öneme sahiptir.¹¹

İnsanlar, grup halinde yaşayan, uyumlu gruplar oluşturan sosyal hayvanlardır ve diğer türlerle karşılaştırıldığında, karmaşık iş birliği biçimleriyle çok daha fazla uğraşırlar. İnsanların bu tür sosyal hayvanlara dönüşmelerinin muhtemel sebebi; grup yaşamının, hayatta kalma ve refah olanaklarını bir başına yaşamının çok ötesinde

⁶ Barbara A. Misztal 1998, age. s. 14.

⁷ J. David Lewis ve Andrew Weigert 1985, agm. s. 975.

⁸ Barbara A. Misztal 1998, age. s. 16.

⁹ Güvenin bilişsel, duygusal ve davranışsal olarak üç boyuttan oluştuğu ancak bunların niteliksel birleşimlerinin farklılık gösterdiği ve bu farklılıkların da güven türleri arasında ayırım yapma imkânı sağladığı ifade edilmektedir (J. David Lewis ve Andrew Weigert 1985, agm. s. 972).

¹⁰ Robin I. M. Dunbar (2004), "Gossip in Evolutionary Perspective", *Review of General Psychology*, C. 8, S. 4, s. 106.

¹¹ agm. s.106.

artırmasıdır. İş birliği eğilimlerine sahip olmayan gruplarla karşılaştırıldığında; güçlü, iyi işleyen ve yaratıcı bir grubun parçası olmak, üyeleri için evrimsel uyum becerisi sağlar.¹²

Güven tanımları; bireyin mevcut veya önceki, açık ya da zımni taleplerinin bir işlevi olarak diğerlerinin gelecekteki bir durumda nasıl davranacaklarına ilişkin teorisine dayanır. Bu talepler, diğer insanlara bakışın oluşmasında en önemli bilgi kaynağı olan iş birliği davranışlarından kaynaklanır. Ancak güven ve iş birliği arasındaki ilişki daha karmaşıktır.¹³ İş birliği ve güven çok yakın bağlantılıdır ve iş birliği güvenin esas görünüm şeklidir. Ancak genel olarak iş birliği, karşılıklı yükümlülük takasının yalnızca bir türüdür ve bu değiş tokuşun başka türleri olduğu gibi güvenin önemli bir işleve sahip olduğu başka ilişki biçimleri de vardır.¹⁴

İş birliği, karşılıklılık normları¹⁵ ile somutlaşır ve gerçekleştirilir. İnsanların, çoklu sosyal sorunlarla başa çıkma olanaklarını artıran karşılıklılık normlarını öğrenme konusunda güçlü bir mirasa sahip olduklarına dair çok sayıda kanıt bulunmaktadır.¹⁶ Karşılıklılık normları, sosyal açmazlarda; başka kimin dâhil olduğunu tespit etme, başkalarının koşullu olarak işbirliği yapma ihtimallerini değerlendirme, eğer bu kişilere koşullu ortak olarak güvenilirse ilk kez işbirliği kararı alma, karşılık vermeyenlerle işbirliği yapmayı reddetme ve güvene ihanet edenleri cezalandırma şeklinde çeşitli mekanizmaları içerir.¹⁷

¹² Carsten KW De Dreu ve Michael Giffin (2017), “Neuroendocrine Pathways to In Group Bounded Trust and Cooperation, *İçinde, Trust in Social Dilemmas*, Ed. Paul A.M. Van Lange, Beatina Rockenbach ve Toshio Yamagashi, Oxford University Press, New York, 2017, s. 58.

¹³ David Good (1988), “Individuals, Interpersonal Relations and Trust”, *İçinde, Trust Making and Breaking Cooperative Relations*, Ed. Diego Gambetta, Basil Blackwell, New York, s. 33.

¹⁴ Barbara A. Misztal 1998, age. s. 18. Güvenin pek çok araştırmacı tarafından iş birliği üzerinden tanımlandığı görülse de bu kavramı iş birliği ile karmaşık ilişkiler temelinde tanımlamak güvenin yalnızca bir yönünü vurgulamaktadır. Bu açıdan iş birliği, güvenin kaynağı değil yan ürünü olarak görülmektedir (age. s. 17, 18). İş birliği her zaman tasarlanarak gerçekleştirilmez ve iş birliği eksikliği yalnızca güvenin yokluğundan değil başka etkenlerden de kaynaklanabilir (David Good 1988, agm. 33).

¹⁵ Karşılıklılık, ilkel toplumlarda, normdan sapma durumunda yaptırımın davranışın bire bir karşılığı olarak belirlenmesi (negatif karşılıklılık) diğer taraftan ise edimlerin karşılıklı olması şeklinde açıklanmaktadır. (Mehmet Tevfik Özcan (2012), *İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol Hukuk Dışı Mekanizmalar ve İlkel Hukuk*, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, s. 247, 268). Edimlerin karşılıklılığı türlerinden genelleştirilmiş karşılıklılıkta, edim hemen karşılığı beklenmeksizin ve koşula bağlanmaksızın gerçekleştirilir ancak önceden belirlenmemiş gelecek bir zamanda karşı edimin gerçekleştirilmesi beklenir. Söz konusu karşılıklılık, toplum dayanışması ile paraleldir (age. s.271).

¹⁶ Elinor Ostrom (1997), “A Behavioral Approach to the Rational Choice Theory of Collective Action: Presidential Address”, American Political Science Association, *The American Political Science Review*, C. 92, S. 1, s. 10.

¹⁷ agm. s. 10.

Görüldüğü gibi güven, iş birliği ve karşılıklılık ilişkilerinde merkezi bir rol oynar. Yüksek derecede sosyalleşebilmiş türlerin temel sorunu, sömürülmek adına karşılaşılan herkese karşı belirli bir şüphe ve ihtiyatla yaklaşmanın, gerçekten faydalı sosyal etkileşimler bularak kullanılabilir zaman ve kaynakların boşa harcanmasına neden olabilmesidir. Nihayetinde bu durumda hiç kimse iş birliği yapmaya yanaşmayacağı için sosyallik bozulur ve birlikte yaşayarak sosyal aktiviteleri paylaşmak mümkün olmaz. Bu çözümler, her bir bireyin o anki menfaatlerinden feragat ederek yaşamlarını tehdit eden ekolojik tehditlere karşı iş birlikçi çözümlerden faydalanmalarını kabul ettiği zımni bir sosyal sözleşmeye dayanır. Eğer sosyallik, insanlara sağlamak için tasarlandığı faydaları sağlarsa, risk almaya ve etkileşimde bulunulan kişilerin iyi niyetine güvenmeye hazır olmak gerekir.¹⁸

1.1.1.2. Modern Toplumlarda Güvenin Rolü

Üyelerinin birbirini tanımadığı karmaşık insan topluluklarında iş birliği ve güvenin günümüzdeki rolü çok kolay açıklanamamaktadır. Pek çok temel sosyolojik çalışmaya, modern öncesi dönemden modern topluma geçişte güvenin esasında değişiklik olduğu varsayımıyla başlandığı görülmektedir. Yeni sanayileşmiş düzenin ahlaki yapısı hakkında devam eden tartışmalarda, güvenin işlevine dair iki durum fark edilmektedir. Güven ilk olarak modern toplumda bireyselliği yumuşatan değerli ve nadir bir kaynak olarak kabul edilmektedir. Diğer açıdan, modern toplumlarda, karmaşık iş bölümü ile insanlara güvenin azaltılarak kurumlara güven duyulmasına ihtiyaç olduğu savunulmaktadır.¹⁹ Güven hala yaşamın tüm alanlarını kapsamaktadır; ancak modern, işlevsel olarak farklılaşmış toplumlarda beklentiler başka vasıtalarla güvence altına alınabiliyorsa güvenin artık ön planda olmadığı ifade edilmektedir.²⁰

Bununla birlikte güven kavramına bakışın değiştiği ve artık modern toplum teorisinde güvenin daha büyük bir öneme sahip olduğu görülmektedir. Güven artık düzenleyici bir mekanizma olarak değil kamu menfaati/değeri olarak görülmekte ve teoriler insanlar arası güveni dışlamamakta ancak güvenin değişen rolünü araştırmaktadır.²¹

¹⁸ Robin I. M. Dunbar 2004, agm. s.106.

¹⁹ Barbara A. Misztal 1998, age. s. 1.

²⁰ Peter Nobel (2017), "Vertrauen - Begriffliche Grundlagen", SZW, C. 6, s. 722.

²¹ Barbara A. Misztal 1998, age. s. 2.

Misztal, 1996 yılındaki çalışmasında, güven teriminin o tarihlerdeki kullanımının, güveni modernitenin koşullarındaki değişikliklerle ilişkilendirdiğini ve güvenin, modern toplumların dönüşümsellik, küreselleşme ve risk seviyesi gibi belirli özellikleri bağlamında taşıdığı önemi gösterdiğini ifade etmiştir.²² Güven kavramı, sosyal bilimciler tarafından giderek daha fazla farklı sosyal ve politik bağlamda ulaşılan iş birliği seviyesindeki ampirik farkları açıklamak için kullanılmaktadır. Bu açıdan güven, sözleşmesel ve bürokratik bağlara ek olarak veya bu bağlar yerine, iş birliğini kolaylaştıran ve kolektif fayda içeren bir kavram olarak incelenmektedir.²³

Modern toplumlarda güven kavramının incelenmesi için her şeyden önce bu toplumların birbirleriyle yakından ilişkili bazı özelliklerinin hatırlanması gerekmektedir.²⁴

Bugün artık insanlar çok daha fazla tanımadıkları insanlarla etkileşime girmektedirler.²⁵ Teknolojinin doğa ve toplumla etkileşimi arttıkça, dünya giderek çok daha tahmin edilemez bir hal almakta ve düşünülmeyen sonuçlarla karşılaşmaktadır.²⁶ Kurumların, örgütlerin ve teknolojik sistemlerin karmaşıklığının ve faaliyetlerinin küresel kapsamının giderek daha fazla artması, bunları yalnızca sıradan insanlar için değil uzmanlar için dahi anlaşılmaz hale getirmektedir.²⁷ İnsanların varlıklarının ve refahlarının bağlı olduğu oluşumlar, giderek daha fazla anonimleşmekte ve kişilik dışı hale gelmektedir. Bugün kimse küresel sermaye

²² age. s. 2.

²³ age. s. 2. Mistzal güvene ilişkin çalışmaları, 1980'lerden sonra dünyanın değişen ekonomik ve siyasi durumunun, Batılı toplumların sosyal iş birliği, dayanışma ve uzlaşma için mevcut temellerini aşındırması ve yeni alternatifler aranması ihtiyacını doğurması ile açıklamaktadır. Özellikle ekonomik dengelerin değişmesinin sebeplerinin açıklanmasında kültürel değerlere de başvurulmakta ve bu açıdan güven, kamu yararı (*public good*) ve sosyal sermayeye (*social capital*) duyulan ihtiyaçla açıklanmaktadır. Bu nedenle yapılan araştırmalar, eskiden gelenek, cemiyet ve kilise tarafından sağlanan güven gibi kamu yararlarının bugün kaynaklarının neler olabileceği sorusunu sormakta ve cevaplar genellikle sivil toplumu işaret etmektedir. Bu anlayış, modern toplumları ve onların siyasetini anlamakta, güveni merkeze almaktadır. (age. s. 3-9).

²⁴ Ancak modernitenin dünya nüfusunun tamamının yaşam şeklini değiştirdiği söylenemez. 2018 yılı verilerine göre 7.6 milyarlık dünya nüfusunun (<https://www.worldometers.info/world-population/>) 860 milyonu elektrige, 2.6 milyarı ise temiz yemek yapma imkanına sahip değildir (IEA (2019), "SDG7: Data and Projections", IEA, Paris <https://www.iea.org/reports/sdg7-data-and-projections>). 2020 ocak ayında ise dünya nüfusunun %59'unu oluşturan 4.54 milyar etkin internet kullanıcısı ve yaklaşık %49'unu oluşturan 3.8 milyar insan sosyal medya kullanıcısıdır (<https://www.statista.com/statistics/617136/digital-population-worldwide/>). Bu nedenlerle yukarıda yapılan açıklamalar yalnızca dünyanın nüfusunun yaklaşık yarısı için geçerli olamayacaktır.

²⁵ Piotr Sztopka (2003), *Trust: A Sociological Theory*, netLibrary Edition, Cambridge University Press, Cambridge, s. 14.

²⁶ age. s. 12.

²⁷ age. s. 13.

akımlarına, borsaya, bilgisayar ağlarına, telekomünikasyona, ulaşımaya veya idari, yönetsel, askeri sistemlere kimin hakim olduğunu bilmemektedir.²⁸

Gelecekteki tüm olasılıklar ve bunların gerçekleşme ihtimalleri düşünüldüğünde ne kadar büyük bir karmaşıklık içerisinde yaşadığımız anlaşılabilir.²⁹ Luhmann'a göre yaşam biçiminin, diğer insanlara duyulan güvenin ötesinde korunması basit sosyal topluluklarda doğa, dil, efsaneler ve doğal hukuk hakkındaki din temelli kabullerle olmuştur. Bu toplumlarda dünya insan tasarımıyla çıkarıldığı için zaten karmaşıklığın kendiliğinden azaltılmış olduğu varsayılmaktaydı.³⁰ Bu bakımdan kişisel olmayan güven türüne ihtiyaç bulunmamaktaydı nitekim dünya düzeninin açıklamasına ihtiyaç duyulan her yerde, adeta bir kişi gibi güvenilen tanrı otoritesine, kutsal kişilere veya bilgili yorumculara başvurulmaktaydı.³¹ Oysa çağdaş toplumlarda, insan teknolojisinin yarattığı tüm belirsizliklere rağmen insanların sorun çözme kapasitesinin artmasıyla dünyayı daha karmaşık görebilme yeteneği de artmıştır.³² Bu şekilde modern dünya, artık kadenci bir anlayışla hareket etmeyen, geleceğe etki etmeye yönelmiş iradi insan hareketlerinden daha fazla etkilenmektedir.³³ Bu görüşler uyarınca toplumsal güvenin yapısında da ciddi bir değişim gerçekleşmiştir. Bu bakımdan çağdaş toplumlarda güven kavramı, iş birliği yanında iş bölümü ve risk kavramları ile birlikte incelenmektedir.

Güvenin kaynağı esasında şudur: Kişilerin beklentileri yani herhangi bir sosyal gerçekliğin gelecekte bir anda gerçekleşme olasılığı (*contingency*) söz konusudur ve kişinin beklentisi ile diğerinin eylemi arasında belirli bir zaman geçmesi gerekir. Güveni bu kadar anlaşılmaz kılan, güvenin inanmaktan daha öte bir anlam taşıması, aslında güvenin belirsizliğe rağmen inanmayı ifade etmesidir. Bu bakımdan güven her zaman diğer insanların davranışlarının izlenememesi, onların saikleri hakkında eksiksiz bir bilgiye sahip olunamaması ve genel olarak sosyal gerçekliğin gelecekte ortaya çıkacak bir olasılık olmasından doğan bir risk unsuru içermektedir.³⁴

Güven kavramının ön koşulu olan belirsizlikten daha öte bir anlam taşıyan "risk" kavramı, tam anlamıyla modernleşmeyle ile doğmuştur. Risk kavramı,

²⁸ age. s. 13.

²⁹ J. David Lewis ve Andrew Weigert 1985, agm. s. 965.

³⁰ Niklas Luhmann 2014, age. s. 56.

³¹ age. s. 56.

³² age. s. 56.

³³ Piotr Sztopka 2003, age. s. 11.

³⁴ Barbara A. Misztal 1998, age. s. 18.

beklenmeyen sonuçların, doğanın gizli anlamlarını ya da ilahi güçlerin tanımlanamaz niyetlerini ifade etmekten çok kendi eylem veya kararlarımızın bir sonucu olabileceği anlayışıyla ortaya çıkmıştır ve büyük ölçüde daha önceden kader (*fortuna*) olarak nitelendirilen kavramın yerine geçmiştir.³⁵ Modernleşme ile artan üretim, riskleri de daha önce görülmediği bir şekilde artırmış ve insanlığı doğayı faydalı kullanabilme veya geleneksel bağlardan kurtulabilme gibi sorunlar ile birlikte bizatihi tekno-ekonomik gelişmelerin yani bir anlamda modernleşmenin yarattığı bu risklerle de baş etmek zorunda bırakmıştır.³⁶ Bu şekilde modernleşme süreci kendi kendini konu ve sorun edinerek dönüşlü hale gelmiştir.³⁷

Luhmann, güvenin modernleşmenin yarattığı risk sorununda bir çözüm olduğunu savunmaktadır. Yazarın bu konudaki temel savı, modern toplumlarda güvenin sosyal karmaşıklığı azaltan bir işlev üstlendiğidir.³⁸

Yaşamın tüm alanlarında seçenek ve olanakların yelpazesi genişlemektedir.³⁹ Eğer kişi, faydayı paylaşacağına güvenirse, anında karşılığını alamayacağı iş birliklerine de girebilir.⁴⁰ Bu kadar karmaşık imkânlarla sahip ve aynı zamanda belirli veya belirlenebilir dünya, ancak davranış ve deneyimlerin getirdiği yükümlülüklerin düzenlenmesi ve dağıtılması ile kurulabilir ve devam ettirilebilir.⁴¹ Kişi eğer başkasının kendisiyle eşgüdümlü hareket edeceğine güvenebilirse, rasyonel bir şekilde kendi menfaatini gözetebilir ve örneğin trafikte hızlı araba kullanabilir.⁴²

Bu karmaşıklığı azaltmak için rasyonel bir tahmin mekanizması geliştirmek bir seçenek olsa bile bu bir insandan beklenebilecek bir şey değildir. Bu nedenle güven, karmaşıklığı azaltmak için söz konusu rasyonel tahmine alternatiftir. Güven, rasyonel olarak gerçekleşmesi muhtemel olan bazı durumlar gerçekleşmeyecek gibi hareket etme imkânı vererek karmaşıklığı, tahminde bulunmaya nazaran çok daha hızlı ve kolay bir şekilde azaltır.⁴³

³⁵ Anthony Giddens 1996, age. s. 30.

³⁶ Risk toplumunda ceza hukukunun uğradığı dönüşüm için bkz. Elvan Keçelioğlu (2015), “Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü”, *Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, s. 629 vd.

³⁷ Ulrich Beck (2011), *Risk Toplumu Başka Bir Modernliğe Doğru*, İthaki Yayınları, İstanbul, s. 21, 22.

³⁸ Niklas Luhmann 2014, age. s. 30.

³⁹ Piotr Sztopka 2003, age. s. 13.

⁴⁰ Niklas Luhmann 2014, age. s. 56.

⁴¹ age. s. 56.

⁴² age. s. 30.

⁴³ J. David Lewis ve Andrew Weigert 1985, agm. s. 969.

1.1.1.3. Güvenin İş Bölümü İlişkilerindeki Rolü

Güvenle bağlantılı diğer kavram iş bölümüdür. İş birliği ve iş bölümü arasındaki ilişki oldukça karmaşık ve bu çalışmanın konusunu aşan bir sorundur. Ancak kısaca belirtmek gerekirse, iş birliği “*bir işin çeşitli kişilerce yapılması hali*” şeklinde tanımlanırken iş bölümü, “*bir işin farklı bölümlerinin çeşitli kişilerce yapılması*”dır. İşin kendi içinde farklı bölümlere ayrılması ya da işin özne ile teması noktasında ayrıştırılmasıyla iş bölümü ortaya çıkabilir.⁴⁴

İş bölümü konusunda akla ilk gelen isim olan *Emile Durkheim*, “Toplumsal İş Bölümü” adlı eserinde konuyu tüm yönleriyle ele almıştır. *Durkheim*, iş bölümünün öneminin, ekonominin çok ötesinde insanlar arasında dayanışma yaratarak kendine özgü bir toplumsal ve ahlaki düzen kurmasında yattığını ifade etmiştir.⁴⁵ Yazar iş bölümünün işlevini şu şekilde açıklamaktadır: “*İş bölümü yaşam savaşımının bir sonucudur, ama bu savaşımın yumuşak bir çözüme kavuşturulmasıdır.*” Nitekim iş bölümüne dayalı bir toplumda kişiler toplumda farklı işlevler yürüttüklerinden, aralarındaki ilişki noktalarının azlığı çatışmaları azaltır.⁴⁶

Tüm üyelerinin birbirine benzediği ilkel toplumlarda özgün kişilik olmadığı⁴⁷ ve bu nedenle iş bölümü bulunmadığı tezine katılmak mümkün değildir. Anılan toplumsal tipleri “sürü” olarak nitelendiren yazar, aralarında benzerliklere dayalı mekanik dayanışma bulunduğunu savunmuştur.⁴⁸ İş bölümü kapitalizm öncesinde de var olsa da iş bölümü konusu olacak üretim biçimlerinin sınırlılığı konuyu yalnızca iş birliği ekseninde ele almaya imkân vermektedir. Ancak iki kavram arasındaki fark, kapitalist ekonomik düzende “uzmanlık” alanlarının inanılmaz boyutlara ulaşması nedeniyle çok önem kazanmaktadır.

Bu toplumlar, “*her biri özel rollere sahip ve kendileri de farklı parçalardan oluşan farklı organlar dizgesi niteliğindedir.*” Hem bu organlar kendi dışındaki

⁴⁴ Esra Doğan (2017), “İşbölümü & İşbirliği Kavramlarına Smith ve Marx Perspektifinden Karşılaştırmalı Bir Yaklaşım”, *International Journal of Academic Value Studies*, C. 3, S. 11, s. 4.

⁴⁵ Emile Durkheim (2006), *Toplumsal İşbölümü*, Çev. Özer Özenkaya, Cem Yayınevi, İstanbul, s. 88.

⁴⁶ age. s. 315.

⁴⁷ age. s. 169.

⁴⁸ age. s. 213. Ancak ilkel toplulukların üyelerinin bağımsız bir kişilik sergilemedikleri tezinin dayanak noktası, uygar toplumlarda insan beyinleri arasında hacimsel olarak daha fazla fark olduğuna yönelik çalışmalardır. Durkheim bu çalışmaları temel alarak, ilkel topluluk üyelerinin nasıl ki beyinlerinin hacmi birbirine benziyorsa aynı şekilde ruhsal özelliklerinin de benzediğini iddia etmiştir. Burada da bir toplum ne kadar ilkelse benzerliklerin o denli fazla olduğunu, uygar toplumlarda ise farklılıkların fazla olduğunu savunmuştur (age. s. 168). İlk verilerin bilimselliğine ilişkin tartışmalar bir kenara bırakıldığında bile bunlardan ikinci sonuca ulaşmayı sağlayan benzetmenin çok rasyonel olmadığı ortadadır.

unsurlara bağımlıdır, hem de onun dışındaki unsurlar ona bağımlıdır.⁴⁹ Toplumun büyüyüp yoğunlaşması iş bölümünü gerektirir ve iş bölümü toplumsal gelişmenin aracı değil bizatihi belirleyici nedenidir.⁵⁰ İşbirliğine dayanan uygar toplumlarda kişinin kendisini diğer toplum üyelerinden farklılaştıran fiziki görünümü ve etkinliği vardır. Toplum bireylerin farklılaşmaları ile kurulduğundan, kişi farklılaştığı ölçüde topluma bağlanmaktadır.⁵¹ Bu şekilde kişi kendini bir bütünün parçası olarak görmeye alışır. Oluşan organik dayanışma ile hem günlük yaşamın sürmesini sağlayan özverileri hem de gerektiğinde tümenden karşılıksız özveriyi sağlayan bir sistem söz konusudur. Bununla aynı yönde toplum da kişileri çeşitli ödevler yüklenmiş ve kendisiyle iş birliği halinde olan ve bu açıdan vazgeçilmez varlıklar olarak görür.⁵²

Modern dünyada, pek çok insan ve etkinlik birbirlerine bağımlılığı inanılmaz artmıştır. Tüm toplumlarda rollerin, işlevlerin, uğraşların, sosyal ilgilerin, yaşam tarzlarının ve zevklerin farklılaşması ve özelleşmesi muazzam bir orana ulaşmış ve *Durkheim*'in kullandığı anlamda “organik dayanışma” her zamankinden daha zorunlu olmuştur.⁵³ Hem toplum içi hem de toplumlar arası iş birliği acil bir ihtiyaç ve önemli bir zorluk ama aynı zamanda da bir belirsizlik alanı haline gelmiştir. İş bölümü, önemli bir zenginlik kaynağı olmasına rağmen diğerlerinin kendi sorumluluklarını yerine getirme konusunda başarısız olmaları ihtimali nedeniyle ciddi bir sistem açığı ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle başkalarının iş birliğine duyulan ihtiyacın artması, onların güvenilirliğine duyulan güvenin de artmasını gerektirmektedir.⁵⁴ Belirgin iş bölümü, güçlü bağımlılık ilişkileri üretir ve güven, etkili bir faaliyetin ön koşulu olarak ortaya çıkar. İş bölümünde bazen yalnızca araçsal güven gözlemlenir. Örneğin birlikte bir ürün ortaya çıkaran bir ekipte herkes diğer üyelerin emeğinin etkililiğine ve verimliliğine güvenmelidir. Ancak bazen de aksiyolojik (değersel) bir güven söz konusu olur. Örneğin bir jüride herkes diğerlerinin ahlaki doğruluğuna ve adilliklerine güvenebilmelidir.⁵⁵

⁴⁹ age. s. 221.

⁵⁰ age. s. 306.

⁵¹ age. s. 267.

⁵² age. s. 269.

⁵³ Piotr Sztópka 2003, age. s. 12.

⁵⁴ age. s. 12.

⁵⁵ age. s. 64.

1.1.2. Hukuk Disiplini İçerisinde Güven Kavramı

1.1.2.1. Genel Olarak Hukukta Güvenin Korunması

Güven kavramı ile hukuk ilişkisini ortaya koymak, güven kavramının içeriğinin muğlak oluşu nedeniyle çok hassas bir meseledir. Sosyal gerçeklikte olduğu gibi hukuk disiplini içerisinde de güven, farklı alanlarda değişen anlamlara sahip çok yönlü bir terimdir.⁵⁶ Güvenme eyleminin içeriğine, güvenin öznesi ve nesnesine göre konuyu çok farklı açılardan ele almak mümkündür. Konuyu incelemek için bu çalışma bakımından en uygun referans noktası; hukuk ve güvenin, iş birliği ile karşılıklılık kavramları ile olan bağlantıları gibi görünmektedir. Bu şekilde hukuk disiplini ile güven arasındaki ilişki ortaya konulduktan sonra çeşitli hukuk alanlarında kavramın nasıl ele alındığı genel hatlarıyla incelenebilir ve değerlendirilebilir.

Daha önce de ifade edildiği üzere toplumsal bir düzende iş birliğinin devamı hayati öneme sahiptir. Güven olmadan yalnızca çok basit iş birlikleri mümkün olabilir ve bireysel eylemler bile güven olmadan planlandığı şekilde gerçekleştirilemeyeceğinden çok hassas olacaktır.⁵⁷ Toplumsal iş birliği ancak kişilerarası dayanışma ve edimlerin karşılıklı olduğuna duyulan güven ile mümkün olabilir.

İnsanlar arası ilişkilerde güvenme eylemi ve karşıdaki kişinin de bu güvene uygun davranması ile bunların gelecekteki olası yaptırımlarıyla ilgili çeşitli sorun ve belirsizlikler ortaya çıkabilir.⁵⁸ Belirli beklenti ve yaptırım imkânları ile ilgili önemli garantiler öngören hukuk sistemi, uzun vadeli düşünce ve tasarılar bakımından vazgeçilmez bir temeldir ve güvene dair riskleri azaltır.⁵⁹ *Luhmann*, sistem kuramında diğer sistemler gibi hukuku da işlev temelli tanımlar ve hukukun işlevini şu şekilde açıklar: “*hukuk, normatif davranış beklentilerine ilişkin zamansal, olgusal ve sosyal genellemeleri istikrarlı hale getirir.*”⁶⁰ Beklentilerin hukuk vasıtasıyla istikrara kavuşturulması, güven korunmasının kişisel veya etkileşimsel yollarla sağlanamadığı

⁵⁶ Ellen Loré (1997), *Aspekte des Vertrauensschutzes im Strafrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, s. 10.

⁵⁷ Niklas Luhmann 2014, age. s. 102.

⁵⁸ age. s. 40.

⁵⁹ age. s. 40, 41.

⁶⁰ Niklas Luhmann (1993), *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, s. 131; Gökçe Çataloluk (2012), *Hukuk Sistemi ve Autopoiesis*, XII Levha Yayınları, İstanbul, s. 111, 112.

karmaşık toplumlarda hayati öneme sahiptir.⁶¹ Nitekim hukuk kuralları, bir kişinin yerine getirmekle yükümlü olduğu zorunluluklar ihtiva etmesi ve uygulanmasının başkalarından da beklendiği ve üzerinde hak iddia etme imkânı veren kurallar olması bakımından diğer sosyal normlardan ayrılır.⁶²

Luhmann'a göre yalnızca çok az sayıdaki basit sosyal sistemlerde güvene dayalı yapısal sorunlar yoktur, yani grubun tüm üyeleri birbirlerine güvenirler. Bu şekilde hukuk ve güven arasında yaklaşık bir uyum mümkün olabilir.⁶³ Böyle bir sistemde, gösterilmesi beklenen güvene uygun davranılmaması, birlikte yaşama kurallarının ve dolayısıyla hukukun ihlali niteliği taşır. Kısacası hukuk, söz konusu sistemleri sosyal güven yoluna sokar ve güven belki de hukuki oluşumların temelidir. Her koşulda hukuk ve güven birbirinden ayrılamaz.⁶⁴

Tüm üyelerin birbirini tanıdığı ve yüz yüze iletişim kurduğu bir toplumsal sistemden demografik olarak büyük ve yapısal olarak karmaşık bir sisteme geçilmesiyle; bireyler, kişisel olarak tanımadıkları ve belki de hiç tanımayacakları insanlarla etkileşime girmektedirler.⁶⁵ Söz konusu değişimin, hukukta güvenin rolünde bir dönüşüm meydana getirdiği elbette inkâr edilemez. Bununla birlikte modernleşme öncesi insan topluluklarında toplumsal ilişkilerin yalnızca kişisel güven temelinde kurulduğu söylenemez. Aynı şekilde hukukun, ilk kez karmaşıklaşan toplumların ortaya çıkmasıyla iş birliği ve edimlerin karşılıklılığı, başka bir deyişle ortaya çıkması muhtemel güven krizlerini çözmeye yönelik düzenlemeler geliştirdiği iddiasına da katılmak mümkün değildir.

İlkel topluluklara dışarıdan bakıldığında, üyeler hiçbir beklenti olmaksızın içgüdüsel bir şekilde kurallara uyuyor gibi görünmektedir.⁶⁶ Ancak bu toplumlarda dahi hukuk, yalnızca başkalarının hakkına saldırma durumunda bozulan adaleti yeniden tesis etmek için öngörülmuş bir mekanizma değil, insanların kendi yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlayan karmaşık düzenlemeler içeren etkili

⁶¹ Niklas Luhmann 1993, age. s. 132. Benzer yönde hukukun sülhler arası münasebet teorisi olduğu yönündeki görüş için bkz. Zeki Hafizoğulları (1996), *Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, 2. Bası, US-A Yayıncılık, Ankara, s. 26.

⁶² Bronislaw Malinowski (2016), *Yabanıl Toplumda Suç ve Gelenek*, Çev. Şemsa Yeğin, İstanbul, İthaki Yayınları, s. 59.

⁶³ Niklas Luhmann 2014, age. s. 41.

⁶⁴ age. s. 41.

⁶⁵ J. David Lewis ve Andrew Weigert 1985, agm. s. 973.

⁶⁶ Bronislaw Malinowski 2016, age. s. 17 vd.

bir sosyal sınırlandırmadır.⁶⁷ Bu şekilde hukuk normlarının temel işlevi, herkesin ortak faydasının sağlanması için çeşitli ödün ve kabullenmeler temelinde bir işbirliği yaratarak, insanın doğal içgüdü ve eğilimlerini denetim altına almak ve kendiliğinden gerçekleştirmeyeceği davranışları uygulamak olarak ortaya çıkmaktadır.⁶⁸

Ne kadar ilkel olursa olsun hiçbir insanın kendisine çeşitli edimler yükleyen bu neviden kurallara içgüdüsel bir şekilde uymayacağı açıktır.⁶⁹ Malinowski, ilkel insan topluluklarında da hukuk kurallarına psikolojik itici bir güç etkisiyle değil, karşılıklı bağımlılık temelinde uyulduğunu ortaya koymuştur.⁷⁰ Bu sava göre, tüm ilkel toplumlarda, karşılıklı yükümlülüklerin kaçınılmaz bir sonucu olarak simetrik bir yapı vardır ve bu karşılıklılık tüm kuralları doğrulamaktadır.⁷¹ Elbette bir kişinin kendi yükümlülüğüne isteyerek uyması bakımından en önemli düzenleme, kişinin ediminin, karşılığını gelecek bir tarihte almasını sağlayan karşılılık ilişkisinin bir parçasını oluşturmasıdır.⁷² Bu şekilde kişi, sosyal hayatı kuran ve sürdüren yazısız kurallara, topluluğun diğer üyelerinin de uyacağına dolayısıyla ediminin karşılığını alacağına güvendiği için uymaktadır. Bununla birlikte Malinowski, bir yerlinin saygınlığına ya da kişisel menfaatine bir hanel gelmeyecekse tıpkı uygar bir iş adamı gibi yükümlülüklerinden kaçma çabası içerisinde olacağına ilişkin gözlemlerini de aktarmıştır.⁷³

Diğer yandan Luhmann'ın, farklılaşan karmaşık sosyal düzenlerde güven ve hukukun ayrılmasının zorunlu olduğu⁷⁴ fikrine katılmak gerekmektedir. Gerçekten de ilkel topluluklarda kilit rol oynayan güven ve karşılıklılığın yazısız normlarla somutlaşarak tüm sosyal yaşama egemen olmasını, grup üyelerinin birbirlerini tanımaları ve farklı topluluklardan olsalar dahi sürekli ve zorunlu bir etkileşim halinde olmalarıyla birlikte değerlendirmek gerekir. Oysa daha karmaşık toplumlarda birbirine

⁶⁷ age. s. 38.

⁶⁸ age. s. 66.

⁶⁹ age. s. 66.

⁷⁰ age. s. 59. Malinowski, ilkel topluluklarda yasaların olumsuz buyruk içeren kurallar olmadığını, kesin buyruklar içeren kurallara da uyulmaması durumunda kişinin suçlandırılacağına da cezalandırılmadığını, bunların yalnızca bir tarafça hak diğer tarafça ise görev olarak nitelendirilebilecek ve karşılıklılık temelinde yükümlülükler bütünü olduğunu ifade etmiştir. Bu gerekçelerle Malinowski, ilk hukuk normlarının kendiliğinden boyun eğme dogması ve bilinçsizce verilen katı ve mekanik cezalar nedeniyle suç içeren normlar olduğu yönündeki Steinmez ve Durkheim'in görüşlerine karşı çıkarak bu kuralların medeni hukuk kuralları olarak nitelendirilebileceğini savunmaktadır. Bkz. s. 61.

⁷¹ age. s. 33.

⁷² age. s. 38.

⁷³ age. s. 37.

⁷⁴ Niklas Luhmann 2014, age. s. 41.

yabancı insanlar arasındaki ilişkiler, açığa vurulmayan bu neviden iş birliği kuralları ile yürütülemez. Örneğin Roma’da yabancılar ile peşin para verilmek suretiyle satış yapılmaktaydı.⁷⁵ Modernleşme öncesi toplumlarda güvene ilişkin etik kurallar ile hukuk normları arasındaki ayırım hala çok belirgin olmasa da toplum karmaşıklaştıkça objektif ve genel geçer diğer yandan kişisel güven ilişkilerinden ayrılan normlara ihtiyaç duyulmuştur. Roma hukukunda *bona fides*in gelişimi takip edilerek bu mesele daha iyi anlaşılabilir. Küçük bir şehir devletinin ihtiyaçları doğrultusunda dinsel değer yargılarının hukuk normlarına yansımaları niteliğindeki *bona fides*, Roma toplumu büyüyüp karmaşıklaştıkça dönüşüm geçirerek ayrı bir değer yargısı haline gelmiştir.⁷⁶ Gelişmiş iktisadi hayatın gereksinimleri doğrultusunda, toplumun sadakat ve güvene verdiği önem, çeşitli değişkenlere göre farklılaşmayan olay temelli yeknesak ve somut bir *bona fides* anlayışını yerleştirmiştir.⁷⁷

Modern toplumlarda ise hukuki durumlar ve normlar farklılaşmıştır ve güven, sosyal gerekliliklere nüfuz etmek için çok genel bir kavramdır.⁷⁸ Hukuk ve güven saik temelinde birbirinden ayrılır. Hukuka uyma, toplum tarafından dolaylı ve kişilikdışı bir şekilde teşvik edilir ve son çare yani fiziki güç ile güvence altına alınır.⁷⁹ Hukuki kurumlar, özellikle de yalnızca irade beyanı ile oluşan sözleşmeler, güven ilkesini hukuki olarak yeniden formüle ederek bağımsızlaştırmış ve böylece güvenin ne bir unsur ne de bir geçerlilik temeli olarak işlevi kalmıştır. Talepler doğrudan sözleşmeye dayandırılmakta ve sözleşmeye olan güven, sözleşmenin kimin kime güvendiğinden bağımsız olarak uygulanmasını gerektirmektedir.⁸⁰ Diğer yandan güven, kişisel risk alma ya da somut yarar gibi farklı bir motivasyon kaynağı gerektirir.⁸¹ Toplumsal düzen farklılaştığı ve karmaşıklaştığı ölçüde izin verilen deneyim ve davranışlar da artmaktadır. Daha sonra sosyal karmaşıklığı azaltacak mekanizmaların farklılaştırılması, özellikli hale getirilmesi ve etkin bir şekilde uygulanması gerekmektedir. Luhmann’a göre çözülmesi gereken sosyal sorunlara bakıldığında güven ile hukukun uzlaşması mümkün değildir.⁸²

⁷⁵ Paul Koschaker ve Kudret Ayiter (1977), *Hukukunun Ana Hatları*, Sevinç Matbaası, Ankara, s. 138.

⁷⁶ Talya Şans Uçaryılmaz (2019), *Bona Fides (Dürüstlük Kuralı)*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 33.

⁷⁷ Talya Şans Uçaryılmaz (2018), “Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi”, *TBB*, S. 135, s. 353.

⁷⁸ Niklas Luhmann 2014, age. s. 41.

⁷⁹ age. s. 41.

⁸⁰ age. s. 41, 42.

⁸¹ age. s. 41.

⁸² age. s. 41.

Modern toplumlarda da hukuk, sosyal iş birliği ve dayanışmanın sağlanması ve doğal içgüdülerin kontrol altına alınması amacıyla oluşturulmuş bir sosyal kontrol mekanizmasıdır. Modernite öncesi topluluklarda hukukun temelinde yer alan güvence, topluluğun küçük olması nedeniyle ilişkilerin yüz yüze olmasına bağlı olarak daha çok kişilere duyulan güven şeklindeyken, modern hukukla birlikte bu güven, hukuk kuralı koymak ve uygulamak zorunda olan kurumlara yöneltilmiştir. Ancak ilkel toplumlarda hukuk normları ile toplumsal yaşamın devamı için zorunlu olan güven somutlaştırılıp desteklenirken modern toplumlarda bu normlar güvenin ikamesi olmaktadır. Bu nedenle modern hukuk kuralları, insanları bir başkasına güvenip güvenmeyeceğine ilişkin bir karar almak zorunda bırakmayacak şekilde formüle edilmiştir. Diğer yandan hukuki yaptırımlar da bireyleri birbirini tanımayan karmaşık toplumlar için farklılaşmıştır. Gerçekten de özellikle toplumdaki saygınlığın güçlendirilmesi gibi ödüller veya hayatta kalamama anlamına gelen topluluk dışına itilme gibi müeyyidelerle işleyen güven temelli hukuk normlarının, kimsenin birbirini tanımadığı modern toplumlarda hiçbir işlevi yoktur.

Kısacası hukuk, kişilere makul bir şekilde karar vermesi, başka bir deyişle birilerine güvenebilmesi için gereken şartları öngörmekten çok kişilerin hak ve yetkilerinin sınırlarını ve sorumluluk alanlarını belirleyerek güveni kişisellikten çıkarmaktadır. Nitekim karmaşık modern toplumlarda hukuk, birbirini tanıyan insanların hayatta kalmak için ihtiyaç duyduğu iş birliğini sağlamak değil birbirine yabancı kişilerin etkileşim ve iş birliğini sağlama amacı güder. Bu şekilde kişi, hiç tanımadığı birinden bir cihaz almak konusunda, eğer bu kişi garanti sunan bir firmanın temsilcisi ise tereddüt etmez. Aynı şekilde devletin gerektiğinde müdahale edeceğini bilen kişi hiç tanımadığı birine ev satabilir ya da bu kişiden ev alabilir.⁸³

Hukuk normları incelendiğinde, hukuk ve güven farkının hukuk dogmatikliğinde de görüldüğü ve hukukun güvenin unsurlarından doğduğunun anlaşılacağı, en azından hukuki terminolojiye yansıtılmadığı görülmektedir.⁸⁴ Hukukun, güvenin ve güvenin yasal olarak korunmasının bu şekilde farklılaşması, uzun bir gelişimin sonucudur ve kaynağı anlaşılmamaktadır. Hukuk dogmatikliğinin bu durumu yalnızca tarihi bir tesadüf değildir; hukuk ve güven fikri arasında kazanılmış bir mesafe, her iki

⁸³ J. David Lewis ve Andrew Weigert 1985, agm. s. 973.

⁸⁴ Niklas Luhmann 2014, age. s. 41, 42.

mekanizma arasında farklılık olduğunu gösterir.⁸⁵ Sonraki başlıkta, bu fikir temellendirilmeye çalışılacaktır.

1.1.2.2. Hukuki Düzenlemelerde Güven Kavramı

Modern hukukla güvenin ayrıştığı açık olsa da güvene yer veren pek çok hukuki düzenleme bulunduğu görülmektedir. Bu nedenle yukarıda açıklanmaya çalışılan hukuk ve güven ilişkisinin, bu düzenlemelerin incelenmesi ile tamamlanması gerekmektedir.

Güvenin hukuki düzenlemeler içerisindeki yerinin incelenmesi, parçalı hukuki kurumların kavrama çok farklı anlamlar yüklemesi nedeniyle, anılan düzenlemelerin ortak birtakım unsurlar üzerinden belirli bir sistematik içerisinde analiz edilmesini zorlaştırmaktadır. Söz konusu düzenlemelerle belirli bir eylemi gerçekleştirmeye yönelik güven (*Alm. vertrauensbetätigung*) korunabileceği gibi mutlak güven koruması da garanti edilebilir. Yine belirli bir kişiye duyulan güven korunabilir veya vatandaşın devlete duyduğu güvenin korunmasında olduğu gibi güvenin konusu hukuk düzen de olabilir.⁸⁶

Loré, Götz'den alıntılayarak kullandığı güvenin dikey ve yatay düzlemde korunması tabirleriyle hukukta güven korumasını iki gruba ayırmıştır.⁸⁷ Bu çalışmada da söz konusu ayırmadan yararlanılacaktır.

1.1.2.2.1. Yatay Güven Koruması

Yatay güven korunmasında başka bir bireye hukuk düzeni dolayısıyla güvenilmektedir. Bu bakımdan üçlü bir ilişki söz konusudur.⁸⁸ Bu halde esas olarak şahsi sorumluluğun başka bir ifadeyle farklı kişilerin risk alanlarının sınırlandırılması sorunu vardır.⁸⁹ Özel hukukta güvenin korunması büyük ölçüde yatay güven korumasıyla ilişkilidir.⁹⁰

Güven kavramıyla ilk olarak kişiler ve topluluklar arası verilen söze sadakati ifade eden *bona fides* kavramında karşılaşılmaktadır. Tarihi, Aka ve Hititlere kadar takip edilebilen ve esas anlamını Roma hukukunda bulan bu kavram, birtakım sosyal

⁸⁵ age. s. 42.

⁸⁶ Ellen Loré 1997, age. s. 11.

⁸⁷ age. s. 14.

⁸⁸ age. s. 14.

⁸⁹ age. s. 14.

⁹⁰ age. s. 15.

değerleri hukuk anlayışına aktarma işlevi görmüştür.⁹¹ Latince iyi anlamına gelen “*bona*” ve sadakat anlamına gelen “*fides*” kelimelerinden oluşan kavram, Roma’da Tanrılara duyulan saygıyı ifade eden “*pietas*”tan, kişiler arasındaki ilişkilerde “*fides*”e dönüşmüş ve sözleşmelere sadakat anlamında kullanılmıştır.⁹² *Bona fides*, Latince sadakat ve dürüstlük kavramlarının birbirine çok yakın olması dolayısıyla kişinin dürüstlüğüne korumasını da ifade etmektedir. Bu bakımdan terim yalnızca söze sadakat değil, namuslu bir insanın sosyal davranışlarının esas alınması suretiyle dürüstlüğü muhafaza edilmesi anlamına da gelmektedir.⁹³ Ayrıca dini temelli cesaret ve bağlılık gibi değerlerle de ilişkilendirilmiş ve haklı menfaatlerin korunması gibi kurumlara da hizmet etmiştir.⁹⁴

Bona fidesi açıklamak için zikredilen sosyal değerlerden biri de güvendir. *Fides* kavramının, sosyal yaşamın zorunlu kıldığı karşılıklı güveni de kapsadığı ve bu anlamda kişinin sosyal etkileşime girdiği kişilere güvenebilmesi ve karşı tarafın da bu güvene uygun davranması şeklinde bazı yükümlülükler öngördüğü kabul edilmiştir.⁹⁵ Stoacı felsefede *bona fides*, insanların birbirine karşılıklı olarak besledikleri güven temelli dayanışma ilkesi olma işlevine sahiptir.⁹⁶

Objektif yönüyle sadakat ve vefayı, subjektif yönüyle ise inanç ve güveni koruyan *bona fides*, *ius commune* döneminden itibaren dürüstlük ve iyi niyet kuralı olarak ikiye ayrılmıştır.⁹⁷ Objektif *bona fides* kavramından türetilen hukuki kurumlar özellikle hakkın kötüye kullanılması yasağı vasıtasıyla çağdaş medeni hukuklara geçmiştir.⁹⁸ Ancak içerisinde etik ilkeler barındıran bu kuralların açıklanması sırasında da güven kavramına başvurulmaktadır.

Bona fides kaynaklı doğruluk ve güven kuralları, 743 sayılı Mülga Medeni Kanun’un 2. maddesinde “hüsniyet kaidesi”⁹⁹, 4721 sayılı Medeni Kanun 2. maddesinde ise “dürüstlük kuralı” şeklinde ifade edilmiştir. Her iki madde de kişilerin

⁹¹ Talya Şans Uçaryılmaz 2019, age. s. 28.

⁹² Talya Şans Uçaryılmaz 2018, agm. s. 338.

⁹³ Fritz Schulz (1995), “Roma Hukuku’nun Prensiplerinden Sadakat”, Çev. Belgin Erdoğan, *İÜHFD*, C. 48, S. 1-4, s. 392.

⁹⁴ Talya Şans Uçaryılmaz 2018, agm. s. 337, 338.

⁹⁵ agm. s. 339, 340. Ayrıca Roma’da dostların birbirlerine karşı çok katı yükümlülüklerle sahip oldukları yönünde bkz. Fritz Schulz 1995, agm. 394 vd.

⁹⁶ Arzu Oğuz (2011), “Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku: Lex Mercatoria-Unidroit İlkeleri’nin Niteliği”, *AÜHFD*, C. 50, S. 3, s. 19.

⁹⁷ Talya Şans Uçaryılmaz 2018, agm. s. 357.

⁹⁸ agm. s. 358.

⁹⁹ Seyfullah Edis (1975), “Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği”, *İçinde, Mahmut Koloğlu’ya 70. Yaş Armağanı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, s. 447.

haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken doğruluk ve güven kurallarına uyması gerektiğini öngörmektedir ve maddelerin altında yatan temel fikir “güven düşüncesi”dir. Söz konusu düşünceye göre, sözleşme ilişkilerinde her bir taraf, karşılıklı olarak verilen sözlere sadık kalınacağına inandığından, taraflar arasında “karşılıklı güven ilişkisi” kurulur ve birbirlerini haklı beklentileri konusunda yanıltmamaları gerekir.¹⁰⁰

Doğruluk ve güven kurallarının medeni hukuktaki rolü, özellikle güven teorisinin kanunun yorumlanmasında, hukuki işlemlerin kurulmasında ve yorumlanmasında, sözleşmelerin yeni şartlara uydurulmasında, borçların yerine getirilmesinde, sözleşme öncesi ilişkilerde ve yan yükümlülüklerde uygulanması suretiyle kendini gösterir.¹⁰¹ Kurulmuş bir sözleşme ilişkisi içerisinde, sözleşenlerin karşılıklı olarak malvarlığının artacağı hususunda sahip oldukları özel, somut, sözleşmesel güvene aykırılık ise sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan hukuki müeyyidelerle korunur.¹⁰² Bu halde güven esas olarak sözleşme ilişkisine göre şekillenir.

Güven kavramının özel hukuktaki en belirgin görünümü, “güven sorumluluğu”dur. Alman hukukunda ilk olarak “culpa in contrahendo” kavramı ile bağlantılı olarak ele alınan güven sorumluluğu, *Canaris* tarafından hukuki görünüş ilkesi çerçevesinde ayrı bir sorumluluk türü olarak ele alınmıştır.¹⁰³ Ticari yaşam, dış görünüş itibarıyla gerçeği yansıtmayan bazı olgulara güvenerek işlem yapan kişilerin korunması zorunluluğu doğurabilir.¹⁰⁴ Gerçeğe uymayan bir hukuki görünüşe güvenin varlığı ve haklı olup olmadığı güven ilkesi vasıtasıyla tespit edilir.¹⁰⁵ Hukuki görünüşe haklı güven neticesinde, görünüşteki işlem geçerli sayılıyorsa güven pozitif olarak korunmaktadır ve bu halde dar anlamda güvenin korunmasından bahsedilir.¹⁰⁶

¹⁰⁰ agm. s. 447. İyi niyet ilkesi, dürüstlük kuralından farklıdır. Şöyle ki iyi niyet, “*hakkın doğumuna engel olan bir durumun varlığı veya hakkın doğumu için aranan unsurlardan birinin yokluğu konusunda kişideki mazur görülebilir bilgisizlik veya yanlış bilgidir*” ve ruhsal bir kavramdır. Dürüstlük ve güven kurallarında ise kişinin dışında oluşan belirli kuralların uygulanması söz konusudur (agm. s. 457).

¹⁰¹ Seyfullah Edis (1997), *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 6. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, s. 304 vd. Bu kuralların maddi hukuka dahil olması nedeniyle hâkimin kendiliğinden dikkate alması gerektiği ve genel kural olması dolayısıyla özel ve pozitif bir kural bulunmadıkça uygulanabileceği kabul edilmektedir (age. s. 292, 294).

¹⁰² Rona Serozan (2014), *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, 6. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, s. 253.

¹⁰³ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Burcu Kalkan Oğuztürk (2008), *Güven Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

¹⁰⁴ age. s. 50.

¹⁰⁵ age. s. 43.

¹⁰⁶ age s. 68, 69.

Görünüşteki işlem varsayılmadan yalnızca üçüncü kişinin uğradığı zarar tazmin ediliyorsa geniş anlamda güven sorumluluğu söz konusudur.¹⁰⁷

Güven sorumluluğunun geniş veya dar anlamda ele alınıp alınmamasına göre *culpa in contrahendo* ile güven sorumluluğu arasındaki ilişkiye verilen anlam da değişecektir. İsviçre hukukunda güven sorumluluğunun üst başlık olduğu savunulmaktadır. Ancak temelinde “güven” unsuru yer alsada her ilişkinin güven sorumluluğu kapsamında değerlendirilemeyeceği ve her iki kavramın aynı kaynaktan ortaya çıkan iki farklı hukuki kurum olduğu yönünde bir kabul de vardır.¹⁰⁸ İsviçre hukukunda güven sorumluluğu dürüstlük kuralına dayandırılmış ve dar anlamda güven sorumluluğuna yer verilmemiş, arada bir güven ilişkisi olan farklı pek çok hukuki durum geniş anlamda güven sorumluluğu başlığı altında ele alınmıştır.¹⁰⁹

Sözleşme öncesinde güven sorumluluğu, bir hukuki işlem kurma amacıyla temasa geçen kişiler arasında, bu temas nedeniyle oluşan güven kaynaklı koruma yükümlülüğü doğuran bir borç ilişkisine dayanmaktadır.¹¹⁰ Bir kişinin hayatın olağan akışı içerisinde mal ve kişi varlığının korunacağına yönelik duyduğu güven; genel, soyut ve anonim nitelik gösterir ve bu güveninin ihlal edilmesi ile bir haksız fiil sorumluluğu gündeme gelir. Ancak haksız fiile ilişkin düzenlemelerin yetersizliği, bazı hallerde karmaşıklaşan sanayi toplumunda yaratılan risklerin adilane olmayan bir şekilde kişilere yükletilmesi anlamına gelmektedir.¹¹¹ Bu nedenle belirli bir dereceye ulaşan güven ilişkilerinde, sözleşme öncesinde ve ötesinde bir koruma sağlayacak sözleşme benzeri ancak bağımsız bir borç ilişkisi türü yaratılmaktadır.¹¹² Nitekim bir hukuki işlem kurma amacı, tarafların hukuk düzenine uyulacağına ilişkin soyut ve varsayımsal güvenlerini somutlaştırarak, menfaatlerinin karşı tarafça haksız fiil hukukunun gerektirdiği özenin ötesinde korunacağına dair güven olarak şekillendirmektedir.¹¹³ Bu amaçla temasa geçmekten doğan yükseltilmiş özen yükümlülükleri alanına girilmesiyle haksız fiil alanından farklı olarak genel bir güven

¹⁰⁷ age s. 69.

¹⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. age s. 251 vd.

¹⁰⁹ age s. 225.

¹¹⁰ H. Reyhan Demircioğlu (2009), *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk: (Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu)*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, s. 134.

¹¹¹ Rona Serozan 2014, age. s. 252, 253.

¹¹² age. s. 253.

¹¹³ H. Reyhan Demircioğlu 2009, age. s. 138.

değil somut ve belirli bir kişiye duyulan özel güven söz konusudur.¹¹⁴ Bu halde söz konusu olan hukuki işlem teması, güvene normatif niteliğini yani “haklı” ve “hukuken korunmaya değer” olma özelliğini vermektedir.¹¹⁵ Bu şekilde güven düşüncesi, pozitif bir edimde bulunmak şeklindeki yükümlülükten ayrılan koruma yükümlülüğünün temelini oluşturmuş bunun neticesinde de taraf iradelerinden bağımsız, somut edim ilişkisinin öncesinde ve sonrasında da var olan ve sözleşenler yanında onların etki alanları ve güven ilişkilerine giren üçüncü kişileri de kapsayan yeni bir borç ilişkisi türü olarak güven sorumluluğu ortaya çıkmıştır.¹¹⁶ Bu halde, Medeni Kanun’un 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralından doğan ve haklı güven olarak ifade edilen normatif güven bulunmaktadır.¹¹⁷ Haklı güven duyması nedeniyle zarara uğrayan kişinin, güven duymasa uğramayacağı zararlarının tazmini bu şekilde geniş anlamda güven sorumluluğu ile tazmin edilebilmektedir.¹¹⁸

Hukuk, ceza hukuku alanında kişilerarası güveni koruma konusunda çok daha çekimserdir. Cezalandırma yetkisinin bu tarz güven ilişkilerinde devreye girmesi yalnızca dolandırıcılık filleri gibi çok istisnai durumlarda söz konusu olabilir. Görünüşte ihmali suçlarda, garantör ve üçüncü kişi arasındaki özel güven de bu kapsamda değerlendirilmelidir.¹¹⁹ Ayrıca çalışmanın konusunu oluşturan güven de hukuk düzeninin, üçüncü kişilere duyulan güveni korumaya alması açısından bu başlığa dâhildir.¹²⁰

1.1.2.2.2. Dikey Güven Koruması

Dikey güven koruması iki uçlu olup bireyin devletin fiillerine duyduğu güvenin korunmasını ifade eder.¹²¹ Dikey güven koruması daha çok kamu hukuku temelli ele alınmaktadır. Bu alanda güven ve güvenin korunması kavramları çok geniş bir anlama sahiptir. Bir yandan genel olarak norma güven garanti altına alınırken; diğer yandan objektif hukuki belirlilik açısından sürekliliğin korunması, ancak davalarda güvenin

¹¹⁴ age. s. 137, 138.

¹¹⁵ age. s. 139.

¹¹⁶ age. s. 126, 127. Söz konusu güven, “hukuken korunmaya değer bir amaca yönelmiş sosyal temas” dolayısıyla oluşmaktadır. Bkz. age. s. 129.

¹¹⁷ age. s. 135.

¹¹⁸ age. s. 135.

¹¹⁹ Günther Jakobs (1991), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Bası, De Gruyter, Berlin/New York, 1991, s. 824.

¹²⁰ Ellen Loré 1997, age. s. 16.t

¹²¹ age. s. 14.

korunmasıyla subjektifleştirilerek mümkün kılınabilir.¹²² Bu şekilde birey; yalnızca güncel ve somut bir işlem ile sunulan güvene değil, genel olarak hukuk düzeninin gerektirdiği güvene de dayanabilir.¹²³

Hukuk düzenine duyulan güven esas itibariyle hukuk güvenliğine ilişkin objektif garantiler, özellikle de süreklilik ile çok yakından ilişkilidir.¹²⁴ Güvenin ya da meşru beklentilerin korunmasının da hukuki belirlilik veya süreklilik gibi objektif bir unsur olduğu fikri hukuk disiplinde çok alışlagelmiş bir kabul değildir. Diğer yandan bu kabule karşı bir argüman bulunmadığı gibi pek çok alan kendi içerisinde konuya ilişkin teknik bir dil geliştirerek güvenin korunmasından bahsetmektedir.¹²⁵

Ceza hukukunda öngörülen kanunilik ilkesi ve bunun sonucu olan geriye yürüme yasağı, dikey güven korumasının ceza hukukundaki başlıca görünümüdür.¹²⁶

Dikey güven korumasının diğer bir örneğini, idare hukukundaki “haklı beklentilerin korunması” kurumunda görmek mümkündür. Haklı beklenti kavramı, ilgililerin idareye duyduğu güvenin korunmasını amaçlar. Bu güven, idarenin yerleşmiş uygulama ve siyasetinin değişmeyeceği, idari kararların geri alınmayacağı ve taahhütlerin yerine getirileceği yönünde beslenen haklı güvendir.¹²⁷ Yargı bu şekilde, idarenin hiçbir şartla bağlı olmaksızın işlem ve vaatlerini geri almasını önleyerek kurumsal güveni korumaktadır.¹²⁸ Kurumun Avrupa Birliği hukukundaki ortaya çıkışı da kişilerin kamu politikalarının belirli bir şekilde yürütüleceğine duydukları haklı güven neticesinde giriştikleri faaliyetlerin korunması ile bu politikaların değişmesi durumunda ortaya çıkan çıkar çatışmalarını çözme amacına yöneliktir.¹²⁹ Haklı beklentilerin korunması teorisi; idarenin, hem haklı beklentiye konu işlemin gerçekleştirilmesi veya sürdürülmesine zorlanması¹³⁰ hem de kişilerin bu nedenle uğradıkları zararları tazmin etmesi şeklinde olabilir.¹³¹

¹²² age. s. 12.

¹²³ age. s. 12.

¹²⁴ age. s. 11.

¹²⁵ age. s. 12.

¹²⁶ age. s. 13.

¹²⁷ Derya Deviner Erguvan (2019), “Türk İdare Hukukunda Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi”, *DÜHFD Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan*, C. 21, Özel Sayı, s. 1722.

¹²⁸ C. F. Forsyth (1988), “The Provenance and Protection of Legitimate Expectations”, *Cambridge Law Journal*, Cilt: 47, S. 2, s. 239.

¹²⁹ Derya Deviner Erguvan 2019, agm. s. 1715.

¹³⁰ Selman Sacit Boz (2017), *İdare Hukukunda Haklı Beklentilerin Korunması*, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 194.

¹³¹ age. s. 202.

Dikey güven korumasının özel hukukta da yansımalarını görmek mümkündür. Bu konuda değinilmesi gereken ilk düzenleme, Türk Medeni Kanunu m. 1023'te düzenlenen tapu kütüğüne güven ilkesidir. “*Tapu kütüğündeki tescile iyi niyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur.*” Bu hükümle, yolsuz kaydı bilebilecek durumda olmayan kişilerin aynı hak kazanımlarının korunması sağlanmaktadır.¹³² 1023. madde, aynı haklarda güvenin korunması ilkesinin taşınmaz mallar üzerindeki görünümüdür. Taşınırlarda güven ilkesi ise zilyetlik yolu ile daha sınırlı bir şekilde korunur.¹³³ Ticaret hukukundaki görünüşe güven ilkesine bakıldığında Türk Ticaret Kanunu m. 37’de “*Tescil kaydı ile ilan edilen durum arasında aykırılık bulunması hâlinde, tescil edilmiş olan gerçek durumu bildikleri ispat edilmediği sürece, üçüncü kişilerin ilan edilen duruma güvenleri korunur*” hükmüyle karşılaşılmaktadır. Bu şekilde, ilana güvenerek gerçekleştirilen işlemler geçerli olacaktır. Bu maddelerle, belirli şartlar altında kurumsal güvenin korunduğu görülmektedir.

Vergi hukukunda güven kavramına bakıldığında ise özelge (mukteza) kavramıyla karşılaşılmaktadır. Karmaşık vergi mevzuatı ve iktisadi yapı nedeniyle mükelleflere, tereddüt yaşadıkları vergisel olaylarla ilgili idareden izahat isteme hakkı tanınmıştır. Bu izahatlardan doğrudan ilgili mükellefe yapılanlar, özelge olarak adlandırılmaktadır.¹³⁴ Bu şekilde var olan normları açıklayıcı ikincil bir hukuki kaynak ortaya çıkmış olur.¹³⁵ Özelgedeki açıklamaya güvenerek hareket eden kişinin de vergi hukuku açısından sorumluluğu doğmaz.¹³⁶

Benzer bir güven koruması, ceza hukukunda kusur alanında da söz konusudur. Buradaki soru, icrai veya ihmali bir hareket, fiilin cezalandırılabilir olmadığı güvenini yaratan yetkin bir hukuk uzmanından alınan hukuki görüş veya amirin verdiği emir doğrultusunda gerçekleştirilmişse, failin güvenin korunup korunmayacağıdır.¹³⁷ Sorunun cevabı maalesef vergi hukukundaki kadar net verilememektedir. Fail, fiilin hukuka uygunluğu bakımından inceleme yükümlülüğü altındadır ve kaçınılabilirlik

¹³² Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir (2019), *Eşya Hukuku*, 2. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, s. 129 vd.

¹³³ Lale Sirmen (2019), *Eşya Hukuku*, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 35.

¹³⁴ Hasan Aykın (2016), “Mükellefin Özelge Yoluyla İzahat Talep Hakkı, Hukuki Sonuçları ve Bazı Tartışmalı Konular”, *TBB*, C. 29, S. 125, s. 148.

¹³⁵ Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu ve Nami Çağan (2014), *Vergi Hukuku*, 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 16.

¹³⁶ Hasan Aykın 2016, age. s. 164.

¹³⁷ Ellen Loré 1997, age. s. 22.

failin kişisel durumuna göre belirlenir. Faili fiilin hukuka aykırı olabileceğinden şüphelenmeye ve gerekiyorsa daha fazla bilgi edinmeye itecek vesile ortaya çıkmamışsa, kaçınılamaz haksızlık hatası gündeme gelebilir.¹³⁸

Güvene dayanan hukuki düzenlemelere bakıldığında bunların bir kısmıyla esasında hukuki güvenliğin ve dolayısıyla kurumsal güvenin korunmasının amaçlandığı görülmektedir. Örneğin idare hukukunda haklı beklentinin korunması ve vergi hukukunda özelge kurumları, hukuki öngörülebilirliğin sağlanması ve vatandaşların idareye güvenlerinin muhafaza edilmesi için öngörülmüştür. Ticaretin güven içerisinde yürütülmesini amaçlayan Ticaret Sicili Gazetesi'nde yapılan ilanların gerçekliğine güven de bahsi geçen Gazete'nin varlık amacına uygundur. TMK'nın öngördüğü tapu sicillerinin düzenli bir biçimde tutulmasını sağlama amacı taşıyan (Tapu Sicili Tüzüğü m. 1) tapu sicili, taşınmazlar ile üzerindeki hakların durumlarını göstermek üzere devletin sorumluluğu altında tutulur (Tapu Sicili Tüzüğü m. 5). Bu bakımdan ilgililerin bu sicile güvenmeleri esasında devlete güvenmeleri anlamına gelmektedir. Ayrıca kimse güvenemeyecekse sicilin hukuki varlığının bir anlamı olmayacaktır. Bu açıdan hukuk sistemi, kişilerin bireysel kaygılarla hukuki işlemler yapmaktan çekinmelerinin önüne geçmek istemekte ve kişilerarası güvenin yerini kurumlara güven almaktadır.

1.1.2.2.3. Ceza Hukukunda Güven Koruması

Güvenin korumasına ilişkin ceza hukukunda yapılan tartışmalardan bazıları, devletin ya da üçüncü bir kişinin fiiline duyulan güven değil, tipikliğin tanımlayıcı unsurları üzerinden yapılmaktadır. Dolayısıyla bu tür güven ne tam olarak dikey ne de yatay güven korunmasına ilişkin sınıflandırmaya sokulabilmektedir.¹³⁹

Bu tartışmalardan ilki; haksızlık alanında failin güveninin, gerçek durumu farklı algılamasına yol açtığı durumlar çerçevesinde şekillenmektedir.¹⁴⁰ Bu halde, tipiklik hatası bağlamında belirli bir neticenin gerçekleşmeyeceği yönünde güven söz konusu olabilir.¹⁴¹

¹³⁸ Neslihan Göktürk (2016), *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 152, 153.

¹³⁹ Ellen Loré 1997, age. s. 20, 21.

¹⁴⁰ age. s. 21.

¹⁴¹ age. s. 21.

İkinci ve esas tartışma ise haksızlık hatasının kaçınılabilirliği bağlamında kusur alanında gerçekleşmektedir.¹⁴² Tartışmanın odak noktası, tüm hukuk düzenine yönelen güvenin mi korunacağı yoksa özellikle fiilin cezalandırılabilir olmadığına duyulan güvenin mi dikkate alınacağıdır. İlk halde kişinin haksızlık bilincinin bulunmadığından bahsedilirken, ikinci durumda fiilin başka bir hukuk dalına aykırılığı dolayısıyla haksızlık bilinci olmasına rağmen cezalandırılabilirlik bilinci bulunmamaktadır.¹⁴³ Öğreti ve yargı kararlarının ağırlıklı görüşü, fiilin cezalandırılabilirliğine ilişkin özel bilginin haksızlık bilincinin bir unsuru olmadığı yönündedir.¹⁴⁴ Azınlık olarak nitelendirilebilecek karşıt görüş, haksızlık bilincinin konusu olarak maddi hukuka aykırılığın belirlenmesinin altında yatan gerekçenin, ispat güçlüğü ve kriminal politik saikler olduğunu savunmaktadır.¹⁴⁵ Bu görüşteki *Loré*, Alman Ceza Kanunu'nun haksızlık hatasını düzenleyen 17. maddesinin, haksızlık bilincinin, davranışın cezalandırılabilir olduğunu anlama şeklinde özel ceza hukukuna özgü haksızlık bilinci olarak fail lehine dar yorumlanabileceğini ileri sürmektedir.¹⁴⁶ Yazar, ceza hukukunun çekirdek alanında cezalandırılabilirlik bilincinin bulunmadığı yönündeki iddianın, asgari etik normlar üzerinde sosyalleşme ile bir uzlaşmaya varılması nedeniyle geçerli olmadığını ifade etmektedir.¹⁴⁷ Ancak özellikle tali ceza normları bakımından haksızlık bilincinin varlığı ispat edilmelidir.¹⁴⁸

Haksızlık ve kusur alanlarının dışında, somut fiilin cezalandırılabilirliği konusunda da faille ilişkili durumların dikkate alınması dolayısıyla güvene hukuki bir önem atfedilebileceği ileri sürülmüştür.¹⁴⁹

1.1.2.3. Değerlendirme

Bu başlıkta açıklanan hukuki kurumlar, binlerce hukuki kavram ve kural arasında seçilen istisnai düzenlemelerdir. “Güvenin korunması” kavramı altında düzenlenen hükümler; çok çeşitli, birbirinden bağımsız olarak geliştirilen ve geç dogmatikleştirilen münferit unsurlardır. Münhasıran güvene dayanan hukuki dogmatikler, kısmen eski hukuki düşüncelerin yeniden oluşumu ile ortaya çıkmış,

¹⁴² age. s. 19.

¹⁴³ age. s. 28, 29.

¹⁴⁴ Neslihan Göktürk 2016, age. s. 28; BGHSt 2, 194 (202).

¹⁴⁵ Ellen Loré 1997, age. s. 31.

¹⁴⁶ age. s. 31, 32.

¹⁴⁷ age. s. 32.

¹⁴⁸ age. s. 33.

¹⁴⁹ age. s. 24.

kısmen de çoktan yerleşen hukuki alanlarda önceki kavram ve ilkelere yeni, etik temelli gerekçelerle yani güvenin korunmasına karşı çıkılması ile oluşturulmuştur.¹⁵⁰

Güven kavramına yer veren bazı hukuki kurumları ise modernitenin dönüşlülüğüyle bağlantılı olarak düşünmek gerekir. Ticari yaşamda ihtiyaç duyulan hukuki görünüşe güven ya da bazı riskli eylemlerin gerçekleştirilmesi için başkalarına duyulan güven, modern dünyanın kendi yarattığı riskleri aşmak için ortaya çıkmış kurallardır. Modern yaşamın sürmesi için gerekli olan ancak risk içeren faaliyetlere devam edilmesi, bu faaliyetleri gerçekleştirecek kişilere verilecek bazı güvencelerle mümkün olmaktadır. Bu noktada güven, bahsi geçen güvence için uygun bir araçtır. Diğer yandan sözleşme öncesi güven sorumluluğunda; herhangi bir haksız fiil değil, ancak sanayileşmiş modern toplumların ekonomik yapısı dolayısıyla kişilerin menfaatlerine bir zarar vermeyeceği yönünde güven yaratan ve bu şekilde fayda sağlayan kişilerin yarattığı, herhangi bir haksız fiilde söz konusu olan rastlantısal ve yüzeysel güvenden daha yoğun bir güven korunmaktadır.¹⁵¹

Görüldüğü gibi kişilerarası güvenden bilinçli bir şekilde bağımsızlaşan hukuk sistemi, aracı olduğu sistemin devam edebilmesi için güvene tekrar ancak bu sefer farklı bir formda ihtiyaç duymaktadır. Bu açıdan güven ve hukukun birbirinden geniş bir biçimde bağımsız olarak faaliyet göstermesi ve olasılıklarının daha genel koşulları ile birleştirilmeleri, daha sonra gereksinime göre önemli münferit sorunlarda bağdaştırılmaları gerekmektedir.¹⁵² Ancak bu noktada dikkatli olunması gerektiği ve hukukun güven ilkesine başvururken, daha iyi oluşturulan yapısal kazanımların tehlikeye atılmaması için sınırlamalar öngörülmesi gerektiği, aksi halde düzensiz aşırılıkların söz konusu olacağı ifade edilmektedir. Uygunsuz veya gereksiz paralel yapılar, farklılaşmamış gerekçeler ve hepsinden öte hâkimlerin güvenin korunması adına hukuka uygun olmayan durumlara dayanarak kuvvetler ayrılığına zarar verebileceği uyarılarında¹⁵³ haklılık payı vardır.

1.2. CEZA HUKUKUNDA GÜVEN İLKESİ KAVRAMI

Hemen her alanda insan hatası ile karşılaşıldığı ve bu açıdan insanların hata yaptıkları gerçeği bir yaşam deneyimi olması itibarıyla öngörülebildiğinden, özenli ve

¹⁵⁰ Niklas Luhmann 2014, age. s. 42.

¹⁵¹ Rona Serozan 2014, age. s. 254.

¹⁵² Niklas Luhmann 2014, age. 43.

¹⁵³ age. s. 41, 42.

izin verilen risk içerisinde hareket eden kişinin, başkalarının hatalı hareketi halinde bile tehlike ya da zarar meydana gelmemesi için önlem alan kişi olduğunu kabul etmek zor değildir.¹⁵⁴ Buna karşın 1930'lu yılların başından itibaren Alman mahkeme içtihatlarıyla adım adım gelişen, önce trafik hukukundan doğan ardından da içtihatlarla ve öğreti görüşleriyle başka alanlara da genişleyen güven ilkesi, söz konusu olgusal gerçekliğin taksirli ceza sorumluluğunun belirlenmesinde dikkate alınmaması gerektiğini ifade etmektedir. Bu aynı zamanda tersi anlamından, diğerlerinin kurallara uyacağına ilişkin normatif beklentinin hukuk düzenince korunacağı anlamına gelmektedir.¹⁵⁵

Güven ilkesi, kural olarak kimsenin kendi davranışlarını, üçüncü kişilerin yükümlülüklerine aykırı hareket edecekleri varsayımı altında yönlendirme yükümlülüğü olmadığı, aksine somut belirtiler olmadığı sürece bu kişilerin hukuka uygun davranacakları yönündeki beklentilerinin hukuk düzeni tarafından korunacağını ifade eder. Başka bir deyişle güven ilkesi, herkesin diğerlerinin hukuka uygun davranacaklarına ve kendi yükümlülüklerini yerine getireceklerine güvenilebileceği anlamına gelir.¹⁵⁶ Buradan hareketle de özene uygun hareketin sınırları, kural olarak başkalarının muhtemel hatalı hareketleri dikkate alınmaksızın belirlenmelidir.¹⁵⁷

Bu şekilde tanımlanan güven ilkesi bir örnek üzerinden şu şekilde açıklanabilir: Yerleşim birimleri dışında gece vakti hız sınırlarına uygun bir şekilde ve araç ışıklarını kullanarak seyreden bir sürücü, diğer sürücülerin de uzağı gösteren ışıklarını

¹⁵⁴ Joachim Vogel ve Jens Bülte (2020), “§15“, *İçinde, Leipziger Kommentar StGB*, 13. Bası, DeGruyter, Berlin/Boston, parag. 224.

¹⁵⁵ Tullio Delogu (1987), “Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi”, Çev. Yüksel ERSOY, *AÜHFD*, Cilt: 39, Sayı:1-4, s. 123; Tuğrul Katoğlu (2007), “Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, *TBBD*, S. 68, s. 29; Veli Özer Özbek (2021), *Ekonomi Ceza Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 97.

¹⁵⁶ Heribert Schumann (1986), *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, J.C.B. Mohr, Tübingen, s. 7; Claus Roxin ve Luis Greco (2020), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C. 1, 5. Bası, C.H. Beck, München, s. 1190; Gunnar Duttge (2022), “§15“, *İçinde, Münchener Kommentar zum StGB*, Ed. Christoph Safferling, 4. Bası, Münih, parag. 141; Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, “§15“, age. parag. 224; Ingeborg Puppe (2017), “§13“, *İçinde, Nomos Kommentar Starfgesetzbuch*, Ed. Kindhäuser /Neumann / Paefhfen, 5. Bası, Nomos, Baden Baden, parag. 162; Detlev Sternberg-Lieben ve Frank Schuster (2019), “§15“, *Schönke / Schröder Strafrechtsgesetzbuch Kommentar*, 30. Bası, C.H. Beck, Münih, parag. 149; Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 92; Muhammed Demirel (2022), *Çifte Özen Anlayışı Çerçevesinde Taksirli Suçtan Doğan Ceza Sorumluluğu*, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 260, 261; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez (2022), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 171; Bahri Öztürk ve M. Ruhan Erdem (2020), *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 20. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara s. 458; F. Selami Mahmutoğlu ve Serra Karadeniz (2017), *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, 1. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, s. 331.

¹⁵⁷ Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 224.

yakacaklarına ve zorunlu haller dışında taşıt yolunda duraklamayacaklarına, eğer zorunluysa gerekli önlemleri alarak duraklayacaklarına güvenebilir ve sürüşünü buna göre gerçekleştirir. Başka bir sürücünün 2918 sayılı Kara Yolları Trafik Kanunu'nun 59/2 ve 64/1-a (1) hükmündeki anılan yükümlülüklere uymaması nedeniyle fark edemediği bir araca çarpan sürücüden, her an diğerlerinin bu kuralları ihlal edebilecekleri varsayımı altında araç kullanması ve buna göre daha dikkatli ve özenli olması beklenemez. Nitekim sürücüden beklenen özen yükümlülüğü, diğer sürücülerin trafik kurallarını ihlal edebilecekleri ihtimaline göre belirlenemez.

İlkenin temel mantığı; kişinin günlük yaşamındaki tüm faaliyetlerini, yalnızca kendi hareketlerinin değil, aynı zamanda ilişkide olduğu tüm insanların hareketlerinin de belirli bir özen ölçüsüne uymasına göre ayarlayarak aşırı dikkat ve güvensizlikle davranmak durumunda olmasının, toplumsal yaşamı büyük ölçüde aksatacağıdır.¹⁵⁸ Güven ilkesi yerine güvensizliğin tercih edilmesi, kişilerin kendilerini sürekli beklenmedik tesadüflere göre ayarlamak zorunda kalmalarına sebep olabilecektir.¹⁵⁹ Diğer insanların kendi sorumluluk alanlarında hukuka uygun davranacağına ilişkin güven, herkesin kendi görev alanına odaklanabilmesi açısından da uzmanlaşma temeline oturtulan modern toplumsal yaşam için vazgeçilmezdir.¹⁶⁰

Bu ilkeyle korunan, diğerlerinin hem hukuka uygun davranacaklarına hem de hukuka uygun davranışlarını sürdüreceklerine dair güvendir.¹⁶¹ Aynı şekilde güven ilkesi kapsamında, diğerlerinin bilinçli ya da bilinçsiz bir şekilde yükümlülüklerini ihlal etmeyeceklerine güvenilebilir.¹⁶²

Ancak istisnai bazı hallerde kişi, başkalarının hukuka aykırı davranabileceğini hesap etme yükümlülüğü altında olabilir. Bu açıdan güven ilkesi mutlak nitelikte olmayıp bazı sınırlandırmalara tabidir. Güven ilkesinin istisnaları da esasında güvenin haklı olup olmadığı değerlendirilmesinden çıkmaktadır. Bu istisnalardan ilki, üçüncü kişilerin kurallara uygun davranışlarına güvenmenin haklı olmadığı fark edilebildiği hallerdir.¹⁶³ Bunun yanında çocuklar, yaşlılar, açıkça davranışlarını yönlendiremediği anlaşılabilir kişiler gibi bazı gruplara karşı güven ilkesi sınırlandırılır.

¹⁵⁸ Lutz Eidam (2011), "Zum Ausschluss strafrechtlicher (Fahrlässigkeits-)Verantwortlichkeit anhand des Vertrauensgrundsatzes - ein Überblick", JA, s. 913.

¹⁵⁹ Gunnar Duttge 2022, MK, §15, age. parag. 141.

¹⁶⁰ Tuğrul Katoglu 2007, agm. s. 32.

¹⁶¹ Peter Lewisch (2004), "Der Vertrauensgrundsatz im Straßenverkehr", *İçinde, Festschrift für Manfred Burgstaller*, Ed. Christian Grafl / Ursula Medigovic, NWV Verlag, Viyana, s. 99, 100.

¹⁶² Muhammed Demirel 2022, age. s. 270.

¹⁶³ Claus Roxin ve Luis Greco 2020, §24, age, s. 1190.

Üçüncü durum ise üçüncü kişilerin yükümlülüklerine uygun davrandığının denetim ve gözetiminin bizatihi bir kişinin yükümlülüğü olmasıdır. Bu halde haliyle fiillerini denetleme yükümlülüğü altında olan kişilerin hukuka uygun davrandıkları beklentisi kişinin kendi yükümlülüklerinin ihlali anlamına geleceğinden güven ilkesine dayanmak mümkün olmayacaktır.¹⁶⁴

Güven ilkesi bugün genel olarak kabul edilse de nasıl gerekçelendirileceği ve ayrıntıları konusunda fikir birliği yoktur.¹⁶⁵ Birden fazla insanın yoğun olarak etkileşime girdiği faaliyetlerde cezai sorumluluğun belirlenmesi temelinde gelişen ilkenin tanımlanması ve tarihi gelişiminin açıklanarak temelini ortaya konulması yönündeki bir çaba, ancak tipik uygulama alanları üzerinden mümkün olabilir. Ayrıca bu şekilde ilkenin dogmatik ve teorik temellerine ilişkin yeni öneriler sunulabilir.¹⁶⁶

Trafik hukuku güven ilkesinin en önemli uygulama alanıdır. Bu nedenle ilkenin tarihi gelişimi ve nasıl normatifleştirildiği, esas olarak trafik hukuku kapsamında incelenmektedir.¹⁶⁷ 1960'lı yıllardan itibaren, birden fazla kişinin iş bölümü yaparak iş birliği ile gerçekleştirdiği faaliyetlerde de güven ilkesinin uygulanabileceğinin kabul edilmesiyle ilkenin uygulama alanı genişlemiştir. Güven ilkesinin başka alanlara da uygulanabilirliğinin tartışılması, ilkenin esasının ve sorumluluğun belirlenmesinde başvurulacak bir ölçüt olarak işlevinin daha iyi anlaşılmasını sağlamıştır.¹⁶⁸ Bu başlıkta da aynı yöntem izlenecek ve güven ilkesine dair içtihatlar takip edilerek konu ele alınacaktır.

Güven ilkesi yargı kararlarıyla Almanya'da ortaya çıkmış, daha sonra Avusturya Trafik Kanunu'nda açıkça düzenlenmiştir. Güven ilkesine ilişkin tartışmalara ayrıca İsviçre hukukuna ilişkin Almanca literatürde de rastlanmaktadır. Bu nedenle bu başlık altında güven ilkesinin Alman, Avusturya ve İsviçre hukuklarındaki gelişimi incelenmiştir. Son olarak Türkiye başlığında, ilkenin Türk hukukunda nasıl ele alındığına ilişkin genel bir değerlendirme yapılacaktır.

¹⁶⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm III.

¹⁶⁵ Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 224.

¹⁶⁶ Nathalia Bautista Pizarro (2017), *Das erlaubte Vertrauen im Strafrecht: Studie zu dogmatischer Funktion und Grundlegung des Vertrauensgrundsatzes im Strafrecht*, Baden Baden, Nomos Verlag, s. 25.

¹⁶⁷ age. s. 26.

¹⁶⁸ age. s. 32.

1.3. CEZA HUKUKUNDA GÜVEN İLKESİNİN TARİHİ GELİŞİMİ VE NORMATİFLEŞTİRİLMESİ

1.3.1. Almanya’da Güven İlkesinin Gelişimi

Güven ilkesi, Almanya’daki trafiğe ilişkin düzenlemelerin hiçbirinde açıkça yer almamaktadır. Ancak yargı kararları incelendiğinde, 1930’lu yılların başından itibaren trafik hukuku ile ilgili uyuşmazlıkların çözümünde güven ilkesine başvurulduğu görülmektedir. Bu nedenle güven ilkesinin normatif gelişiminin aktarılabilmesi amacıyla, Alman hukukundaki tarihi gelişiminin incelenmesi büyük önem arz etmektedir.

1.3.1.1. Nasyonel Sosyalist Dönem

Güven ilkesi ilk olarak Almanya’da nasyonel sosyalizmin hakim olduğu dönemde ortaya çıkmıştır. Bu açıdan ilkenin tarihi gelişimini ortaya koymadan önce, dönemin hukukuna dair de çok kısa açıklama yapma gereği bulunmaktadır.¹⁶⁹

Nasyonel Sosyalist Alman hukuku; korkutma ve terörle uygulanan keyfi kurullarla karakterize edildiği için dönemin ayırt edici özelliği hukuk değil esasında hukuksuzluktur. Bununla birlikte bu dönemdeki bazı hukuki kurumları açıklayabilmek için Fraenkel tarafından ortaya atılan ikili devlet yapısı ayrımına başvurulabilir. Ona göre bu dönemde Almanya’da iki farklı devlet yapısı aynı anda var olmuştur. Önlem devleti; ne öznel ne de nesnel hukuk, ne yasal garantiler ne de yargısal niteliklerle yönetilen siyasi alanı ifade etmektedir. Bu alan, yetkililerin takdirine bağlı ayrıcalıklarını kullandıkları keyfi önlemlerle düzenlenmiştir ve nazi rejimi vatandaşların özgürlüğü ve yaşamı üzerinde keyfi güç kullanmıştır.¹⁷⁰ Diğer yandan aynı sistem içerisinde 1933’ten itibaren dönüştürülen yasaların ve hukuki uygulamaların dahil olduğu norm devleti de aynı anda varlığını devam ettirmekteydi. Önlem devleti organlarının yetki alanları önceden normatif olarak tanımlanmadığı için takdir yetkisinin de bir sınırı bulunmamaktaydı. Bununla birlikte norm devleti kapsamındaki organlar ne kadar geniş takdir hakkına sahip olurlarsa olsunlar önceden

¹⁶⁹ Alan E. Steinweis ve Robert D. Rachlin (2013), “Introduction: The Law in Nazi Germany and The Holocaust,” *İçinde, The Law in Nazi Germany, Ideology, Opportunism, and the Perversion of Justice*, Berghahn Books, New York/Oxford, s. 1.

¹⁷⁰ Ernst Fraenkel (2017), *The Duel State: A Contribution to the Theory of Dictatorship*, Oxford University Press, New York, s. 3.

belirlenmiş kurallar dahilinde yetki kullanmışlardır. Elbette bahsedilen ilk yapının, ikinci yapı üzerinde etkisi bulunmaktaydı.¹⁷¹

Trafik düzenlemeleri ve güven ilkesi de norm devleti alanı içerisinde görülebilir. Ancak elbette nasyonel sosyalist hukuk düzeninde kara yolu trafiği de siyasi bir sorun olarak ele alınmış ve diğer alanlarda olduğu gibi trafik de toplumun kendisini düşmanlardan koruması gereken bir alan olarak kabul edilmiştir.¹⁷²

Nitekim güven ilkesinden bahseden ilk yazar olan *Gülde*; motorlu araç trafiğinin gelişmesinin, nasyonel sosyalist devlet düzeninin güçlenmesi açısından zaruri olduğunu savunmaktadır. Söz konusu gelişme ise trafikte başkalarının kurallara aykırı davranışlarını hesap etme zorunluluğu ile bağdaşmamaktadır. Sonuç olarak modern bir trafik düzeni inşa etme amacının; trafik kurallarını ihlal edenlerin yarattığı sonuçları, kurallara uyan kişilere yükleyerek bu kişilerin dezavantajlı duruma düşmelerine değil, ancak kurallara aykırı davranışların baskılanması ile mümkün olacağı¹⁷³ fikri ile güven ilkesi ortaya çıkmıştır. Bu açıdan en azından *Gülde*'nin bakış açısından, güven ilkesinin toplumu disipline etme ve kurallara uyan vatandaşın desteklediği yeni bir toplum düzeni kurma fikriyle bağlantılı olarak ortaya çıktığı söylenebilir.

1.3.1.1.1. Güvensizlik İlkesinin Geçerli Olduğu Dönem

Almanya'da motorlu taşıt trafiğinin ortaya çıktığı ilk zamanlarda, sürücülerin, diğer kişilerin mantıksız davranışlarını öngörme yükümlülüğü altında oldukları varsayılıyordu¹⁷⁴ ve söz konusu dönemde trafik hukukunda güvensizlik ilkesi hakimdi.¹⁷⁵ Bu nedenle güven ilkesinin taksirli suçlardaki gelişimini göstermek açısından güvensizlik ilkesinin incelenmesi önem taşımaktadır.

28.05.1934 tarihli Reich Trafik Yönetmeliği (Reichs-Strassenverkehrs-Ordnung / RStVO) yürürlüğe girmeden önce Reich Yüksek Mahkemesi

¹⁷¹ age. s. 70.

¹⁷² age. s. 44.

¹⁷³ Hermann Gülde (1935), "Auf dem Weg zu einem nationalsozialistischen Straßenverkehrsrecht", *JW*, C. 64, S. 20, s. 1466; Hermann Gülde 1936, agm. s. 423.

¹⁷⁴ Hermann Gülde (1952), "Der Vertrauensgrundsatz im Straßenverkehrsrecht als Element der Verkehrssicherheit", *ZVS*, C. 1, s. 262; Heribert Schumann 1986, age. s. 8.

¹⁷⁵ Bernhard Brinkmann (1996), *Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung: eine Untersuchung am Beispiel des Lebensmittelstrafrechts*, Duncker & Humblot, Berlin, s. 111; RG, *JW* 1935, 3311, *Aktaran Nathalia Bautista Pizarro* 2017, age. s. 27.

(Reichsgericht) tarafından verilen bir karar¹⁷⁶ güvensizlik ilkesinin tipik örneğini oluşturmaktadır.¹⁷⁷ Bu kararla motorlu taşıt sürücülerinin uyması gereken özen yükümlülüğü oldukça katı bir şekilde ele alınmıştır¹⁷⁸ ve yayımlanmasının ardından Alman öğretisinde, motorlu taşıt sürücülerinin diğer sürücüler karşısındaki yükümlülükleriyle ilgili yoğun bir tartışma başlatmıştır.¹⁷⁹ Bu tartışmalar da taksirli suçlarda özen yükümlülüğüne ilişkin anlayış değişikliklerini beraberinde getirmiştir.

Karara konu olayda, azami hız sınırının 30 km/s olduğu şehir içi yolda 20 ila 25 km/s hızla seyreden sürücü, aniden yola çıkan 13 yaşındaki bir çocuğa çarpmıştır. Yol kenarındaki evlerin ön bahçeleri yüksek çitler nedeniyle görünmediği için sürücü, çocuk yola aniden çıkana kadar onu görememiştir. Mahkeme ilk olarak trafiğin gerçek veya varsayımsal gereklerinin, insan hayatının güvenliği karşısında geri çekildiğinin altını çizmiştir. Daha sonra yolun etrafını görebilecek durumda olmayan sürücülerin; çok düşük bir hızla, en kısa mesafede durabilecek şekilde araç kullanmaları gerektiğini belirtmiştir. Olayda mağdurun çocuk olması verilen kararı etkilememiş ve mahkeme yetişkin bir yaya da aniden yola çıkarsa aynı şekilde karar verileceğini ifade etmiştir.¹⁸⁰ Diğer yandan motorlu taşıtlar için ayrı yollar inşa edilmedikçe sorunların çözülemeyeceği notu da düşülmüştür.¹⁸¹

Kararda, yeni ortaya çıkan ve kuralları henüz tam kavranamamış olan bu yeni trafik düzeninin risklerinin motorlu araç sürücülerine yüklendiği görülmektedir. Esasında bu risklerin sürücülere yüklenmesi, yayaların ve trafiğe katılan diğer kişilerin trafik kurallarına riayet edeceklerine güvenemeyecekleri, bu da güven ilkesinin reddi anlamında gelmektedir. Görüldüğü gibi güven ilkesinin reddi, trafikte genel yaşam deneyimini dikkate alma fikri ve trafiğin gereklilikleri ile insan yaşamı arasında yapılan menfaat tartımına dayandırılmıştır.¹⁸² İnsan yaşamına öncelik verilmesiyle de güvensizlik ilkesine geçerlilik tanınmıştır. Bu şekilde güvensizlik ilkesinin ancak olağan yaşam deneyimi uyarınca hiçbir tehlikenin beklenmeyeceği hallerde geçerli olmayacağı kabul ediliyordu.¹⁸³

¹⁷⁶ RGSt 65, 135, *Aktaran* Klaus Kirschbaum (1981), *Der Vertrauensschutz im Deutschen Strassenverkehrsrecht*, Dunker&Humblot, Berlin, s. 22.

¹⁷⁷ Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 22.

¹⁷⁸ Bkz. age. s. 22.

¹⁷⁹ Bkz. age. s. 22.

¹⁸⁰ RGSt, 65, 135, *Aktaran* Ludwig Martin (1964), “Das defensive Fahren und der Vertrauensgrundsatz”, *DAR*, C. 33, s. 299.

¹⁸¹ Bkz. Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 22.

¹⁸² Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 27.

¹⁸³ RG, JW 1935, 3311 (Rn. 22), *Aktaran* age. s. 27.

Yüksek Mahkeme'nin bu kararı üzerine, trafik akışının nasıl devam edeceği ve yayaların trafik kazalarındaki rolleri üzerine çeşitli tartışmalar başlamıştır. Sürücülerin her şeye karşı daimî bir dikkat göstermelerini ve olağandışı tüm trafik durumlarını algılamalarını beklemenin, trafik güvenliğinin beklenen yararı göstermesini engelleyeceği ifade edilmiştir. Ayrıca kazaların, çok yoğun bir şekilde motorlu araç sürücüleri nedeniyle değil genel olarak trafikte yer alan kişilerin kurallara aykırı hareket etmeleri nedeniyle meydana geldiği, bu nedenle yayalar ve bisikletliler gibi trafiğe katılan diğer kişilerin de yükümlülük altında olduğu yönündeki düşünceler ileri sürülmüştür.¹⁸⁴

Tartışmalar, motorlu araçların aniden duramayacağı gerçeği karşısında, tüm katılımcıların yeni trafik düzeninin gereklerini yerine getirmek konusunda yükümlü olduğu ve herkesin kendi davranışından sorumlu olduğu noktalarına varmıştır.¹⁸⁵ Ancak karşı yönde, araçlarının içerisinde güvende olan sürücülerin, diğer insanların hayatı bakımından ciddi bir tehlike yarattığı ve trafik kazası kurbanlarının korumasız bir durumda olduğu iddiaları da bulunmaktaydı.¹⁸⁶

Söz konusu tartışmaların ana nedeni, trafiği paylaşan süljeler arasındaki ciddi farkla ilk kez yüzleşilmesidir. Gerçekten de yaya, bisikletli ve at arabası sürücüsü arasında hız ve emniyet bakımından kısmi farklar bulunsa da motorlu araçlar ile diğer araçlar arasındaki farklar devasadır ve sürücüler karşısında diğer katılımcılar önemli dezavantajlara sahiptirler. Ulaşım hayatına sonradan eklenen ve önemli riskler yaratabilen bu yeni katılımcılar, başta söz konusu risklerin tek sorumlusu olarak görülmüştür. Ancak getirdiği faydalar nedeniyle kısa bir süre içinde herkesin motorlu taşıtların hakim olduğu trafik düzenine adapte olması gerekmiştir. Bu anlayışı *Gülde* 1932 yılında, *“trafiğe katılan her bir katılımcının kurallara uyması, diğerlerinin uyduğunu görenlerin de aynı şekilde trafik kurallarına uygun hareket etmesi nedeniyle herkesin diğerlerinin de uyacağına güvenebilmesi ile toplu araç trafiği gelişebilir”* şeklinde ifade etmiştir.¹⁸⁷

Bu dönemde yapılan tartışmalar, sürücülerin uyması gereken özen yükümlülüğü ile ilgili bir çözüm bulmaktan uzaktır. Ancak ileri sürülen fikirler,

¹⁸⁴ Tartışmalar için bkz. Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 28 vd.

¹⁸⁵ Bkz. age. s. 31.

¹⁸⁶ Bkz. age. s. 29.

¹⁸⁷ age. s. 33.

hukuki açıdan yetersiz olsa dahi trafik hukukunda güven ilkesinin kabul edilmesine hazırlık için anlamlı öneriler niteliğindedir.¹⁸⁸

1.3.1.1.2. 1934 Tarihli Reich Trafik Yönetmeliği

Güven ilkesi esas olarak *Üçüncü Reich*'in¹⁸⁹ yükselişi ile tartışılmaya başlanmıştır. Ancak bu tarih aynı zamanda, motorlu araç trafiğinin Batı'da gelişmeye başladığı dönem olması itibariyle de anlamlıdır.¹⁹⁰ Bu nedenle trafiğin gelişiminin, *Üçüncü Reich* olmasa da istikrarlı iktisadi şartlar gerektireceği rahatlıkla söylenebilir.¹⁹¹ Gelişen trafiğe karşı bir çözüm bulma gerekliliği, motorlu araçların "hemen durabilecek şekilde kullanılması" yönündeki içtihatların sürdürülememesine neden olmuş ve "hız"ın, artık trafiğin temel bir unsuru olduğunun kabul edilmesini zorunlu kılmıştır.¹⁹²

28.05.1934 tarihli Reich Trafik Yönetmeliği'nin (Reichs-Strassenverkehrs-Ordnung - RStVO) yürürlüğe girmesiyle daha önce Gülde tarafından dile getirilen, tüm katılımcıların hukuka uygun davranmasına bağlı ve karşılıklı güvene dayanan bir trafik düzeni kurma fikri tekrar gündeme gelmiştir. Bu noktada "yeni" trafik düzeni vurgusu ilgi çekicidir.¹⁹³ Kanun'un önsözüne bakıldığında motorlu araç trafiğinin teşvikinin hedeflendiği ve bu nedenle yayaların da dâhil olduğu kalıcı ve sürdürülebilir bir trafik disiplini kurmanın amaçlandığı görülmektedir. Bu doğrultuda trafikte dezavantajlı kabul edilmeleri dolayısıyla gözetilen yayaların ayrıcalıklı konumlarının son erdirilerek trafikte herkesin kazaların engellenmesi bakımından yükümlülük altında olduğu vurgulanmıştır.¹⁹⁴

¹⁸⁸ age. s. 38.

¹⁸⁹ Nazi Almanyası kendisini Mukaddes Roma İmparatorluğu ile Alman İmparatorluğu'nun varisi olarak gören anlayışı çerçevesinde, 1933-1945 yılları arasında hüküm sürdüğü dönemi *Üçüncü Reich* olarak adlandırmıştır. Bu anlayış uyarınca Mukaddes Roma İmparatorluğu Birinci Reich, Alman İmparatorluğu ise İkinci Reich olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **Micheal Ray**, "Why Was Nazi Germany Called The Third Reich", <https://www.britannica.com/story/why-was-nazi-germany-called-the-third-reich> (E.T. 14.01.2021).

¹⁹⁰ Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 54.

¹⁹¹ age. s. 56.

¹⁹² age. s. 54.

¹⁹³ Hermann Gülde (1936), "Vom Vertrauen der Verkehrsteilnehmer auf das Verkehrsmäßige Verhalten der anderen", *JW*, C. 65, S. 7, s. 424.

¹⁹⁴ Bkz. Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 37.

Yargı kararlarında güven ilkesinin dayanağı olarak gösterilen Alman Trafik Yönetmeliği'nin (Straßenverkehrs-Ordnung - StVO) 1. maddesi, ilk olarak çok benzer bir içerikle RstVO'un 25. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir.¹⁹⁵

*“Kamusal trafiğe katılan her katılımcı, diğerlerine zarar vermeyecek ya da onları koşullara göre kaçınılmaz olandan daha fazla engellemeyecek ve rahatsız etmeyecek şekilde davranmalıdır.”*¹⁹⁶

Reich Trafik Yönetmeliği'nin kabulünden bile önce Dresden'de 13.04.1934 tarihinde verilen bir kararda sanık olan sürücünün, diğer sürücülerin aydınlatma olmadan yolda beklemeyeceğine güvenebileceğine hükmedilmiştir.¹⁹⁷ Reich Yüksek Mahkemesi tarafından da düzenlemenin kabulünden bir yıl sonra verilen bir kararda, motorlu taşıt sürücülerinin, kendilerini ne ölçüde trafikte yer alan diğer kişilerin dikkatsizliklerine göre ayarlamaları gerektiği sorusu ortaya atılmış ve bu şekilde “güven ilkesi”nin temelleri ortaya çıkmıştır.¹⁹⁸ Adeta güvenin ilkesinin tanımının verildiği bu kararda, *“trafiğe katılan herkes, diğerlerinin yükümlülüğünü yerine getirerek trafiğe uygun hareket edeceğine güvenebilmelidir”* denilmiştir. Devamında, 25. maddenin, trafikte yer alan herkese trafiğe uygun davranma yönünde özel bir sorumluluk yüklediği ifade edilmiştir.¹⁹⁹

Bu noktada ortaya çıkan soru, trafikte güvenin hangi noktaya kadar korunacağıdır. Ancak bu soru aynı zamanda bir paradoksa da yol açmaktadır: hüküm bir “güven ilkesi” olduğu kadar “güvensizlik ilkesi”dir.²⁰⁰

25. maddenin daha sonra aynı içerikle devam ettirilen hali olan StVO §1 şu şekildedir:

(1) *Trafiğe katılım, daimî dikkat ve karşılıklı saygı gerektirir.*

(2) *Trafiğe katılan kişi, diğerlerine zarar vermeyecek, onları tehlikeye atmayacak veya içinde şartlar uyarınca kaçınılamayacak olanın ötesinde engellemeyecek veya rahatsız etmeyecek şekilde davranmalıdır.”*

¹⁹⁵ age. s. 21.

¹⁹⁶ *“Jeder Teilnehmer am öffentlichen Verkehr hat sich so zu verhalten, daß er keinen Anderen schädigt oder mehr, als nach den Umständen unvermeidbar, behindert oder belästigt.”* (Reichsgesetzblatt, Jahrgang 1934, Teil I, s. 462).

¹⁹⁷ Hermann Gülde 1936, agm. s. 424. Kararı veren mahkeme ilgili çalışmadan anlaşılacaktır. Ayrıca 1934 ve 1935 yıllarında güven ilkesine dair verilen yerel mahkeme kararları için bkz. agm. s. 424.

¹⁹⁸ Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 21.

¹⁹⁹ age. s. 38.

²⁰⁰ age. s. 38.

Söz konusu maddenin, “neminem laede” yani “kimseye zarar verme” şeklindeki doğal hukuk ilkesinin yansımaları olduğu ve öncelikle kurallara uygun sürüş daha sonra da kuralların ötesinde ortaya çıkan tehlikeleri önleme yükümlülüğü öngördüğü ifade edilmiştir.²⁰¹ Ancak maddenin bu şekilde yorumlanması, trafikte ortaya çıkması çok olağan olan tehlike sorumluluğunun sürücülere yüklenmesi dolayısıyla motorlu araç trafiğini durma noktasına getireceğinden, tehlike kavramı dar yorumlanmıştır.²⁰² Bu şekilde ilke “qui iure suo utitur, neminem laedit” yani hakkını kullanan kimsenin başkasına zarar vermemesi gerektiği şeklinde yorumlanmış ve motorlu araç kullanmak şeklindeki tehlikeli hareket sosyal açıdan uygun kabul edilmiştir. Bu noktada etkili olan tipikliğin haksızlığı tanımlayıcı fonksiyonu (*unrechtstypisierende Funktion des Tatbestands*) değil garanti fonksiyonudur (*Garantiefunktion des Tatbestands*).²⁰³ Sonuç olarak motorlu araç kullanmak, tipik tehlikeli bir hareket olarak değil temelde sosyal açıdan uygun, kanunen yasaklanmamış bir hareket olarak kabul edilmiştir.

Gülde, genel bir yaşam deneyimi olmadığını ancak bireylerin kendilerine ait birbirinden oldukça farklı yaşam deneyimleri olduğunu savunmaktadır.²⁰⁴ Ancak bunun altında yatan esas sebep, genel yaşam deneyimi adı altında “güvensizlik aksiyomu”nun tekrar ortaya çıkmasından korkmasıdır. Nitekim bu halde üçüncü kişilerin ani düşüncesizliklerini de hesaba katma yükümlülüğünün önü açılabilecektir.²⁰⁵

Bu dönemde güven ilkesi, çok büyük ölçüde geçiş hakkı ve bekleme yükümlülüğü kapsamında tartışılmıştır. Ancak ilkenin yargı kararları ve öğretide baskın bir şekilde kabul edildiği söylenemez. Reich Yüksek Mahkemesi 2. Ceza Dairesi verdiği bir kararında, yalnızca olayın koşullarının dikkatli bir şekilde değerlendirilmesi ile tahmin edilebilecek dikkatsizliklere karşı hazır olunması gerektiğine hükmetmiştir.²⁰⁶ Bu formülasyon pek çok yargı kararında kullanılmıştır. Ancak motorlu taşıt sürücülerinin yükümlülüklerini farklı belirleyen kararlar da

²⁰¹ Richard Lange (1966), “Defensives Fahren, Empfehlung oder Rechtspflicht?”, *İçinde, Verkehrssicherheit durch Technik, Einsicht, Aufsicht*, 4. Verkehrsjuristentagung des HUK-Verbandes, München, s. 176.

²⁰² Gülde, tehlike sorumluluğunun, teknik ilerlemeye cesaretle hizmet edenlere tek taraflı yüklenmemesi gerektiğini savunmuştur. Ancak motorlu taşıtları kullanan sınırlı kişilerin ekonomik gücünün yüksek olduğu dikkate alındığında, sorumluluğun yoksullara yüklendiği anlaşılmaktadır. Bkz. Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 56.

²⁰³ Richard Lange 1966, agm. s. 177.

²⁰⁴ Hermann Gülde 1935, agm. s. 1466.

²⁰⁵ Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 45.

²⁰⁶ 09.12.1935, RGSt 70, 71, *Aktaran* age. s. 52. Gülde ise güven ilkesinin yalnızca geçiş hakkı değil tüm trafiğe aykırılıklar bağlamında uygulanabileceği kanatindedir. Hermann Gülde 1936, agm. s. 424.

olduğu görülmektedir.²⁰⁷ Örneğin 5. Ceza Dairesi aynı tarihlerde verdiği kararında, kişilerin trafikte diğerlerinin kurallara aykırı hareketlerinin hesap edilmesi ve kendi davranışlarının buna göre ayarlaması gerektiğine ilişkin bir karar vermiştir. Ancak karara göre yalnızca “genel yaşam deneyiminin dışında kalmayan” dikkatsizlikleri hesaplama yükümlülüğü bulunmaktadır.²⁰⁸ Bu kapsamda öğretilerdeki eleştiriler de motorlu araçların yarattığı tehlikelerin küçümsendiği ve sürücülerin yükümlülüklerinden kurtarıldığı yönündedir.²⁰⁹

1.3.1.2. II. Dünya Savaşı Sonrasından 1961’e Kadar Olan Süreç

Savaşın sona ermesinden 1960’ların başına kadar geçen süreçte güven ilkesi, motorlu araç trafiğinin gerilemesi nedeniyle öğretilerde çok ele alınmayan bir konu olarak kalmıştır.²¹⁰

Bu dönemde, genel yaşam deneyimi ile güven ilkesi arasındaki ilişki tekrar gündeme gelmiştir. *Gülde*, yaşam deneyimine göre tahmin edilmesi için geçerli bir neden bulunan aykırılıkların hesap edilmesi gerektiği fikrine ısrarla karşı çıkmış ve güven ilkesi ile bu kavramın uyumsuz olduğunu savunmuştur.²¹¹

O dönemde güven ilkesi ile ilgili yegâne çalışmayı yapan *Martin* ise *Gülde*’den farklı bir noktada durmaktadır. Yazar güven ilkesinin dayanağının kanunun emrinde değil, gerçek trafik davranışlarında olduğunu kabul etmektedir. Dolayısıyla güvenilen trafik kuralları değil, bu kurallara uyulduğuna yönelik deneyimdir. Bu deneyim, genel olarak uyulduğu gözlemlenen bir trafik kuralının ihlal edilebileceği ihtimalinin, yalnızca belirli özel durumların varlığı halinde dikkate alması gerekliliğini doğurur.²¹²

Buradan çıkan sonuç, tipik trafik ihlallerinin gerçekleşmeyeceğine güvenilemeyeceğidir. Bu nedenle yargı kararları, diğerlerinin kurallara aykırı tüm davranışlarını değil alışılmadık, tamamen saçma ve mantıksız ihlallerini güven ilkesi kapsamına almaktadır. Bu ihlaller ise genel yaşam deneyiminin dışında kalan ihlallerdir.²¹³ Yazara göre trafiğe katılan kişiler her bir trafik durumunun koşullarını dikkate alarak bu ihlalleri hesaba katmalıdırlar.²¹⁴

²⁰⁷ age. s. 53.

²⁰⁸ 05.12.1935, RG JW 1936, 452, Nr. 13, *Aktaran* age. s. 52.

²⁰⁹ Söz konusu eleştiriler için bkz. age. s. 53.

²¹⁰ Hermann Gülde 1952, agm. s. 262.

²¹¹ agm. s. 261.

²¹² Bkz. Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 67.

²¹³ Bkz. age. s. 67.

²¹⁴ age. s. 67.

Ancak bu görüş uyarınca çok sık gerçekleşen her trafik ihlalinin “tipik ihlal” kabul edilerek genel yaşam deneyiminin bir parçası kabul edilip edilmeyeceği belirsizdir.²¹⁵ Bu açıdan Martin’in güven ilkesinin kapsam ve sınırlarını netleştirme amacıyla olmadığı ifade edilmektedir.²¹⁶ *Gülde* bu görüşe karşı “genel yaşam deneyimi” kavramının güven ilkesini sınırlandırmaya elverişli bir kavram olmadığını savunmuştur. Ona göre genel yaşam deneyimi ile uyuşmayacak bir trafik ihlali oldukça nadirdir.²¹⁷

Bu dönemde tartışılan bir diğer konu geçiş hakkıdır. Alman yargı kararlarında güvensizlik ilkesinin terk edilerek güven ilkesinin uygulandığı ilk kararın Almanya Federal Mahkemesi Genel Kurulu’nun 1954 yılında bu konuya ilişkin vermiş olduğu bir karar olduğu kabul edilmektedir.²¹⁸ Bu kararda²¹⁹, geçiş hakkının anlamı açıklanmış ve trafik akışının ancak bu hakka sahip olan kişinin kavşaklarda ve yol ağzlarında durmadan geçmesiyle sağlanabileceği ifade edilmiştir. Bu açıdan sürüş esnasında görüş alanı dışında olan sürücülerin geçiş hakkına riayet ederek bekleyeceklerine güvenilebilir. Geçiş hakkının ihlali ihtimaline karşı binalar nedeniyle görünmeyen yol ağzlarında hız azaltma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Zaten dikkati trafikte olduğu için gergin olan sürücüye bir de yan sokakları gözleyerek daha fazla yükümlülük yüklenmemesi gerektiği ve ihtiyatlı bir sürücünün geçiş önceliği varsa kavşakta hızını azaltmayacağı ifade edilmiştir. Aksi kabulün, kendi sorumluluğunu ciddiye almayan kişilerin, başkasının ona dikkat etmesi gerektiğini varsayabileceği anlamına geldiği savunulmuştur.²²⁰ Bu kararda, modern anlamda güven ilkesinin temeli atılmıştır.

1959 yılında verilen bir kararda da sürücülerin, bir otobüsün arkasında görünmeyen yayaların dikkatsiz bir şekilde karşıya geçeceklerini hesap etmek zorunda olmadığına hükmedilmiştir.²²¹ Görüldüğü gibi güven ilkesinin genişletilmesi, trafiğe katılan kişilerin, haklarını akıcı bir trafiğe hizmet edebilecek şekilde kullanmalarının teşvik edilmesi anlamına gelmektedir.²²²

²¹⁵ age. s. 68.

²¹⁶ age. s. 69.

²¹⁷ Hermann Gülde (1938), “Der Vertrauensgrundsatz als Leitgedanke des Strassenverkehrsrecht”, *JW*, C. 67, S. 45, s. 2787.

²¹⁸ Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 72.

²¹⁹ BGH VGS 1/54, 12.07.1954.

²²⁰ BGH VGS 1/54, 12.07.1954.

²²¹ BGHSt 13, 169, *Akataran* age. s. 81.

²²² age. s. 80, 81.

1.3.1.3. 1960'lı Yıllar ve Sonrası

1960 yılında Almanya Federal Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda, geçiş hakkına yönelik 1954 tarihli kararın, sağdan gelen aracın önceliği kuralı için de geçerli olması gerektiğine hükmedilmiştir.²²³ Ancak 1961 yılından itibaren güven ilkesinin genişlemesi yönündeki yargı kararlarına çeşitli eleştiriler yöneltilmeye başlanmıştır. Söz konusu eleştirilerin temel odağı, içtihatların trafik güvenliğini esas alması gerektiğidir.²²⁴ Bu dönemde, *Gülde*'nin kullandığı anlamda bir güven ilkesinden bahsedilmediği görülmektedir.²²⁵ İlke, Trafik Ceza Dairesi'nin, trafik akışının düzenini hukuken olabilecek en iyi şekilde güvence altına alması için önemli bir işleve sahip olmuştur.²²⁶

Bu dönemde güven ilkesini kısıtlayıcı kararlar verildiği görülmektedir. Örneğin Trafik Ceza Dairesi, toprak yoldan gelen ve geçiş önceliğine sahip olan sürücünün, işlek tali yola girdiğinde geçiş önceliği yokmuş gibi hareket ederek diğer araçları gözlemlemesi ve hızla giden diğer araçları şaşırtmaması gerektiğini kabul etmiştir.²²⁷ Bu karar, güven ilkesinin tanınmasından sapma veya geriye gidış olarak nitelendirilebilir.

1963 yılında hazırlanan Alman Kara Yolları Trafik Yönetmeliği Tasarısında güven ilkesine yer verilmemiştir. Tasarının odak noktası, ABD'de ortaya çıkan "savunmacı sürüş"tür (*ing. defensive driving*).²²⁸ Savunmacı sürüş, tüm şartlar altında bir kazaya herhangi bir şekilde dahil olmaktan kaçınmaya yönelik davranışları ifade etmektedir. Bu kavramın üç yönü bulunmaktadır: İyi ve dikkatli sürücü, bu sürücü tarafından gönüllü olarak yerine getirilen aşırı dikkat ve risk azaltıcı hareketler ile sürücünün belirli bir şekilde davranmasını gerektiren hukuki yükümlülükler.²²⁹

Yargı kararlarına da yansıyan bu görüş uyarınca deneyimler, trafikte tamamen akıl dışı olarak nitelendirilebilecek davranışların hiç de nadir olmadığını göstermektedir.²³⁰ Savunmacı görüşlerin en uç noktada yer alanları, güven ilkesinden tamamen vazgeçilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş uyarınca güven ilkesi, gerçek veya sözde haklarını zorbalıkla kullanan dik kafalı ve pervasız sürücüleri

²²³ BGH 6. ZR 23/60, 22.11.1960.

²²⁴ age. s. 83.

²²⁵ age. s. 87.

²²⁶ age. s. 87.

²²⁷ age. s. 86, 87.

²²⁸ Ludwig Martin 1964, agm. s. 300.

²²⁹ Bkz. agm. s. 302.

²³⁰ BGHSt 8, 200, *Aktaran* Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 91.

özendirici bir ilkedir. Bu nedenle söz konusu görüşe taraftar olanlar, ilkenin tamamen kaldırılarak yerine “güvensizlik ilkesi”nin benimsenmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Daha ortada gibi görünen bir başka görüş ise ilkenin savunmacı sürüş lehine sınırlandırılması gerektiği şeklindedir.²³¹

Ancak savunmacı sürüş, trafik ceza hukukuna değil sürüş eğitimine ilişkin bir kavramdır. Haklı olarak bu görüşün talep ettiği gibi savunmacı sürüşe yargı kararlarında yer verilmesinin, bu kurumu bağlayıcı hale getireceği ve bu halde savunmacı sürüş kavramının sınırlarının netleştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.²³² Kavramın açıkça tanımlanması halinde yasal bir yükümlülük olarak savunmacı sürüş başka bir açıdan sorunlu hale gelmektedir. Güven ilkesi ve savunmacı sürüşün orta noktada buluşabileceği savunulsa da aslında her iki ilke birbirini dışlamaktadır. Bu açıdan savunmacı sürüş esasında güvensizlik ilkesinin kabulü anlamına gelmektedir.²³³ Nitekim savunmacı sürüş, diğerlerinin trafik kurallarına uygun hareket edeceğine güvenmeyi değil aksine bu kişilerin ağır trafik ihlalleri durumunda dahi bir kaza meydana gelmesini önlemeyi mümkün kılacak bir sürüşü ifade eder ve sürücülerden trafikteki tehlikelerin sürekli hesap edilmesi talep edilir.²³⁴

Trafik hukukunda bu tartışmalar sürerken bir yandan da 1960’lı yıllarda, güven ilkesinin kapsamının trafik hukukunun ötesinde genişletilmesi fikri, iş birliğiyle gerçekleştirilen tıbbi faaliyetlerde ceza sorumluluğunun incelenmesiyle ortaya çıkmıştır. *Stratenwert* tarafından 1961 yılında yayımlanan çalışmayla, ilk kez güven ilkesinin esası ve işlevi açık bir şekilde ortaya koyulmuştur. Bu çalışmada ilke, tıbbi iş bölümünün kurucu unsuru olarak ele alınmıştır.²³⁵ Ancak daha önce 1954 yılında verilen bir kararda, açıkça güven ilkesinden bahsedilmeden hekim ve hemşire arasındaki güven ilişkisinin kapsamına ve bu güvenin sınırlarına işaret eden bir karar verilmiş²³⁶ ve güven ilkesini açıkça zikreden sonraki kararlarda da bu karara atıf yapılmıştır.²³⁷ Olayda hekim tarafından dikte edilen ilaç dozlarını hatalı not alan ve uygulayan hemşire, hastanın ölümüne neden olmuş; eyalet mahkemesi de kloroform

²³¹ Bu görüşler için bkz. age. s. 95.

²³² age. s. 97, 98.

²³³ Ludwig Martin 1964, agm. s. 303. Lange, savunmacı görüş kisvesi altında güvensizlik ilkesinin getirilmeye çalışmasını eleştirmiştir. Bkz. Richard Lange 1966, agm. s. 172.

²³⁴ Ludwig Martin 1964, agm. s. 303.

²³⁵ Günter Stratenwerth (1961), “Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht”, *İçinde, Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Bockelmann/ Gallas (Hrsg.), Göttingen, s. 387.

²³⁶ BGH 5 StR 324/52, 10.07.1952.

²³⁷ 2 StR 418/19, 13.10.2021, parag. 34; BGH 1 StR 440/79, 02.10.1979.

uygulamasının hemşirenin görev alanında kalması nedeniyle hekimin beraatine hükmetmiştir. Federal Mahkeme ise hekimin genel olarak diğer sağlık personelinin gerekli bilgilere sahip olacaklarını varsayabileceğini ancak bazı durumların istisnalara sebep olabileceğini kabul etmiştir. Diğer yandan hemşirenin talimatları doğru bir şekilde not alıp almadığından emin olmakla yükümlü olduğuna da hükmederek beraat kararını bozmuştur.²³⁸ Kararda esasında, dikey iş birliğinde güven ilkesi tanımlandığı görülmektedir. Hekimin hemşirenin mesleki yeterliliğine güvenebileceği ancak bu güvenin sınırının hekimin talimat yükümlülüğü olduğu kabul edilmiştir.

Almanya Federal Mahkemesi'nin tıbbi iş birliğinde güven ilkesinin uygulanabilirliğine açıkça dayanan ilk karar²³⁹ 1979 tarihinde verilmiştir.²⁴⁰ Kararda, cerrah ile anesteziistin sorumluluk alanları net bir şekilde ortaya konulduktan sonra anesteziistin, cerrahın ameliyatın dayandığı teşhisi doğru bir şekilde yapacağına ve kendisini doğru bir şekilde bilgilendireceğine güvenebileceğini ve aksine bir belirti yoksa operasyon öncesinde veya sonrasında bu hususları sorgulama yükümlülüğü olmadığına hükmedilmiştir.

İlerleyen yıllarda iş birliğine dayanan çalışma şekillerinin olduğu diğer alanlarda da güven ilkesinin uygulanabileceği kabul edilmeye başlanmıştır. Bu alanların başında inşaat hukuku ve ürün sorumluluğu gelmektedir.

1.3.2. Avusturya'da Güven İlkesinin Gelişimi

Avusturya, güven ilkesiyle ilgili pozitif bir düzenleme yapan tek ülkedir. Bu nedenle Avusturya örneğinin incelenmesi, Türkiye'de güven ilkesine ilişkin yapılacak yasal düzenleme önerileri bakımından önem taşımaktadır.

Avusturya'da trafik hukukuna ilişkin ilk düzenleme 1921 tarihli Federal Trafik Kanunu'dur (Bundesstraßengesetz).²⁴¹ Daha sonra 1929²⁴², 1935²⁴³ ve 1946²⁴⁴ yıllarında Trafik Polisi Temel Kanunları (Straßenpolizei-Grundgesetz) yürürlüğe

²³⁸ BGH 5 StR 324/52, 10.07.1952.

²³⁹ Reşit Karaaslan (2022), *Şirket Yöneticilerinin Suç Genel Teorisi Çerçevesinde Ceza Sorumlulukları Kurul Halinde Alınan Kararlarda Nedensellik Bağı ve Faillik*, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 247.

²⁴⁰ BGH 1 StR 440/79, 02.10.1979.

²⁴¹ BGBl 1921/387.

²⁴² BGBl 1929/438.

²⁴³ BGBl 1935/171.

²⁴⁴ BGBl 1947/46.

girmiştir.²⁴⁵ Güven ilkesini açıkça düzenleyen 1960 tarihli Kara Yolları Trafik Kanunu (*Straßenverkehrsordnung*)²⁴⁶ ise hala yürürlüktedir.

Avusturya’da trafiğin gelişimi ve güven ilkesinin ortaya çıkması, Almanya ile paralel bir seyir izlemiştir. Motorlu araçların ortaya çıkmasıyla yaşanan ilk sorunların nedeni, yayalarla araçların karşı karşıya gelmesiydi. Yayaların motorlu araçlara alışkın olmamasının yanı sıra araçların fayton ya da bisiklet gibi kullanımı ve yolların farklı kullanıcılar için bölünmemiş olması sürekli kazaların meydana gelmesine neden olmaktaydı.²⁴⁷

En başta düşük bir hızla ve oldukça dar bir trafik hacmine sahip yollarda araç kullanan sürücülerden dikkatli olmaları ve trafikteki diğer kişilerin özellikle de yayaların davranışlarına dikkat ederek kendi davranışlarını onlara göre ayarlamaları gerektiği kabul edilmekteydi.²⁴⁸ Ancak zamanla trafik alanlarının ayrılması ile yerel alanlarda bile hızlı araç kullanılabilmesi ve herkesin farklı şekillerde trafiğe katılmasıyla trafik kurallarının herkes için bağlayıcı olduğu fikri yerleşmeye başlamıştır. Art arda yayımlanan trafik kuralları ile yayalara da trafiğin akışını takip etme ve araç trafiğini aksatmama yükümlülüğü yüklenmiştir.²⁴⁹

Avusturya yargı kararlarında dikkat çeken husus, trafikte genel davranış kuralını öngören 7. maddeye oldukça sık dayanılmasıdır:

§ 7 StPolG 1946: “*Trafikte herkes; trafiğe saygı göstermekle ve trafik düzenini korumakla, trafiğin güvenliği ve kolaylığı için gerekli dikkat ve itinayı göstermekle yükümlüdür.*”²⁵⁰

Hem 1929 hem de 1935 tarihli Kanunlarda yer alan genel davranış hükmü, idari işlem tesisinde pek dikkate alınmasa da ceza yargılamalarında, kazaya karışanların taksirli sorumluluklarının tespitinde esaslı bir öneme sahipti.²⁵¹ Ancak Avusturya Yüksek Mahkemesi’nin söz konusu hükmü geniş yorumlaması eleştirilere konu olmuş

²⁴⁵Manfred Worm (2013), *Der Vertrauensgrundsatz im Strafrecht*, (Yayımlanmamış Tez), rechtswissenschaftlichen Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz, Graz, s. 12.

²⁴⁶ BGBl 1960/159.

²⁴⁷ Bkz. agt. s. 17.

²⁴⁸ agt. s. 17.

²⁴⁹ agt. s. 18.

²⁵⁰ “Auf der Straße ist jedermann verpflichtet, Rücksicht auf den Straßenverkehr zu nehmen und die zu Wahrung der Ordnung, Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs erforderliche Vorsicht und Aufmerksamkeit anzuwenden.”

²⁵¹ agt. s. 16.

bu nedenle kanun koyucu 1960 tarihli Kanun'da genel bir davranış kuralına yer vermemiştir.²⁵²

Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin geniş yorumu, trafik hukukunda adeta netice sorumluluğuna varan uygulamalara yol açmıştır. Ancak diğer yandan güven ilkesinin gelişmesi, genel davranış normunu geniş yorumlanması ile mümkün olmuştur. Nitekim bu genel davranış normuna göre trafiğe katılan herkes; dikkatli, saygılı ve kurallara uygun davranmalı ve diğerlerinin trafik kurallarına uyacağına güvenebilmelidir.²⁵³

Ancak 1946 tarihli Kanun'da yer alan boşlukların doldurulması amacıyla başvuru genel davranış normunun hukuki belirsizliğe yol açtığı yönünde ciddi itirazlar öne sürülmüştür. Bu itirazlara göre, yasama organına göre kanunun açık bir şekilde hukuka aykırı olarak nitelendirmediği bir davranışın bu hükmün geniş yorumlanması ile cezalandırılması, yargının kendini yasa koyucunun yerine koyması anlamına gelmektedir. Diğer yandan sürücülerin hangi davranışın doğru olduğuna saniyeler içerisinde karar vermeleri gerekirken yargı organlarının bu davranışların değerlendirilmesi için uzman görüşlerine başvurarak aylarca derinlemesine inceleme yapmasının bir çelişki olduğu ileri sürülmüştür.²⁵⁴

Avusturya İdare Mahkemesi de bir kararında, 7. maddenin bir suç tipini belirtmediğini ve daha çok trafik düzeninin korunmasını amaçlayan, trafik güvenliği ve kolaylığı için gerekli dikkat ve özen kurallarının ihmal edilmesi durumunda taksirli bir suç tipini karşılayabilecek nitelikte bir hüküm olduğunu ifade etmiştir.²⁵⁵

1960 tarihli Kanun'un²⁵⁶ "güven ilkesi" başlıklı 3. maddesinde, güven ilkesinin sınırları gösterilmek suretiyle ilke pozitif hukuka dâhil edilmiştir. 1994 yılında yapılan bir değişiklikle²⁵⁷ de 2. fıkra eklenmiştir:

“(1) Trafiği kullanan herkes, diğerlerinin ilgili yasal düzenlemelere uyacağına güvenebilir. Ancak çocukların, beyaz bastonlu veya sarı kol bantlı görme veya işitme engellilerin, açıkça fark edilebilir bedensel engeli veya sakatlığı bulunanların veya davranışlarını yönlendiremediği anlaşılan kişilerin; trafiğin tehlikelerini anlayabilme veya bu anlayışa uygun bir şekilde davranma yeteneği olmadığı kabul edilmelidir.

²⁵² agt. s. 16.

²⁵³ agt. s. 16.

²⁵⁴ ErläutRV 22 BlgNR 9. GP 51, Aktaran agt. s. 18, 19.

²⁵⁵ VwGH 1039/54 ZVR 1957/14, Aktaran agt. s. 19.

²⁵⁶ BGBl. Nr. 159/1960, (NR: GP IX RV 22 AB 240, S. 36. BR: S. 163), 06.07.1960.

²⁵⁷ BGBl. Nr. 518/1994, (NR: GP XVIII RV 1580 AB 1711 S. 169. BR: AB 4839 S. 588.), 14.07.1994.

(2) Araç kullanıcıları, güven ilkesinin kendilerine karşı geçerli olmadığı kişilere, özellikle sürüş hızını azaltarak ve frene basmaya hazır olarak bir tehlikeye uğramamalarını sağlayacak şekilde davranmalıdır.”

Kara Yolları Trafik Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin ardından Avusturya öğretisinde genel bir davranış normu öngörülmeyle güven ilkesinin normlaştırılmasının hukuki etkileri üzerine bir tartışma başlamıştır. Artık genel davranış normunun uygulanamayacağı yönünde çok katı fikirler öne sürüldüğü gibi Kanun'un, “trafikle ilgili tehlikeleri ortadan kaldırarak ya da azaltarak trafik güvenliğini artırma” şeklinde açıklanan amacı dolayısıyla hala genel davranış normunun geçerli olduğunu savunanlar bulunmaktadır.²⁵⁸ Daha ılımlı bir görüş ise genel davranış yükümlülüğünün tamamen ortadan kalkmadığını, yalnızca yargının bu kurala gereğinden fazla önem vermesi nedeniyle bunun geri plana alınarak güven ilkesinin ön plana çıkarıldığını savunmuştur.²⁵⁹

Ancak toplum tarafından büyük ölçüde yok sayılan²⁶⁰ genel davranış kuralı, “trafiğe katılım, daimî dikkat ve karşılıklı saygı gerektirir” şeklinde formüle edilerek 2011 yılında yapılan değişiklikle²⁶¹ tekrar getirilmiştir. Maddenin hala yürürlükte olan hali şu şekildedir:

(1) Trafiğe katılım, daimî dikkat ve karşılıklı saygı gerektirir; öyle ki her trafik kullanıcısı, diğer insanların trafikle ilgili hukuki düzenlemelere uyacağına güvenebilir. Ancak çocukların, beyaz baston veya sarı kol bandı taşıyan görme engellilerin, açıkça bedensel engeli bulunduğu veya davranışlarını yönlendiremediği anlaşılan kişilerin; trafiğin tehlikelerini anlayabilme veya bu anlayışa uygun bir şekilde davranma yeteneği olmadığı kabul edilmelidir.

(2) Araç kullanıcıları, güven ilkesinin kendilerine karşı geçerli olmadığı kişilere, özellikle sürüş hızını azaltarak ve frene basmaya hazır olarak bir tehlikeye uğramamalarını sağlayacak şekilde davranmalıdır.²⁶²

²⁵⁸ Bu görüşler için bkz. agt. s. 20.

²⁵⁹ Herbert Steininger (1963), “Vertrauensgrundsatz und Fahrlässigkeit”, ZVR, C. 8, S. 4, s. 62.

²⁶⁰ Manfred Worm 2013, agt. s. 21.

²⁶¹ Änderung der Straßenverkehrsordnung 1960 (23. StVO-Novelle), BGBl. I Nr. 34/2011, 12.05.2011, <https://www.ris.bka.gv.at/eli/bgbl/I/2011/34> (E.T. 25.04.2020).

²⁶² (1) Die Teilnahme am Straßenverkehr erfordert ständige Vorsicht und gegenseitige Rücksichtnahme; dessen ungeachtet darf jeder Straßenbenützer vertrauen, dass andere Personen die für die Benützung der Straße maßgeblichen Rechtsvorschriften befolgen, außer er müsste annehmen, dass es sich um Kinder, Menschen mit Sehbehinderung mit weißem Stock oder gelber Armbinde, Menschen mit offensichtlicher körperlicher Beeinträchtigung oder um Personen handelt, aus deren augenfälligem

Trafikte saygı ve dikkat gerektiren bu kurala (*Alm. Rücksichtnamegebot*) yer verilmesi, kanun değişikliği ile ilgili yayımlanan görüşlerden anlaşılabilirliği kadarıyla olumlu karşılanmıştır.²⁶³ Ancak buradaki sorun, ilkenin kusurun belirlenmesinde nasıl bir etki yaratacağı ve kusurun paylaşılması sonucunu doğurması halinde bunun beraberinde getireceği sakıncalardır.²⁶⁴ Ancak genel itibarıyla anılan davranış normunun idari veya cezai bir sorumluluğa yol açmayacağı²⁶⁵ bu kurala kanunda yer verilmezken de trafiğe katılan herkesin dikkat ve saygı yükümlülüğünün bulunduğu ifade edilmiştir.²⁶⁶

1.3.3. İsviçre’de Güven İlkesinin Gelişimi

Güven ilkesine ilişkin tartışmalar, Almanca İsviçre literatüründe de yer edinmiştir. Özellikle trafikte geçerli genel davranış yükümlülüğü ile güven ilkesinin ilişkisini gösterebilmek açısından İsviçre örneği önem taşımaktadır.

İsviçre’de ilk kez 1902 yılında federal bir otomobil yasası ihtiyacı gündeme gelmiştir. 1904 yılında kabul edilen Motorlu Araçlar ve Bisiklet Trafikine İlişkin Standart Düzenleme Konkordansı (*Alm. das Konkordat über die einheitliche Verordnung betreffend den Motorwagen und Fahrradverkehr*)²⁶⁷ ile zorunlu trafik sigortası, daha ayrıntılı ve katı hız sınırları gibi²⁶⁸ esasında yayaları otomobillere karşı

Gehaben geschlossen werden muss, dass sie unfähig sind, die Gefahren des Straßenverkehrs einzusehen oder sich dieser Einsicht gemäß zu verhalten.

(2) Der Lenker eines Fahrzeuges hat sich gegenüber Personen, gegenüber denen der Vertrauensgrundsatz gemäß Abs.1 nicht gilt, insbesondere durch Verminderung der Fahrgeschwindigkeit und durch Bremsbereitschaft so zu verhalten, daß eine Gefährdung dieser Personen ausgeschlossen ist.

²⁶³ Stellungnahme des ÖAMTC zum Entwurf einer 23. StVO-Novelle (GZ. BMVIT-160.008/0001-II/ST5/2011), <https://www.oeamtc.at/StN+23+StVO+Nov.pdf/18.331.343>, (E. T. 26.04.2020); Wortmeldung des Abgeordneter Dipl.-Ing. Gerhard Deimek (Freiheitliche Partei Österreichs), https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/NRSITZ/NRSITZ_00102/SEITE_0179.html (E. T. 26.04.2020); Die Grünen GZ. BMVIT-160.008/0001-II/ST5/2011 vom 23.02.2011 Entwurf einer 23. StVO-Novelle; Begutachtung, https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/SNME/SNME_06110/imfname_209926.pdf (E. T. 26.04.2020).

²⁶⁴ Sigortacılık alanında yaşanabilecek sıkıntılar ile ilgili bkz. Wortmeldung des Abgeordneter Dipl. Ing. Gerhard Deimek.

²⁶⁵ Stellungnahme des ÖAMTC zum Entwurf einer 23. StVO-Novelle, s. 2.

²⁶⁶ Manfred Worm 2013, agt. s. 22.

²⁶⁷ AS Bd. 20, 1904, 73, *Aktaran Peter Remund (1971), Der sogenannte Vertrauensgrundsatz nach SVG Art. 26 Abs. 1 als Grundlage für das Verhalten im Strassenverkehr unter Berücksichtigung der Bundesgerichtspraxis*, Zürich, Juris Druck / Verlag Zürich, s. 19.

²⁶⁸ Peter Remund 1971, age. s. 21.

koruyucu birtakım düzenlemeler öngörülmüştür. Konkordans'ın 9. maddesiyle sürüş hızına egemen olma şeklinde genel bir kural da getirilmiştir.²⁶⁹

1914 yılında yapılan değişiklikle, hız sınırları konusunda daha sert kurallar öngörülmüş ve bunlara uyulmasına büyük önem gösterilmiştir.²⁷⁰ Bu dönemde, yayaların, fizyolojik engelleri olsun ya da olmasın özgürce hareket edebilecekleri ve otomobillerin yayalar için tehlike yaratmaktan kaçınmaları gerektiği anlayışı mevcuttu.²⁷¹ Görüldüğü gibi Almanya ve Avusturya'da hâkim olan güvensizlik ilkesi burada da geçerli olmuştur.

15.03.1932 yılında kabul edilen Motorlu Taşıtlar ve Bisiklet Trafikine İlişkin Federal Yasa (*Alm. Bundesgesetz über den Motorfahrzeug und Fahrradverkehr*), gelişen motorlu araç trafiği karşısında geçerliliği kalmayan Konkordans'ın yerini almıştır.²⁷² Kanun'un 25. maddesi, Almanya ve Avusturya'da olduğu gibi sürücünün her zaman aracına hakim olması ve hızını yol ve trafik durumuna göre ayarlaması gerektiği şeklinde, araç kullanıcılarına katı bir özen yükümlülüğü yükleyen genel bir kural olarak formüle edilmiştir. Kuralın, Kanun içerisinde temel bir önemi olduğu ve tüm trafik davranışlarında dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir.²⁷³

1932 tarihli Kanun'un 25. maddesi açıkça sadece sürücülerden bahsetse de geniş yorumlanmakta ve diğer trafik katılımcıları için de geçerli olduğu savunulmaktaydı.²⁷⁴ Hala yürürlükte olan 19.12.1958 tarihli Federal Karayolu Trafik Kanunu²⁷⁵ ile bu anlayış kanunlaştırılmış ve 26. maddede güven ilkesine de temel teşkil eden trafik davranışlarına ilişkin temel bir kural öngörülmüştür. Trafik güvenliğinin yalnızca motorlu araç kullanan sürücülerin kurallara uymasıyla sağlanamayacağı, bu nedenle sorumluluğun trafikte yer alan herkesle paylaşılması gerektiği anlayışıyla²⁷⁶ şu madde düzenlenmiştir:

SVG m. 26:

(1) Trafikte herkes, yolların nizami bir şekilde kullanımını engellemeyecek ve tehlikeye atmayacak şekilde davranmalıdır.

²⁶⁹ age. s. 30, 31.

²⁷⁰ age. s. 22.

²⁷¹ age. s. 23. Ayrıca bkz. İsviçre Yüksek Mahkemesi'nin 06.03.1922 tarihli kararı, *Vierteljahresschrift für argauische Rechtsprechung*, Band 22, s. 103, *Aktaran* age. s. 22.

²⁷² age. s. 25.

²⁷³ age. s. 32.

²⁷⁴ age. s. 32.

²⁷⁵ AS 1959 Bd. II, s. 679.

²⁷⁶ age. s. 55.

(2) Çocuklara, malullere, yaşlılara karşı ve ayrıca bir yol kullanıcısının kurallara uygun davranmadığına yönelik belirtiler olan durumlarda özel bir dikkat gösterilmesi gerekir.²⁷⁷

Diğer ülkelerin etkisiyle 1932 tarihli Kanun döneminden itibaren içtihatlarla İsviçre hukukuna giren²⁷⁸ güven ilkesi İsviçre kanun koyucusu tarafından açıkça kabul edilmiş olmasa da ilkenin sınırları bu hükmün ikinci fıkrasında gösterilmiştir. Bununla birlikte, trafik düzenlemeleri içerisindeki konumu ve içeriği nedeniyle trafik hukuku açısından son derece önemli olan bu kuralın, kullanılan genelleştirilmiş ifadeler ve formülasyonu nedeniyle uygulama ve öğretide çeşitli belirsizliklere neden olduğu ve bu açıdan yoruma muhtaç olduğu ifade edilmektedir.²⁷⁹

1.3.4. Türkiye’de Güven İlkesinin Gelişimi

Güven ilkesinin Türk hukukunda pozitif hukukta doğrudan bir dayanağı bulunmamaktadır. Türk hukukunda güven ilkesinin uygulama alanı bulabileceği, cezaların şahsiliğini düzenleyen Anayasa’nın 38/7 ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 20. maddesi²⁸⁰ ve 22. maddesinin 4 ve 5. fıkralarıyla açıklanmakta ve herkesin kendi üzerine düşen özen yükümlülüğünü ihlal edip etmediğinin araştırılması gerekliliği ilkenin temeli kabul edilmektedir.²⁸¹ Ancak ilk olarak 4. fıkra failin ancak kusurlu olması halinde cezalandırılacağını, 5. fıkra ise taksirli suçların iştirak halinde işlenemeyeceğini düzenlemektedir. Bu açıdan ilgili düzenlemelerin güven ilkesinin doğrudan pozitif dayanağı olarak kabul edilmesi mümkün görünmemektedir. Bununla birlikte özellikle başkalarının kusurundan sorumlu olmama anlamına gelen şahsilik ilkesiyle güven ilkesi ilişkisi üzerinde durulması gerekmektedir.²⁸²

²⁷⁷ “(1) Jedermann muss sich im Verkehr so verhalten, dass er andere in der ordnungsgemässen Benützung der Strasse weder behindert noch gefährdet.

(2) Besondere Vorsicht ist geboten gegenüber Kindern, Gebrechlichen und alten Leuten, ebenso wenn Anzeichen dafür bestehen, dass sich ein Strassenbenützer nicht richtig verhalten wird.”

²⁷⁸ Bkz. age. s. 54, 55.

²⁷⁹ Hans Giger (2011), “Der Vertrauensgrundsatz des Strassenverkehrsrechts im Fokus von Sorgfaltspflicht und Verkehrssicherheit als Typisierungsproblem”, *Strassenverkehr*, C. 3, s. 4.

²⁸⁰ Yener Ünver (2008), “Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi”, *İçinde, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu*, TBB Yayınları, Ankara, s. 883; Ali Kemal Yıldız (2010), “Tıp Hukukunda Güven İlkesi”, *VII. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu*, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 261; Tuğrul Katoğlu 2007, agm. s. 31; Reşit Karaaslan 2022, age. s. 246; Veli Özer Özbek 2021, age. s. 98.

²⁸¹ Burcu Görkemli (2016), “Tıp Hukuku Bağlamında Güven İlkesi ve Ceza Hukuku Açısından Sonuçları”, *CHD*, C. 11, S. 32, s. 153.

²⁸² *infra* 1.4.3.2.

Doğrudan ilkesin adının geçtiği tespit edilebilen tek mahkeme kararı 2000 tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararıdır.²⁸³ Söz konusu kararda güven ilkesinin birden çok kişinin katıldığı fiillerde taksir sorununun çözümünde kullanılabileceği ve iş bölümü ilişkilerinde sorumluluğu sınırlandırıcı bir işlevi olabileceğinden bahsedilmiş ancak somut olayın çözümünde güven ilkesinden yararlanılmamıştır.²⁸⁴

Güven ilkesine dair Türkçe literatürdeki ilk kaynak, Delogu'nun 1984 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde verdiği bir konferansın 1987 yılında yayımlanmış metnine dayanmaktadır. "Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi" başlıklı metinde, birden çok kişinin katıldığı faaliyetlerde taksirli sorumluluğun belirlenmesi bağlamında güven ilkesinden bahsedilmektedir.²⁸⁵ Daha sonra pek çok eserde²⁸⁶ sınırlı kapsamda ele alınan ve özellikle tıp hukuku boyutuyla makalelere konu olan güven ilkesi yukarıda incelenen ülkelerin aksine Türkiye'de akademik çalışmalarla kâğıt üzerinde kalmış ve ne yasa yapım çalışmalarına ne de yargı pratiklerine etki edebilmiştir. Bu açıdan konunun karşılaştırılan diğer ülkelerde olduğu gibi tarihi arka planını ortaya koyma imkânı da bulunmamaktadır.

Örnek olarak incelenen ülkelerle Türkiye arasındaki farklılık özellikle trafik hukukunda açık bir şekilde görülebilir. Nitekim özellikle geçiş hakkı bağlamında ortaya çıkan ve kişinin bu hakkına saygı göstereceğine güvenebilme izni veren Alman ve Avusturya yargı pratiklerinin aksine Türkiye'deki uygulama daha çok sürücülerin her daim dikkatli olmaları ve diğerlerinin kuralları ihlal edebilecekleri ihtimaline karşı adeta tetikte bulunmaları gerektiği yönünde şekillenmiştir.²⁸⁷ İçtihatlar esas olarak Kara Yolları Trafik Kanunu'nun kavşağa yaklaşan sürücülere hızlarını azaltmalarını yükümlülüğü yükleyen 52/1-a ve kavşağa yaklaşan sürücülere dikkatli olma yükümlülüğü yükleyen 57/1-a maddelerine dayanmaktadır. Söz konusu kararlarda, kavşaklarda geçiş hakkının ihlali nedeniyle meydana gelen kazalarda bekleme yükümlülüğü olan sürücü asli kusurlu kabul edilirken, geçiş hakkı olan sürücü hızını

²⁸³ YCGK, E. 2000/9-104, K. 2000/110, T. 16.05.2000.

²⁸⁴ *infra* 2.4.

²⁸⁵ Tullio Delogu (1987), *agm.* s. 123.

²⁸⁶ Yener Ünver (1998), *İzin Verilen Risk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 338; Elvan Keçelioğlu 2015, *age.* s.92 vd; Muhammed Demirel 2022, *age.* s. 257 vd.; Doğramacı'nın tıp ceza hukukunda güven ilkesini incelediği eseri ise bütünüyle güven ilkesini konu alan tek monografik çalışmadır. Yakup Gökhan Doğramacı (2016), *Tıbbi Uygulamalarda Ekip İş Birliği ve Güven İlkesi*, Legal Yayıncılık, İstanbul.

²⁸⁷ Yar. 12. CD., 23.06.2015, 22080/11595; Yar. 12CD., 06.11.2018, 1471/10396; Yar. 12. CD., E. 2016/4294 K. 2018/1259 T. 8.2.2018; Samsun BAM, 1. CD., E. 2019/11964, K. 2020/94, T. 13.01.2020.

azaltmadığı için tali kusurlu kabul edilmektedir. Bu açıdan anılan hükümlerin, trafik hukukunda güvensizlik ilkesinin geçerli kabul edilmesi yönünde etki ettiği söylenebilir.²⁸⁸

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun verdiği bir kararda sanık, kavşağa yaklaştığı sırada tali yoldan bir motosikletin ana yola girdiğini görmesine rağmen geçiş hakkının kendisine ait olduğunu ve motosikletin duracağını düşünerek hızını azaltmadan sadece selektör yaparak yoluna devam etmiş ve yaşanan kazada motosiklet sürücüsü ve bir kişi daha yaralanmıştır. Genel Kurul, sanığın 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu hükümlerine aykırı olarak kavşağa girerken hızını azaltmaması ve hızını mevcut şartlara uydurmaması nedeniyle motosiklet sürücüsüyle birlikte kusurlu olduğunu kabul etmiştir.²⁸⁹ Görüldüğü gibi otomobil sürücünün, geçiş hakkına riayet edileceği yönündeki güvenine hukuki bir geçerlilik tanınmamıştır. Aksine motosiklet sürücüsünün kurallara aykırı hareket edebileceğini varsayarak kavşağa girmesi gerektiğine hükmedilmiştir.²⁹⁰ Bu hüküm, trafik hukukunda güvensizlik ilkesinin kabulü anlamına gelmektedir.

1.4. GÜVEN İLKESİNİ AÇIKLAYAN TEORİLER

Bu başlık altında güven ilkesinin ceza hukuku içerisinde nasıl gerekelendirileceği, cezai sorumluluğun belirlenmesinde güven ilkesinin dikkate alınmasının dayanakları incelenecektir. Türk hukukunda ağırlıklı olarak cezaların şahsiliği ilkesi ile ilişkilendirilen²⁹¹ güven ilkesinin tarihi gelişimine paralel olarak değişen ceza hukukundaki dayanaklarına ilişkin Alman hukukunda daha kapsamlı tartışmalar bulunmaktadır.

1.4.1. Ödül Teorisi

1.4.1.1. Genel Olarak

Ödül teorisi (*Alm. die Prämientheorie*), açıkça bu şekilde ifade edilmese de ilk olarak *Gülde* tarafından formüle edilmiştir. Teori, hukuka uygun davranan kişinin,

²⁸⁸ *infra* 3.2.2.1.

²⁸⁹ Yar. CGK., 30.10.2014, 775/451.

²⁹⁰ Söz konusu güvenin taksirli yaralama suçundan sorumluluk bağlamında önemine III. Bölümde değinilecektir.

²⁹¹ Yener Ünver 2008, agm. s. 883; Ali Kemal Yıldız 2010, agm. s. 260; Elvan Keçelioglu 2015, age. s. 100, 101; Katoğlu 2007, agm. s. 31.

güven ilkesiyle ödüllendirilerek hukuk düzenine uygun davranışların teşvik edilmesi mantığına dayanmaktadır.²⁹²

Gülde'ye göre kurallara uymayan kişilere duyulan hoşgörü, kurallara itaat eden Alman halkına zarar verecektir.²⁹³ Görüldüğü gibi yazar, hukuk düzeninin geçerliliğini pekiştirecek ve halkın trafik disiplinine uygun davranmaya alışmasını sağlayacak, bu şekilde de nasyonel sosyalist ideolojiye hizmet edecek bir teori ortaya koymayı hedeflemiştir.²⁹⁴

Ancak ödül teorisini yalnızca nasyonel sosyalist hukukçulara atfetmek doğru olmayacaktır; öyle ki teori esas olarak II. Dünya Savaşı'nın ardından ödül teorisi adıyla tartışılıp savunulmuştur.²⁹⁵ Bu dönemde teorinin Alman Trafik Kanunu'nun 1. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi üzerinden gerekçelendirilmeye çalışıldığı görülmektedir. Bu teori, öğretide altın kural olarak nitelendirilen “*diğerlerine, size yapmalarını istediğiniz şeyin aynısını yapın*” ilkesi ile özetlenmiştir.²⁹⁶

Ödül teorisi; hukuka uygun davranan kişiye güven ilkesi ile imtiyaz tanınmasını, adaletin (*Gerechtigkeit*) ve genel saygı yükümlülüğünün (*allgemeinen Rücksichtspflicht*) bir gereği olarak kabul eder.²⁹⁷ Teoriden çıkan diğer sonuç, kendisi hukuka uygun davranmayan kişinin başkalarından bunu bekleyememesidir. Buna göre hiç kimse kuralları ihlal etmesi halinde başkalarının sakın kalarak yarattığı tehlikeleri önleyebileceğine güvenemez.²⁹⁸ Güven ilkesinin yalnızca trafik hukuku bağlamında ele alındığı dönemde, trafiğin karşılıklı güven gerektiren bir ortaklık temelinde işleyebileceği ve eğer karşıdaki kurallara uymuyorsa ortaklık için bir gerekçe kalmayacağı savı, destekleyici argüman olarak kullanılmıştır.²⁹⁹

1.4.1.2. Hukuka Aykırı Davranan Kişi Bakımından Güven İlkesinin Uygulanabilirliği Sorunu

Hukuka uygun davranan kişinin, diğerlerinin de hukuka uygun davranmasını bekleyebileceği ve güven ilkesinden yararlanabileceği, ödül teorisi kapsamında

²⁹² Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 225.

²⁹³ Hermann Gülde 1938, agm. s. 2785.

²⁹⁴ Bernhard Brinkmann 1996, age. s. 117, 118.

²⁹⁵ Pizarro, bu ilkenin ilk olarak savaş sonrasında görüldüğünü ifade etmektedir (bkz. age. s. 122).

²⁹⁶ Elisabeth Krumme (1961), “Wandlung des Vertrauensgrundsatzes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs”, ZVS, C. 7, S. 1, s. 1; Richard Lange 1966, agm. s. 171.

²⁹⁷ agm. s. 2.

²⁹⁸ agm. s. 2.

²⁹⁹ Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 122.

rahatlıkla açıklanabilmektedir. Ancak kendisi hukuka aykırı davranan kişi, karşı tarafın hukuka uygun davranacağına güvenebilir mi sorusu, teoriye yönelik eleştirilerin başlangıcını oluşturmaktadır.

Ödül teorisine ilişkin ilk görüşler, bu soruya olumsuz yanıt vermektedir.³⁰⁰ Bu halde, güven ilkesinden yararlanmanın ön koşulu, hukuka uygun davranmaktır. Ancak daha sonra bu görüş çok dar olmakla eleştirilmiş³⁰¹ ve netice sorumluluğunu öngören, “hukuka aykırı bir durumda bulunan bunun tüm sonuçlarına katlanır” anlamındaki Kanonik hukuka ait *versari-in-re-illicita* ilkesinin bir yansıması olduğu belirtilmiştir.³⁰² Hukuka aykırı davranan kişilerin de belirli şartlar altında güven ilkesinden yararlanabileceği açıktır. Bir görüş, bu şartların ödül teorisi kapsamında istisna teşkil ettiğini savunmaktadır.³⁰³ Güven ilkesinin bölünebilirliği görüşü uyarınca, kişi küçük dikkatsizliklerinin tüm sonuçlarına katlanmamalıdır.³⁰⁴ Bir başka görüş ise sorunun ödül teorisi içerisinde çözülmesinin mümkün olmadığı yönündedir.³⁰⁵

1.4.1.2.1. Sorunun Şahsi Sorumluluk Kapsamında Ele Alınması

Bu görüş, kişinin kendi özen yükümlülüğünü başkasına yükleyemeyeceği fikrine dayanır.³⁰⁶ Kişi eğer hukuka aykırı davranışıyla üçüncü kişinin hukuka aykırı hareket etmesine neden olursa güven ilkesinden yararlanamaz.³⁰⁷ Dolayısıyla özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek hukuka aykırı davranan kişinin, diğerlerinin yükümlülüklerine uygun davranarak bu davranışının yarattığı riskleri önleyebileceğine dair güven hukuk tarafından korunmaz.³⁰⁸ Örneğin tali yoldan çıkan araç, ana yoldan başka bir aracın geçebileceğini hesap etmelidir, ancak aşırı hızlı bir şekilde geleceğini hesap etme yükümlülüğü yoktur. Ana yoldan gelen sürücüye ait olan hızını ayarlama yükümlülüğü, başka bir sürücüye yüklenemez.³⁰⁹

³⁰⁰ Elisabeth Krumme 1961, agm. s. 2.

³⁰¹ Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 121.

³⁰² Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 128. Aynı yönde Berrin Akbulut 2020, age. s. 404.

³⁰³ Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 121.

³⁰⁴ age. s. 123.

³⁰⁵ Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 128; Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 123; Bernhard Brinkmann 1996, age. s. 121.

³⁰⁶ Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 134.

³⁰⁷ Bernhard Brinkmann 1996, age. s. 119.

³⁰⁸ Ingeborg Puppe 2017, NK, §13, age. parag. 165.

³⁰⁹ Bernhard Brinkmann 1996, age. s. 120.

Bu görüş, riskin yaratılmasına katılan kişilerin sorumluluklarını tamamen üstlenmek zorunda olmadıkları sonucuna çıkması nedeniyle eleştirilmektedir. Buna göre güven ilkesi, başka birinin davranışı nedeniyle kişinin kendi davranışının sorumluluğundan kurtulması değil, belirli bir sorumluluk paylaşımı kapsamında başka birinin doğru davranacağına güvenebilmek anlamına gelir.³¹⁰

Başkalarının hukuka aykırı davranmasına sebep olabilecek tehlike faktörleri ile ilgili güven ilkesinin gerektirdiğinden daha fazla bilgi sahibi olan kişi de güven ilkesinden yararlanamaz.³¹¹

Bir diğer durum, karşı tarafın aşırı mantıksız bir şekilde davranmasıdır. Kişi kendisi hukuka aykırı davranırsa dahi başkalarının aşırı mantıksız davranışlarını hesap etmek zorunda değildir.³¹² Yargı kararlarına da yansıyan³¹³ bu görüş daha sonra öğretide objektif isnadiyette risk bağlantısı kapsamında (*Risikozusammenhang*) tartışılmıştır.³¹⁴ Buna göre eğer ikinci davranış kasıtlı ise ortaya çıkan neticenin zaten hukuka aykırı hareket eden ilk kişiye isnat edilme ihtimali yoktur. Hafif taksirle hareket ederse, hukuka aykırı hareketi gerçekleştiren ilk kişi risk bağlantısı ve neticenin isnat edilebilirliği nedeniyle sorumlu olur. Nitekim bu halde kural olarak hafif ya da orta derecede taksirli hareket edilmeyeceğine güvenilemeyeceği ifade edilmektedir. Ancak hukuka aykırı davranan kişi, üçüncü bir kişinin ağır taksirli davranışı nedeniyle güven ilkesinden yararlanabilir. Bu halde, büyük ihtimalle neticeyi gerçekleştirecek garip ve alışılmadık bir davranış söz konusudur.³¹⁵

Bu görüş birkaç noktadan eleştirilmiştir. İlk sorun, ilk kişinin de ağır taksirle hareket etmesi ya da daha kusurlu davranmasıdır. Bu noktada ilk kişinin sorumluluktan kurtulması için, iki kişinin kusurları arasında ne kadar fark olacağı belirsizdir.³¹⁶

³¹⁰ Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 135, 136; Bernhard Brinkmann 1996, age. s. 119.

³¹¹ age. s. 121.

³¹² Elisabeth Krumme 1961, agm. s. 2. Eleştirisi için bkz. Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 122, 123.

³¹³ BGHSt 8, 200 (203), *Aktaran* Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 147.

³¹⁴ Manfred Burgstaller (1974), *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viyana, s. 62.

³¹⁵ Manfred Burgstaller (1985), "Erfolgszurechnung bei nachträglichem Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst", *İçinde, Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Ed. Theo Vogler, Duncker Humboldt, Berlin, s. 363-366; Christian Jäger (2017), "§1", *İçinde, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Karl Heymanns Verlag, München,

³¹⁶ Ingeborg Puppe (2019), *Strafrecht Allgemeiner Teil Spiegel der Rechtsprechung*, §5, 4. Bası, Nomos, Baden Baden, parag. 18.

İlk hareketi gerçekleştirenin sorumluluktan kurtulabilmesi ancak ikinci kişinin hafif de olsa hatalı bir hareketiyle onun davranışını bastırması ya da ilk hareketin dengelenmesinin ardından başka bir tehlike yaratılmasıyla mümkün olabilir.³¹⁷

Bu görüş şu açıdan da eleştirilmiştir. Kişi, kendisi de hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirmesine rağmen üçüncü kişinin hukuka uygun davranacağına güveniyorsa güven ilkesinden yararlanamaz; netice ilk kişinin sorumluluk alanındadır. Ancak üçüncü kişi ağır taksir teşkil eden bir fiil gerçekleştirirse, onun hukuka uygun davranmasını bekleyen kişinin güveni korunacaktı ve sorumluluk ağır taksirle hareket eden kişinin alanında olacaktı. Dolayısıyla üçüncü kişinin neticeden tek başına sorumlu olması, hareketinin ağırlığına bağlıdır. Ancak bir başkasının yarattığı riske katılan kişi, yalnızca kendi sorumluluk alanıyla sınırlı olarak kendisine isnat edilebilen durumlardan sorumlu tutulabilir.³¹⁸

1.4.1.2.2. Sorunun Normun Koruma Amacı Teorisi Kapsamında Ele Alınması

Normun koruma amacı teorisi, özen kurallarının ihlali halinde ortaya çıkan neticelerden hangilerinin ilgili norm kapsamında sorumluluğa yol açacağını tespit etmek için ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda öncelikle özen yükümlülüğünü düzenleyen normun hangi tehlikeleri ortadan kaldırmak için öngördüğü somutlaştırılmalıdır. Bu yorum faaliyetinin ardından normun engellemeyi amaçladığı tehlikenin neticede ortaya çıkıp çıkmadığı belirlenmelidir.³¹⁹ Sonuç itibariyle, faile hukuka aykırı fiilinin ortaya çıkardığı her sonuç değil, yalnızca ihlal ettiği normla engellenmesi amaçlanan sonuçlar isnat edilebilecektir.³²⁰

Dolayısıyla başkalarının davranışlarına duyulan güvenin sınırları da ilgili normun amacıyla belirlenir. Kişi hukuka aykırı davranırsa da ihlal ettiği norm ortaya çıkan neticeyi önleme amacı taşımiyorsa hala üçüncü kişilere karşı güven ilkesini öne sürebilir. Örneğin geçiş önceliğine sahip sürücü, hız limitini aşsa da bekleme yükümlülüğü olan kişinin yaya geçidindeki kırmızı ışığa dikkat edeceğine güvenebilir.³²¹

³¹⁷ Frisch, Wolfgang. Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Heidelberg 1988 s. 436,439, Aktaran Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 148.

³¹⁸ Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 151.

³¹⁹ Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 129.

³²⁰ Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 132.

³²¹ age. s. 134.

Hukuka aykırı hareket eden kişinin yarattığı risk, üçüncü kişinin yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle devam etmişse ilk kişi güven ilkesinden yararlanabilir mi? Bir görüş, eğer ikinci kişinin aktif bir hareketi varsa, ilk kişinin güven ilkesine dayanabileceğini savunmaktadır. Bu halde üçüncü kişinin kendi fiilinden sorumluluğu uyarınca hafif taksirli hareketleri halinde dahi ilk kişi sorumluluktan kurtulacaktır. Ancak ihmal durumunda aynı sonuca varılamayacağı ifade edilmektedir.³²²

1.4.1.3. Ödül Teorisini Reddeden Görüşler

Ödül teorisini eleştiren ilk görüş, güven ilkesini sorumluluk paylaşımı ve aktörlerin kendi sorumluluk alanları içerisinde hukukla bağlılığı noktalarından açıklamakta ve bu açıdan kendisine güvenilen üçüncü kişinin sorumluluğunu kaldırdığını savunmaktadır.³²³ Buna göre güven, üçüncü kişinin riski dikkatli bir şekilde yöneteceğine ilişkin beklenti normatif olarak temellendirilebildiği ve bilişsel olarak güvence altına alınabildiği sürece korunabilir.³²⁴ Güvenilirliğin sınırları, yalnızca güvenen kişinin davranışıyla belirlenemez. Hukuka aykırı davranan kişinin güven ilkesinden yararlanması, sorumluluk paylaşımı ile ilgili bir sorundur. Bu nedenle kendisine güvenilen kişi yanında güvenen kişinin de davranışı dikkate alınmalıdır.³²⁵

Bir diğer görüş ise ödül teorisinin; güven ilkesinin dogmatik temellerini, ilkenin içeriği ve sınırları üzerinden belirlemesi nedeniyle paradoksal bir durum yarattığını belirtmektedir. Diğer yandan özen yükümlülüğüne ilişkin her normun (*Sondernorm*) ödül fikri ile gereçlendirilebileceğine dikkat çekilmektedir.³²⁶

³²² Christian Jäger 2017, SK, §1, age. parag. 134.

³²³ Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 176.

³²⁴ age. s. 176.

³²⁵ Kişinin somut olayda hukuka aykırı davranması halinde güven ilkesinin işlevi, üçüncü kişilerin ikincil sorumluluklarının etkinleştirilmesini ve sınırlandırılmasını belirlemektir. Sorumluluğun etkinleştirilmesi de aktörler arasındaki sorumluluk paylaşımına bağlıdır. Bu anlamda üçüncü kişinin telafi etme yükümlülüğü özellikle önemlidir. Kişi kendi hukuka aykırı hareketi ile başka birini hatalı davranmaya sürüklese dahi onun hukuka uygun davranacağına yönelik minimum beklenti içerisinde olabilir. Bkz. age. s. 176.

³²⁶ Bernhard Brinkmann 1996, age. s. 121.

1.4.2. Bir Deneyim Kuralı Olarak Güven İlkesi

1.4.2.1. Güven İlkesinin Trafik Deneyimlerine Dayandığına İlişkin İlk Görüşler

Güven ilkesi kapsamında deneyim kurallarına ilişkin ilk tartışmalar, ilk olarak “genel yaşam deneyimleri”nin; güven ilkesini sınırlandırıcı bir işlev üstlenmesi, hatta güven ilkesinin reddini dolayısıyla “güvensizlik ilkesi”nin kabulünü gerektirdiği fikirleri ekseninde gerçekleştirilmiştir.³²⁷ Bu görüşün kabulü, insan doğasının genel itibariyle hata yapmaya yatkın olması nedeniyle güven ilkesinin uygulanmasını imkânsız kılacağından, ilke genel bir uyum ölçütü olarak kabul edilmemiştir.³²⁸

Yine bu tartışmaların devamı niteliğinde güven ilkesinin kapsamının ne olacağı ve bu çerçevede “tipik trafik ihlallerinin” hesap edilme zorunluluğu olup olmadığı ikinci tartışma konusu olmuştur.³²⁹ Daha önce de açıklandığı gibi bu görüşe getirilen eleştiri, trafik ihlallerinin hemen hepsinin genel yaşam deneyimlerinin bir parçası olduğu yönündedir.³³⁰

Bu tartışmalar odağında trafik deneyimlerinin ya da daha genel olarak genel yaşam deneyimlerinin ne olduğu anlaşılmaya çalışıldığında yalnızca “tipik ihlal” kavramı ile karşılaşılacaktır. Bu başlık altında, esas olarak üçüncü bölümde³³¹ ele alınacak olan bu kavram hakkında, deneyim kurallarının açıklanabilmesi için kısa bir bilgi vermek gerekmektedir. Hangi ihlallerin tipik olduğu ise net bir şekilde ortaya konulamamıştır.³³² Ancak konuya ilişkin içtihatlardan bir tanıma ulaşılabılır gibi görünmektedir. Yayalar tarafından sık gerçekleştirilen hataların sürücüler tarafından dikkate alınması gerektiği yönündeki bir kararda Hamburg Eyalet Yüksek Mahkemesi, genel trafik deneyimlerine göre hesap edilmesi gereken ve yaşamın olağan deneyiminin dışında kalmayan tipik bir trafik ihlalinin, güven ilkesi kapsamında korunamayacağına karar vermiştir.³³³ Kararda trafik deneyimlerine ilişkin biri olumlu diğeri olumsuz iki unsura yer verilmiştir. Olumlu unsur, bir ihlalin deneyimlere göre öngörülebilir olması; olumsuz unsur, olağan yaşam deneyimlerinin dışında olmamasıdır.³³⁴

³²⁷ Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 67.

³²⁸ Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 177.

³²⁹ Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 68.

³³⁰ Hermann Gülde 1938, agm. s. 2787.

³³¹ *infra* 3.2.3.4.

³³² Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 68.

³³³ OLG Hamburg (Z), VerkMitt 1961, Nr. 10, *Aktaran* Krischbaum, age. s. 168.

³³⁴ Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 168. Tipik trafik ihlalleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 3.2.3.4.

Bu ifadelerden genel geçer bir tanım elde etmenin zorluğu bir yana, güven ilkesinin kapsamının genişlemesi nedeniyle “tipik ihlal” kavramının trafik dışında farklı alanlarda kullanılabilir bir enstrüman olmadığı ortadadır. Bu tartışmalardan çıkan ilk soru; tipik ihlal kavramının ötesinde güven ilkesinin sürekli değişen dinamik kapsamıyla uyumlu, genel geçer bir tanım yapmanın mümkün olup olmadığıdır. Devamında bu kavramın ceza hukukunda kullanılmaya elverişli normatif bir dayanağı bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Ancak bu sorular, daha ileride ele alınacaktır.

1.4.2.2. Güven İlkesinin Deneyim Kuralı Terimiyle Açıklanması

Güven ilkesinin deneyim kuralına dayandığı görüşünün savunucusu *Brinkmann*, diğer teorilerin ilkeyi gerekçelendirmekte değil, ancak sistematik bir kategoride konumlandırmakta yetersiz olduğu görüşündedir. Yazara göre güven ilkesi bir norma dayanmaz. Edimsel olarak uygulama alanı bulan ilke, Almanya’daki deneyim kurallarından kaynaklanır ve bu nedenle başka ülkelerde geçerli olamaz. Yazar örnek olarak Almanya’da herkes tarafından uyulan sağdan gelenin öncelik hakkına sahip olduğu yönündeki kuralın Arjantin’de uygulanmamasını vermiştir.³³⁵

Brinkmann tezini taksirli suçun yapısıyla açıklamaktadır. Taksirli tipik fiilin merkezi noktası olan bir tehlike durumunun öngörülmesi, ontolojik ve nomolojik³³⁶ temel arasındaki bağlantıyı oluşturur. Nomolojik bilginin unsuru ise yalnızca doğa yasaları değil, aynı zamanda deneyimlerin öğrettiği kurallardır. Bu açıdan taksirli suçlarda risk tahmininin oluşturulmasında deneyim kurallarına başvurulur.³³⁷

Bu noktada deneyim kurallarının tanımını yaparak doğa yasalarından farkını ortaya koymak gerekmektedir. Aksi ispat edilene kadar mutlak geçerli kabul edilen doğa yasalarından farklı olarak deneyim kuralları, belirli koşulların varlığı halinde deneyime konu olayın gerçekleşme ihtimalinin belirli bir dereceye kadar beklenebilir olmasını ifade eder. Normal deneyimlerden, sonucun gerçekleşme ihtimalinin yüksek olması ile ayrılan³³⁸ deneyim kuralları, doğa yasalarından sonucun gerçekleşmesinin kesin olmaması noktasında farklılaşır.³³⁹

³³⁵ Bernhard Brinkmann 1996, age. s. 138, 139.

³³⁶ Nomolojik; yasalara, özellikle de mantıksal olarak gerekli ve teorik olarak açıklanabilir olmayan, yalnızca olduğu şekliyle var olan doğa yasalarına benzeyen ilkelerle ilişkili veya bu ilkeleri ifade eden şekilde tanımlanmaktadır. Oxford Dictionary of English (2010), Ed. Angus Stevenson, 3. Bası, Oxford University Press, s. 1206.

³³⁷ Bernhard Brinkmann 1996, age. s. 139.

³³⁸ age. s. 139, 140.

³³⁹ age. s. 139, dn. 2.

Deneyim kurallarının ceza hukuku bakımından değerine bakıldığında ilk olarak usul hukukunda delillerin değerlendirilmesinde deneyim kurallarına başvurulmasıyla karşılaşılmaktadır. Ancak *Brinkmann*, bu kuralların yukarıda bahsedilen genel deneyim kuralları olduğu için güven ilkesinin dayanağı olan deneyim kurallarından farklı olduğunu belirtmektedir.³⁴⁰ Yazar, deneyim kurallarının nedensellik bağı kapsamında doğa yasalarıyla bağlantılı üç uygulama alanı olduğunu ifade etmektedir.

İlki, doğa yasalarının yetersiz kaldığı noktada deneyim kurallarının devreye girerek “ise / o halde” bağlantısıyla nedensellik bağının kurulması için kullanılmasıdır. Örneğin, bir ilacın içerik maddelerinin engelli doğumlara yol açtığı bilimsel olarak kanıtlanamasa da fark edilebilir sayıda kullanıcıda görülen bu sonuç, ilaçla engelli doğumlar arasında belirli bir dereceye kadar bağ kurulabileceğini gösterir. Deneyim kurallarının diğer uygulama alanları ise doğa yasalarıyla nedensellik bağının bilindiği ancak doğa yasalarıyla bir bağlantının kesin olarak tahmin edilmesi için yeterli olgusal temel bulunmadığı durumlarda, deneyim kurallarının doğa yasaları yerine geçmesidir. Son olarak doğa yasalarının geri çekildiği durumlarda da deneyim kuralları uygulama alanı bulur. İnsan ve hayvan davranışlarının önceden tahmin edilmesi mümkün olmasa da deneyimlerden elde edilen kurullarla bu davranışlar belirli bir olasılığa kadar tahmin edilebilir.³⁴¹

Deneyim kurallarının hukuk disiplini açısından işlevini ise *Brinkmann*, bir tehlike durumuyla ilgili alman kararın kişinin bilişsel sürecine etki etmesi olarak açıklamıştır. Bu noktada bir tehlike tahmini için deneyim kurallarına başvurulmakta ve deneyim kuralları bir riskin ortaya çıkabileceği ya da çıkmayacağı yönünde karar alma sürecinde etkili olmaktadır.³⁴²

Deneyim kuralları statik değil dinamik bir yapıya sahiptir. Nitekim deneyimler değiştikçe deneyim kuralları da değişir. Bunun, güven ilkesinin oldukça esnek bir hale gelmesi şeklinde bir avantajı olduğunu savunulmuştur. Ancak yazar, her somut olayda diğer kişilere güvenilip güvenilmeyeceğinin tekrar kanıtlanması gerekmesi dolayısıyla güven ilkesinin genel bir ilke olarak kabul edilemeyeceği de vurgulamıştır.³⁴³

³⁴⁰ age. s. 140.

³⁴¹ age. s. 141.

³⁴² age. s. 141.

³⁴³ age. s. 146.

1.4.2.3. Güven İlkesinin Deneyim Kurallarıyla Açıklanmasını Reddeden Görüşler

Yukarıda da değinildiği gibi deneyim kuralları temelinde açıklanan güven ilkesinin, somut olayda deneyim tahminine dayanması ve insanların hataya yatkın olduğu gerçeği göz önüne alındığında genel bir ilke olarak uygulama alanı bulamayacağı ifade edilmektedir.³⁴⁴ Sosyal yaşamda birden fazla kişinin etkileşimde olduğu alanlarda, diğerlerinin özenli davranacağına güvenilebilmenin istatistiklerle temellendirilen gerçekler ya da deneyimlerle bir ilgisinin bulunmadığı haklı olarak ifade edilmektedir. Aksine bu gibi durumlarda özen yükümlülüğünün ihlali çok sık söz konusu olmaktadır.³⁴⁵

Buna göre ancak somut koşulların deneyim kurallarını işaret ettiği noktada güven ilkesi uygulanabilir. Zaman içinde şekillenen ve mekânlara göre farklılık gösteren deneyim kuralları, ceza hukukunun ihtiyaç duyduğu güven ilkesini temellendirmek için kullanılamaz. Ancak normun muhataplarının insani hatalarını tespit için yardımcı bir kaynak olabileceği savunulmuştur.³⁴⁶ Gerçekten de bu kurallarla diğer kişilerin fiilleri nedeniyle hangi koşullar altında sorumlu olunacağı sorusu cevaplandırılmamaktadır.³⁴⁷

Pizarro, deneyim kurallarının, güven ilkesinin bilişsel temeli ile ilgili olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre deneyimlerin öğrettiği şey, esas olarak trafikte ihtiyaç duyulan yeterliliklere herkesin sahip olmadığıdır. Trafiğin gelişmesi ve birden çok insanın sorumlu olmasıyla riskin daha iyi yönetildiğinin görüldüğü bir öğrenme süreci başlamıştır. Bireysel sorumlulukları normatif yaklaşımlara göre düzenlemek yani trafiğin korunması ve sürücülere aşırı özen yükümlülüğü yüklenmesinden kaçınılması ihtiyaçları, bu öğrenme sürecinde güven ilkesinin yol gösterici ilke olarak kabul edilmesine neden olmuştur.³⁴⁸

Güven ilkesinin belirli kişilere karşı sınırlandırılması fikri, bu kişilerin trafikteki davranışlarının zaman içinde görülmesiyle yani deneyimlerle ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla ilkenin sınırlandırılması, deneyim kurallarına dayanmaktadır. Yazar, güven ilkesinin bilişsel yönünün, insanın yapabileceklerinin sınırı ile

³⁴⁴ Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 177.

³⁴⁵ Günter Stratenwerth 1961, agm. s. 392.

³⁴⁶ Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 177, 178.

³⁴⁷ Günter Stratenwerth 1961, agm. s. 391.

³⁴⁸ Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 179, 180.

tanımlandığını ifade etmektedir. Bu bilişsel yön, etkileşimin olduğu her yerde örneğin yatay ve dikey iş birliği ilişkilerinde de bulunmaktadır. Örneğin sorumluluk paylaşımı, aktörlerin yeterliliklerine göre belirlenir. Bilişsel yönünün sınırı da deneyim kuralları ile belirlenebilir.³⁴⁹

Deneyim kuralları, yalnızca gerçekleri gösterir ve olanla olması gereken arasındaki ilişkiyle ilgilenmez. Bu açıdan bilişsel beklentilerle ilgilidir. İnsanların hata yaptığı ve yapacağı ise bir gerçektir. Bu kabul ise güven değil güvensizlik ilkesinin uygulanmasına neden olarak insanlardan normatif birtakım beklentiler duyulmasına engel olur. Bu halde üçüncü kişilerin hatalarından sorumlu olunabilecektir. Oysa normatif olarak tasarlanmış bir dünyada, insanların çok sık hata yaptığı gerçeği, onların öyle kabul edilecekleri anlamına gelmez.³⁵⁰

Hukuk normu her türlü beklentiyle değil ancak normatif olarak ortaya çıkması beklenen beklentilerle ilgilenir. Bilişsel ve normatif beklentiler arasındaki fark; bilişsel beklentiler gerçekleşmediğinde bir öğrenme sürecinin devreye girerek beklentinin değişmesidir. Ancak normatif beklentiler gerçekleşmese de geçerlidir. Bu açıdan gerçek olgularla çatışan normatif beklentiler de korunur.³⁵¹ Dolayısıyla deneyim kurallarına göre açıklanan güven ilkesi, bir hukuk kuralı olarak kabul edilemez.³⁵²

Diğer yandan deneyim kurallarının güven ilkesinin sınırlandırılmasındaki rolü yalnızca belirli kişilere belirli faaliyetlerde güvenilemeyeceğini göstermesi bakımındandır. Ancak hukuka uygun davranacağına güvenilemeyecek kişinin eksikliğini nasıl giderileceği normatif bir sorundur.³⁵³

1.4.3. Normatif Teoriler

1.4.3.1. Menfaatlerin Dengelenmesi Teorisi

1.4.3.1.1. Menfaatlerin Dengelenmesi Teorisine İlişkin İlk Görüşler

Menfaatlerin dengelenmesi teorisi uyarınca güven ilkesi, birbiriyle çatışan menfaatlerden birinin diğerine ağır basması ile açıklanabilir. Trafik hukukuyla sınırlı olarak ele alındığı dönemde, güven ilkesinin, trafiğin akışı ve insan yaşamı menfaatleri arasında bir dengeleme sorunu olarak görüldüğü ifade edilmişti. Konuya ilişkin ilk

³⁴⁹ age. s. 180.

³⁵⁰ age. s. 181.

³⁵¹ infra 1.4.3.3.1.

³⁵² Gökçe Çataloluk 2012, age. s. 114 - 117.

³⁵³ Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 181, 182.

fikirler, trafik güvenliği sağlandıktan yani yaşam ve beden bütünlüğüne dair menfaatler garanti altına alındıktan sonra güven ilkesinin uygulanabileceği yönündeydi.³⁵⁴

Açıklanan düşüncenin aslında izin verilen risk teorisi ile paralel olduğu görülmektedir.³⁵⁵ Kural olarak yalnızca izin verilmeyen, yükümlülüklerle aykırı hareketler tipiktir. Bir harekete hukuki olarak izin verilmesi, fiilin gerçekleştirilmesindeki korunmaya değer menfaate ağır basan başka bir hukuki değer ihlal edilme riskine bağlıdır. Bu şekilde menfaatler dengesi, yükümlülüklerin belirlenmesinde belirleyicidir.³⁵⁶ Bu durumda güven ilkesi, tehlike yaratacak bir fiile izin vererek özen yükümlülüğünü sınırlandırmaktadır.³⁵⁷

Bu gerekçe her şeyden önce insan yaşamı ile kara yolu trafiğinin akışına ilişkin kamusal menfaatin karşılaştırılabilir olmaması bakımından hatalıdır.³⁵⁸ Diğer yandan güven ilkesi, trafiğin yoğun olmadığı yerlerde de geçerlidir. Dolayısıyla ilke trafiğin hızlı akması gereğine bağlanamaz.³⁵⁹ Ayrıca özen yükümlülüğünün tespitine ilişkin tüm yazılı normların (*Sondernorm*) altında bir menfaat tartımı bulunup bulunmadığı sorusu da akıllara gelmektedir.³⁶⁰

Diğer yandan trafikte güven ilkesinin uygulanması zaten trafikte insan yaşamının korunması amacına hizmet eder. Nitekim herkesin hukuka aykırı davranabileceğinin varsayıldığı ve güvensizlik ilkesinin geçerli olduğu bir trafik düzeni, ilk bakışta kaza ihtimalini azaltıyor gibi görünse de aslında daha büyük tehlikeler doğurur.³⁶¹ Sonuç itibarıyla güven ilkesi, trafiğin gerekleri için insan yaşamı ve beden bütünlüğüne dair menfaatlerin riske atılması anlamına gelmemektedir.

Konuya ilişkin Stratenwerth'in eleştirisi ise iş bölümü ilişkileri perspektifindedir. Yazar, tıbbi iş bölümünde, birbiriyle çatışan menfaatler olduğunu kabul etmiş ancak menfaat tartımı bakış açısının, iş bölümü sorununu çözmek için yeterli olmadığını savunmuştur. İşler ne kadar bölünürse doktorun kendi görevini yerine getirirken göstereceği özen, diğer yandan iş birliğinde hata ortaya çıkması ihtimali de daha yüksek olacaktır. Kısacası iş bölümünün olumlu ve olumsuz yanları,

³⁵⁴ age. s. 189; Bernhard Brinkmann 1996, age. s. 122.

³⁵⁵ Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 191; Bernhard Brinkmann 1996, age. s. 122.

³⁵⁶ Lothar Kuhlen (2015), "Strafrechtliche Produkthaftung", *İçinde, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht* (Ed. Achenbach Hans /Ransiek Andreas /Rönnau Thomas), 4. Bası, C.F. Müller, Heidelberg, parag. 27.

³⁵⁷ Bernhard Brinkmann 1996, age. s. 123.

³⁵⁸ age. s. 124.

³⁵⁹ age. s. 125.

³⁶⁰ age. s. 122.

³⁶¹ age. s. 125.

başka bir deyişle birbiriyle çatışan menfaatler vardır. Ancak yazara göre doktorun bir yandan esas olarak üçüncü kişilerin hatasız iş birliğine güvenip diğer yandan bir hata olduğunu görüldüğünde istisna yapması halinde sorun kalmayacaktır. Menfaat çatışmalarını ex ante önceden belirleyen genel direktifler burada vazgeçilmezdir. Bununla birlikte söz konusu belirleme ve karar alma süreci, menfaat tartımı gerekliliğinden doğmaz. Menfaat tartımı, eğer özen yükümlülüğü sınırlandırılmasını, en başından yalnızca hakların ölçümü sorunu olarak ele alan uygun bir çözüm bulunmasına engel teşkil edecektir.³⁶²

Sonuç itibariyle sadece hukuki değerleri optimize etmeyi amaçlayan, menfaatlere dayanarak güven ilkesini gerekçelendirme girişimi başarısızlıkla sonuçlanmaktadır. Nitekim bu görüşün kabul edilmesi halinde, başkalarının hatalı hareket etmesi ihtimali her zaman mevcut olduğu için, güven ilkesi güvensizlik ilkesi lehine terk edilecektir.³⁶³ Söz konusu teori, diğer kişinin kişisel sorumluluğu açısından normatif gücü ortadan kaldıracak ve güven ilkesini öngörülebilirlik fikrine indirgeyecektir. Bu nedenle ne güven ilkesi terimini gerekçelendirebilmekte ne de güven ilkesinin uzlaşıyla kabul edilen sınırlamalarını açıklayabilmektedir. Açıklanan gerekçelerle, yalnızca hukuki değerlere dayanan menfaat dengelenmesi, ağırlıklı görüş uyarınca reddedilmektedir.³⁶⁴

1.4.3.1.2. Genişletilmiş Menfaat Teorisi

Kuhlen tarafından geliştirilen bu teori, konuyu trafik hukuku bağlamından çıkararak genel bir temele oturtmayı amaçlamaktadır. Ancak dikkat edilmesi gereken, güven ilkesinin artık hukuki değerlerin korunması amacına indirgenmediğidir.³⁶⁵ Nitekim bu amaca güvensizlik ilkesinin uygulanmasıyla daha etkili bir şekilde ulaşılabileceği yönündeki yukarıda da ifade edilen eleştiriler doğrultusunda, genişletilmiş menfaat teorisi, hukuki menfaatlerin korunmasının yanında ek bazı normatif ölçütler öngörmüştür.³⁶⁶

³⁶² Günter Stratenwerth 1961, agm. s. 389.

³⁶³ Lothar Kuhlen (1989), *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, C.F. Müller, Heidelberg, s. 132.

³⁶⁴ age. s. 132.

³⁶⁵ Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 189.

³⁶⁶ age. s. 188; Günther Stratenwerth ve Lothar Kuhlen (2011), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. B., Verlag Vahlen, Münih, s. 321.

Güven ilkesinin normatif anlayışı içerisinde hareket özgürlüğünün korunması en belirleyici husustur. Bunun yanında güven ilkesiyle, sosyal etkileşim işlevi olarak da ifade edilen sosyal yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve şahsi sorumluluk da dikkate alınmaktadır.³⁶⁷ Bu kapsamda dengelenmesi gereken menfaatler, liberal düzenin temel bir bileşeni olan bireysel hareket özgürlüğü ile sosyal devletin gerektirdiği dayanışma postulatıdır.³⁶⁸

Güven ilkesi, her bireye yasal olarak verilen hareket özgürlüğünü genişletir. Bu, ilkenin liberal bir hukuk düzeninde tanınmasının, olumlu ve azımsanamayacak bir sonucudur. Aynı zamanda ilke arzu edilen bazı sosyal etkilere de sahiptir. Eğer kişi hukuk tarafından güvenmemeye zorlanırsa, sosyal olarak amaçlanan ve hukuk tarafından tanınan durumlara ulaşan pek çok hareket alanı hassas bir şekilde bozulacaktır. Bu hassasiyet ne kadar büyükse faaliyet alanının etkililiği de diğerlerine güvenmeye o kadar bağlıdır, özellikle trafik ve iş bölümüne dayanan iş birliği ilişkilerinde bu durum çok net görülebilir. Bu açıdan güven ilkesinin temelinde bireysel hareket alanına ve ama aynı zamanda güven ilkesinin getirdiği sosyal faydalara ilişkin menfaat yatmaktadır.³⁶⁹

Bu teori taraftarı olan bir başka görüş ise güven ilkesinin normatif bir dayanağı olmadığını ancak normatif düşüncelerle anlaşılabilceğini savunmaktadır. Buna göre başkalarının hatalı davranmayacağına duyulan güven, onların asli sorumlu olduklarına ve koruma / dikkat yükümlülükleri bulunduğu dair normatif kabulün bir sonucudur. Güven ilkesinin sınırlandırılması ise hukuki menfaatlerin korunması gerekliliği ile hareket özgürlüğünün sınırlandırılmasının meşru olup olmadığı sorunuyla ilgilidir.³⁷⁰

Menfaat tartımı teorisi, güven ilkesinin sınırlandırıldığı durumları, şahsi sorumluluk teorisine göre daha tutarlı bir şekilde açıklayabilmektedir. Nitekim şahsi sorumluluk anlayışı, karşı tarafa güvenilmeyeceğine dair makul bir neden bulunan durumlarda neden güven ilkesinin sınırlandırıldığını açıklayamamaktadır. Şahsi sorumluluk taraftarı yazarlar dahi güven ilkesinin, izin verilen risk gibi menfaat tartımı ile desteklenmesi gerektiğini ifade etmektedirler.³⁷¹

Yeniden formüle edilen menfaat tartımı teorisinde güven ilkesinin sınırları, hareket özgürlüğünün korunmasındaki menfaat ile bir hukuki değer korunmasının

³⁶⁷ Lothar Kuhlen 1989, age. s. 133.

³⁶⁸ age. s. 133.

³⁶⁹ age. s. 133.

³⁷⁰ Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 191.

³⁷¹ Stratenwerth ve Kuhlen 2011, age. s. 321.

dikkate alınmasıyla belirlenir. Nitekim güven ilkesinin geçerli olmayacağına dair inandırıcı bir sebep varsa, hareket özgürlüğünün kullanılmasıyla bir hukuki değer ihlali anlamına gelecektir. Bu açıdan hareket özgürlüğünün kullanılması böyle bir hukuki değer ihlaline yol açacağına yönelik somut tehlike varsa, hareket özgürlüğünün artırılmasına yönelik menfaat, daha yüksek hukuki değerlerin gerisine çekilir.³⁷² Dolayısıyla bu teori, güven ilkesinin istisnasız bir şekilde uygulanmasını haklı çıkarmaz. Başkalarını gözetleme ve kontrol etme ya da tırmanış rehberliği gibi koruma görevi olan kişi elbette korumakla yükümlü olduğu kişilerin doğru davranacağını varsayamaz.³⁷³

Diğer yandan trafikte küçük çocuklara dikkat etmek gibi dayanışma yükümlülüğü de söz konusu olabilir.³⁷⁴ Nitekim başkalarının doğru davranışına olan güvenin korunmasının en önemli koşulu, bu kişilerin kendi davranışlarından tamamen sorumlu olmalarıdır. Bu halde hatalı davranışları herhalde onların sorunudur ve onlara yüklenebilir. Dolayısıyla kişinin kendini başkalarının hatalı hareketlerine göre ayarlamasına ilişkin haklı menfaati önemli ölçüde azaltır. Ancak bu argüman, kendi fiilinden sorumlu tutulamayan kişilere örneğin çocuklara karşı söz konusu değildir. Bu kişilerin korunmasına ilişkin menfaat, hareket özgürlüğüne ağır basar.³⁷⁵

Bu görüşe yapılan eleştiri, böyle bir tartımda dahi bireyüstü çıkarlar lehine kolaylıkla karar verilemeyeceğidir. Özellikle taksirle yaralama ve ölüme neden olma gibi suçlarda bireye ait yaşam ve beden bütünlüğüne dair menfaatler, kişinin hareket özgürlüğü ve trafiğin akışına veya iş bölümü ilişkileri gibi genele ait menfaatlerle çatışmaktadır. Bu durumlarda, ilk bakışta net ve hızlı bir şekilde karar vermek mümkün olmayacaktır.³⁷⁶

Teoriye güven ilkesinin izin verilen riskin bir alt dalı olarak kabul edilmesi nedeniyle de eleştiri getirilmiştir. Güven ilkesinin bir isnadiyet ölçütü olduğu kabulüyle ileri sürülen eleştirinin hareket noktası, güven ilkesine konu olan davranışın, yalnızca bireyin hukuki değeri ihlal eden izole bir davranış olmadığıdır. Buna göre izin verilen davranışın normatif anlamı bakımından, söz konusu davranışın iletişimsel anlamı büyük önem taşır. Bu nedenle, mesele hareket özgürlüğünün korunması ve

³⁷² Lothar Kuhlen 1989, age. s. 134.

³⁷³ age. s. 133, 134.

³⁷⁴ age. s. 134.

³⁷⁵ age. s. 134.

³⁷⁶ Bernhard Brinkmann 1996, age. s. 129.

sosyal etkileşimin sağlanması değil, liberal hukuk düzeninin bu amaçlarının etkileşim veya iş birliği ilişkilerinde izin verilmeyen davranışlar açısından somutlaştırılmasıdır.³⁷⁷

1.4.3.2. Şahsi Sorumluluk İlkesi

1.4.3.2.1. Güven İlkesini Genel Olarak Şahsi Sorumluluk İlkesiyle Açıklayan Görüşler

Türk hukukunda ağırlıklı görüş, güven ilkesinin cezaların kişiselliği ilkesi ve objektif ceza sorumluluğu yasağından kaynaklandığı yönündedir.³⁷⁸

Ceza sorumluluğunun kişiselliği, “suçu işleyen failin/faillerin cezadan bizzat sorumlu olması, failin/faillerin dışındaki kişilere doğrudan doğruya bu sorumluluğun yüklenmemesi ve cezalandırılmaması” anlamına gelir³⁷⁹ ve ceza hukukunda egemen olan kusur sorumluluğunun bir sonucudur. Nitekim kusur sorumluluğu uyarınca faile ancak fiilinden dolayı kişisel olarak kınanabildiğinin tespit edilebilmesi halinde ve kusuru oranında ceza tesis edebilmesi mümkündür.³⁸⁰ Bu anlamda ilke, fail değil fiil ceza hukukunun benimsendiğini ve objektif sorumluluk anlayışının kaldırılmış olduğunu ifade etmektedir.

Güven ilkesi de bireylerin yalnızca kendi fiillerinden sorumlu olmaları ve diğerlerinin fiilleri nedeniyle cezai sorumluluklarının doğmaması açısından şahsi sorumluluk³⁸¹; yalnızca belirli faaliyetlere katılmaları nedeniyle sorumlu olmamaları açıdansa objektif sorumluluk anlayışının reddi üzerinden açıklanmaktadır.³⁸²

Alman hukukunda bu görüşün savunucusu Schumann’dır. Ona göre etkileşim veya iş birliğinin olduğu alanlarda şahsi sorumluluk, her bir hareketin haksızlığının anlamı üzerinden tanımlanmalıdır.³⁸³ Ceza hukukunda sorumluluk esas olarak kusur kavramıyla ilgilidir ve fail ancak kendi fiilinden sorumlu tutulabiliyorsa kusurlu kabul edilebilir. Şahsi sorumluluk ilkesi de sorumluluk alanlarının sınırlandırılmasını

³⁷⁷ Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 196.

³⁷⁸ Yener Ünver 2008, agm. s. 883; Ali Kemal Yıldız 2010, agm. s. 261; Tuğrul Katoğlu 2007, agm. s. 31; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alaşahin ve Kerim Çakır (2020), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 446; Veli Özer Özbek 2021, s. 98; Reşit Karaaslan 2022, age. s. 246;

³⁷⁹ AYM, E. 2003/97, K. 2006/115, T. 21.12.2006.

³⁸⁰ Hans-Heinrich Jescheck ve Thomas Weigend (1996), *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, Berlin, s. 23.

³⁸¹ Tuğrul Katoğlu 2007, agm. s. 31; Veli Özer Özbek 2021, age. s. 98.

³⁸² Ali Kemal Yıldız 2010, agm. s. 261.

³⁸³ Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 200.

gerektirir.³⁸⁴ Kişinin sorumluluk alanı ve davranış yükümlülükleri; diğerlerinin, üçüncü kişilere ya da kendisine karşı özen yükümlülüğüne aykırı davranışlarda bulunacaklarını hesap etmek zorunda olmayacak şekilde sınırlandırılmalıdır.³⁸⁵ Buna göre şahsi sorumluluk ilkesinin ilk sonucu, kişinin sorumluluk alanının yalnızca kendi hareketleriyle sınırlı olması ve ancak özel durumlarda başkalarının hareketlerini de kapsamasıdır. Bu bakımdan herkes kendi hareketiyle bir tehlike yaratmama yükümlülüğü altındadır. Bu ilke aynı zamanda kişinin kendi sorumluluk alanı içerisinde uyması gereken özeni de etkiler. Kişi, sorumlu davranan diğer kişileri tehlikeye atmayacak şekilde hareketlerini yönlendirmelidir ancak başkalarının muhtemel özene aykırı davranışlarını dikkate almak zorunda değildir. Nitekim üçüncü kişilerin hareketlerinin yaratacağı tehlikeleri bilmesi kimseden beklenemez. Bunun en iyi bilinen ve en çok kabul gören ifadesi de güven ilkesidir.³⁸⁶ Bu şekilde *Schumann* güven ilkesini, diğer kişilerin sorumluluğunun tanınmasıyla açıklamaktadır.

Yazar güven ilkesinin geçerli olmadığı durumları ise tehlikeyi önlemeye ilişkin genel yükümlülükle açıklamaktadır (*allgemeinen Gefährdungsverbot*). Sorumluluk alanlarına ilişkin sınırlandırma, kişiyi tehlikeyi önleme yükümlülüğünden muaf kılmaz. Bu nedenle bazı durumlarda, kişinin başkalarının hatalı hareketlerinden sorumlu tutulması mümkün olabilir. Üçüncü kişilerin hukuka aykırı davrandığı anlaşılabilirse veya sorumlu bir şekilde hareket edemeyecek bir kişi söz konusuysa güvenin sınırlandırılması gündeme gelecektir.³⁸⁷

Ancak güven ilkesi kişisel sorumluluğa dayanıyorsa, diğerlerinin hukuka aykırı davranacağına dair inandırıcı bir sebep olması halinde ilkenin neden sınırlandırıldığı açıklanamamaktadır. Çünkü kişinin kendini tehlikeye atması kişisel bir sorundur ve söz konusu ilkenin sınırlandırılması bu kabulle çelişecektir.³⁸⁸

Şahsi sorumluluk ilkesi, kişinin ancak kendi kusurlu fiilinden sorumlu tutulabileceği, fiilin faile ait olması gerektiği anlamına gelir.³⁸⁹ Başkalarının özene aykırı davranışlarını dikkate alma yükümlülüğünün kural olarak bulunmadığını ifade eden güven ilkesi de esasında üçüncü kişilerin fiillerinden sorumlulukla ilgilidir. Ancak güven ilkesi başkasının fiilinden sorumlu tutulamayacağı değil, başkalarının

³⁸⁴ Heribert Schumann 1986, age. s. 1.

³⁸⁵ age. s. 4, 5.

³⁸⁶ age. s. 6.

³⁸⁷ age. s. 12, 13.

³⁸⁸ Lothar Kuhlen 1989, age. s. 131.

³⁸⁹ Veli Özer Özbek 2021, age. s. 52.

muhtemel hukuka aykırı fiillerini dikkate alma yükümlülüğünün bulunmamasını ifade eder. Bu açıdan güven ilkesindeki esas mesele, kişinin sorumluluk alanının belirlenmesidir. Başka bir deyişle, diğer kişilerin muhtemel hukuka aykırı davranışlarını dikkate almak hangi koşullar altında kişinin yükümlülüğüdür sorusu güven ilkesinin de sınırlarını çizmektedir. Güven ilkesinin sınırlandırıldığı durumlarda ise kişi çeşitli sebeplerle başkalarının hukuka aykırı hareket edebileceğini hesap etme yükümlülüğü altındadır.

Diğer yandan Anayasa'nın 38. maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere şahsi sorumluluk ilkesi, ceza hukukuna yerleşmiş ve terki mümkün olmayan bir temel kuraldır. Ancak güven ilkesi mutlak bir şekilde uygulama alanı bulmaz ve bazı hallerde sınırlandırılır. Bu açıdan güven ilkesinin şahsi sorumluluk ilkesiyle gereçlendirilmesi halinde, söz konusu istisnaların nasıl açıklanacağı sorusu ortaya çıkmaktadır.

1.4.3.2.2. Birincil ve İkincil Özen Yükümlülüğü Ayrımına Dayanan Görüş

Stratenwerth, başkasının özenli davranacağına güvenmenin yani güven ilkesinin uygulanmasının, esas olarak şahsi sorumluluk ilkesi ile ilgili olduğunu kabul etmektedir.³⁹⁰ Ancak güven ilkesinin sınırlandırıldığı durumlara, birincil ve ikincil sorumluluk şeklinde ortaya koyduğu bir sınıflandırmayla farklı bir açıklama getirmektedir. Sorumluluğa ilişkin bu sınıflandırmaya da iştirak kuralları aracılığıyla ulaşmaktadır.³⁹¹ Yazarın tezinin aktarılması için öncelikle birincil ve ikincil sorumluluk arasındaki fark açığa kavuşturulmalıdır.

Şahsi sorumluluk ilkesi gereğince asli olan herkesin kendi fiilinden sorumlu olmasıdır. Nitekim kişinin kendi fiilinden sorumlu olmasını ifade eden birincil sorumluluk, ancak kişinin gelişimine hâkim olabildiği fiiller nedeniyle doğar. Bununla birlikte diğer insanların fiilleri söz konusu olduğunda böylesi bir hakimiyetten bahsedilemez. Fiile egemenlik dışında bir etki söz konusu olduğunda, şeriklikteki bağlılık kuralı gibi ancak tali bir sorumluluk gündeme gelir.³⁹² Stratenwerth, birincil sorumlulukla ilgili açıklamalarında faillğe referans vermekte ve üçüncü kişilerin hatalı hareketlerinden sorumlu olmayı ifade eden ikincil sorumluluğu ise şeriklik gibi

³⁹⁰ Günter Stratenwerth 1961, agm. s. 393.

³⁹¹ agm. s. 390.

³⁹² agm. s. 390.

ele almaktadır. Dolayısıyla birincil sorumluluk alanının sınırları, failin üzerinde egemenlik kurabildiği fiilin sınırlarıyla belirlenir.³⁹³

Kasıtlı suçlarda iştirak kuralları uyarınca yaptığı bu ayrımı taksirli suçlara da uygulayan Stratenwerth, bu suçlar bakımından fiile egemen olmayı öngörülebilirlik ve önlenebilirlik kavramları üzerinden ele almıştır.³⁹⁴ Bu halde de kasıtlı suçlar gibi olayların akışına egemen olma gücü başkasının elindeyse doğrudan ceza sorumluluğu söz konusu olmaz, ancak şerikliğe ilişkin kuralların kıyas yoluyla uygulanması suretiyle ikincil özen yükümlülüğü söz konusu olur. Yazara göre bu ayrımın sistematik önemi büyüktür ve bu noktada, hangi sınıra kadar diğerlerinin özen eksikliğini dikkate almak gerektiği sorusu ortaya çıkmaktadır.³⁹⁵

Kural olarak başkasının olayların akışına egemen olduğu durumda, bu kişinin özen eksikliğini başkası üstlenmek zorunda değildir. Sosyal yaşamda birden fazla kişinin etkileşimde olduğu yerlerde herkes diğerlerinin özenli davranacağına güvenebilir. Bu güvenin istatistiksel gerçekler veya deneyimlerle bir ilgisi bulunmamakta, kaynağı şahsi sorumluluk ilkesinde yer almaktadır.³⁹⁶ Ancak öngörülebilirliğin devreye girmesiyle ikincil özen yükümlülüğü yani tali sorumluluk gündeme gelebilir. Somut olay akışının sadece dış/olgusal dünyaya ait olduğu veya ona etki eden kişilerin çeşitli nedenlerle bu akışa egemen olamadığı durumlarda failin sorumluluğu, fiilin öngörülebilmesine bağlı olmalıdır. Bir diğer ifadeyle, başkalarının özenli davranacağına ilişkin bu beklenti, şartlar veya diğer kişilerin davranışları nedeniyle geçersiz kılınır ya da boşa çıkarsa, ikincil özen yükümlülüğü devreye girer.

397

Sonuç itibariyle, ne kadar mümkün ve yaygın dolayısıyla öngörülebilir olsa da hiçbir özen yükümlülüğü, somut koşullar aksini göstermediği sürece diğerlerinin özene aykırı davranacağını varsaymayı gerektirmez. Bu halde güven ilkesi geçerlidir. Ancak güven ilkesinin sınırlandırıldığı yani somut koşulların aksini işaret ettiği durumlarda, ikincil özen yükümlülüğü devreye girer ve kişi başkalarının özene aykırı davranışlarından sorumlu olabilir. Dolayısıyla güven ilkesinin içerisinde değil ama istisnalarında öngörme unsuru vardır.³⁹⁸

³⁹³ agm. s. 390.

³⁹⁴ agm. s. 390.

³⁹⁵ agm. s. 391.

³⁹⁶ agm. s. 392.

³⁹⁷ agm. s. 392.

³⁹⁸ agm. s. 392.

Roxin, yükümlülüklerin bu şekilde farklılaştırılması ve taksirli failliğin farklı görünümünün belirlenme çabasını anlamlı ve metodolojik açıdan doğru bulmakta ancak bu teoriyi çeşitli açılardan eleştirmektedir.³⁹⁹ İlk olarak, Stratenwerth'in fiil hakimiyeti teorisinde yanlış anlamalara yol açtığını ve bu teorinin taksirli suçlara aktarılmasına karşı olan görüşlerin haklı olduğunu ifade etmiştir. Ancak Stratenwerth'in fiili egemenlik teorisinin kıyasen uygulanmasından nadiren bahsettiğini ve birincil ve ikincil sorumluluk ayrımının bu teoriden bağımsız olduğunu da belirtmiştir.⁴⁰⁰

Roxin, kasıtlı suçlardaki fiile egemen olmanın, taksirli suçlarda öngörülebilirlik ve önlenebilirlikle ifade edilen egemen olunabilirliğe karşılık geldiği iddiasını şüpheli bulmaktadır. Bu tez uyarınca, ikincil özen yükümlülüğü, neticenin öngörülmesi ve önlenmesi unsuru eksik olmasına rağmen taksirli cezai sorumluluğa yol açmaktadır ki bu kabul netice sorumluluğuna yol açabilecektir. Esasında hakim olunabilirlik yani öngörülebilirlik ve önlenebilirlik unsurları, hem birincil hem de ikincil sorumlulukta bulunmaktadır. Dolayısıyla kasıtlı suçlarda egemen olabilirlik ölçütü bu iki sorumluluk arasında yapılacak bir ayırmda kullanılmaya elverişli değildir.⁴⁰¹ Roxin, Stratenwerth tarafından ortaya atılan, hangi sınıra kadar üçüncü kişilerin özen eksikliğinin dikkate alınması gerektiği sorusuna yasal gerekliliklere bakılarak cevap verilmesi gerektiği kanaatinde. Eğer bu yönde bir yükümlülük yoksa, üçüncü kişilerin özen eksikliğini dikkate almanın neticeyi önleyecek olmasının bir önemi yoktur.⁴⁰²

Birincil ve ikincil yükümlülük ayrımına dayanan bu teori, kişinin kendi fiilinden ve başkasının fiilinden sorumluluğuna ilişkin iki farklı sorumluluk anlayışı inşa etmektedir.⁴⁰³ Şahsi sorumluluk teorisinin esas bulgusunun da başkalarının hukuka aykırı davranışlarından sorumluluğun asli olmayacağını gösterdiği ifade edilmektedir.⁴⁰⁴ Ancak teoriye ilişkin önemli bir eleştiri, ikincil sorumluluğun nihayetinde asli sorumluluğa entegre olduğu ve onun ayrılmaz bir parçası haline geldiği, bu bakımdan güven ilkesinin ikincil sorumlulukla açıklanamayacağıdır. Şahsi

³⁹⁹ Claus Roxin (1967), *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2. Bası, Cram De Gruyter, Hamburg, s. 557. Ancak eserin sonraki baskılarından bu eleştirinin yer aldığı bölüm çıkarılmıştır.

⁴⁰⁰ age. s. 558.

⁴⁰¹ age. s. 558.

⁴⁰² age. s. 559.

⁴⁰³ Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 206.

⁴⁰⁴ age. s. 207.

sorumluluk teorisi kapsamında, üçüncü bir kişinin hukuka uygun davranacağına neden güvenebileceğine dair bir açıklama yapılmamaktadır.⁴⁰⁵

Stratenwerth'in güven ilkesi anlayışı, ampirik bir yönü bulunmayan saf normatif bir anlayıştır.⁴⁰⁶ Teorideki belirleyici faktörün güvenilen kişinin kendi fiilinden sorumlu olmasının değil, sorumluluk alanlarının karşı olgusal⁴⁰⁷ bir biçimde sınırlandırılması olduğu ifade edilmiştir. Karşı olgusal olarak gerekçelendirilen güven ilkesi de sınırsız bir şekilde geçerli olacaktır.⁴⁰⁸ Kısacası bu görüş, neden bazı durumlarda üçüncü kişilerin hatalarının hesap edilmesi gerektiğine bir cevap verememektedir.⁴⁰⁹ Bu açıdan teorideki açık noktalardan biri, üçüncü kişilerin hukuka aykırı davranma ihtimali bulunmasına veya bu yönde belirtiler bulunmasına rağmen güvenin korunmasını gerektirmesidir ki bu kabul edilemez.⁴¹⁰ Bu nedenle özellikle güvenin sınırlandırıldığı durumların açıklanması için ilkenin, izin verilen risk gibi menfaat tartımı teorisi ile desteklenmesi gerektiğini belirtmiştir.⁴¹¹

Başka bir eleştiri ise, şahsi sorumluluk teorisinin güven ilkesi için ideal normatif bir temel kurmayı sağlasa da kişilerarası ilişkilerin her zaman bu alanla sınırlı kalmadığı ve ceza hukuku anlamında bilişsel bir yön de gerektirdiğidir. Karşı taraf da bir özne olarak ideal normatif ölçülere aykırı hareket edebilir. Söz konusu öznenin hangi anlamda güvenilir bir partner olarak hareket edeceği bir iletişim sorunudur ve cevabın normatif olarak verilmesi gerekir.⁴¹²

⁴⁰⁵ Bernhard Brinkmann 1996, age. s. 134. Aynı yönde birincil ve ikincil sorumluluk alanlarının örtüşebilmesi nedeniyle bu ayrımın yapay olduğu yönünde bkz. Henning Rosenau (2014), "Strafrechtliche Produkthaftung", *AÜHFD*, C. 63, S. 1, s. 174.

⁴⁰⁶ Claus Roxin 1967, age. s. 557; Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 201.

⁴⁰⁷ Karşı olgusal, olgulara ve gerçeklere karşıt akıl yürütmeleri ifade eder. Neyin gerçekleşebilecekken gerçekleşmediğini tahmin etmek üzere kullanılan bu yöntem, gerçeğe aykırı ilk önermeye bağlı olarak ikinci bir önerme kurar. Bkz. Jon Collins, Ned Hall ve L.A. Paul (2004), "Counterfactuals and Causation: History, Problems, and Prospects", *İçinde, Causation and Counterfactuals*, Ed. Jon Collins / Ned Hall / L.A. Paul, The MIT Press, Londra, s. 2. Sonuç itibarıyla bu ikinci önerme, gerçeğin anti tezi olarak ortaya çıkan kurgusal bir yapı niteliği taşır. Robert N. Strassfeld (1992), "If ...: Counterfactuals In the Law", *The George Washington Law Review*, C. 60, S. 2, s. 373.

⁴⁰⁸ Günther Jakobs (1977), "Regreßverbot beim Erfolgsdelikt – Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung", *ZStW*, C. 89, S. 1, s. 14.

⁴⁰⁹ Claus Roxin 1967, age. s. 558.

⁴¹⁰ Lothar Kuhlen 1989, age. s. 131.

⁴¹¹ Günther Stratenwerth ve Lothar Kuhlen 2011, age. s. 321.

⁴¹² Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 208.

1.4.3.3. Güven İlkesinin Normatif Temelini Yeniden İnşa Teorisi

1.4.3.3.1. Genel Olarak

Pizarro, “güven ilkesinin normatif temelini yeniden inşası” olarak adlandırdığı teorisiyle, şahsi sorumluluk ve menfaat tartımı teorilerini, Luhmann’ın sistem kuramı ile birlikte yeniden yorumlamış ve güven ilkesinin hem normatif hem de bilişsel yönünü kapsayan bir anlayış getirmeyi amaçlamıştır.⁴¹³ Bu teori ile güven ilkesine ilişkin temel sorun, normatif ve ampirik gerçeklik arasındaki çatışma olarak sunulmaktadır.⁴¹⁴

Bu kapsamda Pizarro, soruna iki farklı açıdan yaklaşmıştır. Yazar ilk olarak norm kavramından yola çıkmakta ve norma uygun davranılacağı yönündeki beklentiyi açıklamaktadır. Bu beklenti, kişiler arasındaki güven davranışlarına tekabül eder. Yazar bu açıdan güven ilkesinin gerekçelendirilmesini, normun hukuki bağlayıcılığı sorunu olarak ele almıştır. Diğer kişilerin norma uygun davranacağına duyulan güven öncelikle normun, muhatapları bakımından ne şekilde bağlayıcı olduğu açıklanarak incelenmiştir.⁴¹⁵

Yazar, ikinci olarak başkalarının norma uygun davranmasını bekleyen kişinin, bu beklentisine göre şekillendirdiği hareketini incelemiştir. Buradan ortaya çıkan sorun da diğer kişilere göre davranışın normatif olarak yönlendirilmesi olarak belirlenmiştir.⁴¹⁶ Kişinin davranışlarını norma uygun olarak yönlendirme konusundaki zorluk, diğer kişilerin norma gerçekten uymaması durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, karşı taraf kurala uymadığında kişi yetkisini aynı şekilde kullanamayacağından, davranışın risklerinden kurtulmak için uygun olmayan stratejiler geliştirilir. Bu gibi durumlar için güven ilkesi, normun salt ampirik ve normatif geçerliliği arasındaki gerilime bir çözüm yolu sunar.⁴¹⁷

Bu teori uyarınca da güven “genişletilmiş menfaat teorisi”nde olduğu gibi hem kişisel sorumluluğun tanınmasının bir sonucu hem de sosyal etkileşimi sağlama mekanizması olarak kabul edilmektedir. Farkı ise normun, muhatapları arasındaki iletişim olarak ele alınması ve bu şekilde güven ilişkisinin taraflarının

⁴¹³ age. s. 208.

⁴¹⁴ age. s. 212.

⁴¹⁵ age. s. 212 vd.

⁴¹⁶ age. s. 211.

⁴¹⁷ age. s. 212.

araştırılmaması olarak açıklanmıştır.⁴¹⁸ Teori ayrıca şahsi sorumluluk teorisinin bazı kabullerini de almıştır. Bu hususlara aşağıda değinilecektir.

1.4.3.3.2. Normun Geçerliliği ve Normatif Güven Kavramları

Bu teori kapsamında çözülmesi gereken ilk sorun; normun insan davranışlarını nasıl yönlendirdiğidir.⁴¹⁹ Güven ilkesi, başkalarının norma uygun hareket edeceğine güvenilmesi olarak açıklanınca, insanların hukuk normlarına neden uydukları, davranışlarını neden norma uygun olarak yönlendirdikleri cevaplandırılması gereken ilk soru olmaktadır.

Güven ilkesine dair öncü çalışmalarda verilen ilk cevaplar normun emredici karakterine vurgu yapmaktadır. Hukuk normunun geçerli olmasının, yalnızca kâğıt üstünde yazmasıyla değil, gerçekten kişileri belirli davranışlara zorlayabilmesi ve bu davranışların öngörülebilirliğini sağlamasında yattığı ifade edilmiştir.⁴²⁰ Örneğin Martin, trafikte diğerlerinin kurallara uygun davranacağına duyulan güvenin, yasa emrinin kendi meşruiyetinde mi yoksa gerçek trafik davranışlarında mı yattığı sorusunu sormuştur. Cevabı, güvenin normatif temelini, trafik kuralının arkasındaki yasa koyucunun otoritesinde; bilişsel temelini ise ampirik olarak ispatlanabilen genel olarak norma uyulduğu bilgisinde yattığı şeklindedir.⁴²¹

Güvenin normatif temelini, hukuk normunun emredici karakterinden çıkaran söz konusu “emredici teori” (*Alm. imperativen*), hukukla bağlılığı da egemenin otoritesinin kabulü olarak açıklar. Ancak Pizarro; emredici teorinin, hukuken bağlayıcılık ile hukuken zorlayıcılık kavramlarını karıştırdığını ifade etmektedir.⁴²² Normatiflik, yalnızca emredicilik ve zorlayıcılık nitelikleriyle tanımlanıp da normativitenin iletişimsel karakteri dikkate alınmadığında, bu kavramın kişiler arasındaki güven için bir temel oluşturması da şüpheli hale gelir. Bu halde normatifliğin kişilerin norma uygun hareket etmesine ilişkin farklı ihtimallere uyum sağlayamayacağı ifade edilmiştir. Yazarın bu argümana verdiği örnek, karayolu trafiğinde norma aykırılık bireysel risk yönetiminden kaynaklanıyorsa, öngörülebilirliği normun emredici karakterine dayandırmanın mümkün

⁴¹⁸ age. s. 220, 221.

⁴¹⁹ age. s. 213.

⁴²⁰ Franz Exner, *Fahrlässiges Zusammenwirken*, in: *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, Tübingen 1930, s. 579, *Aktaran* age. s. 213.

⁴²¹ age. s. 213

⁴²² age. s. 215.

olamayacağıdır. Bu durumda normativite ancak hukuk normlarının iletişimsel yönelim modeli olarak kabul edilmesiyle mümkün olur.⁴²³

Pizarro, normun insan davranışlarını yönlendirmesini hukuki bağlayıcılık kavramı ile açıklamakta; bağlayıcılığı da normun kişilerarası iletişimi sağlaması ile ilişkilendirmektedir. Hatta yazar daha da ileri giderek normu iletişim ve güvenin korunması temelinden açıklamaktadır. Bu açıdan, hukuki bağlayıcılığın bir gereği olarak normun salt soyut bir kavram olarak kalmaması ve kişiler arasında iletişim aktarımı işlevi görmesi gerektiğinden bahsetmektedir.⁴²⁴ Bu gerekliliği de liberal hukuk düzeninin amaçlarıyla açıklamaktadır.⁴²⁵

Bu teorideki bilişsel ve normatif güven ayrımı, normun iletişimi sağlama işlevi gibi pek çok kabulün büyük ölçüde Luhmann'ın sistem teorisi ile uyduğu görülmektedir. Roma hukukunda çeşitli seremonilerle sağlanan bilişsel güvence yani kişinin karşı tarafın da hukukla bağlı olacağına dair itimat,⁴²⁶ Luhmann'a göre modern hukukta normun yaptırım gücünden değil süreç içerisinde kendisini bağlayıcı olarak göstermesinden kaynaklanmalıdır.⁴²⁷ Modern hukuk, diğer kişilere olan beklentiyi artırarak kendisini tüm güvenlerin temeli olarak sunar. Daha doğrusu hukuk, bilişsel ve normatif beklenti arasındaki ayrımı belirleyerek kişinin beklentilerini güvenceye alır. Bilişsel beklentiler, hayal kırıklığı durumunda gerçekliğe uyarlanır. Normatif beklentiler ise hayal kırıklığı durumunda da geçerlidir, bu nedenle karşı olgusal nitelik taşır. Bu açıdan norm, normatif beklentidir. Beklentilerin pozitif hukuk tarafından bu şekilde ayrılmasıyla kişi artık davranışların bilişsel yönelimiyle güvensiz bir şekilde hareket etmek zorunda değildir. Beklentilerin karşılanmaması durumunda hukukun bu beklentilere bağlı kalacağına güvenebilir. Bu beklentiler arasındaki ayrımı yapan hukuktur.⁴²⁸

Pizarro'nun teorisini temellendirirken başvurduğu bir diğer yazar Pawlik'tir. Pawlik, norma uymanın motivasyonel temelini, istikrar ve süreklilik çerçevesinde açıklamıştır. Yazar, Hobbes'a atfen, normativite ve devletlerin kurulmasının, norma uyma konusundaki motivasyonel eksiklikten kaynaklandığını belirtmektedir. Bilişsel güven eksikliğini dengelemek için devletin gücünü kullanması gerekir. Ancak sadece

⁴²³ age. s. 216.

⁴²⁴ age. s. 246.

⁴²⁵ age. s. 237 vd.

⁴²⁶ age. s. 247.

⁴²⁷ age. s. 248.

⁴²⁸ age. s. 250.

şiddet kullanarak hukuki bağlayıcılığı sağlamak liberal özgürlükçü bir hukuk düzeninin gerekleriyle bağdaşmaz. Bu nedenle normativite, norm muhataplarının norma uymak için motivasyonel bir nedene sahip olduğu bir süreç öngörür.⁴²⁹

Pawlik'in fikirleriyle de tamamlanan bu teori uyarınca hukuk, normatif ve bilişsel beklentileri ayırır. Ancak norma uyulacağına dair normatif güven, kendi içerisinde bilişsel temelden yoksun değildir. Nitekim güven geleceğin tahmin edilmesi anlamına gelir ama bu kör bir uyum sağlama değil, bilişsel temeli de olan bir fenomendir. Güvenin bilişsel yönü sayesinde norm salt bir ideal olarak kalmaz, aktörler arasında iletişim de sağlar. Bu bilişsel temel, normatif davranış beklentilerinin korunmasının istikrarı ve öngörülebilirliğidir.⁴³⁰

1.4.3.3.3. Hukukta Üçüncü Kişilere Duyulan Güvene Dayalı Olarak Davranışların Asgari Bir Şekilde Yönlendirilmesi Gereği

Pizarro'nun teorisinde, özgürlükçü bir hukuk düzeninde güven ilkesini bir hukuk ilkesi olarak temellendirmek, güvenin davranışları yönlendirme mekanizması olarak işlevini açıklamakla başlar. Nitekim liberal bir hukuk düzeninin ön şartı olarak normatif istikrar, normun muhataplarına asgari davranış yönelimi güvencesi verir.⁴³¹ Bu anlamda güvenin iki görünümü vardır: İlk olarak her güven kararı bir risk kararı almak anlamına geldiği için hayal kırıklığı riski içerir. Ancak aynı zamanda geleceği tahmin etmeye imkân verir ve kişiyi yükümlülükten kurtarma işlevi vardır. Bu açıdan güven ilkesi, hukuki sorumluluktan kurtulma kuralı olarak da nitelendirilmiştir.⁴³²

Dolayısıyla güven ilkesi, davranışın asgari yönelim koşulları daha doğrusu gerçek olaylara ilişkin kesin olmayan bilgiye rağmen hareket etme riskiyle ilgilidir.⁴³³ Kişi, "davranışının varoluşsal risklerini" sürekli olarak hesaplayarak kendi güvenliğini yaratmak zorunda bırakılamaz. Normatiflik, "normalligi" göstermelidir. Hukuki düzenin normalligi, rastlantısallığın / beklenmedik durumların yaratacağı engellerin üstesinden gelebilecek yani geleceği tahmin edebilecek bir atmosferin yaratılması anlamına gelir.⁴³⁴ Esasında bu güvenceyi sağlayan da normun karşı olgusal olarak korunmasıdır.

⁴²⁹ age. s. 241, 242.

⁴³⁰ age. s. 281.

⁴³¹ age. s. 245.

⁴³² age. s. 239.

⁴³³ age. s. 240.

⁴³⁴ age. s. 243.

1.4.3.3.3.1. Normun Bağlayıcılığı: Normatif Güvenin Korunması

Bu teori, şahsi sorumluluk teorisinin temel tezini kabul etmektedir. Buna göre güven ilkesinin kişiler arasında hukuki bağlayıcılığını kurabilmek için öncelikle onların sorumlu olduklarını kabul etmek gerekir. Güven ilkesinin bir gereği olarak güvenilen kişinin kişisel sorumluluğu, ceza hukukundaki temel sorumluluk modelinin yani kusur sorumluluğunun bir sonucudur. Norm, zorlayıcı değil bağlayıcı iletişim olarak kabul edildiğinden; kendi fiilinden sorumluluk da hukuki bağlayıcılığı sağlamanın ve güven davranışlarını kurmanın ilk gerekliliğidir.⁴³⁵ Nitekim kendi özgürlüğünün yönetiminden sorumlu olan kişi, başkalarının da norma uygun davranış eğilimi göstereceğini varsayabilir.⁴³⁶ Başkasının doğru davranacağına güvenme, onun sorumlu bir kişi olarak kabulüne bağlıdır.⁴³⁷

Pizarro'nun soyut/öznel kişilik olarak nitelendirdiği bu gerekliliğin şekli şartı; özgür, makul bir iradenin varlığıdır. Ceza hukukunda bunun için ilk gereklilik de isnat yeteneğidir.⁴³⁸ Isnat yeteneği, ceza hukukunda anlaşıldığı gibi yönelim olarak güven davranışlarının kurulmasına hizmet eder.⁴³⁹ Güvenilen kişi, davranışının normatif anlamını kavrayabildiği sürece, bu kişinin davranışının normun bağlayıcılığı kapsamında tanımlanması mümkün olur. Haksız bir fiili gerçekleştirme yeteneği olmayan kişi bir normu ihlal edemeyeceğinden soyut bir kişilik de göstermez. Norm bu kişi için bağlayıcı değildir. Bu açıdan isnat yeteneği olmayan kişinin davranışı ancak bilişsel beklentilerin hayal kırıklığına uğratılması anlamı taşır.⁴⁴⁰ Bu teori uyarınca, isnat yeteneğine ilişkin koşullar kıyas yoluyla güven ilkesine de uygulanır.⁴⁴¹

Soyut kişiliğin biçimsel gereklilikleri yanında maddi gereklilikleri de bulunmaktadır. Normativite, isnat yeteneği olan bir kişiden, hak ve yükümlülüklerini hangi dereceye kadar yerine getirmesinin beklenebileceğine de karar verir. Bunlar, mazeret nedeni olan zorunluluk hali gibi beklenemezliğin söz konusu olduğu durumlardır. Bu açıdan güven ilkesinin geçerliliği, kendisine güvenilen ehil kişinin riski zararsız yönetebilmesi için gereken maddi koşulların bulunup bulunmadığının

⁴³⁵ age. s. 221.

⁴³⁶ age. s. 238.

⁴³⁷ Ancak Pizarro'nun teorisinde şahsi sorumluluk kavramının başka yan anlamları da vardır. Öncelikle güvenilen kişinin hukukta bir insan olarak kabulü daha sonra riskin yönetilmesi konusundaki asli sorumluluğun, güvenilen yetkili başka bir kişiyle paylaşılması gerekliliği gelir. Yazara göre bu kabul, güvenin korunmasının araçsallaşmasına engel olur. Bkz. age. s. 221.

⁴³⁸ age. s. 221.

⁴³⁹ age. s. 229.

⁴⁴⁰ age. s. 221.

⁴⁴¹ age. s. 227.

netleştirilmesine bağlıdır. Diğer yandan bu maddi eksikliklerin nasıl telafi edileceği de belirlenmelidir. Örneğin bir sürücünden, yolda başkaları tarafından aniden kaza yapılması ya da atipik iklim koşulları bulunması durumunda olağan trafik kurallarına uyması ve diğerlerine hiçbir zarar vermemesi beklenemez. Ancak yüksek riskli bir trafik durumunda yüksek bir dikkatle hareket etmesi beklenir. Bu durumda güven ilkesi, olağan durumlardaki gibi uygulanamaz. Güvenilen kişi, yeterliliğine rağmen yüzde yüz zararsız bir risk yönetimi gerçekleştirmeyi teminat altına alamaz ve normativite onun açısından farklı işler.⁴⁴²

Normun bağlayıcılığına ilişkin bu şartların gerçekleşmesi durumunda, kişi davranışlarını norma uygun olarak yönlendirebilir. Başkalarının da norma uygun davranacağına yönelik beklentileri de karşı olgusal olarak korunur. Bunun anlamı, söz konusu beklentilerin, üçüncü kişiler tarafından karşılanmaması yani bu kişilerin norma aykırı hareket etmeleri halinde de korunmasıdır.⁴⁴³ Nitekim soyut kişiliğin tanınması, hareket özgürlüğüyle yaratılan zararlı sonuçlardan sorumluluğu da beraberinde getirir. Norm muhataplarına verilen hareket özgürlüğünün diğer yüzü, bu sorumluluktur.⁴⁴⁴

1.4.3.3.2. Normatif Güvenin Yerini Bilişsel Güvene Bırakması: Güven İlkesinin Sınırlandırılması

Norma aykırı davranışla karşılanmayan beklenti, normativite açısından anlam taşıdığı sürece karşı olgusal güvenceden vazgeçilmemelidir.⁴⁴⁵ Ancak bazı durumlarda davranışların bilişsel beklentilere göre şekillendirilmesi gerekir. Bu haller güven ilkesinin sınırlarına işaret eder.⁴⁴⁶

Davranışların norma göre değil mevcut olgulara göre şekillendirilmesi gereken ilk durumların başında normun bağlayıcı olmaması gelir. Bunlar, isnat yeteneği olmayan kişinin norma uygun hareket edemeyeceği haller olabileceği gibi isnat yeteneği olan kişinin norma uygun hareket etmesinin beklenemediği durumlar da olabilir.⁴⁴⁷

İkinci olarak kendisine duyulan güveni kusurlu olarak boşa çıkaracağı görülebilen bir kişi bulunabilir. Bu halde üçüncü kişi kusurlu bir şekilde normu ihlal

⁴⁴² age. s. 231.

⁴⁴³ age. s. 254.

⁴⁴⁴ age. s. 231.

⁴⁴⁵ age. s. 255.

⁴⁴⁶ age. s. 258.

⁴⁴⁷ age. s. 265.

etmesine rağmen normatif beklenti korunmaz. Ancak burada dikkat edilmesi gereken şudur: Hiç kimse akla gelebilecek kusurlu her davranıştan kaçınmaz.⁴⁴⁸

Dikey ilişkinin varlığı, tehlikeli nesnelere muhafazası gibi diğer durumlarda da güven ilkesi sınırlandırılır.⁴⁴⁹ Pizarro; bilişsel beklentilerin, normatif beklentiler yerine geçtiği bu halleri açıklamak için Stratenwerth tarafından geliştirilen birincil ve ikincil sorumluluk anlayışına başvurmuştur.⁴⁵⁰ Normdan kaynaklanan güven, yetkisini yerine getirmesini gerektiren şekli ve maddi şartlara rağmen norma uymayan kişi bakımından sona erer. Bu şekilde, güvenen kişinin organizasyon alanı da etkileniyorsa, başkalarının kusurlu güven ihlallerini telafi etmek şeklindeki ikincil sorumluluk meşrulaştırılır.⁴⁵¹ Nitekim başkalarıyla risk yönetimine ilişkin sorumluluk paylaşımı, kusurlu bir şekilde norma uyulmama ihtimalinin normatif olarak öngörülmesini de içerir.⁴⁵² Güvenin ihlaliyle üçüncü kişilerin hatalarının telafi edilmesi gerektiği yönündeki ikincil özen yükümlülüğü etkinleşir.⁴⁵³

1.4.4. Değerlendirme

İlk olarak güven ilkesinin ödül teorisi ve deneyim kurallarına dayanılarak açıklanması, kendi içlerinde barındırdıkları çelişkiler bir yana normatif dayanaktan yoksun olduğu için kabul edilemez. Hukuksal bir kurumun temeli veya kaynağı hukuk dışı başka bir alanda olabilir, hatta çoğu kez böyledir. Güven ilkesi de bazı teknik ilerlemelerin yarattığı risklerin paylaşılması ve modern toplumların işlemesi için gerekli olan sorumluluk alanlarının normatif güven yoluyla sınırlandırılması gibi olgusal gerçeklikler nedeniyle ortaya çıkmıştır. Ancak hukuk sistemi; hiçbir zaman başka bir alandan aldığı unsurları doğrudan kabul etmez, kendi içerisinde yeniden işler. Bu nedenle sosyal veya ekonomik gereklilikler hukukun oluşturulması sürecine etki etse de bu gereklilikler sonucu oluşturulan hukuki kurum ve düzenlemelerin hukuk sistemi içerisinde gerekçelendirilmesi gerekir.⁴⁵⁴

⁴⁴⁸ age. s. 266, 267 vd.

⁴⁴⁹ age. s. 258 vd.

⁴⁵⁰ Bkz. age. s. 233.

⁴⁵¹ age. s. 232.

⁴⁵² age. s. 233.

⁴⁵³ age. s. 266, 267 vd.

⁴⁵⁴ Gökçe Çataloluk 2012, age. s. 93, 94. Hukuk sisteminin normatif kapalılık – bilişsel açıklık formülü olarak nitelendirilen bu özelliği için bkz. age. s. 93 vd.

Güven ilkesinin gerekçelendirilmesiyle amaçlanan; başkalarının hukuka uygun davranacağına neden güvenilebildiği ve hukuk sisteminin bu güveni neden koruduğudur. Her iki sorunun da cevabı, modern hukukun yapısında yatmaktadır.

Modern hukukun normatif güven temelinde geliştiği, çalışmanın başından itibaren açıklanmaya çalışıldığı gibi Pizarro'nun güven ilkesinin normatif temelini yeniden inşa teorisi ile de tekrar aktarılmıştır. Gerçekten de yazar hukuk normlarına uyulacağına neden güvenilebileceğini gayet tutarlı bir şekilde açıklamış, ancak bu güvenin ceza sorumluluğunun belirlenmesinde neden dikkate alındığına ilişkin açıklama yapmamıştır. Buradan hareketle, güven ilkesinin normatif dayanağının ceza hukuku sistematigi içerisinde tekrar kurulması gerektiği söylenmelidir.

Ceza hukukunda güvenin korunması, ceza sorumluluğunun belirlenmesinde güvenin dikkate alınmasını gerektirir. Güvenme eylemi, başkalarının kendi sorumluluklarını taşıyacağına yöneliktir ve bu açıdan şahsi sorumluluk ilkesiyle bağlantılıdır. Ancak hiç kimsenin, neden başkalarının hukuka muhtemel hukuka aykırı davranışlarına göre davranışlarını yönlendirme yükümlülüğü altında olmadığı ve bu açıdan diğerlerinin hukuka uygun davranacağına dair güvenin hukuk tarafından neden korunduğu bu ilkeyle açıklanamamaktadır. Diğer yandan birincil ve ikincil sorumluluk ayrımıyla bu soruna kısmi bir cevap verilmiştir. Kural olarak herkes kendi fiilinden sorumludur ve kimsenin diğerlerinin özene aykırı davranışlarını dikkate almak şeklinde bir yükümlülüğü yoktur, ancak istisnai bazı durumlarda kişi böyle bir yükümlülük altında olabilir.

Bu açıdan güven ilkesi, Pizarro ve Stratenwerth'in görüşlerinin kısmi bir telifi ile tutarlı bir şekilde açıklanabilir. Buna göre, bir kişi ancak hukuk tarafından kendisine yüklenen sorumluluklara, başka bir deyişle normatif yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi halinde hukuken sorumlu tutulabilir. Kişinin yükümlülük alanına dahil olmayan bir davranışı nedeniyle her ne kadar tipik bir netice ortaya çıksa da sorumlu olması mümkün değildir. Olgusal durumdan bağımsız olarak geçerli ve bağlayıcı olan hukuk normlarına uyulacağını varsayarak hareket etmek de kişinin yükümlülüklerine aykırı bir hareket olarak nitelendirilemez. Bu nedenle diğerlerinin hukuka uygun davranacağına yönelik güven, kişi kural olarak başkalarının muhtemel hukuka aykırı davranışlarını dikkate alma yükümlülüğü altında olmadığından hukuk düzeni tarafından korunur. Nitekim trafikte kendisine yeşil ışık yanan sürücü, başka bir sürücünün kırmızı ışıkta geçebileceğini öngörme ve buna uygun olarak daha dikkatli davranma yükümlülüğü altında değildir. Aksi kabul, ışıklı trafik işaretlerine uyulması

gerektiğine dair Kara Yolları Trafik Kanunu'nun 47. maddesindeki normun geçerliliğini anlamsız kılacaktır. Bu açıdan diğer sürücünün duracağını varsayarak yeşil ışıkta geçmek, herhangi bir yükümlülüğün ihlal edilmemesi nedeniyle hukuka aykırı kabul edilemez ve cezai sorumluluğa temel olamaz. Dolayısıyla güveni korunan kişi, meydana gelebilecek ölüm veya yaralama neticelerinden de sorumlu tutulamaz.

Ancak bazı durumlarda hukuk düzeni, diğerlerinin hukuka aykırı davranabilecekleri ihtimalini göz önünde bulundurma ya da onların muhtemel hukuka aykırı davranışlarını veya bu davranışların tehlikelerini yönetme yükümlülüğü öngörür. Bu halde kişinin sorumluluğu, başkalarının davranışlarını da kapsayacak şekilde daha geniş ele alınır ve bu kişilerin uyması gereken norm geçerliliğini korusa da normun ihlal edilebileceğine yönelik olgusal gerçeklik hukuk nazarına alınır. Örneğin kendisine yeşil ışık yanan sürücü, kırmızı ışıkta beklemesi gereken başka bir sürücünün duramayacak kadar yüksek bir hızla geldiğini açıkça görüyorsa, artık ilgili norma uyulacağına güvenemez ve normatif beklenti yerini bilişsel beklentiye bırakır. Bu halde diğer sürücünün 47. maddeye uymayacağı ihtimaline göre davranışlarını yönlendirme yükümlülüğü altına girecektir. Başkaları üzerinde denetim ve gözetim yükümlülüğü olması durumunda da durum bu şekildedir.

Görüldüğü gibi güven ilkesi kişinin sorumluluk alanlarının ve buna uygun olarak yükümlülüklerinin belirlenmesinde rol oynamaktadır. Bu yükümlülüklerin ceza sorumluluğunun belirlenmesindeki etkisi ise ikinci bölümde ele alınacaktır.

BÖLÜM II

GÜVEN İLKESİNİN SUÇ GENEL TEORİSİ İÇERİSİNDEKİ YERİ

Ceza hukuku dogmatığı; ceza hukuku alanındaki kanuni düzenlemeler ve bilimsel görüşlerin yorumlanması, sistemleştirilmesi ve geliştirilmesiyle ilgilenen bir disiplindir. Bu disiplin içerisinde özellikle önem arz eden, cezalandırılabilir bir fiilin genel koşullarını münferit suç tipinin unsurlarından soyutlayarak inceleyen⁴⁵⁵ ve suçun yapısal unsurlarını ortaya koyarak suç olan ile olmayanı ayırmayı hedefleyen⁴⁵⁶ suç genel teorisidir.

Bu bölümde güven ilkesinin suç genel teorisi içerisindeki yerinin ne olduğu, cezai sorumluluğa nasıl etki ettiği incelenecektir. İlk bölümde ceza hukuku tarafından korunan normatif güvenin karşı olgusal olarak korunduğu ve bu açıdan kişinin sorumluluğunu sınırlandıran bir işlev üstlendiği ortaya konulmuştur. Daha önce yer verilen açıklamalardan hareketle, normatif güvenin ceza sorumluluğuna neden ve nasıl etki ettiği, taksirli suçun hangi unsurlarıyla nasıl bir ilişkisinin olduğu bu bölümde açıklanmaya çalışılacaktır.

Güven ilkesinin uygulanmasının kökeni taksirli suçlar alanındadır.⁴⁵⁷ Nitekim kast ancak suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi halinde söz konusu olur. Güven ilkesi, başkasının yükümlülüklerine riayet edeceğine güven duyulması ancak diğer kişinin aksi yönde davranması sonucu tipik bir neticenin meydana gelmesi halinde kişinin sorumluluğunun ne olacağı sorunuyla ilgilenir. Bu açıdan soru, diğerlerinin yükümlülüklerine uygun davranışına güvenmenin ne zaman taksirli sorumluluğa yol açacağıdır; nitekim söz konusu güven, tipik neticenin meydana çıkmayacağı hususunu da içerdiğinden kasıtlı sorumluluk söz konusu olamaz. Eğer somut olayda suçun kanuni tanımındaki unsurların meydana geleceği biliniyorsa, norma uyulacağına dair güven de söz konusu değildir.

⁴⁵⁵ Claus Roxin ve Luis Greco 2020, §24, age, parag. 1.

⁴⁵⁶ Kayıhan İçel, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoğlu ve Yener Ünver (1999), *Suç Teorisi 2. Kitap*, 1. Bası, TÜRDAB Basım, İstanbul, s. 17.

⁴⁵⁷ Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 43.

Ceza hukuku dogmatigine ilişkin çalışmaların büyük çoğunluğu kasıtlı suçlara ilişkin olsa da taksirli suçların sayısındaki hızlı artışa paralel olarak taksirli suçlara ilişkin bilimsel çalışmalar da artmıştır.⁴⁵⁸ Elbette bu artış, farklı suç teorilerinden hareket edilmesi nedeniyle teorik çeşitliliği de beraberinde getirmiş ve özellikle suçun unsurlarının ne olduğu ile ilgili birbirinden farklı yaklaşımlar ortaya çıkmıştır.⁴⁵⁹ Öğretideki ayrışma özellikle taksirin bir kusur çeşidi mi yoksa kasıtlı suçlar karşısında farklı bir suç formu mu olduğu noktasında düğümlenmektedir. Ancak söz konusu tartışmalar bu çalışmanın kapsamını aştığından, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu metni ve gerekçesiyle uyumlu olduğu kanaatine varılan ve Türk, Alman ve Avusturya öğretilerinde pek çok yazar tarafından savunulan suçun üçlü öğretisi kabul edilmiş ve konu bu öğreti çerçevesinde işlenmiştir. Özellikle özen yükümlülüğu ve öngörülebilirliğe ilişkin tartışmalar bu kabul doğrultusunda incelenmiş, öğretideki farklılaşan görüşlere ise gerekli olduğu ölçüde sınırlı olarak yer verilmiştir. Zira taksirli suçun dogmatigine ilişkin öğretideki tüm görüşlere yer vermeye yönelik aksi yöndeki çabanın; konuyu içinden çıkılmaz bir hale getirmek yanında, güven ilkesinin suç dogmatigi içerisindeki yerinin belirlenmesi şeklindeki somut sorunun çözümlünün de önüne geçme tehlikesi bulunmaktadır.

Normatif güvenin ceza sorumluluğunu ne şekilde sınırlandırdığı ve tipik fiili nasıl etkilediği sorularına cevap vermek, öncelikle güvene ceza hukuku açısından geçerlilik tanınan durumların suç genel teorisi açısından analiz edilmesini gerektirmektedir. Bu durumlarda normatif güvenin tipik fiile olan etkisi, güvenen kişinin ceza sorumluluğunun bulunmamasıdır. Normatif güvenin yerini bilişsel güvene bıraktığı, yani güven ilkesinin sınırlandırıldığı durumlarda ise kişinin cezai sorumluluğu etkilenmez. Güven ilkesinin geçerli olduğu ve olmadığı durumlarda tipik fiilin ne gibi farklılıklar arz ettiğini incelemek bu konuda yol gösterici olacaktır.

Bu açıdan geleneksel uygulama alanlarında, örneğin kişinin sürekli diğer trafik katılımcılarının varlığını hesap etmek zorunda olduğu trafikte ve diğer insanlarla koordineli hareket etmeden çalışmanın mümkün olmadığı iş bölümüne dayanan iş birliği ilişkilerinde güven ilkesi, neticenin üçüncü bir kişinin fiilinden kaynaklandığı durumlarda, bu netice bakımından bir diğer kişinin taksirli sorumluluğunun

⁴⁵⁸ Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 2.

⁴⁵⁹ age. s. 3.

somutlaştırılmasına hizmet eder.⁴⁶⁰ Başka bir deyişle güven ilkesinin hukuki sonucu, failin üçüncü kişilerin hatalı hareketini hesap etmek zorunda olduğu gerekçesiyle taksirli sorumluluğunun temellendirilememesidir.⁴⁶¹

Çoğunluk görüşüne göre güven ilkesi özen yükümlülüğünü sınırlandırarak kişinin taksirli sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Ancak tarihsel gelişim çizgisi izlendiğinde, güven ilkesinin bir objektif isnadiyet ölçütüne dönüştüğü de savunulmaktadır.⁴⁶² Bu bölümde öncelikle bahse konu iki karşıt görüş incelenecek ve ilkenin taksirli suçun hangi unsuruyla ilgili olduğu sorusuna cevap aranacaktır. Ardından güven ilkesi, basit ve bilinçli taksir ayırımı bakımından ele alınacak ve son olarak ilkenin TCK'nın 22. maddesinin 5. fıkrasıyla ilişkisi incelenecektir.

2.1. GÜVEN İLKESİNİ OBJEKTİF ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ İLE İLİŞKİLENDİREN GÖRÜŞLER

Öğretide baskın görüş, güven ilkesinin özen yükümlülüğünü sınırlandırıcı bir etki gösterdiği yönündedir.⁴⁶³ Ancak söz konusu görüşler aktarılmadan önce objektif özen yükümlülüğü ile ilgili kısa bir açıklama yapmak gerekmektedir. Daha sonra bu açıklamalar temelinde hukuken korunan güvenin objektif özen yükümlülüğü üzerindeki etkisi incelenecektir.

⁴⁶⁰ Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 43.

⁴⁶¹ Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 229.

⁴⁶² Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 43.

⁴⁶³ Detlev Sternberg-Lieben ve Frank Schuster (2019), §15, age. parag. 149; Manfred Burgstaller 1974, age. s. 59; Peter Lewisch 2004, agm. s. 98; Johannes Wessels, Werner Beulke ve Helmut Satzger (2021), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 51. Bası, CF Müller, parag. 1120; Walter Gropp (2015), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Bası, Springer, Berlin Heidelberg, s. 523; Eric Hilgendorf ve Brian Valerius (2022), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Bası München, s. 262; Bernd Heinrich (2019), “§28”, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Bası, W. Kohlhammer, Stuttgart, parag. 1034; Kristian Kühl (2017), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Bası, Verlag Franz Vahlen, Münih, s. 601; Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 92; Koray Doğan ve Serkan Meraklı (2020), *Trafik Ceza Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 110. Söz konusu yazarlardan Heinrich, izin verilen riskin kasıtlı suçlarda objektif isnat edilebilirliği ortadan kaldırdığını, taksirli suçlarda ise özen yükümlülüğünü sınırlandırdığını ifade etmektedir (Bernd Heinrich 2019, §28, age. parag. 1035). Güven ilkesinin, özen yükümlülüğünü bazen sınırlandırıcı bazen de somutlaştırıcı hatta genişletici bir etki gösterdiği yönündeki görüş için bkz. Muhammed Demirel 2022, age. s. 257. Türk hukukunda ilkenin hem özen yükümlülüğünü sınırlandırdığı hem de objektif isnadiyeti ortadan kaldırdığı yönünde görüşler de bulunmaktadır. Ali Kemal Yıldız 2010, agm. s. 266.

2.1.1. Taksirli Suçlarda Objektif Özen Yükümlülüğü

2.1.1.1. Objektif Özen Yükümlülüğünün Tanımlanması ve İçeriğinin Belirlenmesi

Objektif özen yükümlülüğünün tanımlanması ve içeriğinin ortaya konulması oldukça zor bir teorik uğraş olsa da pratik sonuçları nedeniyle oldukça önemlidir. Türk Ceza Kanunu'nun 22/2 hükmünde açıkça taksirin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenebileceği belirtilmiştir. Bu açıdan Türk kanun koyucusunun en azından konuya ilişkin bir çerçeve çizdiği ifade edilmektedir.⁴⁶⁴ Ancak söz konusu hükme rağmen dikkat ve özen yükümlülüğünün ne olduğu sorusu cevaplanmayı beklemektedir.

Özen yükümlülüğü, taksirli suçların temelini oluşturmaktadır.⁴⁶⁵ Kavrama ilişkin tanımlamalara bakıldığında “belirli bir çevrede gerekli özene riayet etmeme”⁴⁶⁶ veya “tipiklikte korunan hukuki değer için hukuken izin verilmeyen bir tehlike yaratılması”⁴⁶⁷ gibi ifadelerle karşılaşılmaktadır. Ancak özen yükümlülüğünün ihlalinin, taksirli suçun hangi unsurunda yer aldığı konusu Alman hukukunda tartışmalıdır.⁴⁶⁸ Objektif özen yükümlülüğünün ihlalinin tipiklik unsuruna dahil olduğu fikri baskın olsa da tek görüş değildir ve Alman öğretisinde, bu kavramı ayrı bir unsur olarak kabul etmeyen eğilimlerin artmakta olduğu görülmektedir. Anılan görüşlerin bir kısmının özen yükümlülüğünün ihlalinin taksirli suçun yapısında kapsayıcı genel bir terim olarak kabul ettiği, bir diğer kısmının ise bu terimi tamamen ilgisiz kılacak bir yolla taksirli suçları ele aldığı görülmektedir.⁴⁶⁹

Taksirli suçun yapısı ve özen yükümlülüğüne verilen anlamla ilgili öğretide geniş kapsamlı tartışmalar sürmektedir.⁴⁷⁰ Örneğin, objektif özen yükümlülüğünün ihlalinin neticenin objektif isnadiyetinin ilk basamağı olarak ele alan yazarlar

⁴⁶⁴ Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 68.

⁴⁶⁵ Bernd Heinrich 2019, §28, age. parag. 1027. Soyaslan taksirin kaynağının, topluma karşı yükümlülük olduğunu ifade etmektedir. Doğan Soyaslan (2020), *Ceza Hukuku Genel Hüükümler*, 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 443.

⁴⁶⁶ Bernd Heinrich 2019, §28, age. 2019, parag. 1028; Rolf Schmidt (2019), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 21. Bası, Bremen, parag. 850.

⁴⁶⁷ Helmut Frister (2018), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Bası, C.H. Beck, München, s. 165; Claus Roxin ve Luis Greco 2020, §24, age. parag. 11; Uwe Murmann (2021), *Grundkurs Strafrecht*, 6. Bası, C.H. Beck, München, s. 541, 542; Tanım, objektif özen yükümlülüğünün objektif isnadiyet sorunu olarak görülmesinin bir sonucudur. Örneğin bkz. Uwe Murmann 2021, age. parag. 9.

⁴⁶⁸ Bernd Heinrich 2019, §28, age. 2019, parag. 977.

⁴⁶⁹ Thomas Kröger (2016), *Der Aufbau der Fahrlässigkeitstraftat (Unrecht, Schuld, Strafwürdigkeit und deren Bezüge zur Normentheorie)*, Duncker Humblot, Berlin, s. 317.

⁴⁷⁰ Anılan tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Thomas Kröger 2016, age. s. 143 vd.

bulunmaktadır.⁴⁷¹ Roxin ve Greco, taksirli fiilin tipikliğinin unsurlarının, hareketin tanımında başka ek bir unsur yoksa, yalnızca objektif isnadiyet teorisi ile temellendirilebileceğini savunmaktadırlar. Yazarlara göre özen yükümlülüğünün ihlali içerisinde zaten pek çok isnat edilebilirlik unsuru barındırmaktadır. Diğer yandan fail hukuken önemli bir tehlike gerçekleştirmeden zaten özen yükümlülüğünün ihlali söz konusu olmamaktadır.⁴⁷² Ancak bu çalışma kapsamında ilgili tartışmalara değinilmeden özen yükümlülüğünün objektif ve sübjektif iki unsurdan oluştuğu ve objektif özen yükümlülüğünün tipikliğin; sübjektif özen yükümlülüğünün ise kusurun bir unsuru olduğu kabul edilmiştir.⁴⁷³ Nitekim taksirli suçlar da kasıtlı suçlar gibi üç parçalı bir yapıdan oluşmaktadır.⁴⁷⁴

Pek çok taksirli suç, kanuni tipte “taksirle ...e neden olmak” şeklinde meydana gelen netice üzerinden tanımlansa da bu suçlarda da hareketin ve neticenin haksızlığını ayırmak gerekir. Bir tipik fiilin ilk ve en temel unsuru harekettir. Taksirli suçlarda bu tipik hareket, her zaman objektif özen yükümlülüğüne aykırılıktır.⁴⁷⁵

Alman Ceza Kanunu’nda özen yükümlülüğünün türü ve derecesi ile ilgili genel bir kural bulunmamaktadır.⁴⁷⁶ Öğretide özen yükümlülüğünün açıklanması için Alman Medeni Kanunu’nun “borçlunun sorumluluğu” başlıklı 276. maddesinde yer alan ifadeye başvurulmaktadır. Buna göre taksirli tipik bir fiil, ancak belirli bir çevre veya

⁴⁷¹ Bkz. age. s. 161.

⁴⁷² Claus Roxin ve Luis Greco 2020, §24, age. parag. 10, 11.

⁴⁷³ Aynı yönde bkz. Elvan Keçelioğlu 2015, age. 55; Bernd Heinrich 2019, §28, age. parag. 982; Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 153; Wessels Johannes / Beulke Werner / Satzger Helmut (2021), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 51. Bası, CF Müller, Heidelberg, parag. 1102 vd; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz 2022, age. s. 199; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız (2021), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 482; Eric Hilgendorf ve Brian Valerius 2022, age. parag. 6; Muhammed Demirel 2022, age.152. TCK’nın 22. madde gerekçesinden de çifte özen yükümlülüğünün kabul edildiği anlaşılmaktadır. Nitekim gerekçede, dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde objektif esastan hareket edileceği ve faile ilişkin sübjektif özellikler bakımından özen yükümlülüğüne uyabilecek durumda olmasına rağmen uymaması halinde kusurlu sayılacağı belirtilmiştir.

⁴⁷⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 63 vd.

⁴⁷⁵ Manfred Burgstaller 1974, age. s. 32; Kayıhan İçel, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoğlu ve Yener Ünver 1999, age. s. 256; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alaşahin ve Kerim Çakır 2020, age. s. 432; Berrin Akbulut (2020), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara; İzzet Özgenç (2022), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 259; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz 2022, age. s. 202. Öğretide Demirel, taksirli suçlardaki hareket özene aykırı hareket anlamına gelse de bundan önce iradi bir hareket de bulunduğunu ve taksirli suçun tipiklik unsuru altında hareket ile objektif özenin ihlalinin ayrı unsurlar olduğunu savunmaktadır. Muhammed Demirel 2022, age.153, 154.

⁴⁷⁶ Hans-Heinrich Jescheck ve Thomas Weigend 1996, age. s. 577, 578. Alman Ceza Kanunu’nun “kast ve taksir” başlıklı 15. maddesinde, kanunda açıkça belirtilmeyen hallerde ceza sorumluluğunun ancak kasta dayanabileceği düzenlenmesiyle yetinilmiştir. Bu şekilde yasa koyucunun dogmatik çalışmaların gelişiminin durması tehlikesinden kaçındığı ifade edilmektedir. Georg Freund ve Frauke Rostalski (2019), *Strafrecht Allgemeiner Teil Personale Straftatlehre*, 3. Bası, Springer, Berlin, s. 176.

ilişkide gerekli olan özeni dikkate almayan hareketle meydana gelebilir.⁴⁷⁷ Medeni Kanun'da yer verilen formülün, taksirli suçlar bakımından da uygulanabileceği yönünde görüşler olduğu gibi;⁴⁷⁸ medeni hukuk ve ceza hukukunun farklı amaçları olması nedeniyle bu hükmün en iyi ihtimalle zayıf bir bağlantı noktası olacağı da ifade edilmiştir.⁴⁷⁹ Ancak her halükârda gerekli olan özenin içeriğinin doldurulması hala öğretiyeye kalmaktadır.

Taksirli hareket için esaslı nokta, toplumda hukuki değerlerin ihlalinden sakınmak için gerekli olan dikkat ve özendir.⁴⁸⁰ Bir diğer deyişle taksirli hareket, her zaman, hukukun ilgili fiille korumak istediği hukuki değer düzenlendiği objektif özen gerekliliklerine karşı bir ihlal oluşturur.⁴⁸¹

Bu özen yükümlülüklerinin içeriğine bakıldığında karşılaşılan ilk yükümlülük, korunan hukuki değerlere yönelik tehlikenin fark edilmesi ve doğru değerlendirilmesidir. Çünkü zararın önlenmesi için alınan tüm tedbirler, tehlike bilgisinin türüne ve derecesine bağlıdır. Bu iç özen yükümlülüğü olarak tanımlanır ve hareketin gerçekleştiği şartların gözlemlenmesi, sürecin ve çevresel koşullardaki olası değişikliklerin hesaplanması, tanınan bir tehlikenin nasıl gelişeceği ve ne gibi sonuçlar doğuracağı düşünülmesini kapsar. Gereken özenin derecesinde belirleyici olan, özellikle tehlikenin yakınlığı ve tehlike altında olan hukuki değerlerin önemidir.⁴⁸²

Tehlikenin tanınması, tipik bir fiilin meydana getirilmesinden kaçınmayı amaçlayan uygun bir dış davranış yükümlülüğü doğurur. Anılan yükümlülük, dış özen yükümlülüğü olarak ifade edilir. Dış özen yükümlülüğü en basit durumda, taksirli bir fiili gerçekleştirmeye uygun bir fiilden kaçınmaktır.⁴⁸³

Kısacası iç özen yükümlülüğü, bir eylem gerçekleştirilirken gereken dikkat, çaba ve konsantrasyondur. Dış özen yükümlülüğü ise dışsal davranışın uygunluğudur. Dış özen yükümlülüğüne aykırılık olmadan yalnızca iç özen yükümlülüğünün bulunması cezai sorumluluk için yeterli değildir. Örneğin trafik ışıklarına dikkat etmeden araç kullanan ancak şans eseri yeşil ışıkta geçen sürücü, iç özen yükümlülüğünü ihlal etmesine rağmen dış özen yükümlülüğüne aykırı hareket

⁴⁷⁷ Manfred Burgstaller 1974, age. s. 32.

⁴⁷⁸ Hans-Heinrich Jescheck ve Thomas Weigend 1996, age. s. 578.

⁴⁷⁹ Georg Freund ve Frauke Rostalski 2019, age. s. 176.

⁴⁸⁰ Hans-Heinrich Jescheck ve Thomas Weigend 1996, age. s. 578.

⁴⁸¹ Manfred Burgstaller 1974, age. s. 32.

⁴⁸² Hans-Heinrich Jescheck ve Thomas Weigend 1996, age. s. 578.

⁴⁸³ age. s. 580.

etmemiştir. Bu halde dış özen yükümlülüğü önceliklidir ve cezai sorumluluk söz konusu olmaz.⁴⁸⁴

Objektif özen yükümlülüğünün tüm hukuk düzeni için ne olduğunun ortaya koyulması, somut bir durumda hukuk düzeninin nasıl davranılmasını talep ettiğinin ortaya konulmasıyla mümkün olabilir.⁴⁸⁵ İç özen yükümlülüğü, yani tehlikenin tanınması için failden beklenen dikkatin derecesi, fiili yapan kişinin dahil olduğu çevredeki (*verkehrskreis*) titiz ve ihtiyatlı insana ve içinde bulunduğu somut şartlara göre belirlenir.⁴⁸⁶ Ardından hukuki bir ölçme ve karşılaştırma işlemi ile failin özen yükümlülüğünü ihlal edip etmediği belirlenir. Bu noktada failin davranışı, hukukun model aldığı kişinin davranışı ile karşılaştırılır ve bu standardın altında kalıyorsa failin objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği sonucuna varılır.⁴⁸⁷ Dikkat edilmesi gereken nokta, bu ölçme işleminde tüm hukuk düzeninin dikkate alındığıdır.⁴⁸⁸

Sonuç olarak uygulanacak özenin türü ve derecesi, faille aynı somut şartlar ve sosyal durum içerisindeki ihtiyatlı ve özenli bir kişiye yüklenen gerekliliklerden doğar.⁴⁸⁹ Bu nedenle mahkeme yargısını *ex ante* olarak, bir zararın meydana gelmesinden önceki tehlikelilik durumuna göre vermelidir.⁴⁹⁰ Tehlikenin tanınabilirliğinin değerlendirilmesinde, failin özel nedensel bilgisi de hesaba katılmalıdır.⁴⁹¹ Ancak bu arada aşırı olarak nitelendirilebilecek gereklilikler aranmamalıdır. Zira belirli bir tehlike derecesi, günlük yaşamın şartlarıyla ilişkilidir.

492

2.1.1.2. Objektif Özen Yükümlülüğünün Objektif Öngörülebilirlik ve Önlenebilirlikle İlişkisi

Objektif özen yükümlülüğünü, öngörülebilirlik ve önlenebilirlik kavramlarına başvurmadan açıklamak mümkün değildir. Özellikle neticeli suçlarda neticenin öngörülebilirliği ve özen yükümlülüğü, birbirinden ayrı değil, hareketin haksızlığının

⁴⁸⁴ Helmut Fuchs (2008), *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, C. 1 Grundlagen und Lehre von der Straftat*, 7. Bası, Springer, New York Wien, parag. 8.

⁴⁸⁵ Kristian Kühl 2017, age. s. 593; Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 68.

⁴⁸⁶ Hans-Heinrich Jescheck ve Thomas Weigend 1996, age. s. 578.

⁴⁸⁷ Kristian Kühl 2017, age. s. 593; Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 68.

⁴⁸⁸ Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch ve Jörg Eisele (2021), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, “§12”, 13. Bası, Giesiking Verlag, Bielefeld, parag. 27.

⁴⁸⁹ Bernd Heinrich 2019, §28, age. parag. 1028.

⁴⁹⁰ Hans-Heinrich Jescheck ve Thomas Weigend 1996, age. s. 578.

⁴⁹¹ age. s. 579.

⁴⁹² age. s. 579.

unsurları olarak birbirine bağlı iki bileşendir.⁴⁹³ TCK madde 22’de ise “*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmemek*” işlenmesinden bahsedilerek öngörmemenin, özen yükümlülüğünün ihlal edilmesiyle ortaya çıkacağı ifade edilmiştir.⁴⁹⁴

Öngörülebilirlik de objektif ve sübjektif olarak ikiye ayrılabilir. Neticenin objektif olarak öngörülebilir olması, taksirin kurucu unsurlarından biri iken; sübjektif özen yükümlülüğü olarak nitelendirilebilecek neticenin fail tarafından öngörülmesi, tipiklik unsuru dışında yer almaktadır.⁴⁹⁵

Objektif öngörülebilirlik, yukarıda bahsedilen model kişinin, her defasında var olan koşullarda genel yaşam deneyimlerine göre neyi hesap edebileceğini ifade eder.⁴⁹⁶ Bu faaliyet, iç özen yükümlülüğünü oluşturan hukuki değerlere yönelik tehlikenin fark edilmesi yükümlülüğü ile çok sıkı bağlantı içerisindedir.⁴⁹⁷ Ex post bir değerlendirmede neticeye hangi risk faktörlerinin yol açtığı kolayca anlaşılabilir de bu faktörlerin ex ante olarak bilinmesi ve tanınması o kadar kolay değildir. Eğer neticenin belirli bir olasılıkla ortaya çıkmasına temel teşkil edebilecek kadar çok faktör biliniyor veya fark edilebiliyorsa netice öngörülebilirdir. Bu halde fark edilen risk, neticede gerçekleşmiş olmaktadır. Ancak bir riskin kabul edilmesini düşündürecek koşullar ex ante fark edilebilir değilse, nedensel süreç de öngörülebilir değildir.⁴⁹⁸

Bu şekilde tehlikenin öngörülmesi, objektif özen yükümlülüğünün tespitinde esaslı bir rol oynamaktadır.⁴⁹⁹ Bunun yanında öğretide, öngörülebilirliğin, dikkat ve

⁴⁹³ Wessels Johannes, Beulke Werner ve Satzger Helmut 2021, age. parag. 1115. Taksiri kuran yükümlülüğe aykırılığın öngörülebilirlikle karakterize edildiği yönünde bkz. Berrin Akbulut 2020, age. s. 489.

⁴⁹⁴ Ayrıca bkz. TCK m. 22 gerekçesi. Öğretide Akbulut, TCK m. 22/2’den hareketle objektif özen yükümlülüğünün ihlalinin ve objektif öngörülebilirliğin taksirin aynı unsurunu ifade ettiğini kabul etmektedir. Bkz. Berrin Akbulut 2020, age. s. 490. Toroslu da öngörülebilirlik ve önlenilebilirliğin, yazılı davranış kurallarının bünyesinde esasen var olduğunu kabul etmektedir. Nevzat Toroslu (2018), *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 24. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara, age. s. 239.

⁴⁹⁵ Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 69. Neticenin öngörülebilirliğinin yalnızca fail esas alınarak sübjektif ölçüte göre belirlenmesi gerektiği yönünde bkz. Doğan Soyaslan 2020, age. s. 448; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız 2021, age. s. 486; Timur Demirbaş (2022), *Ceza Hukuku Genel Hüümler*, 17. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 418. Ayrıca neticenin objektif öngörülebilirliğinin, neticenin objektif isnadiyetinin bir koşulu olduğu yönünde bkz. M. Emin Alaşahin ve Kerim Çakır 2020, age. 443.

⁴⁹⁶ Wessels Johannes, Beulke Werner ve Satzger Helmut 2021, age. parag.1115.

⁴⁹⁷ Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 71.

⁴⁹⁸ Urs Kindhäuser ve Till Zimmermann (2020), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Bası, Nomos, Baden Baden, s. 300.

⁴⁹⁹ Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 71.

özen yükümlülüğünün yerine getirilme imkanını da ortaya koyduğu ve⁵⁰⁰ yazılı kurallara aykırı davranılması halinde özen yükümlülüğünün ihlalinin aynı zamanda öngörülebilirlik anlamına gelmesi nedeniyle öngörülebilirlik ölçütünün bir önemi kalmadığı⁵⁰¹ yönünde görüşler de bulunmaktadır.

Öngörülebilirliğin varlığını tespit etmenin somut durumla kolay olmadığını belirtmek gerekir. Alman içtihatlarında da deneyim kurallarıyla sanığın neyi öngörmesi gerektiğinin belirlendiği görülmektedir. Örneğin Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin bir kararında, sabah 6.00'da vardiya değişimi sonrası işe yetişmek zorunda olan veya gece vardiyası sonrası yorgun bir halde otobüsü yakalamak için aceleyle hareket eden ve karşıdan karşıya geçerken gerekli dikkati göstermeme ihtimalleri normalden daha yüksek olan yayaların hesap edilmesinin deneyimler içerisinde yer aldığı kabul edilmiştir.⁵⁰²

Önlenebilirlik ise dış özen yükümlülüğü ile ilgilidir⁵⁰³ ve olgusal değil normatif bir sorundur. Bir kişi özen yükümlülüğünü yerine getirmesine rağmen bir hukuki değere zarar veriyorsa, hukuken izin verilen risk sınırları içerisinde hareket etmiştir ve fiilinin sonucu kaçınılmazdır yani önlenebilir olarak nitelendirilemez.⁵⁰⁴

Sonuç itibarıyla fail, neticenin gerçekleşmesinden, ancak hukuki değer ihlalini fark edebilirdi ve önlemeliydi denilebiliyorsa ve aynı zamanda hareketi sosyal açıdan uygunsuz olacak şekilde tehlikeliyse sorumlu olur.⁵⁰⁵ Eğer yapılan hareketle tipik neticenin meydana gelme riski objektif olarak bilinmiyorsa objektif özen yükümlülüğüne aykırılık yoktur. Dolayısıyla hareketin haksızlığından da bahsedilemez.⁵⁰⁶

2.1.1.3. Objektif Özen Yükümlülüğünün Somutlaştırılması ve Sınırlandırılması

Yukarıda da ifade edildiği gibi somut olayda hukuk düzeninin failden nasıl davranmasını beklediğinin ortaya konulması, objektif özen yükümlülüğünün

⁵⁰⁰ Timur Demirbaş 2022, age. s. 419; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz 2021, age. s. 213. Ayrıca öngörülebilirliğin, özene aykırı davranışla netice arasındaki nedensellik sürecini ilgilendirdiği ve bu açıdan öngörülebilir olarak nitelendirilemeyen neticenin faile isnat edilemeyeceği de ifade edilmiştir. Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz 2022, age. s. 214.

⁵⁰¹ Doğan Soyaslan 2020, age. s. 448.

⁵⁰² BGH (Z), VerkMitt 1973, Nr. 4, *Aktaran* Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 153.

⁵⁰³ Urs Kindhäuser ve Till Zimmermann 2020, age. s. 301.

⁵⁰⁴ Helmut Fuchs 2008, age. s. 95.

⁵⁰⁵ age. s. 95.

⁵⁰⁶ Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 72.

belirlenmesinde ilk basamağı oluşturmaktadır. Bu aşamada, dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağını oluşturan, belirli bir şekilde davranma yükümlülüğü öngören davranış normlarının⁵⁰⁷ tespiti gerekir. Bu kurallar, yazılı özen normları olabileceği gibi deneyimlerle oluşan teamül kuralları da olabilir.⁵⁰⁸ Ardından somut olayda failin ilgili norm ya da teamülleri ihlal edip etmediği, tam olarak hangi davranışının özene yükümlülüğüne aykırı olduğu belirlenmelidir.⁵⁰⁹

Bu konuda başvurulacak ilk kaynak, yetkili merciler tarafından belirlenen yazılı davranış kuralları yani özen normlarıdır.⁵¹⁰ Yasa koyucu pek çok alanda, ihlali genel olarak izin verilmeyen bir tehlike yaratan soyut tehlike yasakları öngörmüştür. Bu kurallarla en çok trafik hukukunda karşılaşılmaktadır.⁵¹¹ Söz konusu düzenlemeler, bir tehlikenin mümkün olduğunu işaret etmektedir. Örneğin trafik düzenlemeleri, muhtemel bir tehlikeye yönelik deneyim ve planlama/düşünmeye dayalı kapsamlı bir öngörünün sonucudur ve bizzat bu düzenlemelerin varlığı, herhangi bir ihlal durumunda kaza meydana gelmesinin ihtimal dahilinde olduğunu göstermektedir.⁵¹² Aynı şekilde bazı faaliyetlerin gerçekleştirilmesi sırasında uyulması gereken kurallar, sıklıkla meydana gelen ve yüksek risk taşıyan durumlar göz önünde bulundurularak ilgili mevzuatta düzenlenebilir.⁵¹³

Ancak anılan kuralların ihlali, özen yükümlülüğüne aykırılığa ilişkin yalnızca birer göstergedir. Yazılı kuralların ihlal edildiği her durumda doğrudan objektif özen yükümlülüğünün de ihlal edildiği sonucuna varılamaz.⁵¹⁴ Soyut olarak tehlikeli olan, münferit durumda tehlikesiz olabilir.⁵¹⁵ Diğer yandan bu normların ihlali her zaman neticenin öngörüldüğü anlamına da gelmez.⁵¹⁶ Öngörme, münferit somut olayın koşullarına bağlıdır ve bir kuralın ihlal edilip edilmemesinden bağımsız olarak fiilin

⁵⁰⁷ Hamide Zafer (2019), *Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75)*, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, s. 325.

⁵⁰⁸ Muhammed Demirel 2022, age. s. 187. Ortak deneyim kurallarının özen yükümlülüğünün kaynağını oluşturduğuna ilişkin olarak bkz. Kayıhan İçel (1967), *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s. 141; Doğan Soyaslan 2020, age. s. 448.

⁵⁰⁹ Bernd Heinrich 2019, §28, age. parag. 1028; Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 77.

⁵¹⁰ Muhammed Demirel 2022, age. s. 186.

⁵¹¹ Claus Roxin ve Luis Greco 2020, §24, age. parag. 15.

⁵¹² age. parag. 15.

⁵¹³ M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alaşahin ve Kerim Çakır 2020, age. s. 434.

⁵¹⁴ Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 79; Bahri Öztürk ve M. Ruhan Erdem 2020, age. s. 458. Aksi yönde, yetkili makam tarafından belirlenen kuralların ihlalinin tek başına dikkatsizlik, özensizlik ve tedbirsizliği oluşturduğu yönünde bkz. Doğan Soyaslan 2020, age. s. 448.

⁵¹⁵ Claus Roxin ve Luis Greco 2020, §24, age. parag. 16.

⁵¹⁶ Kristian Kühl 2017, age. s. 592. Yazar bu açıklamaları, fiilin bilinebilirliği bağlamında yapmıştır. Bkz. Kristian Kühl 2017, age. s. 589 vd.

öngörülebilirliği araştırılmalıdır.⁵¹⁷ Örneğin yalnızca enerji ve çevre koruma saikiyle öngörülen bir hız sınırının aşılması sonucunda kaza meydana gelirse, kural ihlali ile neticenin de öngörüldüğü sonucuna doğrudan varılamaz. Ayrıca bir özen normuna uyulması durumunda da başkaları için fark edilebilir tehlikeli bir durum oluşturulduğu kabul edilebilir. Örneğin yangın tehlikesi olduğu fark edilebiliyorsa, öngörülen yangın tedbirlerini alan ancak başkaca bir güvenlik önlemi almadan faaliyetlerine devam eden işletmenin neticeyi öngörmediği söylenemez. Hatta kurala uygun davranılması durumunda meydana gelebileceği öngörülen zarar, kural ihlaliyle önlenilecek olabilir. Örneğin bir çarpışmanın önlenmesi için hız sınırın aşılması durumunda kural ihlali yapmak gerekli kabul edilebilir.⁵¹⁸

Özen yükümlülüğü; birlik, dernek, spor kulübü, meslek odası gibi belirli bir amaçla bir araya gelen özel kişiler tarafından özellikle teknik konularda ve belirli spor faaliyetlerinin uygulanması için çıkarılmış kurallardan da doğabilir.⁵¹⁹ İşverenin çalışma düzenini sağlamak için koyduğu kurallar da özel kişiler tarafından belirlenen özen normlarına örnek olarak gösterilebilir.⁵²⁰ Aynı şekilde genel kabul gören teknik kurallar veya hekimlik kuralları gibi deneyim kuralları⁵²¹ da bu kapsamda ele alınmalıdır.

Anılan kurallara uygulamada taksirli sorumluluğun gerekçelendirilmesi için başvurulsa da bunlara yasa koyucu tarafından öngörülen soyut tehlike yasakları ile aynı önem verilemez. Bu kurallar en baştan hatalı olabileceği gibi teknik gelişmeler nedeniyle güncelliklerini yitirmiş ya da somut duruma tam olarak uymuyor olabilir. Bir davranışın bu kuralları önemsiz ölçüde ihlal etmesi ya da bu kuralları ihlal etmesinin ardından güvenliği başka şekilde sağlaması gibi durumlarda, ceza hukuku anlamında izin verilmeyen bir tehlikenin varlığı kabul edilemez. Bu bakımdan söz konusu normların ihlal edilmesi taksirin tespitinde bir gösterge olsa da mahkemenin fail tarafından meydana getirilen riski bağımsız olarak tekrar incelemesini de gereksiz kılmaz. Diğer yandan bu kurallara uyulması da her zaman izin verilmeyen bir risk yaratılmasını engellemez.⁵²²

⁵¹⁷ Claus Roxin ve Luis Greco 2020, §24, age. parag. 16.

⁵¹⁸ Kristian Kühl 2017, age. s. 592.

⁵¹⁹ Claus Roxin ve Luis Greco 2020, §24, age. parag. 18.

⁵²⁰ Doğan Soyaslan 2020, age. s. 443.

⁵²¹ Kristian Kühl 2017, age. s. 592.

⁵²² Claus Roxin ve Luis Greco 2020, §24, age. parag. 19.

Objektif özen yükümlülüğünün tespiti için ancak birer karine teşkil eden bu davranış normları, objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranışın ne olduğunun ortaya çıkarılması için yeterli değildir. Bu nedenle somut olayda, faille aynı durumdaki kurgusal kişilik üzerinden gösterilmesi gereken özeni tipleştirmek ve objektifleştirmek için⁵²³ “model ajan”⁵²⁴ ya da “ölçüt figür”⁵²⁵ olarak ifade edilen bir teoriden yararlanmak gerekmektedir. Bu teori, çocukların bakımı gibi önceden belirlenmiş kurallara ulaşamayan alanlarda çok daha önemlidir.⁵²⁶

Model ajan teorisi, faille aynı çevreye dahil olan özenli ve ihtiyatlı bir kişinin somut durumda nasıl davranacağı sorusunu sorar.⁵²⁷ Dikkat edilmelidir ki bu figür, ortalama insan postulatı değildir.⁵²⁸ İnsanların pek çoğunun baştan savma hareket ettiğine dair ampirik gerçekler olması; özenli, anlayışlı ve ihtiyatlı bir kişinin yani model ajanın göstereceği özenin derecesini azaltmaz.⁵²⁹ Söz konusu model kişi, somut duruma göre belirli bir tıp alanından uzman doktor, dikkatli ve özenli bir sürücü ya da baca temizleyicisi olabilir.⁵³⁰ Model ajanın mümkün olduğunca dar bir sosyal alandan seçilmesi ve özel yeteneklere dikkat edilmesi özen yükümlülüğünün daha isabetli bir şekilde belirlenmesi açısından önemli olacaktır.⁵³¹

Bu şekilde standardize edilen yani faille aynı koşullardaki model kişinin uyması gerektiği tespit edilen davranış, failin davranışıyla karşılaştırılır.⁵³² Eğer yapılan faaliyet, model ajana göre çizilen alan içerisinde kalıyorsa izin verilen risk ihlal edilmemiştir ve taksirli sorumluluk gündeme gelmez.⁵³³ Ancak eğer kişi söz konusu kurgusal karaktere nazaran büyük bir tehlike yaratmışsa⁵³⁴ veya faile göre belirlenen model ajan için öngörülebilir ve önlenebilir netice, fail tarafından öngörülemediği ve önlenememiştir ise⁵³⁵ taksir söz konusu olur. Model ajanın nasıl

⁵²³ Muhammed Demirel 2022, age. s. 208.

⁵²⁴ Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 86; Nevzat Toroslu 2018, age. s. 236; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen (2019), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükmeler*, 12. Bası, US-A Yayıncılık, Ankara, s. 271.

⁵²⁵ Muhammed Demirel 2022, age. s. 208.

⁵²⁶ Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 87.

⁵²⁷ Claus Roxin ve Luis Greco 2020, §24, age. parag. 34.

⁵²⁸ Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 88.

⁵²⁹ Helmut Fuchs 2008, age. parag. 16; Thomas Kröger 2016, age. s. 175.

⁵³⁰ Manfred Burgstaller 1974, age. s. 175.

⁵³¹ Muhammed Demirel 2022, age. s. 221.

⁵³² Manfred Burgstaller 1974, age. s. 175. Model ajanın belirlenmesinde dikkate alınması gereken ölçütlere ilişkin farklı görüşler olsa da (bu görüşlerin açıklanması için bkz. Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 88) model ajanın göstereceği özenin objektif olarak belirlenmesi gerektiği kabul edilmelidir. Helmut Fuchs 2008, age. parag. 17.

⁵³³ Claus Roxin ve Luis Greco 2020, §24, age. parag. 34.

⁵³⁴ age. parag. 34.

⁵³⁵ Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 88.

davranması gerektiği ve failin davranışın bununla karşılaştırılması esas olarak hakim görev alanına girse de teknik bilgiyi gerektiriyorsa bilirkişi incelemesine başvurulmalıdır.⁵³⁶ Örneğin hemotoloji uzmanı bir hekimin, beyin kanaması teşhisiyle yapılan ameliyatta uyması gereken tıbbi standartların ortaya çıkarılması ve sanığın tıbbi faaliyetlerinin model hemotoloji uzmanının yapması gerekenlerle karşılaştırılması, ancak tıp bilimine mensup bilirkişinin incelemesiyle mümkün olabilir.⁵³⁷

2.1.2. Sosyal Uygunluk Teorisi ve İzin Verilen Risk Kavramları Çerçevesinde Güvensizlik İlkesinden Güven İlkesine Geçiş

Tarihsel olarak güven ilkesine, trafikte sürücülerin yükümlülüklerinin belirlenmesi amacıyla başvurulduğu görülmektedir. Yukarıda da açıklandığı üzere Alman hukukundaki ilk uygulamalara bakıldığında, güvensizlik ilkesi ile karşılaşılmaktadır. Genel yaşam deneyimlerinin ve deneyim tahmininin uygulanmasıyla, güven ilkesinin genel geçerliliği yargı tarafından reddedilmiş ve sürücüler ağır bir özen yükümlülüğü altında kalmışlardır.⁵³⁸ Yani güven sorunu deneyim kuralına indirgenmiş ve ancak olağan yaşam deneyimleriyle öngörülebiliyorsa güvenin korunabileceği sonucuna varılmıştır.⁵³⁹ Güven ilkesinin yaşam deneyimlerinden bağımsız olarak temellendirilmesi, sosyal açıdan gerekli bazı davranış biçimlerini mümkün hale getirilme düşüncesiyle ilgilidir.⁵⁴⁰ Bu nedenle ilkenin taksirli sorumluluğun belirlenmesinde kullanılma ve suç genel teorisi içerisinde yer edinmesi sürecinde, sosyal hareket ve izin verilen risk teorileri etkili olmuştur. Dolayısıyla ilkenin taksirli suçun yapısı içerisindeki yerinin açıklanması, öncelikle bu teorilerle bağlantısının ortaya konulmasını gerektirmektedir.

Özen yükümlülüğü talebinde aşırıya kaçılmasının, toplumun işleyişinin durmasına neden olacağı fikri zaman içerisinde izin verilen risk ve sosyal uygunlukla güçlenmiştir.⁵⁴¹ Bu düşünce, trafik hukukuna ilişkin içtihatlarda, güven ilkesinin menfaatlerin dengelenmesi teorisiyle açıklanmasıyla daha net olarak görülebilmektedir. Sosyal teması mümkün kılma fikri, aşırı özen yükümlülüğünden

⁵³⁶ Hamide Zafer 2019, age. s. 331.

⁵³⁷ Yar. 12. CD., E. 2015/12713 K. 2016/9417 T. 2.6.2016.

⁵³⁸ supra 1.3.1.1.1.

⁵³⁹ Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 79.

⁵⁴⁰ age. s. 79.

⁵⁴¹ age. s. 80.

kaçınmak için temel düşünce olarak hizmet ettiği sürece güven ilkesi normatif kabul görür, yani artık bir deneyim kuralı olarak kavranmaz. Bu şekilde güven ilkesinin sosyal uygunluk ve izin verilen risk düşüncesine entegrasyonu Welzel'in öğretisiyle sağlanmıştır.⁵⁴²

Welzel'e göre hareket, sosyal olarak anlamlı bir fenomen, sosyal hayatın içerisinde bir hareket olarak anlaşılmazsa ancak bir soyutlama olarak kalır. Bir halkın tarihsel olarak gelişen toplumsal yaşam düzeni içerisinde işlevsel olan hareketler, haksızlık kavramının dışında kalır. Bu tür fiiller, sosyal açıdan uygun olarak nitelendirilir.⁵⁴³ Sosyal uygunluğun özel durumlarından biri, diğer sosyal açıdan uygun hareketlerden hukuki değerlere ilişkin tehlikenin ölçüsüyle ayrılan izin verilen risktir.⁵⁴⁴

Günümüzdeki ağırlıklı öğreti görüşü tarafından kabul edildiği gibi,⁵⁴⁵ Welzel'in teorisinde de özen yükümlülüğü, izin verilen riskin aşılmasıdır. Yazara göre özen yükümlülüğüne aykırılık ancak "normal trafiğin/çevrenin" veya "sosyal olarak uygun olanın" dışına çıkan tehlikeler için söz konusudur.⁵⁴⁶ Yine bugünkü anlayışla aynı doğrultuda, soyut düzenlemeler ancak özen yükümlülüğünün ihlal edildiğine dair bir emare oluşturur ve somut olayda hangi davranışların bu standardı karşılayacağı ise aynı durumdaki ihtiyatlı ve özenli kişinin nasıl hareket edeceği araştırılarak bulunabilir.⁵⁴⁷ Bu noktada, ihtiyatlı ve sorumluluklarının bilincinde sürücünün alabileceği ölçülü risklerin ne olabileceği ile ilgili içtihatlarla güven ilkesi oluşturulmuştur.⁵⁴⁸ Welzel, güven ilkesini, kişinin kendi uygun davranışını, başkasının kurallara uyacağı beklentisi temelinde gerçekleştirmesine izin verdiği için özen

⁵⁴² age. s. 80.

⁵⁴³ Hans Welzel (1939), "Studien zum System des Strafrechts", *ZStW*, C. 58, s. 517, 518.

⁵⁴⁴ agm. s. 518. Ancak sosyal uygunluk kavramı ile izin verilen risk yazar tarafından eş anlamlı da kullanılmıştır. Bkz. agm. s. 518, 520 (dn. 41).

⁵⁴⁵ Hans-Heinrich Jescheck ve Thomas Weigend 1996, age. s. 579; Kristian Köhl 2017, age. s. 525.

⁵⁴⁶ Hans Welzel (1961), *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, C.F. Müller, Karlsruhe, s. 17.

⁵⁴⁷ age. s. 18, 19.

⁵⁴⁸ Hans Welzel 1961, age. s. 18. Görüldüğü gibi Welzel'in öğretisinde, izin verilen riskin aşılp aşılmadığını belirlemek için güven ilkesinden yararlanılmaktadır. Güven ilkesi ve izin verilen risk arasında bugün de sıklıkla bağlantı kurulmaktadır. Bu bakımdan bazı yazarlar tarafından güven ilkesi, izin verilmeyen bir tehlikenin var olup olmadığının tespiti bakımından yararlanılan en önemli araçlardan biri olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Yener Ünver 1998, age. s. 338. Ayrıca ilkenin, izin verilmeyen tehlikenin reddi için tanındığını ve bu bağlamda izin verilen riskin bir uygulanma alanı olduğunu kabul edenler (Claus Roxin ve Luis Greco 2020, §24, age. parag. 21, 22) ile ilkenin izin verilen riskin bir alt dalı olduğunu belirtenler de bulunmaktadır (Gunnar Duttge 2022, MK, §15, age. parag. 105; Günther Jakobs 1991, age. parag. 51. Ancak Jakobs bu açıklamayı objektif isnadiyet bağlamında yapmıştır).

kavramının içeriksel somutlaştırılması olarak tanımlamaktadır. Bu, trafik düzenlemelerinde özen kavramına yeni bir işlev kazandırmaktadır.⁵⁴⁹

Sonuç olarak güvensizlik ilkesinden güven ilkesine geçiş, özen yükümlülüğünü sınırlandırmak ve faili aşırı özen yükümlülüğü altında bırakmamak için başka ölçütler aranması ile yakından ilgilidir.⁵⁵⁰ Bu doğrultuda sonraki yargı kararlarında özenli ve ihtiyatlı sürücünün ne yapacağı sorusuna güven ilkesi vasıtasıyla bir cevap arandığı ve trafiğe ilişkin risklerin yayalar dahil tüm trafik katılımcıları arasında paylaştırıldığı açıkça görülebilmektedir.⁵⁵¹ Bu doğrultuda güven ilkesinin objektif özen yükümlülüğünü sınırlandırma ve somutlaştırma işlevine ilişkin teorik tartışmalar aşağıda ayrıntısıyla incelenecektir.

2.1.3. Objektif Özen Yükümlülüğünü Sınırlandıran ve Somutlaştıran Bir Ölçüt Olarak Güven İlkesi

2.1.3.1. Güven İlkesiyle Objektif Özen Yükümlülüğünün Sınırlandırılması

Yukarıda açıklandığı gibi güven ilkesinin, kişiye aşırı bir dikkat ve özen yükümlülüğü yüklenilmesinden kaçınılması ile yakından ilişkisi vardır.⁵⁵² Hatta güven ilkesinin, başkalarının hatalı hareketleri göz önünde bulundurularak özen yükümlülüğünün sınırlandırılması için en verimli, içerik olarak uygun ve en geniş uzlaşmaya ulaşan dogmatik yaklaşım olduğu ifade edilmektedir.⁵⁵³ Bu doğrultuda ilkenin objektif özen yükümlülüğünü sınırlandırdığı görüşü Alman öğretisinde ağırlıktadır.⁵⁵⁴

Tarihsel olarak motorlu araç kullanımı için öngörülen aşırı özen yükümlülüklerinin tamamı bir açıdan güven ilkesi ile sınırlandırılmıştır.⁵⁵⁵ Buna göre ilke, herkesin kural olarak trafikte diğerlerinin kurallara uygun davranışlarına güvenilebileceğini öngördüğünden özen yükümlülüğünü kısıtlayıcı bir rol oynar.

⁵⁴⁹ Hans Welzel 1961, age. s. 19.

⁵⁵⁰ Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 55.

⁵⁵¹ NJW, 1954, 1493; NJW, 1957, 110.

⁵⁵² Örneğin İsviçre’de 2006 yılından sonra değişen yargı kararlarıyla, geçiş önceliği olan sürücünden daha fazla öngörülebilirlik talep edilmeye başlanması, güven ilkesinin bir ütopya haline gelmesi olarak yorumlanmıştır. Bkz. Hans Giger 2011, agm. s. 4.

⁵⁵³ Lothar Kuhlen 1989, age. s. 128.

⁵⁵⁴ Bernd Heinrich 2019, §28, age. 6. Bası, dn. 1034, s. 435; Wessels Johannes, Beulke Werner ve Satzger Helmut 2021, age. parag.1120, s. 409; Thomas Kröger 2016, age. s. 179. Gropp, güven ilkesinin varlığı halinde özen yükümlülüğünün ihlalinin söz konusu olmadığını ifade etmektedir. Bkz. Walter Gropp 2015, age. s. 523.

⁵⁵⁵ Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 272.

Nitekim kimse trafikte diğ erinin hatalı hareketini hesaplayarak hareket etmek zorunda değildir.⁵⁵⁶ Daha sonra aynı gerekçeye, tıbbi iş birliği faaliyetlerinde özen yükümlülüğünün sınırlandırılması için başvurulmuştur. Buradaki düşünce, kişinin izole davranışı temelinde gelişen taksirli sorumluluk anlayışı iş birliği alanına olduğu gibi aktarılırsa, tıbbi özen yükümlülüğünün ağırlaştırılmasının kaçınılmaz olacağıdır. Buna göre iş birliği halinde yürütülen işlere katılımın tek başına yapılan faaliyetlerden farklı standartlara tabi olması ve bunlardan doğacak tehlikeleri önleyecek mekanizmaların da öngörülmesi gerekir.⁵⁵⁷ Bu noktada güven ilkesi, iş birliği faaliyetlerinde özen yükümlülüğünü sınırlandıran ve bu faaliyetlerin daha etkili yürütülmesinde kullanılabilecek bir araç olarak görülmüştür.⁵⁵⁸

Özen yükümlülüğünün sınırlandırılması, esas olarak sorumluluk alanlarının netleştirilmesi ve şahsi sorumluluk fikriyle ilgilidir. Şahsi sorumluluk ilkesi, kişinin sorumluluk alanının kural olarak kendi hareketleriyle sınırlı olduğu ve yalnızca belirli şartlar altında üçüncü kişilerin hareketlerini de kapsadığı ve bu itibarla diğ er kişilerin muhtemel özene aykırı veya dikkatsiz hareketlerini dikkate alma yükümlülüklerinin kural olarak bulunmadığını⁵⁵⁹ ifade etmesi bakımından özen yükümlülüğünün güven ilkesiyle nasıl sınırlandırıldığını açıklamaktadır.

İş bölümü içerisinde yapılan fiillerde, taksir sorumluluğunun artırılmasından kaçınmak ve aynı zamanda bu fiili gerçekleştirenin objektif ve subjektif sorumluluğunun tanınması için ilgili sorumluluk alanlarının kesin olarak belirlenmesi gerekir. Bu noktada, süreçten sorumlu kişilerin; katkıda bulunan kişiler üstünde kontrol, denetim ve seçme yükümlülüğü olup olmadığı, eğer böyle bir yükümlülükleri varsa bunun kapsamının ne olduğu ve organizasyon eksikliğinden ne dereceye kadar sorumlu oldukları sorularının netleştirilmesi gerekmektedir. Bu şekilde güven ilkesinin tehlikeli fiillerin iş bölümüyle gerçekleştirildiği her alanda özen yükümlülüğünün sınırlandırılmasını sağladığı ifade edilmektedir.⁵⁶⁰

Daha önce açıklanan sorumluluk alanlarının birincil ve ikincil özen yükümlülüğü şeklinde sınırlandırılması düşüncesi, tıbbi özen yükümlülüğünün⁵⁶¹ ve

⁵⁵⁶ Sternberg-Lieben ve Schuster, para 150.

⁵⁵⁷ Günter Stratenwerth 1961, agm. s. 384.

⁵⁵⁸ agm. s. 386.

⁵⁵⁹ Heribert Schumann 1986, age. s. 6.

⁵⁶⁰ Thomas Kuhn (2021), Strafgesetzbuch (StGB), “§15 StGB Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln”, *İçinde, Arbeits- und Sozialstrafrecht*, Ed. Manfred Parigger, Rüdiger Helm ve Eckart Stevens-Bartol, 1. Bası, Nomos, Baden-Baden, parag. 37.

⁵⁶¹ Günter Stratenwerth 1961, agm. s. 393.

bu yükümlülüğün nasıl sınırlandırıldığına açıklanmasını sağlamaktadır. Hatırlanacağı üzere kural olarak kişi kendi fiilleri nedeniyle birincil özen yükümlülüğü altındadır. Üçüncü kişilerin fiilleri nedeniyle sorumlu olduğu ikincil özen sorumluluğu ise güven ilkesinin sınırlandırıldığı hallerde devreye girmektedir.⁵⁶² Üçüncü kişilerin hatasının öngörülebilir olduğu yönündeki genel belirlemeye ek olarak ya birincil özen yükümlülüğüne sebep olan bir tehlike kaynağının ya da ikincil özen yükümlülüğünü tetikleyen durumların belirlenmesi gerekir. Eğer özen yükümlülüğüne ilişkin bu bağlama noktalarından biri yoksa, taksirli sorumluluk da yoktur.⁵⁶³ Tıbbi iş bölümünde ortaya çıkacak tehlikelere ilişkin bu durumlar, kişinin yükümlülüklerini somutlaştırılarak özen yükümlülüğünün belirlenmesi işlevini üstlenmektedir. Diğerlerinin kendi fiillerinden sorumlu oldukları düşünüldüğünde özen yükümlülüğünü ihlal etme tehlikesine dair özel bir durum olmadıkça özen yükümlülüğüne uygun davranacaklarına güvenilebilir.⁵⁶⁴ Bu anlayış, iş bölümü ilişkilerinde sorumluluk alanlarının netleştirilmesi fikriyle ilgilidir. Bu şekilde güven ilkesi tehlikeli fiillerin iş bölümüyle gerçekleştirildiği her alanda özen yükümlülüğünün sınırlandırılmasına yol açmaktadır.⁵⁶⁵

Trafik ve iş birliği ilişkilerindeki gerekli riskin sürdürülebilmesi için özen yükümlülüğünün sınırlandırılması gerekliliğinin⁵⁶⁶ ötesinde, objektif özen yükümlülüğünün sınırlandırılmasına ilişkin ayrıntılı teorik gerekçelerle karşılaşmamaktadır. İlke, ortaya çıkışından itibaren, kendisi objektif özen yükümlülüğüne uygun hareket eden kişinin başkasının da aynı şekilde davranacağına güvenmesi üzerinden tanımlanmakta; bu şekilde ilkenin özen yükümlülüğünü sınırlandırıcı bir fonksiyon icra ettiği sonucuna varılmaktadır.⁵⁶⁷ Bu argüman çok açık olmasa da bahsedilmek istenen şudur: Güven ilkesinin uygulandığı durumlarda yükümlülük alanının daha dar olması nedeniyle bir fiil icra eden kişi daha az hususu dikkate almak zorundadır. Örneğin bir enjeksiyon yapılması için usulüne uygun açık talimat veren hekim, hemşirenin bu enjeksiyonu doğru yapacağına güvenebilir. Bu halde hemşirenin talimatı doğru anladığını ve uygulayacağına güvenebilmesi ve bu açıdan hata yapacağını hesap etmek zorunda olmaması nedeniyle ona nezaret etmek

⁵⁶² Günter Stratenwerth 1961, agm. s. 392.

⁵⁶³ agm. s. 393.

⁵⁶⁴ agm. s. 400.

⁵⁶⁵ Thomas Kuhn 2021, age. s. 748.

⁵⁶⁶ Günter Stratenwerth 1961, agm. s. 389.

⁵⁶⁷ Sternberg-Lieben ve Schuster, dn. 149, s. 298.

gibi bir sorumluluğu yoktur. Dolayısıyla sorumluluk alanının sınırlarının netleştirilmesini takiben özen yükümlülüğü de sınırlandırılmaktadır.

Avusturya hukukuna bakıldığında, güven ilkesi en temel sorumluluk sınırlandırma ilkesi olarak kabul edilmektedir.⁵⁶⁸ Bu anlayışa göre ilke, zorunlu olarak sorumluluk hukukunun tamamından (tazminat hukuku ve özellikle ceza hukuku) kaynaklanmaktadır. Bir davranışın ex ante objektif özen yükümlülüğüne aykırı ya da uygun olduğu kararı, her ilgili risk değerlendirmesinin, zorunlu olarak diğer yol kullanıcılarının davranışlarıyla ilgili varsayımlar temelinde yapılması sonucunu doğurur. Özenli davranan kişi, diğer trafik kullanıcılarının da norma uygun davranışına dikkat etmelidir. Güven ilkesi bu nedenle taksirli suçlar alanında ilgili özen gerekliliğinin sınırlandırılmasında merkezi bir anlama sahiptir.⁵⁶⁹

Görüldüğü gibi her iki görüş de esasında ilkenin tehlike tahmininde kullanılarak özen yükümlülüğünün belirlenmesi ve somutlaştırılmasında rol oynayabileceği sonucuna varmaktadır.

İsviçre hukukunda ise, güven ilkesinin istisnalarını düzenlen Karayolu Trafik Kanunu'nun 26/2 hükmünün⁵⁷⁰, bazı kişilere özel önem gösterilmesi şeklinde somut bir emir içerdiği⁵⁷¹ ve bu hallerde güven ilkesinin yerini özen yükümlülüğüne bıraktığı ifade edilmiştir.⁵⁷² Özel önem gösterilmesi gereken kişilerle ifade edilmek istenen, kendilerine karşı daha yüksek dikkat ve özen gösterilmesi gereken ve hukuka uygun davranacağı varsayılmayacak kişilerdir. Söz konusu fikir, tersten bir okumayla güven ilkesinin uygulandığı durumlarda kişinin daha az özen ve dikkat gösterebileceği ve bu şekilde aslında özen yükümlülüğünün sınırlandırıldığı şeklinde yorumlanmaya müsaittir.

2.1.3.2. Güven İlkesiyle Objektif Özen Yükümlülüğünün Somutlaştırılması

⁵⁶⁸ Peter Lewisch 2004, agm. s. 97.

⁵⁶⁹ agm. s. 98.

⁵⁷⁰ SVG m. 26/2: Çocuklara, malullere, yaşlı insanlara ve trafikteki bir kişinin hareketlerini idame ettiremediğine yönelik belirtilen olan durumlarda bu kişilere karşı özel bir dikkat gösterilmesi gerekir.

⁵⁷¹ Hans Giger 2011, agm. s. 8.

⁵⁷² agm. s. 5.

Özen yükümlülüğünün sınırlandırılması ile yakından ilgili olan bir başka görüş, güven ilkesinin objektif özen yükümlülüğünün somutlaştırılmasında yani içeriğinin belirlenmesinde yardımcı bir ilke olduğudur.

Alman öğretisindeki genel kabul, güven ilkesinin objektif özenin ihlal edilip edilmediğinin tespit edilmesinde rol oynadığıdır.⁵⁷³ Trafik katılımcısı, belirlenen emir ve yasaklara uyduğu sürece kural olarak diğerlerinin de aynı şekilde trafik kurallarına uygun hareket edeceğine güvenebilir.⁵⁷⁴ Bu şekilde Reich Yüksek Mahkemesi ve Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin de kabul ettiği gibi diğer insanların hata yapmadan iş birliğine katılacaklarına güven duyma doğrudan yükümlülük ihlali anlamına gelmez⁵⁷⁵ ve özen yükümlülüğünün ihlali söz konusu olmaz.⁵⁷⁶

Güven ilkesinin bir deneyim kuralı olarak kabul eden ve ilkenin normatif bir değeri olmadığı görüşüyle öğretide farklı bir noktada duran Brinkmann, referans göstermeden, baskın görüşe göre güven ilkesinin bir özen normu (*Alm. Sondernorm*) olduğunu aktarmakta ve bu görüşlere katılmadığını ifade etmektedir. Yazar, ilkenin sosyal uygunluğun bir formu olarak görülmesini eleştirmektedir; nitekim bu kabul, güven ilkesinin doğrudan tehlike tahmini değerlendirmesine dahil edilmesi anlamına gelir. Ancak tehlike yargısına varmak için tehlike tahminine uygulanan sosyal uygunluğun ölçüsü normatif olarak belirlenmelidir.⁵⁷⁷ Elbette bu çalışma kapsamında güven ilkesinin normatif bir temele sahip olduğu savunulduğundan, bir özen normu olduğu kabulünde de teorik bir çelişki bulunmamaktadır.

Bu konudaki bir diğer görüş ise güven ilkesinin, model kişinin örnek davranışı konusunda somut bir emare sunduğudur.⁵⁷⁸ Herkes kendi uygulama alanı içerisinde diğerlerinin kurallara uygun davranacağı varsayımından hareketle davranışlarını düzenleyebilir.⁵⁷⁹ Bu aynı zamanda trafikteki objektif özen yükümlülüğüne uygun hareket eden model kişinin, ilkesel olarak diğerlerinin hatalı hareketlerini hesap etmek

⁵⁷³ Volker Krey ve Robert Esser (2016), *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Bası, Hohlhammer, Stuttgart, parag. 1351. Ayrıca güven ilkesinin, objektif özen yükümlülüğünün içeriğinin kapsamının belirlenmesinde kullanıldığına dair bkz. Serkan Meraklı (2020), *Ceza Hukukunda Kusur*, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 227; Bahri Öztürk ve M. Ruhan Erdem 2020, age. s. 458.

⁵⁷⁴ Ulrich Berz ve Michael Burmann (2021), *Handbuch des Straßenverkehrsrechts*, 43. Bası, C.H. Beck, München, 13/C, parag. 8.

⁵⁷⁵ Günter Stratenwerth 1961, agm. s. 386.

⁵⁷⁶ Ulrich Berz ve Michael Burmann 2021, age. 13/C, parag. 8.

⁵⁷⁷ Bernhard Brinkmann 1996, age. s. 112, 113.

⁵⁷⁸ Aynı yönde güven ilkesinin “ideal sürücü” kavramı üzerinden açıklanması için bkz. Michael Kaufmann (2020), “Haftung des Kraftfahrzeughalters und -führers”, *İçinde, Geigel Haftpflichtprozess*, Ed. Kurt Haag, 28. Bası, C.H. Beck, München, parag. 119.

⁵⁷⁹ Manfred Burgstaller 1974, age. s. 58.

zorunda olmadığı ve bu şekilde ilgili riske izin verildiği anlamına gelir.⁵⁸⁰ Başka bir deyişle güven ilkesinin uygulama alanları açısından etkisi, belirli bir davranış için gerekli olan özen derecesinin, ancak o davranıştan etkilenecek diğer kişilerin de özene uygun davranacağı kabulüne göre belirlenmesidir.⁵⁸¹ Bu açıdan güven ilkesinin düzenlendiği Avusturya Trafik Kanunu'nun 3. maddesi, somut olayda hukuk düzeninin failden nasıl davranmasını beklediğine ilişkin kaynaklık yapabilecek bir özen normu olarak ele almaktadır. Örneğin, geçiş hakkına sahip olan sürücünden beklenen özen, tali yoldan gelen aracın hızını azaltacağına ve kendisine yol vereceğine güvenilebileceği hususu dikkate alınarak belirlenir.

Bu görüşün, güven ilkesinin pozitif düzenlemeye sahip olduğu Avusturya hukuku bağlamında ileri sürülmesi nedeniyle Türk hukukuna aktarılmasına dair soru işaretleri doğabilir. Ancak aynı yöndeki görüşlere ne güven ilkesinin ne de objektif özen yükümlülüğünün pozitif bir dayanağa sahip olduğu Alman hukukunda da rastlanmaktadır. Buna göre güven ilkesi, katılımcıların özene aykırı davranışlarının ayrı ayrı belirlenmesi, yani egemen olunabilen faaliyet alanı içerisinde kişiden beklenebileceklerin ölçüsünün görünür hale getirilmesi anlamına gelir.⁵⁸² Böyle bir anlayışla güven ilkesi, failin belirli bir durumda önceden hesapladığı ve kaçınma stratejileri geliştirdiği tehlikeleri belirleyen temel bir meta kurala dönüşmektedir.⁵⁸³

Benzer başka yönde bir görüş de güven ilkesinin etkisini, özenli hareketin sınırlarının kural olarak başkalarının muhtemel hatalı hareketleri dikkate alınmaksızın belirlenmesinde yattığını belirtmektedir.⁵⁸⁴

Güven ilkesinin tehlikenin tahmin edilmesinde kullanılması yönündeki fikirler, esasında iç özen yükümlülüğünün harekete geçirilmesiyle ilgilidir. Bu açıdan ilgili görüşler kapsamında güven ilkesi, iç özen yükümlülüğünün belirlenmesinde rol oynamaktadır. Bu da elbette hâkimin somut olayda başvuracağı model ajan kavramının güven ilkesi yardımıyla belirlenmesi anlamına gelmektedir.

Diğer yandan güven ilkesinin tersi anlamından, üçüncü kişilere güvenilmemesi halinde failin taksirli sorumluluğunu doğuracak bir tür güven yükümlülüğü ortaya

⁵⁸⁰ age. s. 58, 59.

⁵⁸¹ Manfred Burgstaller 1974, age. s. 59; Manfred Burgstaller ve Hannes Schütz (2020), “§6”, *İçinde, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Ed. Frank Höpfel/Eckart Ratz, 2. Bası, Manz, Viyana, parag. 54.

⁵⁸² Gunnar Duttge 2022, MK, §15, age. parag. 145.

⁵⁸³ age. parag. 146. Aynı yönde bkz. Berrin Akbulut 2020, age. s. 403.

⁵⁸⁴ Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 224.

çıkabilir. Örneğin geçiş hakkı olan yolda seyredirken, tali yoldan gelen araç yaklaşınca ani fren yaparak arkadan gelen aracın çarpmasına neden olan sürücünün taksirli sorumluluğu gündeme gelebilir.⁵⁸⁵

Üçüncü olarak güven ilkesinin objektif özen yükümlülüğünü belirleyen özen normlarının anlamlandırılmasında kullanılabileceği ifade edilmektedir. Güven ilkesi, kişinin kendi özenini diğerlerinin doğru davranacağı tahminine göre belirlemesine izin vererek belirli bir çevredeki dikkat kurallarının anlamını oluşturur. Bu özellikle sosyal olarak faydalı olan teamül/alışkanlıklar ile trafik ve tıbbi iş birliği gibi sosyal yaşam için sabit haline gelen alanlarda belirgindir.⁵⁸⁶ Bu açıdan ilke, trafik düzenlemelerinin unsurlarının ve soyut tehlike yasaklarının yorumlanmasında rol oynayabilir. Örneğin Alman Federal Mahkemesi, StVO'nun karar tarihindeki versiyonunun § 9 Abs. 2 maddesi gereğince, binalarla çevrili kavşağı, geçiş önceliğine sahip kişi için hızın azaltması gereken kör bir nokta olarak kabul etmemiştir.⁵⁸⁷

Güven ilkesini sınırlandıran normların hukuki niteliği hakkında da benzer görüşler ileri sürülmüştür. Güven ve güvensizlik, işlevsel olarak birbiriyle ilişkili ve bu açıdan hukuk kurallarının içeriğini ve haksızlığı belirleyicilikte birbirine eşdeğerdir. Güvensizlik aynı zamanda hukuki kodifikasyon ilkesidir. Bu anlamda genişletilmiş güven ilkesinin sınırı, aksi durumu kabul için gerekli emarelerin bulunduğu yerdedir. Bu halde fail, taksiri temellendiren, daha dikkatli olması konusunda uyarı niteliğindeki özel bir bilgiye sahiptir.⁵⁸⁸

2.1.3.3. Güven İlkesi ve Objektif Öngörülebilirlik

Model ajanın genel yaşam deneyimlerine göre belirli bir durumda neleri hesap edebileceği ile ilgili olan objektif öngörülebilirlik⁵⁸⁹ kavramıyla hiç kimsenin diğerlerinin hukuka aykırı davranacağını hesap etmek zorunda olmadığını ifade eden güven ilkesi arasında yakın bir ilişki olduğu kolayca düşünülebilir. Özen yükümlülüğüne uygun davranışın ne olduğu, ancak neticenin öngörülebilirliğinin ve bu neticenin nasıl önlenebileceğinin belirlenmesiyle ortaya çıkarılabilir⁵⁹⁰ ve taksirin

⁵⁸⁵ age. parag. 229.

⁵⁸⁶ Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 80.

⁵⁸⁷ BGHSt 4 47, 49, *Aktaran* Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 230.

⁵⁸⁸ Gunnar Duttge 2022, MK, §15, age. parag. 146.

⁵⁸⁹ Wessels Johannes, Beulke Werner ve Satzger Helmut 2021, age. parag. 1115. Objektif öngörülebilirliğe ilişkin açıklamalar için bkz. supra 2.1.1.2.

⁵⁹⁰ Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 69.

varlığı, zararlı neticenin öngörülebilir olmasına rağmen fail tarafından öngörülememesine bağlıdır.⁵⁹¹ Bu nedenle özen yükümlülüğüyle bağlantılı olarak ele alınan güven ilkesinin de öngörülebilirlik kavramıyla ilişkilendirilmesi şartıcı olmamaktadır. Öğretide özellikle güven ilkesinin sınırlandırıldığı durumların, diğerlerinin hatalı hareketlerinin öngörülebilirliği ve önlenebilirliği üzerinden açıklandığı görülmektedir.⁵⁹² Anılan görüşler uyarınca güven ilkesinin geçerli olduğu hallerde diğerlerinin özene aykırı davranışları öngörülebilir ve bu açıdan önlenebilir değildir.⁵⁹³

Başka bir görüş ise öngörülebilirliğin; güven ilkesi, ölçüt figür ve objektif isnadiyet ölçütleri yardımıyla somutlaştırılması gerektiği yönündedir. Buna göre de güven ilkesinden yararlanan kişi açısından netice objektif olarak öngörülebilir değildir.⁵⁹⁴

Ancak güven ilkesinin objektif öngörülebilirlik ile bir bağlantısının olmadığı yönünde görüşler de vardır. Buna göre özen gerekliliklerine uygun hareket eden kişi öngörülebilirlikten bağımsız olarak taksirli sorumluluktan kurtulur.⁵⁹⁵ Söz konusu görüş, objektif özen yükümlülüğü ve objektif öngörülebilirliğin birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiği ve neticenin öngörülmesine rağmen objektif özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışın bulunmayabileceği yönündeki⁵⁹⁶ kabule paraleldir. Bu görüşten hareket edildiğinde, objektif özen yükümlülüğünün belirlenmesinde etkili olan güven ilkesi, öngörülebilirlikten ayrı ele alınmalıdır.

Güven ilkesi ve öngörülebilirlik ilişkisine dair başka bir görüş ise ilkenin diğer insanların hesaba katılması gerekmeyen özen eksiklikleri ile ilgiliyken öngörülebilirlik ölçütünün yalnızca belirli tehlike kaynaklarıyla ilgili özen yükümlülüğüyle bağlantılı olduğunu ifade etmiştir.⁵⁹⁷ Buna göre diğer insanların hata yapmayacağına güvenilmesi halinde özen yükümlülüğünün ihlal edilmemesi öngörülebilirlik ile ilgili bir sorun değildir. Nitekim güvenilen iş arkadaşının hata yapması genel deneyim

⁵⁹¹ Doğan Soyaslan 2020, age. s. 448.

⁵⁹² Tuğrul Katoğlu 2007, agm. s. 32; Yener Ünver 2008, agm. s. 890; Ali Kemal Yıldız 2010, agm. s. 267; Nevzat Toroslu 2018, age. 237. İtalyan hukukunda da güven ilkesinin öngörülebilir kural ihlalleri bakımından uygulanmayacağına ilişkin için bkz. Yüksel Ersoy (2002), *Ceza Hukuku Genel Hükmümler*, İmaj Yayınevi, Ankara, s. 106.

⁵⁹³ Teknik araçlara duyulan güven bakımından bu yönde açıklamalar için bkz. Ali Kemal Yıldız 2010, agm. s. 266.

⁵⁹⁴ Muhammed Demirel 2022, age. s. 381.

⁵⁹⁵ Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch ve Jörg Eisele 2021, age. s. 37.

⁵⁹⁶ Bahri Öztürk ve M. Ruhan Erdem 2020, age. s. 459.

⁵⁹⁷ Günter Stratenwerth 1961, agm. s. 400.

kuralları dışında yer almaz. Söz konusu hatanın belirli bir dereceye kadar öngörülmesi gerekmiyorsa burada bağımsız başka bir dogmatik bakış açısı üstün gelir.⁵⁹⁸ Başka bir deyişle sorun gerçekten neticenin öngörülüp öngörülmediği değil, öngörme yükümlülüğü altında olunmamasıdır.

Aynı yönde bir başka görüş uyarınca güven ilkesi, öngörülebilirlik alanının ötesinde taksirli faillik alanını sınırlar. Nitekim örneğin ilkenin en önemli uygulama alanı olan trafik hukukunda katılımcılar kendilerini ve diğerlerini tehlikeye atmaktadırlar ancak yalnızca öngörülebilirlik ölçütü ile meydana gelecek kazalardan cezai sorumluluk belirlenemez. Aksi halde meydana gelen yaralanma veya diğer neticeler tüm katılımcılar için öngörülebilir olduğundan kazaya karışan herkesin sorumlu olması gerekir.⁵⁹⁹ Ancak bu görüşe göre “tehlike tahmini” ve “öngörülebilirlik” ölçütleri, belirli bir olayla ilgili olarak genel insani ihtimal yargısına yönelik olması bakımından örtüşmektedir.⁶⁰⁰

Avusturya içtihatlarında güven ilkesini öngörülebilirliğin sınırlandırılması olarak ele alan görüşlere rastlanmaktadır. Buna göre güven ilkesinin düzenlendiği maddede kanun koyucu, trafikte diğerlerini tehlikeye atmayı önlemek için gerekli olağan dikkat ve özen yükümlülüğünü ortadan kaldırmayı değil, yalnızca diğerlerinin trafik düzenlemelerine aykırı davranışlarının önceden öngörülme zorunda olmadığını ifade etmektedir.⁶⁰¹ Bu görüşleri eleştiren Burgstaller, söz konusu yorumun iki şartın varlığı halinde haklı olabileceğini ifade etmektedir. İlk olarak subjektif değil objektif öngörülebilirlik dikkate alınmalı ve ikinci olarak bu kavram normatif, yani olağandan daha dar bir şekilde anlaşılmalıdır. Ancak yazara göre söz konusu yaklaşım bu durumda bile güven ilkesinin ana karakterinin üzerini örttüğü için sorunludur. Bu karakter, diğerlerinin hatalı hareketlerinin genel yaşam deneyimleri uyarınca öngörülebildiği durumlarda, kişinin kendi hareketlerini bu hatalı harekete göre yönlendiremeyeceği gerçeğinde yatar. Bu nedenle güven ilkesinin öngörülebilirliğin değil, öngörülebilir olanı göz önünde bulundurma / hesaba katma zorunluluğunun sınırlandırılması şeklinde formüle edilmesi daha uygun olacaktır. Bu gerekçelerle

⁵⁹⁸ agm. s. 387.

⁵⁹⁹ Steffen Schneider (2002), *Das Täterschaftsattribut der Risikoherrschaft und die Beteiligungsformen der fahrlässigen Erfolgsdelikte*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Friedrich Schiller Universität Jena, s. 159, E.T.22.02.2022, https://www.dbthueringen.de/servlets/MCRFileNodeServlet/dbt_derivate_00001321/Dissertation.pdf.

⁶⁰⁰ Steffen Schneider 2002, agt s. 159, dn. 256.

⁶⁰¹ Herbert Steininger 1963, agm. s. 93.

güven ilkesi, objektif özen gerekliliğinin sınırlandırılması olarak ortaya çıkmaktadır.⁶⁰²

Güven ilkesinin öngörülebilirlikten bu şekilde ayrılması tutarlı görünse de ilkenin sınırlandırıldığı durumlar için aynı gerekçelendirme kolayca yapılamamaktadır. Bu durumların bir kısmında, üçüncü kişilerin hukuka aykırı davranabileceğine yönelik somut emareler bulunmaktadır. Bu halde soru, tehlike yaratan durumun kişi için açık olup olmadığıdır. Diğerlerinin hukuka aykırı davranabileceğine dair emareler, adeta somut durumda ilgili kişiyi gerçek yaşamdaki tehlike bilincine yönlendiren vesilelerdir. Bu uyarı sinyallerinin varlığının, kişinin soyut tehlike bilgisiyle somut fiili tehlikeyi fark etmesi arasında köprü işlevi gördüğü ifade edilmektedir. Taksirli nitelemenin temelini oluşturan failin hareketine bağlı tehlikeli faaliyetin fark edilebilirliği, açık tehlike göstergelerinin kanıtlanmasıyla hem gerekçelendirilir hem de sınırlandırılır.⁶⁰³ Bu hallerde diğerlerinin hukuka aykırı davranabileceğinin öngörülebilir olduğunu kabul etmek gerekir. Nitekim objektif olarak öngörülemeyen durumlar bakımından diğerlerinin hukuka uygun davranışına güvenilmesini gerektiren bir hal dahi ortaya çıkmayacaktır.

2.2. GÜVEN İLKESİNİ OBJEKTİF İSNADİYET SORUNU OLARAK ELE ALAN GÖRÜŞLER

2.2.1. Taksirli Suçlarda Objektif İsnadiyet Kavramı

Neticeli suçlarda suçun tamamlandığının kabulü, tipik neticenin gerçekleşmesine bağlıdır. Hareket ve netice birbirinden bağımsız değildir; aksine her ikisi arasında neticenin faile onun hareketi nedeniyle isnat edilebilir olması bakımından yeterli ilişki olmalıdır. Bir kimsenin taksirle ölümüne neden olmak örneğinde olduğu gibi kanun açıkça bu ilişkinin nedensellik bağından çıktığını belirtmiştir.⁶⁰⁴ Gerçekten de failin fiiliyle arasında bir sebebiyet ilgisi olmalı, fiili faile atfedilebilmelidir.⁶⁰⁵

⁶⁰² Manfred Burgstaller 1974, age. s. 59.

⁶⁰³ Gunnar Duttge (2009), “Arbeitsteiliges Zusammenwirken und Fahrlässigkeitsstrafbarkeit”, *HRRS*, s. 149.

⁶⁰⁴ Hans-Heinrich Jescheck ve Thomas Weigend 1996, age. s. 277.

⁶⁰⁵ Doğan Soyaslan 2020, age. s. 349.

Bugün Alman hukukunda egemen olan nedensellik teorisi, doğa bilimleri kaynaklı şart teorisi'dir.⁶⁰⁶ Ancak şart teorisinin, neticenin gerçekleşmesi bakımından zorunlu her şartı nedensel kabul etmesi sorunu ya farklı teoriler ileri sürülmesiyle ya da şart teorisi içerisinde kalınarak sorumluluk alanının daraltılmasına ilişkin farklı formüller bulunmasıyla aşılmaya çalışılmıştır. Bu konuda ortaya atılan teorilerden biri, objektif isnadiyet öğretisidir. Anılan öğretiy uyarınca, kural olarak faile kendi fiiliyle neden olduğu ve bu nedenle cezai olarak sorumlu olduğu netice isnat edilebilir. Buna karşın objektif isnat edilebilirlik ve nedensellik bağı hiçbir suretle özdeş değildir. Nedensellik bağının tespitinin ardından neticenin bir kişiye kendi davranışı olarak isnat edilip edilemeyeceğine, ceza hukuku bakımından söz konusu öğretiy uyarınca bu özel normatif ölçüt ile karar verilir.⁶⁰⁷

Taksirli suçlarda da neticenin⁶⁰⁸ nedensel olduğunun tespiti, taksirli suçların tipikliği için yeterli değildir. Ayrıca neticenin faile isnat edilebilmesi gerekir.⁶⁰⁹ Neticenin isnadiyeti, failin özen eksikliği sonucu yarattığı tehlikenin, meydana gelen neticede gerçekleşmesi ve neticenin normun koruma alanı içerisinde olması yani risk bağlantısının varlığı halinde mümkün olur. Diğer yandan netice ancak varsayımsal bir durumda, failin hukuk tarafından izin verilen davranışı ile meydana gelmeyecekse idiye yani yükümlülüğe aykırılık bağlantısı varsa isnat edilebilir.⁶¹⁰ Kısacası objektif isnat edilebilirlik; bir insan hareketinin, ceza normuyla korunan değeri hukuken yasaklanmış bir tehlikeye sokması ve bu tehlikenin tipik neticeyi oluşturması olarak ifade edilebilir.⁶¹¹

2.2.2. Taksirli Suçlarda Güven İlkesinin Objektif Isnadiyeti Kaldırdığı Görüşü

Öğretinin bir kısmı, güven ilkesinin objektif isnadiyeti kaldırdığı görüşündedir.⁶¹² Ancak önemle belirtilmelidir ki güven ilkesini objektif özen

⁶⁰⁶ Hans-Heinrich Jescheck ve Thomas Weigend 1996, age. s. 279 vd; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alaşahin ve Kerim Çakır 2020, age. s. 441; İzzet Özgenç 2022, age. s. 192; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz 2022, age. s. 135.

⁶⁰⁷ Hans-Heinrich Jescheck ve Thomas Weigend 1996, age. s. 277.

⁶⁰⁸ Taksirli hareket sonucu meydana gelen neticenin bir objektif cezalandırma şartı olduğu yönündeki görüş için bkz. Nurullah Kunter (1954), *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, s. 244.

⁶⁰⁹ Bernd Heinrich 2019, §28, age. parag. 1011.

⁶¹⁰ Detlev Sternberg-Lieben ve Frank Schuster 2019, § 15, age. parag. 156; Berrin Akbulut 2020, age. s. 382.

⁶¹¹ Hans-Heinrich Jescheck ve Thomas Weigend 1996, age. s. 286, 287.

⁶¹² Günther Jakobs 1991, age. parag. 51; Yener Ünver 2008, agm. s. 882; Helmut Frister 2018, age. s. 118; Berrin Akbulut 2020, age. s. 403; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alaşahin ve Kerim

yükümlülüğünün sınırlandırılması ve somutlaştırılmasında başvurulan bir ölçüt olarak kabul eden yazarların bir kısmı, objektif özen yükümlülüğünün belirlenmesini bir objektif isnadiyet sorunu olarak ele almaktadırlar. Buna göre objektif özen yükümlülüğünün ihlali aslında sadece hukuken izin verilmeyen bir tehlike yaratılmasıdır.⁶¹³ Bu açıdan özen yükümlülüğünün ihlalinin unsurları, genel isnadiyet kriterlerinden daha fazlası değildir. Objektif isnadiyetten bağımsız olarak belirlenecek objektif özen yükümlülüğü kavramı, taksirli suçun gerekli özenin ihlalinden oluştuğu izlenimi yaratmaktadır. Ancak fail bir şeyi ihmal ettiği için değil, izin verilmeyen bir risk oluşturan ve tipikliğin koruma amacını içeren bir tehlike yaratan tipik neticeyi meydana getirdiği için suçlanmaktadır. Ayrıca özen yükümlülüğünün ihlali ile neticenin isnadiyeti birbirinden ayıramaz, nitekim isnadiyetin koşulları özen yükümlülüğünün ihlalininkilerle aynıdır.⁶¹⁴ Aynı durum öngörülebilirlik ve önlenebilirliğin unsurları için de geçerlidir. Eğer bir netice öngörülemiyorsa hukuken önem taşıyan bir tehlike yaratılmamış ya da yaratılan tehlike gerçekleşmemiştir.⁶¹⁵

Ayrıca öğretilerde, özen yükümlülüğünün belirlenmesi için geliştirilen “dikkatli ve özenli sürücü” kavramı, tıbbi standartlar veya uzman hekim standardı gibi genellemelerin yani esasında model kişi kavramının, davranışın bir objektif isnadiyet ölçütü olarak standardize edilmesi olduğunu ifade eden görüşler bulunmaktadır. Buna göre, söz konusu davranış standartları kabul edilerek insani olarak neyin mümkün olduğu (*Alm. Menschenmöglichen*) veya objektif amaçlanabilirlik (*Alm. Bezweckbarkeit*) perspektifinden, isnadiyet ve bu şekilde ayrıca özen yükümlülüğünün kapsamı belirlenmeye çalışılır.⁶¹⁶

Bu kabullerle, objektif özen yükümlülüğünü somutlaştıran ve sınırlandıran güven ilkesi de esasen objektif isnadiyete etki etme işlevi kazanmaktadır. Nitekim hukuk kuralları ve trafik kuralları, izin verilmeyen bir tehlikeye dair önemli birer karine olduklarından; güven ilkesi izin verilmeyen riskin artırılmadığını gösteren bir ilkedir.⁶¹⁷

Çakır 2020, age. s. 447; Zehra Başer Doğan (2020), *Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Objektif Isnadiyet*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul, s. 197.

⁶¹³ Murmann, s. 461; Helmut Frister 2018, age. s. 165.

⁶¹⁴ Claus Roxin ve Luis Greco 2020, §24, age. parag. 12.

⁶¹⁵ age. parag. 13.

⁶¹⁶ Söz konusu açıklama, *Maihofen*'in 1961 yılında yaptığı çalışma hakkında yapılmıştır. Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 60.

⁶¹⁷ Claus Roxin ve Luis Greco 2020, §24, age. parag. 21.

Güven ilkesinin objektif isnadiyeti kaldırdığı yönündeki görüşler, izin verilen riskin objektif isnadiyeti kaldıran bir neden olarak ele alınmasıyla da yakından ilişkilidir. Gerçekten de öğretilerde pek çok yazar güven ilkesinin, izin verilen riskin uygulama şekli olduğunu kabul etmektedir.⁶¹⁸ Örneğin Jakobs, güven ilkesini hem izin verilen riskin hem de rücu yasağının bir alt dalı olarak ele almaktadır⁶¹⁹ ve her iki kavramı da objektif isnadiyet sorunu olarak kabul etmektedir.⁶²⁰ Yazar izin verilen risk ve güven ilkesi bağlantısını, diğer kişilerle ortak hareketlerde veya anonim temaslarda, hesap edilemeyen doğal süreçler gibi insanların da bozucu bir faktör olabileceği argümanı ile açıklamaktadır.⁶²¹

Güven ilkesiyle izin verilen risk ilişkisine dair başka bir görüş uyarınca ise güven ilkesi, üçüncü kişilerin hatalarını telafi etme sorumluluğunun sınırlarını normatif yaklaşımla belirleyerek, normatif anlamda izin verilmeyen davranışı tanımlar.⁶²² Ancak güven ilkesinin şahsi sorumluluk anlayışını izole tek bir hareket temelinde değil, kişiler arasındaki sorumluluk dağılımı bağlamında belirlemek önemlidir. Bu şekilde isnadiyet kriteri olan dar anlamda izin verilen riskle karşılaştırıldığında güven ilkesinin özelliği açıklanabilir.⁶²³

Güven ilkesinin objektif isnadiyete etki ettiği fikri sıklıkla ilkenin sorumlulukların paylaşımı ve güvenen kişinin garantör konumu üzerinden açıklamasıyla gerekçelendirilmektedir. Bu ilke, diğer katılımcıların yükümlülüklerine aykırı hareket edeceklerine dair yeterli belirti olmadığı sürece, kişinin kendi hareketinden sorumluluğunu, diğer katılımcıların eşzamanlı veya sonraki yükümlülüklerine aykırı hareketlerini gerektiren zarar sonucu doğuracak süreci önceden hesaplayarak belirlemek zorunda olmadığını ifade eder. Bunun nedeni de diğer katılımcıların yükümlülüklerine aykırı hareket etme risklerinin diğer risklere (örn. doğal risklere) göre genel olarak düşük olması değil, başkalarına isnat edilmesidir.⁶²⁴ Çünkü bu halde kendilerine güvenilen ancak yükümlülüklerine aykırı

⁶¹⁸ age. parag. 22; Günther Jakobs 1991, age. s. 208.

⁶¹⁹ age. s. 174.

⁶²⁰ age. s. 198, 212.

⁶²¹ age. s. 209.

⁶²² Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 186.

⁶²³ age. s. 278.

⁶²⁴ Ingeborg Puppe 2017, NK, §13, age. parag. 162. Yazar, güven ilkesinin hem özen yükümlülüğünün belirlenmesi hem de objektif isnadiyette genel geçer bir kural olduğunu kabul etmektedir (age. parag. 163). Ayrıca aynı yönde Yener Ünver 2008, agm. s. 882; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alaşahin ve Kerim Çakır 2020, age. s. 447.

hareket eden kişilerin davranışlarıyla bağlantılı olarak meydana gelen tipik netice, güvenen kişiye isnat edilemez.⁶²⁵

Diğer yandan güven ilkesi olmasa birden çok katılımcının aynı anda sorumlu olacağı belirtilmektedir.⁶²⁶ Güven ilkesi, güvenen kişinin nedensel süreçten sorumlu olmasını ancak üçüncü kişinin hatalı hareketlerle onu zararlı sonuca yönlendirmesini gerektirir. Buna göre güven ilkesine örnek olarak alınan olaylarda da güvenen kişi garantördür. Araç kullanmak sürücünün organizasyon alanında gerçekleşir ve meydana gelecek tehlike dolayısıyla garantörlük oluşturur. Doktor da kendi organizasyon alanında cerrahi müdahale yapar ve bu açıdan garantördür.⁶²⁷

Güven ilkesini objektif özen yükümlülüğünün belirlenmesi kapsamında ele alan yazarlardan, güven ilkesinin sınırlandırıldığı bazı durumlarda meselenin objektif isnadiyet altında çözülmesi gerektiğini belirten de bulunmaktadır. Buna göre kendisi özen yükümlülüğüne aykırı davranan kişinin güven ilkesinden yararlanıp yararlanamayacağına ilişkin tartışmalar kapsamında, böyle bir davranışın meydana gelmesinde üçüncü kişinin de sorumlu olmasının objektif isnadiyet problemi olduğu ifade edilmiştir. Savunulan görüş uyarınca sorunun cevabı güven ilkesi değil risk bağlamı ve riskin artırılmasının ölçütlerine göre verilebilir.⁶²⁸

2.2.3. Güven İlkesinin Objektif Isnadiyet Ölçütü Olduğu Görüşü

Jakobs güven ilkesini objektif isnadiyetin kaldırılması başlığı altında incelerken⁶²⁹ onun öğretisini takip eden Pizarro, ilkeyi objektif isnadiyet öğretisinin gelişimi bağlamında incelemiş ve onun bir objektif isnadiyet ölçütü olduğu sonucuna varmıştır.⁶³⁰ Objektif isnadiyet ölçütünün ne olduğunu açık bir şekilde tanımlamayan yazarın çalışmasının bütününden, güven ilkesinin, fiilin faile isnat edilip edilmediğinin belirlenmesinde yardımcı bir ölçüt olarak ele alındığı anlaşılmaktadır. Yazara göre başkalarının dikkatli davranacaklarına yönelik güvene izin verilip verilemeyeceği güven ilkesine göre belirlenir ve bu açıdan ilke, izin verilmeyen davranışların belirlenmesinde kullanılan bir ölçüttür.⁶³¹

⁶²⁵ Berrin Akbulut 2020, age. s. 403; Zehra Doğan Başer 2020, agt, s. 197.

⁶²⁶ Günther Jakobs 1991, age. s. 211.

⁶²⁷ age. s. 209.

⁶²⁸ Manfred Burgstaller 1974, age. s. 62.

⁶²⁹ Günther Jakobs 1991, age. s. 208.

⁶³⁰ Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 25, 275.

⁶³¹ age. 19.

Pizarro'nun teorisine dair bahsedilecek ilk husus, isnadiyet ölçütünün insani olarak neyin mümkün olduğu fikri ve objektif amaçlanabilirlik (*Bezwackbarkeit*) yani nedensel sürece egemen olma üzerinden tanımlanmasına karşı çıktığıdır.⁶³² Buna göre hareketin anlamını yalnızca nedensel sürece egemen olabilme imkanına göre tanımlamak sorunludur. Davranışın anlamı ilk olarak objektif bir anlam şeması uygulanarak belirlenebilir. Güven ilkesi için bunun anlamı, güvenin sınırlarının yalnızca öznelerin/aktörlerin egemenlik/güç alanları ile çizilemeyeceğidir. Kişi, yapabilecek imkânı olduğu hallerde diğerlerinin muhtemel hatalı hareketlerini her seferinde dikkate almak zorunda kalırsa, aşırı özen yükümlülüğü altında kalır.⁶³³ Bu nedenle egemen olunabilirlik, failin sorumlu olduğu yükümlülüğünün türü, yani garantörlük veya dayanışma/yardım yükümlülüğü hakkında bir şey söylemez. Egemen olunabilirlik yalnızca somut olayda yükümlülüğünün yerine getirilmesi için bir şarttır, onun niteliğini oluşturmaz.⁶³⁴ Çünkü sorumluluk -ve buna bağlı olarak isnadiyet-toplumun yapısal şeklinin gösterdiği organizasyon ilkeleriyle temellendirilir.⁶³⁵

Geçerli sorumluluk ve yetki dağıtım sistemine göre topluma temel oluşturan iki organizasyonel ilkedен bahsedilir. Kişisel ve kurumsal isnadiyet kalıpları olarak adlandırılan bu ilkeler, garanti yükümlülüğünü temellendirebilir.⁶³⁶ Pizarro'ya göre bu garanti yükümlülüğü, Stratenwerth'in bahsettiği ikincil sorumluluktur.⁶³⁷

Güven ilkesi sorununda objektif isnadiyet ölçütü yani Pizarro'nun bahsettiği anlam/yorum şeması, bir yandan üçüncü kişilerin hatalı hareketlerini telafi etme yetki ve sorumluluğunun kurulması şartıyla ilkenin uygulanması, diğer yandan bu yetki ve sorumlulukların, özgürlükçü bir hukuk düzeninde güvenin korunmasının genel kriterlerine göre sınırlandırılması ihtiyaçlarında yatmaktadır.⁶³⁸ Üçüncü kişilerin hatalı davranışları ile ilgili önceden kurulan yetki ve sorumluluklar bakımından güvenen kişinin, imkanı dahilinde olsa dahi genel olarak muhtemel her hatalı hareketi hesap etmesi ve her seferinde üçüncü kişilerin sorumluluk alanlarını kontrol etmesi gerekmez. Üçüncü kişiler üzerindeki yetki ve sorumluluklar, her cezai sorumluluk türünde olduğu gibi sınırsız bir biçimde tanımlanamaz. Bu nedenle başka bir kişinin

⁶³² age. s. 64, 80. Aksi yönde bkz. Berrin Akbulut 2020, age. s. 405.

⁶³³ Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 81.

⁶³⁴ age. s. 69.

⁶³⁵ age. s. 69, 70.

⁶³⁶ age. s. 70.

⁶³⁷ age. s. 86.

⁶³⁸ age. s. 275, 276.

hatalı hareketini telafi etmek zorunda kalan kişi asgari davranışsal yönelim ve kendi hareket özgürlüğünün korunmasını talep hakkına sahiptir. Sonuç olarak hiç kimse, üçüncü kişilerin her hatalı hareketini hesap etmek zorunda değildir.⁶³⁹

2.2.4. Güven İlkesinin Rücu Yasağının Alt Dalı Olduğu Görüşü

Üçüncü bir kişinin müdahalesiyle neticeye yol açan bir nedensel sürecin başlatılması ile ilgili isnadiyetin kaldırılması imkânı ve bunun sınırları, “rücu yasağı” terimi altında tartışılmaktadır.⁶⁴⁰ Dış dünyada yaratılan bir değişikliğin isnadiyetinin kaldırılması; kasıtlı hareket eden üçüncü bir kişinin veya kendisi hakkındaki tehlikeli durumu bilen kişinin iradi müdahalesinin, söz konusu değişikliğin etkisinin yerine geçmesi halinde söz konusu olabilir. Bu halde ilk fiil nedensel olsa da netice bu fiili gerçekleştirene isnat edilemez nitekim onun yarattığı risk değil üçüncü kişinin veya mağdurun yarattığı risk gerçekleşmiştir.⁶⁴¹ Dolayısıyla da iştirak kurallarının uygulanmadığı durumlarda, iki kişinin birbirini takip eden hareketleri neticeyi meydana getirmişse, rücu yasağının uygulandığı durumlarda sorumluluk yalnızca tipteki neticeyi meydana getiren ikinci kişiye aittir.⁶⁴²

Rücu yasağı kavramının, kişinin sorumluluk alanını sınırlayarak toplumsal yaşamın sürekliliğinin sağlanması amacı gütmesi itibariyle güven ilkesi fikrinin gelişimiyle uyumlu olduğu ifade edilmiştir.⁶⁴³ Gerçekten de güven ilkesi bu kişilerin kendi hatalarından sorumlulukları ile başka bir ifadeyle rücu yasağı ile de ilgilidir. İzin verilen riskte bir çatışma ya failin ya da mağdurun hatası veya talihsizlik olarak tanımlanırken; güven ilkesiyle aykırılığı üçüncü kişilerin hatası olarak da tanımlanma imkânı vardır.⁶⁴⁴

Güven ilkesine dair rücu yasağı tartışmaları, üçüncü kişilerin işlediği kasıtlı fiiller bağlamında tartışılmaktadır. Güven ilkesi, diğer kişilerin kural olarak kasıtlı fiil işlemeyeceklerine güvenilebileceği hususunda da geçerlidir.⁶⁴⁵ Güven ilkesinin bu

⁶³⁹ age. s. 277.

⁶⁴⁰ Yener Ünver 1998, age. s. 346; Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 107; Urs Kindhäuser ve Till Zimmermann 2020, age. § 11, parag. 37; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alaşahin ve Kerim Çakır 2020, age. s. 357; Claus Roxin ve Luis Greco 2020, §24, age. parag. 26; Muhammed Demirel 2022, age. s. 284.

⁶⁴¹ Walter Gropp 2015, age. s. 148.

⁶⁴² Timur Demirbaş 2022, age. s. 271.

⁶⁴³ Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 113.

⁶⁴⁴ Günther Jakobs 1991, age. parag. 51.

⁶⁴⁵ Claus Roxin ve Luis Greco 2020, §24, age. parag. 26; Berrin Akbulut 2020, age. s. 406.

alandaki en önemli görünümü, suç aleti olarak kullanılabilir bir eşyayı satan ya da başka bir şekilde bir kişinin kullanımına veren kişinin, bu kişilerin kasıtlı suç işleyeceklerini hesap etmesinin mümkün olmadığı⁶⁴⁶ ve eğer söz konusu eşyalar kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılırsa, eşyayı veren açısından cezai sorumluluğun söz konusu olmadığıdır. Bu bakımdan güven ilkesi başkasının kasıtlı suç işlemeyeceğine duyulan güvenin haklı çıkmadığı durumlarda da uygulanır ve aksi durumun tahmin edilmesi beklenmez. Bu kural uyarınca sürekli diğer insanlara kasıtlı bir suç işleme imkânı verebileceğini hesap etmek zorunda kalmak, modern sosyal yaşamı daha az mümkün kılar.⁶⁴⁷

Alman öğretisinde konuya ilişkin verilen tipik örnek, usulsüz bir şekilde geçici olarak binanın içinde, girişe bırakılan yenileme atıklarının kundaklama fiili için kullanılmasıdır. Olayda bir piroman,⁶⁴⁸ açık olan kapıdan binanın içine girerek bu atıkları ateşe vererek evi kundaklamış ve çıkan yangında 7 kişi hayatını kaybetmiş, 14 kişi de yaralanmıştır.⁶⁴⁹

Savcılık, yanıcı malzemeleri bina girişine bırakan kiracının taksirli ölümüne neden olma ve taksirle yaralama fiillerini işlediğini iddia etmiştir. İddia makamının argümanı, çok miktarda yanıcı maddeyi özen yükümlülüğüne aykırı olarak dökme ve üçüncü bir kişi tarafından yangın çıkarılmasına neden olmaktır. Bu kapsamda Baden Württemberg İnşaat Yönetmeliği'nin; merdivenlerin, giriş ve çıkışların ve koridorların açık olmasına ilişkin maddesinin ihlal edildiği savunulmuş, ayrıca olaydan önceki haftalarda, söz konusu binanın da bulunduğu şehir merkezinde bazı çöplerin ateşe verildiği belirtilmiştir.⁶⁵⁰

Olaya rücu yasağı öğretisi çerçevesinden bakıldığında, yanıcı malzemeleri bina girişinde bırakan sanığın taksirle ölümüne neden olma suçundan sorumluluğu reddedilecektir. Nitekim sanığın fiili ile netice arasında üçüncü bir kişinin kundaklama fiili gerçekleşmiştir.⁶⁵¹ Ancak Stuttgart Yüksek Eyalet Mahkemesi, olaya güven ilkesi açısından yaklaşmıştır.

⁶⁴⁶ Claus Roxin ve Luis Greco 2020, §24, age. parag. 26.

⁶⁴⁷ Claus Roxin ve Luis Greco 2020, §24, age. parag. 26.

⁶⁴⁸ Piromani, American Psychological Association psikoloji sözlüğüne göre; “*a. maddi, sosyal, politik veya başka herhangi bir motivasyon olmaksızın ateş yakma ve ateşin yanmasını izlemeye yönelik dürtülerine direnmekte tekrarlı bir şekilde başarısız olma; b. ateş ve ateşle ilgili şeylere aşırı ilgi; c. Ateşi başlatmadan önce yoğun gerilim ve ateş yakarken yoğun zevk, doyum ve rahatlama ile karakterize edilen bir dürtü kontrol bozukluğudur*”. (E.T. 28.01.2022) <https://dictionary.apa.org/pyromania>

⁶⁴⁹ OLG Stuttgart JR 1997. Ayrıca kararın özeti için bkz. Kristian Kühl 2017, age. s. 48; Ingeborg Puppe 2019, age. s. 79.

⁶⁵⁰ OLG Stuttgart JR 1997.

⁶⁵¹ Ingeborg Puppe 2019, age. s. 79.

Mahkeme güven ilkesini, sosyal uygunluk ve öngörülebilirlik noktalarından ele almıştır. Mahkemeye göre amaca uygun kullanılsalar dahi başkalarının hukuki değerleri için tehlikeli olduğu deneyimlerle bilinen bazı maddelerin kullanılması özellikle dikkat gerektirir ki pek çoğu yasal düzenlemelerle belirlenmiştir. Tehlikeli veya kötüye kullanılma tehlikesi olan nesnelere ilgili bu durumlarda, garantörün söz konusu nesneyi güvence altına alma yükümlülüğü vardır. Üçüncü kişilerin taksirli veya kasıtlı fiiliyle nesneyi kötüye kullanması halinde bir hukuki düzenleme ile öngörülen belirli bir güvence yükümlülüğünün ihlali söz konusudur. Bu halde özen yükümlülüğünün ihlali ile üçüncü kişinin suç oluşturan fiili arasında hukuka aykırılık bağlantısı oluşmuştur. Bununla birlikte çoğu durumda bu tarz düzenlemeler bulunmaz ancak kullanım talimatında çeşitli uyarılar yer alır. Dolayısıyla garantörün özen yükümlülüğü, genel tehlikeli maddelerde olduğu gibi çok geniş değildir. Diğer yandan bunların bir suç için kullanılması ihtimali çok düşük olduğu için hukuk tarafından bu yönde güvenlik önlemleri talep edilmez. Yalnızca kendilerine zarar verebilecek deneyimsiz ve dikkatsiz kişilerin taksirli fiillerine karşı bir önlem alınması beklenir. Aksi takdirde bu nesnelere amaçlandığı gibi sosyal açıdan uygun kullanımları makul olmayan bir şekilde sınırlanmış olur. Kısacası Mahkeme'ye göre kural olarak herkes diğerlerinin norma uygun davranışına güvenebilir nitekim kanun herkesin sorumlu olduğunu varsaymaktadır. Yani herkes aksine bir belirti olmadığı sürece, yarattığı tehlike kaynağının üçüncü bir kişi tarafından suç işlemek için kullanılmayacağına güvenebilir. Bu nedenle özen yükümlülüğünün türü ve kapsamı, söz konusu tehlike kaynağının üçüncü kişiler tarafından kötüye kullanılmasının objektif olasılığına dayanır; bu olasılık da tehlikeli nesnenin niteliğine ve üçüncü kişiler tarafından kötüye kullanılma tehlikesi barındırmasına göre belirlenir.⁶⁵²

Kararda, fiilin özen yükümlülüğüne aykırılık olup olmadığının belirlenmesi için söz konusu yenileme atıklarının tehlikelilik derecesi tartışılmış ve bu kapsamda sanığın hangi tehlikeleri öngörebileceği tespit edilmeye çalışılmıştır. Olaydaki atıkların yanıcı olsa da kendiliğinden tutuşma riski taşımadığı, yanan sigarayla taksirli bir şekilde veya çocukların oynaması ile yanabilecek yapıda olmadığı belirtilmiştir. Diğer yandan çöpler toplanana kadar atıkları bina girişinde bekletmek dışında seçeneği olmayan sanığın İnşaat Yönetmeliğini de ihlal etmediği kabul edilmiştir. Dolayısıyla sanığın özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmediğine karar verilmiştir.⁶⁵³

⁶⁵² OLG Stuttgart JR 1997.

⁶⁵³ OLG Stuttgart JR 1997.

Atıkların yangın çıkarmak için kasıtlı bir şekilde kullanılması konusunda mahkeme yaşam deneyimleri ölçütüne başvurarak neticenin öngörülebilir olmadığına, sanığın bir promaninin davaya konu fiilini hesap etmek zorunda olmadığına karar vermiştir. Mahkemeye göre savcılık tarafından oluşturulan hukuksal yapı, izin verilen sosyal açıdan uygun davranışlar için sınırsız sorumluluğa yol açmaktadır.⁶⁵⁴ Burada ayrıca dikkat edilmesi gereken, sanığa tehlike yaratan bu madde nedeniyle güvence yükümlülüğü yükleyen bir normu yokluğudur.

Puppe, söz konusu kararın, Alman içtihatlarının rücu yasağını kabul etmekten ne kadar uzak olduğunu gösterdiğini kabul etmektedir. Ona göre mahkeme sorunu hukuka aykırılık bağlantısı ya da objektif isnadiyet içerisinde şahsi sorumluluk olarak adlandırılan başka bir aşamaya değil, açık ve doğru bir şekilde özen yükümlülüğünün belirlenmesi aşamasına yerleştirmiştir.⁶⁵⁵ Bu açıdan üçüncü bir kişinin hukuka uygun davranacağına güvenerek tehlikeli bir madde veya araç veren kişi, başka bir normu ihlal etmediği sürece özen yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılmaz.⁶⁵⁶ Bu tespit haklı olmakla birlikte örnek olarak alınan kararda esas olarak sorunun objektif öngörülebilirlik kapsamında ele alındığının da vurgulanması gerekmektedir.

Söz kararda, üçüncü kişilerin kasıtlı bir fiil işlemeyeceğine dair güvenin sınırları, tehlikenin türü ve derecesi ile belirlenmeye çalışılmıştır. Aynı yönde kasıtlı fiil işlemeye hazır veya bu yönde eğilimi olan bir kişinin varlığı veya suç tehlikesinin olduğu bölgelerde de üçüncü kişilerin kasıtlı suç işlemeyeceklerine güvenilemeyeceği ifade edilmektedir.⁶⁵⁷

Güven ilkesi ile rücu yasağı ilişkisine ilişkin bir başka görüş ise bu iki hukuki kavramın farklı olduğu yönündedir. Buna göre rücu yasağında esas sorun iştirak anlamında üçüncü kişilerin suç oluşturan davranışlarından sorumluluğun meşrulaştırılmasıyla ilgiliyken, güven ilkesi üçüncü kişilerin hatalı hareketlerinden sorumluluk için daha önceden kurulan garantörlük durumunun düzenlenmesiyle ilgilidir. Bu anlayışa göre ne rücu yasağı ne de güven ilkesi failin bilişsel yeteneği sorunu olarak anlaşılabilir ve bu açıdan her ikisi de üçüncü kişilerin taksirli ya da kasıtlı fiilinin öngörülebilmesiyle değil, bu kişilerin hatalı hareketleri dolayısıyla sorumluluğun nasıl meşrulaştırılacağı ile ilgilidir.⁶⁵⁸

⁶⁵⁴ OLG Stuttgart JR 1997.

⁶⁵⁵ Ingeborg Puppe 2019, age. s. 80.

⁶⁵⁶ Walter Gropp 2015, age. s. 526.

⁶⁵⁷ Claus Roxin ve Luis Greco 2020, §24, age, parag. 28.

⁶⁵⁸ Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 115.

Rücu yasağında bu sorumluluk ilk olarak iştirak bağlamında gerekçelendirilir. Rücu yasağının kabul edilmesi de fiilin gerçekleştirilmesi öngörülün ya da öngörülmesin, kişinin hareketinin üçüncü kişinin haksızlığına bağlanmasını tanımaz. Güven ilkesinde ise baştan beri tanınan telafi etme yükümlülüğü vardır ve bu bağlantı, güven ilkesine bilişsel unsuru dahil etmeyi mümkün kılar. Eğer bilişsel olarak güven boşa çıkarılırsa üçüncü kişilerin hatalı hareketlerini tazmin etme şeklindeki ikincil yükümlülük devreye girer. Burada sorumluluk iştirak bağlamında ele alınmaz, bir tehlike kaynağının yönetimini başkalarıyla paylaşma sorumluluğu söz konusudur. Güven ilkesinin ana fikri, bu tehlikenin (başkalarının hatalı davranması) ortadan kaldırılması yükümlülüğünün garantörlük konumu ve kişiler arasındaki sorumluluk paylaşımı yoluyla somutlaştırılmasıdır.⁶⁵⁹

2.3. BASİT VE BİLİNÇLİ TAKSİR AYRIMI BAKIMINDAN GÜVEN İLKESİ

5237 sayılı TCK'da basit ve bilinçli taksir şeklinde iki farklı taksir çeşidi öngörülmüş olup bunlar öngörme üzerinden ayrıma tabi tutulmuştur. Nihayetinde failin cezalandırılması bakımından önem taşıyan söz konusu ayrımın güven ilkesi bakımından değerlendirilmesinde fayda vardır.

Özene aykırı davranışla tipik bir fiilin gerçekleştirileceği öngörüleliyorsa basit, öngörülüyor ancak irrasyonelce suçun kanuni unsurunun gerçekleşmeyeceği güveniyle hareket ediliyorsa bilinçli taksir söz konusudur.⁶⁶⁰

Basit taksirde, neticenin sübjektif olarak öngörülebilirliği araştırılır. Yani failin özen yükümlülüğüne aykırı hareketin neticesini öngörebilecek durumda olmasına rağmen öngörmemesi söz konusudur.⁶⁶¹ Bilinçli taksirde ise fiilen hareketin tehlikeliliği bilinmektedir.⁶⁶² Fiilen bilme, tipik neticeyi öngörme zorunluluğundan farklıdır⁶⁶³, burada normatif değil olgusal bir araştırma yapılarak failin gerçekten özene aykırı davranışıyla tipik bir fiil gerçekleştireceğini öngörüp öngörmediği anlaşılmalı çalışılır. Ancak belirtmek gerekir ki özen yükümlülüğünün ihlali bakımından her iki taksir türü arasında bir ayrım bulunmamaktadır.

⁶⁵⁹ age. s. 115, 116.

⁶⁶⁰ Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 195, 196; Doğan Soyaslan 2020, age. s. 449; Muhammed Demirel 2022, age. s. 59.

⁶⁶¹ Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 196.

⁶⁶² age. s. 196; Muhammed Demirel 2022, age. s. 572.

⁶⁶³ Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 196.

Güven ilkesi bakımından basit ve bilinçli taksir ayrımı ilk olarak güven ilkesinin uygulandığı durumlar bakımından, ardından güven ilkesinin sınırlandırıldığı durumlar bakımından incelenecektir.

Hukuken korunan meşru bir güvenin bulunduğu durumlarda esasen özen yükümlülüğü ihlal edilmediğinden en başından taksirli sorumluluk da söz konusu değildir. Buna rağmen basit ve bilinçli taksir arasındaki ayrımın netleştirilmesi için farklı ihtimallere göre güven ilkesinin taksirli sorumluluğu ortadan kaldıracı etkisi ele alınacaktır.

Tipik neticenin gerçekleşeceğine yönelik tehlike belirtilerinin bulunmadığı veya fark edilebilir olmadığı durumlarda, hukuka aykırı bir netice ortaya çıkmayacağına güvenme hakkı bulunmaktadır.⁶⁶⁴ Kişinin, öngörülebilecek ancak güven ilkesi kapsamında öngörmek zorunda olmadığı bir tehlikeyi öngörmemesi sonucu meydana gelen neticeler bakımından güven ilkesi, basit taksirle sorumlu olunmasının önüne geçer.

Bilinçli taksirde ise sorun biraz daha karmaşıktır çünkü fail, fiilen öngördüğü neticenin meydana gelmeyeceğine yükümlülüklerine aykırı bir şekilde güven beslemektedir.⁶⁶⁵ Burada belirtmelidir ki failin bilinçli taksirle sorumlu olmasına neden olan güvenin muhatabı ve konusu, güven ilkesindekinden farklıdır. Nitekim bilinçli taksirde fail kendisine ait bazı yeteneklere güvenerek neticenin meydana gelmeyeceğine inanmaktadır.⁶⁶⁶ Ancak güven ilkesindeki güven, üçüncü kişilere yönelmiştir ve bu kişilerin yükümlülüklerini yerine getireceklerine ilişkindir. Bununla birlikte kişinin belirli bir dereceye kadar öngördüğü, ancak hem kendi yeteneklerine hem de diğerlerinin norma uygun hareket edeceğine güvenmesi neticesinde meydana gelmeyeceğine inandığı neticeler bakımından güven ilkesi, failin bilinçli taksir sorumluluğundan kurtulmasını sağlayabilir. Güven ilkesinin sınırlandırılması bakımından kilit nokta, “belirli bir dereceye kadar öngörülme”⁶⁶⁷ ifadesidir. Bunu aşan ve güven ilkesinin uygulanmasını sınırlandıran derece ise, kişilerin hukuka aykırı hareket edeceğine yönelik somut emareler bulunmasıdır. Bu halde kişi bilinçli taksirle sorumlu olabilir.

⁶⁶⁴ Gunnar Duttge 2009, agm. s. 149.

⁶⁶⁵ Kayıhan İçel, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoglu ve Yener Ünver 1999, age. s. 252; Berrin Akbulut 2020, age. s. 483.

⁶⁶⁶ Doğan Soyaslan, age. s. 449.

⁶⁶⁷ Bu ifade için bkz. Günter Stratenwerth 1961, agm. s. 387.

Alman hukukunda güven ilkesinin bilinçli taksirde çok daha önemli olduğu ifade edilmektedir.⁶⁶⁸ Türk hukukunda da benzer yönde tıbbi iş bölümünde güven ilkesinin uygulanmasıyla, hekimlerin olayların çoğunda neticenin öngörüldüğünden bahisle bilinçli taksirle sorumlu tutulmalarının önüne geçileceği, zira bu halde neticenin öngörülebilir olmasına rağmen onlara isnat edilemeyebileceği ifade edilmiştir.⁶⁶⁹ Ancak bu halde sorun neticenin isnat edilebilirliğiyle değil hareketin özen yükümlülüğüne aykırı olmaması bağlamında ele alınmalıdır. Örneğin daha önce önemsiz bir hata yaptığını öngördüğü başka bir uzmanlık dalından meslektaşıyla ameliyata giren hekim, somut olayda hata yaptığına dair hiçbir belirti bulunmayan bu kişinin tıbbi standartlara uygun davranmayabileceğini öngörebilir ancak bu halde güven ilkesinin sınırlandırılmasını gerektiren somut bir emare yoktur. Dolayısıyla meslektaşının uzmanlığına güvenen hekim, objektif özen yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılamayacağından bilinçli taksirden sorumlu olmaz.

Somut durumda güven ilkesinin, diğerlerinin hukuka aykırı hareket ettiğine yönelik somut emareler bulunması nedeniyle sınırlandırılması halinde ise kişinin taksirli sorumluluğu doğar. Nitekim bu halde kişi, somut emareler olması nedeniyle karşı tarafın norma aykırı davranmayabileceği ihtimaline göre hareketlerini yönlendirme yükümlülüğü altında olmasına rağmen, hukuken korunmayan güvenle hareket ederek özen yükümlülüğünü ihlal etmektedir. Eğer söz konusu belirtiler fark edilmiş ancak yine de kişinin hukuka uygun davranacağı güveniyle hareket edilmiş ve bu şekilde tipik bir fiil meydana gelmişse bilinçli taksir söz konusu olabilir. Ancak kişi deneyimi ve fiilin işlendiği andaki somut durumu şüpheye yer bırakmayacak şekilde fark edebilecek durumda olmasına rağmen edemezse basit taksir söz konusu olur.⁶⁷⁰

2.4. TCK 22/5 HÜKMÜNÜN GÜVEN İLKESİYLE İLİŞKİSİ

TCK'nın taksir düzenlemesinin yer aldığı 22. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında, taksirli suçlarda kusurun belirlenmesine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Maddenin 4. fıkrasında "*Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir*" düzenlemesine yer verildikten sonra 5. fıkarda, "*Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.*" hükmü düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi

⁶⁶⁸ Vogel, MK, parag. 288.

⁶⁶⁹ Muhammed Demirel 2022, age. s. 272.

⁶⁷⁰ Gunnar Duttge 2009, agm. s. 149; Doğan Soyaslan 2020, age. s. 449.

düzenleme, güven ilkesinin uygulama alanı olan birden fazla kişinin katıldığı fiiller bakımından taksirli sorumluluğun belirlenmesine ilişkindir. TCK m. 22/5 hükmünün gerekçesinde yer verilen örnekler dolayısıyla, söz konusu düzenlemeyle güven ilkesi arasında bir ilişki olup olmadığının incelenmeye değer olduğu ifade edilmiştir.⁶⁷¹

Bu fıkra esas olarak 5237 sayılı Kanun'un taksirli suçlara ilişkin iki temel kabulüne işaret etmektedir. İlk olarak taksirli suçlar bakımından iştirak hükümleri uygulanmaz ve taksirli hareketleriyle tipik neticenin meydana gelmesine neden olan failler yan yana fail sıfatıyla ancak kendi fiillerinden sorumlu olurlar.⁶⁷² Öğretide, taksirli suçlarda iştirak hükümlerinin uygulanmayarak her bir failin kusurunun bağımsız bir şekilde değerlendirilmesinin, güven ilkesinin bir gereği olduğu savunulmuştur.⁶⁷³

İkinci husus ise, birden fazla kişinin katılımıyla bir taksirli neticenin meydana geldiği olaylarda, yekûn kusurun söz konusu failer arasında matematiksel bir oranla paylaşılmasına ilişkin Mülga Kanun dönemindeki uygulamanın terk edilmesidir. 5237 sayılı Kanun ile her bir failin sorumluluğu, diğerlerinin kusuru dikkate alınmaksızın kendi fiiline göre bağımsız bir şekilde tespit edilecektir.⁶⁷⁴ Madde gerekçesinde de bu husus açıkça ifade edilmiştir.⁶⁷⁵ Öğretide güven ilkesinin bu hüküm üzerinden açıklandığı ve her bir failin kusurunun bağımsız bir şekilde değerlendirilmesi gerekliliğinin adeta özen yükümlülüğünün tespiti gibi ele alındığı görülmektedir.⁶⁷⁶

Bir görüş uyarınca güven ilkesi, objektif özen yükümlülüğünün belirlenmesini amaçladığından anılan fıkra ile ilke arasında bir bağlantı yoktur. Buna göre TCK m. 22/5 uyarınca objektif özen yükümlülüğü belirlendikten sonra, failin kusuru dolayısıyla cezalandırılması noktasında 22/5 hükmüne başvurulacaktır. Bu açıdan hüküm, failerin taksirli sorumluluklarının esasına değil yalnızca cezalandırmaya ilişkindir.⁶⁷⁷ Aynı gerekçeyle düzenlenmenin yerinin hatalı olduğu ve aslında cezanın

⁶⁷¹ Tuğrul Katoğlu 2007, agm. s. 38.

⁶⁷² Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 24; Muhammed Demirel 2022, age. s. 602. Ayrıca bkz. TCK m. 22 gerekçesi.

⁶⁷³ Burcu Görkemli 2016, agm. s. 153.

⁶⁷⁴ İzzet Özgenç 2022, age. s. 276; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez 2022, age. s. 232.

⁶⁷⁵ Bkz. TCK 5. madde gerekçesi.

⁶⁷⁶ Ali Kemal Yıldız 2010, agm. s. 265, 269; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alaşahin ve Kerim Çakır 2020, age. s. 449.

⁶⁷⁷ Tuğrul Katoğlu 2007, agm. s. 39, 40.

belirlenmesi başlıklı 61. madde altında düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir.⁶⁷⁸ Söz konusu fıkre göre TCK m. 22/5’te yer verilen “kusur” ifadesi esasında taksiri değil hareketin neticeye nedensel katkısını ve bunun oranını ifade etmektedir.⁶⁷⁹

Ancak söz konusu görüşler, taksirin bir manevi unsur şekli değil kast karşısında bağımsız bir suç formu olduğundan hareketle eleştirilmiştir.⁶⁸⁰ Buna göre taksirli hareket eden failerin haksızlık oranları ve kusurlarının belirlenmesinde, diğer yan failerin özene aykırı davranışları göz ardı edilemez.⁶⁸¹ Bu görüşün, Pizarro’nun ifade ettiği şekliyle, taksirli sorumluluğun yalnızca failin izole davranışı temelinde belirlenemeyeceği görüşüne⁶⁸² benzediği görülmektedir. Ancak buradaki sorun, söz konusu görüşün TCK kapsamında savunulup savunulamayacağıdır.

Yazar görüşünü gerekçelendirmek için TCK 22. madde gerekçesine başvurmuştur, ancak *“neticenin oluşumu açısından her kişinin taksirli fiili dolayısıyla sorumluluğu bir diğerinden bağımsız olarak belirlenmelidir”* ifadesini barındıran gerekçeden ilgili görüşe nasıl ulaşıldığı net değildir. Türk hukukunda söz konusu görüşle aynı yönde olduğu tespit edilebilen tek görüş ise güven ilkesine yer verilen Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında⁶⁸³, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz gerekçesinde yer almaktadır.

Söz konusu kararda, bir benzin istasyonunda meydana gelen patlama ve yangın nedeniyle istasyonu işleten sanık 765 sayılı TCK’nın 383. maddesi uyarınca *“dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu patlama ve yangına neden olmak suçundan”* mahkûm edilmiştir. Yangın, tesisin ve akaryakıt depo tanklarının hatalı kurulması nedeniyle meydana gelmiş, sonradan istasyonu devralan sanığın işletme ruhsatının bulunmaması ise dikkatsizlik ve tedbirsizlik olarak kabul edilmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazında güven ilkesine yalnızca taksire ilişkin teorik açıklamalar kapsamında yer vermiş ve somut olayla ilgili iddialarını güven ilkesiyle ilişkilendirmemiştir. İtiraz esas olarak, hatalı kurulumdan kaynaklanan olayda sanığın fiiliyle netice arasında illiyet bağı bulunmadığı ile kurulumu gerçekleştiren ve denetimden sorumlu olan kişilerin müterafik kusurlarının, sanığın daha az kusurlu ya da kusursuz sayılmasını gerektirebileceği iddiaları üzerine kuruludur. Bu argümanın,

⁶⁷⁸ Yener Ünver 2008, agm. s. 902.

⁶⁷⁹ agm. s. 905.

⁶⁸⁰ Muhammed Demirel 2022, age. s. 613.

⁶⁸¹ age. s. 615.

⁶⁸² Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 278.

⁶⁸³ YCGK, E. 2000/9-104, K. 2000/110, T. 16.05.2000.

öğretide Demirel tarafından savunulan bir kişinin özensiz davranışının, diğer kişilerin özensiz davranışlarına göre belirlenebileceği fikriyle uyumlu olduğu göze çarpmaktadır. Genel Kurul ise bu görüşe itibar etmemiş, istasyonun projersiz ve ruhsatsız olarak işletilmesinin emir ve nizamla aykırı hareket etmek anlamında taksire neden olacağına hükmetmiştir. Olayda akaryakıt istasyonunun ve depoların kurulum ve montajını yaptıran istasyon sahibinin, bu işi üstlenen müteahhidin, kontrolden sorumlu olan fenni mesulün, daha sonra istasyonu denetleyen şirket çalışanlarının fiilleriyle sanığın fiili arasındaki ilişki incelenmemiştir. Olaydan bir hafta önce tesisin bulunduğu bölgede kiralayan şirketin teknik elemanlarınca yapılan denetlemede benzin kokusu geldiği tespit edilerek, kiracı şirket yetkililerine tuvaletlerin kapatılması önerilmiş, bu öneriye uyularak tuvalet kapatılmış ve teknik elemanlarca başka bir tedbir öngörülmemiştir. Ancak bunun üzerine sanığın teknik elemanlarca verilen tedbirlere güvenmesi değerlendirilmemiştir.

Olay bağlamında sanığın yükümlülüklerini ihlal edip etmediğinin, olaya karışan diğer kişilerle olan ilişkileri ve bu kişilerin özene aykırı fiillerinden bağımsız olarak belirlenmesi, hatalı sonuçlara ulaşılmasına neden olabilir. Nitekim sanık açısından özen yükümlülüğünün esası, hukuki değerlere yönelik tehlikenin yani patlama ve yangın tehlikesinin fark edilmesi ve bu neticenin gerçekleşmemesine yönelik gerekli tedbirlerin alınmasıdır. Bunun için de dikkatli ve özenli bir akaryakıt istasyonu işleticisinin somut olayda nasıl davranması gerektiği ortaya çıkarılmalı ve bu model ajan açısından söz konusu tehlikenin fark edilebilir ve önlenbilir olup olmadığı belirlenmelidir. Bu noktada, işletmenin devralınmasından itibaren kiralayana, istasyonunun kurulumunu ve depoların montajını yapanlara, istasyonunun denetimini gerçekleştirenlere ne kadar güvenebileceği ve onlara güvenebilmek için kendi yükümlülüklerinin ne kadarını yerine getirdiği tespit edilmelidir.

Taksirli neticenin meydana gelmesinde birden çok failin davranışının etkili olduğu olaylarda, hiç kimsenin hareketi diğerlerinden bağımsız tek başına değerlendirilemez; nitekim o davranışın ait olduğu bağlam, diğer insanlarla girilen etkileşim ya da iş bölümüdür. Ancak bu, failerin kusurlarının birbirini etkilemesi ya da mülga Kanun dönemindeki uygulama gibi kusurun failer arasında paylaşılması değil, kişinin davranışının diğer kişilerle olan ilişkisi bağlamında ele alınarak failin özene aykırı davranışının ve kusurunun bireysel olarak tespit edilmesi gerektiği anlamına gelir.

2.5. DEĞERLENDİRME

Daha önce de belirtildiği gibi bu çalışma kapsamında taksirli suçun, kasıtlı suç karşısında ayrı bir suç formu olduğu ve taksirli suçların da tipiklik, hukuka aykırılık ve kusur şeklinde üç unsuru bulunduğu kabul edilmektedir.⁶⁸⁴ Özellikle de taksirli suçun dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenebileceğini belirten TCK madde 22 hükmü dikkate alındığında, objektif özen yükümlülüğünü objektif isnadiyet kapsamında ele alan görüşlere en azından Türk hukuku bağlamında katılmak mümkün değildir.

Güven ilkesinin objektif isnadiyeti kaldırdığı görüşü kapsamında ileri sürülen diğer argüman ise ilkenin uygulandığı durumlarda riskin güvenen kişiye değil üçüncü bir kişiye isnat edilmesidir. Ancak güven ilkesinde esas mesele güvenildiğinde ortaya çıkan neticenin güvenen kişiye isnat edilememesi değil başkalarının hukuka uygun davranacağına güvenmenin bir yükümlülük ihlali olmaması nedeniyle en başından taksirli bir hareket oluşturmamasıdır.

Pizarro'nun güven ilkesinin bir objektif isnadiyet ölçütü olduğu görüşü⁶⁸⁵ de bu çalışma kapsamında katılmayan bazı ön kabullere dayanmaktadır. Bunların başında da özen yükümlülüğünün belirlenmesi için geliştirilen genellemelerin, davranışın bir objektif isnadiyet ölçütü olarak standardize edilmesi olduğu fikri gelmektedir.⁶⁸⁶

Güven ilkesinin taksirli suçun yapısındaki yerine ilişkin yapılacak bir incelemede savunulan bir diğer görüş, ilkenin öngörülebilirliğin sınırlandırılması olduğudur. Yukarıda açıklandığı gibi objektif öngörülebilirlik, model kişinin, var olan koşullarda genel yaşam deneyimlerine göre neyi hesap edebileceğini ifade eder.⁶⁸⁷ Hem güven ilkesi hem de objektif öngörülebilirlik, hukuki değerlere yönelik bir tehlikenin fark edilmesi yani iç özen yükümlülüğünün harekete geçirilmesi ile ilgilidir ve özen yükümlülüğünün tespit edilmesinde rol oynar.⁶⁸⁸ Bu açıdan güven ilkesi, taksirin sınırlarını belirler. Ancak olgusal olarak yaşam deneyimleri uyarınca

⁶⁸⁴ Aynı yönde bkz. Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 58 vd.

⁶⁸⁵ Nathalia Bautista Pizarro 2017, age. s. 19.

⁶⁸⁶ age. s. 60. Bu görüşe Türk hukuku bakımından iştirak edilmemesinin bir dayanağı da TCK 22. madde gerekçesinde bulunmaktadır. Gerekece, inşaat faaliyetleri, sağlık hizmetlerinin yürütülmesi ya da trafik ile ilgili kuralların dikkat ve özen yükümlülüğüne örnek olduğu ifade edilmiştir.

⁶⁸⁷ Wessels Johannes, Beulke Werner ve Satzger Helmut 2021, age. parag. 1115.

⁶⁸⁸ Objektif öngörülebilirliğin, iç özen yükümlülüğü ile bağlantısı olduğu yönündeki görüş için bkz. Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 71.

belirlenen öngörülebilirlik kavramı, deneyimlerden bağımsız olarak normatif bir anlama sahip olan güven ilkesinden ayrılır. Nitekim insanların sıklıkla hata yaptığı genel hayat deneyimi içerisinde yer alsa da aksine somut bir emare bulunmadığı takdirde üçüncü kişilerin kurallara uygun hareket edeceklerine güvenilebilir.

Ayrıca güven ilkesinde “güvenebilme”, zararlı sonuçların gerçekleşmeyeceğine değil, diğer kişilerin hukuka uygun davranacağına ilişkindir.⁶⁸⁹ Ancak öngörülebilirlik, taksirli hareket sonucunda neticenin ortaya çıkma riskinin öngörülmesidir.

Diğer yandan neticenin öngörülebilir olması her zaman objektif özen yükümlülüğüne aykırılık olduğu anlamına gelmez. Kişinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir hareketi olmadığı sürece yalnızca neticeyi öngörmesi, taksirli sorumluluğunu doğurmaz. Ancak fiil öngörülebilir ve önlenemez ise taksirli hareketin haksızlığından bahsedilebilir. Güven ilkesi ise neticenin öngörülmesinden ziyade kişinin yükümlülükleri ile ilgilidir.

Bununla birlikte somut olayda diğerlerinin hukuka aykırı hareket edebileceklerine dair somut emareler varsa artık güven ilkesi uygulama alanı bulamaz.⁶⁹⁰ Söz konusu emareler, bu kişilerin norma uygun davranacağı varsayımıyla hareket edilmesi halinde, tipik bir fiil gerçekleşebileceğinin de öngörülebilir olmasına neden olur.⁶⁹¹ Örneğin ameliyat esnasında anestezi uzmanının aşırı yorgun ve uykusuz olduğunu fark etmesine rağmen onun uzmanlığına güvenerek ameliyata başlayan cerrah açısından, anestezi uzmanının bir hata yapabileceği ve sonuçta ölüm ya da yaralama neticesi meydana gelebileceği de öngörülebilirdir. Söz konusu görüş başka bir noktadan da gerekçelendirilebilir. Güven ilkesinin geçerli olduğu durumlarda korunan normatif güven, olgusal durumdan bağımsız ve bu açıdan neticenin öngörülebilirliğinden bağımsız olarak korunur. Ancak güvenin artık korunmadığı durumlarda normatif güven yerini bilişsel güvene bırakır ve davranışların olgusal duruma göre şekillendirilmesi gerekir. Bu haller, neticenin fail için öngörülebilir olduğu durumlara işaret eder.

Değinilmesi gereken bir diğer husus, güven ilkesinin dikkat ve özen yükümlülüğünün ölçüsünü belirleyen bir özen normu olup olmadığıdır. Bu sorunun

⁶⁸⁹ Gunnar Duttge 2022, MK, §15, age. parag. 142.

⁶⁹⁰ age. parag. 141; Claus Roxin ve Luis Greco 2020, §24, age. parag. 21; Eric Hilgendorf ve Brian Valerius 2022, age. s. 262.

⁶⁹¹ Tuğrul Katoğlu 2007, agm. s. 32; Yener Ünver 2008, agm. s. 890; Ali Kemal Yıldız 2010, agm. s. 267.

tartışılmasının, güven ilkesinin pozitif bir düzenlemeye sahip olduğu Avusturya hukuku bakımından daha anlamlı olduğu bir gerçektir. Ancak yazısız kurallar da objektif özen yükümlülüğüne kaynaklık edebilir.

Bu kurallar, belirli bir durumdaki kişinin yükümlülüklerini belirleyen kurallardır. Güven ilkesi ise kişinin yükümlülüklerinin neler olduğunu söylemez, yalnızca üçüncü kişilerin kendi yükümlülüklerine uygun hareket edeceğine yönelik beklentilerin istisnalar dahilinde korunacağını ifade eder. Ancak Avusturya hukuku bakımından, ilkenin düzenlendiği 1960 tarihli Kanun'un §3 hükmü, sürücülere dezavantajlı bazı grupların trafikte gözetilmesine dair bir yükümlülük yüklediğinden bir özen normu olarak kabul edilebilir.

Güven ilkesinin objektif özen yükümlülüğünü sınırlandırdığı ve somutlaştırdığı görüşleri bugün öğretilerde baskın görüştür. Güven ilkesinin çıkış noktası da tarihsel olarak motorlu araç trafiğine ilişkin risklerin yalnızca sürücülerin üzerine bırakılmaması ve onların yükümlülüklerinin sınırlandırılmasıdır. Ancak ilkenin tarihsel anlamı yanında bugün ceza hukukundaki işlevinin ne olduğuna tekrar bakmak gerekmektedir.

Bir kişinin kendi sorumluluk alanında hukuka uygun davranacağına dair güven duyma, eğer güven ilkesinin sınırlandırılmasını gerektiren bir neden yoksa, kişinin taksirli bir fiil işlemediği anlamına gelir. Bunun nedeni de esasında kişinin üçüncü bir kişiye güvenerek hareket etmesinin tamamen norma uygun olması, yani hareketin haksızlığının olmamasıdır. Başka bir ifadeyle, güven ilkesi kapsamında korunan bir beklentiyle hareket eden kişi, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmemiş demektir. Kişinin hareketinin norma uygun olması, başkalarının kendi sorumluluk alanlarında kurallara uygun davranacağı beklentisine dayanır. Dolayısıyla güven ilkesiyle esas olarak sorumluluk alanları netleştirilmekte ve herkesin kendi alanındaki yükümlülüklerinin neler olduğu belirlenmektedir.

Bu açıdan güven ilkesine somut olayda objektif özen yükümlülüğünün ne olduğunun belirlenmesi yani somutlaştırılması konusunda başvurulduğu açıkça görülebilmektedir. İlk olarak güven ilkesi, bu yükümlülüğün kaynağı olabilecek yazılı kuralların yorumlanmasında kullanılabilir. Bunun yanında belirli faaliyetlere ilişkin yazısız kuralların yorumlanmasında ve sorumluluk alanlarının netleştirilmesi konusunda da güven ilkesinden faydalanılabilir.⁶⁹² Elbette hem yazılı hem de yazısız

⁶⁹² Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 230.

kuralların belirli bir durumda üçüncü kişilerin fiilleri ile ilgili kontrol ve denetim ya da Avusturya Trafik Kanunu'nun 3. maddesinde olduğu gibi bu kişilerin hukuka uygun davranmayabileceklerini varsayma yükümlülükleri öngörmesi, güven ilkesinin sınırlandırılması anlamına gelecektir.

Ancak güven ilkesinin esas işlevi, somut bir durumda hukuk düzeninin model ajandan beklediği davranışın tespit edilmesinde yardımcı olmasıdır. Burada esas olarak, üçüncü kişilerin kendi yetki ve sorumluluklarına uygun davranacakları beklentisi ile bazı tehlikelerin ortaya çıkacağını varsayma yükümlülüğünün bulunmadığı tespiti yapılmaktadır. Bu şekilde model ajanın üçüncü kişilerin davranışlarına ilişkin varsayımları güven ilkesiyle somutlaştırılmaktadır.

Güven ilkesinin sınırlandırıldığı durumlarda, diğerlerinin hukuka aykırı davranabileceklerini dikkate alma yükümlülüğü öngörülmesi nedeniyle daha yüksek dikkat ve özen gösterilmesi beklenir. Bu nedenle güven ilkesinin objektif özen yükümlülüğünü sınırlandırdığı ifade edilmektedir. Ancak güven ilkesi esasında objektif özen yükümlülüğünün sınırlandırılması anlamına gelmemektedir. Nitekim güven ilkesinin uygulandığı durumlarda kişiden olması gerekenden daha az dikkat ve özen göstermesi beklenmemektedir. Güven ilkesi yalnızca somut bir durumda üçüncü kişilerin fiilleri ile ilgili varsayımların meşruiyetini temellendirerek kişiden beklenen objektif özen yükümlülüğünün ne olduğunun tespitinde kullanılır.

Rücu yasağı başlığı altında tartışılan konular da esasen özen yükümlülüğünün belirlenmesi kapsamında çözüme kavuşturulabilir.

BÖLÜM III

GÜVEN PRENSİBİNİN UYGULAMA ALANLARI

3.1. İLKENİN UYGULAMA ALANLARININ SINIRLANDIRILMASI SORUNU

Üçüncü bölümde, taksirli suçlarda objektif özen yükümlülüğünün belirlenmesi ve somutlaştırılması işlevini gören güven ilkesinin, hangi alanlarda uygulanabileceği sorusu cevaplandırılmaya çalışılacaktır. Güven ilkesine ilişkin fikirlerin çıkış noktası olan trafik hukuku, ilkenin en büyük pratik anlamının bulunduğu alandır. Dolayısıyla trafik hukukunda güven ilkesinin kural olarak geçerli olduğuna dair bir tartışma bulunmamaktadır.⁶⁹³ Ancak ilkenin trafik hukuku dışındaki diğer alanlara ne kadar genişleyeceği hala tartışmalıdır.⁶⁹⁴

Bazı yazarlar, güven ilkesinin insan etkileşiminin olduğu her yerde uygulanabileceğini savunmaktadır. Öğretide, daha sonra da içtihatlarda uygulama alanı ilk olarak (tıbbi) iş bölümüyle genişletilmiştir.⁶⁹⁵ Güven ilkesinin trafik hukuku dışındaki bir alanda, tıbbi iş birliğinde uygulanabilirliği görüşünü savunan Stratenwerth, tıbbi iş birliği alanında özen yükümlülüğünün ağırlaşmasının tehlikelerine işaret etmiş ve her bir çalışanın kendi sorumluluk alanına odaklanarak diğerlerinin de kendi görev ve yetkilerinin gereğini yapacaklarına güvenmenin, bu alanda ortaya çıkabilecek riskleri en aza indireceğini savunmuştur.⁶⁹⁶ Yazar güven ilkesini şahsi sorumluluk ilkesi temelinde sorumluluk alanlarının sınırlandırılmasıyla açıklamış ve aynı gerekçelendirmenin yapılabildiği alanlarda güven ilkesinin uygulanmasının önü açılmıştır.

Aynı doğrultuda bir başka görüş de güven ilkesini risklerin paylaşılması ve sorumluluğun sınırlandırılması bakış açısından açıklamaktadır. Buna göre ilkenin trafik hukukunda uygulanmasının, bu alanın tüm trafik kurallarına uyulsa dahi

⁶⁹³ Manfred Burgstaller 1974, age. s. 60.

⁶⁹⁴ Claus Roxin ve Luis Greco 2020, §24, age. parag. 25.

⁶⁹⁵ Lothar Kuhlen 1989, age. s. 129.

⁶⁹⁶ Günter Stratenwerth 1961, agm. s. 388.

önemsiz olmayacak derecede tehlikeye yol açılabilir bir alan olması ve bu açıdan başkalarını tehlikeye atmanın tam olarak yasaklanamayacağı düşüncesinde yattığını ifade etmektedir. İnsan davranışlarının içerdiği önlenemez risk hiçbir şekilde trafikle sınırlı değildir, mutlak bir biçimde insan yaşamının temel bir gerçeğini oluşturmaktadır. Bu husus, modern trafikte çok daha belirgindir ve trafikte koordine edilmemiş ve bu açıdan tehlike yaratabilecek davranışların ortaya çıkması açıkça iş birliği ilişkilerinden çok daha olasıdır. Ancak yine de iş birliğine dayalı iş bölümünde de bu risklerin bulunduğu kabul edilmelidir.⁶⁹⁷

Bugünkü ağırlıklı öğretisi görüşü ve içtihatlar da ilkenin uygulama alanının trafik hukuku ile sınırlı olmadığını savunmaktadır.⁶⁹⁸ Öğretideki baskın görüşe göre sosyal hayatta birden çok kişinin davranışlarının birbirine temas ettiği her yerde geçerlidir.⁶⁹⁹ Bu şekilde ilke giderek artan bir şekilde genel hukuk düşüncesi (*Alm. Rechtsgedanke*) olarak anlaşılmakta ve iş bölümüne dayalı iş birliği ilişkilerinin tamamına uzanmaktadır.⁷⁰⁰

Bu görüş kapsamında rastlanan başka bir gerekçe de güven ilkesinin objektif özen yükümlülüğünü kapsadığı ve dolayısıyla ilke tarafından kapsananın esasında özene uygunluk olduğudur.⁷⁰¹ Bu açıdan ilke, trafik hukuku yanında ayrıca riskli eylemlerin iş bölümü ile yapıldığı hallerde de özen yükümlülüğünü sınırlandırıcı bir işlev üstlenir.⁷⁰² Nitekim diğer insanların hata yapmadan iş birliğine katılacaklarına güven duyma doğrudan yükümlülük ihlali anlamına gelmez.⁷⁰³

Güven ilkesi bugün yalnızca trafik hukukunda ve iş bölümüne dayalı iş birliği ilişkilerinde uygulansa da bu kısıtlamalar nesnel meşruiyetten yoksun görülmekte ve çözülmektedir.⁷⁰⁴ Güven ilkesinin trafik hukukunda uygulanmasının gerekçelerine bakıldığında ilkeyi tematik olarak sınırlandırmanın hiçbir temeli ortaya çıkmamaktadır. Güven ilkesi çalışanlar üzerinde etki ve kontrol etme imkanının olduğu hallerde dahi üstlenilen işin usulüne uygun yürütülmesi açık bir şekilde şüpheli

⁶⁹⁷ Gunnar Duttge 2022, MK, §15, age. parag. 143.

⁶⁹⁸ Detlev Sternberg-Lieben ve Frank Schuster 2019, § 15, age. parag. 151.

⁶⁹⁹ Lothar Kuhlen 1989, age. s. 129; Justus Krümpelmann (1987), “Die Verwirkung des Vertrauensgrundsatzes bei pflichtwidrigem Verhalten in der kritischen Verkehrssituation”, *İçinde, Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, s. 290.

⁷⁰⁰ Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 232.

⁷⁰¹ Heribert Schumann 1986, age. 8.

⁷⁰² Detlev Sternberg-Lieben ve Frank Schuster 2019, § 15, age. parag. 151.

⁷⁰³ Günter Stratenwerth 1961, agm. s. 386.

⁷⁰⁴ Gunnar Duttge 2022, MK, §15, age. parag. 142.

olmadığı sürece geçerliyse, anonim sosyal ilişkiler için herhalde geçerli olmalıdır.⁷⁰⁵ Başka bir görüş de kuralların üçüncü kişiler için geçerliliğinin dikkate alındığı her yerde güven ilkesinin uygulanacağı yönündedir.⁷⁰⁶ Kuhlen bu şekilde güven ilkesinin ürün sorumluluğunda uygulanmasının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁷⁰⁷ Bunun yanında ilke ekonomi ceza hukukundan⁷⁰⁸, yapay zekaya⁷⁰⁹ kadar pek çok farklı alanda güven ilkesinin uygulanabileceği kabul edilmektedir.

İlkenin bir performans ilişkisinde iş bölümü ilişkisi gerektirdiği ifade edilmektedir. Bu nedenle birbirinden bağımsız hareket eden iki kişi arasında uygulanabilir değildir.⁷¹⁰ Bununla birlikte ürün sorumluluğunda tüketicilerin üreticilere güvenebilmesi gibi aralarında iş bölümü ilişkisi bulunmayan kişiler arasında da güven ilkesi uygulama alanı bulabilir.

Güven ilkesinin bu kadar genişletilmesine şüpheyle yaklaşanlar da bulunmaktadır.⁷¹¹ Buna göre güven ilkesinin trafik hukuku dışındaki geçerliliğine bakıldığında belirsiz bir alanla karşılaşılmaktadır. Güven ilkesini sosyal yaşamda birden çok insanın etkileşimde olduğu her yerde mutlak bir biçimde geçerli saymak, ilkenin uygulama alanlarının sınırlandırılması sorununu çözümsüz bırakmaktadır.⁷¹² Bu nedenle güven ilkesi, belirli uygulama alanlarıyla sınırlandırılmalıdır.⁷¹³ Bu görüş bakımından güven ilkesinin daha da genişlemesi için düstur, kişinin üçüncü kişilerin hatalı hareketlerini hesaplamaktan muaf tutulmasıyla sosyal olarak istenen ve hukuk tarafından önemli kabul edilen durumların mümkün olduğu yerlerde ilkenin uygulanmasıdır.⁷¹⁴

Sorumluluk alanlarının ve bu şekilde objektif özen yükümlülüğünün belirlenmesinde başvuru bir araç olarak güven ilkesinin uygulama alanlarının sınırlandırılmasının herhangi bir temeli olmadığı gibi ilkenin sınırlandırılmasına yönelik çekinceler çok da haklı değildir. İnsanlar arasındaki iş birliği ve etkileşimin kaçınılmazlığı ve hızla değişen toplumsal koşullara paralel olarak sürekli farklılaşarak genişlemesi, güven ilkesinin gelecekte çok daha fazla alanda uygulama alanı

⁷⁰⁵ age. parag. 143.

⁷⁰⁶ Justus Krümpelmann 1987, agm. s. 290.

⁷⁰⁷ Lothar Kuhlen 1989, age. s. 130.

⁷⁰⁸ Reşit Karaaslan 2022, age. s. 251.

⁷⁰⁹ Zeynel Kangal (2021), *Yapay Zeka ve Ceza Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 115.

⁷¹⁰ Thomas Kuhn 2021, age. s. 749, dn. 44.

⁷¹¹ Bkz. Heribert Schumann 1986, age. s. 19; Lothar Kuhlen 1989, age. s. 129; Eberhard Schmidhäuser (1975), *Starfrecht Allgemeiner Teil*, 2. Bası, Mohr Verlag, Tübingen, s. 312.

⁷¹² Manfred Burgstaller 1974, age. s. 62, 63.

⁷¹³ age. s. 63.

⁷¹⁴ Manfred Burgstaller ve Hannes Schütz 2020, WK, §6, age. parag. 54.

bulabileceği anlamına gelmektedir. Ancak güven ilkesinin uygulama alanlarının önceden belirlenmemesi ceza sorumluluğunun temel prensiplerine aykırı değildir. Nitekim güven ilkesi esas itibariyle etkileşim ve iş birliği halinde olan kişilerin, birbirlerine karşı normatif beklentilerinin taksirli sorumluluklarını nasıl etkilediği sorununu çözmek için geliştirilmiş bir ilkedir. Bu genel ihtiyacın hangi alanlarda bulunacağı ise önceden belirlenemez.

3.2. TRAFİK HUKUKUNDA GÜVEN İLKESİ

3.2.1. Güven İlkesinin Trafik Hukukundaki Anlamı ve Pozitif Dayanakları

Güven ilkesine ilişkin fikirlerin çıkış noktası trafik hukukudur. Trafik hukuku, hem güven ilkesinin kökeninin yer aldığı hem en büyük pratik anlamının bulunduğu alandır.⁷¹⁵ Hatta güven ilkesi trafikte kurallara uygun davranan kişinin, aksi kabul için somut emare olmadıkça diğerlerinin de aynı şekilde hareket edeceğine güvenilebileceği⁷¹⁶ ve bu şekilde kendi davranışlarını düzenlerken trafikteki diğer kişilerin hukuka aykırı davranışlarını hesaba katmak zorunda olmaması⁷¹⁷ şeklinde doğrudan trafik kurallarına uygunluk üzerinden de tanımlanmaktadır.

Daha önce de belirtildiği gibi ilkeye dair pozitif hukuktaki açık tek dayanak Avusturya Trafik Kanunu'nun 3. maddesinde yer almaktadır.⁷¹⁸ Ayrıca Federal Karayolu Trafik Kanunu'nun 26/2 hükmünde de güven ilkesinin sınırları düzenlenmiştir.

Avusturya hukuku dışında herhangi bir ülke mevzuatında güven ilkesine dair pozitif bir düzenlenmeye rastlanamasa da yaklaşık 80 yıldır Almanya içtihatlarında trafik hukukuna dair uyuşmazlıkların çözümünde güven ilkesine başvurulmaktadır. Bir görüş ilkeye pozitif dayanak olarak Alman Kara Yolu Trafik Yönetmeliği'nin 1. maddesini göstermektedir.⁷¹⁹

Bu madde, hem kamuya açık hem de kapalı alanlardaki trafik için önemli olan temel kuralları içerir.⁷²⁰ Dikkat ve karşılıklı saygı çağrısında bulunan ilk fıkra, koruyucu bir madde olamayacak kadar genel bir düzenlemedir⁷²¹ ve bu açıdan tek

⁷¹⁵ Manfred Burgstaller 1974, age. s. 60.

⁷¹⁶ Gunnar Duttge 2022, MK, §15, age. parag. 141.

⁷¹⁷ 2 Ob 533/59=ZVR 1960/4, *Aktaran* Peter Lewisch 2004, agm. s. 99.

⁷¹⁸ supra 1.3.2.

⁷¹⁹ Lange, *Defensives Fahren*, s. 167; Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 20.

⁷²⁰ OLG Karlsruhe, NJW-RR 2013, 225.

⁷²¹ Hans-Peter Freymann (2020), "Haftung aus der Straßenverkehrs-Ordnung", *İçinde, Geigel Haftpflichtprozess*, Ed. Kurt Haag, 28. Bası, C.H. Beck, München, parag. 17.

başına bir trafik sorumluluğuna neden olmadığı gibi muğlak düzenlemesi nedeniyle de ihlali halinde para cezası gerektirmez.⁷²² Ancak yönetmeliğin diğer normlarının yorumlanmasında ve trafiğe katılan kişilerin özenlerinin belirlenmesinde bir ölçü olarak, özellikle de birden fazla motorlu aracın hasara yol açmasını düzenleyen StVG § 17 hükmü kapsamında ideal sürücünün belirlenmesinde ve ayrıca ortak kusuru düzenleyen Alman Medeni Kanunu § 254 anlamında trafiğe aykırı davranışların somutlaştırılmasında önem taşımaktadır.⁷²³ Bu fıkranın aynı zamanda karayolu trafiğinde dikkatli ve özenli olunması, yani defansif araç kullanılması yönünde temel bir uyarı içerdiği ifade edilmektedir.⁷²⁴

İkinci fıkrada ise yol kullanıcıları için temel davranış kuralları düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeyle, münferit bir normla düzenlenmemiş trafiğe aykırı davranışlara da müdahale etmenin mümkün olabileceği ifade edilmektedir.⁷²⁵ Bu şekilde sürekli yeniden şekillenen trafik davranışlarını kapsayan ve trafik hukukunu ileriye taşıyan bir hüküm olma işlevi görmektedir. Bu nedenle, çeşitli ve sürekli değişen trafik koşullarını kavramak ve karayolu trafik hukukunu daha da geliştirmek için vazgeçilmez olan her şeyi kapsayan bir hüküm olarak hizmet etmektedir.⁷²⁶ Örneğin Almanya Federal Yüksek Mahkemesi söz konusu hükmü, park yerinde geri manevra yapılırken gerektiğinde hemen durabilme yükümlülüğünü temellendirmek için kullanmıştır.⁷²⁷

Bu açıdan her iki fıkrada yer alan temel kurallar tüm trafik davranışları için geçerlidir ve özel kuralları tamamlama işlevi görür.⁷²⁸ Aynı zamanda bu hükümler, özel hukuk davalarında trafik kazasına karışanların sorumluluğunun belirlenmesi amacıyla kullanılmaktadır.⁷²⁹

Özel hukukta ifadesini bulan ve savunmacı sürüşü teşvik eden bu sürekli dikkat ve özen yükümlülüğü güven ilkesinin yerine geçmez. Ancak trafikte güven ilkesinin

⁷²² Micheal Burmann, Rainer Heß, Katrin Hühnermann ve Jürgen Jahnke (2022), “StVO § 1 Grundregeln”, *İçinde, Straßenverkehrsrecht*, 27. Bası, C.H. Beck, München, parag. 1.

⁷²³ Hans-Peter Freymann 2020, age. parag. 17.

⁷²⁴ Micheal Burmann, Rainer Heß, Katrin Hühnermann, Jürgen Jahnke 2022, age. parag. 1; Hans-Peter Freymann 2020, age. parag. 18.

⁷²⁵ Micheal Burmann, Rainer Heß, Katrin Hühnermann, Jürgen Jahnke 2022, age. parag. 2; Hans-Peter Freymann 2020, age. parag. 20.

⁷²⁶ Hans-Peter Freymann 2020, age. parag. 20.

⁷²⁷ BGH 2017, 93; 2016, 146, *Aktaran* Micheal Burmann, Rainer Heß, Katrin Hühnermann, Jürgen Jahnke 2022, age. parag. 3.

⁷²⁸ Micheal Burmann, Rainer Heß, Katrin Hühnermann, Jürgen Jahnke 2022, age. parag. 1.

⁷²⁹ OLG Karlsruhe, NJW-RR 2013, 225.

sınırlandırıldığı durumlarda tamamlayıcı bir rol oynadığı ifade edilmektedir.⁷³⁰ Başka bir görüş ise güven ilkesinin, Alman Kara Yolu Trafik Kanunu'nun 1. maddesinde öngörülen özen gerekliliğini sınırladığı yönündedir. Bu görüş uyarınca deneyimler üçüncü kişilerin trafikte özene aykırı davranışlarının her zaman beklenebileceğini gösterir. Bu açıdan ilgili maddede öngörülen özen gerekliliği güven ilkesiyle sınırlanmasaydı, trafiğin ilerlemesi, akıcılığı sağlanamazdı.⁷³¹ Ancak özellikle trafiğe katılan herkese trafik kurallarına uyma ve genel olarak trafiğin gereklerine uygun hareket etme yükümlülüğü yükleyen ikinci fıkra, trafikte diğerlerinin de aynı yükümlülük altında olması nedeniyle onların da trafik kurallarına uygun hareketine güvenilebileceği tezini doğrular niteliktedir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, trafikte uyulması gereken özen yükümlülüğünün başlıca kaynağı konumundadır. İkinci kaynak ise Karayolları Trafik Yönetmeliği'dir.⁷³² Her ikisinde de trafik katılımcılarının hak ve yetkilerini düzenleyen çok sayıda kural yer alsa da diğer normlara rehberlik edecek genel bir davranış normu yer almamaktadır. Halbuki böyle bir norm, münferit kuralların yorumlanmasında ve anlamlandırılmasında kullanılabilmesi gibi bu kuralların ihlal edildiği durumlarda özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğini belirlemek için de işlevsel olacaktır. Diğer yandan Kanun'da güven ilkesine veya güven ilkesinin sınırlarına işaret eden bir hüküm de bulunmamaktadır. Böyle bir düzenlemenin gerekliliğini ortaya koyabilmek için öncelikle güven ilkesinin trafik hukukundaki işlevinin açıklanması gerekmektedir. Ardından Kara Yolları Trafik Kanunu'nda güven ilkesinin açıkça düzenlenmesi yönünde kanun değişikliği önerisi yapılacaktır.

Karayolu trafik kullanıcılarının yükümlülüklerini düzenleyen temel kanun hükümlerinden icrai ve ihmali hareket yükümlülükleri doğar ki bu yükümlülüklerin ihlali genel anlamda tipik bir fiile vücut verecek olan bir özen yükümlülüğünün ihlali anlamına gelebilir. Söz konusu kuralların uzun bir deneyim ve muhtemel tehlikelere ilişkin kapsamlı bir öngörünün sonucu olduğu göz önünde bulundurulduğunda bu husus şaşırtıcı değildir. Aynı şekilde temel kanunlar dışındaki diğer trafik düzenlemeleri ile ceza hukuku düzenlemelerine de uyulması gerektiği açıktır.⁷³³ Yol kullanıcısı, belirlenen emir ve yasaklara uyduğu sürece kural olarak diğerlerinin de

⁷³⁰ Hans-Peter Freymann 2020, age. parag. 19.

⁷³¹ Ingeborg Puppe 2019, age. s. 82.

⁷³² Resmî Gazete Tarihi: 18.07.1997 Resmî Gazete Sayısı: 23053 mükerrer.

⁷³³ Ulrich Berz ve Michael Burmann 2021, age. 13/C, parag. 8.

aynı şekilde trafik kurallarına uygun hareket edeceğine güvenilebilir ve bu halde özen yükümlülüğüne aykırılık yoktur.⁷³⁴ Diğer yandan güven ilkesi trafikte uyulması gerekli özenin belirlenmesine de hizmet eder.⁷³⁵ Bu belirleme ise belirli bir trafik durumu içerisinde, üçüncü kişilerin trafik davranışlarına ilişkin varsayımların meşrulaştırılması ile mümkün olur.

Kişinin kendini başkalarının hatalarına göre ayarladığı savunmacı sürüşten farklı olarak güven ilkesinde, kendisi hukuka uygun davranan kişi, başkalarının kurallara uyduğuna ve hatalı hareketleriyle tehlikeli bir durum yaratmadıklarına güvenebilir. Savunmacı sürüşü ön plana çıkararak hukuki pozisyonundan vazgeçen kişi, trafik güvenliği lehine ve doğru davranırsa da güven ilkesinin talep etmediği bir dikkati gösteriyor demektir.⁷³⁶ Nitekim diğer yol kullanıcılarının hukuka uygun davranacağına dair pozitif bir işaret bekleme zorunluluğu güvensizlik ilkesi anlamına gelir.⁷³⁷ İlke, üçüncü kişilerin hem hukuka uygun davranacağına hem de mevcut hukuka uygun davranışlarını sürdüreceklerine güvenilebileceğini ifade eder.⁷³⁸ Bu açıdan güven ilkesinin geçerli olması esasen diğer yol kullanıcılarının hukuka uygun davranacağına dair pozitif bir işaret bekleme yükümlülüğü olmaması ve hiç kimsenin fren yapmaya hazır bir şekilde araç kullanmak zorunda olmaması demektir.⁷³⁹

Üçüncü kişilerden beklenebilecek ve trafikte dikkate alınması gereken davranış, diğer kişilerin somut durumda yapmaya yetkili olduğu davranıştır.⁷⁴⁰ Sürücü kural olarak ışıklı trafik işaret cihazında yeşil ışığın yanmasına güvenebilir.⁷⁴¹ Eğer kendisine 4-5 saniyedir yeşil ışık yanıyorsa çapraz trafiği hesap etmesine gerek yoktur.⁷⁴² Trafikteki başka bir katılımcının hareketinde veya sürüş hattında fiziksel bir değişim olduğunda da güven ilkesi geçerlidir.⁷⁴³ Örneğin, şerit değiştirmek için sinyal veren sürücünün, trafiği tehlikeye atmayacak bir şekilde ve zamanında şerit değiştireceğine güvenilebilir.⁷⁴⁴ Sürücü, şerit çizgisinin aşılıp karşı şeride

⁷³⁴ age. 13/C, parag. 8.

⁷³⁵ Ingeborg Puppe 2019, age. s. 82, parag. 7.

⁷³⁶ Volker Lempp, (2017) "StVO § 1", *İçinde, Gesamtes Verkehrsrecht*, Ed. Klaus-Ludwig Haus/Carsten Krumm/ Matthias Quarch, 2. Bası, Nomos, Baden Baden, parag. 15.

⁷³⁷ Peter Lewisch 2004, agm. s. 99.

⁷³⁸ agm. s. 98, 100.

⁷³⁹ 2 Ob 263/71=ZVR 1972/166, *Aktaran* agm. s. 99.

⁷⁴⁰ agm. s. 101.

⁷⁴¹ Konuya ilişkin bir karar için bkz. 11 Os 111/70=ZVR 1971/62, *Aktaran* agm. s. 99.

⁷⁴² Michael Kaufmann 2020, age. parag. 119.

⁷⁴³ age. s. 100.

⁷⁴⁴ 8 Ob 303/81; 2 Ob 56/89=ZVR 1990/53, *Aktaran* age. s. 100.

geçilmesini, açıkça hukuka aykırı sollama yapılmasını, sonu görülmeyen bir virajın kesilmesini, yol çalışması nedeniyle daraltılan yola aniden bir inşaat işçisinin çıkmasını, gece vakti fark edilmesi mümkün olmayan ve karşıdan karşıya geçmek için aniden yola çıkan aşırı sarhoş bir yayaya çarpmasını, ışıklı yaya geçidinde yayaya yanan kırmızı ışığın göz ardı edilebileceğini hesap etmek zorunda değildir.⁷⁴⁵ Ancak örneğin ambulans, polis ve itfaiye araçlarının; güven ilkesi sınırları içerisinde, öncelik haklarını kullanmalarının diğer sürücülerin kafasını karıştırabileceğini ve bu nedenle yüksek kaza riski içerdiğini hesap etmek zorunda olduğu ifade edilmektedir.⁷⁴⁶

Belirtilmelidir ki güven ilkesi kapsamında yalnızca güvenen kişinin koruma alanında yer alan kurallara uyulacağına dair güveni korunmaz. Trafik kurallarına uyulacağına dair güven, söz konusu kural güven ilkesine dayanan yol kullanıcısıyla doğrudan ilişkili olmasa da yani onun koruma amacını içermese de korunur.⁷⁴⁷

Diğer yandan güven ilkesinin sınırlandırıldığı durumlarda trafik katılımcısından daha yüksek dikkat ve özen göstermesi beklenir. Bu açıdan Avusturya Kara Yolları Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesi, İsviçre Kara Yolları Trafik Kanunu'nun 26. maddesinin 2. fıkrası ve Almanya Kara Yolları Trafik Yönetmeliği'nin 3/2a hükmü, sürücülere bazı gruplara karşı daha dikkatli olma yükümlülüğü yüklemektedir. Bu şekilde sürücülerin trafikteki özen yükümlülüğünün kapsam ve sınırları netleştirilmiştir.

Bu nedenlerle güven ilkesinin, trafiğin akıcı olmasını teşvik ettiği ve hatta trafiğin düzgün akışı için vazgeçilmez bir ön şart olduğu, günlük yaşamın ihtiyaçlarını ve kara yolu trafiğinin doğasını, özelliklerini ve gereksinimlerini karşıladığı ve uyulmayacağı varsayıldığında önemi azalacak olan geçiş önceliğinin anlamı ve amacını karşıladığı ifade edilmektedir.⁷⁴⁸ Ancak Türk içtihatlarına bakıldığında sürücüler açısından genel itibariyle güvensizlik ilkesinin benimsendiği anlaşılmaktadır. Yargıtay bu durumu, *“karayollarında yüksek tehlikeyi yaratan motorlu araç sürücülerinin daha özenli davranmaları, yayaların ve bisiklet sürücülerinin ise daha az tehlike yaratmaları nedeniyle, daha az özen göstermeleri normal karşılanmalıdır.”*⁷⁴⁹ şeklinde ifade etmektedir. Diğer yandan yargı

⁷⁴⁵ Konuya ilişkin bir karar için bkz. 11 Os 111/70=ZVR 1971/62, *Aktaran* agm. s. 99.

⁷⁴⁶ Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 271.

⁷⁴⁷ Peter Lewisch 2004, agm. s. 104.

⁷⁴⁸ Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 225.

⁷⁴⁹ Yargıtay 9. CD., E. 2008/7983, K. 2010/2923, T. 10.3.2010.

pratiklerinde 2918 sayılı Kanun'un 57/1-a hükmü de trafikte güven ilkesini ortadan kaldıracı bir etki yaratacak şekilde uygulanmaktadır.⁷⁵⁰ Diğer yandan ne mevzuatta ne de yargı uygulamalarında trafiğin gereklerini yerine getiremeyecek yaya gruplarına karşı daha dikkatli olunması gerektiğine ilişkin bir belirleme bulunmamaktadır.

Güven ilkesinin uygulanması için açık bir pozitif düzenlemeye ihtiyaç olmadığı gibi Türk hukukunda güven ilkesinin uygulanmasının önünde yasal hiçbir engel de bulunmamaktadır. Bununla birlikte 2918 sayılı Kanun'da hem trafikte genel olarak nasıl davranılması gerektiğine dair genel bir kuralın hem de Avusturya Trafik Kanunu'na benzer şekilde trafikteki diğer katılımcıların trafik kurallarına uyacaklarına güvenebileceğini ifade eden güven ilkesi ve sınırlarına ilişkin bir düzenlenmenin getirilmesi yerinde olacaktır. Nitekim özellikle güven ilkesinin sınırlandırılması ve bu açıdan daha yüksek dikkat ve özen gösterilmesi gereken durumların açıkça düzenlenmesi, sürücülerin her daim çok yüksek bir dikkat ve özen göstermesi gibi fiili olarak oldukça zor bir yükümlülük altında olmadıklarının yasal olarak netleştirilmesi açısından önemlidir.

Bu nedenlerle 2918 sayılı Kara Yolları Trafik Kanunu'nun "Trafik Kuralları" başlıklı altıncı kısmının "Genel Kurallar" başlıklı birinci bölümünün en başına, 46. maddeden önce gelmek üzere "Güven İlkesi" başlıklı şu maddenin eklenmesi gerekmektedir:

"Kara yolu trafiğinde herkes somut trafik durumuna göre dikkatli olmak ve diğer trafik katılımcıları bakımından tehlike yaratmamakla yükümlüdür.

Trafiğe katılan herkes, diğerlerinin trafik kurallarına uyacağına güvenebilir. Ancak çocukların, yaşlı bireylerin, engellilerin ve açıkça davranışlarını yönlendiremediği anlaşılan kişilerin trafiğin gereklerini yerine getiremeyebilecekleri öngörülmesi ve bu Kanun ile getirilen yükümlülüklerle uyulurken bu kişilere karşı daha yüksek dikkat ve özen gösterilmelidir."

3.2.2. Bazı Trafik Durumları Bakımından Güven İlkesinin İncelenmesi

3.2.2.1. Geçiş Hakkı

Güven ilkesinin trafikteki rolünün temeli, Alman Federal Mahkemesi'nin geçiş hakkına (Alm. *Vorfahrtsrecht*) ilişkin bir içtihadına dayanmaktadır.⁷⁵¹ Bu bakımdan

⁷⁵⁰ supra 1.3.4.

⁷⁵¹ BGHst 7, 118, *Aktaran* Lutz Eidam 2011, agm. s. 913.

ilklenin ilk ve en önemli uygulama alanlarından birinin geçiş hakkına ilişkin trafik kuralları olduğu söylenebilir.

Geçiş hakkı kavramı, 2918 sayılı Kara Yolları Trafik Kanunu'nun tanımlar başlıklı 3. maddesi altında düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre geçiş hakkı, *“yayaların ve araç kullananların diğer yaya ve araç kullananlara göre yolu kullanma sırasındaki öncelik hakkıdır.”*⁷⁵² Geçiş hakkının amacı bir Alman mahkeme kararında, kavşak ve yol ağzları ile çarpışmaların sık meydana geldiği yerlerde motorlu araçlar arasında meydana gelebilecek çarpışmaların önlenmesi olarak açıklanmıştır.⁷⁵³ Aynı senato daha sonra trafik yoğunluğunun ve ihtiyaçlarının artması üzerine geçiş hakkının belirlenmesinin, yüksek trafik güvenliği ve trafik akışına ulaşma amacını taşıdığını kabul etmiştir.⁷⁵⁴

Geçiş hakkı Karayolları Trafik Kanunu'nda 3 farklı maddede düzenlenmiştir. İlk olarak 53. maddenin ilk fıkrasında, dönüş başlamadan, sağdan gelen taşıtlara ilk geçiş hakkını verme yükümlülüğü; ikinci fıkrasında, sağa ve sola dönüşlerde sürücülerin kurallara uygun olarak geçiş yapan yayalara, varsa bisiklet yolundaki ve bisiklet şeridindeki bisiklet ve elektrikli skuter kullananlara ve sola dönüşlerde sağdan ve karşıdan gelen trafiğe ilk geçiş hakkını verme zorunluluğu düzenlenmiştir. Kanun'un 57. maddesinde kavşaklarda geçiş hakkına ilişkin kurallar yer almaktadır. 74. maddede ise yayaya ilk geçiş hakkı verilmesi düzenlenmiştir.

Geçiş hakkı Alman Karayolu Trafik Kanunu'nun §8 hükmünde düzenlenmiştir. Hükme göre beklemek zorunda olan kişinin sürüş sırasındaki davranışları ve özellikle ölçülü hızıyla geçiş hakkı olan kişiyi beklediğini zamanında belli etmesi gerekir. Yalnızca geçiş hakkına sahip olan kişinin tehlikeye düşmediği ve önemli ölçüde engellenmediği görülüyorsa sürüşe devam edilebilir. Eğer bu husus yol durumunun karmaşık olması nedeniyle görülemiyorsa, net bir şekilde görene kadar kavşağa ve yol ağzına dikkatli bir şekilde girilmelidir. Geçiş hakkı olan kişi, dönüş yapan tarafından önemli ölçüde engellenmemelidir.

⁷⁵² 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu, R.G. 18.10.1983, S. 18195. Geçiş hakkı ve geçiş üstünlüğü kavramları farklı olup aynı Kanun'da geçiş üstünlüğü, *“görev sırasında, belirli araç sürücülerinin can ve mal güvenliğini tehlikeye sokmamak şartı ile trafik kısıtlama veya yasaklarına bağlı olmamalarıdır.”* şeklinde tanımlanmıştır.

⁷⁵³ RGZ VI 8.7.1929, RGZ 125, s. 203, 207=JW 1929, S. 2816, 2817 Nr. 3, Aktaran Heinz Jordan (1960), *Misstrauensgrundsatz und Vertrauensgrundsatz im Strassenverkehrsrecht, Dargestellt an Hand der Literatur und Rechtsprechung im Vorfahrtsrecht*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Freiburg, Üniversitesi, Freiburg, s. 95.

⁷⁵⁴ RGZ VI 12.031931, RGZ 132, S. 100, 102, Aktaran agt. s. 95.

Konuya ilişkin temel kabul, geçiş hakkı olan kişinin genel olarak, diğerslerinin geçiş hakkına riayet etmeyeceği ihtimalini hesap etmesi gerekmediği,⁷⁵⁵ kavşakta diğers sürücülerin hatalı hareketleri sonucu yaşanabilecek muhtemel bir kazayı öngörerek hızını azaltmak zorunda olmadığı ve kural olarak geçiş hakkına saygı duyulacağı varsayımıyla hareket edebileceğidir. Eğer böyle olmaz da bir kaza meydana gelirse yalnızca geçiş hakkını ihlal eden kişinin taksirli sorumluluğu gündeme gelir.⁷⁵⁶ Bu açıdan, sürücü geçiş hakkının ihlal edilmesiyle meydana gelebilecek tüm ihtimalleri değil, yalnızca kendisi tarafından açıkça görülebilen tehlikeleri dikkate almak zorundadır.⁷⁵⁷ Hatta güven ilkesinin kural olarak kavşak veya yol ağzındaki trafik yoğunluğundan bağımsız olduğu ileri sürülmüştür.⁷⁵⁸

Alman Federal Mahkemesi'nin geçiş hakkına ilişkin yukarıda bahsedilen içtihadına konu olayda, geçiş hakkına sahip olduğu yolda seyretmekte olan sanık, bu yola girerken bekleme yükümlülüğu olan yol ağzına 30 km hızla varmıştır. Buradan çıkan bir kamyon sanığın kullandığı araca çarpmış ve sonuçta malvarlığı zararı meydana gelmiştir. İlk derece mahkemesi, geçiş hakkı olan sanığı trafik kurallarına muhalefetten mahkûm etmiştir. Bavyera Yüksek Mahkemesi de ana yolda seyreden sürücünün, görüşün net olmadığı yol ağzlarında, bekleme yükümlülüğu olan sürücülerin tali yoldan girme ihtimaline karşı acil bir durumda durabilmek için en azından hızını düşürmesi gerektiğini kabul etmiştir.⁷⁵⁹

Ancak Birleşik Büyük Kurul söz konusu kararların, sanığın geçiş hakkına sahip olmayan yolda olması gerektiği gibi geçiş hakkına sahip yolda da hızını saatte 15 ilâ 25 km'ye düşürerek seyretmesi ve sürüşünü buna göre ayarlaması gerektiği anlamına geldiğini belirterek kararı bozmuştur. Kurul, geçiş hakkına sahip olan sürücünün, haliyle bekleme yükümlülüğu olanın doğru şeridi kullanacağına güvenebileceğini ifade etmiştir. Kararında Kurul güven ilkesinden şu şekilde bahsetmiştir:

“Kanuni geçiş hakkının mantığı; geçiş hakkına sahip olmayandan öncelikli yola yaklaştığında güvensizlik duyması ve kuşkuyla beklemesi beklenirken, geçiş hakkına sahip olanın, yol ağzı ve kavşaklarda güvenebilmesi ve kural olarak durmadan geçebilmesidir.”⁷⁶⁰

⁷⁵⁵ agt. s. 101.

⁷⁵⁶ Claus Roxin ve Luis Greco 2020, §24, age. parag. 21.

⁷⁵⁷ Heinz Jordan 1960, agt. s. 102.

⁷⁵⁸ agt. s. 102.

⁷⁵⁹ Walter Gropp 2015, age. s. 523, 524.

⁷⁶⁰ age. s. 524.

Sonuç itibariyle anılan içtihadı göre, aksini gösterir bir emare olmadıkça trafikte yer alan her katılımcı geçiş hakkına riayet edileceğine güvenebilir. Bu konudaki içtihatların, modern trafiğin gereksinimlerine göre geliştirildiği ve aksi kabulde akıcı bir trafiğin mümkün olmayacağı belirtilmektedir.⁷⁶¹

Türk Yargıtay'ı ise bu ilkeyi dikkate almayarak yeşil ışık yansa bile kavşağa hız azaltılarak girilmesi gerektiğini kabul etmektedir.⁷⁶² Bu konudaki ısrarlı yargı uygulaması, geçiş hakkını ihlal eden sürücünün asli, geçiş hakkı kendisinde olan ve buna güvenerek kavşağa giren sürücünün tali kusurlu olduğu yönündedir.⁷⁶³ Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin bir kararında, sanık, sol taraftan refüj aralığından ani ve kontrolsüzce girerek araçların geliş istikametine göre tersten gitmek isteyen ve sarı ışığın yanması ile yolu ortlayan katılanın idaresindeki motosikletle çarpışmış ve katılan nitelikli şekilde yaralanmıştır. Mahkeme somut olayda sanığın kavşağa hızını azaltmadan girerek tali kusurla kazaya sebebiyet verdiği kabul edilmiş ve beraat hükmü bozulmuştur.⁷⁶⁴ Olayda sanığın taksirle yaralama suçuna dayanak olarak gösterilen hareketi, yalnızca ışık kontrollü yolda muhtemelen geçiş hakkı kendisine ait olmasına rağmen hızını azaltmamasıdır. Bu durumun neden dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olduğu ise belirsizdir. Açıkça belirtilmese de 2918 sayılı Kanun'un "*Kavşağa yaklaşan sürücüler kavşaktaki şartlara uyacak şekilde yavaşlamak, dikkatli olmak, geçiş hakkı olan araçların önce geçmesine imkân vermek zorundadırlar.*" hükmünü içeren 57/1(a) hükmü kararın dayanağı olabilir. Ancak maddenin, kavşakta geçiş hakkı olan sürücüye her hal ve koşulda hızını azaltma yükümlülüğü yüklediği ileri sürülemez. Aksi kabul, geçiş hakkının anlamını ortadan kaldıracaktır. Bu açıdan hükümde geçen "*kavşaktaki şartlara uyacak şekilde*" ibaresini güven ilkesini sınırlandırıldığı durumlardaki somut emare gibi

⁷⁶¹ Claus Roxin ve Luis Greco 2020, §24, age. parag. 22.

⁷⁶² Yargıtay'ın bu yöndeki istikrarlı içtihadının eleştirisi için bkz. Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 95, dn. 285.

⁷⁶³ "*Sanığın idaresindeki çekici ve dorse ile üç yönlü kavşakta sola dönmek isterken, sağdan gelen katılan ...'nın otomobilinin sol ön kısımlarına kendi çekicisinin sağ ön teker kısmı ile çarparak katılanların yaralanmasına sebep olduğu olayda, sanığın "dur" trafik işaret levhasına uyararak durup, seyrine göre sağından gelen trafik akımını kontrol ederek bu araçlara ilk geçiş hakkını vererek, kavşak ada içerisinden çıkışını ve dönüşünü yapması gerekirken bunu yapmayarak asli kusurlu olduğu, katılan ...'nin ise kullandığı araç ile bölünmüş taşıt yoluna girerken kavşak ada depolama içerisindeki aracı gördüğünde bu aracın çıkacağını düşünerek her an durabilecek derecede hızını azaltarak kavşağa girmesi gerekirken bunu yapmayarak tali kusurlu olduğu yönündeki 03/04/2015 havale tarihli bilirkişi raporu, oluş ve dosya kapsamına uygun olduğundan, tebliğnamedeki yetersiz bilirkişi raporunun hükme dayanak alındığına yönelik bozma öneren görüşe iştirak edilmemiştir.*" Yar. 12. CD., 06.11.2018, 1471/10396. Aynı yönde bkz. Yar. CGK., 30.10.2014, 775/451.

⁷⁶⁴ Yar. 12. CD., E. 2016/4294 K. 2018/1259 T. 8.2.2018.

değerlendirmek ve hız azaltmayı gerektirecek somut bir emare bulunmadıkça sürücünün geçiş hakkına saygı duyulacağı yönündeki güvenine hukuki değer tanımak gerekmektedir.⁷⁶⁵

Geçiş hakkı konusunda bu yönde içtihat oluşturan Yargıtay, geçiş üstünlüğü konusunda farklı bir karar vermiştir. Karara konu olayda, itfaiye görevi kapsamında su baskını ihbarı üzerine gitmekte olan sanık, itfaiye aracıyla yeşil ışık yanmakta iken ortalama 70-80 km hızla geçiş yaptığı sırada, kendisine kırmızı ışık yanmasına rağmen kavşağa giren 0,90 promil alkollü başka bir sürücüyle çarpışmıştır. Olayda diğer sürücünün geçiş üstünlüğü olan sanığa ilk geçiş hakkını vermeyerek kavşak içinde geçişine devam edip önünü kapatarak tam kusurlu halde çarpışmaya neden olduğu, olay anında itfaiye görevi ile seyir halinde olan sanığın kendisine yeşil ışık yanmakta iken hızını azaltmayarak kavşaktan geçişini sürdürmekten ibaret eyleminin ise tali kusurlu kabul edilmesine gerekçe olamayacağına karar verilmiştir.⁷⁶⁶

Yayaların karşıdan karşıya geçişleri konusu da güven ilkesi ile sıkı bağlantı içerisindedir. İlk bölümde açıklandığı gibi Alman Hukukunda, “ön bahçe” kararının beraberinde getirdiği tartışmalar⁷⁶⁷ ve sonraki içtihatlarla, sürücülerin yayaların da trafik kurallarına riayet edeceğine güvenebileceği fikri, güven ilkesinin gelişimi açısından büyük önem taşımaktadır.

Bu noktada yayalara ilk geçiş hakkı veren 2918 sayılı Kanun’un 74. maddesiyle güven ilkesi arasındaki ilişki incelemeye değerdir. Söz konusu madde 18.10.2018 tarihli 7148 sayılı Kanun’un 25. maddesiyle değiştirilmiş ve sürücüler için yayalara ilk geçiş hakkı verilmesi yükümlülüğü öngörülmüş, bu hükme uymayacak sürücüler için idari para cezası uygulanacağı düzenlenmiştir. Maddeye göre sürücüler,

“görevli bir kişi veya ışıklı trafik işareti bulunmayan ancak trafik işareti veya levhalarıyla belirlenmiş kavşak giriş ve çıkışları ile yaya veya okul geçitlerine yaklaşırken yavaşlamak, varsa buralardan geçen veya geçmek üzere bulunan yayalara durarak ilk geçiş hakkını vermek”

zorundadırlar.

Kanunun genel gerekçesinde; karayolu trafik güvenliğini artırmak için trafikte önceliğin yayalara ait olduğu ilkesinden hareketle kanunda belirtilen alanlarda ilk

⁷⁶⁵ Söz konusu hükümde yükümlülüklerin sadece trafik zabıtası veya trafik işaret levhası veya ışıklı trafik cihazları bulunan kavşaklarda geçiş hakkı kendisinde bulunmayan sürücüler açısından geçerli olduğu yönünde bkz. Muhammed Demirel 2022, age. 266.

⁷⁶⁶ Yar. 12CD., E. 2014/ 23133, K. 2014/15637, T. 24.06.2014.

⁷⁶⁷ supra 1.3.1.1.1.

geçiş hakkının yayalara verildiği ve trafikte yayaların haklarına riayet etmeyenlerin sorumluluğunu artırmak amacı ile hükmün ihdas edildiği ifade edilmektedir.⁷⁶⁸

Bu doğrultuda, 7148 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle yayalara "ışıklı işaret veya yetkili kişilerin bulunmadığı geçitlerde veya kavşaklarda güvenlikleri açısından yaklaşan araçların uzaklık ve hızını göz önüne alma" yükümlülüğü yükleyen Karayolları Trafik Kanununun 68/1 (b) -3 hükmü de yürürlükten kaldırılmıştır. Bu şekilde kara yolu trafiğinde yayaların özen yükümlülüğü sınırlandırılırken sürücülerin yükümlülüklerinin artırıldığı görülmektedir.

Daha önce de belirtildiği gibi güven ilkesinde dikkate alınacak davranış, herkesin yapmakla yükümlü olduğu davranıştır. Şu hâlde maddede belirtilen yerlerde yayalar, sürücülerin önce hızlarını azaltıp sonra duracaklarına ve kendilerine yol vereceklerine güvenebilirler. Bu beklentiyle karşıdan karşıya geçen bir yaya, bazı istisnai durumlar haricinde özen yükümlülüğüne uygun hareket etmiş sayılır. İstisnai duruma örnek olarak, sürücünün zamanında duramayacak bir hızla geldiğinin görülmesi olabilir. Diğer yandan hükümden görevli bir kişi veya ışıklı trafik işareti bulunan yerlerde, görevlinin yönlendirmesi ve kendilerine yanan trafik ışığının durumuna göre sürücülerin geçiş hakkına sahip olduğu anlamı çıkarılabilir. Dolayısıyla anılan yerlerde geçiş hakkı kendilerindeyse sürücülerin hızlarını azaltma ve bir yayanın aniden yola çıkma tehlikesine karşı her an durmaya hazır olma zorunluluğu bulunmamaktadır.

3.2.2.2. Riskli Trafik Durumları

Trafikteki diğer kişilerin kurallara uyacağına ne ölçüde güvenilebileceği, trafik durumunun özellikleri, yol durumu ve hava koşulları gibi pek çok etkene göre belirlenir.⁷⁶⁹ Alman içtihatlarının da somut bir durumda üçüncü kişilerin hangi hareketlerine güvenilebileceğinin soyut bir şekilde değil, münferit olayın özelliklerini dikkate alma eğiliminde olduğu belirtilmektedir.⁷⁷⁰

⁷⁶⁸ 7148 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Gerekçesi, E.T. 23.02.2022, <http://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-0860.pdf>.

⁷⁶⁹ Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 151, 152. "...sanığın seyri esnasında havanın yağmurlu, kaplamanın ıslak ve kaygan olduğunu dikkate alıp hızını yol, hava ve trafik durumuna uyarlayarak aracını normalin üstünde bir dikkatle kullanması gerekirken bu hususlara riayet etmediğinden olayın meydana gelmesinde asli ve tam kusurlu olduğunu ..." YCGK, E.2019/458, K. 2019/270, T. 02.04.2019.

⁷⁷⁰ Bkz. Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 155.

Örneğin yolda yer yer buzlanma olduğunu fark eden kişi, diğer sürücülerin de bunu fark ettiklerine ve hızlarını buzlu yolda sürüşe göre ayarladıklarına güvenemez. Aynı şekilde sürücü, şiddetli rüzgâr varsa bisikletlilerin rüzgârın etkisiyle savrulabileceğini dikkate almalı ve sollamalarda normalden daha geniş bir mesafe bırakarak daha düşük bir hızla gitmelidir.⁷⁷¹ Ancak kırmızı ışıkta durduğunda araçtan inip veya ayağa kalkıp yeşil ışık bekleyen bir bisikletlinin kör noktada durup durmadığını kontrol etmek zorunda değildir.⁷⁷²

Sürücü her şeyden önce yerel trafik durumu konusunda dikkatli olmalıdır.⁷⁷³ Bunun yanında diğer sürücülerden bekleyebileceği hareketleri kendi aracının özelliklerini de dikkate alarak belirlemelidir. Örneğin uzun ve yavaş bir tır sürücüsünün, hemzeminden geçmeden önce görevliyle iletişime geçme yükümlülüğü olabileceği belirtilmektedir.⁷⁷⁴ Yine bazı günlerde veya günün bazı saatlerinde daha yüksek özen göstermek gerekebilir.⁷⁷⁵

Olağanüstü trafik durumlarında güven ilkesinin uygulanmayacağı ifade edilmektedir.⁷⁷⁶ Bunun yanında belirsiz trafik durumlarında da güven ilkesinin uygulanmayacağını savunanlar bulunmaktadır. Belirsiz trafik durumu, diğerlerinin trafik ihlallerinin fark edilebilir olmadığı ancak serbest geçişe izin vermeyeceklerine dair de emarelerin olduğu trafik durumları olarak tanımlanmaktadır.⁷⁷⁷ Başka bir tanıma göre ise belirsiz trafik durumu, kişilerin trafik olaylarının gelişimini, trafikteki bir başka kişinin muhtemel hatalı hareketine işaret eden somut emareler temelinde yüksek bir olasılıkla güvenli bir şekilde değerlendiremediğinde ortaya çıkar.⁷⁷⁸ Ancak Alman yargı içtihatlarına yansımış yeknesak bir tanım bulunmadığı aktarılmaktadır.⁷⁷⁹

Belirsiz trafik durumlarında daha özel bir dikkat gerektiği ifade edilmektedir.⁷⁸⁰ Bu halde gösterilecek özen konusunda da güven ilkesine ilişkin temel kabul geçerlidir. Normal sürüşten ayrılan her muhtemel trafik davranışı değil, ancak

⁷⁷¹ age. s. 152.

⁷⁷² age. s. 153.

⁷⁷³ age. s. 151.

⁷⁷⁴ age. s. 152, 153.

⁷⁷⁵ age. s. 153.

⁷⁷⁶ age. s. 155.

⁷⁷⁷ age. s. 156.

⁷⁷⁸ Matthias Richard Heierli (1996), *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips im Strassenverkehr und für das Fahrlässigkeitsdelikt*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, s. 202.

⁷⁷⁹ Justus Krümpelmann 1987, agm. s. 295.

⁷⁸⁰ Matthias Richard Heierli 1996, age. s. 202.

dikkatli bir sürücüyü diğerlerinin hatalı hareketleri konusunda bariz bir şekilde uyaran göstergelerin bulunduğu trafik davranışlarında daha fazla özen gereklidir.⁷⁸¹

Elbette neyin belirsiz trafik olduğuna ilişkin tanım zaman içerisinde değişmektedir.⁷⁸² Bu bakımından eski tarihli çalışmalarda verilen örneklerin güncelliği tartışılabilir. Ancak verilen örneklerin bir kısmı bugün için de geçerli kabul edilebilecek niteliktedir. Belirsiz trafik durumlarına örnek olarak, olağan dışı araç ve insan yoğunluğu olan trafik durumları gösterilmektedir. Böyle bir yere yaklaşan kimse, bir kazanın meydana gelmiş olabileceğini ve olayın heyecanı ile kazaya karışanların veya kazaya tanık olan diğer kişilerin dikkatsizce karşıya geçebileceğini hesap etmelidir.⁷⁸³

Avusturya hukukunda, güven ilkesinin fark edilmeyen trafik kullanıcılarına karşı da geçerli olduğu kabul edilmektedir. Avusturya Yüksek Mahkemesi, tren bariyerlerinin açılmasından sonra farları açık olan araçların geçişine izin veren sürücünün, farları açık olmadığı için fark edilmeyen ve sonradan gelen moped ile çarpıştığı olayda, özen yükümlülüğüne uygun hareket ettiğine karar vermiştir.⁷⁸⁴ Başka bir kararında ise aracın hızının fark edilmeyen araçlara göre ayarlanması gerekmediğine hükmetmiştir.⁷⁸⁵

Benzer başka bir durum ise yayaların, yol kenarındaki bir engel nedeniyle görünmeden yola çıkmalarıdır.⁷⁸⁶ Yayaların körü körüne/kontrolsüzce yola fırlayamayacakları ve sürücülerden bu ihtimali öngörmelerinin beklenemeyeceği açıktır.⁷⁸⁷ Ancak bazı durumlarda sürücülerden daha dikkatli olmaları beklenebilir. Eğer bir otobüs yaya geçidine yakın bir noktada durursa arkadan gelen sürücüler özellikle dikkatli olmalıdır. Bu halde yayaların, yaya geçidinin kendileri açısından koruyucu etkisine güvenerek yola dikkatsiz ve aceleci bir şekilde çıkabilecekleri hesap edilmelidir.⁷⁸⁸ Örneğin Avusturya'dan aktarılan bir kararda, durakta bekleyen bir otobüsün yanından 1,5 metre mesafe ve 48 km/s hızla geçen bir aracın, karşıdan karşıya geçmek isteyen bir çocuğa çarptığı olayda, mahkeme sürücünün özen

⁷⁸¹ Peter Remund 1971, age. s. 77; Matthias Richard Heierli 1996, age. s. 203.

⁷⁸² age. s. 201.

⁷⁸³ OLG Köln, VRS 27, s. 211, *Aktaran* Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 156.

⁷⁸⁴ OGH, 11 Os 221/71, 08.11.1971.

⁷⁸⁵ OGH 2 Ob 185/72, 28.10.1971.

⁷⁸⁶ Burgstaller, WK, 80, Rz. 32

⁷⁸⁷ Peter Lewisch 2004, agm. s. 102.

⁷⁸⁸ Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 152.

yükümlülüğüne uygun hareket ettiğine karar vermiştir.⁷⁸⁹ Ancak benzer bir olayda Almanya Federal Yüksek Mahkemesi, sürücüler için özen yükümlülüğünü, duran bir otobüsün yanından, yolu kontrol edebilmek için hukuka aykırı bir şekilde otobüsün arkasından çıkabilecek yayaları tehlikeye atmamak adına 2 metre kadar güvenli bir mesafeyle ya da durma hızında geçmek şeklinde belirlemiştir.⁷⁹⁰

Yayaların yolu güvenle geçebilmeleri için yol durumunu anlayabilmeleri, bunun için de kontrollü bir şekilde yola inmeleri gerekebilir. Bu ön inceleme için yayaların, yoldan geçen araçların izin verilen hızla gerekli güvenlik mesafesine uyduklarına güvenebilmesi gerekir. Bu açıdan durakta bekleyen bir otobüsün yanından geçen bir araç sürücüsünün, yolun karşısına güvenli bir şekilde nasıl geçeceğini anlamak isteyen bir yayanın otobüsün arkasından çıkıp yola bir adım atabileceğini hesap etmesi gerekir.⁷⁹¹

Belirsiz trafik durumu kişinin kendisinden de kaynaklanabilir. Örneğin dar bir mülk girişine girmek için keskin bir şekilde sağa dönmek isteyen kişi bu amaçla sola doğru manevra yapmak zorundaysa, arkaya bakarak sağ taraftan geçilmediğine emin olmalıdır. Nitekim yalnızca sağa sinyal vermesi yapacağı manevranın üçüncü kişiler tarafından açık bir şekilde anlaşılmasını sağlamaz. Olaya konu kararda, olağandışı manevranın riskleri, dönüşü yapan sürücüye yüklenmiştir.⁷⁹²

Benzer şekilde güven ilkesinin uygulanması için, dönüş yapan sürücünün yarattığı durumun açık ve net olması gerekir. Örneğin hızlı bir şekilde iki kere arka arkaya dönmek isteyen sürücü, iki dönüş arasında verdiği sinyaller arasına açık bir şekilde zaman vermelidir ki onu takip eden araçlar amacını anlayabilsinler.⁷⁹³

Bu başlık altında incelenecek son husus, eğilimli yollara park eden araçların ne şekilde geriye çıkacağıdır. Bu araçların aniden çıkamayacağı ortadadır; bu durumda yavaş yavaş kontrol ederek geriye çıkmaları gerektiği aktarılmıştır. Ne kadar hızlı çıkılabileceği somut olayın koşullarına bağlı olsa da arkadan gelen araçların ani fren yapmalarını gerektirmeyecek bir hızla çıkmaları gerektiği söylenebilir. Eğilimli yoldan geçen araçların hızları ise park yerinden çıkan araçların gereksinimlerinin tam

⁷⁸⁹ 11 Os 57/00=JBI 2002, 265, *Aktaran* Peter Lewisch 2004, agm. s. 102.

⁷⁹⁰ Ingeborg Puppe 2017, NK, §13, age. parag. 163.

⁷⁹¹ Peter Lewisch 2004, agm. s. 102. Ayrıca 2 Ob 99/71= SZ 45/37 = ZVR 1973/127; 2 Ob 30/82 = ZVR 1982/313; 2 Ob 47/89 = ZVR 1990/54; 11 Os 57/100.

⁷⁹² OLG Hamburg, VerkMitt 1961, Nr. 51, *Aktaran* Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 157.

⁷⁹³ OLG Schleswig, VerkMitt 1961, Nr. 88, *Aktaran* Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 157.

tersidir. Yoldan geçen araç, yalnızca kurallara uygun davranılacağını, yani aniden değil yukarıda tanımlanan şekilde kontrollü olarak yola çıkılacağını dikkate alır.⁷⁹⁴

3.2.2.3. Heterojen Katılımcıların Bulunduğu Trafik Durumları

Karayolu trafiğinde belirli bir alanın, farklı trafik katılımcıları tarafından paylaşıldığı durumlarda güven ilkesinin nasıl uygulanacağı belirsiz olabilir. Örneğin 2918 sayılı Kanun'un 3. maddesinde, bisiklet yolunun bisikletliler ve elektrikli skuterlar (e-skuter) tarafından birlikte kullanılacağı öngörülmüştür. Ancak her iki taşıt kullanım yöntemleri ve hızları bakımından farklılıklar taşıdığı için aynı şeridi kullanan bisikletliler ve e-skuter kullanıcılarının birbirlerine uyum sağlamaları zor olabilir.

Diğer yandan bisiklet şeridi olmayan yerlerde taşıt yolunu kullanmak durumunda olan bisikletliler ve e-skuter kullanıcıları, hızları çok daha fazla olan ve kendilerine göre daha güvenli bir taşıtın içerisinde yer alan otomobil ve diğer motorlu araçlarla⁷⁹⁵ birlikte hareket etmek zorundadır:

***KTİK Madde 66** – Bisiklet, elektrikli skuter, motorlu bisiklet ve motosiklet sürücülerine aşağıdaki kurallar uygulanır.*

a) (Değişik:24/12/2020-7261/26 md.) Ayrı bisiklet yolu veya bisiklet şeridi varsa, bisiklet ve elektrikli skuterlerin taşıt yolunda,

Bisiklet, elektrikli skuter, motorlu bisiklet ve motosikletlerin yayaların kullanmasına ayrılmış yerlerde,

Bunlardan ikiden fazlasının taşıt yolunun bir şeridinde yan yana, sürülmesi yasaktır.⁷⁹⁶

Görüldüğü gibi bisiklet ve e-skuterların yaya kaldırımında kullanılması yasaktır. Ancak yaya kaldırımının sıklıkla bisiklet, özellikle de e-skuter sürüşü için kullanıldığı bilinmektedir. Görece yeni olan ve kiralama uygulamaları ile kuralları bilmeyen ve deneyim sahibi olmayan kişilerin de kolayca kullanabileceği bir taşıt olan

⁷⁹⁴ Peter Lewisch 2004, agm. s. 101, 102.

⁷⁹⁵ Yargıtay benzer bir argümana kavşağa giren araçların her ihtimale karşı hız azaltmaları yükümlülüğünü gerekçelendirmek için başvurmuştur: "Işıklı trafik işaretleri izin verse bile yaya geçidi bulunan kavşaklara yaklaşırken kendisini kavşak içinde durmaya zorlayacak bir unsurla karşılaşan sürücünün hızını azaltmasında zorunluluk vardır. Karayollarında yüksek tehlikeyi yaratan motorlu araç sürücülerinin daha özenli davranmaları, yayaların ve bisiklet sürücülerinin ise daha az tehlike yaratmaları nedeniyle, daha az özen göstermeleri normal karşılanmalıdır." 9. CD., E. 2008/7983 K. 2010/2923 T. 10.3.2010.

⁷⁹⁶ Ayrıca bkz. Elektrikli Skuter Yönetmeliği, Resmî Gazete Tarihi: 14.04.2021 Resmî Gazete Sayısı: 31454.

e-skuterların mevcut ulaşım ekosistemlerine uyarlanmasında pek çok zorlukla karşılaşıldığı bildirilmektedir.⁷⁹⁷

E-skuter kullanıcılarının da taşıt yolunu kullanma hakkı olduğuna göre motorlu taşıt sürücüleri, e-skuter kullanıcılarının varlığını ve özellikle de kendilerinden çok daha düşük bir hızla sürüş yaptıkları gerçeğini görmezden gelemeyiz. Örneğin basına yansıyan olayda, park halindeki aracının kapısını açarak skuter kullanan bir kişinin dengesini bozan ve seyir halindeki otobüsün önüne düşerek hayatını kaybetmesine neden olan sürücü hakkında taksirli yaralamaya neden olmak fiilinden kamu davası açılmıştır.⁷⁹⁸ Trafikte motorlu taşıtların içerisindeki sürücülere kıyasla çok daha güvensiz bir sürüş yapan skuter kullanıcılarının kapıya çarparak yola savrulabileceği ve yaşamının tehlikeye atılabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Aynı şekilde yolun en sağını kullanan e-skuterların sıkıştırılmamaları ve daha hızlı sürüşe zorlanmamaları gerekir.

Ancak e-skuter kullanıcılarının çoğunlukla deneyim sahibi olmadıkları ve çok sık kural ihlali yaptıkları yönündeki olgusal gerçeklere⁷⁹⁹ rağmen, bisiklet veya taşıt yolunu kullanan e-skuter kullanıcılarının bu taşıtı nasıl kullanacağını bildiği, kurallara uyacağı ve taşıt yoluna uyum sağlayacakları varsayılabilir. Sürücülerin, her an e-skuter kullanıcılarının hata yapacağı ve bir kaza olabileceği varsayımıyla araç kullanmak zorunda kalması ve olağandan çok daha yüksek dikkat ve özen göstermeleri beklenemez. Örneğin e-skuter kullanıcılarının taşıt yolunda yaya gibi hareket etmeyecekleri, ters yola girmeyecekleri, kol ile işaret vermeden manevra yapmayacaklarına güvenilebilir. Diğer yandan otoyol, şehirlerarası karayolları ve azami hız sınırı 50 km/s üzerinde olan karayollarında e-skuter kullanımı yasak

⁷⁹⁷ Ata Erduran (2020), "Dünyada Elektrikli Scooter Kullananların Kaza Oranları, Cezaları ve Yasakları Artıyor", E.T. 28.02.2022, <https://www.kisakisa.com/haber/dunyada-elektrikli-scooter-kullananlarin-kaza-oranlari-cezalari-ve-yasaklari-artiriyor/1413>.

⁷⁹⁸ "İstanbul'da Scooter Faciası: Sanık Tahliye Oldu, Aile İsyan Etti", <https://www.ntv.com.tr/turkiye/istanbulda-scooter-faciasi-sanik-tahliye-oldu-aile-isyan-etti,O4QD3qfjBkq2Sqpd2cvkMQ>.

⁷⁹⁹ ABD'de bisiklet ve skuter kazası yapan kişilerle ilgili yapılan bir araştırmada, bisikletlilere kıyasla skuter kullanıcılarının kask takma oranlarının daha düşük olduğu, skuter kazalarının sıklıkla kaldırımın meydana geldiği ve yaralanan skuter kullanıcılarının yaklaşık üçte birinin ilk kez skuter kullandığı aktarılmıştır. Ayrıca çalışmaya dahil olan bisikletlilerin büyük çoğunluğunun çok daha deneyimli olduğu ve işe gidip gelmek için her gün bisiklet kullandıkları, e-skuterların ise daha çok sosyal amaçlarla kullanıldığı bildirilmiştir. Jessica B. Cicchino, Paige E. Kulie ve Melissa L. McCarthy (2021), "Injuries Related to Electric Scooter and Bicycle Use in a Washington, DC, Emergency Department." *Traffic Injury Prevention* C. 22, S. 5, s. 403.

olduğundan (KTK 66/1-e), bu alanlarda sürücülerin e-skuter kullanıcılarının varlığını hesap etmesi gerekmez.

Benzer değerlendirmeler bisikletliler için de yapılabilir. İsviçre’de bisikletlilerin sıklıkla kural ihlali yaptıkları; kaldırımlarda ve tek yönlü yollarda bisiklet kullandıkları ve ışıklı işaret cihazlarına uymadıkları bildirilmektedir. Ancak özellikle profesyonel bisikletlilerin ve bisikletli kuryelerin daha sık kural ihlali yaptığı yönündeki deneyimler, bu kişilere karşı özel bir dikkat gösterilmesi gerekliliği doğurmaz.⁸⁰⁰ Yargıtay ise bir kararında aksi bir kabulle, bisikletlilere karşı daha yüksek bir dikkat gösterilmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁸⁰¹

Bisikletlilere karşı güven ilkesinin geçerli olup olmayacağı sorusuna verilecek cevapta çıkış noktası, bisikletlilerin trafik kurallarına uyma imkanına sahip trafik katılımcıları olduğu gerçeğidir.⁸⁰² Yaygın bisiklet yollarının bulunduğu ve bisiklet kültürünün yerleşik olduğu Almanya’da bisikletliler, görev ve sorumluluklarının bilincinde trafik katılımcısı olarak görülmelerine rağmen, sürücüler ve bisikletliler arasındaki ilişkide güven ilkesi, bisikletliler lehine bazı kısıtlamalara tabi görülebilmektedir.⁸⁰³

Türkiye’deki durum ise oldukça farklıdır. Altyapı eksiklikleri ve bisikletin bir ulaşım aracı olarak görülmediği gerçekleri⁸⁰⁴ göz önüne alındığında bisikletlilerin ne kadar kurallara uyma imkanının bulunduğu tartışmaya açıktır. Buna rağmen aksine somut emare yoksa sürücülerin bisikletlilerin kurallara uyacağı yönündeki güvenlerinin korunması gerekir.

Yaya kaldırımları esas olarak yayaların kullanımına tahsis edilmiştir.⁸⁰⁵ Bu açıdan kaldırımı kullanan bir yaya, e-skuter veya bisikletlilerin varlığını hesap etmek zorunda değildir. Aynı değerlendirme, belirli bir nedenle kaldırımı kullanmak zorunda kalan sürücüler için de yapılmalıdır. Avusturya’da verilen bir kararda, çıkış manevrası

⁸⁰⁰ Matthias Richard Heierli 1996, age. s. 241.

⁸⁰¹ “Gündüz, yerleşim yerinde ışık kontrollü kavşakta gidiş yönüne göre yolun sağından karşıya geçmeye çalışan ve yolun yarısından fazlasını kat etmiş olan bisikletli şahsa çarparak ölümüne neden olan. sanığın, yerleşim yerinde kavşağa hızını azaltmadan girmesi, ve bisikletli şahsı görmesine rağmen yeterli ve etkili fren tedbirine başvurmaması nedeniyle kusurlu olduğu ve dosya içinde mevcut 22.12.2005 tarihli bilirkişi raporunun oluşa ve dosya kapsamına uygun bulunduğu gözetilmeden mahkumiyeti yerine beraatine karar verilmesi...” 9. CD., E. 2008/7983 K. 2010/2923 T. 10.3.2010.

⁸⁰² Heinz Jordan 1960, agt. s. 145.

⁸⁰³ agt. s. 143.

⁸⁰⁴ Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Bisiklet Yolları Kullanma Kılavuzu, s. 13, E.T. 25.02.2022, <https://webdosya.csb.gov.tr/db/meslekihizmetler/haberler/b-s-klet-yollari-kilavuzu-23.12.2019-20191223102511.pdf>

⁸⁰⁵ Peter Lewisch 2004, agm. s. 103.

için kısmi olarak kaldırılma çıkan sürücünün, kurallara aykırı bir şekilde kaldırımı kullanan bisikletlinin aniden belirmesini hesap edemeyeceğine hükmetmiştir.⁸⁰⁶ Bu halde bisikletlilerle çarpışma durumunda onlara verilecek zararlar, ihlal edilen özen normunun koruma amacı içerisinde yer almamaktadır. Sonuç itibariyle bu görüşe göre sürücüler, risk bağlamının olmaması nedeniyle sorumlu tutulamaz.⁸⁰⁷

Ayrıca sürücülerin kaldırılma çıkış hızını ayarlarken patencileri de hesaba katması gerektiği aktarılmaktadır.⁸⁰⁸ Türk hukukunda paten kullanımı ile ilgili bir düzenlemeye rastlanılmamıştır. İsviçre’de paten ve kaykayların Trafik Kuralları Yönetmeliği’nde oyun ve spor malzemesi olarak sınıflandırıldığı ve yalnızca trafiğin az olduğu yerlerde, yayaları engellemeyecek ve tehlikeye atmayacak bir şekilde kullanılabilirleri düzenlenmiştir. Bu bakımdan zaten trafik alanının büyük bir kısmını sürücülere bırakan yayaların bir de paten ve kaykay kullanıcıları nedeniyle zorluk yaşadığı aktarılmaktadır.⁸⁰⁹ Bu bakımdan kaldırılma paten veya kaykay kullanan kişilerin, kaldırılmaları esasen yayaların kullandıklarını ve bu hızlı hareketleri ve ani manevraları karşısında yayaların hazırlıksız kalabileceklerini hesap etmesi gerekmektedir. Yayaların hareketlerini kendilerine göre ayarlayacaklarına ise güvenemezler.

3.2.3. Güven İlkesinin Trafik Hukukundaki Sınırları

Trafik hukukunda güven ilkesinin kural olarak geçerli olduğuna dair bir tartışma bulunmadığından ilkenin sınırlarının ne olduğu sorusu daha çok ön plana çıkmaktadır. Elbette ilke, sınırsız bir şekilde geçerli değildir.⁸¹⁰ İlkenin sınırsız bir şekilde uygulanması, trafik akışını yüksek oranda güvence altına alsa da trafik güvenliğine ciddi zarar verecektir.

Özen yükümlülüğünü somutlaştıran güven ilkesi, sınırlarını da yine özen yükümlülüğünde bulur. Nitekim trafiğe katılan herkes spesifik kurallara uymanın ötesinde genel trafiğe olağan derecede dikkat ve özen gösterme yükümlülüğü altındadır.⁸¹¹ Bu bakımdan başkalarının özenli/izin verilen risk sınırları içerisinde hareket edeceğine güvenme hakkı yoksa güven ilkesi geçerli olmaz. Yargı kararları

⁸⁰⁶ 12 Os 51/94, *Aktaran* agm. s. 103.

⁸⁰⁷ Peter Lewisch 2004, agm. s. 104. Ayrıca Burgstaller, WK, 80, 77.

⁸⁰⁸ Peter Lewisch 2004, agm. s. 103.

⁸⁰⁹ Matthias Richard Heierli 1996, age. s. 242.

⁸¹⁰ Manfred Burgstaller 1974, age. s. 59.

⁸¹¹ Herbert Steininger 1963, agm. s. 98.

bunun için, özenli ve tedbirli bir trafik kullanıcısının üçüncü kişilerin hatalı hareket edeceğini hesap etme yükümlülüğü yüklenebilmesi için inandırıcı bir sebep oluşturan özel şartları aramaktadır.⁸¹² Alman içtihatları, trafik durumunun sürücüye, üçüncü kişilere güvenmesinin herhangi bir nedenle tam olarak haklı olmadığını göstermesinin yeterli olacağı şeklinde oldukça geniş bir yorum yapmıştır.⁸¹³

Ancak belirtmek gerekir ki bu hallerde daha yüksek dikkat ve özen gösterilmesi beklenirse de aşırıya kaçılarak karmaşık durumların kısa zaman içerisinde anlaşılması ve uygun tepkiler verilmesi şeklinde insani yeteneklerin ötesinde gereklilikler talep edilmemelidir.⁸¹⁴ Nitekim bir sürücünden beklenen özen yükümlülüğü, somut olayda faille aynı konumdaki dikkatli ve özenli model sürücünden beklenecek özenin derecesini aşamaz. Aynı husus diğer araç kullanıcıları ve yayalar için de geçerlidir.

3.2.3.1. Kişinin Trafik Kurallarını İhlal Etmesi Durumunda Güven İlkesinden Yararlanıp Yararlanamayacağı Sorunu

Trafik kurallarına aykırı hareket eden kimsenin güven ilkesinden yararlanıp yararlanamayacağı oldukça tartışmalı bir konudur. Pek çok mahkeme kararında, trafik kurallarına aykırı hareket eden kimsenin güven ilkesinden yararlanamayacağı kabul edilmiştir.⁸¹⁵ Ancak bu kabul, hukuka ve adalete aykırılıklara yol açabileceği endişesiyle eleştirilmektedir.⁸¹⁶ Gerçekten de sorunun çözümü, genel geçer bir kabulden ziyade özen yükümlülüğünün ihlalinin zarar neticesinde etkili olup olmadığı ve eğer olduysa bu etkinin ne şekilde olduğuna bağlıdır.⁸¹⁷

İlk olarak belirtmek gerekir ki trafik kurallarına aykırı hareket ederek izin verilmeyen bir tehlike yaratan kimse, bu tehlikenin başkaları tarafından önleneneğine güvenemez.⁸¹⁸ Güven ilkesi, objektif özen yükümlülüğünün somut içeriğinin belirlenmesi ve somutlaştırılması için önemli bir hukuk kuralıdır. Ama ilke hiçbir şekilde başkasının özenli davranacağına güvenilerek özen yükümlülüğüne aykırı

⁸¹² Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 227; Ingeborg Puppe 2017, NK, §13, age. parag. 163.

⁸¹³ Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 227.

⁸¹⁴ Tommaso Caprara (2019), “Der Vertrauensgrundsatz im Strassenverkehr – offene Fragen”, Forumpanale, S. 3, s. 220.

⁸¹⁵ 2 Ob 41/85, *Aktaran* Peter Lewisch 2004, agm. s. 100; BGHSt 11, 389 (393); 17, 299; BGH VRS 15, 450 (451); 35, 114 (116); 35, 181f; BayObLG – 1 St 456/79, VRS 58, 222, *Aktaran* Puppe, NK, §13, parag. 165; Gunnar Duttge 2022, MK, §15, age. parag. 142.

⁸¹⁶ Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 98.

⁸¹⁷ Wessels Johannes, Beulke Werner ve Satzger Helmut 2021, age. parag. 946.

⁸¹⁸ Urs Kindhäuser ve Till Zimmermann 2020, age. s. 33; Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 97.

hareket edilebileceği anlamına gelmez.⁸¹⁹ Örneğin trafik kurallarına aykırı hareketiyle başkalarının yanılmasına sebep olarak trafikte tehlike yaratan veya onları yanlış yönlendirerek hatalı reaksiyonlara sebep olan kimse güven ilkesinden yararlanamaz.⁸²⁰ Bu durumda tehlike neticesi doğrudan kişinin kurallara aykırı hareketinden doğmaktadır ve bu nedenle objektif özen yükümlülüğünün ihlali söz konusudur.

Ancak diğer yandan bir trafik kuralının ihlali her zaman özen yükümlülüğüne aykırılık olarak değerlendirilirse güven ilkesinin uygulama alanı kalmaz.⁸²¹ Eğer kişinin özen yükümlülüğüne aykırı hareketinin kaza üzerinde etkisi yoksa, güven ilkesinden yararlanmaması için bir neden bulunmamaktadır. Aksi kabul, modern ceza hukukunda bir yeri olmayan ve hukuka aykırı durumdaki kişinin bunun tüm neticelerine katlanacağını ifade eden *versari in re illicita* düşüncesinin bir yansıması olacaktır.⁸²² Bu konuda verilen ilk örnek, geçiş hakkına sahip olan sürücünün, kendisi bazı trafik kurallarını ihlal etse de geçiş hakkına uyulacağına güvenebileceğidir.⁸²³ Örneğin Almanya Yüksek Mahkemesi, karşı tarafın geçiş hakkına ilişkin kuralı ihlal etmesinden kaynaklanan bir kazada, hız sınırını aşan kişinin sırf bu sebepten geçiş hakkını kaybetmediğini kabul etmiş ve kaza neticesine sebep olan ihlali gerçekleştiren tarafı sorumlu tutmuştur.⁸²⁴ Ayrıca Avusturya'da verilen bir kararda, sağdan sürüş kuralını ihlal eden sürücünün yaklaşmakta olan araçlarla ilgili olarak güven ilkesine başvurabileceğine karar verilmiştir.⁸²⁵

Ancak her zaman kazanın sebebi ile güven ilkesinden yararlanmak isteyen kişinin ihlal ettiği kural bu kadar net ayrılmayabilir. Örneğin, Alman Federal Mahkemesi'nin 3. Ceza Dairesi, bir kararında hatalı sollama yapan kamyon şoförünün, birden sola dönen bisikletliye çarparak ölümüne sebep olmasına ilişkin olayda, ölüm neticesine yönelik taksirli sorumluluğun olmadığına hükmetmiştir.⁸²⁶ Mahkeme'ye göre sanık kavşaklarda sollama yapılmamasına ilişkin kurala uymamış olsa da bu ihlal ne taksirden dolayı kınanmak için zorunludur ne de kınanabilirlik mutlaka trafik kurallarına uygunluktan çıkarılabilir.⁸²⁷ Kavşakta sollama yapmak, tehlike yaratarak ağır kusura sebep olabilir ancak sollama yasağının ihlali nedeniyle kazanın

⁸¹⁹ Manfred Burgstaller 1974, age. s. 62.

⁸²⁰ Wessels Johannes, Beulke Werner ve Satzger Helmut 2021, age. parag. 946.

⁸²¹ Manfred Burgstaller 1974, age. s. 62.

⁸²² Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 98.

⁸²³ Peter Lewisch 2004, agm. s. 101.

⁸²⁴ Aktaran Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 98.

⁸²⁵ 15 Os 164/99=RZ 1999/68, Aktaran Peter Lewisch 2004, agm. s. 101.

⁸²⁶ BGH 3 StR 894/52 BGHSt 4, 182, Aktaran Walter Gropp 2015, age. s. 525.

⁸²⁷ Walter Gropp 2015, age. s. 525.

öngörülebilirliğini doğrudan kabul etmek mümkün değildir. Bu kabul, trafikte sollama yapıldığı durumda kaza tehlikesine yol açılacağına ilişkin belirli işaretler bulunmasına bağlıdır. Sanığın söz konusu değerlendirmeyi yapabilmesi için, bisikletlinin ayrıldığı ana kadar, birden sola döneceğine ilişkin emare bulunmamaktadır. Daire'ye göre ana yolda hızla akan trafikte bisikletlinin yaptığı davranış düşüncesizliktir ve bir gerekçesi bulunmamaktadır. Bu nedenle Mahkeme, sanığın sorumluluğunun olmadığını kabul etmiştir.⁸²⁸

Trafik güvenliğinin sağlanması için kendisinden beklenen dikkati göstermeyen kişi, güven ilkesinden faydalanamaz.⁸²⁹ Kişi yaptığı kural ihlalinin, başkaları hukuka uygun davranırsa idi sosyal açıdan uygun olacağını iddia edemez.⁸³⁰ Örneğin yolda kalan aracın fark edilmesini sağlayacak önlemleri almayarak trafiğe engel oluşturan veya bir çarpışmaya neden olan kişi, arkadan gelenlerin özenli davranarak çarpışmayı engelleyeceklerine güvenerek meydana gelen kazadaki sorumluluğundan kurtulamaz.⁸³¹

Ancak bu durum, hukuka aykırı davranan kişinin başkalarının hukuka uygun davranacağına ilişkin güveninin genel olarak ortadan kalkacağı anlamına gelmemektedir.⁸³² Bu konuya ilişkin verilen tipik örnek, ana yolda hız sınırının üzerinde seyreden sürücünün, tali yoldan çıkacak bir aracın kendisini bekleyeceğine güvenebilmesidir.⁸³³ Hız kuralını ihlal ederek dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmek, geçiş hakkına ilişkin kurallara uyulacağı beklentisine halel getirmemektedir.⁸³⁴ Elbette bir çarpışma durumunda geçiş hakkına sahip aracın azami hız sınırının üstünde seyretmesi, kazanın ne şekilde gerçekleşeceğine etki edecektir.

Daha önce, kendisi özen yükümlülüğüne aykırı davranan kişinin güven ilkesinden yararlanıp yaralanamayacağına ilişkin tartışmaların objektif isnadiyet kapsamında, risk bağlamı ve riskin artırılmasının ölçütlerine göre çözülebileceğine ilişkin fikirlere yer verilmişti.⁸³⁵ Buradaki temel soru, böyle bir davranışın meydana gelmesinde üçüncü kişinin de sorumlu olduğu göz önüne alındığında objektif olarak

⁸²⁸ age. s. 525, parag. 61.

⁸²⁹ 2 Ob 41/85, *Aktaran* Peter Lewisch 2004, agm. s. 100.

⁸³⁰ Peter Lewisch 2004, agm. s. 100.

⁸³¹ Ingeborg Puppe 2017, NK, §13, age. parag. 163.

⁸³² Peter Lewisch 2004, agm. s. 100.

⁸³³ agm. s. 100.

⁸³⁴ 11 Os 218/71=ZVR 1973/82, OLG Wien ZVR 1983/214.

⁸³⁵ supra 1.4.1.2.

isnat edilebilir olup olmadığıdır.⁸³⁶ Bu yöndeki görüşler uyarınca eğer hız kurallarına uyulsa da kaza aynı şekilde gerçekleşecekti denilebiliyorsa hız sınırının aşılmasıyla risk yükseltilmemiştir ve neticenin isnat edilebilirliği geri çekilir. Bu durumda cezai sorumluluğu şu gerekçeye dayandırılmaz: Sürücü, geçiş hakkı dikkate alınmaksızın yalnızca somut olayda hız sınırını aştığı için dikkatsiz ve özensiz davranmıştır. Bu nedenle tali yoldan çıkan sürücünün kendisini bekleyeceğine güvenemez, tedbiren durmakla yükümlüdür ve bu nedenle örnek olayda çarpışmadan sorumludur.⁸³⁷ Nitekim bahsedilen kazada, şehir içinde hız sınırının aşılması ile risk artırılmamıştır. Hukuka uygun davranılması durumunda da zarar neticesi aynı şekilde meydana gelecektir. Dolayısıyla netice faile isnat edilemez. Failin cezai sorumluluğu, somut hız aşımı nedeniyle geçiş hakkına rağmen tali yoldan gelenin bekleme yükümlülüğüne uymama ihtimaline dayanarak aracını ihtiyaten durdurma yükümlülüğü bulunduğu ve bu nedenle çarpışmadan sorumlu olduğu gerekçesiyle, yalnızca sürücünün kendi özene aykırı davranışına dayandırılmaz.⁸³⁸

Söz konusu olayda geçiş hakkına sahip olan sürücünün hız sınırlarını aşarak özene aykırı davrandığı konusunda bir şüphe yoktur. Ancak tali yoldan gelen aracın kendisini bekleyeceğine güvenmek ve yol ağzında durmamak ya da muhtemel bir kazadan kaçınmak için gerektiğinde durabilecek şekilde hızını azaltmamak özen yükümlülüğünün ihlali değildir. Bu açıdan somut olayda taksirli sorumluluğun belirlenmesine ilişkin yapılacak değerlendirmeler ancak çarpışma esnasında hız sınırını aşmış olması bağlamında yapılmalıdır. Bu halde eğer hız sınırları içerisinde hareket etseydi de netice aynı şekilde gerçekleşecekti denilebiliyorsa riski artırmadığı için netice kendisine isnat edilemez.

3.2.3.2. Trafikte Kendilerine Karşı Daha Yüksek Dikkat Gösterilmesi Gereken Kişiler

Güven ilkesinin sınırlandırılması ile ilgili ikinci husus, Avusturya ve İsviçre Karayolu Trafik Kanunlarında yer alan dezavantajlı bazı gruplarla ilgili düzenlemelerdir. Olayın şartlarına göre başkasının hatalı hareketini hesap edebilen kişi ilkeden yararlanamaz. Bu nedenle güven ilkesi genel olarak çocuklara, yardıma

⁸³⁶ Manfred Burgstaller 1974, age. s. 62.

⁸³⁷ Peter Lewisch 2004, agm. s. 101.

⁸³⁸ agm. s. 101.

muhtaç kişilere, yaşlılara ve trafiğe uyum sağlayamadığı dış görünüşleri ve tavırları itibariyle anlaşılabilen kişilere karşı sınırlandırılır.⁸³⁹

1960 tarihli Avusturya Karayolları Trafik Kanun'un⁸⁴⁰ "güven ilkesi" başlıklı 3. maddesinde, güven ilkesinin sınırları gösterilmiş ve 1994 yılında yapılan bir değişiklikle⁸⁴¹ de hükme 2. fıkra eklenmiştir:

"(1) Trafiği kullanan herkes, diğerlerinin ilgili yasal düzenlemelere uyacağına güvenebilir. Ancak çocukların, beyaz bastonlu veya sarı kol bantlı görme veya işitme engellilerin, açıkça fark edilebilir bedensel engeli veya sakatlığı bulunanların veya davranışlarını yönlendiremediği anlaşılan kişilerin; trafiğin tehlikelerini anlayabilme veya bu anlayışa uygun bir şekilde davranma yeteneği olmadığı kabul edilmelidir.

*(2) Araç kullanıcıları, güven ilkesinin kendilerine karşı geçerli olmadığı kişilere, özellikle sürüş hızını azaltarak ve frene basmaya hazır olarak bir tehlikeye uğramamalarını sağlayacak şekilde davranmalıdır."*⁸⁴²

1958 tarihli İsviçre Federal Karayolu Trafik Kanunu'nda⁸⁴³ ise ilkenin sınırları 26. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir:

SVG m. 26: (1) Trafikte herkes, yolların nizami bir şekilde kullanımını engellemeyecek ve tehlikeye atmayacak şekilde davranmalıdır.

*(2) Çocuklara, malullere, yaşlılara karşı ve ayrıca bir yol kullanıcısının kurallara uygun davranmadığına yönelik belirtiler olan durumlarda özel bir dikkat gösterilmesi gerekir.*⁸⁴⁴

Görüldüğü gibi Avusturya Trafik Kanunu'nda bazı yaya gruplarına karşı güven ilkesinin uygulanmayacağı açıkça düzenlenmiştir. 1958 tarihli İsviçre Federal

⁸³⁹ Ulrich Berz ve Michael Burmann 2021, age. 13/C, parag. 8; Ingeborg Puppe 2017, NK, §13, age. parag. 163.

⁸⁴⁰ BGBl. Nr. 159/1960, (NR: GP IX RV 22 AB 240 S. 36. BR: S. 163), 06.07.1960.

⁸⁴¹ BGBl. Nr. 518/1994, (NR: GP XVIII RV 1580 AB 1711 S. 169. BR: AB 4839 S. 588.), 14.07.1994. ⁸⁴² § 3. Vertrauensgrundsatz.

(1) Jeder Straßenbenützer darf vertrauen, daß andere Personen die für die Benützung der Straße maßgeblichen Rechtsvorschriften befolgen, außer er müßte annehmen, daß es sich um Kinder, Seh- oder Hörbehinderte mit weißem Stock oder gelber Armbinde, offensichtlich Körperbehinderte oder Gebrechliche oder um Personen handelt, aus deren augenfälligem Gehaben geschlossen werden muß, daß sie unfähig sind, die Gefahren des Straßenverkehrs einzusehen oder sich dieser Einsicht gemäß zu verhalten. (2) Der Lenker eines Fahrzeuges hat sich gegenüber Personen, gegenüber denen der Vertrauensgrundsatz gemäß Abs.1 nicht gilt, insbesondere durch Verminderung der Fahrgeschwindigkeit und durch Bremsbereitschaft so zu verhalten, daß eine Gefährdung dieser Personen ausgeschlossen ist.

⁸⁴³ AS 1959 Bd. II, s. 679, Aktaran Peter Remund 1971, age. s. 26.

⁸⁴⁴ *"(1) Jedermann muss sich im Verkehr so verhalten, dass er andere in der ordnungsgemässen Benützung der Strasse weder behindert noch gefährdet.*

(2) Besondere Vorsicht ist geboten gegenüber Kindern, Gebrechlichen und alten Leuten, ebenso wenn Anzeichen dafür bestehen, dass sich ein Strassenbenützer nicht richtig verhalten wird."

Karayolu Kanun'un 26/2 hükmüyle de bazı kişilere karşı özellikle çok daha yüksek dikkat gösterilmesi gerektiğini öngörülerek 1. fıkra sınırlandırılmaktadır.⁸⁴⁵

Almanya'da bu yönde açık bir düzenleme olmasa da bazı kişilere karşı daha yüksek bir dikkat gösterilmesi gerektiği genel olarak kabul edilmekteydi. Bu kişilerin kimler olduğu ve davranışlarının nereye kadar hesap edilmesi gerektiği hususları tartışmalıydı.⁸⁴⁶ Almanya Kara Yolu Trafik Yönetmeliği'nin (StVO) "Hız" başlığını taşıyan §3 2(a) maddesinde 27.01.1980 tarihinde yapılan değişiklikle, taşıt sürücüsünün çocuklara, yardıma ihtiyaç duyan kişilere ve yaşlılara karşı özellikle hızın azaltılarak ve fren yapmaya hazır olarak bu kişilere karşı tehlikeleri önleyecek şekilde hareket etmesi gerektiği öngörülmüştür.⁸⁴⁷ Tehlikelerin önlenmesi yükümlülüğü, genel olarak daha yüksek dikkat ve özen gerekliliği olarak kabul edilmektedir.⁸⁴⁸ Bu yükümlülüğün, genel kurala aykırı olarak sürücüye, karayolu trafiğinde herhangi bir tehlikeyi önlemek için tedbir aldığını ispat etmesi gerektiği sonucunu doğurduğu ifade edilmektedir. Bu da güven ilkesine dayanılamayacağı anlamına gelmektedir.⁸⁴⁹

Sürücüler genel olarak yayaların trafiğin akışına dikkat ederek yola çıkacaklarına güvenebilirler.⁸⁵⁰ Bununla birlikte bazı yaya gruplarının trafik kurallarına uymayabileceği varsayımıyla bu kişilere karşı daha yüksek bir dikkat gösterilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu kişiler, trafiğe tam olarak uyum sağlayamayan ve trafik kurallarını doğru algılayamayabilecek kişilerdir.⁸⁵¹ Gerçekten de genel olarak çocukların ve deneyimler uyarınca trafikte güvenli olmayacak şekilde hareket edenlerin özellikle de yaşlılar ve engellerin trafik kurallarına uyacağına güvenmenin haklı bir temeli yoktur.⁸⁵²

Belirtmek gerekir ki bu kişilerin kural ihlali yapacaklarına dair somut bir emare bulunması gerekmez. Kişinin bu gruplardan birine dahil olması ve trafiğe uygun davranmayacağına yönelik objektif ihtimal yeterlidir.⁸⁵³ Ancak güven ilkesinin,

⁸⁴⁵ Peter Remund 1971, age. s. 76.

⁸⁴⁶ Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 221.

⁸⁴⁷ Rainer Brackhane (1995), *Das Defensive Fahren und Sein Verhältnis zum Vertrauensgrundsatz im Strassenverkehr*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Bochum Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Bochum, s. 76.

⁸⁴⁸ Rainer Brackhane 1995, agt. s. 77, 78.

⁸⁴⁹ agt. s. 78.

⁸⁵⁰ Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 227.

⁸⁵¹ Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 96.

⁸⁵² BGHSt 12 162, 165 f; 13 169, 173; 14 97, 99; Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 227.

⁸⁵³ Heinz Jordan 1960, agt. s. 139.

yanlarında yetişkin olmayan çocuklar, yaşlılar veya engelliler gibi trafiğe uyum sağlayamayan kişiler için geçerli olmaması, ilkenin önemli ölçüde sınırlanmasının yalnızca özel bir halidir.⁸⁵⁴ Trafikte bazı kişilerin korunmaya ihtiyaç duyduğu fikri, yalnızca yayalar için değil, bisikletliler ve hatta bazı motorlu araç sürücüleri için de ileri sürülmüştür. Kavşaklarda meydana gelen hasarların çoğuna büyük araçların yol açtığı, kazalardan en çok orta ve küçük boyuttaki araçların etkilendiği, bu nedenle sürücülerin araçlarının ne kadar güçlü ve tehlikeli olduğu ne kadar yer kapladığı ne kadar hızlı olduğu ve ne kadar savunmacı sürmesi gerektiği hususlarının farkında olması gerektiği ifade edilmektedir.⁸⁵⁵

Son olarak belirtilmelidir ki güven ilkesi genel olarak çocuklara, yardıma muhtaç kişilere, yaşlılara ve trafiğe uyum sağlayamayan diğer kişilere karşı eğer dış görünüşleri ve tavırları itibariyle anlaşılabiliriyorsa sınırlandırılır.⁸⁵⁶ Diğer yandan bu kişilere karşı tehlikelerin önüne geçme yükümlülüğü yorumlanırken, kazanın meydana gelmesi, sadece gerekli özene uyulmadığı ve diğer trafik katılımcılarına yönelik tehlikenin bertaraf edilmediğinin kanıtı olarak kabul edilmemelidir. Kazaya karışan diğer kişilerin davranışları da dikkate alınmalıdır.⁸⁵⁷

3.2.3.2.1. Çocuklar

Güven ilkesinin kendilerine karşı sınırlandırıldığı grupların başında çocuklar gelmektedir. Çocuklara karşı güven ilkesinin sınırlandırılmasının mantığı, nasıl davranacaklarının öngörülememesi ve ihtiyatsız olmalarıdır.⁸⁵⁸ Ancak bu noktada “çocuk” kavramının netleştirilmesi ve hangi yaşa kadar çocukların dikkatsiz ve ihtiyatsız davranacaklarının hesap edilmesi gerektiği, sürücülerden beklenen özen yükümlülüğünün hukuken öngörülebilir olması için önem arz etmektedir.

Alman öğretisinde 14 yaşına kadar olan çocuklara karşı güven ilkesinin sınırlandırılacağından bahsedilmektedir. Bu görüşün çıkış noktası, Alman Ceza Kanunu'nun 14. maddesinde çocuk kavramının henüz 14 yaşına girmemiş kişi, Çocuk Mahkemeleri Kanunu'nda gençlerin (*Jugend*) ise 14 yaşını tamamlamış ancak henüz 18 yaşında olmayan kişi olarak tanımlanmasıdır. Elbette ceza ve trafik hukuklarının

⁸⁵⁴ Ingeborg Puppe 2017, NK, §13, age. parag. 163.

⁸⁵⁵ Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 222.

⁸⁵⁶ Ulrich Berz ve Michael Burmann 2021, age. 13/C, parag. 8.

⁸⁵⁷ Rainer Brackhane 1995, agt. s. 78.

⁸⁵⁸ Peter Remund 1971, age. s. 76.

farklı amaçları takip etmeleri nedeniyle söz konusu tanımların trafik hukukuna doğrudan aktarılmasının doğru olmayabileceği yönündeki çekinceye rağmen çocukların motorlu araçlardan korunması amacına da uyduğu belirtilmektedir. Nitekim 14 yaşına kadar olan çocukların hala trafikte hatalı davranabilecekleri ve kendilerine daha yüksek bir dikkatle yaklaşılması gerektiği ifade edilmektedir.⁸⁵⁹

Yine içtihatlarda da 7 yaşına kadar olan küçük çocuklarla 7-14 yaş arası okul çocukları arasında ayırım yapılsa da bu iki grup arasında geçiş olabileceği aktarılmıştır. Ayrıca 7 ve 10 yaş arası çocukların hala öngörülemez ve dikkatsiz davrandığı da ifade edilmektedir.⁸⁶⁰ Daha ileri yaştaki çocuklara ise hal ve tavırlarından trafik kurallarını bildikleri ve bunlara uydukları anlaşılıyor, örneğin uyarı işaretlerine dikkat ediyor veya da başka bir şekilde trafik kurallarına uyduklarını belli ediyorlarsa güvenilebileceği ifade edilmektedir.⁸⁶¹ Yargıtay ise 12-13 yaş arasındaki 7. sınıf öğrencilerine karşı daha dikkatli olunması gerektiğini kabul etmiştir.⁸⁶²

Her halükârda çocuk ne kadar küçük olursa o oranda daha fazla dikkat gösterilmesi gerektiği ve daha büyük çocukların trafik kurallarına ve trafiğin akışına daha yüksek oranda uyum sağlayabilecekleri açıktır.⁸⁶³ Bununla birlikte hangi yaş aralığındaki çocuklara daha yüksek dikkat gösterilmesi gerektiği başka bir mevzuattaki tanıma bakılarak ya da hukuki akıl yürütme ile belirlenemez. Bu konuda yapılacak bir belirlemenin yasal dayanağı olmalı bu da hangi yaş aralığındaki çocukların dikkatsizlik ve trafikte deneyim eksikliği nedeniyle trafik kazalarında daha çok mağdur olduğuna ilişkin istatistiklerin ve konuya ilişkin diğer verilerin incelenmesiyle yapılmalı ve tekrarlanan değerlendirmelerle de gerektiğinde değiştirilmelidir. Bu şekilde hangi yaş aralığındaki çocukların trafikte daha çok korunmaya ihtiyaç duyduğu anlaşılabilir. Ancak kanun koyucu tarafından bu yönde

⁸⁵⁹ Rainer Brackhane 1995, agt. s. 88, 89.

⁸⁶⁰ BGH VRS 26, 348; OLG Oldenburg VRS 57, 118, *Aktaran* Rainer Brackhane 1995, agt. s. 90.

⁸⁶¹ Heinz Jordan 1960, agt. s. 143.

⁸⁶² “Sanık sürücü ...'in yönetimindeki otomobiliyle 6.3 metre genişliğinde, çift yönlü, kuru, asfalt zeminli yolda olay mahalline geldiğinde, kaplamaya giriş yapan ve o sırada elinden düşen erikleri toplamaya çalışan yaya ...'ya aracının sağ ön kısmı ile çarptığı somut olayda, sanığın savunmalarında İzmir istikametinden Urla istikametine gittiği sırada, Bordo Restorant civarında sağ tarafta kaldırımında okul kıyafetli ve eşofmanlı öğrenciler gördüğünü, öğrencilerin dağılık vaziyette yürüdüklerini, hatta şakalaşmış birbirlerini ittiklerini, bunun üzerine öğrencilerden herhangi birisinin aniden yola çıkmasını önlemek amacıyla korna ile ikazda bulunduğunu belirtmesi karşısında, sanığın okul öğrencilerini dağılık şekilde görmesine rağmen zamanında etkin tedbir alabilecek şekilde kontrollü seyretmesi gerekirken buna riayet etmemiş olması nedeniyle asli kusurlu sanık hakkında, ceza tayininde alt sınırdan uzaklaştırılması gerekirken, alt sınırdan ceza tayini...” Yar. 12. C. D., E. 2013/29886, K. 2014/26726., 25.12.2014 T.

⁸⁶³ Heinz Jordan 1960, agt. s. 141.

bir çalışma yapılana kadar, hal ve tavırlarından trafikte gerekli dikkat ve ihtiyatı gösteremeyeceği anlaşılabilir çocuklara karşı güven ilkesinin geçerli olmaması gerekir.

Bazı çocuklara karşı güven ilkesinin sınırlandırılması, yolda çocukları gören bir sürücünün hızını azaltması ve gerektiğinde fren yapmaya hazır olması gerektiği anlamına gelmektedir. Bu açıdan sürücünün, gerektiğinde durabilmek veya kaçınma hareketi yapabilmek için yolda veya yaya kaldırımında oynayan çocukları izlemesi gerektiği belirtilmiştir.⁸⁶⁴ Nitekim bu halde üçüncü kişilerin hukuka uygun davranmayabileceğine yönelik somut bir gösterge vardır.

Yargıtay da buzlu zeminde kar lastikleri olmadan iniş eğimli yoldan gelirken yol içinde oynayan çocukları görmesine rağmen seyrine devam eden ve gelen araçlara dikkat etmeden tehlike arz eder şekilde yolda oyun oynayan çocuklardan birine çarpan sürücünün bilinçli taksirle hareket ettiğine karar vermiştir.⁸⁶⁵

Hem çocuklar hem de trafikte dezavantajlı olarak görülen diğer gruplara karşı sürücülere savunmacı sürüş yükümlülüğü öngörülmesi, bu kişilerin her zaman ve her yerde trafik kurallarını ihlal edebileceklerinin varsayılması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır.⁸⁶⁶ Ancak özellikle geçiş hakkı olan yolda izin verilen hız sınırları içerisinde bir kavşağa yaklaşan kişi, bir geçiş hakkı ihlali durumunda meydana gelebilecek kazadan kaçınmak için inandırıcı bir neden olmadan fren yapmak zorunda değildir. Bu nedenle hız sınırları içerisinde seyretmekteyken yol kenarından onu izlediği ve koruduğu belli olan bir yetişkinle geçmekte olan çocuğu gören bir sürücünün fren yapmasına gerek olmadığı ifade edilmektedir.⁸⁶⁷ Aynı şekilde her an görmediği veya göremediği bir çocuğun düşüncesizce yola çıkacağını varsayarak hızını aniden düşürmesini ve kazayı her koşulda önlemesini gerektirecek bir şekilde sürüş yapması beklenmez.⁸⁶⁸ Görülmeyen ya da bir şekilde fark edilmeyen çocuklara

⁸⁶⁴ Peter Remund 1971, age. s. 76.

⁸⁶⁵ Yar. 12. C.D., 2013/21341 E., 2014/11251 K., T. 08.05.2014.

⁸⁶⁶ Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 227.

⁸⁶⁷ Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 231.

⁸⁶⁸ Peter Remund 1971, age. s. 76. "Sanığın yönetimindeki otobüs ile gündüz vakti, iki yönlü, zemini asfalt, yüzeyi kuru meskun mahaldeki yolda seyir halinde iken önündeki aracı sollayıp cadde ile sokağın kesiştiği kavşağa geldiği sırada, aracının sol ön köşe kısmı ile kaçan topu yakalamak için sokak arasından aniden yola çıkan 11 yaşındaki mağdura çarptığı ve mağdurun organ kaybı yaşayacak şekilde yaralandığı olayda; Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenen kusur durumuna ilişkin raporun oluşa uygun olması, mağdurun taşıt yolunu kontrol etmeksizin seyir halinde bulunan araçların hız ve yakınlığını dikkate almadan kaçan topun peşinden yola aniden girmesi ve sanığın mevcut şartlarda alabileceği tek önlem olan fren tedbirine başvurusu karşısında; mağdurun organ kaybı yaşayacak şekilde yaralanması ile sonuçlanan kazada sanığın kusurunun bulunmadığının kabulü gerekmektedir.

karşı yaşları küçük olsa dahi güven ilkesinin uygulanacağı ifade edilmektedir. Fark edilen çocuklar içinse ilkenin sınırlandırılması gerekir.⁸⁶⁹ Ancak çocuk parkı veya okul gibi çocukların sıklıkla bulunduğu yerlerin yakınından geçmekte olan sürücünün fark edilmeyen çocuklara karşı da dikkatli olması gerekir.

Bu noktada bahsedilmesi gereken diğer husus, özellikle küçük çocuklara karşı bakım yükümlülüğü olan kişilere güvenilip güvenilmeyeceğidir. Güven ilkesi herkesin özen yükümlülüğüne uygun davranacağına güvenilebileceği anlamına geldiğine göre, özellikle küçük çocukların denetimsiz bir şekilde sokağa bırakılmayacağına güvenilebilmelidir.⁸⁷⁰ Ancak Yargıtay bir kararında farklı yönde hüküm kurmuştur:

“...sürücü belgesiz sanık sürücünün yönetimindeki otomobille, mahal şartlarının üzerinde bir hızla seyirini sürdürdüğü sırada, olay yerine geldiğinde, uzaktan gördüğünü beyan ettiği, seyir istikametine göre soldan yola girip annesinin elinden tutarak yolun ilk şeridini geçmiş ve orta şerit çizgisinde beklemekte olan ancak birden annesinin elinden kurtulup sağ karşı tarafa geçmek için ileri atılan 5 yaşındaki çocuk yayaya, sağa manevra yapmasına rağmen, çarpma öncesi toplam 37 metre frenli vaziyette, sağ şeritte ancak bankete çok yakın noktada çarpması sonucu yayanın yaralanması ve bilahare ölmesine neden olması şeklinde gerçekleşen olayın, tarafların karşılıklı hatalı hal ve hareketleri ile meydana geldiği, bu nedenle ölenin olayda etkenliği kadar ve ona eşit derecede sanığın da kusurunun bulunduğu anlamıyla karşılarında...”⁸⁷¹

Kararda ölenin neticenin gerçekleşmesinde etkenliğinden bahsedilmiş, ancak annesinin sorumluluğu ile ilgili kararda herhangi bir bilgiye yer verilmemiş, çocuğun yanındaki bir yetişkinin gözetimi altında bulunması hususuna değinilmemiştir.

3.2.3.2.2. Yaşlılar

Trafikte korunmaya muhtaç olan ve kendilerine karşı güven ilkesinin uygulanamayacağı bir diğer yaya grubu yaşlılardır. Yaşlı yayaların, dikkatsizce yolun karşısına geçme, park etmiş araç gibi engellerin arkasından ani çıkış gibi nedenlerle trafik kazalarında sıklıkla mağdur olduklarına ilişkin istatistikler bu kabule dayanak

Bu itibarla sanığın beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi isabetsiz olup yerel mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.” YCGK., E. 2017/452, K. 2017/ 424. T. 24.10.2017.

⁸⁶⁹ Peter Lewisch (2000), “Funktion und Rechweite des Vertrauensgrundsatzes im Fahrlässigkeitstrafrecht”, ZVR, C. 45, S. 5, 2000, s. 150.

⁸⁷⁰ agm. s. 151.

⁸⁷¹ Yar. 12CD., E. 10.04.2014, K. 9060/8848, T. 10.04.2014.

olarak gösterilmektedir.⁸⁷² Trafik kazalarında yaşanan yaralanmaların yaşlılar için çok daha tehlikeli olduğu bilinen bir gerçektir.⁸⁷³ Ayrıca pek çok yaşlı yayanın yaklaşmakta olan araçların hızını doğru bir şekilde değerlendiremeyeceği, yaşın ilerlemesiyle zihinsel ve bilişsel yeteneklerin azalacağı da ifade edilmiştir.⁸⁷⁴

Yaşlı tanımının ne olduğu çok net değildir. Takvim yaşına göre yaşlılık sınırı 64 yaşın bitimi ve 65 yaşın başlaması olarak kabul edilse de⁸⁷⁵ Dünya Sağlık Örgütü tipik bir yaşlı insan tanımı olmadığını kabul etmektedir.⁸⁷⁶ Trafikte güven ilkesi bakımından da 65 yaş sınırını kabul etmek, bu yaştaki pek çok insanın ihtiyatlı ve çevik olabileceğini gözden kaçırmak anlamına gelmektedir. Bu nedenle yaşa dayalı bir ayırım yapılmaması gerektiği önerisinde bulunmaktadır. Alman öğreti ve içtihatları, güven ilkesinin kendilerine karşı sınırlandırıldığı “yaşlı” kişileri, yaşı dolayısıyla araç kullanamayacak, trafiğin gereklerini yerine getiremeyecek kişi olarak kabul etmektedir.⁸⁷⁷

Alman hukukundaki bir görüşe göre StVO §3 2(a) hükmü ancak dış emareler yardımı muhtaç olduğunu gösteriyorsa yaşlı bir kişiye karşı yüksek özen yükümlülüğü öngörür.⁸⁷⁸ Ancak içtihatlar, yaşlı kişilerin anılan madde kapsamında korunmaları için fark edilebilir bir şekilde yardıma muhtaç olması gerektiği yönündedir.⁸⁷⁹ Daha yüksek özen gösterilmesi için ön koşul, kişinin dışarıdan fark edilebilir emareler sebebiyle yaşlı bir insan olarak tanınabilmesidir. Maddenin özel koruması, yaşlı kişinin yaşı dolayısıyla olayları tam olarak kavrayamadığının ve bunların üstesinden gelemediğinin hesap edilebildiği trafik durumlarında her zaman uygulanır. Trafikte güvenliğinden şüphe duymak için somut bir nedene ihtiyaç yoktur.⁸⁸⁰

Yargıtay ise yaşlı kişilere karşı artırılmış bir özen yükümlülüğünden bahsetmemektedir. 12. Ceza Dairesi bir kararında, 77 yaşındaki yayayı 20 metre kala fark ederek kornaya basan ancak yayanın bir adım geri atarak durması üzerine yavaşlamayıp sağa manevra ile arkasından geçmek isteyen, ancak yayanın tekrar hareketlenerek yolun karşısına geçmek istediği sırada ona çarpan sürücü için kusurun

⁸⁷² Rainer Brackhane 1995, agt. s. 107.

⁸⁷³ Heinz Jordan 1960, agt. s. 140.

⁸⁷⁴ Rainer Brackhane 1995, agt. s. 108.

⁸⁷⁵ Yıldız Tümerdem (2006), “Gerçek Yaş”, Turkish Journal of Geriatrics, C. 9, S. 3, s. 195.

⁸⁷⁶ <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/ageing-and-health> (E.T. 15.03.2022).

⁸⁷⁷ Rainer Brackhane 1995, agt. s. 109.

⁸⁷⁸ agt. s. 109.

⁸⁷⁹ BGH NZV 1994, 273, KG VRS 70, 463, *Aktaran* agt. s. 109.

⁸⁸⁰ BGH NZV 1994, 273, *Aktaran* agt. s. 110.

net bir şekilde belirlenmesi gerektiğinden bahisle kararı bozmuş, ancak yayanın yaşı itibariyle trafiğe uyum sağlamakta zorlanabileceği ve hareketlerinin tam olarak kestirilemeyeceği gerçeği karşısında özen yükümlülüğünün diğer yayalara nazaran yükseltilmesi gerektiği gibi bir belirleme yapmamıştır.⁸⁸¹

3.2.3.2.3. Engelliler ve Diğer Gruplar

Bu açıklamalar, engelliler ve trafiğe uyum sağlayamadığı açıkça anlaşılan diğer yayalar için de geçerlidir. Bu halde sürücü daha dikkatli davranmak bu kişilerin trafik kurallarına aykırı davranabileceğini, trafikte duraksayabileceklerini ve yavaş tepki vereceklerini hesap etmelidir. Ancak sürücünün, bu kişilerin yaş, engellilik ya da başka bir nedenle trafiğe uyum sağlayamadığını fark edebilme ve onların trafiğe aykırı davranışlarını öngörebilme imkânı olmalıdır.⁸⁸² Bu nedenle Avusturya Karayolları Trafik Kanun’da “*beyaz bastonlu veya sarı kol bantlı görme veya işitme engellilerin*” ifadesi yer almaktadır. Güven ilkesinin bir yönü, anılan yaya gruplarına karşı sürücülerin daha yüksek dikkat ve özen göstermelerini öngörürken diğer yönü, bu kişilerin de trafikte fark edilmeleri ve bu şekilde trafiğe güvenli bir şekilde katılabilmeleri için gerekli asgari şartları belirlemektedir.⁸⁸³

Zihinsel engelliler söz konusu hükümlerin hiçbirinde açıkça sayılmamıştır. Avusturya Karayolları Trafik Kanun’un 3. maddesinde “*açıkça fark edilebilir bedensel engeli veya sakatlığı bulunanların veya davranışlarını yönlendiremediği anlaşılan kişiler*” denilerek bedensel engellilerden bahsedilse de hükümde zihinsel engellilere yer verilmemiştir.

Zihinsel engellilere görme ve işitme engelliler gibi trafikte fark edilmelerini sağlayacak bazı işaretler taşımaları yükümlülüğü yüklemek hem kurallarla yönlendirilme imkanlarının sınırlı olması nedeniyle çok anlamlı değildir hem de onlara karşı ayrımcılık anlamına gelecektir. Diğer yandan tam zihinsel engellilerin güvenliği ancak tek başlarına trafiğe katılmamaları ile sağlanabilir. Kısmi zihinsel engellilerin ise tek başlarına trafiğe katılmaları mümkündür. Avusturya hukukunda kısmi zihinsel engellilere karşı güven ilkesinin sınırlandırılmayacağı ifade edilmektedir.⁸⁸⁴ Zihinsel engellilere karşı güven ilkesinin sınırlandırılmasının, ilkeyi tamamen ortadan

⁸⁸¹ Yar. 12. C.D., E. 2016/14843, K. 2016/12788, T. 17.11.2016.

⁸⁸² Peter Remund 1971, age. s. 77.

⁸⁸³ Peter Lewisch 2000, agm. s. 151.

⁸⁸⁴ agm. s. 151.

kaldıracağı ve normların işlevselliğini şüpheye düşüreceği ifade edilmektedir.⁸⁸⁵ Ancak bu kabule ancak zihinsel engelin görünürde anlaşılabilmesi ve zihinsel engelleme bedensel engelin de eşlik etmemesi halinde katılmak mümkün olabilir.

Bu noktada sürücüler kadar sürücü adaylarından da bahsetmek gerekmektedir. Sürücü adayı yalnızca bilgi ve becerisi ölçüsünde taksirli hareket edebilir, sürüş eğitmeni ise onun üçüncü kişilere zarar vermesini engelleyecek koşullar altında sürüş derslerinin ve sınavının yapılmasını sağlamalıdır.⁸⁸⁶ Sürücü adayı ise eğiticinin talimatlarını takip ederse taksirinden sorumlu değildir meğerki subjektif bilgi ve yeteneğiyle kolaylıkla kaçınabilecek durumda olmasın.⁸⁸⁷ Diğer yandan sürücü adayı tabelası diğer sürücüler için güven ilkesinin sınırlandırılmasını gerektiren bir işarettir. Nitekim henüz sürücü ehliyetini almamış ve trafik deneyimi olmayan sürücü adayının araca hakim olarak güvenli bir sürüş yapacağına ve trafik kurallarına riayet edeceğine güvenilemez. Sürücü adayına bir sürüş eğitmeninin eşlik etmek zorunda olması ise bu durumu değiştirmez.

3.2.3.3. Üçüncü Kişilerin Kurallara Uymadığını Gösteren Somut Emare Olması

Alman, Avusturya ve İsviçre kanun koyucuları, bazı yaya gruplarının trafiğe uyum sağlamakta zorluk yaşayabileceklerini kanuni karine olarak kabul etmiş ve bu kişilere karşı yükseltilmiş özen gerekliliği öngörmüştür. Yukarıda da belirtildiği gibi güven ilkesinin sınırlandırılması için bu kişilerin trafik kurallarına uymadıkları ya da uyamadıklarına dair somut bir emare ortaya çıkması gerekmez, yalnızca kişinin sayılan gruplardan birine dahil olduğunun anlaşılması yeterlidir. Bununla birlikte söz konusu gruplardan birine girmeyen ancak açıkça trafik kurallarına uymadığı anlaşılan kişilere karşı da güven ilkesi sınırlandırılmalıdır, nitekim bu kişilerin hukuka uygun davranacaklarına güvenmenin haklı bir temeli bulunmamaktadır.

Bu husus İsviçre Federal Karayolu Trafik Kanunu'nun 26/2 hükmünde, *“ayrıca bir yol kullanıcısının kurallara uygun davranmadığına yönelik belirtiler olan durumlar”* ifadesiyle düzenleme altına alınmıştır. Ancak ne Kanun'da ne de yönetmeliklerde söz konusu “belirtiler”den ne anlaşılması gerektiğine dair bir ipucu bulunduğu ifade edilmektedir.⁸⁸⁸ Söz konusu düzenlemenin, güven ilkesinin

⁸⁸⁵ agm. s. 149.

⁸⁸⁶ Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 271.

⁸⁸⁷ Detlev Sternberg-Lieben ve Frank Schuster 2019, § 15, age. parag. 151.

⁸⁸⁸ Matthias Richard Heierli 1996, age. s. 189.

yumuşaması tehlikesi yarattığı endişesi de dile getirilmiştir.⁸⁸⁹ İsviçre’de bir mahkeme kararında da güven ilkesi sınırsız olmadığına göre belirsiz durumlarda daha dikkatli davranış seçilmesi gerektiği kabul edilmiştir.⁸⁹⁰ Somut emare olmadan sadece trafik durumunun belirsiz olmasının sürücüye daha dikkatli sürüş yükümlülüğü yükleyip yüklenmediğinin tartışılması gerekir.

Diğer sürücülerin kural ihlali yaptığının açık bir şekilde görülebildiği durumlarda güven ilkesi sınırlandırılır. Bir kişinin kurallara uygun davranmadığı dışarıdan anlaşılabiliriyorsa ortaya çıkan davranıştan herhangi bir şekilde etkilenebilecek kişi, bu durum anlaşılabilir olduğu andan itibaren usulüne uygun bir şekilde tepki vermelidir. Tepki verme yükümlülüğü, diğerlerinin güvenilirliğine ilişkin bir inanç olmadığından güvenin bir temeli olmamasına dayanır. Bu halde herkes tepki verilmediğinde insanlar için bir tehlike yaratılacağını veya tehlikenin büyütüleceğini görebilir. Bu şekilde tepki vermeyen kişinin hukuka uygun hareket etmeyeceği ve kural olarak ortaya çıkan sonuçlardan sorumlu olacağı ifade edilmektedir. Tepkisizlik ya üçüncü kişiye güvenilemeyeceğinin açık bir şekilde fark edilebilir olmasına rağmen bu durumun anlaşılabilmesinin ya da fark edilmesine rağmen hiçbir şey yapılmaması halinde söz konusu olur.⁸⁹¹ Her iki durumda da özen yükümlülüğüne aykırı hareket edilmiş demektir.

Ancak hangi koşullar altında diğer kişilerin kurallara uygun davranışına güvenilemeyeceği duruma göre değişir.⁸⁹² Bir kişinin davranışlarından genel olarak trafiğe uygunsuzluğun ortaya çıkması ya da fark edilebilir bir hata yapmasıyla bununla bağlantılı başka ihlaller yapacağı beklentisi halinde güven ilkesi sınırlandırılır.⁸⁹³ Her iki durumda da üçüncü kişinin trafikte kurallara aykırı hareket edeceğine dair somut bir emare yoksa, kişiye bu durumu hesap etme ve buna uygun davranma yükümlülüğü yüklenmesinin de bir temeli olmayacaktır.

Yargıtay, 150 metre ileride yolun kenarında beklerken gördüğü yaya yol içine girdiğinde korna çalarak uyarmakla yetinerek hızını azaltmayan ve yolun büyük bir bölümünü geçtikten sonra yayaya çarparak ölümüne neden olan sanığın tali kusurlu olduğunu kabul etmiştir.⁸⁹⁴ Olayda sürücünün, korna çalması üzerine yayanın bankete

⁸⁸⁹ age. s. 189.

⁸⁹⁰ Aktaran Peter Remund 1971, age. s. 78.

⁸⁹¹ Herbert Steininger 1963, agm. s. 96.

⁸⁹² Peter Remund 1971, age. s. 77.

⁸⁹³ age. s. 77, 78.

⁸⁹⁴ Yar. 12. CD., 2013/17346 E., 2014/9346 K., T. 16.04.2014.

gececeğine güvendiği ve hızını azaltmadığı görülmektedir. Ancak somut olayda yayanın yola çıkmasıyla başlayan hukuka aykırı hareketini sona erdireceğine güvenmesinin bir dayanağı bulunmamaktadır.

Kişinin kurallara uymadığına dair somut emare olan ilk durum, kişinin zihinsel ya da bedensel durumu nedeniyle geçici olarak trafik düzenlemelerine uygun davranmadığı hallerdir (Alm. *Verkehrsunfähigkeit*).⁸⁹⁵ Bu hal kişinin kendi kusurundan veya elinde olmayan bir nedenden kaynaklanabilir. Ancak her hâlükârda bu yönde somut emare gerekir.

Bu durumların başında trafiğe uyum yeteneğini ortadan kaldıran sarhoşluk gelmektedir. Örneğin yolda ya da yolun yakınında sendeleyerek yürüyen ve hareketlerini koordine edemediği görülen kişinin sarhoş olduğunu ve trafik kurallarına uymayabileceğini anlamakta sorun yoktur.⁸⁹⁶ Bununla birlikte özellikle yaşam deneyimlerine göre daha çok alkol alındığı bilinen hafta sonları gece saatlerinde alkollü eğlence mekanlarının veya festival gibi etkinliklerin yakınından geçen bir sürücünün, sarhoş bir yayanın varlığını öngörmesi beklenebilir mi sorusu gündeme gelmektedir. Almanya’da yargı kararlarında kısmen kabul edilen bu görüş uyarınca bu gibi hallerde daha yüksek bir özen göstermek gerekmektedir.⁸⁹⁷ Ancak yaşam deneyimlerinin bazı insanların kontrol altında olmadığını göstermesi, sürücülerin daha dikkatli davranma yükümlülüğüne gereççe oluşturmaz. Dolayısıyla güven ilkesi, sarhoş bir kişiyle karşılaşmaya ilişkin soyut bir ihtimal temelinde sınırlandırılmaz.⁸⁹⁸

Aynı açıklamalar, sıklıkla uyuşturucu ve uyarıcı madde alındığı bilinen mekanların yakınından geçen sürücüler için de geçerlidir. Kişinin trafiğe uyum sağlayamadığının anlaşılması ve güven ilkesinin yerini güvensizlik ilkesine bırakması için sendeleyerek yürüme, bariz kontrolsüz davranış ve benzeri somut koşullar gereklidir.⁸⁹⁹

Sonuç itibariyle nasıl ki bir sürücü, sokakta oynayan çocukların ve yaşlıların bulunduğu yerlerde hemen durabilmeli ise diğer yardıma ihtiyaç duyan kişiler ve açıkça davranışlarını yönlendiremediği anlaşılan yayalar bakımından da aynı yükümlülük altındadır. Davranışlarını bu kişilere göre ayarlamayan sürücü trafik

⁸⁹⁵Matthias Richard Heierli 1996, age. s. 189.

⁸⁹⁶ age. s. 191.

⁸⁹⁷ age. s. 191.

⁸⁹⁸ age. s. 191.

⁸⁹⁹ age. s. 193.

kurallarına aykırı davranmış sayılacaktır.⁹⁰⁰ Fakat yardıma muhtaç kişiler fark edilemiyorsa ya da başka nedenlerle sürücünün öngörmesi gerekmiyorsa, bu kişilerin yola yaklaşmasıyla ideal sürücünün tehlikenin önlenmesi için önlem alması, örneğin fren yapmaya hazır olması ya da hızını azaltması beklenmez.⁹⁰¹

İkinci durum ise diğer kişilerin kural ihlali yapmakta olduğunun anlaşılmasıdır. Bir motorlu taşıt sürücüsü, diğer sürücülerin kurallara uymadığını fark ediyorsa güven ilkesinin sınırlandırılması gündeme gelir.⁹⁰² Örneğin, zamanında sinyal vererek, hizaya girerek ve hızını azaltarak sola dönme niyetini kurallara uygun bir şekilde belli eden sürücü, başka bir sürücü kurallara aykırı bir şekilde kendisini geçmeye çalışırsa, artık bu kişiye karşı güven ilkesinden yararlanamaz.⁹⁰³ Alman Federal Mahkemesi, bir kural ihlali yapan sürücüden benzer başka bir ihlal yapmasının beklenmesi gerektiğini kabul etmiştir.⁹⁰⁴

İsviçre yargı kararlarına dayanan bir görüş, üçüncü kişilerin trafik kurallarına uymayabileceğine yönelik emarelerin, trafik durumunun belirsizliğinden de kaynaklanabileceğini ifade etmektedir. Bu hallerde aslında somut bir belirti olmasa da yaşam deneyimlerine göre kural ihlali yapılması yakındır ve durumun özel tehlikeliliği göz önüne alındığında az riskli davranışlarda bulunmak gerekir.⁹⁰⁵ Bu durum, güven ilkesinin, trafikteki diğer kişilerin kurallara uygun davranacağına yönelik körü körüne güven duyma hakkı vermediği anlamına gelmektedir. Trafikte herkes en başta diğerlerinin kurallara uygun davranacağına güvenebilir ancak bu durum kimseyi trafik durumunu gözlemlemek ve diğer kişilerin fark edilebilir hatalı hareketlerine karşı amaca uygun bir tepki vermektен muaf kılmaz.⁹⁰⁶ Bu, daha önce kurallara aykırı hareket eden kişi karar verilecek anda kurallara uygun davranacak gibi görünüyorsa da geçerlidir. Burgstaller'in de dahil olduğu öğreti görüşü, bu kişinin hukuka uygun değil hukuka aykırı davranmayı seçeceği ihtimaline göre davranışın ayarlanması gerektiği yönündedir.⁹⁰⁷ Anılan görüş uyarınca, güven ilkesinin sınırı; diğer kişilerin hatalarının fark edilebilir olduğu değil, özel koşulların somut olayda bunun fark

⁹⁰⁰ BayObLG VRS 65, 461; BGH NJW 2000, 1040, *Aktaran* Michael Kaufmann 2020, age. parag. 120.

⁹⁰¹ Michael Kaufmann 2020, age. parag. 120.

⁹⁰² Peter Remund 1971, age. s. 77.

⁹⁰³ OLG Oldenburg, *Aktaran* Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 162.

⁹⁰⁴ Klaus Kirschbaum 1981, s. 162.

⁹⁰⁵ BGE 125 IV 83, 87 f.; 118 IV 277, 281; 116 IV 230, 232; BGer, Urteil v. 14.12.2018, 6B_776/2018, E. 1.3.3, *Aktaran* Tommaso Caprara 2019, agm. s. 220.

⁹⁰⁶ Manfred Burgstaller 1974, age. s. 60.

⁹⁰⁷ ZVR 1962/262; ZVR 1963/84; ZVR 1965/267, *Aktaran* age. s. 60, 61.

edilmesini tavsiye ettiği yerde bulunur.⁹⁰⁸ Bu çerçevede belirsiz trafik durumlarında ve özellikle tehlikeli durumlarda diğerlerinin hatalı hareketlerinin hesaba katılması gerektiği savunulmaktadır.⁹⁰⁹

Bir kişiye, başkalarının trafik kurallarına riayet etmeyebileceği ihtimaline göre hareket etme yükümlülüğü yüklenmesi için, bu yönde açık belirtiler olmalıdır. Ancak yalnızca belirsiz veya tehlikeli trafik durumlarında bulunmak güven ilkesinin sınırlandırılmasına gerekçe oluşturamaz. Bu durumlarda trafiğe katılan herkesin daha yüksek bir dikkat ve özenle hareket etmeleri gerektiği açıktır. Bu açıdan diğerlerinin muhtemel kural ihlallerine yönelik belirtiler konusunda daha ihtiyatlı olmaları gerekse de sırf trafik durumu olağandan daha belirsiz olduğu için her an herkesin kural ihlali yapacakları varsayılmaz. Böylesi bir tereddütle araç kullanmak trafikte başka riskler de yaratabilir.

Sürücü yalnızca tam zamanında algıladığı veya özenli davranışa algılayabileceği trafik ihlallerine değil aynı zamanda onun için fark edilebilir olmayan ancak içinde bulunduğu şartlar uyarınca makul bir değerlendirme ile hesaplaması için kesin bir nedeni olan ihlallere de hazırlıklı olmalıdır.⁹¹⁰ Bir örnekle durum daha iyi anlaşılabilir: Kırsal yolda giden bir sürücü, aynı önceliğe sahip bir ara sokaktan düzensiz bir kavşağa giriş yapmak istemektedir. Sola genel bakışta herhangi bir sorun yoktur. Sağdan geçiş hakkını koruyacak şekilde izin verilen hızda gitmektedir. Kavşaktan 150 metre önce çok hızlı olmayan bir şekilde gelen ve geçiş hakkına sahip olmayan bir motosikletin yaklaştığını görür. Bakışını sağa çevirir ve bir daha solu kontrol etmez. Motosiklet sürücüsü sağdan gelene yol vermek için fren yapmak ister ancak öngörülemeyen bir arıza yüzünden hızını azaltmadan kavşağa girer. Eğer otomobil sürücüsü tekrar solu kontrol etseydi çarpışmayı fren yaparak önleme imkânı olabilirdi. Arabasının sağ ön tarafıyla motosikletin arka tekerleğine çarparak motosiklette bulunan ikinci kişinin düşerek ölümüne sebep olur. Sürücü, tüm trafiği gözlemleme yükümlülüğüne uymaması sonucu, bekleme yükümlülüğü olan motosikletlinin açıkça trafik kurallarına aykırı olduğu fark edilebilir davranışını görememiş ve gerekli tepkiyi verememiştir.⁹¹¹

⁹⁰⁸ age. s. 60.

⁹⁰⁹ Herbert Steininger 1963, agm. s. 1963, 121.

⁹¹⁰ BGHSt 13, 169 (173), *Aktaran* Ingeborg Puppe 2017, NK, §13, age. parag. 163.

⁹¹¹ Herbert Steininger 1963, agm. s. 96.

Bu konudaki başka bir görüş ise güven ilkesinin, ancak kişilerin güveni haksız çıkararak fiilleri ile sona ereceği yönündedir. Bunun için anılan davranışın tamamlanmış olması gerekir. Dolayısıyla hukuka aykırı davranışın yakında yerine getirileceğine dair bir görünüm yeterli değildir. Çünkü zarar doğuracak süreci önlemek için hem güvenen kişinin hem de hatalı davranan kişinin eşit imkânı varsa, sorunun çözümünü güvenen kişiye yüklemek için hiçbir neden yoktur.⁹¹² Ancak hatalı hareket eden olayların hakimiyetini kaybederse, güvenen kişi acil çözüm için sorumluluk almalıdır. Bu durumda birden çok kişinin garantör kabul edilmesi anlamlıdır. Örneğin bekleme yükümlülüğü olan kişi tereddütsüz ana yola yaklaşıyorsa, bu yolda seyreden sürücü geçiş üstünlüğüne riayet edileceğine güvenebilir. Ancak tali yoldan gelmekte olan sürücü en iyi ihtimalle acil fren yapabilecekse güven ilkesi sona erer.⁹¹³

3.2.3.4. Tipik Trafik İhlalleri Bakımından Güven İlkesinin Sınırlandırılabilirliği Sorunu

Tipik trafik ihlalleri, genel yaşam ve trafik deneyimlerine göre istisnai olmayan ve istatistiklere göre sıklıkla gerçekleşen davranışlardır.⁹¹⁴ Ancak belirtmek gerekir ki bu kapsama yalnızca somut bir emare olmadan gerçekleşen ihlaller dahildir.⁹¹⁵ Nitekim bu yönde somut emareler varsa bir önceki başlıkta anlatılan hususlar geçerli olacaktır. Ancak bu yönde bir belirti yoksa, söz konusu ihlalin “soyut deneyimler” kapsamında hesap edilmesi gerekip gerekmediği sorusu ortaya çıkmaktadır.⁹¹⁶

Bir görüşe göre, özenli bir sürücünün hesap edeceği sık gerçekleşen trafik ihlallerinde güven ilkesi geri çekilmelidir.⁹¹⁷ Artan trafik eğitimi ve sık gerçekleşen trafik ihlallerine ilişkin uygun belirtilerle, trafiğe katılan kişilerin hatalı hareketleri hesap etme ve bunlara karşı uygun önlemler alma ya da en azından hazırlıklı olma imkânı bulunduğu belirtilmektedir.⁹¹⁸ Bu halde güven ilkesinin uygulanmasına izin vermemek ve diğer trafik kullanıcılarının ne yaptığını odaklanmak gerekir. Anılan görüşe göre güven ilkesinden çıkan sonuç da budur.⁹¹⁹ Örneğin bir Alman mahkeme kararına göre, yerleşim yerlerinin girişinde ve çıkışında çok daha fazla hız yapıldığı

⁹¹² Günther Jakobs 1991, age. s. 211, 212.

⁹¹³ age. s. 212, parag. 55a.

⁹¹⁴ Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 167; Matthias Richard Heierli 1996, age. s. 195.

⁹¹⁵ age. s. 195.

⁹¹⁶ age. s. 195.

⁹¹⁷ Claus Roxin ve Luis Greco 2020, §24, age. parag. 23.

⁹¹⁸ Peter Remund 1971, age. s. 81.

⁹¹⁹ age. s. 81, 82.

deneyimli sürücüler tarafından bilinir ve bu yerlerde diğer sürücülerin hız ihlali yapacaklarını hesap etmek gerekir.⁹²⁰

Alman içtihatları, özellikle motorlu araç kullanmayan kişilere yönelik davranışlarda sıklıkla ampirik verilere dayanmaktadır. Bunların başında da yaya ve bisikletlilerin sık yaptığı kural ihlalleri gelmektedir.⁹²¹ Motorlu araçların diğer trafik katılımcılarının bedensel bütünlüğüne yönelik ciddi tehlike yaratması nedeniyle söz konusu tutum şaşırtıcı değildir. Bu durum e-skuterlar gibi diğer motorlu araçlar karşısında görece daha korumasız araçlarla yaşanan kazalarda da belirgindir.

Ancak diğer motorlu araçların sıklıkla gerçekleştirdiği ihlaller bakımından da benzer kararlar verilmektedir. Örneğin, Alman Federal Yüksek Mahkemesi, güven ilkesinin şerit değiştirmek için geç sinyal verilmesi gibi çok sık gerçekleşen trafik ihlalleri için geçerli olmadığına karar vermiştir.⁹²² İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'ne göre ise görüşün olmadığı virajlarda herkes karşıdan gelenin hatalı davranabileceğini hesap etmeli ve mümkün olduğunca yolun sağından sürmelidir.⁹²³ Ancak görüşün olmadığı virajlarda daha dikkatli sürme ve mümkün olduğunca yolun sağından gitme yükümlülüğü, tipik bir trafik ihlalinin hesaba katılması gerekliliğinden değil trafik durumunun doğasından kaynaklanmaktadır. Nitekim herkes kurallara uygun hareket etse de kaza yapma olasılığı olağandan daha yüksektir. Ancak mahkeme daha sonra, bekleme yükümlülüğü olan otomobilin, geçiş hakkına sahip motosiklet sürücüsünün çok yüksek bir hızla yaklaşmasını ne kadar sık gerçekleşse de hesap etmek zorunda olmadığına hükmetmiştir.⁹²⁴

Karşı görüş ise tipik trafik ihlallerinin istatistiklere göre belirlenmesine karşı çıkmaktadır. Buna göre kural ihlali ne kadar sık gerçekleşiyorsa güven ilkesi dayanmaya o kadar az izin verilir. Ancak güven ilkesinin istisnaları her zaman ihlalin sıklığıyla ölçülmemelidir.⁹²⁵ Nitekim bu durumda, kural ihlali yapan kişileri haklı çıkaracak şekilde önceden bazı ihlallerin hesap edilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır.⁹²⁶ Açık bir hüküm veya özel durumlardan kaynaklanan bir nedenin yokluğu halinde, diğerlerinin kurallara uygun davranacağı varsayımına göre hareket

⁹²⁰ Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 168.

⁹²¹ age. s. 171.

⁹²² BGH VRS 31, 37, Aktaran Ingeborg Puppe 2017, NK, §13, age. parag. 163.

⁹²³ BGE 106 IV 50, Aktaran Matthias Richard Heierli 1996, age. s. 198.

⁹²⁴ BGE 118 IV 277, Aktaran Matthias Richard Heierli 1996, age. s. 198, 199.

⁹²⁵ Jagusch, 20. Bası, §1, Aktaran Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 174.

⁹²⁶ Richard Lange 1966, agm. s. 179.

edebileceği kabul edilerek kazalardan kaçınılabilir. Aksine somut belirti yoksa, algılanmayan kişi dahil üçüncü kişilerin kurallara uygun davranışlarına güvenilebilir.⁹²⁷ Ancak muhtemel bir kural ihlaline ilişkin somut bir belirti varsa güven ilkesinin sınırlandırılabilir.⁹²⁸

Uygulamadaki önceki eğilimlerin aksine, bazı yerlerde genel olarak sık sık kaza olması güven ilkesini zayıflatmaz.⁹²⁹ Ayrıca üçüncü kişinin yaptığı hatalı hareketin nadir gerçekleşmemesi, güven ilkesinin uygulanabilirliğinin şüpheye düşmesine neden olmaz. Ancak özenli bir sürücünün hesap etmesini gerektirecek kadar sık meydana gelen kural ihlalleri hakkında aynı şey söylenemez. Özellikle yeni getirilen kuralların ihlal edilebileceği belirli bir geçiş süresi boyunca öngörülmelidir.

930

Ancak bu halde de üçüncü kişilerin kural ihlali yaptığına yönelik somut emare bulunması gerekir. Örneğin kamyon şoförlerinin sıklıkla hatalı sollama yaptığı yönündeki deneyim kuralları, otomobil sürücülerinin onların sollama yapmadan önce sinyal verecekleri yönündeki beklentisine hanel getirmez. Bu konuda Alman Federal Mahkemesi, sollama niyetine dair en ufak bir gösterge olmadan daha hızlı giden sürücü için güven ilkesinin etkisini yitirmeyeceğine hükmetmiştir.⁹³¹ Ne kadar önemsiz olursa olsun bir kural ihlalinin kişiyi “güvenilmez” kılması, karayolu trafiğinde karşılıklı güvensizlik ilkesinin geçerli olması anlamına gelir.⁹³²

Tipik trafik ihlallerinin hesap edilmesi gerektiği yönündeki düşünceye birkaç yönden katılmak mümkün değildir. İlk olarak hangi ihlallerin “tipik trafik ihlali olduğu”, hangi istatistiki verilerin söz konusu tanıma dayanak olarak gösterildiği belirsizdir. Bu kuralların sıklıkla ihlal edildiği bilgisi yaşam deneyimi kapsamında görüldüğüne göre, genel bilgi veya tecrübeyle çözümlenmesi mümkün olan konularda hâkim bilirkişiye başvuramaz. Nitekim bu sorunun cevaplandırılması uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektirseydi en başından sanık tarafından öngörülmesi beklenemezdi. Ancak hâkim bir kural ihlalinin tipik olup olmadığını belirlemek için tam olarak nereye bakmalıdır? Bununla bağlantılı ikinci sorun, bazı kuralların sıklıkla ihlal edildiğine dair ampirik verilerin normatif bir değerinin olmayışıdır. Bazı trafik

⁹²⁷ Manfred Burgstaller 1974, age. s. 62.

⁹²⁸ Matthias Richard Heierli 1996, age. s. 197.

⁹²⁹ Bu yöndeki bir karar için bkz. Manfred Burgstaller 1974, age. s. 61.

⁹³⁰ Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 228.

⁹³¹ BGH, VerkMit 1964, Nr. 105, *Aktaran* Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 160.

⁹³² Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 160.

ihlallerinin bazı koşullarda sıklıkla gerçekleştirildiği biliniyorsa, trafiğe katılanların daha dikkatli olmalarını öngören genel ve soyut düzenlemeler yapılmalı ya da karayollarında uyarı levhası gibi işaretlerle bu hususa dikkat çekilmelidir. Bu halde herkesin söz konusu ihlalle ilgili daha dikkatli olması gerekecektir. Ancak salt ampirik bilgiler normatif yükümlülükler temel oluşturamaz.

Sonuç itibarıyla kişinin trafikteki diğer kişilerin trafiğe uygun davranışından şüphe etmek için özel bir nedeni olmadıkça, kurala aykırı davranılacağı beklentisine uygun tepki vermeye hazırlanması beklenemez.⁹³³

3.3. TIBBİ İŞ BİRLİĞİNDE GÜVEN İLKESİ

3.3.1. Genel Olarak Tıbbi Müdahaleler Dolayısıyla Taksirli Sorumluluk

Tıbbi uygulama ve etkinlikler, tıbbi müdahale olarak adlandırılmaktadır.⁹³⁴ Tıbbi müdahalelere ilişkin bir tanıma, konuya ilişkin en önemli uluslararası düzenlemelerin başında gelen Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi'nin kapsamının açıklandığı 1996 tarihli Açıklayıcı Rapor'da rastlanmaktadır. Buna göre Sözleşme'nin kapsamı, “önleyici, teşhis, tedavi ve araştırma uygulamaları dahil olmak üzere, insan varlığına yönelik tüm tıbbi ve biyolojik uygulamalar” şeklinde belirtilmiş ve bu şekilde tıbbi müdahalelerin de bir tanımı verilmiştir.⁹³⁵

Tıbbi müdahalede bulunmanın anayasal dayanağı “tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.” ifadesiyle Anayasa'nın 17/2 hükmünde bulunmaktadır. Anılan hükümden tıbbi müdahalede bulunulabilmesi için tıbbi zorunluluk, kanunilik ve rıza şartlarının bulunması gerekliliği çıkarılmaktadır. Tıbbi müdahalelerin icrası nedeniyle ceza verilmemesi, belirli şartların varlığına bağlanmaktadır. Bu şartlar; tıbbi müdahaleyi yapanın hekim olması, endikasyonun varlığı, aydınlatılmış rıza ve tıp biliminin gereklerine uygun hareket etmek şeklinde ifade edilmektedir.⁹³⁶ Ancak tıbbi müdahaleler dolayısıyla ceza verilmemesinin suç teorisi kapsamında nasıl açıklanacağı oldukça tartışmalıdır.⁹³⁷

⁹³³ Klaus Kirschbaum 1981, age. s. 161.

⁹³⁴ Burcu Ertem (2015), *Tip Ceza Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yansıması Olarak Rıza ve Sınırları*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s. 51. Öğretide kullanılan diğer terimler ve konuya ilişkin kapsamlı bilgi için bkz. agt. s. 51 vd.

⁹³⁵ Aktaran agt. s. 55.

⁹³⁶ Hakan Hakeri 2022, age. s. 35, 36.

⁹³⁷ Konuya ilişkin Türk öğretisindeki ağırlıklı görüş, kural olarak tıbbi müdahalelerin kasıtlı yaralama fiilinin tipikliğini oluşturduğu ancak bir hukuka uygunluk sebebi vasıtasıyla hukuka uygun sayılabildiği

Lege artis (tıp sanatına uygun olma)⁹³⁸ çerçevesinde gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler, izin verilen riskin uygulama alanlarından biri kabul edilmektedir.⁹³⁹ İzin verilen risk alanındaki güvenlik önlemlerine uyulmasına rağmen hukuken istenmeyen neticelerin meydana gelmesi durumunda, artık bu neticeler izin verilen neticeler olarak kabul edilmektedir.⁹⁴⁰ İzin verilen riskin sınırları aşıldığı andan itibaren ise fiil objektif özen yükümlülüğüne aykırı olur. Bu durum, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesinde, “*Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez.*” şeklinde açıklanmıştır. Bu açıdan *lex artise* uygun hareket eden bir doktor, komplikasyon gerçekleşse de objektif özen yükümlülüğünü ihlal etmemiştir.⁹⁴¹ Dolayısıyla bir tıbbi müdahalenin başarısız olması tek başına cezai sorumluluğun gerekçelendirilmesi için yeterli değildir, başka pek çok şartın kümülatif olarak bir araya gelmesi gerekir.⁹⁴²

Gerçekleştirilen tıbbi faaliyetin objektif özen yükümlülüğüne uygun olup olmadığı her somut olayda ayrıca değerlendirilmeli ve bu sorunun cevaplandırılması için uzman bir kişiye başvurulmalıdır.⁹⁴³ Tıbbi müdahaleler bakımından güven ilkesinin kapsam ve sınırlarının belirlenmesi için de öncelikle taksirli gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde objektif özen yükümlülüğünün nasıl belirleneceği üzerinde durmak gerekmektedir. Ardından güven ilkesi vasıtasıyla objektif özen yükümlülüğünün nasıl somutlaştırılacağı incelenebilir.

şeklinde. Özlem Yenerer Çakmut (2003), *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, Legal Yayıncılık, İstanbul, s. 120; Hakan Hakeri 2022, age. s. 35; Yakup Gökhan Doğramacı 2016, age. s. 10; Burcu Ertem 2015, agt. s. 233. Tıbbi müdahalelerin kanunda açıkça yazılı olmayan hukuka uygunluk sebebi olduğuna ilişkin olarak bkz. Soyaslan 2020, age. s. 365. Ölüm veya yaralama ile neticelenmeyen tıbbi müdahalelerin cebir veya hürriyetten yoksun bırakma suçunu oluşturabileceğine ilişkin olarak bkz. Hakan Hakeri 2022, age. s. 35. Bu çalışma bakımından ise tıbbi müdahale nedeniyle taksirli sorumluluk önem arz ettiği için ilgili tartışmalara değinilmeyecektir. Nitekim güven ilkesi, taksirli hareketin haksızlığının belirlenmesi yani objektif özen yükümlülüğünün somutlaştırılmasına hizmet etmektedir.

⁹³⁸ Burcu Ertem 2015, agt. s. 54.

⁹³⁹ Claus Roxin ve Luis Greco 2020, §24, age. parag. 67.

⁹⁴⁰ Yener Ünver 1998, age. s. 196.

⁹⁴¹ Oliver Nueper ve Christoph Sigl (2015), “Der Vertrauensgrundsatz in der medizinischen Behandlung”, *JSt*, C. 4, s. 302.

⁹⁴² Klaus Ulsenheimer ve Karsten Gaede (2021), *Arztstrafrecht in der Praxis*, 6. Bası, C.F. Müller, Heidelberg, parag. 63.

⁹⁴³ Oliver Nueper ve Christoph Sigl 2015, agm. s. 302.

3.3.2. Tıbbi Müdahalelerde Objektif Özen Yükümlülüğünün Somutlaştırılması

Sağlık çalışanlarının yükümlülükleri ve bunların yoğunlukları esas olarak hastanenin durumu, organizasyon yapısı ve mesleki direktiflerden çıkar.⁹⁴⁴ Daha ayrıntılı değerlendirmeler; hekimin eğitim durumuna, yardım alabildiği sağlık personeline, erişebildiği tıbbi malzemeye, bütçe sınırlamalarına, hizmet kotalarına ve somut duruma ilişkin diğer şartlara göre değişmektedir.⁹⁴⁵ Türk hukukunda ise öncelikle meslek grubunu düzenleyen mevzuata bakılması gerektiği, mevzuatta açıkça bir düzenleme yoksa sağlık çalışanının eğitiminin esas alınması gerektiği ifade edilmiştir.⁹⁴⁶

Tıbbi faaliyetler sonucunda meydana gelen taksirli öldürme ve yaralama suçlarında, kimin fiiliyle yani hangi hatalı tedavi seçimi veya metodolojik yöntemle neticenin meydana geldiği anlaşılmaya çalışılır. Bu şekilde somut bir tıbbi uygulamada gerekli özeni göstermeyen sağlık çalışanlarının bireysel hataları tespit edilmelidir.⁹⁴⁷ Tıbbi müdahaleler nedeniyle taksirle öldürme suçunun en çok uygulama hataları ve organizasyon eksiklikleri nedeniyle meydana geldiği ifade edilmektedir.⁹⁴⁸ Olayların çoğunluğunda söz konusu neticelerin altyapısal açıklara özellikle yetersiz personele dayanan organizasyon eksikliklerine dayandığı bildirilmektedir.⁹⁴⁹ Bu nedenle yapılacak incelemede tıbbi faaliyete katılan sağlık çalışanlarının fiilleri birbirinden izole bir şekilde incelenmemeli ve aralarındaki organizasyonel yapı da göz önünde bulundurulmalıdır.

Sağlık çalışanlarının yükümlülüklerinin belirlenmesi için ilk olarak yazılı kurallara bakılmalıdır. Biyotıp Sözleşmesi ve 1219 sayılı Kanun başta olmak üzere çok çeşitli pozitif düzenleme, özen yükümlülüğünün tespitine ilişkin düzenlemeler içermektedir.

Alman hukukunda, objektif özen yükümlülüğü, “ilgili çevre veya ilişkide gerekli olan özen” olarak kabul edildiğinden hangi müdahalenin ne zaman objektif olarak gerekli olacağı sorusu da “deneyimli uzman hekim standardı” uyarınca model

⁹⁴⁴ agm. s. 302.

⁹⁴⁵ Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 274.

⁹⁴⁶ Yakup Korkmaz (2019), “Tıbbi Konsültasyon ve Kusurun Paylaştırılması Sorunu”, *TBBD*, S. 140, s. 275.

⁹⁴⁷ Klaus Ulsenheimer ve Karsten Gaede 2021, parag. 194.

⁹⁴⁸ Nebahat Kayaer (2012), *Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, s. 105.

⁹⁴⁹ Klaus Ulsenheimer ve Karsten Gaede 2021, parag. 194.

ajan teoremiyle belirlenmektedir.⁹⁵⁰ Olayda bir tıbbi uygulama hatası bulunup bulunmadığının tespiti, gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin, tıp biliminin o anda gösterdiği önlemlerle karşılaştırılmasına dayanır.⁹⁵¹ Bu şekilde somut durumda özenli ve dikkatli bir doktordan ne beklenebileceği ortaya konulmaya çalışılır.⁹⁵²

Bu standart, tedavi anında tıbbi uygulama ve deneyimlerle kanıtlanmış, bilimsel bilgilerle güvence altına alınmış, ehil ortalama bir uzman hekimden talep edilecek bilgi ve beceri düzeyi olarak tanımlanmaktadır. Başka bir deyişle tüm tıbbi önlem, yöntem, tanı ve tedavinin bu standardı karşılaması; bilimsel bilgi ile desteklenmesi ve ilgili tıp alanında kabul edilerek uygulanması şartlarını karşılamasına bağlıdır.⁹⁵³

Ancak hekimlerden beklenen özen standardı, olabilecek en iyi tıbbi müdahaleyi değil söz konusu alandaki “ortalama”yı karşılamalıdır. Bu şekilde risk durumunun ex ante bir bakış açısıyla incelenmesiyle, somut durumda ihtiyatlı ve yükümlülüklerinin bilincinde bir meslektaşın gerekliliklerini karşılamayan hekim, objektif özen yükümlülüğüne uygun davranmamıştır.⁹⁵⁴ Sonuç itibarıyla ilgili özen gerekliliği yalnızca tıbbi uygulamalara yani olgusal duruma göre belirlenemez.⁹⁵⁵ Hekim ve diğer sağlık çalışanlarının yükümlülükleri normatif olarak belirlenmelidir⁹⁵⁶ ve bu nedenle ilgili yükümlülüklerin belirlenmesinde güven ilkesinin işlevi önemlidir.

Bununla birlikte eğer yeni bir ilacın ya da tedavi yönteminin denenmesi gibi söz konusu tıbbi müdahale bakımından henüz tıbbi bir standart yoksa, o zaman özen ölçüsü dikkatli bir hekimin göstereceği özene yükseltilir.⁹⁵⁷

Diğer yandan tıp ceza hukuku alanında farklılaştırılmış özen yükümlülüğünün söz konusu olduğunu belirtmek gerekir.⁹⁵⁸ Buna göre özen yükümlülüğünün belirlenmesi için ölçüt alınacak model ajan, modern tıptaki iş bölümü ve uzmanlaşmanın geldiği boyut dikkate alınarak failin dahil olduğu meslek grubu

⁹⁵⁰“Standart” kavramının esasen Amerikan Hukukundan Alman hukukuna geçtiğine ilişkin bkz. Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, *Aktaran* Adolf Laufs, Christian Katzenmeier ve Volker Lipp (2021), “X. Arztfehler und Haftpflicht”, *İçinde, Arztrecht*, 8. Bası, C.H. Beck, München, parag. 5.

⁹⁵¹ Adolf Laufs, Christian Katzenmeier ve Volker Lipp 2021, age. parag. 5.

⁹⁵² Karlmann Geiß ve Hans-Peter Greiner (2022), “Haftung aus Behandlungsfehler”, *İçinde, Arzthaftpflichtrecht*, 8. Bası, C.H. Beck, München, parag. 2.

⁹⁵³ Klaus Ulsenheimer ve Karsten Gaede 2021, age. parag. 67.

⁹⁵⁴ age. parag. 67.

⁹⁵⁵ age. parag. 69.

⁹⁵⁶ age. parag. 70.

⁹⁵⁷ Karlmann Geiß ve Hans-Peter Greiner 2022, age. parag. 2b.

⁹⁵⁸ Klaus Ulsenheimer ve Karsten Gaede 2021, age. parag. 67.

üzerinden farklılaştırılmalıdır.⁹⁵⁹ Dolayısıyla aynı meslek grubu içerisinde birden fazla model ajan belirlenmesi mümkün olacaktır.⁹⁶⁰ Söz konusu standart, ilgili riskin ex ante ağırlığına ve söz konusu tıp alanında beklenen bilgi ve beceri düzeyine göre belirlenir.⁹⁶¹ Bu açıdan hastanın ölümüyle sonuçlanan tıbbi müdahalenin ne zaman dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı sayılabileceği hekim ve diğer sağlık personelleri için farklılaştığı⁹⁶² gibi ilgili personelin içerisinde bulunduğu zamansal ve mekânsal koşullara göre de değişir.⁹⁶³ Bu nedenle ilgili personelin yetki ve sorumluluklarının belirlenmesi elzemdir.

Bu konudaki bir diğer kaynak olan tıbbi kurullar ve birliklerin kılavuzları, tıbbi standartları doğru bir şekilde göstererek özen yükümlülüğünün belirlenmesinde dikkate alınabilirse de bu standartların gerisinde de kalabilir.⁹⁶⁴ Bu nedenle Alman Federal Yüksek Mahkemesi, tıbbi müdahale hatalarının belirlenmesi açısından gerekli tıbbi standartlarla ilgili kılavuzların eşit tutulamayacağına hükmetmiştir.⁹⁶⁵ Dolayısıyla söz konusu kılavuzlar sağlık çalışanları tarafından düzenli olarak dikkate alınması gereken önemli birer kaynak olsa da bunların münferit vakada gerekli tıbbi standartları yansıtıp yansıtmadıklarının değerlendirilmesi gerekir.⁹⁶⁶

3.3.3. Tıbbi Müdahalelerde Objektif Özen Yükümlülüğünü Somutlaştıran Bir Araç Olarak Güven İlkesi

Tıbbi özen yükümlülüğüne uygun hareket eden ve diğerlerinin de aynı şekilde davranacağına yönelik güven duyan sağlık görevlisinin izin verilen risk içeren bir davranışta bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir. Ancak tıbbi özen yükümlülüğünün güven ilkesi yardımıyla nasıl somutlaştırılacağı ve tıp alanındaki farklı çalışma biçimleriyle uzmanlık alanlarındaki etkisinin ne olacağı üzerinde daha ayrıntılı bir şekilde durmak gerekmektedir.

⁹⁵⁹ Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 89; Muhammed Demirel 2022, age. s. 212.

⁹⁶⁰ Nevzat Toroslu 2018, age. 236.

⁹⁶¹ Klaus Ulsenheimer ve Karsten Gaede 2021, age. parag. 67.

⁹⁶² age. parag. 65.

⁹⁶³ age. parag. 110.

⁹⁶⁴ Karlmann Geiß ve Hans-Peter Greiner 2022, age. parag. 9c.

⁹⁶⁵ BGH GesR 2008, 361; GesR 2011, 417; BGH ZMGR 2014, 195, *Aktaran* Klaus Ulsenheimer ve Karsten Gaede 2021, age. parag. 71.

⁹⁶⁶ OLG Köln GesR 2013, 411, 412, *Aktaran* Klaus Ulsenheimer ve Karsten Gaede 2021, age. parag. 71.

3.3.3.1. Tıbbi Faaliyetlerde Yatay İş Bölümünde Güven İlkesi

3.3.3.1.1. Genel Olarak

Yatay iş bölümü, “işlevsel iş bölümüne dayalı olarak faaliyetlerin, aynı yetki ve sorumluluklara sahip kişiler arasında paylaştırılması olup konumlanmanın otorite ve yetki temelinde olmadığı, uzmanlık ve işlevselliğin ön planda olduğu bir örgütlenmedir.”⁹⁶⁷ Bu durumda, ekip üyeleri arasında bir hiyerarşi olmaksızın uzmanlık alanlarına göre yetki ve sorumluluk paylaşımı yapılmaktadır.⁹⁶⁸ Bu iş bölümü türünün asıl amacı, tüm görevi karşılıklı bir şekilde birden çok kişi arasında paylaştırarak, bireyi kendi uzmanlık alanına uygun bir şekilde sadece belirli bir kısımdan sorumlu tutmaktır.⁹⁶⁹ En temel özelliği ise katılımcıların eşit düzeyde olması ve birbirlerine talimat verememeleridir.⁹⁷⁰

Yatay iş bölümü, ağırlıklı olarak farklı tıp dallarında uzman hekimler arasında gerçekleştirilir. Bir hastane içerisindeki farklı uzmanlık dalları yanında özel muayenehanesi olan doktor ile bir hastane kliniği arasındaki koordinasyon da yatay iş bölümü içerisinde değerlendirilir.⁹⁷¹ Ancak sağlık meslek mensuplarının her birinin, tıbbi iş birliği kapsamında bazı görevleri bulunduğu gibi kendi uzmanlık alanları içerisinde özerk sorumlulukları da bulunmaktadır.⁹⁷² Bu özerk fonksiyonların yerine getirilmesi bakımından farklı meslek mensupları arasında da yatay ilişki bulunabilir. Örneğin bağımsız hemşirelik fonksiyonlarının yerine getirilmesi bakımından hekim ve hemşire ve aynı şekilde hemşire ve ebe arasında yatay ilişki bulunmaktadır.

Yatay iş bölümü, katı bir iş bölümü ve güven ilkesiyle karakterize edilir.⁹⁷³ Kural, her bir sağlık çalışanın kendi sorumluluk alanındaki tehlikelerden ve bu alandaki hatalardan sorumlu olması, ancak diğerlerinin sorumluluk alanında gerçekleşen hatalar bakımından bir sorumluluğunun bulunmamasıdır.⁹⁷⁴ Ekip üyeleri, diğerlerinin kendi uzmanlık alanlarının gereklerine uygun davranacağını kabul etmekte ve bu alanlara müdahale etmemektedirler. Bu şekilde diğerlerinin kendi alanlarında özen yükümlülüğüne uyacağına güvenme izni verilir.⁹⁷⁵ Söz konusu

⁹⁶⁷ Aktaran Burcu Görkemli 2016, agm. s. 145.

⁹⁶⁸ Burcu Görkemli 2016, agm. s. 145.

⁹⁶⁹ Gunnar Duttge 2022, MK, §15, age. parag. 147.

⁹⁷⁰ Karl-Otto Bergmann (2009), “Delegation und Substitution ärztlicher Leistungen auf/durch nichtärztliche Personal”, *İçinde, Medizinrecht*, C. 27, S. 1-10, s. 6.

⁹⁷¹ Adolf Laufs, Christian Katzenmeier ve Volker Lipp 2021, age. parag. 48

⁹⁷² Yakup Gökhan Doğramacı 2016, age. s. 23.

⁹⁷³ Adolf Laufs, Bernd-Rüdiger Kern ve Martin Rehborn (2019), “§ 99 Horizontale und vertikale Arbeitsteilung. Die Anfängeroperation”, *İçinde, Handbuch des Arztrechts*, 5. Bası, parag. 4.

⁹⁷⁴ Adolf Laufs, Christian Katzenmeier ve Volker Lipp 2021, age. parag. 48

⁹⁷⁵ Bernd-Rüdiger Kern ve Martin Rehborn 2019, age. §99, parag. 4.

mesleki özerkliğin yasal dayanağını, hekim ve dış hekimlerinin sanat ve mesleklerini icra ederken, hiçbir tesir ve nüfuzla kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatlerine göre hareket edeceklerini öngören Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 6. maddesinde bulmak mümkündür.

Yatay iş birliğinde güven ilkesinin geçerliliğinin gerekçesi de trafik hukukundan farklılık arz etmemektedir. Tıbbi faaliyete katılanları her adımda diğer katılımcıları kontrol etmek zorunda bırakmak, tıbbi uygulamaları gereksiz yere karmaşıktırıp yavaşlatacağı gibi her bir sağlık çalışanının kendi görevini yapmasını da önemli ölçüde zorlaştıracaktır.⁹⁷⁶

Bu açıdan hekim, alanında uzman meslektaşının tıbbi standartlara uygun olarak hareket ettiğine, elde edilen tanı ve tedavi sonuçlarına ve dolayısıyla bu yönde düzenlenen belgelere güvenebilir.⁹⁷⁷ Bu güven aynı zamanda birer hukuka uygunluk nedeni olan hastanın aydınlatılması ve rızasının alınmasını da kapsar. Ancak bu halde güven ilkesinin etkisi, objektif özen yükümlülüğünün yerine getirilmesi değil hekimin hukuka uygunluk nedeninden yararlanması üzerindedir. Bu halde hekim hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında hataya düşmüş sayılabilir.⁹⁷⁸

3.3.3.1.2. Disiplinler Arası İş Bölümü

Disiplinler arası iş bölümü esas olarak bir hastane içerisinde farklı uzmanlık alanlarından doktorlar arasında dar bir zaman dilimi içerisinde gerçekleştirilen iş birliğinde görülür.⁹⁷⁹

3.3.3.1.2.1. Tanı ve Tedavide Teknik Araçlardan Yararlanılması

Modern tıpla sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesi pek çok teknik aracın yardımıyla gerçekleşmekte ve hastadan sorumlu bir hekimin tüm tanı ve tedavi imkanları hakkında uzman olması beklenmemektedir. Radyoloji ve patoloji gibi görece klasik yöntemlerin yanında kök hücre teknolojilerinden bilgisayar destekli tanı yöntemlerine kadar çok farklı tanı ve tedavi yöntemi bulunmakta ve bu yöntemlerin her biri de sürekli geliştirilmekte ve değişmektedir. Bu açıdan söz konusu tanı ve

⁹⁷⁶ Lutz Eidam 2011, agm. s. 914.

⁹⁷⁷ Ali Kemal Yıldız 2010, agm. s. 275.

⁹⁷⁸ agm. s. 276.

⁹⁷⁹ Frank Wenzel (2013), *Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht*, 3. Bası, Luchterhand Verlag, Köln, s. 530.

tedavi yöntemlerinin kullanılması başlı başına birer uzmanlık alanıdır ve tıbbi iş birliğini zorunlu hale getirmektedir.

Bu iş birliği örneklerinden en sık rastlanana radyolog ve diğer uzmanlık alanlarından bir hekimin tanı için birlikte çalışmasıdır. Münih Yüksek Mahkemesi bir hukuk davasında, manyetik rezonans görüntüleme sonuçlarını kendisi incelemeyen radyologun yazılı değerlendirmesine uygun olarak tedaviye başlayan ortopedistin özen yükümlülüğüne uygun davrandığına karar vermiştir.⁹⁸⁰ Söz konusu karar gerekçesi itibariyle ceza hukukunda özen yükümlülüğünün belirlenmesi açısından da önem taşıyacak niteliktedir.

Olayda ortopedist, hastanın kuadriseps tendonu tamamen yırtılmasına rağmen radyoloji raporunda gerilme ve kısmi yırtılma olduğu belirtildiği için bir ortez yardımıyla dizi stabilize etme ve cerrahi müdahale seçeneklerini hastaya önermemiş ve dizdeki yırtık kalıcı olarak daha kötüye gitmiştir. Mahkemeye göre radyolog ve ortopedist arasında yatay iş bölümü söz konusudur ve ortopedist başka bir uzmanlık alanından doktorun alanına ilişkin değerlendirmesine güvenebilmelidir. Dolayısıyla ortopedistin cerrahi müdahale önermek için hiçbir nedeni bulunmamaktadır. Klinik bulgularla uyummadığı takdirde ortopedistin sonuçları sorgulaması beklenebilecek olmakla beraber somut olayda bu yönde bir emare bulunmamaktadır.⁹⁸¹

Münih Yüksek Mahkemesi, yukarıdaki karara varabilmek için öncelikle ortopedistin sorumluluk alanını netleştirmeye çalışmış ve manyetik rezonans görüntüleme sonuçlarının değerlendirilmesinin ortopedistin de yükümlülüğü olup olmadığını araştırmıştır. Bir ortopedi uzmanının manyetik rezonans görüntüleme hakkında bilgi sahibi olması gerekmediği ancak ortopedi ileri eğitim yönetmeliğine göre, bu alanda 2 yıllık ek eğitimle ortopedi uzmanının söz konusu tıbbi faaliyet için hastanın sigorta şirketine faturalandırma yapabileceği yönündeki bilirkişi raporları⁹⁸² kararda etkilidir.

Türkiye'deki düzenlemeler ise en azından nörolog ve radyologların iş bölümü açısından farklılık göstermektedir. Nöroloji Çekirdek Müfredatına göre nöroloji uzmanlık eğitimi nöro radyoloji ve nöro görüntülemeyi de kapsamaktadır. Bu açıdan

⁹⁸⁰ Oberlandesgericht München, 22.08.2013 – [1 U 204/12](https://www.iww.de/quellenmaterial/id/102111), <https://www.iww.de/quellenmaterial/id/102111> (E.T. 20.04.2022).

⁹⁸¹ Oberlandesgericht München, 22.08.2013 – [1 U 204/12](https://www.iww.de/quellenmaterial/id/102111), <https://www.iww.de/quellenmaterial/id/102111> (E.T. 20.04.2022).

⁹⁸² Oberlandesgericht München, 22.08.2013 – [1 U 204/12](https://www.iww.de/quellenmaterial/id/102111).

görüntüleme yöntemleriyle yapılan tıbbi değerlendirmelerde radyologlarla aynı ölçüde olmasa da nörologların da sorumlu olduğu ifade edilmektedir.⁹⁸³

3.3.3.1.2.2. Cerrahi Müdahaleler

Yatay iş birliğine verilen en temel örnek, cerrahi müdahaleler ve cerrah ile anesteziist arasındaki iş bölümüdür. Bir cerrahtan, kendi uzmanlığı olmaması nedeniyle hastanın tedavisinde anestezi uzmanını denetlemesini ve kontrol etmesini beklememek, tıp biliminde uzmanlaşma ve profesyonelleşme ile açıklanmaktadır.⁹⁸⁴ Aynı şekilde anesteziist de cerrahın kendi alanında tıbbi standartlara uygun hareket edeceğine güvenebilir.

Anestezi uzmanının görev ve yetkileri Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin (YTKİY) 16. maddesinde düzenlenmiştir.⁹⁸⁵ Buna göre cerrahi operasyon için gerekli anestetiğin verilmesinden ve ameliyat sonrası uyandırılmasına kadar ilgili tüm süreçlerden anestezi uzmanı sorumludur. Cerrah ise cerrahi operasyonun gerçekleştirilmesine ilişkin, operasyon öncesini, operasyon anını ve sonrasını kapsayan pek çok yükümlülük altındadır.⁹⁸⁶

⁹⁸³ Yakup Gökhan Doğramacı 2016, age. s. 78.

⁹⁸⁴ Gunnar Duttge (2011), "Arbeitsteilige Medizin zwischen Vertrauen und strafbarer Fahrlässigkeit", ZIS, C. 5, s. 351.

⁹⁸⁵ *Anestezi Uzmanının Görev ve Yetkileri:*

Madde 116 – Kendisine bir gün önceden verilecek ameliyat listelerine göre vak'aların niteliklerini ve ameliyat sürelerini gözönüne alarak günlük ameliyathane çalışma listelerini düzenler. Ameliyat olacak hastaların ameliyata hazırlanması için gerekli incelemeler ile konsültasyonların yapılmasını ve bu hastaların premedikasyonunu sağlar.

a) Narkoz ve ameliyat sonrası bakım yerlerinde çalışan personelin hizmetle ilgili amiri olup, onların düzenli ve verimli çalışmalarını ve hizmet içi eğitimlerini sağlar.

Bölümünden baştabibe karşı sorumludur.

b) Hastanın sağlık durumuna göre, **anestezi altında ameliyat yapılıp yapılmayacağı hususunda karar verir.**

c) Operatörle görüşerek ameliyatın özelliğinin ve hastanın genel durumunu gözönünde bulundurmak suretiyle hastaya ameliyat masasında en uygun pozisyonu verir ve **anestezi tekniğini tesbit ederek gerekli anestetiği hastaya uygular veya kendi kontrolü altında teknisyenlere uygulatır.**

d) Anestezi ve ameliyat altında iken hastanın durumunu, normal şartlarda seyrini temin için bütün kontrolleri (teneffüs sistemi, Üriner sistem, serebral sistem, kan ve elektrolitler, anoksiya, hastanın ateşi, terlemesi vs.) yapar veya kendi sorumluluğu altında teknisyenlere yaptırır. Anestezi şekli ve seyrini ameliyat kağıdına kaydeder. (Ek:12 Form 63)

e) **Ameliyat sonu hastanın normal hayati fonksiyonlarını kazanıncaya kadar gerekli gördüğü bütün tedbir ve tedavileri uygular.** Bu hususta operatörle ve lüzum gördüğü diğer uzmanlarla konsültasyon yapar. Ameliyathane ve sterilizasyon işlerinde ameliyathane sorumlusuna yardımcı olur.

f) Narkoz ve ameliyat sonrası bakım birimindeki her türlü cihaz, alet, ilaç ve sıhhi malzemenin sağlanması, bakım, muhafaza ve sarfından sorumludur.

⁹⁸⁶ Erdem Özkara, Ahmet Çoker ve Hamit Hancı (2004), "Türkiye'de Genel Cerrahin Yasal Sorumlulukları ve Mediko-Legal Sorunlar", *Ulusal Travma Dergisi*, C. 10, S. 1, s. 8.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi, daha önce yer verilen⁹⁸⁷ 1979 tarihli kararında, anesteziistin, cerrahın, anestezi prosedürünün dayandığı teşhisi doğru koyacağına, faaliyetlerini onunla koordine edeceğine, anestezi prosedürü için önem taşıyan hususlarda kendisini zamanında ve doğru bir şekilde bilgilendireceğine güvenebileceği ifade edilmiştir.⁹⁸⁸ Somut olayda hatalı bir şekilde apandisit teşhisi koyulmuş ve farklı bir anestezi işlemi gerektirecek bağırsak felcine işaret eden bağırsak seslerinin bulunduğu anesteziye bildirilmemiştir. Yanlış teşhis üzerine hatalı bir şekilde narkoz veren sanığın fiiliyle hasta hayatını kaybetmiştir. Mahkeme sanığın insiyatif olarak tekrar bağırsak seslerini dinlemek zorunda olmadığı ve daha önce koyulan teşhisin doğruluğuna güvenerek hareket edebileceği gerekçeleriyle sanığın beraatine karar vermiştir.

Aynı mahkeme “*Tıbbi bir müdahalede yer alan uzman doktorlar, kural olarak çalışma arkadaşlarının hata yapmayacağına güvenebilir*” şeklindeki içtihadını, 1980 tarihli bir kararında bu sefer cerrahın anestezi uzmanına güvenebileceği şeklinde yinelemiştir.⁹⁸⁹ Karara konu ameliyat cerrah ve anestezi uzmanı tarafından birlikte yürütülmüş ve dolayısıyla her ikisi de karşılıklı olarak diğer tarafın özen yükümlülüğüne uygun davranacağı varsayımıyla hareket etmiştir. Anestezi uzmanı, kendi yetki alanına dair hasta için ölümcül sonucu olan bir hata yapınca mahkeme, bu hatadan yalnızca onun cezai sorumluluğunun bulunduğunu kabul etmiştir. Cerrahın ise güven ilkesi dolayısıyla sorumluluğu gündeme gelmemiştir.⁹⁹⁰

Cerrah ile anestezi uzmanı hekim arasında yatay iş bölümü bulursa da anestezi uzmanının bulunmadığı hastanelerde onun yerine görev yapan anestezi teknisyeni ile operasyondan sorumlu cerrah arasında yatay değil dikey iş bölümü vardır. Nitekim Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin (YTKİY) 137. maddesine göre anestezi teknisyeni; anestezi uzmanı veya bunun bulunmadığı hallerde ameliyathane sorumlu uzmanının sorumluluğu altında çalışır ve kendisine verilen direktiflere uyar.

3.3.3.1.2.3. Konsültasyon

Konsültasyon,

“tam aydınlatılmamış bir vaka yahut teşhisi zor bir hastalık karşısında hasta veya ailesinin isteği ya da tedavi eden hekimin göreceği gereksinim üzerine, farklı dallarda

⁹⁸⁷ Bkz. I. Bölüm, II/B/3.

⁹⁸⁸ BGH 1 StR 440/79, 02.10.1979.

⁹⁸⁹ Lutz Eidam 2011, agm. s. 914.

⁹⁹⁰ agm. s. 914.

uzman olan iki yahut daha fazla hekimin hasta üzerinde ortak değerlendirmede bulunması”

şeklinde tanımlanmaktadır.⁹⁹¹ Bu açıdan tıbbi iş birliğinin en önemli örneklerinden birini oluşturan konsültasyon, tıbbi tanı ve tedaviden sorumlu olan hekimin doğru kararı verebilmek için farklı uzmanlık alanlarından meslektaşlarıyla istişare ederek sorumluluğu paylaşması anlamına gelmektedir.⁹⁹²

Sorumlu olduğu bir tıbbi tanı veya tedavi nedeniyle başka bir uzmanlık dalından meslektaşına danışan hekim *müdavi*, alanındaki bilgi ve deneyimi dolayısıyla kendisine danışılan hekim ise *konsültan* hekim olarak nitelendirilir.⁹⁹³ Bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere tıbbi tanı ve tedavi işlemlerinden esas sorumlu müdavi hekimdir. Konsültan hekim ise ancak onun izin verdiği ölçüde tıbbi faaliyete katılır.⁹⁹⁴

Hem müdavi hekimin hem de konsültan hekimin hastaya özen göstermekten sorumlu oldukları⁹⁹⁵ ve her ikisinin de tıbbi standartlara uygun teşhis ve tedavi yapması gerektiği açıktır.⁹⁹⁶ Konsültasyona katılan hekimlerin uzmanlık alanları birbirinden farklıdır ve aralarında hiyerarşik ilişki bulunmamaktadır. Bu açıdan her bir hekim, diğer meslektaşlarının tıbbi standartlara uygun bir şekilde görevlerini yerine getirdiklerine güvenebilir.⁹⁹⁷ Konsültasyonda ulaşılan sonuçlar, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin (TDN) 26. maddesi uyarınca bir tutanakla kayıt altına alınır ve müşterek olarak imzalanır.

Öğretide, müdavi-konsültan hekim ilişkisi kapsamında işlenen suçlarda ceza hukuku sorumluluğunun tespitinde güven ilkesinin çok kısıtlı rolü olabileceği ifade edilmektedir. Gerçekten de asıl sorumlu olan müdavi hekim tedavi sürecine egemendir ve müdavi hekim bilirkişilik benzeri danışma görevi görür.⁹⁹⁸ Yine de müdavi ve konsültan hekim arasında güven ilkesinin uygulanabileceği durumlar olabilir.

⁹⁹¹ Yakup Korkmaz 2019, agm. s. 247.

⁹⁹² Tefrik Özlü (2010), “Günümüz Hekimliğinde Konsültasyon”, *İçinde, Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıpta İş Birliği ve Hukuksal Sorunlar*, Samsun, s. 64.

⁹⁹³ agm. s. 63.

⁹⁹⁴ Yahya Deryal (2010), “Tıbbi Konsültasyona Bağlı Hukuki Problemler (Müdavi Hekim Konsültan Hekim İlişkileri)”, *İçinde, Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıpta İş Birliği ve Hukuksal Sorunlar*, Samsun, s. 93.

⁹⁹⁵ Yener Ünver (2010), “Müdavi Hekim – Konsültan Hekim İlişkisinin Ceza Hukuku Sorumluluğu Açısından Değerlendirilmesi”, *Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıpta İş Birliği ve Hukuksal Sorunlar*, Samsun, s. 108.

⁹⁹⁶ agm. s. 101.

⁹⁹⁷ Bkz. Yakup Korkmaz 2019, agm. s. 278.

⁹⁹⁸ Yener Ünver 2010, agm. s. 112.

Konsültan hekimin görevi hastayı tedavi etmek değil, belirli bir tıbbi sorunla ilgili görüş bildirmektir. Bunun için de hastayla ilgili gerekli tüm bilgilerin kendisiyle paylaşılması ve doğru bir biçimde bilgilendirilmesi gerekir.⁹⁹⁹ Konsültan hekim, kendisine aktarılan tıbbi bilgilerin doğruluğuna ve müdavi hekimin kendisini gereği gibi bilgilendirdiğine güvenebilir. Almanya’da verilen bir kararda, danışmak için çağrılan doktorun hastalık öyküsünü almak ve somut tetkik istemlerinden daha fazla bulgu toplamak zorunda olmadığına, bu işlemlerin ilk doktor tarafından gereği gibi yapıldığına güvenebileceğine hükmedilmiştir.¹⁰⁰⁰ Elbette eğer hastalık öyküsünde ya da diğer bilgilerde fark etmesi gereken bir tutarsızlık ya da eksiklik varsa artık hukuken korunan haklı bir güven söz konusu olmayacaktır.

Tıbbi faaliyetlerin yürütülmesinden esas sorumlu olan müdavi hekim olsa da onunla aynı görüşte olmayan konsültan hekim, konsültasyon tutanağına kanaatini açıkça yazmalıdır. Bununla birlikte yapılan tedaviye müdahale etme hakkı bulunmamaktadır (TDN m. 27).¹⁰⁰¹ Konsültan hekim; tedaviden birincil derecede sorumlu olan müdavi hekimin tıbbi standartlara uygun olmayan önerilerine uyması halinde, güven ilkesine dayanarak sorumluluktan kurtarmaz.¹⁰⁰² Yargıtay da bir kararında hastanın zamanında sevk edilmemesi nedeniyle ölümünden hem müdavi hem de konsültan hekimin sorumlu olduğuna karar vermiştir.¹⁰⁰³

Müdavi hekimin ilk yükümlülüğü, konsültan hekimin seçimiyle ilgilidir. Söz konusu seçim yükümlülüğünü yerine getirirken özenli davranmayan müdavi hekimin sorumluluğu doğabilir.¹⁰⁰⁴ Bu yükümlülüğünü yerine getiren müdavi hekim, konsültan hekim tarafından verilen önerilerin tıbbi standartları karşıladığına güvenebilir. Konsültan hekimin tavsiyelerine uygun bir tıbbi tedavi yolunu seçmek, müdavi hekimin özen yükümlülüğüne uygundur ve konsültan hekimin yaptığı tıbbi hatadan habersiz olarak duyduğu güven nedeniyle müdavi hekim sorumlu olmaz.¹⁰⁰⁵ Bununla

⁹⁹⁹ Yakup Korkmaz 2019, agm. s. 259.

¹⁰⁰⁰ Thüringisches OLG, Beschl. v. 15.1.2004 – 4 U 836/03 = OLG-NL 2004, 97, *Aktaran* Gunnar Duttge 2011, agm. s. 351.

¹⁰⁰¹ Konsültan hekimin, tıbbi standartlara aykırı davranarak hastaya açıkça zarar verdiğini fark ettiği müdavi hekimi ilgili makamlara bildirme yükümlülüğü olduğuna dair bkz. Yakup Gökhan Doğramacı 2016, age. s. 85.

¹⁰⁰² Yener Ünver 2010, agm. s. 101, 102.

¹⁰⁰³ Yargıtay 12. CD, T. 18.03.2016, E. 2016/1134, K. 2016/4487, *Aktaran* Yakup Korkmaz 2019, agm. s. 274.

¹⁰⁰⁴ Yener Ünver 2010, agm. s. 112.

¹⁰⁰⁵ Aynı yönde Yakup Korkmaz 2019, agm. s. 273.

birlikte konsültan hekimin görevini tıbbi standartlara uygun bir şekilde yaptığına dair ciddi şüpheler taşırorsa, güven ilkesi sınırlandırılır.¹⁰⁰⁶

İki durumda konsültan hekimin tavsiyesine uymamak müdavi hekim açısından özen yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmeyecektir. İlk olarak konsültan hekimin değerlendirmeleri her ne kadar tavsiye niteliği taşısa ve müdavi hekim açısından bağlayıcı olmasa da müdavi hekim ancak gerekçe göstererek bu önerilerden sapan bir tıbbi tedavi benimseyebilir.¹⁰⁰⁷ Bununla birlikte somut bir gerekçe olmaksızın tıbbi standartlara uygun öneriyi reddeden müdavi hekimin özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği söylenebilir. İkinci durum ise özene aykırılığa ilişkin somut bir emare bulunması halinde güven ilkesinin sınırlandırılması gerekliliği uyarınca verilen tavsiyenin açıkça tıbbi standartlara uygun olmaması halidir.¹⁰⁰⁸

¹⁰⁰⁶ Yener Ünver 2010, agm. s. 105, 106.

¹⁰⁰⁷ Yahya Deryal 2010, agm. s. 98.

¹⁰⁰⁸ Yakup Gökhan Doğramacı 2016, age. s. 86.

3.3.3.1.3. Sektörel İş Bölümü

Kendi muayenehanesi olan doktor ile hastanede çalışan doktor arasındaki iş bölümü sektörler arası iş bölümü olarak nitelendirilmektedir. Bu halde muayenehaneye gelen hasta, daha ileri tedavi veya tetkikler için bir hastaneye yönlendirilir. Daha sonrasında ise hasta takip ve tedavi için ilk doktora gönderilebilir.¹⁰⁰⁹ Bunun yanında eczacının aldığı eğitime uygun hareket edeceğine olan güvenin de korunacağı ifade edilmektedir¹⁰¹⁰ ki bu ilişki de sektörel iş bölümü olarak kabul edilebilir.

Hastanın sevki halinde bu hekimler arasında hiyerarşik ilişki ve birinin diğerine karşı talimat verme ya da onu denetleme görevi olmadığı açıktır. Ancak aralarında yatay iş bölümü de yoktur. Yatay iş bölümünün karakteristiği, zamansal örtüşme ve farklı alanlar arası iş birliğinde görüldüğünden¹⁰¹¹ bir hastanın başka bir sağlık hizmeti sunucusuna sevk edilmesi halinde güven ilkesi uygulanmaz. Nitekim hekimler ardışık olarak sorumlu olurlar ve zamansal örtüşme söz konusu olmaz.

Buna rağmen hasta kendisine sevk edilen ve artık teşhis ve tedaviden sorumlu olan hekimin önceki hekimin verdiği bilgilere yeterliliği ölçüsünde güvenebileceği ifade edilmektedir. Bununla birlikte cerrahi bulgulara ve laboratuvar sonuçlarına ne kadar güvenebileceği tartışmalıdır. Eğer son doktorun deneyimlerine göre bir önceki doktorun yeterliliğini sorgulamak için bir neden varsa, bulgular klinik tabloyla uyuşmuyorsa ya da sevk edilen hastanenin teknik imkanları daha güvenilir sonuçlar elde etmeye imkân veriyorsa tekrar tetkik yapılabilir. Ayrıca sonraki doktor, ön muayeneyi yapan doktor araştırmamış olsa bile yeni şüpheli teşhisleri araştırmalıdır.¹⁰¹²

Hekimin, tıbbi müdahalelerde kullandığı kan, ilaç ve tıbbi malzemelerin gerekli niteliklere sahip olduğu yönündeki, bir diğer ifadeyle bu malzemeleri sağlayan kurumlara olan güveni de korunur.¹⁰¹³ Ancak bu güvenin korunması için öncelikle doğru kanın verildiğine ilişkin kontrol yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekir.¹⁰¹⁴

¹⁰⁰⁹ Frank Wenzel 2013, age. s. 531.

¹⁰¹⁰ BGHSt 3 91, 96, *Aktaran Joachim Vogel ve Jens Bülte* 2020, LK, §15, age. parag. 275.

¹⁰¹¹ Frank Wenzel 2013, age. s. 531.

¹⁰¹² Bernd-Rüdiger Kern ve Martin Rehborn 2019, age. §99, parag. 10.

¹⁰¹³ Ali Kemal Yıldız 2010, agm. s. 277.

¹⁰¹⁴ “... sanık anestezi teknisyeni olan ... tarafından ameliyata başlanmadan önce kanın hastayla birlikte gelmemesi üzerine Dr ...'a kan takılıp takılmayacağını sorduğu; sanığın kan takılacağını söylemesi üzerine sanık ...'nin servise telefon edip ameliyata alınan hastanın kanının gelmediğini bildirdiği, serviste görevli olan sanık ...'in de bu bildirim üzerine serviste hazır olan kanı temizlik

3.3.3.1.4. Yatay İş Bölümünde Güven İlkesinin Sınırları

Dikey iş bölümü ile karşılaştırıldığında, yatay iş bölümünde güven ilkesi daha çok gelişmiştir.¹⁰¹⁵ Ancak bu alanda da ilkenin bazı sınırları bulunmaktadır.

Bir görüş uyarınca, en ufak bir şüphe dahi güven ilkesinin sınırlandırılması anlamına gelecektir. Örneğin kural olarak anestezi uzmanı cerraha güvenebilirse de bir hemşirenin cerrahi operasyonun yapılacağı bölgenin doğruluğu hakkındaki şüphelerini gizlice olsa dahi belirtmesiyle; anesteziistin durumu belirtme, cerrahın da kontrol etme yükümlülüğü doğacağı savunulmaktadır.¹⁰¹⁶

Ancak haklı olan görüş, yatay iş birliğinde, ağır ihmal veya bilgi ya da kolayca fark edilebilen nitelik eksikliği gibi somut bir emareye dayanan bir şüphe olmadığı sürece diğer disiplinlerden çalışma arkadaşlarının hatasız bir şekilde iş birliği yapacağına güvenilebileceğidir.¹⁰¹⁷ Muayenesi olan doktor hastane ile iş birliği yapıyorsa, personel ve donanım bakımından kendisinden daha üstün olan hastanenin teşhislerine güvenebilir. Ancak bilgi ve tecrübesi dolayısıyla şüphelenmesi gereken bir durum olursa, örneğin bulgular klinik tabloyla uyuşmuyorsa güven ilkesi sınırlandırılır.¹⁰¹⁸

Kural olarak bir ameliyatın yapılması için çağrılan cerrah, sevk eden doktor tarafından yapılan usulüne uygun açıklamaya güvenebilir. Ancak ileri tedavi ve operasyon sırasında, daha önceki teşhisle ilgili ciddi bir şüphe ortaya çıkarsa durum farklıdır. Köln Yüksek Mahkeme kararına konu olan bir olay, ameliyat esnasında güvenin ortadan kalkmasını gerektiren somut bir durumun varlığına örnek teşkil

elemanı olan ...'e vererek götürmesini istediği, ... tarafından kanın ameliyathaneye getirilerek teslim edildiği, sanık ... tarafından termos içindeki form ile kan üzerindeki isimlerin birbirine uygun olduğu belirlenip, basit karşılaştırma yapıp, kanın hastaya verildiği kan grubu B Rh- olan hastaya A Rh+ kan verilmesi nedeniyle ölümle sonuçlanan olayda yapılan incelemede olayla ilgili olarak yapılan idari soruşturma evraklarının da dosya içinde bulunmadığı gözetildiğinde somut gerçeğin ve sanıklara kusur olarak izafe edilebilecek davranışlarının tespiti amacıyla öncelikle, tüm evrakların getirtilip, sanıkların her birinin görevleri ile kusur oluşturabilecek fiilleri açıkça belirlenip, fiilleri ile ölüm arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığının saptanması açısından Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Dairesinden bu hususları değerlendiren ek rapor alınmasından sonra, illiyet bağı bulunmayan sanıkların yönünden görevi kötüye kullanma suçunun oluşup oluşmayacağı, kusurlu fiilleri saptanan sanıkların hukuki durumunun ise taksirle öldürme suçu yönünde değerlendirilmesi yerine eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm tesisi..." Yar. 12. CD., E. 2014/1127 K. 2015/867 T. 21.1.2015. Olayda sanık anestezi teknisyeni, kan termosu ve kan istem formu üzerindeki isimleri karşılaştırmış ancak ameliyat olan hastanın ismini teyit etmediğinden hatayı fark etmemiştir. Bu açıdan serviste görevli olan diğer sanığın yükümlülüklerine uygun bir şekilde doğru hastaya ait kan termosunu gönderdiğine güvenemez.

¹⁰¹⁵ Oliver Nueper ve Christoph Sigl 2015, agm. s. 302.

¹⁰¹⁶ agm. s. 302.

¹⁰¹⁷ Gunnar Duttge 2011, agm.s. 351.

¹⁰¹⁸ Bernd-Rüdiger Kern ve Martin Rehborn 2019, age. § 100, parag. 10.

etmektedir. Nitekim olayda en başında kısmen kadın organizmasına sahip olduğu bilgisiyle erkek fenotipine uyum sağlamak için cerrahi müdahale olmaya rıza gösteren mağdurda, ameliyat sırasında erkek genod dokusuna rastlanmamış buna rağmen rahim ve yumurtalıklar alınarak hastanın kendi kaderini tayin hakkı ihlal edilmiştir.¹⁰¹⁹ Davada sanık, sadece ameliyat için çağırılması nedeniyle hem endikasyonun varlığına hem de kendisine yapılan açıklamaların doğruluğuna güvenebileceğini, sadece cerrahi operasyonu doğrudan etkileyebilecek hususlarla ilgili bilgi edinme yükümlülüğü olduğunu savunmuştur. Buradaki soru, söz konusu hususlardan şüphelenilmesi için gereken sebeplerin ameliyat sırasında ortaya çıkıp çıkmadığıdır.¹⁰²⁰ Mahkeme, cinsiyetle ilgili bir ameliyatta ağırlıklı olarak erkek organizması yerine kadın organizması ile karşılaşan sanığın artık muayeneyi yapan ve ameliyat kararını veren doktorların kendisine yaptığı açıklamalara güvenemeyeceğine ve somut olaydaki şüphelere rağmen cerrahi müdahaleye devam etmesinin hukuka aykırı olacağına karar vermiştir.¹⁰²¹

Kendisi özen yükümlülüğüne aykırı hareket eden hekim de başka bir meslektaşının özeni ile tıbbi müdahalenin başarıyla sonuçlanacağına güvenemez. Almanya Braunschweig Bölge Mahkemesi'nde davaya¹⁰²² konu olan bir olayda,¹⁰²³

¹⁰¹⁹ OLG Köln, Beschl. v. 3.9.2008 – 5 U 51/08, (E.T. 14.04.2022), parag. 3, E.T. 14.04.2022, <https://openjur.de/u/132080.html>.

¹⁰²⁰ OLG Köln, parag. 12.

¹⁰²¹ OLG Köln, parag. 11.

¹⁰²² Landgerichts Braunschweig, 25.10.2017, 9 Ks 401 Js 4535/11.

¹⁰²³ Yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmediği için yasal sigortalı hastaları tedavi etme izni daha önceden iptal edilen ve yalnızca özel hasta kabul edebilen bir ürolog, cerrahi operasyon yapması gerektiğinde anestezi uzmanı başka bir doktor ile yetersiz ekipman bulunmasına rağmen kendi muayenehanesinde çalışmaktadır. Sanığın muayenehanesine tek başına gelen anestezi uzmanı, tıbbi müdahalenin ardından, uyanana kadar hastaların kontrol edilmesini sanığın çalışanına bırakmaktadır. Sanığın muayenehanesine ağrı şikâyeti ile gelen bir hastaya ultrason tetkiki yapan sanık, daha fazla ücret alabilmek için kasıtlı bir şekilde böbrek taşı teşhisi koymuş ve buna yönelik tedaviye başlamış, daha sonra da tedavinin yetersiz olduğunu ve cerrahi müdahale gerektiğini söylemiştir. Operasyon günü, anestezi uzmanı muayenehanede gerekli tıbbi cihazlar olmadığını ve başka bir klinikteki ameliyata gideceği için hasta kendine gelene kadar orada olmayacağını bilmesine rağmen hastaya bu hususlar hakkında yalan söyleyerek genel anestezi vermiş ve muayenehaneyi terk etmiştir. Ancak hasta huzursuzlanınca sanık tarafından tekrar çağırılmış ve propofol verilmesi üzerine rahatlayan hastayı geçerli tıp kurallarına aykırı bir şekilde bırakarak muayenehaneyi ikinci kez terk etmiştir. Anestezi uzmanı uyanma sürecine kadar hastayı izlemelidir ve bu görev başka bir daldan uzmana ancak başka bir işle meşgul olmadan sadece hastayı izleyecekse devredilebilir. Ancak olayda anestezi uzmanı sanığın başka bir işle ilgilendiğini onun yerine söz konusu işi yapamayacağını bilmektedir. Ürolog da anestezi uzmanı olmadan operasyona devam etmenin hastanın hayatı tehlike yaşamaya anlamına geldiğini bilmektedir. Her iki doktor da hastanın uyanma aşamasının kritik olduğunu ve çok dikkatli bir gözlem gerektirdiğinin bilincindedir. Anestezi uzmanı nabız oksimetresinin sesini daha önce kıstığı için o gittiğinde doktor ve yardımcısı alarının sesini duyamamıştır. Anestezi uzmanı 15-20 dakika sonra kontrol için tekrar geldiğinde hastanın oksijen saturasyonunun düştüğünü anlayarak reanimasyon için çabalamış ancak başarılı olamamıştır. Nihayetinde hasta, propofol kullanımı ve hastanın uygun şekilde

ürolog ile anestezi uzmanı bir cerrahi operasyon için birlikte çalışmışlardır. Sanık ürolog; kasıtlı bir şekilde tıbbi standartlara aykırı bir cerrahi müdahale kararı almış, meslektaşını anestezi uzmanı da operasyon sırasında tıbbi standartlara aykırı davranacağını bilmesine rağmen onunla iş birliği yapmayı seçmiştir. Operasyon sırasında anestezi uzmanının yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle hasta hayatını kaybetmiştir. Davada ürolog kendi fiilleri nedeniyle kasıtlı yaralamadan suçlu bulunmuştur.¹⁰²⁴ Ancak mahkemenin tartıştığı esas husus; anestezi uzmanının görev alanına giren bir hatadan dolayı ürologun sorumluluğu yani ürologun, hastanın anestezi uzmanının hataları nedeniyle hayatını kaybetmesine taksirle neden olup olmadığıdır.¹⁰²⁵

Yatay iş bölümüne dayanan tıbbi iş birliğinde, her doktor kendi sorumluluk alanında ortaya çıkan tehlikelere karşı önlem almalıdır.¹⁰²⁶ İlgili doktorun eksiklikleri ve yetersizliği açığa çıkarsa, güven ilkesine dayanılmaz. Bu durumu fark eden doktorun, meslektaşının bariz hatasından doğacak bir tehlikeye karşı hastayı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır.¹⁰²⁷ Davada anestezi uzmanı operasyonun yapıldığı muayenehaneyi iki kez terk etmiştir. Sanık, anestezi uzmanının muayenehaneyi ilk terk edişinde, hastanın yeterli takip olmaksızın anestezi altında bırakıldığını bilmektedir. İkinci terk edişinde de anestezi uzmanının görevini kendisinin yerine getiremeyeceğini bilmektedir, nitekim kendisi sadece ürolojik müdahaleye konsantre olmuştur.¹⁰²⁸

İkinci olarak sanığın kendisi de endikasyon olmadan tıbbi tedavi ve müdahalede bulunduğu için yükümlülüklerine aykırı hareket etmiştir.¹⁰²⁹ Sonuç olarak kasıtlı bir şekilde tıbbi sanat kurallarını ihlal etmesi ve anestezi uzmanının yükümlülüğüne aykırı davranışıyla ürolog için fark edilebilir hale gelen tehlike nedeniyle sanığın güven ilkesine başvuramayacağına hükmedilmiştir.¹⁰³⁰

takibinin yapılmamasına bağlı kalbinin durması (kardiyovasküler arrest) sonucunda hayatını kaybetmiştir. Wolfgang Bruns (2019), "Grenzen des Vertrauensgrundsatzes", *Arzt Recht*, C. 54, S. 1, s. 5-12.

¹⁰²⁴ agm. s. 17.

¹⁰²⁵ agm. s. 17.

¹⁰²⁶ agm. s. 18.

¹⁰²⁷ agm. s. 16.

¹⁰²⁸ agm. s. 16.

¹⁰²⁹ agm. s. 16.

¹⁰³⁰ agm. s. 16.

3.3.3.2. Tıbbi Faaliyetlerde Dikey İş Bölümünde Güven İlkesi

3.3.3.2.1. Tıbbi Faaliyetlerde Dikey Yükümlülük Paylaşımı

Dikey iş bölümü,

*“yöneten ile yönetilenlerin hiyerarşik biçimde konumlandığı, emir-komuta ilişkisinin katı bir şekilde uygulandığı, disiplinin kolay bir şekilde sağlandığı bir örgütlenme biçimidir.”*¹⁰³¹

Tıbbi faaliyetlerde dikey iş bölümü, belirli bir uzmanlık alanında, şef hekimden hekim olmayan sağlık çalışanlarına kadar her bir aktörün uzmanlığına bağlı altlık üstlük ilişkisiyle belirlenir.¹⁰³² Örneğin bir tıbbi operasyon esnasında sırasıyla cerrah, asistan hekimler, hemşireler ve teknisyenler arasında dikey iş bölümü bulunmaktadır.¹⁰³³

Dikey iş bölümünün yatay iş bölümünden iki temel farkı vardır. İlk olarak dikey iş bölümünde farklı yeterlilik seviyelerindeki sağlık çalışanları birlikte çalışmaktadır.¹⁰³⁴ İkinci olarak faaliyete katılanlar arasında hiyerarşik hukuksal konum dolayısıyla denetim ve gözetim yükümlülüğü vardır.¹⁰³⁵ Tıbbi faaliyetlerde dikey iş bölümünde güven ilkesinin uygulanmasının daha somut bir şekilde açıklanabilmesi için söz konusu iş bölümü kapsamında bazı sağlık personelleri arasındaki iş birliği ve iş bölümünün nasıl gerçekleştiği üzerinde biraz daha ayrıntılı bir şekilde durmak gerekmektedir. Dikey iş bölümünün diğer ayırıcı özelliği olan denetim yükümlülüğü ise sonraki başlıkta ele alınacaktır.

Tıbbi müdahalelere ilişkin yükümlülük paylaşımı pozitif düzenlemeler ve uzmanlık alanlarının gerekliliklerinden doğduğu gibi ekip üyeleri arasındaki sözlü anlaşmalardan da doğabilir.¹⁰³⁶ Tıbbi iş bölümünün doğru bir şekilde yapılmaması durumunda ekip üyelerinin yükümlülükleri net bir şekilde belli olmayacağı için, diğerlerinin kendi yükümlülüklerine uygun hareket edecekleri yönündeki beklenti de temelsiz olacaktır.¹⁰³⁷

Tıbbi faaliyetlere katılan meslek mensuplarının görev ve yetkileri esas itibarıyla 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da

¹⁰³¹ Aktaran Burcu Görkemli 2016, agm. s. 146.

¹⁰³² Adolf Laufs, Christian Katzenmeier ve Volker Lipp 2021, age. parag. 54.

¹⁰³³ Burcu Görkemli 2016, agm. s. 146.

¹⁰³⁴ P. M. Lissel (2003), “Behandlungsfehler und Vertrauensgrundsatz im Rahmen der Arbeitsteilung”, *Notfall & Rettungsmedizin*, C. 6, S. 6, s. s. 410.

¹⁰³⁵ Tuğrul Katoğlu 2007, agm. s. 32.

¹⁰³⁶ Yener Ünver 2008, agm. s. 891.

¹⁰³⁷ agm. s. 891.

düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun'un 1. maddesiyle hasta tedavi edebilme yetkisi tıp diploması olan kişilere yani hekimlere özgülenmiştir. Ancak yukarıda değinilen iş bölümü gereklilikleri, tıbbi uygulama ve etkinliklerin, hekimler ve diğer sağlık mensuplarının iş bölümüne dayalı iş birliği içerisinde çalışmasını zorunlu kılmaktadır.¹⁰³⁸

Tıbbi iş birliğine katılan kişiler, Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik'te, sağlık meslek mensupları ile sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensupları şeklinde iki gruba ayrılmıştır. Anılan Yönetmeliğin ekinde, ilk grup kapsamında, hekim, diş hekimi, eczacı, hemşire, ebe, klinik psikolog, fizyoterapist, tekniker gibi meslek grupları sayılırken; psikolog, biyolog, çocuk gelişimcisi, sosyal çalışmacı gibi meslekler ikinci grup altında düzenlenmiştir. Bu açıdan beden ve ruh sağlığı üzerinde doğrudan müdahale etme yetkisi bulunan meslek mensuplarının sağlık meslek mensubu olarak kabul edildiği ve bu grupta yer alan kişilerin öğretilerde "tıp meslek mensubu" olarak da nitelendirildiği görülmektedir.¹⁰³⁹ Bu çalışma bakımından önem arz eden grup, sağlık meslek mensuplarıdır. Sağlık meslek mensuplarını da hekimler ve diğer sağlık personeli olarak ikiye ayırmak mümkündür.

Daha önce belirtildiği gibi sağlık meslek mensuplarının hem tıbbi iş birliği kapsamında bazı görevleri hem de kendi uzmanlık alanları içerisinde özerk sorumlulukları bulunmaktadır.¹⁰⁴⁰ Tıbbi iş birliği ilişkisinde belirleyici olan ise bu kişiler arasındaki hiyerarşik yapıdır.

Tıbbi faaliyetlerde hiyerarşik yapılanmaya dair pozitif düzenlemeye, YTKİY'nin "Tıbbi Hizmetlerde Çalışanların Görev ve Yetkileri" başlıklı 5. başlığında rastlamak mümkündür.¹⁰⁴¹ Buna göre hastanelerin yönetiminden sorumlu olan kişi başhekimdir. Başhekim, kurumun bütün personelinin görev ve hizmetlerle ilgili hallerde doğrudan doğruya amiridir (m. 110/5-d).

¹⁰³⁸ Burcu Ertem 2015, agt. s. 138.

¹⁰³⁹ Yakup Gökhan Doğramacı 2016, age. s. 21.

¹⁰⁴⁰ age. s. 23.

¹⁰⁴¹ YTKİY madde 109: "Yataklı tedavi kurumlarında servis, laboratuvar şef ve uzmanları, baş eczacı, başhemşire, hastane müdürü gibi doğrudan baştabibe bağlı hizmet birim amirleri, servis veya birimlerinin tertip, düzen ve verimli çalışması, temizlik işleri bakımından ve hizmetlerin bu yönetmelik esaslar içerisinde yürütülmesinden, maiyetlerinin görevlerini zamanında, en iyi bir şekilde yapmasından ve eğitiminden baştabibe, doğrudan baştabibe bağlı olmayan birim sorumluları ise bu hususlarda bağlı buldukları, başhemşire, hastane müdürü gibi birinci derecedeki amirlerine, daha aşağıdaki kademeler ise kendinden önce gelen bir üst amire karşı sorumludurlar."

Klinik ve laboratuvarlardaki amirler ise şef ve uzmanlardır (m. 113). Bu kişiler ayrıca kendi uzmanlıkları çerçevesinde servise kabul edilen hastalar ile başka bir uzmanlık dalının bulunmadığı hallerde bu şubelere ait hastaların muayene ve tedavisinden sorumludurlar (m. 114). Görüldüğü gibi uzmanların sorumluluk alanları esas itibariyle kendi uzmanlık dallarıyla sınırlıdır. Uzmanlık dallarının sınırları, Tıpta Uzmanlık Kurulu'nun hazırladığı eğitim müfredatları çerçevesinde belirlenir (1219 s. Kanun ek m. 14).

Uzmanlık eğitimi gören öğrenciler bir diğer ifadeyle asistan hekimler, tıp fakültesi diplomasına sahip olduklarından genel hekim yetki ve sorumluluklarına sahiptirler. Ancak henüz uzmanlık eğitimlerini tamamladıkları için servis ve laboratuvar şef ve şef yardımcılarının talimatı altında çalışırlar. Yatan hastaların ilk gözlemlerini yaparak onları muayene eder, acil tedavi ve müdahaleyi gerektiren vakaları derhal ilgili uzmanlara bildirir, bu arada gerekli ilk ve acil tedbirleri alırlar. Acil olmayan vakalarda ise muayene ve tetkik sonuçlarını sabah vizitinde servis uzmanına bildirirler (madde 119/1-a). Görüldüğü gibi asistan hekimler ancak uzman hekimle birlikte tıbbi müdahale yetkisine sahiptirler ve onun denetimi altında hastanın tedavisine katılırlar.¹⁰⁴² Ayrıca asistan hekimler, hizmet yerlerindeki hemşire, ebe, hemşire yardımcısı tıbbi teknisyen ve yardımcı hizmetlilerin denetim ve gözetiminden sorumludurlar (m. 119/1-g).

Hemşirelik mesleği ise esas itibariyle 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'nda düzenlenmiştir. Kanun'un 4. maddesinde hemşireler,

“tabip tarafından acil haller dışında yazılı olarak verilen tedavileri uygulamak, her ortamda bireyin, ailenin ve toplumun hemşirelik girişimleri ile karşılanabilecek sağlıkla ilgili ihtiyaçlarını belirlemek ve hemşirelik tanılama süreci kapsamında belirlenen ihtiyaçlar çerçevesinde hemşirelik bakımını planlamak, uygulamak, denetlemek ve değerlendirmekle görevli ve yetkili sağlık personeli”

olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi hemşireler, tıbbi iş birliği kapsamında hekimin talimatı altında çalıştıkları gibi bağımsız, hemşirelik mesleğine özgü sorumluluklarını da yerine getirirler. Güven ilkesinin uygulanması bakımından da bu ayrımı takip etmek gerekir.

¹⁰⁴² Yıldız Ertuğ Ünder (2012), “Asistan Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Sağlık Hukuku Makaleleri*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, s. 44.

3.3.3.2.2. Talimat Veren Sağlık Çalışanı Bakımından Güvenin Korunması

3.3.3.2.2.1. Genel İtibariyle Ekip Şefinin Sorumluluğu

Ekip şefi ve kıdemli doktorlar kendi yetki alanlarında meydana gelen fiillerden sorumlu olurlar. Bunun anlamı, dahil oldukları hiyerarşik yapıda altta yer alan personelin kural olarak korunduğu ve buna uygun olarak sorumluluklarının sınırlı olduğudur. Ancak bu yükümlülük, elbette yapılan hatalardan şef hekimin her zaman sorumlu olduğu, diğerlerinin ise hiçbir zaman olmadığı sonucunu doğurmamaktadır. İş birliğine dayanan her ekip çalışması, diğer ekip üyelerine belirli bir ölçüde güven duyulmasını gerektirmektedir. Aksi kabul, tüm işleri bizzat ekip şefinin kendisinin yapması anlamına gelecektir.¹⁰⁴³ Bu nedenle yatay iş bölümüyle aynı olmasa da bu iş bölümü türünde de güven ilkesi değiştirilmiş bir kapsamda geçerlidir.¹⁰⁴⁴

Kliniğin yönetimi ve tedaviden sorumlu olan hekim, özenli bir şekilde yönlendirilip denetlenen çalışanın, uygun bir şekilde kendisine verilen görevleri gerekli dikkat ve özen göstererek yerine getireceğine güvenebilir.¹⁰⁴⁵ Bu itibarla ekip şefinin sorumluluğu devredilebilirdir ve bu kişiler yükümlülüklerini kişisel olarak yerine getirmek zorunda değildir. Ekip şeflerinin önleme yükümlülüğü, bazı yükümlülüklerin yerine getirilmesiyle sona erer.¹⁰⁴⁶

Genel olarak kabul edilen görüş uyarınca amir, üç açıdan özen yükümlülüğünü yerine getirmelidir: İlki, görev verilen kişinin söz konusu işi yerine getirip getiremeyeceğinin titiz bir şekilde değerlendirilmesini gerektiren seçim yükümlülüğüdür. İkinci olarak amirin talimat yükümlülüğü vardır. En azından genel hizmet yönergeleri yoluyla görevin yerine getirilmesi için gerekli talimatlar vermesi gerekir.¹⁰⁴⁷ Bu kapsamda şefin sorumluluğu; yeterli bilgilendirmeye, eksik iletişim ya da koordinasyondan kaynaklanabilecek tehlikelere dair *ex ante* gerekli görülen organizasyon önlemleri için görevlendirmelerin yapılmasıyla sona erer.¹⁰⁴⁸ Üst tarafından yanlış anlaşılmalara yol açan iletişim veya organizasyon hataları ise astın aleyhine sonuç doğuramaz.¹⁰⁴⁹ Sonuncusu ise rastgele kontrollerle işin düzgün bir

¹⁰⁴³ Lutz Eidam 2011, agm. s. 915.

¹⁰⁴⁴ Adolf Laufs, Christian Katzenmeier ve Volker Lipp 2021, age. X. Arztfehler und Haftpflicht, parag. 55; Lutz Eidam 2011, agm. s. 915.

¹⁰⁴⁵ Adolf Laufs, Christian Katzenmeier ve Volker Lipp 2021, age. X. Arztfehler und Haftpflicht, parag. 55.

¹⁰⁴⁶ Gunnar Duttge 2022, MK, §15, age. parag. 147.

¹⁰⁴⁷ Gunnar Duttge 2011, agm. s. 352.

¹⁰⁴⁸ Gunnar Duttge 2022, MK, §15, age. parag. 147.

¹⁰⁴⁹ age. parag. 147.

şekilde yapılıp yapılmadığının denetlenmesini ifade eden gözetim yükümlülüğüdür.¹⁰⁵⁰ Bu şekilde güven ilkesi, hiyerarşik olarak üstte bulunan personelin özen yükümlülüğünün somutlaştırılmasına hizmet eder.

Bu yükümlülükler yerine getirildikten sonra istisnasız bir şekilde nihai kontrol yükümlülüğü öngörülmesi, dikey iş bölümü ile amaçlanan hedeflerin anlamını ortadan kaldıracaktır. Dolayısıyla yukarıda bahsedilen üç yükümlülük yerine getirildikten sonra yardımcı personelin özen, dikkat ve itina ile sorumluluklarını yerine getireceklerine güvenilebilir.¹⁰⁵¹

Ekip şefinin yükümlülükleri ayrıca tıbbi araç ve gereçlerin seçimi, tıbbi müdahale için gerekli ortamın hazırlanması ve sterilizasyonun sağlanması gibi organizasyon işlemlerini de kapsar.¹⁰⁵² Özellikle cerrahi müdahalelerin ön hazırlığı ve organizasyonu, tıbbi müdahalenin başarısı açısından büyük önem arz etmektedir. Bu işlemlerin yapılması, her biri farklı uzmanlıklara sahip farklı kişilerin sorumluluğunda olsa da ekip şefi ya da alt gruplar varsa ilgili grubun şefi söz konusu işlemleri denetleme yükümlülüğü altındadır.¹⁰⁵³

Yargıtay 2. Ceza Dairesi bir kararında güven ilkesini açıkça anmadan ameliyatta yer alan alt grupların gözetim ve denetim yükümlülüklerini incelemiştir. Olayda anestezi teknisyenlerinin ameliyat öncesinde oksijen tüplerinin doluluğunu kontrol etmemeleri neticesinde bir saatlik ameliyata 15 dakikalık oksijen tüpü ile girilmiştir. Bu durum anlaşılınca da teknisyenler tüpü kendileri yerine hizmetliye değiştirmişler ve yanlışlıkla karbondioksit verilmesi nedeniyle hasta hayatını kaybetmiştir.¹⁰⁵⁴ Daire, olayda hem teknisyenler ile hizmetli hem de anestezi ve reanimasyon uzmanı hekimle teknisyenler arasındaki ilişkiyi incelemiştir. Buna göre uzman hekim, anestezi işlerini bizzat yerine getirmek ve teknisyenlere nezaret etmekle yükümlü iken bu görevini ihmal etmiştir. Teknisyenler de ameliyat öncesinde kendi yükümlülüklerini yerine getirmemiş daha sonra da yükümlülüklerini yetkisiz olan hizmetliye devretmişlerdir.¹⁰⁵⁵

Davaya konu olayda, hizmetlinin ameliyatta herhangi bir yetkisi olmadığı için teknisyenlerle hizmetli arasında iş birliği de yoktur. Bu açıdan güven ilkesi uygulama

¹⁰⁵⁰ Gunnar Duttge 2011, agm.s. 352.

¹⁰⁵¹ agm.s. 352.

¹⁰⁵² Yener Ünver 2008, agm. s. 885, 887.

¹⁰⁵³ Hamit Hancı (2006), *Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 107.

¹⁰⁵⁴ Y. 2.CD, E. 268/1996, K. 1025/1996, T. 05.02.1996, *Aktaran Yener Ünver* 2008, agm. s. 896, 897.

¹⁰⁵⁵ Y. 2.CD, E. 268/1996, K. 1025/1996, T. 05.02.1996.

alanı bulmaz. Ancak uzman doktorlar ile teknisyenler arasında dikey iş birliği bulunduğu için güven ilkesinin uygulanabilirliği tartışılabilir. Uzmanlar bizzat yapmaları gereken işlemleri yerine getirdikten sonra teknisyenlere gerekli talimatları açık ve net bir şekilde vererek ve onları denetleyerek işin yapılmasını onlara bırakabilirler. Bu açıdan uzmandan teknisyenin işini yapması değil kendi denetim ve gözetim görevini yerine getirmesi beklenir. Hekim ancak bu yükümlülüğünü yerine getirdikten sonra teknisyenin üzerine düşen yükümlülüğü yerine getireceğine güvendiğini iddia edebilir. Davaya konu olayda hekimin teknisyenlere duyduğu güvenin haklı olmadığı anlaşılmaktadır. Hükümde de hem anestezi uzmanı hem de anestezi teknisyenlerinin taksirle ölüme neden olmaktan sorumlu oldukları belirtilmiştir.¹⁰⁵⁶

Ekip şefinin sorumluluğu özellikle cerrahi operasyonlarda, ameliyat bölgesinde yabancı cisim unutulması gibi olaylarda daha da önemli hale gelmektedir. Bu hallerde, cerrahi operasyonda kullanılan malzemelerin sayım ve kontrol işlemlerini yapmakla yükümlü olan ameliyathane hemşiresi ve teknisyenin sorumluluğuna gidilmesi, hekimin ise ancak bu işlemlerin yapıp yapılmadığının denetlenmesinden sorumlu olacağı ifade edilmektedir.¹⁰⁵⁷ Yargıtay bir kararında gerekli sayım ve kontrol yapılmadan ameliyat bölgesini kapatan hekimi sorumlu tutmuştur.¹⁰⁵⁸ Hekimin sorumlu bulunduğu pek çok yargı kararı bulunmakla birlikte bu olaylarda sayım ve kontrolün yapıldığına ilişkin denetimin ne suretle yapılmadığına karar verildiği kolaylıkla anlaşılamamaktadır.¹⁰⁵⁹

Alman Federal Mahkemesi de cerrahın operasyondan önce gerekli ekipmanların sayımından sorumlu tutulması konusunda tereddütlüdür. Özellikle de kendi görevine iyice odaklanmasını gerektiren zorlu müdahalelerden önce çok istisnai olarak bu sorumluluk cerraha yüklenmelidir. Cerrahi müdahale ile ilgili riskin en aza indirilmesi, işlemin kesintisiz bir odaklanma ile gerçekleştirilmesini gerektirir. Eğer cerrah, operasyona katılan hekim ve diğer sağlık çalışanlarının yardımına güvenemezse, kendi işine tam olarak odaklanamayacağından hasta bakımından tehlike doğabilir. Ancak burada beklenebilirlik ölçütü değil, cerrahın görevinin ne olduğu

¹⁰⁵⁶ Kararda sanıkların kusurlu oldukları belirtilmekle beraber eksik soruşturma ile hüküm tesis edildiği gerekçesiyle bozma kararı verilmiştir.

¹⁰⁵⁷ Hakan Hakeri 2022, age. s. 1140.

¹⁰⁵⁸ Yargıtay 12. CD, 2003/19501, 23.12.2015, *Aktaran* age. s. 1140.

¹⁰⁵⁹ Kararların ayrıntılı analizi ve eleştirisi için bkz. age. s. 1140 – 1143.

önemlidir. Dolayısıyla cerrahın sorumluluğunun asıl görevinin kapsamının ötesine geçmesini engelleyen şey sadece fiziksel ve psikolojik performansının sınırları değildir. Hekime yüklenen fazla yük, operasyonun başarısız olma ihtimalini artırır.¹⁰⁶⁰ Güven ilkesinin amacı da diğer insanların kendi yükümlülüklerini yerine getireceklerine güvenmeye izin vererek aşırı özen yükümlülüğünü sınırlandırmak¹⁰⁶¹ ve bu şekilde herkesin kendi sorumluluk alanında daha yüksek bir konsantrasyon çalışabilmesine olanak tanımaktır.¹⁰⁶²

3.3.3.2.2. Denetim Yükümlülüğünün Kapsamı

Yatay iş bölümünde, failin hukuksal yükümlülüğü esas itibariyle kendi yetki alanıyla sınırlı olduğundan diğer üyelerin yetki alanı kapsamındaki fiillerden doğacak tehlikeleri öngörmesi objektif olarak kendisinden beklenmemekte ancak bu tehlikeler kendisi açısından fark edilebilir olduğu andan itibaren taksirli sorumluluğu gündeme gelmektedir.¹⁰⁶³ Dikey iş bölümünde ise hiyerarşik seviyeler, alt gruplara ayrılır.¹⁰⁶⁴ Bu nedenle ekibin üyelerinin bir kısmının özene uygun davranışının denetimi bizzat diğer üyelerin hukuksal yükümlülüğü olmaktadır.¹⁰⁶⁵ Üst grupta bulunanlar, ancak kontrol ve denetim görevlerini yerine getirdikten sonra alt gruptaki çalışanlara güvenebilirler.¹⁰⁶⁶

Kural olarak her bir ekip üyesinin kişisel cezai sorumluluğu söz konusudur. Dolayısıyla bir ekip üyesi hiyerarşik olarak kendi üstündeki veya altındaki diğer üyelerin fiilleri nedeniyle sorumlu tutulamaz. Ancak ekip çalışması kapsamında öngörülen normatif garantiler, başkalarının fiilinden sorumlu olma sonucunu doğurabilir. Dikey ilişkilerde hiyerarşik olarak yukarıdan aşağıya doğru öngörülen bu garantiler, esas olarak personelin seçimi, denetimi ve gözetimi ile ilgili yükümlülüklerdir. Söz konusu normatif garantiler, Jakobs'un savunduğu şekliyle üçüncü kişilerin hatalarının garantör kişiye isnat edilebilmesi için öngörülen mekanizmalar¹⁰⁶⁷ olarak ele alınamaz. Bunlar hiyerarşik olarak üstte bulunan personelin yerine getirmek zorunda olduğu özen yükümlülükleridir.

¹⁰⁶⁰ Günter Stratenwerth 1961, agm. s. 388.

¹⁰⁶¹ supra 2.1.3.1.

¹⁰⁶² supra 1.2.

¹⁰⁶³ Tuğrul Katoğlu 2007, agm. s. 32, 33.

¹⁰⁶⁴ Oliver Nueper ve Christoph Sigl 2015, agm. s. 302.

¹⁰⁶⁵ Tuğrul Katoğlu 2007, agm. s. 32, 33.

¹⁰⁶⁶ Oliver Nueper ve Christoph Sigl 2015, agm. s. 302.

¹⁰⁶⁷ Günther Jakobs 1991, age. s. 209, parag. 52.

Türk öğretisinde tıp ceza hukukunda güven ilkesi, Stratenwerth tarafından ileri sürülen birincil ve ikincil sorumluluk ayırımına uygun olarak ele alınmakta ve yukarıda savunulan görüşle aynı sonuca varılmaktadır. Buna göre, hekimin hastayı tedavi etme yükümlülüğü gibi tıbbi iş bölümü kapsamında yapılması gereken asli yükümlülükler birincil nitelikteyken; yardımcı sağlık personelinin denetleme gibi yükümlülükleri ikincil niteliktedir.¹⁰⁶⁸ İlk bölümde açıklandığı gibi özen yükümlülüğünün birincil ve ikincil ya da asli ve tali olarak ayrılmasının objektif bir temeli bulunmamaktadır. Bununla birlikte tıbbi iş bölümüne katılan herkesin gerekli eğitimi almış olması, kamusal yetkilendirmelerle tıbbi faaliyetlere katılıyor olmaları ve halihazırda her bir ekip üyesinin ağır bir iş yükü altında olduğu düşünüldüğünde, diğer ekip üyelerinin denetim ve kontrolüne ilişkin yükümlülüklerin çok geniş tutulmaması gerektiği yönündeki görüşe hak verilmelidir.¹⁰⁶⁹ Nitekim denetim ve gözetim yükümlülüğü olan ekip üyeleri zaten ağır bir hukuki yükümlülük altındadır.¹⁰⁷⁰

Tıbbi faaliyetlerde işin asistan hekim ya da hemşire gibi yardımcı personellere bırakılması halinde, bu kişilerin görevlerini usulüne uygun bir şekilde yapmaları konusunda tedavi ya da operasyondan sorumlu olan hekimin sorumluluğu devam eder. İş veya işlemin yerine getirilmesiyle ilgili fark edilebilir eksiklikler yol gösterme, talimat verme ve denetleme yoluyla giderilmeye çalışılmalı veya yetersiz olan kişi gerekirse işten el çektirilmelidir. Ayrıca birden çok kişinin birlikte çalışmasına bağlı iletişim ve koordinasyon eksikliklerinden doğan tehlikeler önlenmelidir. Bu bakımdan talimatlar açık ve anlaşılır, gerektiğinde yazılı olarak verilmeli ayrıca açık ve net görev dağılımıyla uyum sorunu yaşanmaması için gerekli diğer önlemlerin alınması sağlanmalıdır.¹⁰⁷¹

Dolayısıyla personelin seçimi, denetimi ve gözetimine ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmemesi üzerine söz konusu personel bir hata yaparsa, meydana gelen sonuca dikkat ve özen yükümlülüğüne uymaması dolayısıyla sebebiyet veren amir konumundaki kişi taksirinden sorumlu olabilir. Bu açıdan birden çok kişinin iş birliğinde güven ilkesi; diğerlerinin bakım ve denetim yükümlülüğüne yönelik özen yükümlülüğü olduğu kanıtlanıyorsa geçerli değildir. Bu durum, bir başkasını kontrol

¹⁰⁶⁸ Nazan Altundere (2012), “Tıp Ceza Hukuku ve Güven İlkesi”, *Sağlık Hukuku Makaleleri*, İstanbul Barosu Yayınları, S. 3, İstanbul, s. 108.

¹⁰⁶⁹ agm. s. 112.

¹⁰⁷⁰ Lutz Eidam 2011, agm. s. 915.

¹⁰⁷¹ Detlev Sternberg-Lieben ve Frank Schuster 2019, § 15, age. parag.152.

etme yükümlülüğü olan kişinin, onun hukuka uygun davranacağına güvendiğini savunamaması açısından da anlaşılabilir.¹⁰⁷²

Çalışanlara, yardımcı elemanlara ve diğer kişilere karşı etkileme ve kontrol imkanları kullanılabilirdiği durumlarda güven ilkesi uygulanabilir, nitekim eksiksiz bir denetim yükümlülüğünün olduğu yerde dikey iş bölümü mümkün olmaz.¹⁰⁷³ Bununla birlikte denetim ve gözetim, tüm işlere refakat edilmesi anlamına gelmez. Aksi yönde bir emare olmadığı sürece aslolan, her işlemin tek tek denetlenmesi değil rutin denetleme yapılmasıdır.¹⁰⁷⁴ Somut yani açıkça sınırlandırılmış görev, genel olarak devredilebilir ve kişisel olarak yerine getirilmesi gerekli bir görev değilse; üstün veya talimat verenin yükümlülüğü, yukarıda bahsedilen özenli seçim, yeterli bilgilendirme, astın rastgele denetimi ve eksik ya da ihmal edilen iletişim ve koordinasyon sonucu iş birliğinden çıkabilecek tehlikeler ile ilgili gerekli görülen organizasyon önlemlerinin alınmasıyla birlikte sona erer. Daha fazlası, ancak verilen görevin yerine getirilmesine ilişkin şüphe ortaya çıkması halinde yapılır.¹⁰⁷⁵ Bu açıdan talimat verilen kişilerin güvenilirliğine dair özel bir durum olmadıkça veya somut olayda aşırı yorgunluk gibi bir durumdan şüphe edilmedikçe, talimat alan kişilerin özen eksiklikleri için tedbir alma yükümlülüğü yoktur.¹⁰⁷⁶ Nitekim denetim görevinin eksiksiz biçimde yerine getirilmesi hasta için faydalı olsa¹⁰⁷⁷ da fiilen mümkün olmadığı gibi¹⁰⁷⁸ eksiksiz bir denetim yükümlülüğünün olduğu yerde dikey iş bölümü mümkün olmaz.¹⁰⁷⁹ Dolayısıyla buradaki yol gösterici olan, en yetkili kişinin kendi işini ihmal etme tehlikesi olmadan işini yapabilmesine imkân verecek kadar denetim görevi yüklenmesidir.¹⁰⁸⁰ Nitekim aksi, hem denetim görevi yapanın aşırı özen yükümlülüğü altında kalmasına yol açacak hem de iş bölümüne dayalı çalışma sisteminin anlamını ortadan kaldıracaktır. Dikey iş bölümünde de sorumluluk alanı ayrımı söz konusu olduğundan, üstün denetim yükümlülüğünü aşacak şekilde diğer çalışanların yaptığı işleri kontrol etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu açıdan söz konusu kişilerin kendi sorumluluk alanlarında yükümlülüklerine uyacaklarına güvenilebilir.

¹⁰⁷² Manfred Burgstaller 1974, age. s. 64.

¹⁰⁷³ Gunnar Duttge 2022, MK, §15, age. parag. 147.

¹⁰⁷⁴ Hakan Hakeri 2022, age. s. s. 211.

¹⁰⁷⁵ Gunnar Duttge 2022, MK, §15, age. parag. 147.

¹⁰⁷⁶ Detlev Sternberg-Lieben ve Frank Schuster 2019, § 15, age. parag. 152.

¹⁰⁷⁷ age. parag. 152.

¹⁰⁷⁸ Yener Ünver 2008, agm. s. 888.

¹⁰⁷⁹ Gunnar Duttge 2022, MK, §15, age. parag. 147.

¹⁰⁸⁰ Claus Roxin ve Luis Greco 2020, §24, age. parag. 25.

3.3.3.2.2.3. Uzman Hekim – Asistan Hekim İlişkisi

Yukarıda da değinildiği gibi uzmanlık eğitimi alan asistan hekimler tıp fakültesi diploması sahibi olduklarından 1219 sayılı Kanun kapsamında hasta tedavi edebilme hakkına sahip olmalarına rağmen, henüz bir tıp dalında uzman hekim olmadıklarından sınırlı bir şekilde tıbbi faaliyetlere katılabilirler. Belirli bir tıp dalında tedavi olmak için başvuran hastalara tıbbi müdahalede bulunma yetkisine tek başlarına sahip değildirler.¹⁰⁸¹ Bu açıdan hiyerarşik olarak uzman hekimlerin gözetim ve denetimi altında tıbbi faaliyette bulunabilirler.

Genç ve henüz uzmanlık eğitimi devam eden hekimin güvenilirliği ile kişisel ve mesleki niteliklerinin uygun yöntemlerle sürekli bir şekilde denetlenmesi gerekir.¹⁰⁸² Bununla birlikte asistan hekime duyulan güven, 3 ila 5 yıl arasında süren uzmanlık eğitiminin tamamında aynı olamaz. Bu açıdan şef veya uzman hekimin, uzun bir zaman diliminde birlikte çalıştığı ve mesleki yeterliliğine şahit olduğu kıdemli asistan ile henüz eğitiminin başındaki asistana duyabileceği güven de farklılaşacaktır.

Tecrübeli ve yetişmiş asistanın sürekli denetlenmesi beklenmez ancak hatalı davranacağına ilişkin somut bir belirti olması halinde uzman ya da şef hekimin müdahale yükümlülüğü doğar. Tecrübesiz ya da başka bir branşta eğitim gören asistanın ekipte yer alması halinde ise ekip şefinin personelin seçimine ilişkin yükümlülüğüne uygun hareket etmemesi nedeniyle güven ilkesinden yararlanamayacağı ifade edilmiştir.¹⁰⁸³

Hiyerarşik olarak altta yer alan sağlık personelinin göstermesi gereken özen belirlenirken de onun konumunda bulunan ortalama bir personelin davranışının model alınması gerekmektedir.¹⁰⁸⁴ Ancak üstün yapması gereken belirli bir tıbbi işlem eğer tamamen asta bırakılmışsa, bu kişiden üstün göstereceği özen derecesinde hareket etmesi bekleneceği ifade edilmektedir. Bu açıdan kendisinin gerçekleştirilmesi gereken ameliyatı asistanına bırakan uzman hekimin savunmasının ancak, asistanının kendisinin bizzat göstermekle yükümlü olduğu dikkat ve özeni gösterdiği olabileceği ifade edilmektedir.¹⁰⁸⁵ Gerçekten de bu halde model asistan hekimin göstermesi gereken özeni göstereceğine güvenmesi uzman doktoru sorumluluktan kurtarmaz.

¹⁰⁸¹ Yıldız Ertuğ Ünder 2012, agm. s. 44.

¹⁰⁸² Klaus Ulsenheimer ve Karsten Gaede 2021, age. parag. 281.

¹⁰⁸³ Yener Ünver 2008, agm. s. 896.

¹⁰⁸⁴ Burcu Görkemli 2016, agm. s. 147.

¹⁰⁸⁵ agm. s. 147.

Ancak YTKİY'nin 119. maddesi¹⁰⁸⁶ uyarınca ameliyatın tamamen asistan hekime bırakılması başlı başına yükümlülük ihlali olarak görülmektedir. Nitekim yukarıda da ifade edildiği gibi asistan hekimler ancak bir uzman hekimin gözetimi altında tıbbi müdahaleye katılabilirler.¹⁰⁸⁷

Konuya ilişkin çalışmaların hemen hemen tamamında yer verilen Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin bir kararı üzerinden sorun daha ayrıntılı incelenebilir. Göz hastalıklarında uzmanlık eğitimi görmekte olan bir asistan hekim, yanında uzmanlığını yaptığı öğretim üyesi ve ameliyat sorumlusunun görevlendirmesiyle bir göz ameliyatını gözetimsiz olarak gerçekleştirmiş ancak hasta dosyasını dikkatli incelememiş için yanlış gözü almıştır.¹⁰⁸⁸ Yüksek Sağlık Şûrası kararında dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle sağlıklı gözün alınması fiilinden, asistan ve uzman hekimin birlikte sorumlu olduklarını belirtmiştir.¹⁰⁸⁹

¹⁰⁸⁶ **YTKİY Madde 119** – Uzmanlık eğitimi görenler, Tababet Uzmanlık Tüzüğüne göre tayin edilir ve yetiştirilirler. Bunlar, Uzmanlık eğitimi gördükleri sürece aşağıda açıklanan fenni ve idari hizmetleri yapmakla yükümlüdürler.

a) Poliklinikten servislere yatırılmak üzere gönderilen hastalar, uzmanlık eğitimi görenlerin gözetiminde servis hemşireleri tarafından yataklarına yatırılır. Uzmanlık eğitimi görenler yatırılan bu hastaların hemen müşahadelerini alır ve dikkatli bir şekilde muayene ederek, muayene neticelerini değerlendirir ve acil tedavi ve müdahaleyi gerektiren vakaları derhal ilgili uzmanlara bildirir. İlgili uzmanın vakaya el koymasına kadar geçecek zaman içinde gerekli ilk ve acil tedbirleri alır. Acil olmayan vakaların muayene ve tetkik neticelerini tamamlıyarak ertesi gün sabah vizitesinde kendi mütalaasıyla birlikte, ayrıntılarıyla servis uzmanına bildirir.

b) Vizite de uzmanlarla beraber bulunarak serviste geçen olaylar ve hastalar hakkında uzmanlara bilgi verirler.

Serviste yapılabilecek laboratuvar muayenelerini bizzat yaparlar. Hastane laboratuvarlarına gönderilmesi gerekenleri zamanında göndererek neticelerini izler ve müşahade kağıtlarına yazarlar.

c) Servis ve laboratuvar şef ve şef yardımcılarının verecekleri görev ve hizmetle ilgili bütün emir, direktif ve tavsiyeleri vaktinde tam olarak yapmakla yükümlüdürler.

d) Poliklinik ve laboratuvarlarda da aynı şekilde görev yapar ve buralardaki hizmetleri bittikten sonra kendilerine verilmiş diğer işleri tamamlarlar.

e) Servis ve laboratuvarlarda meydana gelen fenni ve idari acil iş veya hizmetler için hemşire ve hastabakıcılar tarafından her davet edilişte gelmeye ve gereken tedbirleri almaya, uzmanın müdahalesini gerektirecek hallerde çalışma saatleri içinde servis uzmanına, bunun dışında nöbetçi uzmana, gerekirse ilgili servis uzmanına bulunduğu yerde süratle haber vermek zorundadırlar.

f) Şubelerinin aylık, üç aylık ve senelik hastalık istatistik cetvellerini vesair evrakını düzenlemek ve fenni kayıtlarını tutmak ve ayrıca hastane baştabibi veya servis ve laboratuvar şeflerinin verecekleri bu çeşit hizmetleri de yapmakla yükümlüdürler.

g) Hizmet yerlerindeki hemşire, ebe, hemşire yardımcısı tıbbi teknisyen ve yardımcı hizmetlilerin görevlerini gözetir ve işlerini yerinde ve yolunda görmelerini sağlarlar, servisin temizliği, intizamı, hastaların bakımı, ilaçların ve yemeklerin tabelalara göre verilip verilmediğini kontrol ederler. Görevini iyi yapmayanlara uyardır bulunurlar. Kusurları tekrarlayanları ve uyarılmaları dinlemeyenleri ilgili amirlerine haber verirler.”

¹⁰⁸⁷ Yıldız Ertuğ Ünder 2012, agm. s. 44.

¹⁰⁸⁸ Yargıtay 2. CD., E. 1996/4493, K. 1996/4682, T. 24.04.1996, Aktaran Burcu Görkemli 2016, agm. s. 150.

¹⁰⁸⁹ Hamit Hancı (2006), age. s. 49.

Öğretide bir görüş, yanlış gözün alınmasının, uzmanlık eğitimi ile ilgisi olmayan, genel dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali anlamında bir hata olduğunu savunmaktadır. Buna göre uzman hekim, asistan hekimin eğitimiyle ilgili denetim ve kontrol yükümlülüğünü yerine getirdiyse güven ilkesinden yararlanabilir.¹⁰⁹⁰ Ancak öğretinin büyük çoğunluğu, haklı olarak ameliyatın tamamen asistan hekime bırakılmasının, denetim ve gözetim yükümlülüğünün ihlali anlamına geldiğini ve bu nedenle sorumlu hekimin taksirle hareket ettiğini belirtmektedir.¹⁰⁹¹ Operatör hekim gerekli bilgisi ve deneyimi olduğunu düşündüğü asistan hekime ancak kendisi de ameliyatta bulunup ona nezaret ediyorsa yani fiilen gözetimi varsa ameliyatın icrasını bırakabilir. Bu açıdan henüz uzmanlık eğitimini tamamlamamış hekime ameliyat tamamen bırakılamaz.¹⁰⁹² Bu gerekçelerle uzman hekimin üstlenilmiş taksir sorumluluğu söz konusu olacaktır.¹⁰⁹³

Anayasa Mahkemesi önüne gelen bir bireysel başvuruda, diğer iddiaların yanında acil serviste uzman hekim olmamasının ve yalnızca tecrübesiz asistan hekimlerin tıbbi müdahalede bulunmasının idarenin hizmet kusuru olduğu savunulmuştur. Mahkeme de tam yargı davasında hastanın hastanede uzman doktor bulunmamasından etkilenip etkilenmediğinin açıklığa kavuşturulması ve hastanede görev yapan asistanların tecrübesiz olduğu iddiaları hakkında bir değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle idare mahkemesince etkili ve yeterli bir inceleme yapılmadığından yaşam hakkının usul boyutunun ihlal edildiğine karar verilmiştir.¹⁰⁹⁴ Karardan anlaşılabilirdiği kadarıyla asistan hekimler hakkında açılan ceza davasında beraat kararı verilmiş, ancak acil servis nöbetlerinin organizasyonundan sorumlu olan kişilerin cezai sorumluluğu gündeme gelmemiştir.

Genel uzmanlık eğitimi gören asistan hekimler, servis nöbeti ve branş nöbeti tutabilirler ancak acil servis nöbeti tutamazlar.¹⁰⁹⁵ Aynı şekilde YTKİY'nin 46. maddesine göre göre asistan hekimlere hiçbir zaman uzman nöbeti tutturulamaz ve asistan hekimler nöbetlerini bir uzman nezaretinde tutarlar. Bu esaslara uyulmaması üzerine asistanlara acil servis nöbeti tutturulması veya asistan hekimlerin nöbet sırasında tek bırakılması halinde, nöbetlerin organizasyonunu düzenlemekle yükümlü

¹⁰⁹⁰ Yakup Gökhan Doğramacı 2016, age. s. 141.

¹⁰⁹¹ Muhammed Demirel 2022, age. s. 283; Burcu Görkemli 2016, agm. s. 151.

¹⁰⁹² Yener Ünver 2008, agm. s. 885; Muhammed Demirel 2022, age. s. 282.

¹⁰⁹³ Hasan Tahsin Gökcan (2012), "Ceza Hukukunda Güven İlkesi ve Trafik ve Tıp Hukukunda Uygulanması", *Yargıtay Dergisi*, C. 38, s. 36.

¹⁰⁹⁴ Aysun Okumuş ve Aytekin Okumuş, B. No: 2013/4086, 20/4/2016.

¹⁰⁹⁵ Danıştay 5. Dairesi, 2014/6295 E., 17.09.2014 T.

olan başhekim (YTKİY m. 42) yükümlülüklerine aykırı hareket etmiş olacağından ve taksirli sorumluluğu söz konusu olabilir.

Sonuç itibarıyla gözetim ve denetim yükümlülüğü altında olan hekim, bu yükümlülüğünü yerine getirmeden, asistan hekimin özene uygun davranacağına güvendiğini ileri süremez nitekim onun özene uygun davranmasını sağlamak bizzat uzman hekimin yükümlülüğünü oluşturmaktadır. Örneğin İtalyan Temyiz Mahkemesi, asistan doktorun hasta karnında tampon unutmak şeklindeki fiilinden dolayı anesteziistin değil ancak denetim yükümlülüğü olan cerrahın sorumlu olduğunu kabul etmiştir.¹⁰⁹⁶ Benzer bir kararda Yargıtay 9. Ceza Dairesi, ameliyat sırasında asistanın¹⁰⁹⁷ hastanın batınında mala unutmaya nedeniyle cerrah hekim hakkında taksirle yaralama suçundan mahkumiyet hükmü kurulması gerektiği yönünde karar vermiştir.¹⁰⁹⁸

3.3.3.2.2.4. Hekim - Hemşire ve Diğer Sağlık Personeli İlişkisi

Hekim hem hemşire hem de diğer sağlık personellerinin yükümlülüğünü gereği gibi yerine getireceğine güvenebilir. Örneğin hemşire tarafından kendisine yanlış enjeksiyon uzatılan hekim, objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş sayılamaz.¹⁰⁹⁹ Ancak bu kişilerin gerekli görevleri tek başlarına yerine getireceklerine güvenip güvenilemeyeceği, personelin eğitimine, deneyimine ve güvenilirliğine bağlıdır.¹¹⁰⁰ Bu hususlarla bağlantılı iş birliği ilişkilerine özgü bazı tehlikeler, güven ilkesinin sınırlandırılmasına neden olabilir.

İlk tehlike, hemşirenin kendisine verilen işi yapmak için yeterli niteliklere sahip olmaması ihtimalidir. Bu husus, personelin seçiminde gerekli özenin gösterilmesi yönündeki yükümlülükle ilgilidir. Şef hekimin hem hemşire hem de diğer ekip üyelerini seçerken bu kişilerin yeterliliği konusunda ikna olması gerektiği ifade edilmektedir. Özellikle eğitim kapsamında görevlendirilen sağlık personellerinin teknik yeterliliğine; kişisel yeterlilik, uygulama tecrübesi ve ilgilinin güvenilirliğine göre karar verilmelidir.¹¹⁰¹ Genel olarak hekimin, nitelik eksikliğinden doğacak tehlikelere karşı önlem alması gerektiği belirtilse de bu kişilerin kalifikasyon

¹⁰⁹⁶ Tuğrul Katoğlu 2007, agm. s. 34.

¹⁰⁹⁷ Bu husus kararda net bir şekilde belirtilmemekle birlikte muhalefet şerhinden çıkarılmaktadır.

¹⁰⁹⁸ 9. CD, E. 2020/3991, K. 2020/120, T. 17.03.2020.

¹⁰⁹⁹ Manfred Burgstaller 1974, age. s. 64.

¹¹⁰⁰ Günter Stratenwerth 1961, agm. s. 396.

¹¹⁰¹ P. M. Lissel 2003, agm. s. 412.

eksikliklerinden şüphe etmek için bir neden olmalıdır. Bu şüphe hem sağlık çalışanının bireysel niteliklerine hem de verilen işin türüne bağlıdır.¹¹⁰² Bu nedenle hekim kamusal izinle çalışan devlet kontrolündeki kuruluşlarda hizmet veriyorsa en baştan bu konuda bir yükümlülük ihmali olmadığı kabul edilmelidir.¹¹⁰³ Ancak Türkiye’de özel hastaneler de Sağlık Bakanlığı tarafından ruhsatlandırıldığı ve bu hastanelerde yürütülen sağlık hizmeti yine Bakanlığın gözetim ve denetiminde gerçekleştirildiği için buralarda da açık bir emare olmadığı sürece hekimin hemşire ve diğer sağlık personellerinin niteliğinden şüphe etmesi gerekmez. Diğer yandan ekip üyelerinin seçimi özellikle acil tıpta çok daha zordur, çünkü hekim olmayanlardan oluşan ve sıklıkla değişen personelin yeterliliğinden tam olarak emin olunamamaktadır. Bu bakımdan, eğer aksine bir emare yoksa eğitim programına dahil olan hekim olmayan personelin gerekli yeterliliğe sahip olduğuna güvenilmesi gerektiği belirtilmektedir.¹¹⁰⁴ Ancak somut durumda haklı bir şüphe varsa iş sağlık çalışanlarına bırakılmamalı veya söz konusu eksiklik talimat veya denetimle giderilmelidir.¹¹⁰⁵ Tıbbi faaliyete tamamen eğitimsiz kişiler katıldığında ise bu yükümlülükler de artar.¹¹⁰⁶

Tıbbi iş bölümündeki diğer tehlike kaynağı ise iletişim eksikliğidir. Hiyerarşik olarak altta yer alan personele verilen talimatlar da kesin ve yanlış anlaşılmayacak biçimde formüle edilmeli ve ilgili faaliyetin öncesi ve sonrasını da kapsamalıdır.¹¹⁰⁷ Hekimin varsaydığı bilgiler hemşirede yoksa, doktor tarafından hemşireye sözlü olarak verilen talimat, akustik olarak yanlış ya da eksik duyulabilir veya yanlış anlaşılabilir. Bu durumda kalifikasyon eksikliği ve iletişim eksiklikleri birbirini etkiler. Düzenlemeler yeteri kadar açık ve gerektiğinde yazılı olmalıdır. Yanlış anlaşılmalara açıklama isteme, vizite kayıt defterindeki kayıtların kontrolü gibi uygulamalarla giderilmelidir.¹¹⁰⁸ Bu husus, denetim yükümlülüğüyle yakından ilişkilidir. Daha önce de ifade edildiği gibi dikey ilişkilerde üst, altını beklenebilir sınırlar içerisinde gözlemlemelidir. Örneğin hekimin, hemşire enjeksiyonu yapmadan

¹¹⁰² Günter Stratenwerth 1961, agm. s. 393.

¹¹⁰³ agm. s. 393.

¹¹⁰⁴ P. M. Lissel 2003, agm. s. 412.

¹¹⁰⁵ Günter Stratenwerth 1961, agm. s. 394.

¹¹⁰⁶ agm. s. 394.

¹¹⁰⁷ P. M. Lissel 2003, agm. s. 412.

¹¹⁰⁸ Günter Stratenwerth 1961, agm. s. 395.

kullanılan boş ampülleri kontrol etmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹¹⁰⁹ Alman Federal Yüksek Mahkemesi, hekimin “10 cc decholin” enjekte edilmesi şeklindeki talimatını “10 cc cholin” olarak anlayan ve neticede hastanın ölümüne sebep olan hemşirenin fiilinden hekimi de sorumlu tutmuştur. Mahkeme’ye göre, hekimin, sözlü talimatının hemşire tarafından yanlış anlaşılabilceğini düşünerek gerekli tedbirleri alması gerektiğinden, olayda güven ilkesinin uygulanmaması gerekmektedir.¹¹¹⁰ Nitekim güven ilkesinden yararlanılabilmesi için öncelikle talimat verme yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekir.

3.3.3.2.3. Talimat Alan Sağlık Çalışanı Bakımından Güvenin Korunması

Güven ilkesinden yalnızca ekip şefi olan hekim değil diğer ekip üyesi personel de yararlanabilir.¹¹¹¹ Hiyerarşik olarak altta yer alan personelin, talimat verenin uzmanlığı göz önüne alındığında kural olarak talimatların doğruluğuna güvenmesi tabidir. Bu kişi eğer talimatları kendi yanlış anlamadıysa daha sonra ayrıca bir doğrulama veya kontrol yükümlülüğü altında değildir¹¹¹² ve güven ilkesi onlar için de geçerli olacaktır. Örneğin, uzman hekim, intern hekim tarafından oluşturulan radyoloji bulgularına en baştan güvenemese de açıkça yanlış olmadığı sürece intern kendisine verilen talimatların doğruluğuna güvenebilir.¹¹¹³

Güven ilkesi farklı hiyerarşik seviyedeki hekimler arasında da uygulanabilir. Ancak bu halde kıdemli hekime güvenerek hareket eden kişi de hekim olduğu için ilkenin uygulama alanı daha dar olacaktır. Hamburg Eyalet Mahkemesi, şef doktora güvenerek olması gerekenin on katı talyum dozu vererek hastanın ölümüne sebep olan servis hekimini taksirle insan öldürmeden sorumlu tutmuştur. Olayda şef hekim, bir tıp dergisinden okuduğu doz miktarını yanlış hatırlamış; kıdemsiz hekim ise makaleyi kendisi okumadan şefine güvenerek talyum tedavisi uygulamıştır. Mahkeme, tedaviyi uygulayan hekimin hatayı önlemek için her şeyi yapmadığını belirtmiştir.¹¹¹⁴ Bu karar, kıdemsiz hekimin dozu kontrol etme yükümlülüğü olmaması nedeniyle özen yükümlülüğüne aykırılık olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Buna göre hatayı yapan

¹¹⁰⁹ BGHSt 6 282, 285, 287; BGH NJW 1955 1487, *Aktaran* Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 275.

¹¹¹⁰ Yakup Gökhan Doğramacı 2016, age. s. 143.

¹¹¹¹ Yener Ünver 2008, agm. s. 885.

¹¹¹² P. M. Lissel 2003, agm. s. 413.

¹¹¹³ Oliver Nueper ve Christoph Sigl 2015, agm. s. 302.

¹¹¹⁴ LG Hamburg, 06.12.1950, *Aktaran* Günter Stratenwerth 1961, agm. s. 399, dn. 61.

şef hekimdir nitekim ilacın tehlikelerini ve ne için kullanıldığını bilmelidir. Bu noktada güven ilkesinin uygulanması gerekmektedir.¹¹¹⁵

Güven ilkesi, asistan hekimin korunmasına da hizmet eder. Asistan hekim, faaliyetlerinden ve organizasyondan sorumlu olanların, mesleki becerilerinin yeterli olmayacağı bir komplikasyon ihtimalinde gerekli önlemleri alacaklarına güvenebilir. Bu açıdan örneğin şef ya da uzman hekimin denetimi ve yönlendirmesiyle cerrahi operasyon yapan asistan hekim, eğer temel tıbbi ilkelere aykırılığa ya da talimatların dışında hareket ettiğine dair bir emare yoksa olası bir cerrahi hatadan sorumlu değildir. Ancak elbette cezai sorumluluk doğuracak fiilleri nedeniyle sorumluluğu vardır.¹¹¹⁶ Bu açıdan herhangi bir sorunla karşılaşan asistan hekim durumu mutlaka sorumlu hekime bildirmelidir. Aksi halde ortaya çıkacak neticelerden kendisi sorumlu olur.¹¹¹⁷

Almanya'da gerçekleşen bir olayda, kıdemli hekimin gözetimi altında laparoskopik kolesistektomi (safra kesesi) operasyonu yapan asistan hekimin hatası sonrası yaşanan komplikasyonlar sonucunda hasta hayatını kaybetmiştir. Mahkeme, asistandan sorumlu olan hekimin, asistan hekim kesi yapmadan önce anatomik şartları net bir şekilde tasvir edip belirlemediği için tedavi hatası bulunduğu sonucuna varmıştır.¹¹¹⁸

Bununla birlikte asistan hekimin de gerektiğinde uzman hekimden talimat alması ve mesleki yeterliliğinin üzerindeki müdahaleleri tek başına gerçekleştirmemesi gerekir. Bir mahkeme bir kararında, entübasyon sırasında yaşadığı zorluğu uzman hekimle paylaşmayan ve tam olarak bilgi almayan asistan hekimin sorumlu olduğuna hükmedilmiştir.¹¹¹⁹

Hemşire (ve tıbbi iş bölümüne katılan diğer yardımcı sağlık personeli), kural olarak hekim tarafından kendisine verilen talimatların doğruluğuna güvenebilir ve bu talimatları denetlemek zorunda değildir.¹¹²⁰ Ama her şeyden önce hekimlere özgülenmiş tıbbi faaliyetlerin hemşirelere bırakılması 1219 sayılı Kanun uyarınca hukuka uygun değildir. Bu nedenle hekimin yapması gereken bir işin hemşireye

¹¹¹⁵ Günter Stratenwerth 1961, agm. s. 399.

¹¹¹⁶ *OLG Zweibrücken VersR* 1997, *Aktaran* Klaus Ulsenheimer ve Karsten Gaede 2021, age. parag. 281.

¹¹¹⁷ Ali Kemal Yıldız 2010, agm. s. 273.

¹¹¹⁸ Klaus Ulsenheimer ve Karsten Gaede 2021, age. parag. 282.

¹¹¹⁹ *LG Marburg Urt. v.* 5.11.1996 - 8 Ns 6 Js 9756/92, *Aktaran* age. parag. 285.

¹¹²⁰ Detlev Sternberg-Lieben ve Frank Schuster 2019, § 15, age. parag. 153.

talimatla yaptırılması halinde hemşirenin bunu reddetmesi gerektiği, aksi halde hekimle birlikte hemşirenin de sorumlu olacağı ifade edilmektedir.¹¹²¹

Eğer hemşirenin yetki alanına giren bir talimat verildiyse güven ilkesi uygulanabilir ancak bunun sınırlarını, verilen talimatın hatalı olduğunun anlaşılması gereken hallerde bulmak mümkündür. Bu açıdan tıp sanatı kuralları gereğince hatalı olan bir talimatın yerine getirilmesi objektif özen yükümlülüğüne aykırılığın ortadan kaldırılmasını sağlamaz. Örneğin hastaya bir ilacın aşırı dozda verilmesi ister hekim ister onun talimatıyla hemşire tarafından verilsin özen yükümlülüğüne aykırıdır.¹¹²²

Tıbbi standartlara aykırı talimatların yerine getirilmesi halinde güven ilkesinin objektif özen normları düzeyinde değil, bu normların içeriği ile ilgili bilgi sağlama yükümlülüğünün sınırlandırılması, yani taksirin kusur unsuru düzeyinde etki gösterdiği savunulmaktadır. Bu durumda taksirli kusur isnadının, talimatın yanlışlığının, yardımcı personelin kişisel bilgi ve yetenekleri uyarınca tekrar gözden geçirilmesi gerekmeksizin dahi anlaşılması gereken hallerde gerekçelendirilebileceği ifade edilmektedir.¹¹²³ Ancak hemşirenin kural olarak hekim tarafından verilen talimatları kontrol etmesi, örneğin prospektüsteki diğer bilgileri okuması gerekmez.¹¹²⁴ Anılan görüş uyarınca, hekimin tıbbi standartlara aykırı talimatını yerine getirmek hemşire açısından objektif özen yükümlülüğüne aykırı bir hareket olarak kabul edilecek ancak talimatın tıbbi standartlara uygun olmadığını hemşire ya da diğer sağlık personelleri tarafından anlaşılması beklenemiyorsa kendisine kusur isnat edilemeyecektir. Ancak bu halde mesleki yükümlülüklerine uygun hareket eden hemşirenin ne suretle özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği ve hangi özen normunun ihlal edildiği sorusu cevapsız kalmaktadır. Nitekim özenli ve dikkatli bir hemşireden beklenebilecek dikkat ve özen, mesleki deneyimi ve eğitimi uyarınca hekim tarafından verilen talimatın tıbbi standartlara aykırı olduğunu yani tehlikeyi fark edebilmek (iç özen yükümlülüğü) ve buna uygun davranabilmekle (dış özen yükümlülüğü) sınırlıdır. Yerine getirilen talimatın hekim tarafından hatalı verilmiş olması hemşire açısından başlı başına özene aykırılık oluşturmaz.

¹¹²¹ Hakan Hakeri (2011), “Tıbbi Uygulamalardan Hemşirelerin Cezai Sorumluluğu”, *İçinde, Ankara Barosu III: Sağlık Hukuku Kurultayı*, 07-08.05.2010, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, s. 442.

¹¹²² Detlev Sternberg-Lieben ve Frank Schuster 2019, § 15, age. parag. 153.

¹¹²³ age. parag. 153.

¹¹²⁴ BGHSt 6 282, 288, *Aktaran* Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 275.

Bununla birlikte Hemşirelik Yönetmeliği m. 6/1-d hükmünde, tıbbi tanı ve işlemlerin hastaya zarar vereceğini anlayan hemşirenin öncelikle durumu müdavi hekimle görüşmesi ancak hekimin ısrarı üzerine durumu kayıt altına alarak yazılı talimatla hatalı olduğu açık olan talimatı yerine getirmesi gerektiği düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm kanunsuz emir başlıklı Anayasa 137/2 hükmüne aykırı olduğu gerekçesiyle öğretide haklı olarak eleştirilmektedir.¹¹²⁵ Nitekim hastaya zarar verecek tanı ve işlemlere ilişkin talimatlar suç teşkil edeceğinden yönetmelikle suç teşkil eden bir fiile izin veren bu hüküm, ceza hukuku sorumluluğundan kurtarıcı nitelikte değildir.¹¹²⁶ Hatta bu halde hemşirenin suçu bildirim yükümlülüğü doğabileceği de ifade edilmiştir.¹¹²⁷

Dolayısıyla eğer hemşirelik mesleğinin gerektirdiği bilgi ve ilgili hemşirenin mesleki tecrübesi gereği anlaması gereken bir hata varsa, yazılı talimatı yerine getiren hemşirenin de sorumlu olacağını kabul etmek gerekir. Ancak tıbbi faaliyette bulunma yetkisi esas olarak hekime aittir ve hemşire açısından verilen talimatın hatalı olduğunu anlama imkanı ancak tıbbi standartlara çok açık aykırılıklar halinde söz konusu olabilir. Diğer yandan hükmün uygulamada işlevsiz olduğu ve derhal müdahale gereken durumlarda yazılı talimat istemenin fiili gerçeklere uygun olmadığı da belirtilmektedir.¹¹²⁸

Özerk hemşirelik faaliyetlerinin icrası bakımından ise mesleki bağımsızlık söz konusudur. Hemşirelerin söz konusu faaliyetlere ilişkin aldıkları talimatları mesleki bilgi ve deneyimleri uyarınca değerlendirme yükümlülükleri¹¹²⁹ bulunduğu için, güven ilkesi uygulama alanı bulmaz.

3.3.4. Tıbbi İş Birliğinde Değişimler ve Güven İlkesinin Rolü

Dikey ilişkide talimat vermeye yetkili olan hekime belirli derecede güven duyulması neredeyse kaçınılmazdır, aksi halde her şüphe durumunda kendisinin bizzat işlemi yapması gerekecektir. Ancak Almanya’da giderek artan hekim açığı ve maliyet sorunları nedeniyle, esasen hekimlerin sorumluluk alanlarında olan işlerin geniş kapsamlı bir görev delegasyonu ile diğer sağlık personellerine verilmesi

¹¹²⁵ Hakan Hakeri (2022), *Tıp Hukuku*, 25. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 221; Hakan Hakeri 2011, agm. s. 444; Ali Kemal Yıldız 2010, agm. s. 278; Yener Ünver 2010, agm. s. 106.

¹¹²⁶ Hakan Hakeri 2021, age. s. 112.

¹¹²⁷ Yener Ünver 2010, agm. s. 106.

¹¹²⁸ Yakup Gökhan Doğramacı 2016, age. s. 98.

¹¹²⁹ age. s. 33.

gündemdedir.¹¹³⁰ Sosyal Kanun'un (Sozialgesetzbuch) 01.07.2008 tarihinde yürürlüğe giren § 63c 3c hükmü ile hemşirelerin eğitimleri uyarınca nitelikli oldukları tıbbi faaliyetleri hekimlerden devralmalarına ilişkin model projeler geliştirilebileceği öngörülmüştür. Bu yöndeki düşünceler, hekimler ve hemşireler arasında yatay iş bölümüne dayanan bir iş bölümü ilişkisi öngörmektedir.¹¹³¹

Almanya Sağlık Sistemindeki Gelişmelerin Değerlendirilmesi Danışma Konseyi (*Alm. Sachverständigenrats zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*) 2007 yılında "İş birliği ve Sorumluluk – Hedef Odaklı Bir Sağlık Hizmeti İçin Ön Koşullar" başlıklı bir rapor¹¹³² yayımlamıştır. Raporda sağlık sistemindeki iş birliği temelli sorunlar ele alınmış ve konuya ilişkin sistemsel değişiklikler yapılması gerektiği ifade edilmiştir.¹¹³³ Raporda güncel sorunlar; faaliyetlerin meslek grupları arasındaki dağılımının demografik, yapısal ve inovasyonla ilgili gerekliliklere uymadığı, sağlık çalışanları özellikle de hekimler ve hemşireler arasındaki iş bölümüne ilişkin hukuksal belirsizliklerin çok yüksek olduğu, meslekler arası standardizasyonun az olması ve bu durumun iş birliği ve görevlendirmeleri zorlaştırması, sağlık sisteminin ve ilgili hukuksal çerçevenin hekim odaklı olması ve bunun her zaman etkili olmaması, sağlık çalışanlarının eğitiminin, sektördeki diğer çalışanlarla iş birliği yapmak için hazırlık sunmaması olarak belirtilmiştir.¹¹³⁴ Tıbbi faaliyetlere ilişkin iş bölümünde özellikle de hekimler ve diğer sağlık çalışanları arasındaki görev paylaşımında belirsizliklerin, doktorların eğitim seviyelerinin altında işler yapmalarına neden olduğu ve sağlık hizmetlerindeki verimin düştüğü ifade edilmiştir. Bu belirsizliğin temel nedeni olarak meslekler arası kılavuzların yetersizliği gösterilmektedir.¹¹³⁵ Diğer yandan tıp teknolojisinin sağlık hizmetlerinin çalışma yapısında esaslı değişiklikler yarattığı ve meslekler arası dağılımının bu yönde tekrar ayarlanması ihtiyacı olduğu belirtilmektedir.¹¹³⁶ Raporda yer alan saptamalar, güven ilkesinin bugün tıp hukukunda çok daha elzem olduğunu ortaya çıkarmaktadır.

¹¹³⁰ Gunnar Duttge 2011, agm. s. 351.

¹¹³¹ agm. s. 352.

¹¹³² SVR Gesundheit (2007), *Kooperation und Verantwortung, Voraussetzungen einer zielorientierten Gesundheitsversorgung*, https://www.svr-gesundheit.de/fileadmin/Gutachten/Gutachten_2007/Kurzfassung_2007.pdf, ET. 28.03.2022.

¹¹³³ agr. s. 16.

¹¹³⁴ agr. s. 17.

¹¹³⁵ agr. s. 18.

¹¹³⁶ agr. s. 19.

Raporda yer alan tavsiyelerde; kronik ve çoklu hastalıklar nedeniyle ayakta tedaviye ihtiyaç duyan yaşlı nüfus için farklı meslek gruplarından sağlık personellerinin birlikte çalışması,¹¹³⁷ hekimlerin bazı görevlerinin delegasyon yoluyla diğer sağlık çalışanlarına devredilmesi, meslekler arası görevlerin değişimi ve hekim olmayan sağlık çalışanlarının bağımsızlığıyla ilgili yerel pilot projeler uygulanması ve değerlendirilmesi, sorumluluk paylaşımına ilişkin yasal gerekliliklerin netleştirilmesi¹¹³⁸ gerektiği ileri sürülmektedir. Bu açıdan sağlık hizmetlerinin sürdürülmesi ve geliştirilmesi için özellikle hemşirelerin, hekimlerin görevlerinin bir kısmını yerine getirmesi ve bu görevleri yerine getirirken çok daha bağımsız olmalarının kaçınılmaz olduğu ifade edilmektedir.¹¹³⁹

Hemşire ve diğer sağlık personellerinin özerk çalışma alanlarının artırılması yönündeki eğilimler esasında hekimlerin dikkat ve özen yükümlülüklerinin ağırlaşması ve sağlık sistemindeki risklerin orantısız olarak hekimlerin üzerinde kalmasıyla ilgilidir. Benzer sorunlar yaşayan Türkiye’de ise sorunların çok farklı bir bakış açısıyla çözümlenmeye çalışıldığı görülmektedir.

12.05.2022 tarih ve 7406 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’la sağlık çalışanlarının tıbbi müdahalelerden kaynaklanan cezai sorumluluklarının maddi esasında bir değişiklik yapılmamakla beraber muhakeme usullerinde değişiklik öngörülmüştür. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’na aşağıdaki ek madde eklenmiştir.

“EK MADDE 18- Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesinde yer alan soruşturma usulüne tabi olanlar hariç olmak üzere, kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşları ve vakıf üniversitelerinde görev yapan hekim ve diş hekimleri ile diğer sağlık meslek mensuplarının sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle yapılan soruşturmalar hakkında 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Soruşturma izni, Sağlık Bakanlığı bünyesinde kurulan Mesleki Sorumluluk Kurulu tarafından verilir. Mesleki Sorumluluk Kurulu, özel sağlık kurum ve kuruluşları ve vakıf üniversitelerinde görev yapan hekim ve diş hekimleri ile diğer sağlık meslek mensupları bakımından il sağlık müdürlüklerinde görevli başkan veya yardımcılarını da ön inceleme yapmak üzere görevlendirebilir. Soruşturma izni verilmesine ilişkin 4483 sayılı Kanunun

¹¹³⁷ agr. s. 19.

¹¹³⁸ agr. s. 22.

¹¹³⁹ agr. s. 23.

7'nci maddesindeki süreler, iki kat olarak uygulanır. Mesleki Sorumluluk Kurulunun kararlarına karşı Ankara Bölge İdare Mahkemesine itiraz edilebilir.

Kamu kurum ve kuruluşları ve Devlet üniversitelerinde görev yapan hekim ve dış hekimleri ile diğer sağlık meslek mensuplarının sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle idare tarafından ödenen tazminattan dolayı ilgisine rücu edilip edilmeyeceğine ve rücu miktarına, ilgilinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanıp kullanmadığı ve kusur durumu gözetilerek Mesleki Sorumluluk Kurulu tarafından bir yıl içinde karar verilir.

Mesleki Sorumluluk Kurulu, Sağlık Bakanı tarafından belirlenen;

a) Bakan yardımcısı,

b) Sağlık Hizmetleri, Kamu Hastaneleri, Hukuk Hizmetleri, Yönetim Hizmetleri genel müdürleri veya yardımcısı,

c) Profesör veya doçent unvanlı biri dâhilî, diğeri cerrahi branştan iki hekim, olmak üzere yedi üyeden oluşur. Mesleki Sorumluluk Kurulunun başkanı Bakan yardımcısıdır. (c) bendi uyarınca belirlenen üyelerin görev süresi iki yıldır.

Mesleki Sorumluluk Kurulu, üye tam sayısının salt çoğunluğuyla toplanır ve üye tam sayısının salt çoğunluğuyla karar alır. Oylamalarda çekimser oy kullanılmaz.

Sağlık Bakanı gelen işin niteliği ve sayısına göre, başka bir Bakan yardımcısının başkanlığında üçüncü fıkrada gösterilenlerden, yeni kurullar oluşturabilir.

Mesleki Sorumluluk Kurulu üyeleri, ikinci fıkra kapsamında verdikleri kararlar sebebiyle görevinin gereklerine aykırı hareket ettiklerinin kesinleşmiş bir ceza mahkemesi kararıyla tespit edilmesi dışında mali ve idari yönden sorumlu tutulamaz.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Sağlık Bakanlığı tarafından yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir.”

Değişiklikle tıbbi müdahaleler dolayısıyla soruşturma iznini veren merci konusunda değişiklik yapılmış ve kararın Sağlık Bakanlığı bünyesinde kurulacak olan Mesleki Sorumluluk Kurulu tarafından verilmesi öngörülmüştür. Bu düzenlemenin gerekçesi tam olarak anlaşılammıştır. Gerçekten de tıptaki uzmanlaşma, karmaşıklaşma ve artan iş birliğinin küresel olarak yeni riskler yaratmasının yanında¹¹⁴⁰ Türkiye’ye özgü sıkıntılar, sağlık sistemine ilişkin düzenleme ihtiyaçlarını gündeme getirmektedir. Tüm bu sorunların tıbbi faaliyete katılan tüm sağlık çalışanları için ciddi cezai sorumluluk riskleri yarattığı¹¹⁴¹ ve sağlık sisteminin düzgün işleminin, sağlık çalışanlarının yükümlülüklerinin hafifletilmesi gerekliliğini

¹¹⁴⁰ Klaus Ulsenheimer ve Karsten Gaede 2021, age. parag. 196.

¹¹⁴¹ age. parag. 197.

doğurduğu ortadadır. Diğer yandan gerektiğinde ilgili sağlık çalışanın ceza hukuku açısından sorumlu tutulması suç ve ceza politikası açısından çok önemlidir. Tıbbi faaliyetler izin verilen risk kapsamında değerlendirilen, belirli bir risk barındırmasına rağmen yerine getirilen faaliyetlerdir. Ancak en başından bir cezai kovuşturma tehlikesi olmadan her riskli harekete izin verilmesi düşünülemez.¹¹⁴² Üstelik tıbbi müdahalelerin doğrudan insan yaşamına yönelik olduğu göz önüne alındığında sağlık çalışanlarının cezai sorumluluğunun en etkili şekilde düzenlenmesi bir zorunluluk halini almaktadır. Hatta yerleşik Alman yargı içtihatlarına göre, tıbbi hataların yaşamsal tehlikelere ilişkin olması¹¹⁴³ ve hastaların kural olarak ilgili hataları fark edip zamanında karşı önlem alacak durumda olmamaları¹¹⁴⁴ nedeniyle bu alanda yüksek özen gereklilikleri belirlenmelidir. Örneğin cezai sorumluluğun ağır tedavi hatalarla sınırlı olacağı yönünde bir hekim ayrıcalığı olamaz.¹¹⁴⁵

Yasa koyucuya verilen suç ve ceza normu koyma yetkisi, aynı zamanda Anayasa ve hukukun evrensel değerlerine uygun bir suç ve ceza siyaseti belirleme görevi anlamına da gelmektedir. Suç ve cezalara ilişkin başta hukuk devleti ve kusur ilkesi olmak üzere tüm ilkeler, ceza normlarının hem biçimsel hem de içeriksel açıdan belirli özellikler taşıması ve bu suretle kişilerin yasamanın keyfilğine karşı korunmasını gerektirir.¹¹⁴⁶ Ancak söz konusu teklif incelendiğinde, tıbbi müdahale gibi çok önemli bir eylem grubundan kaynaklanacak muhakemelerin yürütme erki bünyesinde kurulacak bir kurulun kararına bağlandığı ve yargı denetimi dışına çıkarılmaya çalışıldığı görülmektedir. Üstelik kurulun izin kararını hangi kural ve sınırlamalar dahilinde alacağı konusunda bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu haliyle söz konusu düzenlemenin anayasaya aykırı olduğunu söylemek mümkündür.

Sağlık çalışanları üzerindeki olağanüstü yükün azaltılarak sağlık hizmetlerinin sürekliliğinin ve verimliliğinin sağlanması amacıyla ceza hukuku politikalarının değiştirildiği görülmektedir. Ancak bu amaca ulaşmanın yolu ceza sorumluluğunun belirsizleştirilmesi olamaz. 1930’lu yıllarda trafikteki risklerin sürücüler ve diğer trafik katılımcıları arasında yeniden paylaşılması ve güven ilkesiyle herkesin kendi sorumluluk alanındaki risklerden sorumlu olarak diğerlerinin kendi alanlarında

¹¹⁴² Oliver Nueper ve Christoph Sigl 2015, agm. s. 302.

¹¹⁴³ BGHSt 3 92, 95.

¹¹⁴⁴ BGH NJW 2000 2754, 2758; BGHSt 6 282, 288.

¹¹⁴⁵ Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 274.

¹¹⁴⁶ Hilal Düzenli (2020), “Yasa Koyucunun Suç ve Ceza Siyasetini Belirleme Yetkisinin Anayasal Denetimi”, *İçinde, ÇÜHFD Arş. Gör Ceren Damar Şenel Armağanı*, C. 5, S. 1, s. 1196.

hukuka uygun davranacağı beklentisinin güven ilkesiyle formüle edilmesi yönündeki deneyim, sağlık sisteminde bugün yaşanan sorunların çözümü için de rehber olabilir. Bu bakımdan Almanya örneğinde olduğu gibi, hekimlerin sorumluluk alanlarında kalan bazı yükümlülüklerin, eğitimleri uygun düştüğü ölçüde diğer sağlık mesleği mensuplarına devredilmesi ve dikey yerine yatay iş birliği modellerinin yaygınlaştırılması yapılacak düzenlemelerden biri olabilir. Bu şekilde hekimlerin sorumluluk alanlarının sınırlandırılması ve yatay iş birliğinde güven ilkesinin uygulanmasıyla ancak hekimler tarafından yerine getirilebilecek ve çok daha yüksek dikkat ve özen gerektiren faaliyetlerde gereken odaklanma sağlanabilir.

3.4. İNŞAAT FAALİYETLERİNDE GÜVEN

3.4.1. İnşaat Faaliyetlerinde Taksirli Sorumluluk

Tehlikeli faaliyetlerin iş bölümü ile yürütüldüğü alanlardan biri de yapım çalışmalarıdır.¹¹⁴⁷ Bu faaliyetler sırasında ortaya çıkabilecek ilk tehlike sahası işçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin iken¹¹⁴⁸ yapım çalışmalarının, binaların çökmesi gibi durumlarda üçüncü kişiler bakımından tehlike kaynağı olma ihtimali de bulunmaktadır. İnşaat faaliyetlerinin yarattığı bu tehlikelerin gerçekleşmesi durumunda meydana gelen ölüm veya yaralanmalar, çoğunlukla taksirle ölüm veya yaralama suçu kapsamında ele alınır.¹¹⁴⁹ Bununla birlikte Türkiye’de güven ilkesine yer verilen tek yargı kararında, taksirle yangına ve patlamaya neden olma suçundan yargılama yapılmıştır.¹¹⁵⁰

Her alanda olduğu gibi inşaat faaliyetlerinde de her riskli hareket, taksirli hareket olarak değerlendirilemez. Taksire ilişkin genel açıklamalardan da hatırlanacağı üzere yapım faaliyetlerine ilişkin teknik düzenlemeler ve genel kabul görmüş teknik kurallar ancak karine niteliği taşır.¹¹⁵¹ Bu çekincenin yapı

¹¹⁴⁷ Tuğrul Katoğlu 2007, agm. s. 35.

¹¹⁴⁸ agm. s. 35.

¹¹⁴⁹ Robert Esser ve Nils Christian Keuten (2011), “Strafrechtliche Risiken am Bau - Überlegungen zum Tatbestand der Baugefährdung (§ 319 StGB) und seinem Verhältnis zu §§ 222, 229 StGB”, *NSfZ*, s. 314. Yapı mühendisliğinde özen yükümlülüğüne aykırı / izin verilmeyen risk içeren davranışlar bir yanıyla Alman Ceza Kanunu’nun 319. maddesi kapsamında tehlike suçlarını oluşturmaktadır. Ayrıca inşaat faaliyetleri nedeniyle insanlar zarar görürse veya binalar çökerse, 222 ve 229. maddeler de akla gelir. Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 281. TCK’nın 176. maddesinde ise “inşaat veya yıkım faaliyeti sırasında, insan hayatı veya beden bütünlüğü açısından gerekli olan tedbirleri almayan kişi”nin cezalandırılacağı öngörülmüştür.

¹¹⁵⁰ YCGK, E. 2000/9-104, K. 2000/110, T. 16.05.2000.

¹¹⁵¹ Robert Esser ve Nils Christian Keuten 2011, agm. s. 318.

çalışmalarındaki temeli, anılan düzenlemelerin hiçbir zaman güncel teknik gelişmeleri temsil ettiği güvencesi sunamaması ile de ilgilidir.¹¹⁵² Söz konusu teknik düzenlemeler yanında işçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin ortaya çıkabilecek zararlı sonuçları önlemeye yönelik çeşitli pozitif düzenlemeler yer almakta ve bu normlar muhatapların yetki ve sorumluluklarını düzenlemektedir.¹¹⁵³ Ancak bu kuralların da ancak özen yükümlülüğüne temel olmak bakımından birer karine olduklarını kabul etmek gerekir. Almanya’da verilen bir kararda, işçi ağaç soyma tamburunun altından geçen bir konveyör bandına takılmış ve hayatını kaybetmiştir. İlgili düzenlemelere aykırı olarak söz konusu alana giriş yasağı getirilmemiş, hatta bu alan pek çok işçi tarafından geçiş yolu olarak kullanılmış, yapılan denetimde de bu uygulamaya itiraz edilmemiştir. Eyalet Mahkemesi, sorumlu şef ve bölüm şefi olan sanıkları, önleyici tedbirlere uymamaları nedeniyle sorumlu bulmuştur. Ancak 1. Ceza Dairesi, söz konusu uygulamanın yıllardır yaygın bir şekilde var olduğu ve güvenlikten birinci derecede sorumlu olan kişiler tarafından yapılan denetimlerde de itirazsız kabul edildiği gerekçeleriyle sanıkların taksirle suçlanamayacağına hükmetmiştir.¹¹⁵⁴ Diğer yandan gerekli kurallara uyulmasına rağmen taksirli sorumluluk da gündeme gelebilir. Riski önemli ölçüde artıran koşullar, olağan ölçünün ötesinde özen gerektirebilir.¹¹⁵⁵ Buna rağmen söz konusu kuralların mahkeme uygulamalarındaki etkisinin oldukça güçlü olduğunu belirtmek gerekir. Nitekim inşaat alanlarında meydana gelebilecek kazaları önleme amacı taşıyan kuralları dikkate almayan fail, olağanüstü haller haricinde kural ihlali sonucunda meydana gelen kazanın öngörülemeyeceği argümanına dayanamaz.¹¹⁵⁶

İnşaat çalışmaları gibi teknik faaliyetlerin yürütülmesinde, failin taksirli sorumluluğunun belirlenmesi için bilirkişi raporu önemli bir yer tutar. Hâkim, failin durumundaki model kişinin nasıl davranması gerektiğini ortaya koyabilmek için bilirkişiye başvurmalıdır. Bilirkişiye yalnızca failin ilgili düzenlemelere ve genel kabul görmüş teknik kurallara uygun hareket edip etmediği değil, aynı zamanda sanığın hareketinin objektif ve *ex ante* olarak daha az güvenli olup olmadığı da

¹¹⁵² Gunnar Duttge 2022, MK, §15, age. parag. 139.

¹¹⁵³ Tuğrul Katoglu 2007, agm. s. 35.

¹¹⁵⁴ BGH StV 2001, 108, Aktaran Robert Esser ve Nils Christian Keuten 2011, agm. s. 318.

¹¹⁵⁵ BGHSt 37, 184, 189, Aktaran Robert Esser ve Nils Christian Keuten 2011, agm. s. 319.

¹¹⁵⁶ OLG Karlsruhe NStZ-RR 2000, 141, 142, Aktaran Robert Esser ve Nils Christian Keuten 2011, agm. s. 318.

sorulmalıdır.¹¹⁵⁷ Bununla birlikte somut olayda failin objektif özen yükümlülüğünü ihlal edip etmediği ve sonrasında kusur tespiti münhasıran hâkimin görevi olup bilirkişinin bu konuda değerlendirme yapmaması gerekir.¹¹⁵⁸

3.4.2. İnşaat Faaliyetlerinde İş Bölümü ve Güven İlkesinin Uygulanabilirliği

3.4.2.1. Genel Olarak

İnşaat projeleri, farklı uzmanlık alanlarına sahip işçilerin yanında teknisyen, mühendis gibi pek çok kişinin iş birliği ile gerçekleştirilir. Diğer yandan anılan projelerde işveren ve işveren vekili, iş sağlığı ve güvenliği kurulu, iş güvenliği ile ilgili mühendis gibi pek çok kişi çalışmanın güvenliğinden sorumludur.¹¹⁵⁹ Ayrıca yalnızca inşaat alanında çalışan işçiler değil; aynı zamanda yapı maliki, yüklenici, inşaatın denetiminden sorumlu olanlar ve inşaat faaliyetine katılan diğer kişiler de taksirli sorumlu olabilir.¹¹⁶⁰ Tehlikeli faaliyetin yol açtığı zarar meydana geldiğinde, yargı birden fazla aktör arasındaki yükümlülükler ağını çözmek ve her birinin taksirli sorumluluğunu gerekçelendirmek sorunuyla karşı karşıya kalır.¹¹⁶¹ Ancak inşaat faaliyetleriyle ortaya çıkan zarar veya tehlike neticesinden söz konusu iş bölümüne katılan herkes sorumlu tutulamaz. Nitekim iş bölümü her zaman belirli bir dereceye kadar sorumsuzluk anlamına da gelir.¹¹⁶²

Bu noktada güven ilkesi birden fazla kişinin katılımı nedeniyle somut durumun karmaşık olduğu olaylarda yol gösterici bir işlev üstlenir.¹¹⁶³ Somut durumda güven ilkesinin uygulama alanı bulup bulamayacağı, iş bölümü ilişkilerinin incelenmesi neticesinde ortaya çıkarılmalıdır.¹¹⁶⁴ Nitekim bir inşaat projesinin başından sonuna kadar nasıl yürütülmesi gerektiği ile ilgili çok sayıda teknik düzenleme bulunmakta ve

¹¹⁵⁷ Robert Esser ve Nils Christian Keuten 2011, agm. s. 319.

¹¹⁵⁸ Ancak Yargıtay'ın bilirkişi raporları doğrultusunda kusur tespiti yaptığı görülmektedir: "... bu üç bilirkişi raporu arasında sanıkların kusur durumlarına ilişkin çelişkilerin mevcut olması karşısında, sanıkların kusur durumunun mahkemece tespitinin sağlanması amacıyla; dosya içerisinde otelin proje konusunun ve ... Yapı Denetim ile ... Turizm A.Ş. arasında yapılan yapı denetim sözleşmenin bulunmadığı anlaşılmalı; bahsi geçen sözleşmenin ve projenin getirtilerek, hangi eylemi sebebiyle iş kazasının meydana gelmesinde kusurlu olduğunun sebep sonuç ilişkisi içerisinde iş güvenliğine dair mevzuat ışığında değerlendirilmesi için İstanbul Teknik Üniversitesinin Mühendislik Fakültesinde görevli öğretim üyelerinden oluşan üç kişilik bir bilirkişi heyetine dosyanın tevdi edilerek görüş alınması..." Yar. 12. CD., E. 2017/2952 K. 2019/12098 T. 23.12.2019.

¹¹⁵⁹ Tuğrul Katoğlu 2007, agm. s. 35.

¹¹⁶⁰ Robert Esser ve Nils Christian Keuten 2011, agm. s. 314.

¹¹⁶¹ Erik Kraatz (2009), "Zur Straftaftung der Beteiligten am Bau", *JR*, C. 5, s. 182.

¹¹⁶² Gunnar Duttge 2009, agm. s. 146.

¹¹⁶³ agm. s. 149.

¹¹⁶⁴ Elvan Keçelioğlu 2015, age. s. 105.

bu düzenlemeler farklı uzmanlık alanlarından çok sayıda kişiye çeşitli yükümlülükler yüklemektedir. Bunun yanında iş güvenliğine ilişkin normlar ile de güven ilkesinin uygulanmasına imkân verecek bir iş bölümü yaratılmaktadır.¹¹⁶⁵

İnşaat faaliyetlerinde güven ilkesi sıklıkla güvenliği sağlama yükümlülüğüyle (*Alm. Verkehrssicherungspflicht*) birlikte değerlendirilmektedir. Alman mahkeme içtihatlarıyla geliştirilen bu ilke, sorumluluk alanında bir tehlike yaratan ya da bunu sürdüren herkesin, diğer kişilerin korunması için, dikkatli ve makul bir kişinin bakış açısıyla zorunlu ve yeterli olan, mümkün ve gerekli tüm güvenlik önlemlerini alması gerektiği anlamına gelmektedir.¹¹⁶⁶ Bununla birlikte söz konusu yükümlülük devredilebilirdir. Böyle bir yetki devri ancak tehlikelerin emniyetli bir şekilde ortadan kaldırılmasını sağlayan açık bir anlaşma ile mümkün olur. İş birliği süreçlerinde bu sorumluluk farklı kişiler tarafından yerine getirilir.¹¹⁶⁷ Bu kişiler arasında yükümlülük paylaşımına uygun olarak güven ilkesi geçerlidir.

3.4.2.2. Yapı Sahibi

İnşaat faaliyetlerinden doğan birincil sorumluluk, bir inşaat projesiyle tehlike kaynağı yaratan yapı sahibinindir. Bu nedenle inşaat faaliyetiyle yaratılan tehlikelerden üçüncü kişileri koruma yükümlülüğü altındadır.¹¹⁶⁸ Yapı sahibi, inşaat yapılacak taşınmazın sahibi olmasına gerek olmaksızın¹¹⁶⁹ bir inşaat projesinin başlatan, yürüten¹¹⁷⁰ veya kendi sorumluluğunda bu faaliyetleri başkasına yaptıran¹¹⁷¹ ve ödemesini yapan gerçek veya tüzel kişidir.¹¹⁷² Ancak taksirle yaralama ve öldürmeye ilişkin Alman Ceza Kanunu'nun 222 ve 229. maddelerine ilişkin içtihatlarda, birincil sorumluluğun sözleşmeler yoluyla mimarlara, yüklenicilere ve diğer kişilere devredebileceği kabul edilmektedir.¹¹⁷³ Uygulamada da her yapı

¹¹⁶⁵ Tuğrul Katoğlu 2007, agm. s. 35.

¹¹⁶⁶ Robert Esser ve Nils Christian Keuten 2011, agm. s. 320.

¹¹⁶⁷ agm. s. 320.

¹¹⁶⁸ Carsten Wegner (2009), "Abgrenzung der Verantwortlichkeiten auf dem Bau", *Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, C. 8, s. 382.

¹¹⁶⁹ 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 1. maddesinde yapı maliki açıkça mülkiyet hakkı üzerinden tanımlanmıştır (değişiklik önerisi için bkz. Muhammed Demirel 2022, age. s. 336). Buna rağmen Türk hukukunda 3194 sayılı İmar Kanunu bağlamında yapı sahibinin "inşaat yapım faaliyetlerini gerçekleştiren kişileri" ifade ettiği ve bu nedenle yapı sahibinin, yapının mülkiyetine sahip olmayan kişileri de kapsadığı ifade edilmektedir. İlker Hasan Duman (2022), *100 Soruda Yapı Ruhsatı*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, s. 328.

¹¹⁷⁰ Erik Kraatz 2009, agm. s. 184.

¹¹⁷¹ Carsten Wegner 2009, agm. s. 382.

¹¹⁷² Erik Kraatz 2009, agm. s. 184.

¹¹⁷³ agm. s. 184.

sahibinin ilk hedefi, kendi üzerindeki bu yükümlülükleri başkasına devretmektir. Bu anlamda yapı sahibi, güvenliğin sağlanmasına ilişkin yükümlülüklerini ilk olarak doğru kişileri yetkilendirerek yerine getirir.¹¹⁷⁴ Dolayısıyla yapı sahibi açısından seçim yükümlülüğünün ön planda olduğu söylenebilir.¹¹⁷⁵ Burada özellikle önem arz eden kısım, yapı sahibinin, üstlenicinin seçimi konusunda sorumlu olmasıdır.¹¹⁷⁶ İmar Kanunu'nda da yapı sahibi, ruhsat süresi dolmamış olan bir yapının etüt ve proje müellifliği, yapı müteahhitliği ve şantiye şefliği görevlerinden herhangi birini üstlenmemiş ise bütün sorumluluğun, ilgisine göre etüt ve proje müelliflerine, yapı müteahhidine, şantiye şefine ve ilgili fenni mesullere ait olduğu öngörülmüştür (m. 28/son).

Yapı sahibinin yükümlülüklerini devrettiği kişilerin aksine kendisinin bizzat gözetim yükümlülüğü bulunmamaktadır.¹¹⁷⁷ Elbette belirli bir faaliyet alanının başkasına devredilmesi, belirli derecede güvenin tanınması ve korunması anlamına gelir.¹¹⁷⁸ Bununla birlikte söz konusu güven sınırsız bir biçimde korunmaz ve inşaat projesiyle riski yaratan nihayetinde yapı sahibinin kendisi olduğu için, inşaat faaliyetlerinin yürütülmesinde hiçbir sorumluluğu yokmuş gibi davranamaz. Görevlendirdiği kişilerin güvenilirliğinden şüphe duyarsa ya da inşaattaki eksiklikleri fark ederse müdahale etmelidir.¹¹⁷⁹ Örneğin malzemeleri ve bilgisiyle işin üstesinden gelemeyebilecek üstlenicinin ihmalkâr davrandığını veya bir tehlike yarattığını fark ederse güven ilkesine dayanamaz.¹¹⁸⁰ Bir Alman Mahkeme kararına göre, yüklenicinin, inşaat işinde olmayan bir kişinin bile fark edeceği önlemleri almadığını, örneğin gerekli güvenlik önlemleri almadan çatı kaplaması yaptırdığını tespit eden yapı sahibi, güvenlik önlemlerinin alınmasından tekrar birinci derecede

¹¹⁷⁴ Carsten Wegner 2009, agm. s. 382.

¹¹⁷⁵ Robert Esser ve Nils Christian Keuten 2011, agm. s. 320.

¹¹⁷⁶ Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 281. “... adı geçen inşaat işi, inşaat işi başında fenni yeterliliği bulunan bir kişiyi görevlendirmemekle, inşaat ustası sanık ...'in, mevcut ahırın” dayanıksız” tuğla duvarını kalıp olarak kullanmakla eşit kusurlu olduğu gözetilmeyerek...” Yar. 12. CD., E. 2015/11778 K. 2016/10087 T. 14.6.2016. Olayda üç ortaklı bir limited şirkete ait entegre et tesisinde yapılacak olan yem deposu işiyle ortaklar arasındaki yatay yetki devrine uygun olarak yalnızca ortaklardan biri ilgilenmektedir. Bu nedenle Yargıtay diğer ortakların yapılan işle bir ilgilerinin olmadığından bahisle beraatlerine karar vermiştir. Yatay yetki devriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Reşit Karaaslan 2022, age. s. 253 vd.

¹¹⁷⁷ Robert Esser ve Nils Christian Keuten 2011, agm. s. 320.

¹¹⁷⁸ Gunnar Duttge 2009, agm. s. 147.

¹¹⁷⁹ Robert Esser ve Nils Christian Keuten 2011, agm. s. 320.

¹¹⁸⁰ Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 281.

sorumlu hale gelir.¹¹⁸¹ Yapı sahibinin sorumluluğu, somut olayda inşaat veya binadaki eksikliklere ne kadar hakim olduğu ile yakından ilgilidir.¹¹⁸²

3.4.2.3. Proje Müellifi

Bir inşaat projesinin planının hazırlanmasından esas olarak mimarlar ve statikerler sorumludurlar. Karmaşık projelerde ise birden fazla uzmanın sonuçlarını koordine eden ve bunları tek bir plan altında birleştiren başka bir uzman daha bulunabilir.¹¹⁸³ Bu açıdan hatalı planlama dolayısıyla üçüncü kişiler bakımından bir tehlike doğmayacağı örneğin en küçük bir yükte çatı yapısının, tavanın ya da merdivenlerin çökmeyeceği hususunda planlayıcıların uzmanlığına güvenilebilir.¹¹⁸⁴ Alman hukukunda söz konusu mimar ve mühendislerin görevinin, projenin planlanmasıyla sınırlı olduğu kabul edilmektedir.¹¹⁸⁵ Bu kişiler ilgili imar düzenleme ve esaslarına riayet etmeli ve üstlenicinin de planı bu yönde uygulaması için net açıklamalar yapmalıdırlar.¹¹⁸⁶ Diğer yandan kendileri de inşaatın plana uygun bir şekilde yapılacağına güvenebilirler ve işin yapımını takip etmek zorunda değillerdir, meğerki inşaatın yönetiminden de sorumlu olsunlar.¹¹⁸⁷

Türk hukuku bakımından ise 4708 ve 3194 sayılı Kanunlar kapsamında aynı sonuçlara varmanın mümkün olmadığı ifade edilmektedir.¹¹⁸⁸ Söz konusu görev, mevzuatımızda proje müellifliği olarak adlandırılmış olup bu kavram 4708 sayılı Kanun'un 1/2 (k) hükmünde;

“mimarlık, mühendislik tasarım hizmetlerini iştiğal konusu olarak seçmiş, yapının etüt ve projelerini hazırlayan gerçek ve tüzel kişi” şeklinde tanımlanmıştır. 3194 sayılı Kanun'un 38/2 hükmünde,

“Yapıların, mimari, statik ve her türlü plan, proje, resim ve hesaplarının hazırlanmasını ve bunların uygulanmasıyla ilgili fenni mesuliyetleri, uzmanlık konularına ve ilgili kanunlarına göre mühendisler, mimarlar ile görev, yetki ve sorumlulukları yönetmelikle düzenlenecek olan fen adamları deruhte ederler.”

¹¹⁸¹ OLG Stuttgart NSTZ 2006, 450, *Aktaran* Robert Esser ve Nils Christian Keuten 2011, agm. s. 320.

¹¹⁸² Muhammed Demirel 2022, age. s. 340.

¹¹⁸³ Erik Kraatz 2009, agm. s. 185.

¹¹⁸⁴ agm. s. 185.

¹¹⁸⁵ Muhammed Demirel 2022, age. s. 344.

¹¹⁸⁶ Erik Kraatz 2009, agm. s. 185.

¹¹⁸⁷ agm. s. 185.

¹¹⁸⁸ Bu yönde bkz. Muhammed Demirel 2022, age. s. 344.

ifadesiyle mimar ve mühendislerin hem planlama sürecinden hem de bu planların uygulanmasından sorumlu oldukları kabul edilmiştir. Yine aynı Kanun'un 28. maddesinde

“mühendislik ve planlama hizmetine ilişkin harita, plan, etüt, proje ve eklerinin düzenlenmesi ve bunların yerine getirilmesinin; 38 inci maddede belirtilen meslek mensuplarına yaptırılması mecburidir.”

denilerek söz konusu görev bazı meslek mensuplarına özgülenmiştir.

Bununla birlikte mühendis veya mimarlar, yapılan sözleşmeye göre projelerin hazırlanması veya uygulanması faaliyetlerinden yalnızca birinden sorumlu olabilirler. Örneğin Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Mimarlar Odası Serbest Mimarlık Hizmetlerini Uygulama, Tescil ve Mesleki Denetim Yönetmeliği'nin 5. maddesinde; tasarım, uygulama ve yönetim, danışmanlık, eğitim ve diğer sanatsal çalışmalar şeklinde mimarlık hizmetleri sayılmıştır. Bu açıdan örneğin yalnızca mimari tasarım hizmeti veren mimarın, hazırladığı projenin uygulanmasından sorumlu tutulması düşünülemez. Aynı değerlendirmeyi mühendisler için de yapmak gerekir.

Bu hükümlerin taksirli suçlar bakımından anlamı, tüm teknik kurallara ve ilgili düzenlemelere uyarak yapı projesini hazırlayan mimar ya da mühendisin, inşaatın plana uygun yapıldığı yönündeki güveninin korunacağıdır. Ancak hem mimari tasarım hem de bunu uygulanması ve yönetiminden sorumlu mimar ve mühendisler için durum farklıdır.

3.4.2.4. İnşaat Müteahhidi

İnşaat işinin yürütülmesi yapı maliki tarafından, tehlikeli bir işin yürütülmesindeki uzmanlıkları ve deneyimleri nedeniyle bir ya da daha fazla inşaat müteahhidine devredilir.¹¹⁸⁹ Yapı müteahhidi, 4708 sayılı Kanun'un 1/2 (j) hükmünde *“yapım işini, yapı sahibine karşı taahhüt eden veya ticarî amaçla ya da kendisi için şahsî finans kaynaklarını kullanarak üstlenen, ilgili meslek odasına kayıtlı, gerçek ve tüzel kişi”* şeklinde tanımlanmıştır.

İnşaat yapımında sorumluluk esas olarak yapı müteahhidi olduğu için¹¹⁹⁰ yapılan soruşturmanın odak noktası da müteahhittir. Müteahhidin, inşaat projesi ve

¹¹⁸⁹ Erik Kraatz 2009, agm. s. 185.

¹¹⁹⁰ Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 281.

uygulanmasından doğan yükümlülükleri yanında iş güvenliğine ilişkin yükümlükleri de vardır.¹¹⁹¹ 3194 sayılı Kanun'un 28/8 maddesine göre;

“yapı müteahhidi ve şantiye şefi; yapıyı, tesisatı ve malzemeleriyle birlikte bu Kanuna, ilgili diğer mevzuata, uygulama imar planına, ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere, standartlara ve teknik şartnamelere uygun olarak inşa etmek”

yükümlülüğü altındadır. Yapı Müteahhitlerinin Kayıtları ile Şantiye Şefleri ve Yetki Belgeli Ustalar Hakkında Yönetmelikte de ayrıca inşaat ve iş organizasyonunu sağlamak ve mevzuat tarafından öngörülen tüm tedbirleri alma yükümlülükleri düzenlenmiştir.

Yapı müteahhidi, tehlike kaynaklarına hâkim olarak üçüncü kişilere yönelik kazaların önlenmesi için gerekli tüm önlemleri ayrıca inşaat faaliyetine katılanların korunması için iş güvenliğiyle ilgili mevzuat uyarınca gerekli tedbirleri alır.¹¹⁹² Bahsi geçen Yönetmelikle,

“4857 sayılı İş Kanununda öngörülen iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için, gerekli her türlü tedbiri almak, araç ve gereçleri noksatsız bulundurmak, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek, uygulamak ve uygulatmak”

sorumluluğu öngörülmüştür. İş güvenliğine ilişkin yükümlülüklere uyulmaması üzerine bir kişi yaralanır ya da ölürse müteahhidin taksirli sorumluluğu söz konusu olabilir.¹¹⁹³

Müteahhit tarafından atanan inşaat şefi ve alt işverenler kendi alanlarında sorumlu olsalar da müteahhidin genel denetleme yükümlülüğü vardır.¹¹⁹⁴ Nitekim 3194 sayılı Kanun'da da *“inşaat ve tesisat işlerinde yetki belgesi olmayan usta çalıştırmama”* müteahhidin sorumluluğu olarak düzenlenmiştir. Bu açıdan müteahhit ile ilgili çalışanlar arasında güven ilkesi çok sınırlı bir şekilde uygulanabilir. Ancak bu kişilerin seçiminde gerekli özeni gösteren ve genel denetleme yükümlülüğünü yerine getiren müteahhidin güven ilkesinden yararlanması mümkün olabilir.

Yapı maliki, belirli inşaat işlerini yapmaları için farklı müteahhitlerle anlaşabilir. Bu durumda her bir müteahhit diğerinin kendi alanında işini düzgün

¹¹⁹¹ Carsten Wegner 2009, agm. s. 383.

¹¹⁹² Erik Kraatz 2009, agm. s. 185, 186.

¹¹⁹³ agm. s. 185, 186.

¹¹⁹⁴ Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 281.

yaptığına güvenebilir. Eğer bu konuda şüpheleri varsa gidermek için gerekli girişimlerde bulunmalıdır. Model ajan standardı uyarınca, gerekli güvenlik önlemlerine uyulduğu konusunda şüphe varsa ancak müteahhitlerden biri yine de diğerinin çalışmaları hatasız yaptığına güvenirse, ilk müteahhit de ikincinin kendisine güveneceğini öngörebilirse, tehlikenin meydana gelmesi her ikisinin de taksirli hareketine dayanır ve yan fail olarak sorumlu olurlar.¹¹⁹⁵ Aynı ilkeler, inşaat işlerinin yapı maliki tarafından yatay iş bölümüne göre paylaştırılmayıp da genel bir müteahhide verilmesi ve daha sonra alt müteahhitlik sözleşmeleriyle münferit işlerin farklı kişilere verilmesi halinde de geçerlidir. Bu halde alt yüklenicilerin birincil güvenlik yükümlülüklerine ek olarak asıl yüklenicinin kontrol ve denetim yükümlülüğü de söz konusu olur. Alt yüklenici ise genel yüklenicinin kendisinden önceki işleri düzgün yaptığına körü körüne güvenemez.¹¹⁹⁶

Almanya’da *Goldberger Walter-Husemann-Schule* davasında asıl müteahhit ile alt müteahhit arasındaki ilişki incelenmiştir. Kararda, diğerlerinin görev alanıyla yakından ilgili ve doğrudan o işlere bağlı görevlerin düzgün bir şekilde yerine getirilmesiyle sorumluluk alanının sınırlandırılmayacağına hükmedilmiştir.¹¹⁹⁷ Olayda bir okulun onarımı işini alan müteahhit, bir taşıyıcı duvarın yıkım işi de dahil olmak üzere beton kesme işini alt müteahhide vermiştir. Ancak tavanın desteklenmesi işi açıkça alt müteahhide verilmemiş ve asıl müteahhidin görev alanında kalmıştır. Taşıyıcı duvarı yıkmakla görevlendirilen alt müteahhit işçilerinden biri, statiker tarafından öngörülen tavan destekleri arasındaki mesafenin, yıkım işi için kullanılması gereken beton testeresi için çok dar olduğunu fark etmiştir. Durumu kendi müdürü ile de paylaşmış ancak müdür esas müteahhit ile iletişime geçmeyi başaramamıştır. Daha sonra işçi bir şekilde durumu esas müteahhite iletmış ancak statikerle konuşacağını söyleyen esas müteahhit nihayetinde destekleri kendi kanaatine göre yerleştirmiştir. En başta durumu fark eden işçi duvarı kaldırdığında da tavan çökmüş ve 5 işçi hayatını kaybetmiş, 5 işçi ise yaralanmıştır.¹¹⁹⁸ Alman Federal Mahkemesi, kararda asıl müteahhit ile alt müteahhit arasında, yıkım ve güvenlik işi şeklinde bir paylaşım yaptıklarından bahisle yatay iş bölümü olduğunu kabul etmiştir.¹¹⁹⁹ Ancak Mahkeme,

¹¹⁹⁵ Erik Kraatz 2009, agm. s. 186.

¹¹⁹⁶ agm. s. 186.

¹¹⁹⁷ Robert Esser ve Nils Christian Keuten 2011, agm. s. 321.

¹¹⁹⁸ agm. s. 320.

¹¹⁹⁹ Gunnar Duttge 2009, agm. s. 149.

görev dağılımının alt işverenin cezai sorumluluğunu en başından ortadan kaldırmadığını da belirtmiştir. Burada söz konusu olan ikincil yükümlülüğünün, soruşturma ve bilgi alma gerekliliğini doğurduğunu belirtmiştir.¹²⁰⁰

Söz konusu olayda yatay değil dikey iş birliği bulunduğu ifade edilmektedir.¹²⁰¹ Alman Federal Yüksek Mahkemesi yerel mahkemeden farklı olarak tavanın desteklenmesi alt yüklenicinin görevi olmasa da firma işçilerinin duvarı kaldırmadan önce tavanın uygun bir şekilde desteklendiğinden emin olma şeklinde ikincil yükümlülükleri bulunduğunu kabul etmiştir.¹²⁰² Söz konusu davada, Federal Yüksek Mahkeme 4. Ceza Dairesi, işçi sanıkların taksirle ölüme neden olma ve taksirle yaralama suçlarından beraat etmelerine karar vermiş; ancak gerekçesinde, duvarın tavan çökmeden yıkılmasına ilişkin "ikincil bir güvenlik yükümlülüğünün" olduğunu kabul ederek iki sanığın bu yasal yükümlülüğü yerine getirdiklerini varsaymıştır.¹²⁰³ Öğretide, işçilerin üstlenici firmaya haber vererek kendi sorumluluklarını yerine getirdikleri, dolayısıyla onun kendi sorumluluk alanındaki işi yerine getirdiğine dair körü körüne değil, aksine beraat kararı verilmesini gerektiren haklı bir güven içerisinde oldukları ifade edilmiştir.¹²⁰⁴ Bununla birlikte durumu fark eden işçinin ve onun şefinin, inşaat işine başlamadan önce dile getirilen endişelerin giderildiğini tekrar sormaları gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır.¹²⁰⁵

Türkiye’de meydana gelen benzer bir kararda Yargıtay farklı yönde karar vermiştir. Olayda bir ilköğretim okulunun onarım ve güçlendirme işlerini ihaleyle olan şirket daha sonra bu görevi başka bir şirkete devretmiştir. Onarım inşaatı sırasında okulun müstemilat bölümü projeye aykırı olarak ana sınıfları için ait lavabo ve tuvalet olarak değiştirilmiş ve 6 yaşındaki bir öğrenci lavaboda elini yıkadığı sırada, yanlış monte edilen lavabo düşerek çocuğun ölümüne neden olmuştur. Yargıtay, fiili olarak işi yapmayan asıl işveren olan firmanın yetkilisinin ve kontrol mühendisinin sorumlu olmadığına karar vermiştir. Mahkeme yalnızca güçlendirme işini yapanlarla lavobunun sallandığını fark edince okul görevlisine demir destek taktıran okul müdürünü bilinçli taksirle ölüme sebep olmaktan sorumlu tutmuştur.¹²⁰⁶ Bu kararın

¹²⁰⁰ BGHSt 53, 38, *Aktaran* Lutz Eidam 2011, agm. s. 916).

¹²⁰¹ Gunnar Duttge 2009, agm. s. 149.

¹²⁰² Robert Esser ve Nils Christian Keuten 2011, agm. s. 320.

¹²⁰³ Gunnar Duttge 2009, agm. s. 148.

¹²⁰⁴ Gunnar Duttge 2022, MK, §15, age. parag. 147.

¹²⁰⁵ Gunnar Duttge 2009, agm. s. 150.

¹²⁰⁶ Yar. 12. CD., E. 2015/12978 K. 2017/6254 T. 13.9.2017.

Goldberger Walter-Husemann-Schule kararından temel farkı, işin bir bütün olarak alt müteahhide devredilmesidir. Yetki devrinin tüzel kişinin çalışanlarından birine değil de üçüncü kişilere devredilmesi, örneğin bazı işlerin alt işverene verilmesi durumunda harici yetki devri söz konusu olur.¹²⁰⁷ Bu halde sorumluluk, asıl işverenle alt işveren arasındaki ilişkinin içeriğine göre yatay iş birliğine ilişkin kurallara göre belirlenebileceği gibi dikey iş birliğine göre de belirlenebilir.¹²⁰⁸

Yargıtay bir işçinin 5. kat boşluğundan düşerek öldüğü başka bir olayda, iş güvenliğini sağlama görevi alt firmaya verilmesine rağmen, asıl firma ile yapılan aylık toplantılarda eksikliklerin birlikte saptanması ve asıl işveren firmanın denetim görevlerini sürdürmesi nedenleriyle yetkililerinin de taksirli sorumluluklarının araştırılması gerektiğine karar vermiştir.¹²⁰⁹ Ancak işin tamamen devredilmesine rağmen idareden ihaleyi alan asıl müteahhidin kontrol ve denetim yükümlülüğü olduğunu kabul etmek gerekir. Her şeyden önce yükümlülüklerini, söz konusu işi yapmaya ehil bir firmaya devretmek şeklinde seçim yükümlülüğü söz konusudur. Yargıtay'ın ilk kararında ise bu hususların hiçbiri araştırılmamıştır.

3.4.2.5. Şantiye Şefi

Şantiye şefi,

“konusuna ve niteliğine göre yapım işlerini yapı müteahhidi adına yöneterek uygulayan, mühendis, mimar, teknik öğretmen veya tekniker diplomasına sahip teknik personeli”

şeklinde tanımlanmaktadır (Şantiye Şefleri Hakkında Yönetmelik m. 4/1-e). Ayrıca şantiye şefi,

“Yapı müteahhidi adına, yapım işinin ruhsata ve ruhsat eki etüt ve projelere uygun olarak gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan inşaat ve iş organizasyonunu sağlamak, mevzuatın öngördüğü her türlü tedbiri almak, uygulamak ve uygulatmakla sorumludur.” (Şantiye Şefleri Hakkında Yönetmelik m. 8).

Görüldüğü gibi şantiye şefi müteahhit adına hareket eder. Bu açıdan ehil bir şantiye şefi seçilmesinden de müteahhit sorumludur. Şantiye şefi müteahhit dışında başka biri tarafından görevlendirildiyse de aynı yükümlülüğün bu kişiler için de geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak Yargıtay bir kararında ilkokul mezunu

¹²⁰⁷ Nurten Öztürk (2021), *Şirket Faaliyeti Çerçevesinde İşlenen Suçlarda Şirket Yöneticilerinin Taksire Dayalı Cezai Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 247.

¹²⁰⁸ Reşit Karaaslan 2022, age. s. 254, dn. 798.

¹²⁰⁹ Yar. 12. CD., E. 2015/410 K. 2015/19372 T. 17.12.2015.

olup, fenni yeterliliğe sahip olmayan şantiye şefini görevlendiren şirket yönetim kurulu başkanını inşaat iş güvenliği önlemleri alınmaması nedeniyle meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutan yerel mahkeme kararını bozmuş ve yönetim kurulu başkan yardımcısı olmak dışında herhangi bir görev ve yetkisi bulunmayan sanığın sorumluluğuna gidilemeyeceğine karar vermiştir.¹²¹⁰

Yapım işinin esas olarak kendisine verilmesi nedeniyle şantiye şefi güvenliğinin sağlanmasına ilişkin yükümlülüklerden doğrudan doğruya sorumludur.¹²¹¹ Bu nedenle uygun kişileri görevlendirme, açık talimatlar verme ve yapı malikinin aksine düzenli kontroller yapmakla yükümlüdür.¹²¹² Projenin karmaşıklığına göre belirlenecek bir süre boyunca inşaat alanında bulunarak en azından rastgele kontrollerle inşaatın ilerleyişinden emin olmalıdır. Şantiye şefi, bazı alanlarda uzmanlığının yeterli olmadığını görüyorsa, uzman başka birine görevi devretmelidir.¹²¹³ Yerinde denetim yükümlülüğünü ihlal ederek gerekli koruma önlemlerini almayan ve hatalı inşaat işinden hiç haberdar olmayan (basit taksir) veya muhtemel inşaat kusurlarını fark etmesine rağmen yapı tekniğini hatalı değerlendirmesi ve kendi bilgisine güvenmesi nedeniyle hareketsiz kalan şantiye şefinin, gerekli stabilite eksikliği nedeniyle yıkılan bir tavan ya da duvar, devrilen vinç veya güvensiz bir şekilde ortada duran elektrik kablosu nedeniyle insanların hayat veya vücut dokunulmazlıkları açısından bir zarar meydana gelmesi durumunda ceza hukuku sorumluluğu doğar.¹²¹⁴ Bu açıdan söz konusu inşaat işlerini yerine getiren işçilerin görevlerini yerine getirdiğine güvenerek sorumluluktan kurtulması mümkün olmaz.

3.4.2.6. Fenni Mesul

Fenni mesul, kamu adına inşaat faaliyetlerini denetleyen kişidir. Bu görev ancak mimar ve mühendisler tarafından yerine getirilebilir. Fenni mesuller görevlerini idare adına yerine getirirler ve uzmanlık alanlarına göre yapım işlerinin denetimine ilişkin ayrıntılı bütün belgeler ile mimarlık ve mühendislik hizmetleri raporunu idareye vermekle yükümlüdürler (İmar Kanunu m. 28/8).

¹²¹⁰ Yar. 12. CD., E. 2014/22476 K. 2015/15802 T. 19.10.2015.

¹²¹¹ Erik Kraatz 2009, agm. s. 185.

¹²¹² OLG Karlsruhe NJW 1977, 1930, *Aktaran* Robert Esser ve Nils Christian Keuten 2011, agm. s. 321.

¹²¹³ Erik Kraatz 2009, agm. s. 185.

¹²¹⁴ agm. s. 185.

Fenni mesul, yapının tesisatı ve malzemeleriyle birlikte, mevzuata, uygulama imar planına, ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere, standartlara ve teknik şartnamelere uygun olarak inşa edilmesini denetlemekle görevlidir (İmar Kanunu m. 28/8). Bu yükümlülüklerini yerine getirmede, fen ve sanat kurallarına aykırı yapılar nedeniyle meydana gelen neticelerden müteahhit ve şantiye şefiyle birlikte sorumluluğu doğabilir.¹²¹⁵ Yargıtay bir kararında, yapım çalışması sırasında kontrollü olarak trafiğe açılan yola, daha önce iş makinesi aracılığıyla parçalanmış ve tamamen aşağıya indirilmesi sağlanmamış ve tehlikeli şekilde üst kısımda duran kayanın yamaçtan yuvarlanarak otomobilin üzerine düşmesiyle yaşanan ölüm ve yaralama neticelerinden, karayolları idaresi adına yapılan çalışmaları denetlemekle ve işlerin güvenli bir şekilde yapılmasını takip etmekle görevlendirilen fenni mesulün de sorumlu olduğunu kabul edilmiştir.¹²¹⁶

Kamu adına denetim yapan fenni mesulün güven ilkesinden yararlanması çok olası değildir. Nitekim yapının mevzuata aykırı yapılması halinde durumu idareye yazılı olarak bildirme zorunluluğu altındadır (İmar Kanunu m. 28/2). Ancak fenni mesul denetim görevini yapıp inşaat alanında gördüğü aksaklıkları bildirdikten sonra aksine belirti yoksa söz konusu tedbirlerin alındığına güvenebilir.¹²¹⁷ Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir. Bir mermer ocağında, mermer kesmede kullanılan bir makinedeki elmas telin kopması sonucu, telden fırlayan boncuklardan birinin boynuna çarpması sonucu bir işçinin yaralanmıştır. Olayda fenni mesul mermer ocağını periyodik olarak denetlemiş, denetleme tutanağında elmas tel kesme makinasının

¹²¹⁵ İzzet Özgenç 2022, age. s. 267. “Olay tarihinde 13 katlı apartmanın çatı yapımında kullanılan kavak kerestenin çatıdan koparak, aynı apartmanda oturmakta olan ölenin, bina bahçesine girdiği esnada başına uçtuğu, söz konusu apartmanın müteahhidinin sanık ..., şantiye şefinin sanık ..., fenni mesulünün sanık ... ve çatının yapımı ve montesi işini ise sanık ...'ın üstlendiği, apartmanın 25.12.2009 tarihinde yapı kullanım izin belgesinin belediyeden alındığı, olay günü Kayseri şehir merkezinde en yüksek rüzgar hızının saatte 105.5 km/saat olduğunun resmi olarak bildirildiği, olayla ilgili olarak soruşturma aşamasında bilirkişi tarafından yapılan tespitte ise, çatının Belediye onaylı mimari projeye uygun imalatla yapılmadığı, inşaatın fen ve sanat kurallarına aykırı olduğu, çatı yapımında çam kereste yerine daha önceden kullanılmış ahşap kavak kerestelerin kullanıldığı, çatının betonarme içinden çıkan demirlere bağlanmadığı, kavak kerestelerin dayanıklı olmadığı için demire bağlanan bağlantı ahşaplarının kırıldığı, kullanılan kerestenin ebatlarının belediyeden alınan mimari çatı profesine uymadığı ve projeye göre yetersiz olduğu, projede 10x10 dikme gösterildiği halde imalatta 8x8 dikmenin kullanıldığı, atılan aşık dikme, mertek, göğüsleme ve rüzgar bağlantılarının miktarının az olduğu, yine belediye onaylı projeye göre çatı kaplama malzemesi marsilya tipi kiremit görünürken imalatta arduvaz kaplı su yalıtım membranı kullanıldığı hususlarının tespit edildiği olayda... sanıkların temyiz itirazlarının reddine...” Yar. 12. CD., E. 2019/3879 K. 2019/10359 T. 17.10.2019.

¹²¹⁶ Yar. 12. CD., E. 2013/29822 K. 2014/26492 T. 24.12.2014.

¹²¹⁷ Aynı yönde bkz. İzzet Özgenç 2022, age. s. 268.

arkasına konulan tahta paravanın gerekliliğini ve çalışan makinanın arkasından geçilmemesi gerektiğini anlatmış ve daha önceki denetleme tutanaklarında eskiyen paravanların yenilenmesi gerekliliğini belirtmiştir. Mahkeme olayın katılanın çalışan mermer kesme makinasının arkasında bulunması nedeniyle gerçekleştiğini tespit ederek işçilerin çalışan makinanın arkasında bulunmasını fiilen işçilerin başında bulunan ustabaşının engellemekle yükümlü olduğuna karar vermiştir. Fenni mesul ve şirket sahibi olan diğer sanıkların ise beraatinin gerektiğine hükmetmiştir. Nitekim fenni mesulün belirttiği gibi paravan konulmuş ancak işçilerin paravanın diğer tarafında çalışması sağlanmamıştır.¹²¹⁸

Ancak güven ilkesi açısından asıl belirtilmesi gereken nokta, fenni mesulün raporuna güvenilerek işlem yapılması ve bu işlem üzerine taksirli bir neticenin meydana gelmesidir. Bu noktada kural olarak yapı sahibi, müteahhit, şantiye şefi ve sorumlu diğer kişilerin fenni mesulün değerlendirmelerine güvenebileceği kabul edilmelidir. Ancak güven ilkesinin genel sınırlama sebepleri burada da geçerlidir ve bu kişiler açısından fark edilebilir hata ya da eksiklikler konusunda güven ilkesi uygulanamaz.

3.4.2.7. Diğer Çalışanlar

İnşaat işini yürütenler yani alt yüklenici ve işçiler de kendilerine verilen görevi özenli bir şekilde tamamlama yükümlülüğü altındadırlar. Güven ilkesinin bir sonucu olarak inşaat faaliyetine katılan diğer kişilerin kendi işlerini yükümlülüklerine uygun bir şekilde yerine getirip getirmediğini kontrol etme yükümlülükleri yoktur.¹²¹⁹

Güven ilkesinin uygulanabilmesi için delegasyon olmaksızın birden fazla işçinin belirli bir görevi kendi aralarında paylaşarak yaptığı tek tip çalışma düzeni olmaması gerekir.¹²²⁰ Bu açıdan ilkenin uygulanmasının, görev ve iş bölümünün açık bir şekilde belirlenmesine bağlı olduğu ifade edilmektedir. Eğer tüm çalışanlar, kümülatif bir şekilde gerçekleştirilen işin denetiminden sorumlular, güven ilkesi uygulama alanı bulmaz.¹²²¹ Bu halde kendi aralarındaki görev paylaşımına rağmen iş arkadaşlarının kendilerine düşen kısmı gereği gibi yerine getireceklerine

¹²¹⁸ 12. CD., E. 2014/8335 K. 2015/2105 T. 6.2.2015.

¹²¹⁹ Robert Esser ve Nils Christian Keuten 2011, agm. s. 321.

¹²²⁰ BGHSt 47, 224, 228, *Aktaran* agm. s. 321.

¹²²¹ Lutz Eidam 2011, agm. s. 915.

güvenemezler.¹²²² Almanya Federal Mahkemesi 4. Ceza Dairesi, *Wuppertaler Schwebebahn* kararında, güven ilkesini uygulayarak tek tip iş sürecini sorumluluk alanlarına bölen yerel mahkemeyi eleştirmiş ve inşaat faaliyetlerinde güven ilkesinin geniş kapsamlı bir şekilde uygulanmasına karşı çıkmıştır.¹²²³ Kararda Mahkeme, iş bölümü ilkesi uyarınca üstlenilmiş ve açıkça sınırlandırılmış görev alanları olmadığı gerekçesiyle güven ilkesinin uygulama alanı bulmayacağına hükmetmiş ve bir işçinin hatalı hareketinden diğer üç işçiyi de sorumlu tutmuştur.¹²²⁴

Mahkemeye göre tıbbi tedavi ve operasyonlarda tıbbi uzmanlaşma nedeniyle görev alanları net bir şekilde belirlenir. Karara konu olayda ise herkes aynı yerde çalışmaktadır ve işin o andaki durumu, çalışma arkadaşlarının yaptığı işi görebilmek konusunda herkes için aynı derecede kolaydır.¹²²⁵ Mahkemenin güven ilkesine başvurmak konusundaki çekincesinin, muhtemelen güven ilkesinin, toplumsal maliyet fayda tartımının ifadesi olan izin verilen riskin somutlaştırılmasındaki öneminin dikkate alınması olarak düşünülebileceği ifade edilmiştir. Tıbbi müdahaleler ve trafik, yalnızca katılımcıların kendi davranışlarına odaklandıklarında yerine getirilebilecekleri yüksek konsantrasyonla işleyebilecek hassas alanlardır. Ancak Yüksek Mahkemenin görüşüne göre yapı mühendisliği kısmen farklı olabilir. Uzmanlaşmanın bir öneminin olmadığı en alt hiyerarşi basamağında, üçüncü kişilerin hataları dahil olmak üzere görülebilir mesafedeki işleri üstlenmek diğer alanlar gibi maliyetli değildir; nitekim çalışma konsantrasyonu bu nedenle bozulmaz. Ancak bu önermenin yapı çalışmaları için doğru olup olmadığı kolayca cevaplanamamaktadır.¹²²⁶ Zira güven ilkesi yalnızca iş bölümüne dayalı çalışma düzeninin etkili bir şekilde sürmesi üzerinden gerekçelendirilemez. İlke daha ziyade başkalarının hatalı hareketlerini dikkate alma yükümlülüğü bulunup bulunmaması ile ilgilidir.

Almanya Federal Yüksek Mahkemesi başka bir kararda ise araçların bakımından sorumlu teknisyenlerin, talimatla çalışmalarına rağmen güvenlik yükümlülükleri bulunduğunu kabul etmiştir. Karara göre şefin frenlerin tamir edilmemesi yönündeki açık talimatına uyan tekniker frenleri tamir etmese ve tipik bir

¹²²² Robert Esser ve Nils Christian Keuten 2011, agm. s. 321.

¹²²³ agm. s. 321.

¹²²⁴ BGHSt 47, 224, 231, *Aktaran* agm. s. 321.

¹²²⁵ BGHSt 47, 224, *Aktaran* Claus Roxin ve Luis Greco 2020, §24, age. s. 1192, parag. 25b.

¹²²⁶ BGHSt 47, 224, Claus Roxin ve Luis Greco 2020, §24, age. s. 1192, parag. 25b.

netice doğuran kaza, fren arızası nedeniyle gerçekleşirse tekniker sorumlu olabilir.¹²²⁷ Kararda, Senato'nun güvenliğin sağlanması yükümlülüğünün işçilere devredilmesini güvenin korunması açısından değerlendirmesi gerektiği belirtilmiştir. Açık bir şekilde talimatlara göre hareket eden işçi, gerekli güvenlik önlemlerine usulüne uygun olarak riayet edilmesi durumunda üçüncü kişilerin korunması için etkili olacağına güvenebilir. Ancak verilen talimatın yanlışlığına ve üçüncü kişiler için tehlikelere yol açacağına dair somut göstergeler varsa işverene itiraz etmeli, başka bir yöntemin uygulanması için işvereni zorlamalı ve işverenle bir anlaşmaya varana dek olası kazaların önlenmesi için kendisi inşaat alanında geçici tedbirler almalıdır.¹²²⁸

Kalfa ve çırakların, kolaylıkla uyulabilir bir talimatın yanlışlığını fark etmeleri gerektiğinden bahisle taksirli sorumluluklarının doğması deneyim eksikliği nedeniyle çok nadir gündeme gelecektir. Bu açıdan ancak organizasyon yükümlülüğü nedeniyle işveren sorumlu olabilir. Ancak belirli bir alanda işin nasıl yapılacağını ayrıntılarıyla anlatan somut talimatlara uymayan, işin yerine getirilmesine kendisi karar vererek işverenine karşı yükümlülüğünü yerine getirmeyen ve o alanda alınması beklenen güvenlik önlemlerini almamak suretiyle bir zarar doğmasına neden olan kalfa ve çırak taksirli bir suç işlemiş olur. Bu halde işveren ancak, daha önce bu kişilerin kazaların önlenmesi için gerekli tedbirleri ihlal edebileceğine yönelik fark edilebilir belirtiler olan konularda, davranış kurallarını talimatlarla düzenlememek nedeniyle suçlanabilir.¹²²⁹

3.5. ÜRÜN SORUMLULUĞU

3.5.1. Ürün Sorumluluğu Alanında Taksirli Sorumluluk

Ürün, 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'un tanımlar başlıklı 3. maddesinin 1 (s) hükmünde, *“her türlü madde, müstahzar veya eşya”* olarak tanımlanmıştır. Genel Ürün Güvenliği Yönetmeliği'nde¹²³⁰ ise

“tüketicilerin kullanımı için amaçlanan veya tüketicilerin kullanımı için amaçlanmamış olsa dahi makul ölçüde öngörülebilir koşullarda tüketiciler tarafından kullanılması muhtemel olan, gerek ticari faaliyetler sonucunda gerekse başka yollarla

¹²²⁷ BGHSt. 52, 159, Aktaran Erik Kraatz 2009, agm. s. 187.

¹²²⁸ agm. s. 187.

¹²²⁹ agm. s. 187.

¹²³⁰ Resmî Gazete Tarihi: 11.03.2021 Resmî Gazete Sayısı: 31420.

tedarik edilen veya kullanıma sunulan, yeni, kullanılmış veya ıslah edilmiş her türlü madde, müstahzar veya eşya” (m. 4/3-h)

şeklinde tanımlanmıştır. Ürün sorumluluğu da ürünün neden olduğu zararlar nedeniyle sorumluluğun nasıl belirleneceğiyle ilgilenmektedir.¹²³¹

Ürün sorumluluğu ceza hukuku kapsamında bağımsız bir kurum değildir.¹²³² Avrupa Birliği ülkelerinde tüketici kanunlarından bağımsız bir şekilde düzenlenen¹²³³ ürün sorumluluğuna ilişkin Türkiye’de uzun yıllar genel bir düzenleme yapılmamış ve mesele daha çok özel hukuk boyutuyla 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında ele alınmıştır.¹²³⁴ Ancak 85/374 sayılı Avrupa Konseyi Direktifi’nin¹²³⁵ iç hukuka aktarılmasını amaçlayan¹²³⁶ 05.03.2020 tarih ve 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu’nun kabulüyle ürün sorumluluğu alanında temel bir kanuni düzenlemeye kavuşulmuştur. Söz konusu Kanun’da konu özel hukuk sorumluluğu temelli olarak düzenlenmiş, örneğin 6. maddede, ürün sorumluluğu tazminatı düzenlenmesine karşın ceza hukuku sorumluluğu öngörülmemiştir.

Bununla birlikte cezai ürün sorumluluğuna ilişkin bağımsız böyle bir düzenlemeye ihtiyaç da bulunmamaktadır nitekim genel hükümler bu konuda ceza sorumluluğunun belirlenmesi için yeterlidir. Ürün sorumluluğuna ilişkin büyük çoğunluğu soyut tehlike suçu içeren bazı tali ceza normları olduğu gibi¹²³⁷ kusurlu ürünün yaşam hakkı ve beden bütünlüğünü ihlal etmesi halinde kasıtlı ve taksirli insan öldürme ve yaralama suçları da söz konusu olabilir. Diğer yandan ürün sorumluluğu kurumunda kasıtlı hareketin kanıtlanmasının çok zor olması nedeniyle esas olarak taksirli sorumluluk söz konusu olmaktadır.¹²³⁸ 7223 sayılı Kanun’da da bir ürünün

¹²³¹ Joachim Schmidt-Salzer (1988), “Strafrechtliche Produktverantwortung”, *NJW*, S. 41, s. 1937.

¹²³² agm. s. 1937.

¹²³³ Seda Baş (2022), “7223 Sayılı Kanun Kapsamında Ürün Sorumluluğu Kavramına Genel Bir Bakış”, *TAAD*, Y. 13, S. 52, s. 357.

¹²³⁴ Bkz. Çiğdem Kırca (2007), *Ürün Sorumluluğu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara; Zeynep Derya Tarman (2007), “Türk Hukukunda İmalatçının Sorumluluğuna Genel Bir Bakış”, *İÜHF*, C. 65, S. 2.

¹²³⁵ 1985 yılında Avrupa Topluluğu tarafından yürürlüğe konulan Ürün Sorumluluğu Direktifi’nin Türk hukukuna etkisi için bkz. Oğuz Sadık Aydos (2009), *Ürün Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara.

¹²³⁶ Seda Baş 2022, agm. s. 362.

¹²³⁷ Örneğin 1206 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu m. 19, 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı Gıda ve Yem Kanunu m. 37/1-e ve 39/1-d, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 77/4-b (2).

¹²³⁸ Henning Rosenau 2014, agm. s. 171, 172; Eric Hilgendorf (2019), “Zivil- und strafrechtliche Haftung für von Maschinen verursachte Schäden”, *İçinde, Handbuch Maschinenethik*, Ed. Oliver Bendel, Springer, Wiesbaden, s. 448.

üretiminden kullanıcıya ulaştırılmasına kadarki sürece dahil olan süjelerin özen yükümlülüklerinin belirlenmesine kaynak olabilecek yükümlülükler belirlenmiştir.

Kusurlu ürünler nedeniyle taksirli ceza sorumluluğu konusunda iki nokta çok önemlidir. İlki, her bir failin ürünle üçüncü kişilerin hukuki değerlerini tehlikeye atmamak konusundaki yükümlülüklerinin ayrı ayrı belirlenmesi,¹²³⁹ ikincisi ise nedensel davranışın kanıtlanmasıdır.¹²⁴⁰ Bu çalışmada güven ilkesi açısından önem taşıyan, birden çok kişinin dahil olduğu iş bölümü sürecinde her bir failin objektif özen yükümlülüğünün nasıl belirleneceği ve güven ilkesinin bu konudaki rolüdür. Bu nedenle nedensellik bağı konusuna değinilmeyecektir.

Hem üretim aşamasında pek çok kişinin iş bölümü içerisinde çalışması gerekmekte hem de ürünlerin tüketiciye ulaştırılması amacıyla dağıtıcı, perakendeci gibi pek çok kişi sürece dahil olmaktadır. Bu açıdan kusurlu bir ürün nedeniyle meydana gelen tehlike ya da zarar neticesinden, farklı fiillerle birden fazla kişi sorumlu olabilir. Ancak bunlar arasında en çok önem taşıyan kuşkusuz üreticinin taksirli sorumluluğudur.

Üretici (imalatçı), “ürünü imal ederek veya ürünün tasarımını veya imalatını yaptırarak kendi isim veya ticari markası ile piyasaya arz eden gerçek veya tüzel kişiyi” ifade eder (7223 sayılı Kanun m. 3/1-g).¹²⁴¹ Ürün sorumluluğunda medeni hukuk kapsamında üreticinin özen yükümlülüğü, ceza hukukundaki özen yükümlülüğüyle büyük oranda örtüşmektedir.¹²⁴² Bu açıdan ürün sorumluluğuna ilişkin medeni hukuk ilke ve içtihatları ceza hukuku açısından büyük önem taşısa da üretici sorumluluğuna ilişkin medeni hukuk uygulamaları araştırılıp incelenmeden cezai sorumluluğun belirlenmesinde kullanılamaz. Nitekim medeni hukukta yükümlülükler aykırı olarak nitelendirilen bir hareket, ceza hukukunda ayrı bir incelemeye ihtiyaç duymaktadır.¹²⁴³

¹²³⁹ Detlev Sternberg-Lieben ve Frank Schuster 2019, § 15, age. parag. 216.

¹²⁴⁰ Henning Rosenau 2014, agm. s. 172.

¹²⁴¹ Kanun’da kullanılan “imalatçı” teriminin, tam olarak “üretici”yi kapsamaması nedeniyle hatalı olduğu ve düzenlemeyle hammadde ve ara ürün üreticilerinin kapsamı kapsamadığının net olmadığı gerekçeleriyle ilgili hükmün eleştirisi için bkz. Erhan Kanişlı (2020), “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu”, *İÜHFİM*, C. 78, S. 3, s. 1426.

¹²⁴² Detlev Sternberg-Lieben ve Frank Schuster 2019, § 15, age. parag. 216; Eric Hilgendorf 2019, agm. s. 448.

¹²⁴³ Lothar Kuhlen 2015, age. parag. 29-31.

Özen gereklilikleri, ürünün zarar ihtimali ve yoğunluğuna göre belirlenir.¹²⁴⁴ Bu nedenle özellikle gıda üreticileri ve satıcılarının özen yükümlülüğü konusunda katı ölçütler öngörülmektedir. Kamu sağlığı, bu alanda daha katı gereklilikler belirlenmesini ve ekonomik menfaatlerin geri planda tutulmasını gerektirir.¹²⁴⁵ Elbette ürün kullanıcıları için riskler tamamen ortadan kaldırılamaz.¹²⁴⁶ Teknik olarak kusursuz seri üretimle dahi bir ürünün tamamen hatasız ve tehlikesiz üretileceği ve öyle kalacağı garanti edilemez. Bu açıdan seri üretimde kaçınılmaz olarak ortaya çıkan kusurlar, yeterli rastgele kontrollerle kabul örnekleme yapılması şartıyla izin verilen risk kapsamında değerlendirilir ve ceza hukuku sorumluluğu doğurmaz.¹²⁴⁷ Esas olarak üreticinin özen yükümlülüğünün sınırları, ürünün fiyatına göre de şekillenen makul tüketicinin beklentilerine göre belirlenmektedir.¹²⁴⁸

Üreticiler ama aynı zamanda ithalatçı, distribütör ve parakendecilerin uyması gereken özen için normatif belirlemeler başta 7223 sayılı Kanun olmak üzere sayısız özel yasa ve düzenlemelerden çıkmaktadır. Birer özen normu olarak bunlar elbette yalnızca özene uygun ya da özene aykırı davranışı gösterme konusunda gösterge niteliğindedir.¹²⁴⁹ Bu nedenle ürün sorumluluğu alanında da objektif özen yükümlülüğü, model ajan teoremiyle belirlenmelidir. Sorulacak soru, failin konumundaki belirli bir ekonomik sektörden dikkatli üreticinin göstermesi gereken özenin ne olduğudur.¹²⁵⁰ Ayrıca ürün sorumluluğuna neden olabilecek olaylar, pek çok kişinin etkileşim ve iş bölümüyle gerçekleşen farklı aşamalardan oluşur. Güven ilkesinden, bu faaliyete katılan kişilerin özen yükümlülüklerinin belirlenmesinde yararlanılabilir.¹²⁵¹ Burada söz konusu faaliyete katılan kişilerin özen yükümlülükleri hakkında genel bilgi verilmesinin ardından, sonraki başlıkta güven ilkesinin ürün sorumluluğundan doğan taksirli sorumlulukta nasıl bir rol oynayabileceği incelenecektir.

Üreticinin bir ürünle ilgili yükümlülüklerinin ne olduğu, onun diğerleri özellikle de kullanıcılar tarafından nasıl kullanılacağı ile ilgilidir. Burada önemli olan

¹²⁴⁴ Detlev Sternberg-Lieben ve Frank Schuster 2019, § 15, age. parag. 216.

¹²⁴⁵ Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 281.

¹²⁴⁶ Lothar Kuhlén 2015, agm. s. 124, parag. 28.

¹²⁴⁷ Detlev Sternberg-Lieben ve Frank Schuster 2019, § 15, age. parag. 216; Henning Rosenau 2014, agm. s. 179.

¹²⁴⁸ Detlev Sternberg-Lieben ve Frank Schuster 2019, § 15, age. parag. 216.

¹²⁴⁹ Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 278.

¹²⁵⁰ Henning Rosenau 2014, agm. s. 177.

¹²⁵¹ Eric Hilgendorf 2019, agm. s. 449.

her zaman dar anlamda nasıl bir kullanım amaçlandığı yani ürünün amacına uygun ve doğru kullanımıdır.¹²⁵² Bu nedenle üretici bu tür kullanımlardan kaynaklanan tehlikeleri düşük tutmalı ve eğer varlığı bilinmiyorsa kalan tehlikelere dikkat çekmelidir (talimat yükümlülüğü).¹²⁵³ Bu şekilde izin verilen risk, kaçınılmaz riskin yeterince açık ve anlaşılır bir şekilde belirtilmesi ve bu risklere karşı uyarı yapılması şeklinde oluşturulabilir.¹²⁵⁴ Ayrıca ürünün geniş anlamda amacına uygun kullanıldığında beklenmeyen tehlikelerin meydana gelip gelmediği gözlemlenmelidir (izleme yükümlülüğü).¹²⁵⁵ Daha sonra bu risklere dair ciddi şüphe ortaya çıkarsa geri çekme/çağırma yükümlülüğü¹²⁵⁶ gündeme gelir ve bu yükümlülüğün ihlali taksirli sorumluluğa sebebiyet verebilir.¹²⁵⁷

Diğer yandan bir üreticinin göstermesi gereken özenin ne olduğu ve bir ürünün üretimiyle piyasaya arzında özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediği sorusu, bir tüzel kişi bünyesinde kimlerin sorumlu olduğu tespitini gerektirmektedir.¹²⁵⁸ Gerçekten de şahıs şirketleri ekonomik hayatta giderek daha nadir yer almakta olduğundan bir ürün nedeniyle ceza sorumluluğunu belirlemeye çalışan yargı organları çoğunlukla karşılarında üretici, toptancı, parekendeci vb. sınıflarla ticari şirketleri bulmaktadır.¹²⁵⁹ Bu noktada da bir şirket faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda sorumluluğun nasıl belirleneceği sorusuyla karşılaşmakta ve sorun *top down* sistemine başvurularak çözülmektedir. Buna göre ceza hukuku açısından sorumlu kişilerin tespit edilmesi için şirket üst yöneticilerinden başlanarak alt kademelere doğru gidilmelidir.¹²⁶⁰

3.5.2. Güven İlkesinin Ürün Sorumluluğu Alanında Uygulanması

3.5.2.1. Üretici ve Satıcı Arasındaki Güven

Üretici ve satıcı, mal tedarik etme işini aralarında paylaşmışlardır ve bu iş bölümünün etkililiği herkesin diğerinin rolünün gereksinimlerini yerine getireceğine

¹²⁵² Lothar Kuhlen 1989, age. s. 124.

¹²⁵³ age. s. 124.

¹²⁵⁴ Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 279.

¹²⁵⁵ Lothar Kuhlen 1989, age. s. 124.

¹²⁵⁶ Geri çekme/çağırma, “*nihai kullanıcının elinde bulunan ürünün iktisadi işletmeciye geri getirilmesini amaçlayan her türlü önlem*” ifade eder (7223 s. Kanun m.3/1-d).

¹²⁵⁷ Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 279.

¹²⁵⁸ Henning Rosenau 2014, agm. s. 174.

¹²⁵⁹ Joachim Schmidt-Salzer 1988, agm. s. 1938.

¹²⁶⁰ Reşit Karaaslan 2022, age. s. 251.

güvenmesine bağlıdır. Bu bakımdan güven ilkesinin geçerliliği için yaygın olarak kabul edilen temel durumlar vardır.¹²⁶¹

Örneğin gıda üreten bir kişi, ürettiği malların satıcı tarafından uygun bir şekilde saklanacağını ve ürünün raf ömrü hakkında tüketicilere bilgi verileceğini varsayabilir. Diğer yandan satıcı da üreticinin özenli çalıştığına ve hatasız bir ürün teslim ettiğine güvenebilir. Bu nedenle kural olarak satıcının, malların hatasız olduğundan emin olmak için inceleme yükümlülüğü yoktur.¹²⁶²

Bir Alman mahkeme kararında, lastik satışı yapan bir satıcı, kaza riski nedeniyle üretici tarafından yapılan geri çağırma duyurusundan habersiz bir şekilde kusurlu araç lastiklerini satmış ve bu lastikleri kullanan bir kişi ağır yaralanmıştır. Mahkeme olayda satıcının, tedarikçisinin kendisini olası bir geri çağırma durumunda bilgi akışına dahil edeceğinden emin olma yükümlülüğü altında olduğuna, eğer bilgi eksikliği riskini ortadan kaldıramıyorsa, lastik satmaktan kaçınması gerektiğine karar vermiştir.¹²⁶³ Ancak öğretilerde bu karar eleştirilmiş ve satıcıya böyle bir yükümlülük yüklenemeyeceği ifade edilmiştir. Öte yandan toptancının, mal gönderdiği satıcılara geri çağırma konusunda bilgi verme yükümlülüğü olduğu kabul edilmelidir. Çok daha makul olmasına karşın Mahkeme tarafından göz ardı edilen bu kabul altında, perakendeciye bilgilendirme akışına dahil etme toptancının işidir ve perakendeci onun bu yükümlülüğünü yerine getireceğine güvenebilir. Ancak somut başka bir geri çağırma kapsamında bilgi akışına dahil olmaya çalışmaması, özen yükümlülüğünün ihlalini oluşturmaz.¹²⁶⁴

Her şeyden önce Mahkeme tarafından kabul edilenin aksine perakendecinin, üreticinin lastiği hatasız bir şekilde piyasaya sürdüğüne güvenebileceğinden hareket edilebilir. Somut olayda güven ilkesinin sınırlandırılmasını gerektirecek gerekli emare bulunmamaktadır.¹²⁶⁵ Nitekim perakendeci, ürüne ilişkin sonradan ortaya çıkan sorunlarla ilgili toptancı tarafından bilgilendirilmemiştir. Sonuç olarak güven ilkesi dikkate alındığında sanığın özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışı bulunmamaktadır.¹²⁶⁶

¹²⁶¹ Lothar Kuhlen 1989, age. s. 135.

¹²⁶² age. s. 135.

¹²⁶³ OLG Karlsruhe, NJW 1981, 1054.

¹²⁶⁴ Lothar Kuhlen 1989, age. s. 136.

¹²⁶⁵ age. s. 136.

¹²⁶⁶ age. s. 137.

3.5.2.2. Üreticinin Ürün Kullanıcılarının Özenli Davranışlarına Güvenmesi

Üretici ve ürün kullanıcıları arasında iş bölümü ilişkisi bulunmamaktadır. Diğer yandan trafikte olduğu gibi bir etkileşim de yoktur. Ancak her iki alanın da ortak noktası sosyal ilişkilerin anonim olmasıdır. Her ikisinde de diğer kişilerin davranışlarının doğru yani genel kurallara uygun davranması önemlidir. Bununla birlikte kara yolu trafiği, kişinin diğerlerinin hatasından kaçınabildiği ancak onların hatalarından sorumlu olmadığı, herkesin yalnızca kendisi için hareket ettiği ve ilişkilerin eşit düzlemde olduğu bir alandır.¹²⁶⁷ Ancak üretici ve ürün kullanıcısı arasındaki sosyal ilişki asimetriktir. Üretici; kullanıcının ürünün hatalı tasarımı ve üretimi ya da ürüne ilişkin yanlış bilgilendirmeden kaynaklı herhangi bir zarar yaşamamasından sorumludur.¹²⁶⁸

Üreticinin yükümlülükleri, diğerlerinin yükümlülüklerini ortadan kaldırma işlevine sahiptir, çünkü özellikle ürün kullanıcıları üreticinin sorumluluklarını yerine getireceğine güvenebilirler. Bu açıdan bir sürücü aldığı arabayla trafiğe çıkmanın güvenli olacağına, hekim tıbbi cihazlarda üretim hatası olmadığına ve kullanma kılavuzuna göre tehlikesiz bir şekilde kullanılacağına güvenebilir.¹²⁶⁹ Ürün kullanıcısı, üretici tarafından yükümlülüklerin yerine getirileceğine güvenbildiği sürece özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olmaz. Ancak hareketi özensiz olarak nitelendirilebiliyorsa haklı güven kapsamında korunmaz ve zarardan dolayı ürün kullanıcısının yanında üreticinin de sorumlu olup olmaması gerektiği sorusu ortaya çıkar. Kullanıcı davranışları nedeniyle üreticinin yükümlülüklerinin güven ilkesi yardımıyla sınırlandırılması, üreticinin rolüyle tamamen uyum içerisindedir.¹²⁷⁰

¹²⁶⁷ age. s. 137.

¹²⁶⁸ age. s. 137.

¹²⁶⁹ Heribert Schumann 1986, age. s. 23.

¹²⁷⁰ Lothar Kuhlen 1989, age. s. 138.

3.5.2.3. Kamusal Makamlar Tarafından Verilen Resmi İzinlere Güven

Piyasaya arzından önce bazı ürünlere resmi makamlar tarafından izin verilmesi gerekmektedir. Bu halde de bir ürünle ilgili ciddiye alınacak bir tehlike ortaya çıkması konusunda üreticinin yetkili resmi makamların değerlendirmelerine güvenip güvenemeyeceği sorusu ortaya çıkar.¹²⁷¹

Kural olarak yalnızca izin verilen risk taşıyan ürünler üretilebilir, dağıtılabılır ve piyasaya sürülebilir. Bu nedenle ürünler, uygun imalat organizasyonunu ve ürünlerin son kontrolünü de içerecek şekilde tasarlanmış ve üretilmiş olmalıdır.¹²⁷² Ürünün resmi bir otorite tarafından incelenerek onaylanması halinde ise üretici yükümlülüklerine uygun hareket ettiğini varsayabilir.¹²⁷³

Ancak kural olarak ürünlerin güvenliğini sağlamanın, yetkili mercilerin gerekli görmesinden bağımsız bir şekilde üreticinin sorumluluğunda olduğu belirtilmelidir.¹²⁷⁴ Çoğu durumda bir ürünün patentlenmesi gibi resmi kararlar ürünün güvenli olduğuna dair resmi bir yargı ifade etmez. Resmi kararlar ürün güvenliği için asgari standartlar belirleyebilir. Diğer yandan üretici, ürünün tehlikeliliğini daha iyi değerlendirebiliyorsa resmi değerlendirmelerle sorumluluktan kurtulamaz. Ancak tüm bunlara rağmen resmi onay, üreticinin, ürünün güvenli olduğunu ve bu şekilde piyasaya sürülebileceğini düşünmesine neden olabilir.¹²⁷⁵ Özellikle ilaç hukuku gibi resmi onayların yüksek standartlara bağlı olduğu alanlarda bu güven geçerli olmalıdır. Bununla birlikte söz konusu onay üreticiyi kontrol, izleme ve geri çağırma yükümlülüklerinden muaf kılmaz.¹²⁷⁶

3.5.2.4. Tüzel Kişilerin Faaliyeti Çerçevesinde Ürün Sorumluluğunda Güven İlkesinin Uygulanması

Bir ürün nedeniyle taksirli sorumluluğun, tüzel kişi faaliyeti çerçevesinde meydana gelmesi halinde, şirket çalışanları arasındaki iş bölümü kapsamında güven ilkesinin nasıl uygulanacağına da incelenmesi gerekmektedir. Nitekim ceza hukuku sorumluluğunun belirlenmesi ilk olarak kişilerin sorumluluk alanlarının belirlenmesini gerektirir.

¹²⁷¹ Lothar Kuhlen 2015, age. parag. 37.

¹²⁷² Joachim Vogel ve Jens Bülte 2020, LK, §15, age. parag. 279.

¹²⁷³ Henning Rosenau 2014, agm. s. 177.

¹²⁷⁴ Lothar Kuhlen 2015, age. parag. 36.

¹²⁷⁵ age. parag. 37.

¹²⁷⁶ Henning Rosenau 2014, agm. s. 177.

Genellikle tüzel kişilerin faaliyetleri kapsamında hem yatay hem de dikey iş bölümü söz konusudur. Bu nedenle çalışanların sorumluluk alanları çakışabilir, örtüşebilir veya birbirinden net bir şekilde ayrılabilir.¹²⁷⁷ Daha önce de belirtildiği gibi *top down* sistemi uyarınca sorumluluk şirketteki en yetkili kişiden aşağıya doğru belirlenmeye çalışılır.¹²⁷⁸ Bu bakımdan örneğin yeterli klinik deneyler yapılmadan zararsız ilan edilen bir ilaç nedeniyle ilgili şirketin ürün geliştirme bölümünün başındaki kişinin iç sorumluluğu söz konusu olur. Ancak şirketteki iş bölümü kapsamında söz konusu olan iç yükümlülük, şirket genel faaliyetlerine entegredir. Örneğin ürün geliştirme bölümünün şefi ilgili testlerin yapılması için alt bölümlere talimat verir ve onları denetler, diğer yandan yönetim kurulunun altında yer aldığı için onlara karşı sorumludur.¹²⁷⁹ Elbette çalışma süreci ve ilişkiler burada anlatılandan çok daha ayrıntılı ve karmaşıktır. Güven ilkesi de bu karmaşık ilişkiler ağında cezai sorumluluğun belirlenmesi için kullanılabilir. Nitekim sorumlu kişinin faaliyetleri ve bu kişi tarafından alınan tedbirlerin doğruluğuna güvenebilmek, diğer çalışanlar için sorumluluktan kurtulmak anlamına gelmektedir. Ancak açıkça sınırlandırılabilir sorumluluk alanları yoksa güven ilkesi uygulanamaz.¹²⁸⁰

Taksirli sorumluluk açısından özellikle önem taşıyan husus ise sorumlulukların devredilmesidir. Nitekim geçerli bir yetki devri varsa sorumluluk artık yetkiyi devredende değil devralandadır.¹²⁸¹ Genellikle üst kademelerde yapılan yatay yetki devrinin ardından alt kademelere doğru dikey yetki devri yapılır ve bu şekilde şirket içerisinde birbirinden özerk birden fazla dikey hiyerarşik yapılanma meydana gelir.¹²⁸²

Yatay yetki devri, yetkiyi devreden kişinin sorumluluktan tamamen kurtulmasını sağlamaz ancak sorumluluk ağırlıklarının yeniden belirlenmesi anlamında kişisel ceza sorumluluğunu sınırlandırır. Bu halde birincil hareket yükümlülüğü niteliksel bir değişimle gözetim yükümlülüğüne dönüşür. Söz konusu

¹²⁷⁷ Elisabeth Huff (2008), *Die Freizeichnung von strafrechtlicher Verantwortlichkeit durch Pflichtendelegation im Unternehmen: ein deutsch-französischer Vergleich*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Eberhard Karls Tübingen Üniversitesi, Tübingen, s. 9.

¹²⁷⁸ Reşit Karaaslan 2022, age. s. 251.

¹²⁷⁹ Joachim Schmidt-Salzer 1988, agm. s. 1938.

¹²⁸⁰ Elisabeth Huff 2008, agt. s. 164.

¹²⁸¹ Reşit Karaaslan 2022, age. s. 254.

¹²⁸² age. s. 253.

ikincil yükümlülüklerin yerine getirilmesiyle yetkinin devredildiği kişiye karşı güven ilkesi uygulanabilir.¹²⁸³

Dikey yetki devrinin de sorumluluktan muafiyet sağlayabilmesi için öncelikle bazı şartlara uygun olarak gerçekleştirilmiş olması gerekir. Yetkinin devredileceği kişinin seçimi dikkat edilmesi gereken ilk yükümlülüktür. İkinci olarak seçilen ehil kişinin sorumluluk alanı net bir şekilde tespit edilerek açıklanmalı, devredilen işi yapabileceği uygun şartlar sağlanmalı ve gerekiyorsa eğitim olanakları sunulmalıdır. Bu noktadan sonra yetkiyi devreden kişinin kontrol ve denetim yükümlülüğü devreye girmektedir.¹²⁸⁴

3.5.3. Ürün Sorumluluğunda Güven İlkesinin Sınırlandırılması

3.5.3.1. Tam Olarak Sorumlu Olmayan Kişilere Karşı Güven İlkesinin Sınırlandırılması

Üreticinin tam olarak sorumlu olmayan kişilerin özenli davranışlarına güvenemeyeceği konusunda şüphe yoktur. Dolayısıyla bir oyuncak tasarımında, ürünün makul olmayabilecek kullanımları hesaba katılmalıdır. Bu kısıtlama yalnızca ürünün amaçlanan kullanımı çerçevesinde özensiz kullanımı değil aynı zamanda kötüye kullanımı ve suiistimali için de geçerlidir. Eğer ürün tam olarak sorumlu olmayan kişilerin kullanımı içinse, üreticinin güven ilkesinden yararlanamayacağı ifade edilmektedir.¹²⁸⁵

Tam olarak sorumlu olmayan kişilerin kullanması bekleniyorsa, diğer ürünlerle ilgili üretici yükümlülükleri de bu sınırlandırmaya dayandırılabilir. Söz konusu sınırlandırma, çocukların elinde özensiz kullanımla sonuçlanabilecek ancak daha önceden genel olarak bilinmeyen tehlikelere karşı yetişkinlerin uyarılması yükümlülüğüne neden olur ve güven ilkesiyle bu yükümlülüğten muaf olunamaz.¹²⁸⁶

Ancak söz konusu sınırlamalar yalnızca tam olarak sorumlu olmayan küçük çocuklar değil yaşça daha büyük çocuklar için de somut durumda ürüne bağlı olarak söz konusu olabilir. Örneğin bazı kırtasiye malzemelerinin kullanım amacı dışında oyun oynamak için kullanabilecekleri ve çocukların beden bütünlüğü açısından tehlike yaratabileceği öngörülmelidir.

¹²⁸³ Elisabeth Huff 2008, agt. s. 162. Soyaslan, işi başkasına devreden asıl işverenin bilinçli taksirden sorumlu olamayacağını ifade etmektedir. Doğan Soyaslan 2020, age. s. 454.

¹²⁸⁴ Reşit Karaaslan 2022, age. s. 254, 255.

¹²⁸⁵ Lothar Kuhlen 1989, age. s. 140.

¹²⁸⁶ age. s. 140.

3.5.3.2. Güven İlkesinin Sınırlandırılmasını Gerektiren Somut Bir Emare Bulunması

Güven ilkesinin genel sınırlama nedenlerinden biri olan, diğerlerinin özene aykırı davranacaklarına dair somut bir emare olması ürün sorumluluğunda da geçerlidir. Ancak bu sınırlamanın ürün sorumluluğuna aktarılma çabasının, bazı uygulama sorunlarına neden olduğu ifade edilmektedir. Kara yolu trafiğinde ya da tıbbi faaliyetlerde, anılan sınırlama birkaç kişinin dahil olduğu etkileşim kapsamında ortaya çıkar. Üreticinin ise diğerleriyle eş zamanlı hareket etme ya da başka bir şekilde temas içinde olma imkânı yoktur. Aslında üreticinin bir satıcı veya müşteri ile karşılaşması ve ürünün hatalı kullanımlarına ilişkin ipuçları elde edebileceği düşünülebilir.¹²⁸⁷ Bu gibi istisnai haller dışındaysa bireysel olarak belirlenmiş üçüncü kişilerin somut olarak gerekçelendirilebilen belirli bir tür özensiz davranış tahmini bulunuyorsa somut bir emareden bahsedilebilir. Burada da güven ilkesinin sınırlandırılacağı ifade edilmektedir.¹²⁸⁸

Üretici tarafından malın piyasaya sürülmesine katılan kişilerin özensiz davranacağı biliniyor ve bu durumun bilinmesi gerekiyorsa, önlemin uygunluk ve gerekliliğine bağlı olarak buradan kaynaklanan tehlikelere karşı koyma yükümlülüğü söz konusu olur. Örneğin ilgili kişilerin ürünün dağıtımından çıkarılması veya ürün kullanıcılarını ürün kullanımıyla ilgili kaçınılabilir olmayan tehlikeler konusunda uyarma gibi yükümlülükler söz konusu olabilir.¹²⁸⁹

Aynı şekilde üretici belirli bir başka kişinin hatalı davranışını fark eder ya da bu davranış fark edilebilir olursa, bu kişiler ister ürünün satışında yer alsın ister ürün kullanıcısı olsun, güven ilkesi geri çekilir. Bu istisna bir hukuk davasında ele alınmıştır. Davada, üreticinin (ve üreticinin Almanya'daki tek dağıtıcısının), üretilen motosikletin üçüncü kişiler tarafından ne zaman uygunsuz aksesuarlarla teçhiz edileceğini hesap etmesi gerektiği tartışılmıştır ve ürün imalatında, üreticinin diğerlerinin özenli davranışına olan güveninin ne kadar önemli olduğu açıkça gösterilmiştir. Olayda üreticinin, yalnızca kendi ürünlerinden değil ürününün diğer üreticilerin ürünleriyle kombinasyonundan yaşanabilecek tehlikeleri de zamanında tespit etmek ve bu nedenle ürünü izlemek yükümlülüğü olduğu kabul edilmiştir.¹²⁹⁰

¹²⁸⁷ Lothar Kuhlen 1989, age. s. 140.

¹²⁸⁸ age. s. 141.

¹²⁸⁹ age. s. 141.

¹²⁹⁰ BGH NJW, 1987, 1009.

Mahkemeye göre motosiklete takılan aksesuarların kullanıcılar için ölümcül riskler yaratabileceği düşünüldüğünde, eğer üretici motosiklete takılan aksesuarın tehlikeli olacağını biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa ürün kullanıcılarını bunun riskleri konusunda aydınlatma yükümlülüğünü üstlenmelidir. Bu açıdan üretici için aksesuarların kullanılmasıyla üründe belirli bir tehlikenin ortaya çıkacağına ilişkin somut bir emare olduğu kabul edilmiştir.¹²⁹¹

Söz konusu karar, olayda üreticinin mevcut tehlikeyi fark etmediği ya da fark etmek zorunda olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu görüş uyarınca mevcut olaydan, üreticinin söz konusu firmanın hatalı davranışlarına ilişkin bazı emareleri daha önceden fark etmesinden hareketle bu firma tarafından üretilen ürünleri denetleme yükümlülüğü olduğu anlamı çıkarılamaz. Ancak mahkemenin, somut emareye dayanan aksesuarla ilgili denetim yükümlülüğünü doğuran sebepleri, güven ilkesinin sınırlandırılma sebeplerinden çok daha zayıf bir şekilde anladığı ortaya çıkmaktadır.¹²⁹² Halbuki olayda aksesuar firması, kokpit tipi bu aksesuarları, yüksek hız yapıldığında hayatı tehlikeye atacak destabilizasyona yol açmasına rağmen piyasaya sürdüğü için özen yükümlülüğüne aykırı davranmıştır. Motosiklet üreticisi, kural olarak başkalarının bu tarz özene aykırılıklarının gerçekleşmeyeceğine güvenebilmelidir.¹²⁹³

Mahkeme kararını gerekçelendirirken ilaç üreticisinin, diğer ilaçlarla etkileşimden kaynaklanabilecek riskler hakkında uyarı yapma ve tıbbi cihaz üreticisinin diğer cihazlarla birlikte kullanım ihtimaline uygun kullanım kılavuzu hazırlama yükümlülüğünü argüman olarak kullanmıştır. Ancak ilaç ve tıbbi cihazların çok daha yüksek özen standartlarına tabi olmaları bir yana kullanıcılar çoğunlukla bu ürünleri başka ürünlerle birlikte kullanmak zorundadırlar. Bu açıdan tıbbi ürünlerin mutlak kullanımı kapsamında üreticinin öngörmek zorunda olduğu bu hususları, motosiklet üreticisi öngörmek zorunda değildir.

3.5.3.3. Güven İlkesinin Şirket Faaliyetleri Kapsamında Sınırlandırılması

Usulüne uygun bir yetki devri halinde de yetkiyi devreden kişinin ikincil özen yükümlülükleri devam etmektedir. Bu açıdan kendi sorumluluklarındaki yetkiyi

¹²⁹¹ BGH NJW, 1987, 1009.

¹²⁹² Lothar Kuhlen 1989, age. s. 141, 142.

¹²⁹³ age. s. 147.

devreden kişiler, yapılan faaliyetlerle ilgili bilgi edinmeli ve rastgele kontrollerle işin doğru yapıldığını denetlemelidirler. Güven ilkesinden yararlanılması, öncelikle bu yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlıdır.¹²⁹⁴ Devredilen görevin teknik bilgi gerektirmesi halinde, yetkiyi devreden kişi işin nasıl yapıldığını anlayabilecek düzeyde uzmanlık sahibi olmayabilir. Bu halde bir görüş uyarınca avukat, mali müşavir gibi söz konusu uzmanlık alanından bir kişiye danışma yükümlülüğü bulunmaktadır.¹²⁹⁵ Başka bir görüş uyarınca ise denetim görevini yerine getirebilmek için bilgi edinmesi yeterli olup yapılacak denetim kendisine sağlanan bilgilerin makuliyetini anlayarak genel bir görüş edinmekten ibarettir.¹²⁹⁶

Elbette kendisine yetki devredilen kişinin verilen görevleri gereği gibi yerine getirmediğine dair belirtiler olan durumda güven ilkesi sınırlandırılır.¹²⁹⁷ Delegenin şahsından ya da dış koşullardan kaynaklanabilecek herhangi bir şüphe halinde, yetkiyi devreden kontrol ve şüphelerin doğrulanması üzerine müdahale yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülüklerin ihmali, taksirli sorumluluğa yol açabilir.¹²⁹⁸

Yetkisini devreden kişinin ikincil yükümlülükleri, kaza veya kriz gibi durumlarda hareket geçme ve bizzat inceleme/kontrol etme yükümlülüğüne dönüşür. Bu gibi istisnai durumlarda güven ilkesi ortadan kalkar ve görev alanlarını aşan bir sorumluluk söz konusu olur.¹²⁹⁹ Ancak elbette yetki veren kendisi kasıtlı ya da taksirli hareket ederse artık güven ilkesinden yararlanamaz.¹³⁰⁰ Örneğin bir ürünün insan sağlığına zararlı olduğu şüpheleri üzerine geri çağırılması kararı alınması gerekiyorsa daha önceden devredilen yükümlülük yöneticilere geri döner.¹³⁰¹

¹²⁹⁴ Elisabeth Huff 2008, agt. s. 165.

¹²⁹⁵ Gerd Eidam (2018), *Unternehmen und Strafe*, Carl Heymanns Verlag, 5. Bası, Köln, parag. 285.

¹²⁹⁶ Elisabeth Huff 2008, agt. s. 165.

¹²⁹⁷ agt. s. 164.

¹²⁹⁸ agt. s. 165.

¹²⁹⁹ Gerd Eidam 2018, age. s. 268.

¹³⁰⁰ Elisabeth Huff 2008, agt. s. 162.

¹³⁰¹ Henning Rosenau 2014, agm. s. 176.

SONUÇ

Çok sayıda bilim dalı tarafından farklı şekillerde ele alınan ve birbiriyle doğrudan ilişkili olmayan farklı türleri bulunan güvenin kavramsallaştırması oldukça zordur. Aynı zorluğu hukuk disiplini içerisinde de görmek mümkündür. Güven kavramına yer veren hukuk normları incelendiğinde, hukukta güven şeklinde genel geçer bir kavram bulunmadığını gösterir nitelikte birbiriyle bağlantısız, farklı amaçlara hizmet eden, farklı hukuki şartlara tabi ve farklı hukuki sonuçlar doğuran kural ve ilkelerle karşılaşılmaktadır.

Bu gerekçelerle ceza hukukunda güven ilkesini, kendi içtihadi gelişimi ve bütünlüğü içerisinde ele almak ve incelemek gerekmektedir. Risk toplumunun ihtiyaçlarından doğan güven ilkesi, modernitenin yarattığı risklerin düzenlenmesi ve riskli faaliyetlere katılan kişiler arasında paylaşılmasına hizmet etmektedir. Bu şekilde riskli faaliyete katılan kişilerin birbirlerine ilişkin beklentileri, güven ilkesi aracılığıyla taksirli sorumluluğu ortadan kaldıran bir işlev üstlenebilmektedir.

Konunun ilk olarak ortaya çıktığı Alman içtihatlarında, en başta güvensizlik ilkesiyle karşılaşılmaktadır. Güvensizlik ilkesi, kişilere, diğer insanların her an yükümlülüklerini ihlal edebilecekleri ihtimalini hesap etme ve buna göre davranışlarını yönlendirme yükümlülüğü getirmektedir. Bu açıdan güvensizlik ilkesini geçerli kabul etmek, toplumsal yaşamı büyük ölçüde aksattığı gibi herkesin yüksek bir dikkatle kendi uzmanlık ve sorumluluk alanına odaklanmasını gerektiren modern toplumların işleyişine uymamaktadır. Diğer yandan güvensizlik ilkesinin getirdiği diğerlerinin muhtemel hukuka aykırı davranışlarını dikkate alma yükümlülüğü normatif olarak temellendirilememektedir.

1930'lu yıllarda Alman içtihatlarında egemen olan güvensizlik ilkesi zamanla güven ilkesine dönüşmüştür. İlkenin temel tezi, kural olarak kimsenin kendi davranışlarını, üçüncü kişilerin yükümlülüklerine aykırı hareket edecekleri varsayımına göre ayarlama yükümlülüğü bulunmadığı, aksine somut belirtiler olmadığı sürece bu kişilerin hukuka uygun davranacaklarına ilişkin beklentinin hukuk düzeni tarafından korunacağıdır. Güven ilkesinin uygulanmasıyla kişi, diğerlerinin

olası hukuka aykırı davranışlarını hesap etmek zorunda olmadan sorumluluk alanında kendi faaliyetine odaklanabilecektir.

Bununla birlikte söz konusu koruma mutlak bir geçerliliğe sahip olmayıp bazı hallerde sınırlandırılmaktadır. İlk olarak diğer kişilerin hukuka uygun davranmayacağına ilişkin somut belirtiler bulunması halinde artık güven ilkesi geçerli olmaz. İkinci durum, somut belirti olmasa da bazı kişi gruplarının hukuka uygun davranamayabileceklerinin varsayılmasıdır. Bu nedenle çocuklar, yaşlı bireyler, davranışlarını yönlendirme yeteneği olmadığı görülebilen kişiler gibi bazı gruplara karşı güven ilkesi ileri sürülemez. Son olarak kişinin bizzat diğerlerinin hukuka uygun davranıp davranmadığının denetimi ya da gözetiminden sorumlu olması halinde güven ilkesi uygulama alanı bulmaz.

Güven ilkesinin açık pozitif dayanağa sahip olduğu tek ülke Avusturya'dır. 1960 tarihli Avusturya Karayolları Trafik Kanunu'nun 3. maddesinde ilke, istisnalarıyla birlikte düzenlenmiştir. Alman Kara Yolları Yönetmeliği'nin (StVO) 1. maddesinin ilkenin pozitif dayanağı olup olmadığı tartışmalıdır ancak ilke Alman hukukunda esas olarak mahkeme kararlarıyla birlikte gelişmiştir. Bunun yanında Alman Kara Yolları Trafik Yönetmeliği'nin 3. maddesinde bazı kişilere karşı hız azaltarak ve fren yapmaya hazır olarak olası tehlikelerin önlenmesi gerektiği düzenlenmiştir. Aynı durum İsviçre hukuku bakımından da geçerlidir. İsviçre Kara Yolları Kanunu'nun 26/2 hükmünde güven ilkesinin sınırlarına işaret eden artırılmış özen yükümlülüğü öngörülmektedir.

Açık bir pozitif dayanağı bulunmayan Türk hukukunda ilkenin geçerli olduğu, cezaların şahsiliğini düzenleyen Anayasa'nın 38/7 ve TCK'nın 20. maddeleriyle açıklanmaktadır. Ayrıca Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2000/9-104 esas, 2000/110 karar ve 16.05.2000 tarihli kararında güven ilkesine atıfta bulunulmuştur. Akademik çalışmalarda da giderek artan bir şekilde yer bulan güven ilkesi yargı uygulamalarına yansımamıştır. Hatta bugün özellikle trafik hukukunda güvensizlik ilkesinin geçerli olduğu ileri sürülebilir.

Güven ilkesinin ceza hukuku içerisinde nasıl gerekçelendirilebileceği konusunda farklı teoriler ortaya atılmıştır. Bunlardan ödül teorisi ve ilkenin deneyim kuralı olduğu görüşü, normatif bir temele dayanmadığından ilkeyi gerekçelendirmekte yetersiz kalmaktadır. Normatif teorilerden menfaat tartımı teorisi ise güven ilkesinin sınırlandırıldığı durumları gerekçelendirememektedir.

Güven ilkesini, Stratenwerth'in birincil ve ikincil sorumluluk ayırımına dayanan şahsi sorumluluk teorisi ile Pizarro'nun güven ilkesini normun geçerliliği temelinde açıklayan görüşünün birlikte ele alınmasıyla açıklamak mümkündür. Buna göre, ceza hukuku sorumluluğu ancak normatif bir yükümlülüğün ihlali halinde söz konusu olabilir. Dolayısıyla hiç kimse, olgusal durumdan bağımsız olarak geçerli ve bağlayıcı olan hukuk normlarına uyulacağını varsayarak hareket etmekle yükümlülüklerine aykırı bir hareket etmiş sayılamaz. Nitekim kural olarak diğerlerinin hukuka uygun davranacağına güvenmemek, başkalarının muhtemel hukuka aykırı davranışlarını dikkate almak şeklinde normatif bir yükümlülük bulunmamaktadır. Bu açıdan diğer kişilerin kendi sorumluluk alanlarında hukuka uygun davranacağına duyulan güven hukuk düzeni tarafından korunur ve bu güven neticesinde tipik bir fiil meydana gelirse kişi bundan sorumlu tutulamaz.

Ancak bazı durumlarda kişi, diğerlerinin hukuka aykırı davranabilecekleri ihtimalini göz önünde bulundurma ya da onların muhtemel hukuka aykırı davranışlarını veya bu davranışların tehlikelerini yönetme yükümlülüğü altında olabilir. Bu halde kişinin sorumluluğu, başkalarının muhtemel hukuka aykırı davranışlarını da göz önünde bulundurma yükümlülüğünü kapsayacak şekilde daha geniş ele alınır ve bu kişilerin uyması gereken norm geçerliliğini korusa da normun ihlal edilebileceğine yönelik olgusal gerçeklik hukuki önem kazanır. Söz konusu durumlar, güven ilkesinin sınırlandırıldığı halleri oluşturmaktadır.

Güven ilkesi, birden çok kişinin etkileşim ve iş birliği içerisinde hareket ettiği faaliyetlerde diğerlerinin hukuka uygun davranacağı varsayımıyla hareket eden kişinin ceza hukuku bakımından sorumlu olmasının önüne geçmektedir. Bununla birlikte bu halde kişinin neden ceza sorumluluğunun ortadan kalktığı, güven ilkesinin suçun hangi unsuruyla ilişkili olduğu hususu tartışmalıdır. Ağırlıklı görüş ilkenin objektif özen yükümlülüğünü sınırlandırarak taksirli sorumluluğu ortadan kaldırdığı yönündedir. Bununla birlikte ilkenin taksirli suçlarda tipik fiilin öngörülebilirliğiyle ilgili olduğu da ifade edilmektedir. Diğer görüş ise güven ilkesinin objektif isnadiyeti ortadan kaldırdığı şeklindedir.

Güven ilkesi, somut olayda objektif özen yükümlülüğünün somutlaştırılmasında kullanılan bir araç niteliğindedir. Bu bakımından ilkenin en temel işlevi, somut bir durumda hukuk düzeninin model ajandan beklediği davranışın tespit edilmesinde yardımcı olmasıdır. Model ajanın üçüncü kişilerin davranışlarına ilişkin varsayımları güven ilkesiyle ortaya çıkarılmaktadır. İkinci olarak güven

ilkesine, objektif özen yükümlülüğünün kaynağı olabilecek özen normlarının yorumlanması ve sorumluluk alanlarının netleştirilmesi için başvurulabilir. Elbette hem yazılı hem de yazısız kuralların belirli bir durumda üçüncü kişilerin fiilleri ile ilgili kontrol ve denetim ya da belirli kişi gruplarının hukuka uygun davranmayabileceklerini varsayma şeklinde yükümlülükler öngörmesi, güven ilkesinin sınırlandırılması anlamına gelecektir.

Tarihsel olarak sürücülere yüklenen aşırı özen yükümlülüğünün azaltılması amacıyla ortaya çıkması nedeniyle ilkenin, objektif özen yükümlülüğünün sınırlandırılması niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Güven ilkesinin uygulanmadığı durumlarda, diğerlerinin hukuka aykırı davranabileceğini hesap etmek zorunda olan kişi, daha yüksek dikkat ve özen gösterme yükümlülüğü altındadır. Ancak bu durum, güven ilkesinin objektif özen yükümlülüğünü sınırlandırdığı anlamına gelmemektedir. Nitekim ilkeye, bir kişinin diğer kişilerle girdiği etkileşim veya iş bölümü ilişkilerinde objektif özen yükümlülüğünün ne olduğu sorusunun cevaplandırılması için başvurulmaktadır. Aynı şekilde güven ilkesi, taksirli suçlarda tipik fiilin öngörülebilirliğinin sınırlandırılması anlamına da gelmez. Nitekim diğer insanların sıklıkla kurallara uymadıkları, hukuka aykırı hareket ettikleri yönündeki deneyimlere ve bu durumun öngörülebilirliğine rağmen insanların bu şekilde davranacaklarını varsaymak şeklinde normatif bir yükümlülük bulunmamaktadır. Bununla birlikte diğer kişilerin kurallara uymayacaklarına dair somut belirtilerin bulunduğu ve bu nedenle güven ilkesinin sınırlandırıldığı durumlarda normatif beklentiler, yerini bilişsel beklentilere bırakır. Bu halde söz konusu kişilerin norma aykırı davranışları da öngörülebilir hale gelmektedir.

Güven ilkesinin objektif isnadiyeti kaldırdığı yönündeki görüşler, ilkeyi diğer kişilere güvenildiğinde ortaya çıkan neticenin güvenen kişiye isnat edilememesi üzerinden açıklamaktadırlar. Ancak sorun esasında başkalarının hukuka uygun davranacağına güvenmenin bir yükümlülük ihlali olmaması nedeniyle objektif özen yükümlülüğünün ihlalinin söz konusu olmamasıdır. Bu nedenle en başından taksirli bir hareket bulunmadığından, neticenin faile isnadiyetini araştırmanın suç genel teorisi anlamında bir gereği de bulunmamaktadır.

Etkileşim ve iş birliği ile gerçekleştirilen faaliyetlerde, kişilerin birbirlerine karşı normatif beklentilerinin taksirli sorumluluklarını nasıl etkilediği sorununu çözmek için geliştirilmiş olan güven ilkesi, farklı alanlarda uygulanma kabiliyetine sahiptir. İlkenin ilk ve öncelikli uygulama alanı trafik hukukudur. Geçiş hakkı

bağlamında ortaya çıkan güven ilkesi; trafiğe katılan herkesin, diğerlerinin trafik kurallarına uyacaklarına güvenebilmesini ifade eder. Elbette bu kişilerin trafik kurallarına uyacaklarına yönelik güvenin kapsamı ve sınırları, somut olaydaki trafik durumuna göre belirlenir.

Güven ilkesi bakımından sembolik öneme sahip geçiş hakkı konusunda Türk yargısının istikrarlı içtihadı, güvensizlik ilkesine geçerlilik tanımaktadır. Bu içtihatların temeli de Kara Yolları Trafik Kanunu'nun, kavşaklara yaklaşırken hız azaltılmasını öngören 57/1(a) hükmüdür. Ancak maddenin, kavşakta geçiş hakkı olan sürücüye her durumda mutlak bir şekilde hızını azaltma yükümlülüğü yüklediği ileri sürmek, geçiş hakkının anlamını ortadan kaldıracaktır. Bu açıdan hükümde geçen *“kavşaktaki şartlara uyacak şekilde”* ibaresini güven ilkesinin sınırlandırıldığı durumlardaki somut emare gibi değerlendirmek ve geçiş hakkına sahip sürücünün hızını azaltmasını gerektirecek somut bir emare bulunmadıkça bu hakkına saygı duyulacağı yönündeki güvenine hukuki değer tanımak gerekmektedir.

Esasında güven ilkesinin Türk hukukunda uygulanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Bununla güven ilkesinin ve sınırlarının 2918 sayılı Kara Yolları Kanunu'nda açıkça düzenlenmesi, ilkenin yargı pratiklerine etki etmesi açısından zorunlu görünmektedir. Bu çalışmada, 2918 sayılı Kara Yolları Trafik Kanunu'nun *“Trafik Kuralları”* başlıklı altıncı kısmının *“Genel Kurallar”* başlıklı birinci bölümünün en başına, 46. maddeden önce gelmek üzere *“Güven İlkesi”* başlıklı şu maddenin eklenmesi önerilmektedir:

“Kara yolu trafiğinde herkes somut trafik durumuna göre dikkatli olmak ve diğer trafik katılımcıları bakımından tehlike yaratmamakla yükümlüdür.

Trafiğe katılan herkes, diğerlerinin trafik kurallarına uyacağına güvenebilir. Ancak çocukların, yaşlı bireylerin, engellilerin ve açıkça davranışlarını yönlendiremediği anlaşılan kişilerin trafiğin gereklerini yerine getiremeyebilecekleri öngörülmeli ve bu Kanun ile getirilen yükümlülüklerle uyulurken bu kişilere karşı daha yüksek dikkat ve özen gösterilmelidir.”

Güven ilkesi, gün geçtikçe daha fazla farklı donanım ve hıza sahip ve bu açıdan da birbiriyle uyumsuz taşıtlar tarafından paylaşılan trafikte büyük bir öneme sahiptir. Bu açıdan trafik düzeni, farklı trafik katılımcılarının birbirlerinin varlığını hesap etmeleri ama aynı zamanda herkesin kurallara uyacağına güvenmenin de zorunlu olduğu bir alandır.

Bununla birlikte trafikte güven ilkesi sınırsız bir biçimde geçerli değildir. İlk olarak ancak kendisi trafik kurallarına uyan kişinin diğerlerinin de aynı şekilde davranacağına güvenebileceği ifade edilmektedir. Ancak kişinin özen yükümlülüğüne aykırı hareketinin kaza üzerinde etkisi yoksa, güven ilkesinden yararlanmaması için bir neden bulunmamaktadır.

Trafik hukukunda güven ilkesi esas olarak, kurallara uymadığı açıkça anlaşılabilen trafik katılımcıları ile trafiğe uyum sağlayamayan bazı yaya gruplarına karşı sınırlandırılır. Nitekim bu kişiler trafik normlarının anlamını idrak ederek bunlara uyamayabileceklerinden, söz konusu normların doğrudan muhatabı konumunda da değildirler. Bu açıdan küçük çocuklar, yaşlı bireyler, davranışlarını yönlendirme yeteneği olmayan kişilerin trafik kurallarına uyacaklarına güvenmenin haklı bir temeli bulunmamaktadır. Çok sık gerçekleşen trafik ihlalleri konusunda ise aynı sonuca varmak mümkün değildir. Eğer kurallara uyulmayacağına yönelik somut emare yoksa, yalnızca bir trafik kuralının sıklıkla ihlal edildiği yönündeki bilgi, trafik kuralının normatif geçerliliğine ve bu kurala uyulacağına ilişkin normatif güvene hanel getirmez.

Karşılaştırmalı hukukta güven ilkesinin, trafikte nasıl davranılacağını düzenleyen ve diğer tüm trafik normlarının anlamının belirlenmesinde kılavuz niteliği taşıyan genel davranış normlarıyla açıklandığı görülmektedir. Söz konusu normlar, trafik kurallarının ihlal edildiği durumlarda özen yükümlülüğünün ihlal edilmediğini belirlemek için de işlevsel olabilmektedir. Bu nedenle Kara Yolları Trafik Kanunu'na benzer bir kural eklenmesi, trafikte meydana gelen taksirli suçlardan sorumlulukların belirlenmesi konusunda işlevsel olabilir.

Güven ilkesinin ikinci temel uygulama alanı ise tıbbi faaliyetlerdir. Birden çok sağlık çalışanının farklı yetki ve sorumluluklarla iş bölümü esasına göre gerçekleştirdiği tıbbi faaliyetlerde her bir çalışan, diğerlerinin kendi sorumluluk alanında tıbbi standartlara uygun hareket edeceğine güvenebilir. Söz konusu güvenin kapsam ve sınırları, tıbbi faaliyetin nasıl bir çalışma biçimiyle gerçekleştirildiğine göre ikili bir ayırım yapılarak incelenmektedir. Ekip üyeleri arasında hiyerarşi olmayan yatay iş bölümünde güven ilkesi en üst derecede geçerlidir ve her bir sağlık çalışanı diğerinin uzmanlık alanında gerekli yeterliliklere sahip olduğuna ve hatasız bir şekilde çalışacağına aksine bir emare olmadıkça güvenebilir. Diğer yandan sağlık çalışanlarının hiyerarşik bir şekilde konumlandırıldığı ve talimat ilişkisinin geçerli olduğu dikey iş bölümünde güven ilkesi daha sınırlı bir şekilde geçerlidir. Talimat verme yetkisi olan sağlık personeli; yetkin personelin seçimi, göreve ilişkin açık ve

net talimat verilmesi ve organizasyonun sağlanması ile işin doğru yapıldığına ilişkin denetim yükümlülüklerinin yerine getirilmesinin ardından güven ilkesinden yararlanabilir. Aynı şekilde talimat alan sağlık personelinin kendisine verilen talimatların doğruluğuna duyduğu güven korunur, ancak eğitimi ve mesleki deneyimi uyarınca fark etmesi gereken durumlar bakımından güven ilkesinden yararlanamaz. Bu açıdan tıbbi tanı ve işlemlerin hastaya zarar vereceğini anlayan hemşirenin, yazılı talimatla hatalı olduğu açık olan talimatı yerine getirmesi gerektiğini öngören Hemşirelik Yönetmeliği m. 6/1-d hükmü, hemşireleri sorumluktan kurtarmaya elverişli değildir.

Büyük oranda dikey iş bölümü ve hekimlerin diğer sağlık çalışanlarına verdiği talimatlarla yürütülen tıbbi faaliyetler, hekimler üzerindeki ağır yüklerin özellikle hemşirelerle paylaşıldığı yeni tip yatay iş bölümü ilişkilerine evrilmektedir. Hemşirelerin eğitimlerine uygun ve sayıları giderek artan bazı tıbbi faaliyetleri özerk sorumlulukları çerçevesinde gerçekleştirmesi neticesinde hekimlerin seçim, talimat verme ve denetim yükümlülükleri de azalmakta ve güven ilkesine daha fazla alan açılmaktadır. Türkiye’de ise sağlık hizmetlerinde yaşanan sıkıntıların çözümünde tıbbi faaliyetlerin farklı çalışma şekilleriyle yeniden organize edilerek hekimlerin üzerindeki ağır yükümlülüklerin hafifletilmesi ve bu amaçla sorumluk alanlarının yeniden düzenlenmesi yerine, sadece ceza sorumluluğu doğuran bir fiil işlemeleri halinde muhakemenin yapılmasının, yürütme erki bünyesinde kurulacak bir kurulun vereceği izne bağlanması şeklinde bir çözüm öngörülmüştür. Sağlık çalışanlarının yargılanması için hangi kural ve esaslara göre muhakeme izni verileceği belirsizleştirilerek sağlık hizmetlerinde yaşanan sorunların çözülmesini beklemenin mümkün olmadığı ortadadır.

Güven ilkesinin geçerli olduğu bir diğer alan inşaat faaliyetleridir. Bu faaliyetler hem birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleştirilir hem de inşaat çalışmalarının güvenliğinden birden fazla kişi farklı şekillerde sorumludur. Yapı maliki, müteahhit, mimar, mühendis, şantiye şefi, fenni mesul, iş güvenliği uzmanı gibi farklı kişiler arasındaki farklı kapsam ve şekillerde güven ilkesi geçerlidir.

Hem üretim aşamasında hem de dağıtım ve satış aşamalarında üretici, dağıtıcı, perakendeci gibi pek çok kişinin farklı şekillerde birlikte çalıştığı ürün sorumluluğu alanında da güven ilkesi uygulanabilir. Diğer yandan ürün kullanıcılarıyla üretici ve satıcı arasında ve bir tüzel kişinin çalışanlar arasında güven ilkesi geçerlidir.

Güven ilkesinin bu alanlar dışında insan etkileşiminin ve iş bölümünün olduğu her alanda, kişilerin birbirlerine karşı normatif beklentilerinin taksirli sorumluluklarını nasıl etkilediği sorununun çözümü için uygulanması mümkündür.



KAYNAKÇA

- Akbulut Berrin (2020), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Artuk M. Emin, Gökçen Ahmet, Alaşahin M. Emin ve Çakır Kerim (2020), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Aykın Hasan (Temmuz 2016), “Mükellefin Özelge Yoluyla İzahat Talep Hakkı, Hukuki Sonuçları ve Bazı Tartışmalı Konular”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 29, S. 125, ss. 147-186.
- Baş Seda (2022), “7223 Sayılı Kanun Kapsamında Ürün Sorumluluğu Kavramına Genel Bir Bakış”, *TAAD*, Y. 13, S. 52, ss. 349 – 382.
- Başer Doğan Zehra, *Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul.
- Baumann Jürgen, Weber Ulrich, Mitsch Wolfgang ve Eisele Jörg, (2021), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, §12, 13. Bası, Giesiking Verlag, Bielefeld.
- Beck Ulrich (2011), *Risk Toplumu Başka Bir Modernliğe Doğru*, İthaki Yayınları, İstanbul.
- Berz Ulrich, Burmann Michael (2021), *Handbuch des Straßenverkehrsrechts*, 43. Bası, C.H. Beck, München.
- Boz Selman Sacit (2017), *İdare Hukukunda Haklı Beklentilerin Korunması*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Brackhane Rainer (1995), *Das Defensive Fahren und Sein Verhältnis zum Vertrauensgrundsatz im Strassenverkehr*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Bochum Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Bochum.
- Brinkmann Bernhard (1996), *Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung. Eine Untersuchung am Beispiel des Lebensmittelstrafrechts*, Dunckner&Humbolt, Berlin.
- Bruns Wolfgang (2019), “Grenzen des Vertrauensgrundsatzes”, *Arzt Recht*, C. 54, S. 1, ss. 5-18.

- Burgstaller Manfred (1974), *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viyana.
- Burgstaller Manfred (1985), “Erfolgszurechnung bei nachträglichem Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst”, *İçinde, Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Ed. Theo Vogler, Duncker Humbolt, Berlin.
- Burgstaller Manfred ve Schütz Hannes (2020), “§6”, *İçinde, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Ed. Frank Höpfel/Eckart Ratz, 2. Bası, Manz/Viyana.
- Burmann Micheal, Heß Rainer, Hühnermann Katrin ve Jahnke Jürgen (2022), *Straßenverkehrsrecht, StVO § 1 Grundregeln*, 27. Bası, C.H. Beck, München.
- C. F.Forsyth (1988), “The Provenance and Protection of Legitimate Expectations”, *Cambridge Law Journal*, Cilt: 47, S. 2, ss. 242, 243.
- Caprara Tommaso (2019), “Der Vertrauensgrundsatz im Strassenverkehr – offene Fragen”, *Forumpanale*, S. 3, ss. 215-220.
- Cicchino Jessica B., Kulie Paige E. ve Mccarthy Melissa L. (2021), “Injuries Related to Electric Scooter and Bicycle Use in a Washington, DC, Emergency Department”, *Traffic Injury Prevention* C. 22, S. 5, ss. 401-406.
- Collins Jon, Hall Ned ve Paul L.A. (2004), “Counterfactuals and Causation: History, Problems, and Prospects”, *İçinde, Causation and Counterfactuals*, Ed. Jon Collins, Ned Hall ve L.A. Paul, The MIT Press, Londra, ss. 1-57.
- Çataloluk Gökçe (2012), *Hukuk Sistemi ve Autopoiesis*, XII Levha Yayınları, İstanbul.
- De Dreu Carsten KW ve Giffin Michael (2017), “Neuroendocrine Pathways to In Group Bounded Trust and Cooperation”, *İçinde, Trust in Social Dilemmas*, Ed. Paul A.M. Van Lange, Beetina Rockenbach ve Toshio Yamagashi, Oxford University Press, New York.
- Delogu Tullio (1987), “Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi”, Çev. Yüksel Ersoy, *AÜHFD*, C. 39, S. 1-4, ss. 115-124.
- Demircioğlu H. Reyhan (2009), *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk: (Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu)*, Yetkin Yayıncılık, Ankara.
- Demirel Muhammed (2022), *Çifte Özen Anlayışı Çerçevesinde Taksirli Suçtan Doğan Ceza Sorumluluğu*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Deryal Yahya (2010), “Tıbbi Konsültasyona Bağlı Hukuki Problemler (Müdavi Hekim Kon- sultan Hekim İlişkileri)”, *İçinde, Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıpta İş Birliği ve Hukuksal Sorunlar*, Samsun, ss. 91-98.

- Deviner Erguvan Derya (2019), "Türk İdare Hukukunda Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi", *İçinde, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan*, C. 21, Özel Sayı, ss. 1711 - 1765.
- Doğan Esra (2017), "İşbölümü & İşbirliği Kavramlarına Smith ve Marx Perspektifinden Karşılaştırmalı Bir Yaklaşım", *International Journal of Academic Value Studies*, C. 3, S. 11, ss. 1-21.
- Doğan Koray, Meraklı Serkan (2020), *Trafik Ceza Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Doğramacı Yakup Gökhan (2016), *Tıbbi Uygulamalarda Ekip İş Birliği ve Güven İlkesi*, Legal Yayıncılık, İstanbul.
- Duman İlker Hasan (2022), *100 Soruda Yapı Ruhsatı*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara.
- Dunbar Robin I. M. (2004), "Gossip in Evolutionary Perspective", *Review of General Psychology*, C. 8, S. 4, ss. 100-110.
- Durkheim Emile (2006), *Toplumsal İşbölümü*, Çev. Özer Özenkaya, Cem Yayınevi, İstanbul.
- Duttge Gunnar (2009), "Arbeitsteiliges Zusammenwirken und Fahrlässigkeitsstrafbarkeit", *HRRS*, ss. 145-150.
- Duttge Gunnar (2011), "Arbeitsteilige Medizin zwischen Vertrauen und strafbarer Fahrlässigkeit", *ZIS*, C. 5, ss. 349-353.
- Duttge Gunnar (2022), §15, *İçinde, Münchener Kommentar zum StGB*, Ed. Christoph Safferling, 4. Bası, Münih.
- Düzenli Hilal (2020), "Yasa Koyucunun Suç ve Ceza Siyasetini Belirleme Yetkisinin Anayasal Denetimi", *İçinde, ÇÜHF D Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı*, C. 5, S. 1, ss. 1191- 1229.
- Edis Seyfullah (1975), "Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği", *İçinde, Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı*, AÜHF Yayınları, Ankara, ss. 447 - 460.
- Edis Seyfullah (1997), *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 6. Bası, AÜHF Yayınları, Ankara.
- Eidam Gerd (2018), *Unternehmen und Strafe*, Carl Heymanns Verlag, 5. Bası, Köln.
- Eidam Lutz (2011), "Zum Ausschluss strafrechtlicher (Fahrlässigkeits-)Verantwortlichkeit anhand des Vertrauensgrundsatzes - ein Überblick", *JA*, ss. 912-917.

- Erduran Ata (2020), “Dünyada Elektrikli Scooter Kullananların Kaza Oranları, Cezaları ve Yasakları Artıyor”, <https://www.kisakisa.com/haber/dunyada-elektrikli-scooter-kullananlarin-kaza-oranlari-cezalari-ve-yasaklari-artiriyor/1413> (E.T. 28.02.2022).
- Erhan Kanişlı (2020), “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu”, *İÜHFİM*, C. 78, S. 3, ss. 1413-1468.
- Eric Hilgendorf (2019), “Zivil- und strafrechtliche Haftung für von Maschinen verursachte Schäden”, *İçinde, Handbuch Maschinenethik*, Ed. Oliver Bendel, Springer, Wiesbaden, ss. 437-452.
- Ersoy Yüksel (2002), *Ceza Hukuku Genel Hüükümler*, İmaj Yayınevi, Ankara.
- Ertem Burcu, (2015), *Tıp Ceza Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yansımaları Olarak Rıza ve Sınırları*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Ertuğ Ünder Yıldız (2012), “Asistan Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Sağlık Hukuku Makaleleri*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, ss. 35-47.
- Esser Robert, Keuten Nils Christian (2011), “Strafrechtliche Risiken am Bau - Überlegungen zum Tatbestand der Baugefährdung (§ 319 StGB) und seinem Verhältnis zu §§ 222, 229 StGB”, *NSfZ*, ss. 314-322.
- Frank Wenzel (2013), *Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht*, 3. Bası, Luchterhand Verlag, Köln.
- Freund Georg ve Rostalski Frauke (2019), *Strafrecht Allgemeiner Teil Personale Straftatlehre*, 3. Bası, Springer, Berlin.
- Freymann Hans-Peter (2020), “Haftung aus der Straßenverkehrs-Ordnung”, *İçinde, Geigel Haftpflichtprozess*, Ed. Kurt Haag, 28. Bası, C.H. Beck, München.
- Frister Helmut (2018), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Bası, C.H. Beck, München.
- Fuchs Helmut (2008), *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, C. 1 Grundlagen und Lehre von der Straftat* 7. Bası, Springer, New York/Wien.
- Geiß Karlmann, Greiner Hans-Peter (2022), “Haftung aus Behandlungsfehler”, *Arzthaftpflichtrecht*, , 8. Bası, C.H. Beck, München.
- Giddens Anthony (1996), *The Consequences of Modernity*, Polity Press, ss. 30, <http://voidnetwork.gr/wp-content/uploads/2016/10/The-Consequences-of-Modernity-by-Anthony-Giddens.pdf> (E.T. 21.11.2019).

- Giger Hans (2011), “Der Vertrauensgrundsatz des Strassenverkehrsrechts im Fokus von Sorgfaltspflicht und Verkehrssicherheit als Typisierungsproblem”, *Strassenverkehr*, C. 3, ss. 4-10.
- Good David (1988), “Individuals, Interpersonal Relations and Trust”, in. *Trust Making and Breaking Cooperative Relations*, Ed. Diego Gambetta, Basil Blackwell, New York, ss. 131-185.
- Gökcan Hasan Tahsin (2012), “Ceza Hukukunda Güven İlkesi ve Trafik ve Tıp Hukukunda Uygulanması”, *Yargıtay Dergisi*, C. 38, ss. 5-44.
- Göktürk Neslihan (2016), *Haksızlık Yanılığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Görkemli Burcu, (Aralık 2016), “Tıp Hukuku Bağlamında Güven İlkesi ve Ceza Hukuku Açısından Sonuçları”, *CHD*, C. 11, S. 32, ss. 139-160.
- Gropp Walter (2015), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Bası, Springer, Berlin Heidelberg.
- Gülde Hermann (1935), “Auf dem Weg zu einem nationalsozialistischen Straßenverkehrsrecht”, *JW*, C. 64, S. 20, ss. 1464-1469.
- Gülde Hermann (1936), “Vom Vertrauen der Verkehrsteilnehmer auf das Verkehrsmäßige Verhalten der anderen”, *JW*, C. 65, S. 7, ss. 423-425.
- Gülde Hermann (1938), “Der Vertrauensgrundsatz als Leitgedanke des Strassenverkehrsrecht”, *JW*, C. 67, S. 45, ss. 2785-2790.
- Gülde Hermann (1952), “Der Vertrauensgrundsatz im Straßenverkehrsrecht als Element der Verkehrssicherheit”, *ZVS*, C.1, ss. 258 – 267.
- Hafizoğulları Zeki (1996), *Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, 2. Bası, US-A Yayıncılık, Ankara.
- Hafizoğulları Zeki ve Özen Muharrem (2019), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Bası, US-A Yayıncılık, Ankara.
- Hakeri Hakan (2011), “Tıbbi Uygulamalardan Hemşirelerin Cezai Sorumluluğu”, *İçinde, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı 07-08.05.2010*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, ss. 440-446.
- Hakeri Hakan (2022), *Tıp Hukuku*, 25. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Hancı Hamit (2006), *Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Hans Welzel (1961), *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, C.F. Müller, Karlsruhe.

- Heierli Matthias Richard (1996), *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips im Strassenverkehr und für das Fahrlässigkeitsdelikt*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich.
- Heinrich Bernd (2019), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Bası, W. Kohlhammer, Stuttgart.
- Heinz Jordan (1960), *Misstrauensgrundsatz und Vertrauensgrundsatz im Strassenverkehrsrecht, Dargestellt an Hand der Literatur und Rechtsprechung im Vorfahrtsrecht*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Freiburg Üniversitesi, Freiburg.
- Heribert Schumann (1986), *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, J.C.B. Mohr, Tübingen.
- Hilgendorf Eric ve Valerius Brian (2022), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Bası München.
- Huff Elisabeth (2008), *Die Freizeichnung von strafrechtlicher Verantwortlichkeit durch Pflichtendelegation im Unternehmen: ein deutsch-französischer Vergleich*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Eberhard Karls Tübingen Üniversitesi, Tübingen.
- İçel Kayıhan (1967), *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- İçel Kayıhan, Özgenç İzzet, Sözüer Adem, Mahmutoğlu F. Selami ve Ünver Yener (1999), *Suç Teorisi 2. Kitap*, 1. Bası, TÜRDAV Basım, İstanbul.
- İzzet Özgenç (2022), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Jäger Christian (2017), “§1”, *İçinde, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Karl Heymanns Verlag, München,
- Jakobs Günther (1977), “Regreßverbot beim Erfolgsdelikt – Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung”, *ZStW*, C. 89, S. 1, ss. 1-35.
- Jakobs Günther (1991), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Bası, De Gruyter, Belin/New York.
- Jescheck Hans-Heinrich, Weigend Thomas (1996), *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin.
- Kangal Zeynel (2021), *Yapay Zeka ve Ceza Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.

- Karaaslan Reşit (2022), *Şirket Yöneticilerinin Suç Genel Teorisi Çerçevesinde Ceza Sorumlulukları Kurul Halinde Alınan Kararlarda Nedensellik Bağı ve Faillik*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Karl-Otto Bergmann (2009), “Delegation und Substitution ärztlicher Leistungen auf/durch nichtärztliche Personal”, *Medizinrecht*, C. 27, S. 1, ss. 1-10.
- Katoğlu Tuğrul (2017), “Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu”, *TBB*, S. 67, ss. 29 - 41.
- Kayaer Nebahat (2012), *Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir.
- Keçelioğlu Elvan (2015), “Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü”, *İçinde, Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, ss. 627-638.
- Keçelioğlu Elvan (2015), *Taksirli Suçun Dogmatigi*, 1. Basım, Turhan Kitapevi, Ankara.
- Kırca Çiğdem (2007), *Ürün Sorumluluğu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara.
- Kindhäuser Urs ve Zimmermann Till (2020), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Bası, Nomos, Baden Baden.
- Kirschbaum Klaus (1981), *Der Vertrauensschutz im Deutschen Strassenverkehrsrecht*, Dunker&Humblot, Berlin.
- Koca Mahmut ve Üzülmüş İlhan (2022), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bası, Ankara.
- Kooperation und Verantwortung, Voraussetzungen einer zielorientierten Gesundheitsversorgung, (2007), E.T. 28.03.2022, https://www.svr-gesundheit.de/fileadmin/Gutachten/Gutachten_2007/Kurzfassung_2007.pdf.
- Korkmaz Yakup (2019), “Tıbbi Konsültasyon ve Kusurun Paylaştırılması Sorunu”, *TBB Dergisi*, S. 140, ss. 239-302.
- Koschaker Paul ve Ayiter Kudret (1977), *Hukukunun Ana Hatları*, Sevinç Matbaası, Ankara.
- Kraatz Erik (2009), “Zur Strafhaftung der Beteiligten am Bau”, *JR*, C. 5, ss. 182-188.
- Krey Volker ve Esser Robert (2016), *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Bası, Hohlhammer, Stuttgart.

- Kröger Thomas (2016), *Der Aufbau der Fahrlässigkeitsstraftat (Unrecht, Schuld, Strafwürdigkeit und deren Bezüge zur Normentheorie)*, Duncker Humblot, Berlin.
- Krumme Elisabeth (1961), “Wandlung des Vertrauensgrundsatzes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs”, *ZVS*, C. 7, S. 1, s. 1-19.
- Krümpelmann Justus (1987), “Die Verwirkung des Vertrauensgrundsatzes bei pflichtwidrigem Verhalten in der kritischen Verkehrssituation”, *İçinde, Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, Ed. Wilfried Küper / Ingeborg Puppe / Jörg Tenckhoff, Berlin/NewYork, ss. 289 – 306.
- Kuhlen Lothar (1989), *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, C.F. Müller, Heidelberg.
- Kuhlen Lothar (2015), “Strafrechtliche Produkthaftung”, *İçinde, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Ed. Achenbach Hans, Ransiek Andreas ve Rönnau Thomas), 4. Bası, C.F. Müller, Heidelberg.
- Kuhn Thomas (2021), “*Strafgesetzbuch (StGB), § 15 StGB Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln*“, *İçinde, Arbeits- und Sozialstrafrecht*, Ed. Manfred Parigger, Rüdiger Helm ve Eckart Stevens-Bartol, 1. Bası, Nomos, Baden-Baden, ss. 742-753.
- Kunter Nurullah (1954), *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul.
- Kühl Kristian (2017), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Bası, Verlag Franz Vahlen, Münih.
- Lange Richard (1966), “Defensives Fahren, Empfehlung oder Rechtspflicht?”, *İçinde, Verkehrssicherheit durch Technik, Einsicht, Aufsicht*, 4. Verkehrsjuristentagung des HUK-Verbandes, München.
- Laufs Adolf, Katzenmeier Christian ve Lipp Volker (2021), *Arztrecht*, 8. Bası, C.H. Beck, München.
- Laufs Adolf, Kern Bernd-Rüdiger ve Rehborn Martin (2019), *Handbuch des Arztrechts*, 5. Bası, C.H. Beck, München.
- Lempp Volker (2017), “StVO § 1”, *İçinde, Gesamtes Verkehrsrecht*, Ed. Klaus-Ludwig Haus, Carsten Krumm ve Matthias Quarch, 2. Bası, Nomos, Baden Baden.
- Lewis J. David ve Weigert Andrew (1985), “Trust as a Social Reality”, *Social Forces*, C. 63, S. 4, Haziran, ss. 967-985.

- Lewisch Peter (2004), "Der Vertrauensgrundsatz im Straßenverkehr", *İçinde, Festschrift für Manfred Burgstaller*, Ed. Christian Grafl ve Ursula Medigovic, NWV Verlag, Wien, ss. 97 – 109.
- Lewisch Peter (2009), "Funktion und Reichweite des Vertrauensgrundsatzes im Fahrlässigkeitsstrafrecht", *ZVR*, C. 45, S. 5, ss. 146 – 152.
- Lissel P. M. (2003), "Behandlungsfehler und Vertrauensgrundsatz im Rahmen der Arbeitsteilung", *Notfall & Rettungsmedizin*, C. 6, S. 6, ss. 410-413.
- Loré Ellen (1997), *Aspekte des Vertrauensschutzes im Strafrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main.
- Luhmann Niklas (1988), "Familiarity, Confidence, Trust: Problems and Alternatives", in. *Trust Making and Breaking Cooperative Relations*, Ed. Diego Gambetta, Basil Blackwell, ss. 94-107.
- Luhmann Niklas (1993), *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main.
- Luhmann Niklas (2014), *Vertrauen Ein Mechanismus der Reduktion Sozialer Komplexität*, 5. Bası, UVK Verlagsgesellschaft, Konstanz-München.
- Mahmutoğlu F. Selami ve Karadeniz Serra (2017), *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, 1. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul
- Malinowski Bronislaw (2016), *Yabanıl Toplumda Suç ve Gelenek*, Çev. Şemsa Yeğın, İstanbul, İthaki Yayınları.
- Martin Ludwig (1964), "Das defensive Fahren und der Vertrauensgrundsatz", *DAR*, C. 33, ss. 299-307.
- Meraklı Serkan (2020), *Ceza Hukukunda Kusur*, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Michael Kaufmann (2020), "Haftung des Kraftfahrzeughalters und -führers", *İçinde, Geigel Haftpflichtprozess*, Ed. Kurt Haag, 28. Bası, C.H. Beck, München.
- Misztal Barbara A. (1998), *Trust in Modern Societies The Search for Basis of Social Order*, Cambridge UK Polity Press, Cambridge.
- Murmann Uwe (2021), *Grundkurs Strafrecht*, 6. Bası, C.H. Beck, München.
- Neuper Oliver ve Sigl Christoph (Temmuz 2015), "Der Vertrauensgrundsatz in der medizinischen Behandlung", *JSt*, S. 4, ss. 289-400.
- Nobel Peter (2017), "Vertrauen - Begriffliche Grundlagen", *SZW*, C. 6, , ss. 721 – 731.

- Oğuz Arzu, (2011) “Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku: Lex Mercatoria-Unidroit İlkeleri’nin Niteliği”, *AÜHFD*, C. 50, S. 3, ss. 11-53.
- Oğuzman Kemal, Seliçi Özer ve Özdemir Saibe Oktay (2019), *Eşya Hukuku*, 2. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul.
- Oğuztürk Kalkan Burcu (2008), *Güven Sorumluluğu*, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Ostrom Elinor (Mart 1998), “A Behavioral Approach to the Rational Choice Theory of Collective Action: Presidential Address American Political Science Association 1997”, *The American Political Science Review*, C. 92, S. 1, , ss. 1-22.
- Oxford Dictionary of English (2010), Ed. Angus Stevenson, 3. Bası, Oxford University Press.
- Öncel Mualla, Kumrulu Ahmet ve Çağan Nami (2014), *Vergi Hukuku*, 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Özbek Veli Özer (2021), *Ekonomi Ceza Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Özbek Veli Özer, Doğan Koray ve Bacaksız Pınar (2021), *Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, 12. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Özcan Mehmet Tevfik (2012), *İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol Hukuk Dışı Mekanizmalar ve İlkel Hukuk*, 2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları.
- Özkara Erdem, Çoker Ahmet ve Hancı Hamit (2004), “Türkiye’de Genel Cerrahın Yasal Sorumlulukları ve Mediko-Legal Sorunlar”, *Ulusal Travma Dergisi*, C. 10, S. 1, ss. 3-10.
- Öztürk Bahri ve Erdem M. Ruhan (2021), *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 20. Bası, Ankara.
- Öztürk Nurten (2021), *Şirket Faaliyeti Çerçevesinde İşlenen Suçlarda Şirket Yöneticilerinin Taksire Dayalı Cezai Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Pizarro Bautista Nathalia (2017), *Das erlaubte Vertrauen im Strafrecht: Studie zu dogmatischer Funktion und Grundlegung des Vertrauensgrundsatzes im Strafrecht*, Nomos Verlag, Baden Baden.
- Puppe Ingeborg (2017), “§13”, *İçinde, Nomos Kommentar StGB*, Ed. Kindhäuser, Neumann ve Paeffhen, 5. Bası, Nomos, Baden Baden.
- Puppe Ingeborg (2019), *Strafrecht Allgemeiner Teil Spiegel der Rechtsprechung*, 4. Bası, Nomos, Baden Baden.

- Ray Micheal, “Why Was Nazi Germany Called The Third Reich”, <https://www.britannica.com/story/why-was-nazi-germany-called-the-third-reich> (E.T. 14.01.2021).
- Remund Peter (1971), *Der sogenannte Vertrauensgrundsatz nach SVG Art. 26 Abs. 1 als Grundlage für das Verhalten im Strassenverkehr unter Berücksichtigung der Bundesgerichtspraxis*, Zürich, Juris Druck, Verlag, Zürich.
- Rosenau Henning (2014), “Strafrechtliche Produkthaftung”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 63, S. 1, ss. 169 - 183.
- Roxin Claus (1967), *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2. Bası, Cram De Gruyter, Hamburg.
- Roxin Claus, Greco Luis (2020), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C. 1, 5. Bası, C.H. Beck, München.
- Schmidhäuser Eberhard (1975), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Bası, Mohr Verlag, Tübingen,
- Schmidt Rolf (2019), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 21. Bası, Bremen.
- Schmidt-Salzer Joachim (1988), “Strafrechtliche Produktverantwortung”, *NJW*, S. 41, ss. 1937 – 1942.
- Schneider Steffen (2002), *Das Täterschaftsattribut der Risikoherrschaft und die Beteiligungsformen der fahrlässigen Erfolgsdelikte*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Friedrich Schiller Universität Jena, https://www.dbthueringen.de/servlets/MCRFileNodeServlet/dbt_derivate_0001321/Dissertation.pdf, ET.22.02.2022).
- Schulz Fritz (1995), “Roma Hukuku’nun Prensiplerinden Sadakat”, Çev. Belgin Erdoğan, *İÜHFD*, C. 48, S. 1-4, ss. 380-398.
- Serozan Rona (2014), *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, 6. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul.
- Sirmen Lale (2019), *Eşya Hukuku*, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Soyaslan Doğan (2020), *Ceza Hukuku Genel Hükmeler*, 9. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara.
- Steininger Herbert (1963), “Vertrauensgrundsatz und Fahrlässigkeit”, *ZVR*, C. 8, S. 3-4-5, ss. 58-63, 89-96, 120-129.

- Steinweis Alan E. ve Rachlin Robert D. (2013), "Introduction: The Law in Nazi Germany and The Holocaust," *İçinde, The Law in Nazi Germany, Ideology, Opportunism, and the Perversion of Justice*, Berghahn Books, New York/Oxford, ss. 1-13.
- Sternberg-Lieben Detlev, Schuster Frank (2019), § 15, *Schönke, Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Bası, C.H. Beck, Münih.
- Strassfeld Robert N. (1992), "If ... Counterfactuals In the Law", *The George Washington Law Review*, C. 60, S. 2, ss. 339 -416.
- Stratenwerth Günter (1961), "Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht", *İçinde, Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Bockelmann, Gallas (Hrsg.), Göttingen, ss. 383-400.
- Stratenwerth Günther, Kuhlen Lothar (2011), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. B., Verlag Vahlen, Münih.
- Sztopka Piotr (2003), *Trust: A Sociological Theory*, netLibrary Edition, Cambridge University Press, Cambridge.
- Tarman Zeynep Derya (2007), "Türk Hukukunda İmalatçının Sorumluluğuna Genel Bir Bakış", *İÜHFİM*, C. 65, S. 2, ss. 299-326.
- Tevfik Özlü (2010), "Günümüz Hekimliğinde Konsültasyon", *Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıpta İş Birliği ve Hukuksal Sorunlar*, Samsun, ss. 63-70.
- Timur Demirbaş (2022), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bası, Seçkin Yayınevi, s. 418.
- Tümerdem Yıldız (2006), "Gerçek Yaş", *Turkish Journal of Geriatrics*, C. 9, S. 3, ss. 195-196.
- Türkçe Sözlük* (1998), C. I, Atatürk Türk Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, 9. Bası, Ankara.
- Uçaryılmaz Talya Şans (2018), "Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi", *TBBD*, S. 135, ss. 335 – 382.
- Uçaryılmaz Talya Şans (2019), *Bona Fides (Dürüstlük Kuralı)*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Ulsenheimer Klaus ve Gaede Karsten (2021), *Arztstrafrecht in der Praxis*, 6. Bası, C.F. Müller, Heidelberg.
- Ünver Yener (1998), *İzin Verilen Risk*, Seçkin Yayınevi, İstanbul.

- Ünver Yener (2008), “Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi”, *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu*, TBB Yayınları, Ankara, ss. 881 - 916.
- Ünver Yener (2010), “Müdavi Hekim – Konsültan Hekim İlişkisinin Ceza Hukuku Sorumluluğu Açısından Değerlendirilmesi”, *Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıpta İş Birliği ve Hukuksal Sorunlar*, Samsun, ss. 99-121.
- Vogel Joachim ve Bülte Jens (2020), “§15“, *İçinde, Leipziger Kommentar StGB*, 13. Bası, DeGruyter, Berlin/Boston.
- Wegner Carsten (2009), “Abgrenzung der Verantwortlichkeiten auf dem Bau”, *Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, C. 8, ss. 381-383.
- Welzel Hans (1939), “Studien zum System des Strafrechts”, *ZStW*, C. 58, ss. 491-566.
- Wessels Johannes, Beulke Werner ve Satzger Helmut (2021), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 51. Bası, CF Müller, Heidelberg.
- Worm Manfred (2013), *Der Vertrauensgrundsatz im Strafrecht*, (Yayımlanmamış Tez), Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz.
- Yenerer Çakmut Özlem (2003), *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, Legal Yayıncılık, İstanbul.
- Yıldız Ali Kemal (2010), “Tıp Hukukunda Güven İlkesi”, *İçinde, VII. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Zafer Hamide (2019), *Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75)*, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul.