

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (KARŞILAŞTIRMALI HUKUK)
ANABİLİM DALI**

**KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA
İYİLEŞME ŞANSI KAYBININ TAZMİNİ**

Doktora Tezi

**Zehra ÖZKAN
07921902**

Ankara-2013

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (KARŞILAŞTIRMALI HUKUK)
ANABİLİM DALI**

**KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA
İYİLEŞME ŞANSI KAYBININ TAZMİNİ**

Doktora Tezi

**Zehra ÖZKAN
07921902**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Arzu OĞUZ**

Ankara-2013

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (KARŞILAŞTIRMALI HUKUK)
ANABİLİM DALI

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İYİLEŞME ŞANS KAYBININ TAZMİNİ

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Arzu OĞUZ

Tez Jürisi Üyeleri:

Adı ve Soyadı

Prof. Dr. Arzu OĞUZ

Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU

Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR

Prof. Dr. Hüseyin ALTAŞ

Doç. Esra DARDAĞAN KİBAR

İmzası

.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınavı Tarihi:11/12/2013

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

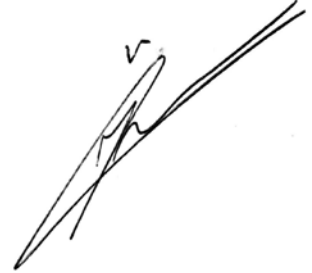
Bu belge ile, tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (16/01/2014)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

Zehra Özkan

İmzası



İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR CETVELİ	X
BİBLİYOGRAFYA	XIV
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İYİLEŞME ŞANSI KAYBI VE ŞANS KAYBININ TAZMİNİ SORUNUNA

GENEL BAKIŞ	4
I. Genel Olarak Şans Kaybı Kavramı ve Şans Kaybının Tazmini Sorunu	4
A. Sorumluluk Hukukunda Genel Olarak Şans Kaybı	4
B. Genel Olarak Şans Kavramı ile Hukuk	7
1. Şans Kavramına Yönelik Genel Görüşler	7
2. Şans Kavramının Tarihsel Gelişimine Bir Bakış	9
3. Şans Kavramı ve Hukuk Bilimi	13
II. Şans Kaybı Tazmini Sorununa Hukuk Düzenlerinin Yaklaşımı ve Uluslararası Metinlerde Şans Kaybının Tazmini	15
A. Hukuk Düzenlerinin Yaklaşımları	15
B. Uluslararası Metinlerde Şans Kaybı	17
C. Şans Kaybı Doktrinini Kabul Eden Hukuk Düzenleri	19
1. Genel Olarak	19
2. Fransız Sorumluluk Hukukuna Genel Bakış	20

a. Fransız Sorumluluk Hukukunun Temel Özellikleri	20
aa. Maddî Hukuka ilişkin Özellikler	20
bb. Usul Hukukuna İlişkin Özellikler	23
b. Fransız Sorumluluk Hukukunun Unsurları	24
aa. Zarar	24
aaa) Tazmin Edilebilir Zararın Koşulları	25
bbb) Zarar Türleri	27
bb. Nedensellik Bağı	28
cc. Kusur	31
3. Fransız Hukukunda Şans Kaybının Tazmini	34
a. Şans Kaybı Tazmini ve Teorik Temelleri	34
b. Şans Kaybı Tazmini ve Koşulları	36
c. Şans Kaybı Tazmininin Uygulama Alanı	38
aa. Dava Şansı	41
bb. Yarışma Şansı	44
cc. Meslekî İlerleme Şansı	48
d. Ara Değerlendirme	53
D. Şans Kaybı Doktrini Kısım Kısım Kabul Eden Hukuk Düzenleri	54
1. İngiliz Hukukunda Şans Kaybı Doktrinin Tarihi Gelişimi	54
2. Temel Kararlar	56
a. <i>Chaplin</i> Kararı	56
b. <i>Kitchen</i> Kararı	59
c. <i>Allied</i> Kararı	62
3. Genel Değerlendirme	65

a. Şans Kaybının Uygulama Alanı	65
aa. Sözleşme Sorumluluğu-Haksız Fiil Sorumluluğu Ayrımı	65
bb. Geçmiş Olay-Farazî/Gelecek Olay Ayrımı	67
cc. Kişiyeye Verilen Zarar-Ekonomik Zarar	68
b. Tazmin Edilebilir Şans	69
E. Şans Kaybı Doktrinini Kabul Etmeyen veya Doktrinin Tanınmadığı Hukuk	
Düzenleri	70
1. Genel Olarak	70
2. Yarışma Şansı Kaybı	74
a. İctihatta Yarışma Şansı Kaybı	74
b. Doktrinde Yarışma Şansı Kaybı	76
3. Meslekî İlerleme Şansı Kaybı	81
4. Dava Şansı Kaybı	82
III. İyileşme Şansı Kaybının Yeri	86
A. İyileşme Şansı Kaybı	86
1. Genel Olarak	86
2. Hekim-Hasta İlişkisinden Doğan Sorumluluk	87
3. Hekimin Hukukî Sorumluluğunun Kaynağı	87
a. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk	88
b. Haksız Fiil Sorumluluğu	91
c. Hekimin Sorumluluğunun Şartları	91
B. İyileşme Şansı Kaybı ve Hukukî Niteliği	92

İKİNCİ BÖLÜM

NEDENSELLİK BAĞI VE NEDENSELLİK BAĞININ İSPATI

ÇERÇEVESİNDE İYİLEŞME ŞANS KAYBI	95
I. Genel Olarak Nedensellik Bağı ve İspatı	95
A. Nedensellik Bağı	95
B. Nedensellik Bağının İspatı	98
II. İspat Kolaylıkları Çerçevesinde İyileşme Şansı Kaybı	102
A. Esaslı Etken Testi ile İyileşme Şansı Kaybının Tazmini	103
1. Esaslı Etken (<i>Substantial Factor</i>) Testi	104
2. Şans Kaybının Tazmini	106
a. Esaslı Olasılık-Esaslı Şans	108
b. Zarar Rizikosunu Artırma Analizi	110
B. İspat Yükünün Tersine Çevrilmesi	113
1. Genel Olarak	113
a. İlk Görünüş İspatı	115
b. §287 ZPO'nun Uygulanması	116
2. Doktrin ve İçtihadta İspat Yükünün Tersine Çevrilmesi	117
a. İspat Yükünün Tersine Çevrilmesi Uygulaması	117
b. İspat Yükünün Tersine Çevrilmesine Yönelik Eleştiriler	120
III. Alternatif Nedenselliğin Kıyasen Uygulanması Suretiyle Şans Kaybının Tazmini	122
A. Genel Olarak	122
B. <i>Bydlinski</i> 'nin Alternatif Nedensellik Teorisi	123

C. Tesadüfî bir Olay ile Kusurlu Davranışın Alternatif Neden Olarak	
Bulunması	129
D. <i>Bydlinski</i> 'nin Teorisine Yöneltilen Eleştiriler	132
E. Avrupa Haksız Fiil İlkeleri'nde Oransal Sorumluluk	134
F. Şans Kaybı Doktrini ile <i>Bydlinski</i> Teorisinin İlişkisi	135

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

NEDENSELLİK BAĞININ TESIS EDİLEMEMESİ NEDENİYLE İYİLEŞME ŞANSI KAYBININ TAZMİN EDİLEMEMESİ 138

I. İngiliz Hukuku 138

A. İngiliz Hukukunda Zarar Rizikosunu Artırma Testi	140
1. <i>McGhee Kararı</i>	143
2. <i>Wilsher Kararı</i>	145
3. <i>Fairchild Kararı</i>	149
B. İngiliz Hukukunda İyileşme Şansının Kaybının Tazmini	154
1. <i>Hotson Kararı</i>	155
a) Karara Konu Olay	155
b) İlk Derece Mahkemesi	156
c) İstinaf Mahkemesi	157
aa. <i>Common Sense</i> 'e Aykırılık	157
bb. Nedensellik Bağının Tesis Edilmiş Olması	158
cc. Şans Kaybı Zararı	160
d. Lordlar Kamarası	164
aa. Geçmiş Olay-Farazî/Gelecek Olay Ayrımı	164

bb. Şans Kaybının Tazmin Edildiği <i>Chaplin ve Kitchen</i>	
Kararlarından Farkları	167
cc. Tazminattan İndirim	168
2. <i>Gregg Kararı</i>	169
a. Karara Konu Olay ve İlk Derece Mahkemesi	169
b. Lordlar Kamarası Kararı	170
aa. Şans Kaybının Tazmini Yönündeki Görüşler	170
aaa) Geçmiş Olay-Gelecek Beklentisi Ayrımı ve Şans Kaybı	
Zararı	172
bbb) Tıbbî İhmâl	173
ccc) İstatistikî Delil	173
ddd) Tıbbî İhmâl Davalarında Şans Kaybının Belirlenmesi ..	175
bb. İyileşme Şansı Kaybının Tazmin Edilmemesi Yönündeki	
Görüşler	178
aaa) Kısmî Tazminat İtirazı	178
bbb) Zararın Henüz Gerçekleşmemesi	178
ccc) Şans Kaybı Tazmini Doktrinin Uygulanmasındaki	
Güçlük	179
ddd) Zararın Davalıya İsnat Edilebilirliği	179
eee) <i>Reece</i> 'in Deterministik Neden-İndeterministik Neden	
Ayrımı	180
fff) <i>Lord Nicholls of Birkenhead</i> 'in İyileşme Şansı Kaybının	
Tazmini Sınırlandırılması Önerisine İtirazlar	182
ggg) Vücut Bütünlüğü Zararı ile Ekonomik Zarar Farkı	182

hhh) Sorunun Parlamento Tarafından Çözülmesi	
Gerekliliği	183
3. Şans Kaybının Tazmini Konusundaki Tartışmalar	184
a. Sözleşme Sorumluluğu Haksız Fiil Sorumluluğu Ayrımı	184
b. Geçmiş Olay- Farazî/Gelecek Olay Ayrımı	185
c. İstatistikî Şans-Bireysel Şans	187
d. Epistemolojik Şans –Objektif Şans	188
e. <i>Barker</i> Kararı ve İyileşme Şansı Kaybı	188
f. Ara Değerlendirme	192
II. Amerikan Hukuku	194
III. Türk/ İsviçre Hukuku	195
A. Genel Olarak	195
B. Türk/İsviçre Hukukunda İyileşme Şansı Kaybının Kabul Edilmesi	196
1. İçtihadta İyileşme Şansı Kaybının Kabul Edilmesi	196
2. Doktrinde Şans Kaybı Tazmininin Kabul Edilmesi	197
a. “Ya Hep Ya Hiç” Yaklaşımından Yola Çıkılması	198
b. Olasılığa Dayanan Kanaat (<i>Wahrscheinlichkeitsurteile</i>)	200
C. Türk/İsviçre İçtihadında İyileşme Şansı Kaybı Tazmininin	
Reddedilmesi	204
1. İsviçre İçtihadında İyileşme Şansı Kaybının Reddedilmesi	204
a. BGE 133 III 462 Kararına Konu Olan Olay	204
b. Federal Mahkemenin İncelemesi	205
2. Doktrinin Yorumu	207
a. Tabii Nedensellik Bağı Kavramına Aykırılık	207

b. Fark Teorisine Aykırılık	208
-----------------------------------	-----

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İYİLEŞME ŞANSI KAYBININ ZARAR OLARAK TAZMİN EDİLMESİ .. 213

I. Fransız Hukukunda İyileşme Şansı Kaybı 213

A. İyileşme Şansı Kaybının Tazmininin Tarihsel Gelişimi 213

1. İlk Kararlar 213

2. İlk Kararların Doktrinde Yankıları 215

B. İçtihadın Yön Değiştirmesi (1982) 220

1. İçtihadı Değiştiren Karar 220

2. 1982 yılındaki Karardan Sonra İçtihadta Şans Kaybının Tazmini 222

C. Doktrinde İyileşme Şansı Kaybının Tazmini 226

II. Amerikan Hukukunda İyileşme Şansı Kaybının Tazmini 230

A. Genel Olarak 230

B. Şans Kaybı Zararı 231

C. Tazminat Miktarının Belirlenmesi 233

SONUÇ 235

I. Hukuk Düzenlerindeki Farklılıklar 235

II. Hukuk Düzenlerindeki Benzerlikler 237

A) “Ya Hep Ya Hiç” Yaklaşımının Hakkaniyete Aykırılık Teşkil Etmesi ... 237

B) Şans kaybının Zarar Olarak Kabul Edilmesine Yönelik Eleştiriler 238

1. İyileşme Şansı Kaybının Bağımsız Bir Zarar Olup Olmadığı 238

2. İyileşme Şansı Kaybının Malvarlığı Değeri Arz Etmemesi ve

Dolayısıyla Fark Teorisine Aykırılık 239

3. İyileşme Şansı Kaybının Objektif Şans Kavramına Aykırılığı	240
ÖZET	245
SUMMARY	247

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
Abs.	Absatz
ABGB	Allgemeines Bürgerliches GesetzBuch
AC	Appeal Cases
AJCL	American Journal of Comparative Law
Art.	Article
Auckland U. L. Rev	Auckland University Law Review
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜDTCFD	Ankara Üniversitesi Dil, Tarih ve Coğrafya Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
ATF	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes: Amtliche Sammlung
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Baylor L.Rev.	Baylor Law Review
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes: Amtliche Sammlung
BGH	Bundesgerichtshof/ Eildienst Bundesgerichtliche Entscheidungen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen

bkz.	Bakınız
C.	Cilt
Cal. L. Rev.	California Law Review
CC	Code Civil (Fransız Medeni Kanunu)
CHF	İsviçre Frangı
Clev. St. L. Rev.	Cleveland State Law Review
Corp.	Corporation
Cumb. L. Rev	Cumberland Law Review
Çev.	Çeviren
DM	Deutsche Mark (Alman Markı)
dn.	Dipnot
E.	Esas
ed.	Editor
Edinburg L.Rev.	Edinburg Law Review
Eds.	Editors
EEC	European Economic Community
EIPR	European Intellectual Property Review
ER	Europäische Rechtsprechung/ European Reports??
ERPL	European Review of Private Law
HAVE	Haftung und Versicherung
HD	: Hukuk Dairesi
G.Ü.H.F.D.	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Int'l&Comp. L.Q	International and Comparative Law Quarterly
Iowa L.Rev	Iowa Law Review
JBİ	Juristische Blätter

J. Legal Econ.	Journal of Legal Economics
JPIL	Journal of Personal Injury Litigation
JZ	Juristen Zeitung
K.	Karar
Ky. L.J.	Kentucky Law Journal
La. L. Rev	Louisiana Law Review
Ltd.	Limited
LQR	Law Quarterly Review
md.	madde
Mod. L. Rev	Modern Law Review
Minn.	Minnesota Reports
N.	Note
No.	Number/ Numara
NWR	North Western Reporter
OJL	Official Journal Legislation
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht
P.I.Q.R.	Personal Injury and Quantum Reports
P.N.	Professional Negligence
RLF	<i>Retrolental Fibroplasia</i>
Rutgers L.J	Rutgers Law Journal
s.	sayfa
SJZ	Schweizerische Juristen Zeitung
T.	Tarih
Tex. L. Rev.	Texas Law Review

TL.	Türk LirasıTul. L. Rev. Tulane Law Review
U. Bridgeport L. Rev	University of Bridgeport Law Review
U. Mem. L. Rev	The University of Memphis Law Review
Utah L.Rev.	Utah Law Review
v.	versus
Vand. L. Rev	Vanderbilt Law Review
Wake Forest L. Rev	Wake Forest Law Review
Wis. Int'l L.J	Wisconsin International Law Journal
W.L.	Water Law
W.L.R.	Weekly Law Reports
Wm. Mitchell L. Rev.	William Mitchell Law Review
Wyo.	L. Rev. Wyoming Law Review
Yale L.J.	Yale Law Journal
yuk.	yukarıda
ZBJV	Zeitschrift für Bernisches Juristen Vereins
ZGB	Zivil Gesetzbuch
ZPO	Zivil Prozess Ordnung
£	Sterling

BİBLİYOGRAFYA

- Abik, Y.** : Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı: İyileşme Şansının Kaybı, AÜHFD 2005, s.241-287.
- Akartepe, A.** : Tedavi Sözleşmelerinin Hukukî Niteliği, Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, s.13-22.
- Ayan, M.** : Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara 1991.
- Allen, C.C.** : Tort Law-Loss of Chance in Wyoming: Alive But for How Long? McMackin v. Johnson Country Healthcare Center, 73 P. 3d 1094 (Wyo.2003), Wyo. L. Rev. 2006, s.533-558.
- Azarnia, R.** : Tort Law in France a Cultural and Comparative Overview, 13 Wis. Int'l L.J., 1994-1995, s.471-492.
- Bailey, S.H.** : Causation in Negligence: What is a Material Contribution?, Legal Studies 2010, 167-185.

Başpınar, V.

:Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu,
Ankara 2004 (vekilin sorumluluğu).

: Avukatın Özen Borcu, G.Ü.H.F.D. 2008, s.39-
62 (avukat).

Başözen, A.

: İlk Görünüş İspatı, Ankara, 2010.

: Tıbbî Müdahalelerden Kaynaklanan Tazminat
Sorunları, e-akademi Hukuk, Ekonomi ve
Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, 2012, s.
1-49 (tıbbî müdahale), <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=TIBB%DD%20M%DCDAHALEDEN%20KAYNAKLANAN%20TAZM%DDNAT%20DAVALARINDA%20DDSPAT%20SORUNLARI&kimlik=694870117&url=makaleler/abasozen-6.pdf>. Son
erişim tarihi 22/09/2013.

Berger, M.B./Nogler, R.

: Beweisrecht-die Last mit dem Beweis(en),
recht 2012, s.168-175.

- Bien, F.** : Schadensrechtliches Alles-oder-nichts-Prinzip und Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler-Zum Umgang der deutschen Rechtsprechung mit Kausalitätszweifeln im Arzthaftungsprozess, EIPR 2008, s.1083-1097.
- Borghetti, J-S.** : France, içinde Winiger, B./Koziol, H./Koch, B.A./Zimmermann, R. (ed.), Digest of European Tort Law Volume 2: Essential Cases on Damage, Berlin 2011, s. 1084-1087.
- Brehm, R.** : Berner Kommentar, Bd. VI/1/3/1, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, Bern 2006.
- Brönnimann, J.** : Art. 157, ZPO içinde **Hausheer, H./Walter, H.P.:** Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I : Art. 1-149 ZPO, Band II: Art. 150-352 - Art. 400-406 ZPO, Bern 2012.
- Buchner, B.** : Prozessuale und versicherungsrechtliche Fragen der zivilrechtlichen Arzthaftung nach

deutschem Recht içinde Hakeri, H./Rosenau, H.
(ed.): VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku
Sempozyumu, Ankara 2012, s.313-320.

Burrows, A. : Uncertainty about Uncertainty: Damages for
Loss of a Chance, JPIL 2000, s.31-43.

Buz, V. : Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve
Geçerlilik Şartları, Ankara 2007.

Büyüksağış, E. : Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddî
Zarar, İstanbul 2007 (Maddî Zarar).

_____ :Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan
Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat
Sorumluluğunun Kapsamı-Uygun İliyet Bağı
Teorisine Değişik Bir Yaklaşım, AÜHFD 2005,
s.118-148 (yaşama şansı).

Bydlinski, F. : Causation as a legal Phenomenon içinde
Tichý, L.(eds.): Causation in Law, Praha 2007,
s.7-25 (causation).

_____ : Haftung bei alternativer Kausalität, JBI 1959,
s.1-13. (alternativer kausalität).

: Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität içinde Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag am 26. April 1979, Berlin 1979, s.1-34 (aktuelle Streitfragen).

Cardona Ferreira, R. : The Loss of Chance in Civil Law Countries: A Comparative and Critical Analysis, MJ 2013, s.56-74.

Catala, P./Weir, J.A. : Delict and Torts : A Study in Parallel Part I, 37 Tul. L. Rev. 1962-1963, s.550-590(Part I).

: Delict and Torts : A Study in Parallel Part III Damage, 38 Tul. L. Rev. 1963-1964, s.663-716 (Part III).

Clermont, K.E./Sherwin, E. : A Comparative View of Standards of Proof, AJCL 2002, s.225-252.

Cooper, G. : Damages for the Loss of a Chance in Contract and Tort, 6 Auckland U. L. Rev. 1988-1991, s.39-51.

Demir, M. : Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, AÜHFD 2008, s.225-252.

Diamond, J.L./Levine, L.C./

Madden, M.S. : Understanding Torts, New York 1996.

Edwards, LL/Edwards, J.S/

Wells, P.K. : Tort Law, New York 2012.

Diaz, A.J. : Non-Physical Damage A comparative Perspective, New Zeland 2010 (Doktora Tezi) s.91. <http://hdl.handle.net/10092/4177>. Son erişim tarihi 23/09/2013.

Dobbs, D.B. : The Law of Torts, St. Paul 2000.

Eiselen, S. : Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 74 of the CISG, 2004, p.m., <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/un74.html>. Son erişim tarihi <15/09/2013> .

- Ellis, L.R.** : Loss of Chance as Technique: Toeing the Line at Fifty Percent, Tex. L. Rev. 1993-1994, s.369-402.
- Erdoğan, İ.** : Aristoteles ve Farabi'nin Felsefesinde Rastlantının Yeri, Felsefe Dünyası Dergisi 2005, s. 65-85.
- Eren, F.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.
- _____ : Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975.
- Fellmann, W./Luterbacher, T.** : Die Haftung des Anwaltes für falsche Schadenberechnung, HAVE 2003 (*Sonderheft*), s. 35-65.
- Fellmann, W./Müller, C.** : Introduction aux art 46-63 içinde **Huguenin, C./Hilty/Werro, F. R.M.:** Schweizer Obligationenrecht 2020-Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich-Basel-Genf 2013 (Introduction aux art 46-63).

Fischer, D.A. : Tort Recovery for Loss of a Chance, Wake
Forrest L.Rev. 2001, s.605-655 (loss of a
chance).

_____ : Causation in Fact in Omission Cases, 1992
Utah L.Rev. 1992, s.1335 (ommission).

Fleischer, H. : Schadenersatz für verlorene Chancen im
Vertrags-und Deliktsrecht, 1999 JZ, s.766-775.

Foran, E.M. : Medical Malpractice: A Lost Chance is a
Compensable Interest, U. Bridgeport L. Rev.
1991-1992, s.471-503.

Frasca, R. : Loss of Chance Rules and Valuation of Loss of
Chance Damages, J. Legal Econ. 2008-2009,
s.91-104.

Galand-Carval, S. : Damages under French Law içinde **Magnus,**
U. (ed): Unification of Tort Law: Damages, The
Hague 2001, s.77-88 (Damages).

_____ : Causation under French Law, Unification of
Tort Law: Causation, The Hague 1999, s.53-
65(Causation).

- Giesen, D.** : Arzthaftungsrecht Medical Malpractice Law, Bielefeld 1981 (Arzthaftungsrecht).
- _____ : International Medical Malpractice Law,:A Comparative Law Study of Civil Liability Arising From Medical Care, Tübingen 1988 (Medical Malpractice).
- Glannon, J.W.** : The Law of Torts, New York, 2005.
- Großerichter, H.** :Hypothetischer Geschehensverlauf und Schadensfeststtelung, München 2001.
- Hájek, A./Hoefler, C.** : Chance, içinde yayımlanacak Borchert, D. (ed) Encyclopedia of Philosophy 2006 Detroit, s.1-12. <http://philrsss.anu.edu.au/people-defaults/alanh/papers/chance.pdf>. Son erişim tarihi 07/07/2013.
- Harding, C.S.P.** : The Act of the Plaintiff and Concurrent Causes: Fault and Causation in the French Law of Delict, 28 Int'l&Comp. L.Q. 1979, s. 526-570.

- Hasenböhler, F.** : Vormerkungen zum 10. Titel içinde **Sutter-Somm, T./Hasenböhler, F./Leuenberger, C.** (eds.), Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2013.
- Hauberich, S.** : Haftung für neues Leben im deutschen und englischen Recht eine Darstellung am Beispiel der unerwünschten Geburt eines gesunden Kindes, Berlin 1998.
- Heckendorn, L.** : Die Haftung freier Berufe zwischen Vertrag und Delikt, Bern 2006.
- Heinrich, E.** : Haftung bei alternativer Kausalität Arzthaftung bei unaufklärbarem Kausalverlauf, Viyana 2010.
- Hermann J./Schmid, M.** : Die verlorene Heilungs-Chance als ersatzfähiges Rechtsgut im schweizerischen Arzthaftpflichtrecht-Ein Plädoyer für die Einführung aus praktischer Sicht içinde **Fuhrer, S.**(ed): Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht und Versicherungsrecht, Bern 2010, s.233-253.

Hill, T. : A Lost Chance for Compensation in the Tort of Negligence by the House of Lords, Mod.L. Rev. 1991, s.511-523.

Hogg, M.A. : Re-establishing Orthodoxy in the Realm of Causation, Edinburg L.Rev. 2007, s.8-30.

Hızır, N. : Olasılık Kavramının Bilgi için Önemi, AÜDTCFD 1944, s. 753-757.

Jansen, N. : The Idea of Lost Chance, Oxford Journal of Legal Studies 1999, s.271-296.

Kadner Graziano, T. : Ersatz für “Entgangene Chancen” im europäischen und im schweizerischen Recht Überlegungen anlässlich des Entscheids des Bundesgerichts vom 13.6.2007 und ein Lösungsvorschlag, HAVE 2008, s.61-68 (entgangene Chancen).

_____ : The Loss of a Chance in European Private Law “All or Nothing or Partial Compensation in cases of Uncertainty Causation, içinde **Tichy, L.(ed.):** Causation in Law Praha 2007, s.123-148 (All or Nothing).

- Karahasan, M.R.** : Tazminat Hukuku Maddî Tazminat, İstanbul 2001.
- Kasche, M.** : Verlust von Heilungschancen eine rechtsvergleichende Untersuchung, Frankfurt am Main 1999.
- Keeton, W.P/Dobbs, D.B./** : Prosser and Keeton on the Law of Torts,
- Keeton, R.E/Owen, D.G** St. Paul 1984.
- Keith, D.L.** : Loss of Chance: A Modern Approach to Damages in Texas, Baylor L.Rev. 1992, s.759-824.
- Kellerhals, O.** : Die Zivilrechtliche Haftung des Rechtsanwalts aus Auftrag, Bern 1953.
- Khoury, L.** : Uncertain Causation in Medical Liability, Oxford 2006.
- _____ : Causation and Risk in the Highest Courts of Canada, England and France, LQR 2208, s.103-131 (Causation and Risk).

King, J.H. : “Reduction of Likelihood” Reformulation and Other Retrofitting of the Loss-of-a-Chance Doctrine”, 28 U. Mem. L. Rev. 1997-1998, s.491-560 (Reformulation).

: Causation, Valuation, and Chance, in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences, Yale L.J. 1980-1981 s.1376 (valuation).

Kletečka, A. : Alternative Verursachungskonkurrenz mit dem Zufall-Die Wahrscheinlichkeit als Haftungsgrund, JBI 2009, s.137-143.

Koch, B.A. : Comparative Report, içinde **Winiger, B./Koziol, H./Koch, B.A./Zimmermann, R.** (ed.), Digest of European Tort Law Volume 2: Essential Cases on Damage, Berlin 2011, s.1120-1123 (Comparative Report).

: Proportional Liability in Austrian Law (özel baskı) içinde yayınlanacak, Gilead, I (eds) Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives, Berlin 2013, s.1-15.

http://www.udg.edu/Portals/89/Filosofia%20Dret/seminaris/Koch_Proportional%20Liability%20under%20Austrian%20Law_draft.pdf . Son erişim tarihi 20/09/2013.

: Austrian Case Note, ERPL 2008, s.1051-1060
(austrian case)

: Austria- Loss of Chance içinde, **B./Koziol, H./Zimmermann, R.** (eds.): Digest of European Tort Law Volume 1: Essential Cases on Natural Causation, Viyana 2007, s.551-552.

Korkmaz, A. : Olasılık Kuramının Doğuşu, AÜSBFD 2005, s.171-193.

Kottmann, A. : Schadensberechnung und Schadensschätzung bei Körperverletzung und Tötung-Notwendigkeit der Bildung von Regeln, Bern 2012.

Koziol, H. : Schadenersatz für verlorene Chancen?, ZBJV 2001, s.889-912 (verlorene Chancen).

- _____ : Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective, Viyana 2012 (basic questions).
- _____ : Loss of a Chance-Comparative Report, Digest of European Tort Law 2007 Essential Cases on Natural Causation (edited by Winiger, **B./Koziol, H./Koch, B.A., Zimmermann R.**), Viyana 2007, s.589-592 (Comparative Report).
- _____ : Recovery of Economic Loss in the European Union, Arizona Law Review 2006, s.871-905 (economic loss).
- _____ : Natural and Legal Causation içinde **Tichý, L.** (eds.): Causation in Law, Praha 2007, s.53-67 (causation).
- Kull, M.** : Die zivilrechtliche Haftung des Anwalts gegenüber dem Mandanten, der Gegenpartei und Dritten, Zürich 2000.
- Kutlusoy, Z.** :Karşılaştırmalı Olasılık, Niteliksel / Boyutsal / Sezgisel Bir Olasılık Kuramı, Felsefe Dünyası 2002, s.26-36.

- Landolt, H.** : Medizinalhaftung - Aktuelle Rechtsprechung zu ausgewählten Problembereichen der Arzthaftung, HAVE 2009, s.329-349 (Medizinalhaftung).
- _____ : Perte d'une chance - verlorene oder vertane Chance? - Anmerkungen zu BGE 133 III 462 ff. und weiteren Urteilen des Bundesgerichts im Jahr 2007 (4C.234/2006, 4C.49/2007 und 4A_227/2007), HAVE 2008, s.68-71 (verlorene oder vertane).
- Lange, H./Schiemann, G.** : Schadenersatz, Tübingen 2003.
- Le Tendre, L.** : Chance qui peut! içinde **Fuhrer, S.** (ed.): Schweizerisches Gesellschaft für Haftpflicht und Versicherungsrecht-Festschrift für fünfzigjährigen bestehen, Bern 2010, s. 355-364.
- Magnus, U.** : Schaden und Ersatz, Tübingen 1987.
- Manis, J.G/Meltzer, B.N.** : Chance in Human Affairs, Sociological Theory 1994, s.45-56.

Martens, S./Zimmermann, R. : Germany-Loss of Chance as Damage içinde,
Winiger, B./Koizol, H./Koch, B.A./Zimmermann, R. (eds.): Digest of
European Tort Law Volume 2: Essential Cases
on Damage, Berlin 2011, s.1075-1076.

Martin-Casals, M. : Some Introductory and Comparative Remarks
to the Decision of the Swiss Federal Court
BGE/ATF 133 III 462 and to the “Loss of
Chance” Doctrine, ERPL 2008, ss.1043-1050.

: , Proportional Liability in Spain: A Bridge too
Far?,s. 1-2 (working paper in progress)
http://www.udg.edu/Portals/89/Filosofia%20Dret/textos%20seminaris/MMC__A%20BRIDGE%20TOO%20FAR.pdf. Son erişimi tarihi
<20/09/2013>

Mäsch, G. : Chance und Schaden, Tübingen 2004.

: Kaybedilmiş Şans mı Yoksa Sebebin
Olmaması mı? İliyet Bağının Tam Olarak
Kurulamadığı Durumlarda Yanlış Tedaviden

Sorumluluk, Kafkas Üniversitesi-TİKA Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu 2005, Bakü 2005, s.1-16 (kaybedilmiş şans).

McCauliff, C.M.A.

: Burdens of Proof: Degrees of Belief, Quanta of Evidence, or Constitutional Guarantees, Vand. L. Rev. 1982, s.1293-1335.

McGregor, H.

: Loss of Chance: Where has it come from and where is it going?, P.N. 2008, s.2-12 (loss of chance).

: McGregor on Damages, London 2003 (damages).

Müller, C.

: Schadenersatz für verlorene Chancen-Ei des Kolombus oder Trojanisches Pferd?, AJP/PJA 2002, s. 389-406 (Kolombus oder Trojanisches Pferd).

: Hat die perte d'une Chance in der Schweiz noch eine Chance? BGE 133 III 462, ZBJV 2007, s.862-874 (perte d'une Chance).

- Müller-Gröge, R.** : Münchener Kommentar zum §611 BGB
Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag
6. Auflage 2012.
- Müller-Stoy, W.** : Schadenersatz für verlorene Chancen, Freiburg
1973.
- Oetker, H.** : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch Band 2 Schuldrecht Allgemeiner
Teil, §§241-232 BGB, München 2012.
- Oğuz, A.** : Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003.
- Oliphant, K.** : Loss of Chance in English Law, ERPL 2008, s.
1061-1071 (loss of chance).
- _____ : Alternative Causation: A Comparative
Analysis of Austrian and English Law içinde
Festschrift für Helmut Koziol zum 70.
Geburtstag 2010, s.795-812 (alternative
causation).
- Öktem, Ü.** :*David Hume ve Immanuel Kant'ın Kesin Bilgi*
Anlayışı, AÜDTCFD 2004, s.29-55.

- Özay, M.** : Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalede Hekimin Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2006.
- Özden Merhacı, S.** :Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat, Ankara 2013.
- _____ : Karşılaştırmalı Hukukta Salt Malvarlığı Zararları, BATİDER Eylül 2010, s.89-125.
- Öztürkler, C.** : Hukuk Uygulamasında Tıbbî Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbî Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2006.
- Prütting, H.** : §287 ZPO, Münchener Kommentar zur ZPO 4. Auflage, München 2013.
- Reece, H.** : Loss of Chances in the Law, Mod. L. Rev. 1996, s.188-206.
- Rogers, W.H.** : Damages under English Law, s.53-76 içinde **Magnus, U.** (ed.): Unification of Tort Law: Damages, Hague 2001.

- Rouiller, N.** : La Responsabilité des professionnels du droit/I.III içinde **Thévenaz, A.** (ed.): Les professions juridiques, Bern 2012, s.29-51.
- Ruelle, D (çev. Yurtören, D.).** : Rastlantı ve Kaos, Ankara 1994.
- Saenger, I.** : §287 ZPO Schadensermittlung, Höhe der Forderung, Zivilprozessordnung 5. Auflage 2013.
- Saroyan, Z.T.** : The Current Injustice of the Loss of Chance Doctrine: An Argument for a New Approach to Damages, 33 Cumb. L. Rev. 2002-2004, s.15-28.
- Schiemann, G.** : Kausalitätsprobleme bei der Arzthaftung, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, München 2007, s. 1161-1230. (Kausalitätsprobleme)
- _____ : Problems of Causation in the Liability for Medical Malpractice in German Law içinde **Tichý, L.** (ed.): Causation in Law, Prag 2007, s.187-205(Problems of Causation).

- Schmauder, D.** : An Analysis of New Jersey's Increased Risk Doctrine, Rutgers L.J 1993-1994, s.893-931.
- Schubert, C.** : §252 BGB, Beck'scher Online Kommentar 2011.
- Schumann, E.** :Zivilrechtliche Arzthaftung und Arzthaftungsprozess içinde **Özlü, T. (ed.):** Hasta Hakları IV. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Trabzon 2007, s.151-164.
- Spier, J./Haazen, O.A.** : Comparative Conclusions on Causation, içinde **Spier, J. (ed.),** Unification of Tort Law: Causation, The Hague 2000.
- Stapleton, J.** : Cause in Fact and the Scope of Liability for Consequences, LQR 2003, s.388-425.
- Stark, E.W.** : "Perte d'une Chance" im schweizerischen Recht içinde Guillod, O. (ed.): Developpements recents du droit de la responsabilite civile Kolloquium Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht Zürich 1991, s.101-109.

Stauch, M. : The Law of Medical Negligence in England and Germany, Oxford 2008.

Stoll, H. : Schadenersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender Sicht, Eric Steffen Festschrift, Berlin 1995.

Şenocak, Z. : Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1991 (hekimin sorumluluğu).

_____ : Avukatın Akdi Sorumluluğu, Ankara Barosu Dergisi 1998, s.5-33 (avukatın sorumluluğu).

Tunc, A. : A Codified Law of Tort-The French Experience, 39 La. L. Rev. 1978-1979, s.1051-1077.

Uygur, T. : Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk Hukuku ve Tazminat Hukuku ikinci Cilt, Ankara 2010.

Van Dam, C. : European Tort Law, Oxford 2006.

Van Gerven. : Cases, Materials and Text on National, Supranational, and International Tort Law, Scope of Protection, Oxford 1998.

**Van Gerven, W./Larouche, P.
/Lever, J.** : Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law, Oxford 2000.

Von Bar, C. : Common European Law of Torts Volume II, New York 2005.

Walter, H.P. : Zur Rechtsnatur des Ermessenbegriffs in Art 42 Abs. 2 OR içinde **Fuhrer, S.** (ed.), Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht - Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Bern 2010, s.677-687 (Ermessenbegriffs).

: Art.8/III. Beweis/E. Beweismass, içinde **Hausheer, H./Walter, H.P.:** Berner Kommentar, Bd. I/1, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012 (Art. 8 ZGB)

Windeatt, P. : Risk, Loss, Negligence and Cause, Auckland U.L.Rev. 1992-1995, s.273-289.

- Weir, T.** : Loss of a Chance-Compensable in Tort? The Common Law, içinde **Guillod, O.**: Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, Zürich 1991, s.111-129.
- Wright, R.W.** : Causation in Tort Law, 73 Cal. L. Rev. 1985, s.1735 -1828 (Causation).
- Yavuz İpekyüz, F.** : Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006.
- Zilich, G.** : Cutting through the Confusion of Loss of Chance under Ohio Law: A new Cause of Action or a New Standard of Causation, Clev. St. L. Rev. 2003, s.673-701.
- Zimmermann, R.** : Conditio sine qua non in General-Comparative Report, s.99-101 içinde **Winiger, B./Koziol, H./Koch, B.A./Zimmermann, R.** (eds.), Digest of Eueopan Tort Law I: Essential Cases on Natural Causation, Wien-New York 2007 (*conditio sine qua non*).

Zimmermann, R., /Kleinschmidt, J. : Germany, Loss of Chance içinde **Winiger, B./Koziol, H./Zimmermann, R.** (eds.) Digest of European Tort Law Volume 1 Essential Cases on Natural Causation, Viyana 2007, s.548-550.

Zweigert, K./Kötz, H. : Introduction to Comparative Law, Oxford 1998.

GİRİŞ

Çalışmanın konusunu “Karşılaştırmalı Hukukta İyileşme Şansı Kaybının Tazmini” oluşturmaktadır. İyileşme şansı kaybı, “şans kaybı doktrininin” tıbbî sorumlulukta uygulanmasıdır.

Karşılaştırmalı hukuk metotlarından biri olan “işlevsel denklik” ilkesi, çıkış noktası olarak, bir hukuk kurumunun ya da kuralının değil, somut bir olay veya problemin seçilmesini gerektirmektedir. Bu nedenle, bu çalışmada da iyileşme şansı kaybı klâsikleşmiş olarak değerlendirilen bir örnekten yola çıkılarak açıklanmaya çalışılacaktır. Söz konusu örnek, hekimin, kendisine başvuran hastanın, hastalığını doğru bir şekilde teşhis edememesi, dolayısıyla hastanın zamanında uygun tedavi alamaması varsayımına dayanmaktadır. Bu durum, özellikle, yanlış teşhis edilen hastalığın, kanser gibi ciddî veya ölümcül bir hastalık olması durumunda daha da çarpıcı hale gelmektedir. Nitekim ölümcül hastalıklarda, hekime başvurulduğunda dahi hastanın yaşama şansı nispeten düşüktür. Yani hasta, uygun ve zamanında tedavi alsa dahi, büyük bir olasılıkla iyileşemeyecektir. Ancak, hekimin ihmâli, zaten düşük olan iyileşme şansının iyice azalmasına veya ortadan kalkmasına neden olmaktadır. İyileşme şansı kaybı doktrini, böylesi bir durumda, kaybedilen şansı, zarar olarak kabul etmekte ve doğru teşhisin konulamadığı anda mevcut olan ve bu sebeple kaybedilen şansa tekabül eden oranda tazminata hükmedilmesini öngörmektedir.

Söz konusu iyileşme şansı kaybının zarar olarak kabul edilip edilmediğine veya tazminata hükmedilip hükmedilmediğine bakılmaksızın, hukuk düzenlerinin bu veya benzeri olaylarla sıklıkla karşılaştıran tır. Bu kadar sıklıkla karşılaşılmamasına rağmen, bu sorun kolaylıkla çözülebilir bir sorun değildir; nitekim hukuk düzenlerinin hiç birinde de sorunun tam ve kesin olarak çözülebildiği söylenemez.

Çalışmanın birinci bölümünde; genel olarak şans kaybı doktrini ve şans kaybı doktrinin Fransız hukukundaki yeri anlatılacaktır. Ayrıca, bu bölümde, Fransız hukukuna ağırlık verilerek, diğer hukuk düzenlerinin şans kaybı doktrinine yaklaşımı ve iyileşme şansı kaybının şans kaybı doktrinindeki yeri ele alınacaktır. Bu kapsamda tıbbî sorumluluğa ilişkin temel bilgiler aktarıldıktan sonra iyileşme şansı kaybının diğer şans kayıplarından farklılığı ele alınacaktır.

Çalışmanın ikinci ve üçüncü bölümlerinde, iyileşme şansı kaybının tazmin edilip edilemeyeceği, nedensellik bağı ve nedensellik bağının ispatı çerçevesinde incelenecektir. Tüm hukuk düzenlerinde, iyileşme şansı kaybındaki temel sorun, sorumluluğun şartı olarak kabul edilen tabii nedenselliğin tesis edilip edilememesi olarak görülmektedir. Yani hekimin ihmâlinin, zararın zorunlu şartı olup olmamasıdır. Bu çerçevede tabii nedensellik bağının tesisinde *conditio sine qua non* (Anglo-Amerikan hukukundaki ifadeyle *but for*) testinin uygulanmasının her zaman tatmin edici sonuç doğurup doğurmadığı, bu testin istisnalarının bulunup bulunmadığı önem kazanmaktadır. Nedensellik bağının tesisinin ispatı, özellikle aranan ispat ölçüleri, nedensellik bağı testleri ile iç içedir. İspat yükünün ters çevrilmesi ve ispat ölçülerinin düşürülmesi de sorunun çözümü açısından tartışılan

hususlar arasında yer almaktadır. Tüm bu tartışmalara çalışmanın ikinci ve üçüncü bölümlerinde yer verilecektir.

Son bölümde ise iyileşme şansı kaybının zarar olarak kabul edildiği hukuk düzenleri olan Fransız ve Amerikan hukukları ele alınarak, bu yaklaşıma nasıl ulaşıldığı açıklanmaya çalışılacaktır.

Sonuç bölümünde genel bir değerlendirme yapılmak suretiyle, çalışma tamamlanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İYİLEŞME ŞANSI KAYBI VE ŞANS KAYBININ TAZMİNİ SORUNUNA

GENEL BAKIŞ

I. Genel Olarak Şans Kaybı Kavramı ve Şans Kaybının Tazmini Sorunu

A. Sorumluluk Hukukunda Genel Olarak Şans Kaybı

Fransız hukukunda *perte d'une chance*, Alman-İsviçre-Avusturya hukuklarında *verlorene Chance* veya *Verlust der Chance*¹ ya da “*Entgangene Chancen*”², Anglo-Amerikan hukuk çevresinde “*loss of chance*” olarak yer alan ve çalışmanın çıkış noktasını oluşturan, Türkçeye de “şans kaybı” olarak tercüme edilen³ doktrinin net bir biçimde tanımlanamadığı görülmektedir. Konunun spesifik olarak ele alındığı çalışmalarda, şans kaybının tanımı yerine “şans kaybının

¹ **Müller-Stoy, W.:** Schadenersatz für verlorene Chancen, Freiburg 1973, s.2; **Koziol, H.:** Schadenersatz für verlorene Chancen?, ZBJV 2001, s.889 (verlorene Chancen); **Müller, C.:** Schadenersatz für verlorene Chancen- Ei des Kolombus oder Trojanisches Pferd?, AJP/PJA 2002, s.389 (Kolombus oder Trojanisches Pferd); **Großerichter, H.:** Hypothetischer Geschehensverlauf und Schadensfeststellung, München 2001, s.3; **Kasche, M.:** Verlust von Heilungschancen eine rechtsvergleichende Untersuchung, Frankfurt am Main 1999, s.3. Bununla birlikte Abik, Amerikan ve Fransız hukukunda olduğu gibi, Alman hukukunda belirgin bir terimin bulunmadığını belirtmiştir. **Abik, Y.:** Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı: İyileşme Şansının Kaybı, AÜHFD 2005, s.242, dn.2.

² **Kadner Graziano, T.:** Ersatz für “Entgangene Chancen” im europäischen und im schweizerischen Recht Überlegungen anlässlich des Entscheids des Bundesgerichts vom 13.6.2007 und ein Lösungsvorschlag, HAVE 2008, s.61 (Entgangene Chancen).

³ **Abik, s.242.** Bunun yanı sıra **Büyüksağış, Maddî Zarar** eserinde şans kaybını, “fırsattan yoksun kalma” olarak ifade etmiştir (bkz.: **Büyüksağış, E.:** Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddî Zarar, İstanbul 2007, s. 338 (Maddî Zarar)). Yazar, sadece iyileşme şansı kaybını ele aldığı diğer bir eserinde ise, iyileşme şansı kaybını, “yaşama şansının yitirilmesi” olarak tercüme etmiştir (bkz.: **Büyüksağış, E.:** Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıpla Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı-Uygun İlliyet Bağı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım, AÜHFD 2005, s.119 (yaşama şansı)).

tazmini”nin uygulandığı olay grupları veya örnek olaylar belirtilmektedir⁴. Konuyu ayrıntılı bir şekilde ele alanlardan biri olan *Koziol*, teorik tartışmalara geçmeden önce her zaman örnek olarak verilen olay gruplarının açıklanması gerekliliğini ifade etmekle yetinmiştir⁵. Bu çalışmada da aynı yöntem benimsenerek şans kaybı kavramı klâsikleşmiş üç örnek olay üzerinden açıklanacaktır.

Örneklerden ilki, avukatın temyiz süresini kaçırmaya ilişkindir. Temyiz süreci başlatılmış olsaydı, davanın davacı lehine sonuçlanıp sonuçlanmayacağı kesin bir şekilde belirlenebilir değildir⁶.

İkinci örnek, nakliyecinin firmanın atı yarışa zamanında yetiştirememesi nedeniyle atın yarışa katılamamasına yöneliktir. At yarışa katılamadığı için, yarışa katılmış olsaydı, yarışı kazanıp kazanmayacağı kesin bir şekilde belirlenebilir değildir⁷.

Son örnek ise, hekimin sorumluluğu çerçevesinde iyileşme/yaşama şansına ilişkindir. Hekimin, kendisine başvuran hastanın hastalığını doğru teşhis edememesi

⁴ **Koziol**, verlorene Chancen, s.891; **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.389; **Kadner Graziano**, Entgangene Chancen s.61; **Kadner Graziano, T.:** The Loss of a Chance in European Private Law “All or Nothing or Partial Compensation in cases of Uncertainty Causation, Causation in Law (edited by Tichy, L), Beroun 2007, s.127 (All or Nothing); **Kadner Graziano, T.:** The Loss of a Chance in European Private Law “All or Nothing or Partial Compensation in cases of Uncertainty Causation, ERPL 2008, s.1009 (loss of a chance).

⁵ **Koziol**, verlorene Chancen, s.891.

⁶ **Koch, B.A.:** Comparative Report içinde Winiger, B./Koziol, H./Koch, B.A./Zimmermann, R. (ed.), Digest of European Tort Law, Volume 2: Essential Cases on Damage, Berlin 2011, s. 1121 (Comparative Report); **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.389; **Kadner Graziano**, Entgangene Chancen, s.61; **Martin-Casals, M.:** Some Introductory and Comparative Remarks to the Decision of the Swiss Federal Court BGE/ATF 133 III 462 and to the “Loss of Chance” Doctrine, ERPL 2008, s.1044; **Khoury, L.:** Uncertain Causation in Medical Liability, Oxford 2006, s.94.

⁷ **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.389; **Großerichter**, s.114; **Kadner Graziano**, entgangene Chancen, s.61; **Martin-Casals**, s.1044; **Khoury**, uncertain causation, s.94.

ve sonuç olarak hastanın hayatını kaybetmesi durumunda, hastalık doğru teşhis edilseydi ve tedavi uygulansaydı, hastanın iyileşip iyileşemeyeceği kesin bir şekilde belirlenebilir değildir⁸.

Aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenecek olan, örnek kabilinden belirtilen bu sorunlarla tüm hukuk düzenlerinde karşılaşıldığı ve sorumluluk hukukunun çeşitli kurumları çerçevesinde çözüme kavuşturulduğu şüphesizdir⁹. Bu çözüm yollarından biri ise araştırmanın konusu oluşturan “şans kaybının tazmini” doktrindir.

Görüldüğü üzere, davalının kusurlu davranışı *olmasaydı* ne olacaktı sorusuna belirli bir kesinlikle cevap verilememesi bu örneklerin hepsindeki ortak husustur. Bununla birlikte avukatın sorumluluğunda dava artık açılmayacağı, at yarışı örneğinde ise at yarışa katılamadığı için, davanın ve yarışın kazanılma ihtimallerinin, hekimin sorumluluğu örneğinde ise ölüm ve sakatlık vuku bulduğu için iyileşme ihtimalinin tamamen ortadan kalktığı kesinlik arz etmektedir¹⁰. Oysa davalının davranışı olmasaydı -belirli bir kesinlikle ifade edilemese dahi- davanın ve yarışın kazanılma, ölümün veya kalıcı sakatlığın ise önlenme *ihimali* bulunmaktadır. Tazmin edilip edilmeyeceği sorunundan bağımsız olarak bu ihtimallerin kaybı, şans kaybı olarak nitelendirilmektedir¹¹. *Jansen*, bu bağlamda “şansı” belirli menfaati elde

⁸ **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.389; **Kadner Graziano**, Entgangene Chancen, s.61; **Martin-Casals**, s.1045.

⁹ **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.390. **Müller**, İsviçre hukuku açısından bu kurumları alternatif nedensellik, ispat kolaylıkları, tabii nedensellikte ispat yükünün çevrilmesi, kusur kavramının objektifleştirilmesi, tazminattan indirim nedenleri ve çeşitli kanuni ve adi karineler olarak belirtmiştir. **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.390. Alman hukukunda ise sorun farklı yapılarıdaki maddî hukuk ve ispat hukuku araçlarıyla ele alınmaktadır. **Großerichter**, s.8.

¹⁰ **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.391-392; **Kasche**, s.3; **Martin-Casals**, s.1048.

¹¹ **Kasche**, s.3; **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.391-392.

etme ihtimali veya olası zararı önleme ihtimali olarak belirtmiştir¹². Sonuç olarak şans kaybında; zarar verenin davranışı nedeniyle, zarar görenin belirli bir menfaati elde etme ihtimali veya zararı önleme ihtimali elinden alınmakta¹³, dolayısıyla nihaî kazancın veya nihaî zararın¹⁴ gerçekleşip gerçekleşmeyeceği farazî kalmaktadır¹⁵.

Şans kaybı kavramı; ancak şans kavramını tarihsel ve felsefî bakış açısıyla açıklayan görüşlerle daha iyi anlaşılabileninden¹⁶ şans kaybının hukukî incelemesine geçilmeden önce bu görüşlere yer verilecektir.

B. Genel Olarak Şans Kavramı ile Hukuk

1. Şans Kavramına Yönelik Genel Görüşler¹⁷

Şans tarih boyunca açıklanmaya çalışılmış bir kavramdır.¹⁸ Bu açıklama çabalarının sonucunda, bazıları birbiriyle uyum içerisinde bazıları ise birbirinden

¹² **Jansen, N.:** The Idea of Lost Chance, Oxford Journal of Legal Studies 1999, s.279.

¹³ **Koch,** Comparative Report, s.1121-1122; **Stark, E.W.:** Perte D'une Chance" im schweizerischen Recht içinde Guillod, O. (ed.): Developpements recents du droit de la responsabilite civile Kolloquium Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht Zürich 1991, s.106; **Kasche,** s.3; **Cardona Ferreira, R.:** The Loss of Chance in Civil Law Countries: A Comparative and Critical Analysis, MJ 2013, s.58. **Müller ve Martin-Casals** , kaybı daha iyi bir sonuç elde etme şansı olarak nitelendirmektedir. **Müller,** Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.392; **Martin-Casals,** s.1048.

¹⁴ **Jansen,** şansın varsayımsal bir beklentiyi zorunlu olarak gerektirdiğini, ve bu varsayımın nihaî kazanç veya nihaî zarar olarak gerçekleşebileceğini ifade etmektedir. Başka bir anlatımla, varsayımın gerçekleşmesi durumunu nihaî kazanç veya nihaî zarar olarak nitelendirmektedir. **Jansen,** s.279. Nihaî zarar nitelemesi **Martin-Casals** tarafından da kullanılmıştır. **Martin-Casals,** s.1048.

¹⁵ **Martin-Casals,** s.1044; **Khoury,** uncertain causation, s.94.

¹⁶ **Müller,** Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.390.

¹⁷ **Hájek/Hoefer,** çalışmalarında şans kavramı tüm yönleriyle genel olarak ele almış olduklarından, bu başlık altında söz konusu çalışmadaki sistematikten yararlanılmıştır. **Hájek, A./Hoefer, C.:** Chance, içinde yayımlanacak Borchert, D. (ed) Encyclopedia of Philosophy 2006 Detroit, s.1, <http://philrsts.anu.edu.au/people-defaults/alanh/papers/chance.pdf>. Son erişim tarihi 07/07/2013.

¹⁸ **Manis, J.G./Meltzer, B.N.:** Chance in Human Affairs, Sociological Theory 1994, s.46; **Erdoğan, İ.:** Aristoteles ve Farabi'nin Felsefesinde Rastlantının Yeri, Felsefe Dünyası Dergisi 2005, s. 65.

tamamen farklı görüşler ortaya çıkmıştır¹⁹. Nitekim bir taraftan “nedenselliğin yokluğu”, diğer taraftan “doğa kanunlarıyla düzenlenmeyen olayların nedeni” olarak tanımlanmaktadır.

Şansı epistemik (bilgiye özgü) bakış açısıyla açıklayanlar, şansla ilişkilendirilen bir olayın nedeninin ortaya konulamamasını insanoğlunun bilgi yetersizliğine bağlamaktadır. Oysa ontolojik (varlık bilimsel) bakış açısıyla açıklayanlar, şansın bağımsız bir varlığı olduğunu ileri sürmektedir²⁰.

Şansın, bir taraftan bireysel öngörülemezliğe ve kaosa yol açtığı, diğer taraftan uzun dönemli istatistikler yaratarak toplu öngörülebilirlik sağladığı ifade edilmektedir. Bu açıdan günümüzde şans kavramı ile istatistik arasında ayrılmaz bir bağ bulunduğu ifade edilmektedir. Görüldüğü gibi şansın varlığı bakış açısına göre değişmektedir. Aydınlanma döneminde şanstı söz etmek, tamamen bilim dışı, felsefe dışı olarak kabul edilirken, günümüzde şans kavramı kuantum mekaniğinin²¹ temel kavramı olarak görülmekte ve bilim dünyasında kendine bir yer

¹⁹ Hájek/Hoefer, s.1.

²⁰ Hájek/Hoefer, s.1; Manis/Meltzer, s.46; Erdoğan, s.66.

²¹ Newton’un mekanik determinizminin atomlar ve atom altı parçacıklar gibi evrendeki küçük sistemler konusunda yetersiz kaldığı ortaya çıkmıştır. Olasılıkları vurgulayan kuantum mekaniği, bu sistemleri açıklamak üzere *Einstein, Bohr, Max-Planck, Heisenberg, Schrödinger* gibi bilim adamlarının katkılarıyla ortaya konulmuştur. **Ruelle, D (çev. Yurtören, D.):** Rastlantı ve Kaos, Ankara 1994, s. 90; **Kutlusoy, Z.:** Karşılaştırmalı Olasılık, Niteliksel/Boyutsal/Sezgisel Bir Olasılık Kuramı, Felsefe Dünyası 2002, s.26. *Heisenberg*’in belirsizlik ilkesinin temelinde yörünge değiştiren bir elektronun gelecekteki konumunun ve hızının aynı anda saptanamaması yatmaktadır. Biri, saptanırken, diğeri belirsiz kalmaktadır. Nitekim elektronun konumunun saptanması için ışık gönderilmekte, ancak bu ölçüm, ışığın elektrona çarpması sonucunda elektronun yerini değiştirmektedir. Ancak çok sayıda parçacığın belirli bir oranının, belirli bir süredeki olası davranışı olasılık kuramının yardımıyla belirlenebilmektedir. Bu nedenle günümüzde nedensellik yasaları, olasılık yasaları olarak görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kutlusoy, s.26-27.**

bulabilmektedir²².

2. Şans Kavramının Tarihsel Gelişimine Bir Bakış

Tarihsel gelişimi incelendiğinde, şans kavramının ilk olarak, 17. yüzyılın ortalarında *Pascal* ve *Fermat* tarafından matematiksel araştırmalara konu edildiği görülmektedir²³. Ancak temel bir konu olarak ele alınmasa da, şansa ilişkin görüşlerin antik çağlara kadar uzanmakta olduğu söylenebilir. Epikürcüler ve sonraları *Lukretus*, atomların, nedeni olmayan-deterministik olmayan sürüklenmelere maruz kaldığını öne sürmüştür²⁴. Bu görüş salt şans olaylarının, başka bir ifadeyle şansın, diğer değişkenlerden bağımsız olduğuna ilişkin görüşlerin öncüsü olarak kabul edilmektedir.

Aristoteles, zorunluluğu savunmakla birlikte, pazarda tesadüf eseri (şans eseri) iki arkadaşın karşılaşması örneğiyle, tesadüf olarak adlandırılan şans, “zorunluluk haline gelmiş iki ayrı nedensellik zincirinin bağımsız kesişimi” olarak değerlendirmiştir²⁵. Ünlü düşünürün bu görüşü sonraları *Aquinas*, *Cournot* ve *Mill* tarafından da paylaşılmıştır. *Augustine* ise, Tanrının her şeyi kontrol ettiğini ve bu

²² **Hájek/Hoefer**, s.1.

²³ **Hájek/Hoefer**, s.2; Olasılık kuramının temeli şans oyunlarına dayanmaktadır. Nitekim *Chevalier de Méré* biri zar oyunlarına diğeri ise bölüştürmeye ilişkin olan iki sorusunu *Pascal*’a yöneltmiştir. *Pascal* verdiği sonuçlardan emin olamayınca *Fermat*’la yazışmaya başlamış ve bu yazışmalardan olasılık kuramı doğmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Korkmaz, A.**: Olasılık Kuramının Doğuşu, AÜSBFD 2005, s.175.

²⁴ **Hájek/Hoefer**, s.2; **Manis/Meltzer**, s.46. Dolayısıyla “Epikürcülere göre alemde bulunan her şey rastlantı sonucu oluşmuştur.” **Erdoğan**, s.67 (naklen).

²⁵ **Hájek/Hoefer**, s.2; **Manis/Meltzer**, s.46; **Erdoğan**, s.71. Erdoğan, Aristoteles’in rastlantı konusundaki görüşlerini açıklarken; pazar yerinde karşılaşan iki arkadaş örneği yerine metruk bir yerde bırakılan sandalye örneğinden yararlanmıştır. Rastlantı kavramını birkaç şekilde açıklayan Aristoteles’e göre zorunluluk zâti bir olgu olup, rastlantı ise ya diğer sebeplerin yoksunluğu ya da sebeplilik kuralını ihlâl eden arızî bir durumdur. **Erdoğan**, s.71. Aristoteles’in rastlantı konusundaki görüşlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Erdoğan**, s.68-76.

nedenle de hiçbir şeyin şans eseri olamayacağını belirtmiştir. Orta çağın ortalarına gelindiğinde *İbni Rüşd*, “eş potansiyel” kavramını bilim dünyasına tanıtmıştır. Her ne kadar tartışmalı da olsa, bu düşünceden, önceleri *Leibniz*’in, daha sonraları ise, olasılık teorisini matematikte ilk kullanan kişi olan *Laplace*’ın etkilendiği ileri sürülmektedir²⁶.

Oldukça uzun süre geçerliliği kabul edilen geleneksel olasılık kuramı, *Laplace*’ın eş olasılık kavramına dayanmaktadır. Bu anlayışa göre, bir olayın sonucunu belirlemek için yapılan hesaplamalar ve kurulan denklemler bizi kesin bir sonuca değil, sadece olma olasılığı en yüksek olan seçeneğe götürmektedir²⁷.

Olasılık kuramının gelişim dönemi Rönesans ve aydınlanma zamanına denk düşmekte ve bu dönemin etkilerini yansıtmaktadır²⁸. Bu bağlamda temel faktörlerden biri determinizm anlayışıdır. Her ne kadar determinizm anlayışı Skolastik dönemde de hakim olsa da, Korkmaz’ın ifadesiyle “*determinizm anlayışı biçim değiştirerek gökten yere inmiştir*”²⁹. Yani tanrısal bir zorunluluk anlayışının yerine, doğal olayların sonucu olan bir zorunluluk anlayışı yerleşmiştir. Determinizm anlayışı hakimiyetini sürdürdüğü için, şans epistemik bakış açısıyla açıklayan görüş bu dönemde de hüküm sürmeye devam ederek, şansın doğa kanunlarına

²⁶ **Hájek/Hoefer**, s.2. Düşünürlerin *İbni Rüşd*’den etkilenip etkilenmedikleri tartışmaları bir kenara bırakılacak olursa; *Leibniz* eş olasılık kavramına dayanmış olsa da, olasılık kuramında temel kavram haline gelmesi *Laplace* ile mümkün olmuştur. **Korkmaz**, s.185 (naklen).

²⁷ **Hájek/Hoefer**, s.2; **Korkmaz**, s.185 (naklen).

²⁸ Rönesans döneminin olasılık kuramının gelişimine etkileri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Korkmaz**, ss.187-190.

²⁹ **Korkmaz**, s.188.

uyarlanabileceğini kabul etmiştir³⁰.

Yine bu dönemde, *De Moivre*, şans diye bir şeyin olmadığı, şansın sadece bir kelimeden ibaret olduğunu ileri sürerken, *Hume*, kendi döneminin yaklaşımını yansıtarak şansın “nedenin altında kaldığını” ve “sırdan” başka bir şey olmadığını belirtmiştir³¹.

Newton mekaniğinin başarısı determinizme inanılmaz bir güven duyulması sonucunu doğurmuş ve bu anlayış *Laplace*’ın “*Laplace şeytanı*” ile somutlaştırılmıştır. *Laplace*’ın anlayışına göre hiçbir şey belirsiz olamaz, zira geçmişteki ve gelecekteki her şey *Laplace* şeytanının gözleri önündedir³². *Laplace* görüşünü aşağıdaki şekilde ifade etmektedir:

*"Doğada herhangi bir an etkin olan tüm güçleri ve evrende var olan tüm nesnelerin anlık konumlarını bilen bir zeka, evrendeki en büyük cisimlerden en hafif atomlara kadar tüm nesnelerin hareketini tek bir formül kapsamında toplayabilir, yeter ki bu zekâ eldeki verilerin hepsini birden çözümleyebilecek kadar güçlü olsun. Böyle bir zekâ için kesin olmayan hiçbir şey olmaz; geçmiş gibi gelecek de onun gözleri önünde olacaktır"*³³.

³⁰ **Manis/Meltzer**, s.46.

³¹ **Hájek/Hoefer**, s.2. Nitekim *Hume*’a göre dünyada tesadüf diye bir şey yoktur. Herhangi bir olayın nedeni bilinmiyorsa, bu bilgisizlik olayın tesadüf olduğu yönünde bir inanç ve idraka yol açmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Öktem, Ü.**: *David Hume ve Immanuel Kant’ın Kesin Bilgi Anlayışı*, AÜDTCFD 2004, s.31.

³² **Hájek/Hoefer**, s.2-3; **Hızır, N.**: Olasılık Kavramının Bilgi için Önemi, AÜDTCFD 1944, s.753.

³³ **Laplace, P.S.**: *Philosophical Essay on Probabilities*, New York, 1902, s. 4.

Determinizmin tesadüf anlamındaki şansı yok sayan anlayışını takip eden dönemde, matematik, felsefe ve fizikte yaşanan gelişmeler sonucunda şans tekrar bilimin gündemine gelmiştir. 19. yüzyılda sosyal istatistiğin filizlenmesiyle, bireysel anlamda öngörülmez olmakla birlikte doğum, ölüm, suç oranları gibi çeşitli sosyal olguların geniş ölçekli istatistiksel düzenlemelere uygulanabileceği gerçeği ortaya çıkmıştır. Bu gelişmelerle sosyal bilimler ve ardından fizik bilimleri kendi kavramlarında istatistikî kanunları benimsemişlerdir³⁴. Bu gelişim, 20. yüzyılın başlarında kuantum mekaniğinin gelişmesiyle zirveye ulaşmış ve kuantum mekaniğiyle şansın yok sayılamaz ve vazgeçilmez olduğu ortaya çıkmıştır³⁵.

Eş zamanlı olarak felsefe bilimi tekrar şans kavramıyla ilgilenmeye başlamıştır. *Peirce*, salt şans olaylarını deneysel bir kanıtmış gibi savunurken³⁶, *James*, şans postullarını determinizm ve özgür irade arasında görünen aşıkâr uyumsuzluğu çözme yolu olarak kabul etmektedir. *Mill*, *Schlick* ve *Broad* gibi filozoflar ise şansın değişkenliğinin gerçek irade için alan bırakmayacağı düşüncesindedir. Bu bakış açısına rağmen, her halükârda şans tekrar saygınlığını kazanmıştır. 1950’lerde ise, *Reichenbach*’ın olası nedensellik çalışmasıyla, şans bilim felsefesinin ilgi merkezi haline gelmiştir³⁷.

³⁴ **Hájek/Hoefer**, s.3.

³⁵ **Hájek/Hoefer**, s.3.

³⁶ **Hájek/Hoefer**, s.2; **Manis/Meltzer**, s.47. 1839-1914 yılları arasında yaşayan *Peirce*; Aristoteles’in rastlantı anlamında kullandığı “*tyche*” kelimesinden esinlenerek “tüikizm” kavramıyla birlikte “rastlantıcılık” görüşünü bilim dünyasına kazandırmıştır. Mekanik determinizme karşı çıkan bu görüş uyarınca, rastlantı evrendeki en etkin temel faktör ve nesnel bir gerçekliktir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Erdoğan**, s.68 (naklen); **Manis/Meltzer**, s.47 (naklen).

³⁷ **Hájek/Hoefer**, s.2.

Günümüzde ise, şansın ontolojik varlığını, dolayısıyla “belirsizliğin” objektif gerçekliğini savununlar, modern atom altı fizikçilerinden de destek görmektedir. *Heisenberg* tarafından ortaya konulan ve sonraları diğer bilim adamlarınca geliştirilen belirsizlik ilkesi, pek çok fizikçiye ve fizik dışında diğer alanlarda çalışan bilim adamını -insan davranışının doğası gereği belirlenemez olması nedeniyle- şansın insan davranışının temel faktörü olduğu konusunda ikna etmiştir. Bununla birlikte bu gelişmenin şansı, epistemik bakış açısıyla açıklayan görüşü (yani şansla ilişkilendirilen bir olayın nedeninin ortaya konulamamasını insanoğlunun bilgi yetersizliğine bağlayan görüş) ortadan kaldırmadığının da belirtilmesi gerekmektedir³⁸.

3. Şans Kavramı ve Hukuk Bilimi

Şans kaybının tazmini daha önce belirtildiği üzere, belirli bir menfaati elde etme veya olası bir zararı önleme ihtimalini konu edinmektedir. Bu bağlamda doğrudan olasılık kuramıyla ilişki içerisindedir ve kavramda kullanılan “şans” ifadesi ilk bakışta tesadüften ziyade istatistiksel olasılığı ifade eden kullanımla örtüşmektedir³⁹.

Bununla birlikte, şansın tarihi gelişiminden de anlaşılaacağı üzere şans kavramı ve determinizm kavramı iç içedir. Daha doğru bir ifadeyle determinizm

³⁸ **Manis/Meltzer**, s.47.

³⁹ Şans kavramı hem istatistiksel olasılık, hem rastlantı-tesadüf anlamlarında kullanılmaktadır. **Manis/Meltzer**, s.45. Nitekim şans kaybı olarak nitelendirilen olaylarda bir belirsizlik söz konusudur ve söz konusu belirsizlik ancak olasılıkla açıklanabilir ve dolayısıyla şans ve risk terimleri ile kavranabilir. **Jansen**, s.279.

anlayışı, şans kavramını açıklayan görüşleri doğrudan etkilemektedir⁴⁰. Hukuk bilimiyle ilişkisine gelince; öncelikle determinizm anlayışının sorumluluk hukukunda doğrudan bir etkisi olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Bu etkiyi 19. yüzyılın hukuk biliminde ve büyük kodifikasyonlarda görmek mümkündür. Özellikle nedensellik teorileri determinizm anlayışını yansıtmaktadır⁴¹.

Mutlak determinizmin eleştirilere uğraması ve tesadüf kavramının objektif bir kavram olarak tanımlanmasına ilişkin çalışmaların *Müller*'in ifadesiyle “alışılmış bir gecikmeyle” hukuk biliminde yansımaları olmuştur. Bu bağlamda hukukta da determinist bakış açısından uzaklaşmış ve tesadüf kavramını ifade etmek için yeni kriterler aranmaya başlanmıştır. Tesadüfî olayları matematik kurallarıyla ele alan olasılık hesaplarıyla gerçeğe yakın bir tesadüf kavramı yaratılmaya çalışılmıştır. Bu çalışmalar sorumluluk hukukunda uygun nedenselliğin kabul edilmesine yol açmıştır⁴².

Müller, hukuk ve şans ilişkisini tüm yönleriyle ortaya koymuştur. Hukuk ve şans doğaları gereği birbiriyle bağdaşmamaktadır. Nitekim kesinlik ve öngörülebilirlik hukukun temel ilkeleri arasında yer alırken, tesadüf belirsizliğin kaynağı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte tesadüf-şans insan yaşamının bir parçası olduğundan ve hukuk insan yaşamını düzenlediğinden, hukukun şans olgusuyla muhakkak yüzleşmesi gerekmektedir⁴³. Yine de tesadüfün hukukun uygulama alanı dışında bırakılması suretiyle bu sorunun bertaraf edilebileceği

⁴⁰ Bkz. s.4-5-6.

⁴¹ **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.390 (naklen).

⁴² **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.390.

⁴³ **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.391.

düşünülmüştür. Sonraları hukukta tesadüfe belirli bir alan tahsis edilmesi durumunda kalınınca, tesadüf veya şans diğer alanlarda olduğu gibi olasılık kuramıyla kontrol altına alınmıştır⁴⁴. Nitekim olasılık kuramı, hem vakıaların tespitine, hem geçmişe veya geleceğe ilişkin belirsiz seyirlere ilişkin öngöründe bulunma imkânını sağlamaktadır⁴⁵.

II. Şans Kaybı Tazmini Sorununa Hukuk Düzenlerinin Yaklaşımı ve Uluslararası Metinlerde Şans Kaybının Tazmini

A. Hukuk Düzenlerinin Yaklaşımları

Öncelikle şans kaybının tazmini sorununun sorumluluk hukukunun güncel bir konusu olduğunun ve bu sorunla tüm Avrupa mahkemelerinin *-Kadner-Graziano*'nun ifadesiyle “Norveç’ten Portekiz’e ve İrlanda’dan Yunanistan’a“-yoğun bir şekilde meşgul olduğunun belirtilmesi gerekmektedir⁴⁶.

Christoph Müller ve Martin-Casals, genel olarak hukuk düzenlerini, şans kaybı doktrini reddeden hukuk düzenleri, kabul eden hukuk düzenleri ve orta yol

⁴⁴ **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.391. Hukukta kullanılan olasılık metotları için bkz. **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.391.

⁴⁵ **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.391. Bununla birlikte, *Jansen*’e göre şans kaybının tazminine iki açıdan itiraz edilebilir. Öncelikle, doğal olayların deterministik olduğu ve şansın sadece bir bilgi eksikliği olduğu (şansı epistemik bakış açısıyla açıklayan görüş) görüşünün kabul edilmesi durumunda, şansın bir ilüzyon olduğu sonucuna varılır. Yarışma örneğinden gidilecek olursa yarışmanın kazanılıp kazanılamayacağı aslında belirlenmiştir; bu belirlenime göre ise yarışma ya kazanılacaktır ya da kaybedilecektir. Ancak hangi sonucun gerçekleşeceğini ortaya koyacak bir bilgi seviyesine insanoğlu henüz ulaşmamıştır. İlk itiraz şansın ilüzyon olduğuna ilişkin, ikinci itiraz şans diye bir şeyin olmadığı yönündedir. Bu argümana göre sadece iki olasılık bulunmaktadır. İstenilen sonuç ya elde edilecektir ya da elde edilmeyecektir. *Jansen* her iki argümanın da teorik düzeyde kabul edilebilir olduğunu belirtmekle birlikte, bunun özellikle haksız fiil hukukunda şans kavramına bir yer olmadığı anlamına gelmeyeceğini ileri sürmektedir. Buna gerekçe olarak da hukukun felsefik anlamda dünya gerçeğini yansıtmaktan ziyade insanoğlu tarafından algılanan dünyayla ilgilendiğini göstermektedir. **Jansen**, s.280.

⁴⁶ **Kadner Graziano**, Entgangene Chancen, s.62.

benimseyen hukuk düzenleri olmak üzere üçe ayırmaktadır. Bu bağlamda, Alman hukuk çevresi teoriyi reddeden hukuk düzenlerine, Latin hukuk çevresi doktrini kabul eden hukuk düzenlerine, Anglo-Amerikan hukuk çevresi ise orta yol benimseyen hukuk düzenlerine dahil olmaktadır⁴⁷. *Kadner-Graziano* ise, benzer bir ayrıma gitmekle beraber, doktrini reddeden hukuk düzenleri yerine “reddeden veya doktrinin tanınmadığı hukuk düzenleri” ifadesini, kabul eden hukuk düzenleri yerine ise “kabul eden ve farklı olay gruplarında uygulayan hukuk düzenleri”, orta yol benimseyen hukuk düzenleri yerine ise “doktrini değiştirerek uygulayan veya bazı olay grupları bakımından kabul ederken, bazı olay grupları bakımından uygulamayan hukuk düzenleri” ifadelerini tercih ettiğini görmekteyiz. Aslında yazarlar arasındaki söz konusu ayırım sadece terminolojik bir tercihten ibaret olmakla birlikte, *Kadner-Graziano*’nun daha geniş ifadeler kullanarak, ayırım kapsamında yer alan hukuk düzenlerinin doktrine yaklaşımları konusundaki farklılıkları da göz önünde bulundurduğu söylenebilir. İncelemesini Avrupa’daki hukuk düzenleriyle sınırlı tutan yazar, ayırım kapsamındaki hukuk çevrelerini değil, hukuk düzenlerini sayma yolunu benimsemiştir. Bu bağlamda ilk gruba dahil olanlar Alman, Avusturya, Danimarka, İsveç, Norveç, Finlandiya, Estonya, Macaristan, Çek Cumhuriyeti, Slovenya ve Yunan hukuk düzenleridir. İkinci gruba dahil olanlar ise Fransız hukuk düzeni ile son zamanlarda verilmiş olan kararlar doğrultusunda Hollanda ve İtalyan ve Belçika hukuk düzenleridir. Yazar, doktrini değiştirerek uygulayan gruba dahil olarak İspanyol hukuk düzenini, bazı olay grupları bakımından uygulayan, bazıları bakımından uygulamayan gruba dahil olarak ise İngiliz ve İskoç hukuk düzenini saymıştır⁴⁸. Topluluk hukuku da aynı gruba dahil bulunmaktadır⁴⁹. Bununla birlikte

⁴⁷ **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.392; **Martin-Casals**, s.1045-1046. *Martin-Casals* incelemesini hukuk çevreleri bakımından yapmamış, Fransız hukukunu doktrinin öncüsü olduğunu, İspanyol hukukunun daha farklı şekilde manevi zarar kapsamı altında da olsa doktrini uyguladığını, Alman ve Avusturya hukuklarının doktrine açıkça karşı olduğunu, İngiliz ve Krallık hukuklarının ise orta yolu benimsediğini belirtmiştir. Bkz. **Martin-Casals**, s.1045-1046.

⁴⁸ **Kadner Graziano**, Entgangene Chancen, s.63.

Koziol tarafından doktrinin kabul edildiği, doktrinin reddedildiği, üçüncü olarak da konunun tartışıldığı hukuk düzenleri ayrımı getirilmiş ve Hollanda hukuk düzeni bu kapsamda ele alınmıştır⁵⁰.

Bu çalışmada ise “şans kaybı doktrini kabul eden”, “reddeden veya doktrinin tanınmadığı” ve “kısmen kabul eden hukuk düzenleri” ayrımı benimsenmiştir. Bazı hukuk düzenlerinde şans kaybı doktrininin içtihat tarafından tartışılmadığı görülmektedir. Henüz içtihatla tartışılmamış olması, doktrinin doğrudan reddedildiği anlamına gelmediği için de “doktrinin tanınmadığı hukuk düzenleri” ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir. “Doktrinin tartışıldığı hukuk düzenleri” ayrımının benimsenmemesinin sebebi ise, aşağıda ayrıntılı bir şekilde görülebileceği gibi, çoğu hukuk düzeninde en azından literatürde şans kaybı doktrinini ele alan çalışmalar yapılmış olmasıdır. “Değiştirerek uygulayan veya bazı olay gruplarında uygulayan hukuk düzenleri” ifadesinin yerine, “kısmen kabul eden hukuk düzenleri” ifadesi ile karşılanacağı düşünülmüştür.

B. Uluslararası Metinlerde Şans Kaybı

Hukuk düzenlerinin yanı sıra şans kaybı doktrini uluslararası metinlere de konu olmuştur. Nitekim UNIDROIT İlkeleri’nde açıkça kabul edilmektedir⁵¹.

⁴⁹ **Koziol**, Comparative Report, s.589.; **Kadner Graziano**, Entgangene Chancen, s.63.

⁵⁰ **Koziol**, Comparative Report, s.589.

⁵¹ Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Mülletler Sözleşmesi’nde (2/4/2009 tarihli ve 5870 sayılı Kanunla taraf olunması uygun bulunmuş, 11/3/2010 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile kararlaştırılarak, sözleşme metni 07/04/2010 tarih ve 27545 sayılı R.G.’de yayımlanmıştır.) ise gelecekteki zararlara ilişkin bir hüküm içermediğinden bu konuda bir boşluk olduğu kabul edilmektedir. Bu boşluğunda UNIDROIT İlkeleriyle doldurulabileceği önerilmiştir. **Eiselen, S.:** Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 74 of the CISG, 2004, p.m., <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni74.html>. Son erişim tarihi <15/09/2013> .

UNIDROIT İlkelerinin zararın kesinliği başlıklı 7.4.3. maddesinin ilk paragrafı; makul bir kesinlikle tespit edilebilen zararın tazmin edileceğini düzenlerken, ikinci paragrafında şans kaybının gerçekleşme olasılığı oranında tazmin edileceği belirtilmiştir. Maddenin açıklamasında gerçekleşmemiş veya gerçekleşmeyecek olan zararın tazmin edilmesinin mümkün olmaması nedeniyle zararın kesinliği şartının İlkeler tarafından da benimsendiği belirtmiştir. Bu kapsamda ilk paragrafla henüz gerçekleşmemiş, ancak yeterli kesinlikle gerçekleşmesi beklenen gelecekteki zararın da tazmini mümkün kılınmıştır. Ayrıca 2. paragrafla gelecekteki zararın şans kaybını da içerdiği kabul edilmiştir. Bununla birlikte şans kaybı zararı açıkça gerçekleşme oranında tazmin edilebilir. Bu bağlamda, atın yarışa geç ulaştırılması nedeniyle yarışa katılamaması durumunda, atın sahibi at favori dahi olsa ödülün tamamı oranında bir tazminat alamayacaktır⁵². Bununla birlikte bu örneğin UNIDROIT kuralının nasıl uygulanması gerektiğini göstermediği de ileri sürülmektedir⁵³.

Madde şerhinde, kesinliğin, hem zararın mevcudiyeti hem zararın kapsamı bakımından arandığı belirtilmiştir. Bu çerçevede zararın varlığına ilişkin bir ihtilâf bulunmazken, kapsamı konusunda ihtilâf bulunduğu haller mevcuttur. Bu durumla sıklıkla şans kaybı olaylarında veya manevi tazminatta karşılaşıldığı ifade

⁵² Madde 7.4.3. UNIDROIT Principles 2010, Roma 2010, s. 270, <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>> Son erişim tarihi: 06/09/2013; Madde 7.4.3. UNIDROIT Principles 2004, Roma 2004, s. 237; <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf>>. Son erişim tarihi:06/09/2013; Madde 7.4.3. UNIDROIT Principles 1994, Roma 1994, s. 199 <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles1994/1994fulltext-english.pdf>>; Son erişim tarihi: 06/09/2013.

⁵³ **Koziol**, *verlorene Chancen* s.891.

edilmiştir⁵⁴. Şans kaybının sadece şans oyunlarında söz konusu olmayacağı vurgulanarak bir mühendislik firmasının hazırladığı teklif⁵⁵ ve kamu sınavına hazırlanan bir öğrenci⁵⁶ örnekleri sayılmış, mühendislik firmasının hazırladığı teklif örneği ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır.

Şerhte verilen açıklayıcı örnekte; A, havaalanı yapımı için ihaleye katılmak üzere başvurusunu B taşıma şirketine teslim etmiştir. Teslim tarihi başvuru tarihinden öncedir ve B, o tarihten önce dosyayı ulaştırma yükümlülüğü altına girmiştir. Bununla birlikte B, yükümlülüğünü zamanında yerine getiremediği için, A başvuru tarihini kaçırmış, dolayısıyla başvurusu reddedilmiştir. Tazminat miktarı A'nın teklifinin kabul edilme olasılığına bağlı olup, başvurusu kabul edilen diğer adaylarla A'nın başvurusunun karşılaştırılmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla tazminat A'nın elde etmiş olacağı kazanca göre hesaplanacaktır⁵⁷.

C. Şans Kaybı Doktrinini Kabul Eden Hukuk Düzenleri

1. Genel Olarak

Şans kaybı doktrinini hukuk düzenlerinin başında Fransız Hukuku gelmektedir. Hatta şans kaybı doktrininin çıkış noktasının Fransız hukuku olduğu

⁵⁴ Madde 7.4.3. UNIDROIT Principles 2010, s. 270, Madde 7.4.3. UNIDROIT Principles 2004, s. 237; Madde 7.4.3. UNIDROIT Principles 1994, s. 199.

⁵⁵ Madde 7.4.3. UNIDROIT Principles 2010, s.270.

⁵⁶ Madde 7.4.3. UNIDROIT Principles 2004, s.237; Madde 7.4.3. UNIDROIT Principles 1994, s.199.

⁵⁷ Madde 7.4.3. UNIDROIT Principles 2010, s.270; Madde 7.4.3. UNIDROIT Principles 2004, s.237; Madde 7.4.3. UNIDROIT Principles 1994, s.199

kabul edilmektedir⁵⁸. Bu bağlamda bu başlık altında sadece Fransız hukuk düzeni ele alınacaktır. Hem şans kaybının tazmininin Fransız sorumluluk hukukundaki yerinin daha iyi anlaşılabilmesi için⁵⁹, hem şans kaybının tazmin edilebilmesi için öncelikle genel sorumluluk koşullarının yerine getirilmesi gerektiği⁶⁰ için, Fransız sorumluluk hukukunun genel özelliklerine kısaca değinilmesi gerekmektedir.

2. Fransız Sorumluluk Hukukuna Genel Bakış

a. Fransız Sorumluluk Hukukunun Temel Özellikleri

aa. Maddî Hukuka ilişkin Özellikler

Fransız Medeni Kanunu⁶¹,nda, sözleşme ve haksız fiil sorumluluğu arasında sistematik ve kavramsal bir ayrım bulunmakta, başka bir anlatımla sözleşme sorumluluğu ayrıca ele alınmaktadır⁶². Nitekim Kanunun 1147. maddesi ve devamı sözleşmeden doğan zararların tazminini düzenlerken, 1382. maddesi ve devamı haksız fiilden doğan zararların tazminini düzenlemektedir. Bununla birlikte,

⁵⁸ **Koziol, H.:** Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective, Viyana 2012, s.152 (basic questions).

⁵⁹ **Müller-Stoy**, s.5; **Großerichter**, s.73.

⁶⁰ **Kasche**, s.5; **Cardona-Ferreira**, s.59.

⁶¹ Fransız Medeni Kanununun İngilizce metni için bkz.
<<http://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations> > Son erişim tarihi 13/07/2013.

⁶² **van Gerven:** Cases, Materials and Text on National, Supranational, and International Tort Law, Scope of Protection, Oxford 1998, s.31; **Catala, P./Weir, J.A.:** Delict and Torts : A Study in Parallel Part I, 37 Tul. L. Rev. 1962-1963, s.576 (Part I); **Heckendorn, L.:** Die Haftung freier Berufe zwischen Vertrag und Delikt, Bern 2006, s.297; **Müller-Stoy**, s.5.

kanunda etkili olan 18. yüzyılın doğal hukuk anlayışına da uygun olarak⁶³ bazı küçük farklılıklar dışında her iki sorumluluk rejimi birbirine oldukça benzerlik göstermektedir⁶⁴. Nitekim Fransız hukuk biliminin geliştirdiği sorumluluk unsurları her iki sorumluluk türünü de kapsamakta ve yeknesaklık göstermektedir⁶⁵.

Ayrıca Fransız hukukunda sistematik bir ayırım olmasına rağmen, sorumluluk rejimi bakımından sözleşme sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu arasında açık bir ayırım yapılmamakta, bu nedenle de her iki sorumluluğu birbirinden ayırmak her zaman çok kolay olmamaktadır⁶⁶. Hatta Fransız Temyiz Mahkemesi, kimi zaman kararlarında sözleşme sorumluluğuna mı, yoksa haksız fiil sorumluluğuna mı dayandığını dahi açıkça belirtmemektedir⁶⁷.

Fransız sorumluluk hukukunun iki temel özelliği bulunmaktadır. Bunlardan ilki, gerek Alman hukuk çevresinden başka bir anlatımla Alman ve İsviçre hukuklarından, gerek Anglo-Amerikan hukuk çevresinden farklı olarak Fransız Medeni Kanununda haksız fiillere ilişkin genel bir hüküm sevk edilmiş olmasıdır. Nitekim ne §823 BGB’de olduğu gibi haksız fiil teşkil eden fiiller katalog halinde sayılmış ne de Anglo-Amerikan hukukunda olduğu gibi hangi eylemlerin tazmin edilebilir zarar olduğu belirlenmiştir⁶⁸. Bunların yerine genel bir hüküm sevk

⁶³ Heckendorn, s.296.

⁶⁴ Catala/Weir, Part I, s.576.

⁶⁵ Großerichter, s.74; Heckendorn, s.297.

⁶⁶ Heckendorn, s.297.

⁶⁷ van Gerven, s.31.

⁶⁸ Catala, P./Weir, J.A.: Delict and Torts : A Study in Parallel Part III Damage, 38 Tul. L. Rev. 1963-1964, s.664 (Part III) ; Martin-Casals, s.1047; Großerichter, s.74-75. Fransız sorumluluk hukukunun tarihi gelişimi için bkz.: Catala/Weir, Part III, s.664.

edilmekle yetinilmiştir. Bu bağlamda CC md. 1382 uyarınca kusurlu davranışıyla başkasının zarar görmesine neden olan kişi, bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür.

İkinci temel özellik ise, haksız fiillerin, Kanunun sadece 1382. ve 1386. maddeleri arasında beş hükümle düzenlenmiş olmasıdır⁶⁹. 1804 yılından beri gerçekleşen tüm ekonomik ve teknolojik değişikliklere rağmen, söz konusu beş hükmün ayakta kalabilmesinin belki de en önemli nedeni, hükümlerin son derece geniş ve basit olmasıdır⁷⁰. Nitekim *van Dam*, bu hükümlerden, kanun koyucunun yol gösterici olduğu ve hükümlerin yorumlanmasını içtihadı bıraktığı sonucunun çıkarılabileceğini ileri sürmektedir⁷¹. Bu bağlamda içtihadın Fransız özel hukukundaki yerine de değinilmesi gerekmektedir. Fransız Medeni Kanunun uygulamasında içtihat en az kanun koyucu kadar önemli bir role sahiptir. Nitekim Kanunda yer alan kuralları geliştirmek, genişletmek veya sınırlamak ile yeni hukukî

⁶⁹ Fransız hukukunda haksız fiillerin sadece beş hükümle düzenlenmesinin muhtemel nedeni öncelikle, Kanunun çıkartıldığı dönemde endüstri devriminin henüz yeni başlamış olması ve kazalardan doğan zararların tazmininin günümüzdeki kadar önemli bir problem olarak değerlendirilmiyor olmasıdır. **Zweigert, K./Kötz, H.:** Introduction to Comparative Law, Oxford 1998, s.91. Bu bağlamda, kusur sorumluluğunun tüm haksız fiil sorumluluğunu kapsamı yönünde beklenti olduğu da ifade edilmektedir. Ancak aslında kusurun, sorumluluğu kurmada hiçbir anlam içermeyeceği birkaç durumun kolaylıkla tahmin edilebileceği ve haksız fiilin sadece beş hükümle düzenlenmesinin altında ulusal kültür ve özellikler ile Fransa'nın estetik sevgisi ve soyut adalet kavramına duyduğu saygı gibi daha az belirgin nedenlerin yattığı da ileri sürülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Azarnia, R.:** Tort Law in France a Cultural and Comparative Overview, 13 Wis. Int'l L.J., 1994-1995, s.473-474. Yine de, en azından haksız fiil konusunda genel hüküm sevk etme düşüncesinin aslında 17. yüzyılın doğal hukukçularının çalışmalarına dayandırılması da mümkündür. **Zweigert/Kötz** bir hukuk düzenlemesinin sadece akıl yoluyla çıkarılabilir olduğuna inanmanın, geleneksel haksız fiilleri bir kenara bırakarak genel bir ilke formüle etme cesaretini göstermeye yeteceğini ifade etmektedir. **Zweigert/Kötz**, s.616.

⁷⁰ **Azarnia**, s.473. Bunu ifade etmekle birlikte **Azarnia** hükümlerin basitliğinin sadece teknik anlamda bir değer arz ettiği, zaman zaman daha fazla karışıklığa yol açtığını da ileri sürmektedir. Bkz. **Azarnia**, s.473.

⁷¹ **Van Dam, C.:** European Tort Law, Oxford 2006, s.301. Benzer bir şekilde, *Tunc* da, kanun hazırlayıcılarının Kanunun bütün hukuku değil, hukukun sadece temellerini düzenlemesini öngördüğünü ve içtihadın hükümlerin anlamını ve kapsamını yorumlaması gerekliliğini ifade etmektedir. Bkz. **Tunc, A.:** A Codified Law of Tort-The French Experience, 39 La. L. Rev. 1978-1979, s.1053.

düşünceleri kabul edecek şekilde yorumlamak suretiyle⁷² modern gereksinimleri karşılamıştır⁷³. Bunun belki de en güzel örneği haksız fiil hükümleridir. Ayrıca tezin konusu olan “iyileşme şansı kaybının tazmini” de Fransız içtihadı tarafından geliştirilen bir doktrin olduğu için bu durumun örnekleri arasında yer almaktadır.

bb. Usul Hukukuna İlişkin Özellikler

Fransız Temyiz Mahkemesi alt derece mahkemesi tarafından hesaplanan zarar miktarını maddî vakıa olarak nitelendirmekte ve temyizde incelenemeyeceğini kabul etmektedir⁷⁴. Hatta Temyiz Mahkemesi, zarar kavramının geliştirilmesini veya yeknesaklaştırılmasını da görevleri arasında kabul etmemekte ve bunu alt derece mahkemelerine bırakmaktadır⁷⁵. Bu bağlamda zararın hesaplanması olay hakiminin takdir yetkisi kapsamında ele alınmaktadır⁷⁶. Takdir yetkisi, hakimın zarara ilişkin sunulan vakıaları serbestçe değerlendirebilmesini sağlamaktadır. Takdir yetkisi kapsamında hakimın, zararın miktarının hesaplandığı olgusal dayanakları ispatlanabilir ve denetlenebilir bir şekilde açıklama yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Ayrıca hesaplama metotlarının veya değerlendirme kriterlerinin açıkça belirtmesi de gerekli değildir⁷⁷. Bunun dışında, birden çok zarar türünün mevcut olması durumunda hakim, her bir zarar türünün miktarını ayrıca belirtmeden

⁷² **Zweigert/Kötz**, s.95.

⁷³ **Zweigert/Kötz**, s.95; **van Dam**, s.43; **Catala/Weir**, Part I, s.577.

⁷⁴ **van Dam**, s.307; **Catala/Weir**, Part III, s.702.

⁷⁵ **van Dam**, s.307-308.

⁷⁶ **Müller-Stoy**, s.7.

⁷⁷ **Großerichter**, s.91.

toplam tazminata hükmetmesi de mümkündür⁷⁸. Miktarı belirlenmiş zararın maddî hukuk ilkelerini ihlâl edip etmediği ise, Temyiz Mahkemesinin denetimine tâbidir. Örneğin, tazmin edilebilir bir zarar olmamasına rağmen, alt derece mahkemesi kaybı zarar olarak nitelendirmiş ve tazminata hükmetmişse, Temyiz Mahkemesi kararı bozabilmektedir⁷⁹.

b. Fransız Sorumluluk Hukukunun Unsurları

Fransız hukukuna göre sorumluluğun doğabilmesi için; zarar, nedensellik bağı ve kusur olmak üzere üç temel unsurun bulunması gerekmektedir⁸⁰.

aa. Zarar

Fransız hukukunda zarar kavramı kanunda tanımlanmamış ve içtihadın yorumuna bırakılmıştır⁸¹. Kanunda tanımlanmamış olsa da, doktrinde zarar kavramı, genel olarak hukukça korunan bir menfaate hâlel gelmesi (*lesion*) olarak tanımlanmaktadır⁸². 1382. maddenin formülasyonu dikkate alındığında, her ne kadar zarara ilişkin açık bir tanım yer almasa da, maddî zarar-manevi zarar ayrımı

⁷⁸ **Großerichter**, s.91; **Müller-Stoy**, s.7.

⁷⁹ **Großerichter**, s.91.

⁸⁰ **Zweigert/Kötz**, s.621; **van Dam**, s.46-47; **Catala/Weir**, Part I, s.602; **Harding**, C.S.P.: The Act of the Plaintiff and Concurrent Causes: Fault and Causation in the French Law of Delict, 28 Int'l&Comp. L.Q. 1979, s. 526; **Martin-Casals**, s.1047; **Galand-Carval**, S.: Damages under French Law içinde **Magnus, U.** (ed): Unification of Tort Law: Damages, The Hague 2001, s.79 (Damages). **Großerichter** bu unsurları Alman hukukundan farklılıklarıyla ele almıştır. Özellikle, Alman hukukunda sorumluluğun koşulu olan davranışı veya zarar doğuran olayın Fransız sorumluluk hukukunda yer almayıp, bunun yerine tazmin edilebilir zarar unsurunun benimsendiğini belirtmiştir. **Großerichter**, s.75.

⁸¹ **van Dam**, s.306; **Magnus, U.**: Schaden und Ersatz, Tübingen 1987, s.50; **Galand-Carval**, Damages s.79.

⁸² **Großerichter**, s.76 (naklen).

olmaksızın ve hangi hukukî menfaate yönelik olduğuna bakılmaksızın hükmün, tüm zarar çeşitlerini kapsadığının kabul edildiği görülmektedir⁸³. Başka bir anlatımla zarar kavramı Fransız hukukunda korunan haklar veya menfaatler gibi hiçbir sınırlandırma içermediğinden⁸⁴ oldukça geniş bir kavramdır⁸⁵.

Bununla birlikte zarar kavramının bu denli geniş yorumlanması hiçbir sınırlama içermediği anlamına gelmemektedir. Nitekim yukarıda verilen tanımdan dahi tazmin edilebilir zararın sınırlarının, daha doğru bir ifadeyle “tazmin edilebilir zararın koşulları” çıkartılabilmektedir⁸⁶. Bu bağlamda içtihat tarafından geliştirilen bu koşullar; zararın meşru menfaatlerin ihlâli olması, kesinliği ve kişiselliği olarak sayılmaktadır⁸⁷.

aaa) Tazmin Edilebilir Zararın Koşulları

Zararın kesinliği unsuruyla, tamamen farazî kayıpların tazmin edilmesinin

⁸³ **Catala/Weir**, Part III, s.664; **Diaz, J. A.:** Non-Physical Damage A comparative Perspective, New Zeland 2010 (Doktora Tezi) s.91. <http://hdl.handle.net/10092/4177>. Son erişim tarihi 23/09/2013. Fransız hukukunda eşya zararları, vücut bütünlüğü zararları, malvarlığı zararları gibi doğaları gereği veya maddî zarar- manevi zarar, geçmiş zarar-gelecek zarar gibi ayırt edici özellikleri gereği farklı zarar türleri bulunmaktadır. Bununla birlikte, bu ayrımların bir önemi bulunmamaktadır; zira Fransız sorumluluk hukukunda farklı zarar türleri farklı kurallar tarafından düzenlenmemektedir. **Galand-Carval**, Damages s.80-81.

⁸⁴ **van Dam**, s.306; **Catala/Weir**, Part III, s.702.

⁸⁵ **van Dam**, s.306; **Catala/Weir**, Part III, s.664; **Diaz**, s.91.

⁸⁶ **Großerichter**, s.76.

⁸⁷ **Catala/Weir**, Part III, s.664, dn.2; **van Dam**, s.306-307; **Galand-Carval**, Damages s.80. **Galand-Carval** zararın unsurları arasından zararın doğrudanlığını da saymakla birlikte, bu unsurun sadece genel nedensellik bağı koşuluna gönderme yaptığını belirtmiştir. **Galand-Carval**, Damages s.80. **Großerichter** unsurları; kaybın gerçekliği, zararın öngörülebilirliği, zararın kişiselliği ve zararın sadece hukukça tanınan veya meşru bulunan menfaatlerin ihlâline ilişkin olması olarak belirlemiştir. **Großerichter**, s.75-76. Zararın öngörülebilirliği ise zararın bir unsuru olmakla birlikte CC md.1151 uyarınca sadece sözleşmeden doğan sorumlulukta aranmaktadır. Başka bir anlatımla sözleşmeden doğan sorumlulukta zararın tazmin edilebilmesi için sözleşmenin kurulduğu zaman öngörülebilir olması gerekmektedir. **Galand-Carval**, Damages s.80.

önlenmesi amaçlanmaktadır⁸⁸. *Galand-Carval* ise zararın kesinliğinin, zararın ispatıyla bağlantılı olduğunu belirterek, zarar görenin hem zararın mevcudiyetini, hem zararın kapsamını ispatlaması anlamına geldiğini ifade etmiştir⁸⁹. Bununla birlikte bu koşul katı bir biçimde aranmamaktadır⁹⁰. Hatta söz konusu kesinliğin günümüz dünyasına uymadığı ileri sürülmektedir⁹¹. Bu durum özellikle gelecekteki zararlar için geçerlidir. Aksi takdirde, yani mutlak kesinliğin aranması durumunda, gelecekteki zararların tazmini neredeyse imkânsız olacaktır⁹². Bu nedenle zararın kesin olarak değerlendirilebilmesi için, gerçekleşmesinin muhtemel olması (*likely*) yeterli görülmektedir⁹³.

Kimlerin tazminat talep edebileceğini öngören zararın kişiselliği koşulu ile tazminat hakkı sahiplerinin sınırlandırılması amaçlanmaktadır⁹⁴. Bununla birlikte bu sınırlama mutlak bir sınırlama değildir. Nitekim örneğin kaza sonucu bir kişinin ölmesi sonucunda sağ kalan eş veya çocuklar gibi üçüncü kişilerin maruz kaldıkları acı ve üzüntünün giderilmesi amacıyla, bu kişilerin manevi tazminat talep etme hakkı bulunmaktadır. Bu bağlamda mağdur dışındaki kişiler, dolaylı mağdur olarak adlandırılmakta ve doğrudan zarar görenin yanı sıra dolaylı zarar gören de tazminat talebinde bulunabilmektedir⁹⁵.

⁸⁸ Müller-Stoy, s.6; Großerichter, s.78.

⁸⁹ Galand-Carval, Damages s.80.

⁹⁰ van Dam, s.307; Galand-Caraval, Damages, s.84.

⁹¹ van Dam, s.307. Bkz. yuk.s.12-13.

⁹² Galand-Caraval, Damages, s.84.

⁹³ van Dam, s.307 (naklen).

⁹⁴ Großerichter, s.76; van Dam, s.307; Galand-Caraval, Damages, s.80.

⁹⁵ van Dam, s.307; Großerichter, s.76.

Tazmin edilebilir zararın son koşulu, sadece hukukça tanınan veya korunan menfaatlerin tazmin edilebilmesidir. Başka bir anlatımla hukukî olmayan veya hukuka aykırı menfaatlerin tazmini mümkün değildir⁹⁶. Ayrıca Fransız hukukunda da diğer hukuk düzenlerinde olduğu gibi hukuka aykırı kabul edilen eylemler zamanla değişmektedir⁹⁷.

bbb) Zarar Türleri

Fransız hukukunda; eşya zararları, vücut bütünlüğü zararları, malvarlığı zararları gibi doğaları gereği veya maddî zarar- manevi zarar, geçmiş zarar-gelecek zarar gibi ayırt edici özellikleri gereği farklı zarar türleri bulunmaktadır⁹⁸. Ayrıca Fransız hukukunda cismani zarar ayrımı olduğu da görülmektedir. Aslında maddî ve manevi zararının bir nevi karışımı olan cismani zarar⁹⁹, her ikisinin de etkilerini göstermektedir. Nitekim sadece doğrudan zarar gören değil, zarar görenin ailesi veya ona bağlı yaşayanlar da söz konusu zarardan etkilenmektedir¹⁰⁰. Bununla birlikte bu ayrımların bir önemi bulunmamaktadır. Zira Fransız sorumluluk hukukunda, farklı

⁹⁶ **Großerichter**, s.76; **van Dam**, s.308.

⁹⁷ **van Dam**, s.308. Nitekim 1970’li yıllarda evli olmadığı partnerinin öldürülmesinin ardında sağ kalan partner, evlilik dışı birlikte yaşama ve dolayısıyla ihlâl edilen menfaat hukuka aykırı kabul edildiği için destekten yoksun kalma tazminatı alamamaktaydı. **Van Dam**, s.308; **Galand-Caraval**, *Damages*, s.80. Bununla birlikte Fransız Temyiz Mahkemesi’nin konuya ilişkin farklı kararları da bulunmaktadır. Günümüzde Fransız Temyiz Mahkemesi beyan edilmemiş faaliyetlerden elde edilen gelir kaybını hukuka aykırı menfaat olarak kabul etmektedir. Bununla birlikte yolculuğun parasını ödemeyen bir yolcunun kaza sonucu ölmesi durumunda mahkeme farklı karar vermiştir. Bu olayda yolcunun ihlâl edilen menfaatinin, hukuken korunan vücut bütünlüğü olduğu sonucuna varılmıştır. Vücut bütünlüğü ihlâlinin hukuka aykırı olan yapılan yolculukta vuku bulmasının, ihlâl edilen menfaatin hukuka aykırı kabul edilmesine yol açmayacağı yönünde karar verilmiştir. Bkz. **Van Dam**, s.308. Fransız sorumluluk hukukunda bu konunun gelişimine ilişkin kararlar için bkz.: **Catala/Weir**, Part III, s.711-713.

⁹⁸ **Galand-Caraval**, *Damages*, s.80-81.

⁹⁹ **Catala/Weir**, Part III, s.671; **Großerichter**, s.77.

¹⁰⁰ **Catala/Weir**, Part III, s.671.

zarar türleri farklı kurallar tarafından düzenlenmemektedir¹⁰¹.

Fransız hukukunda, tazmin edilebilir zarar kavramı maddî zararlarla ilişkili olarak, Alman hukukunun aksine ifa menfaati, güven sorumluluğu gibi ayrımlara gitmeden kanunun 1150. maddesindeki istisna¹⁰² dışında sözleşmeden doğan sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu arasında bir ayrım yapmamaktadır. Ayrıca zararın türüne göre de farklı özellikler bulunmamaktadır. Kanunun 1149. maddesi uyarınca, Alman hukukundan farklı olarak fiili kayba mı uğrandığı, yoksa kazanç kaybının mı olduğu konusu kural olarak önem arz etmemektedir. Keza benzer bir farklılık salt malvarlığı zararları bakımından da görülmektedir. Bununla birlikte, manevi zarar¹⁰³, sözleşmeden doğan sorumlulukta ayrı bir rol oynamaktadır. Nitekim manevi zarara hükmedilebilmesi için tazmin edilebilir zarar koşullarının karşılanması gerekmemektedir. Bu şartlar sadece maddî zarar bakımından önem arz etmektedir. Nitekim zararın kesinliği veya gerçekliği sadece malvarlığı zararları bakımından anlam içermektedir¹⁰⁴.

bb. Nedensellik Bağı

Fransız hukukunda nedensellik bağı konusunda deneysel bir yaklaşım

¹⁰¹ **Galand-Caraval**, Damages, s.80-81.

¹⁰² Bu madde uyarınca sözleşmeden doğan zararın tazmin edilebilmesi için zararın öngörülebilir olması gerekmektedir.

¹⁰³ Bununla birlikte, belirtilmesi gereken bir diğer husus ise salt manevi zararın tazmin edilemeyeceğinin geçmişte tartışılmış olmasıdır. Nitekim tartışmaların yapılmış olduğu dönemde manevi tazminata karşı olanlar maruz kalınan acının parayla ifade edilemeyeceğini, başka bir anlatımla paranın hiçbir surette çekilen acı için yeterli olmayacağını ileri sürmüştür. Bununla birlikte manevi zararın tazmininin kabul edilmesinden sonra Fransız mahkemelerinin bu konuda oldukça esnek bir yaklaşıma sahip olduğu da ileri sürülmektedir. **Diaz**, s.91-92.

¹⁰⁴ **Großerichter**, s.76.

benimsendiği, hatta doktrinde pek çok yazarın konuya ilgisiz olduklarını açıkça ifade ettikleri belirtilmektedir¹⁰⁵. Fransız hukukunda nedensellik bağı konusunda tabii nedensellikten ziyade hukukî nedensellik yaklaşımı benimsenmiştir¹⁰⁶. Sorumluluk koşulları arasında yer alan nedensellik bağı, Medeni Kanunun 1382. ve 1386. maddeleri arasında açıkça belirtilmiştir. Nitekim tüm bu maddelerde zararın davalının kusuru veya onun hayvan veya eşyalarının eylemi nedeniyle gerçekleşmesi gerekliliği ifade edilmiştir. Sözleşme hukukunda ise, CC'nin 1151. maddesi uyarınca, “alacaklının uğradığı fiili zarar ve yoksun kalınan kar anlamında zarar sadece ifa etmemenin “birincil (*immediate*) ve doğrudan sonuçlarını” içermektedir. Bununla birlikte kanunda birincil ve doğrudan sonuç tanımlanmamış ve nedenselliğe ilişkin başka bir hususa değinilmemiştir. Başka bir anlatımla hangi zararın tazmin edilip, hangisinin tazmin edilmeyeceği sorunu tamamen yargıya bırakılmıştır¹⁰⁷.

Her ne kadar, Fransız hukukunda nedensellik bağına ilişkin teoriler geliştirilmese de ve bunun yanı sıra nedensellik bağının tesisinde farklı teoriler kullanılsa da¹⁰⁸, doğrudan neden-dolaylı neden ayırımında *conditio sine qua non* (*but for*) analizinden yararlanıldığı¹⁰⁹, bununla birlikte *conditio sine qua non* analizinin katı bir biçimde uygulanmadığı belirtilmektedir¹¹⁰.

¹⁰⁵ **Van Gerven, W./Larouche, P./Lever, J.:** Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law, Oxford 2000, s.418.

¹⁰⁶ **Großerichter,** s.80.

¹⁰⁷ **Galand-Carval, S.:** Causation under French Law, Unification of Tort Law: Causation, The Hague 1999, s.53 (Causation).

¹⁰⁸ **Van Dam,** s. 278; **Galand-Carval,** Causation, s.54.

¹⁰⁹ **Martin-Casals,** s.1047; **Galand-Carval,** Causation, s.54.

¹¹⁰ **Galand-Carval,** Causation, s.54.

Diğer hukuk düzenlerinde uygulanan yakın neden (*causa proxima*)¹¹¹ ve normun koruma amacı¹¹² teorileri ise Fransız hukukunda genel olarak reddedilmektedir. Yakın neden teorisi, genel olarak katı ve haksız bir yaklaşım olarak değerlendirilirken, normun koruma amacı analizi Fransız hukukunda genel olarak uygulanmamaktadır. Her ne kadar cezaî sorumluluk kapsamında failin özel hukuk sorumluluğu bakımından kimi yankılar uyandırsa da, genel olarak bu teorinin de reddedildiğinin belirtilmesi gerekmektedir¹¹³. Bununla birlikte, doktrinde doğrudan nedenin aslında uygun nedensellik bağı¹¹⁴ analizine benzerlik gösterdiğinin ileri sürüldüğü, ancak bu argümanın hiçbir zaman Temyiz Mahkemesi tarafından kabul edilmediği belirtilmektedir¹¹⁵.

Nedensellik bağı Fransız hukukunda sorumluluğun sınırlarının belirlenmesinde kontrol mekanizması olarak işlev görmektedir. Bu, özellikle birisinin vücut bütünlüğünün ihlâli nedeniyle üçüncü kişilerin zarar gördüğü olaylarda söz konusu olmaktadır. Sanatçının uğradığı kaza nedeniyle konsere çıkamaması durumunda, konser organizatörünün uğradığı zararı kazaya neden olan kişiden talep etmesi olayı bu durumu iyi bir şekilde açıklamaktadır. Olayda Fransız Temyiz Mahkemesi, organizatörün zararını dolaylı bulduğu için davayı reddetmiştir. *Van Dam*, diğer hukuk düzenlerinde normun koruma amacı analizinin uygulanması suretiyle benzer bir sonuca varıldığını ifade etmektedir. Normun amacı vücut

¹¹¹ Bkz. aşağı s.98, dn.348.

¹¹² Bkz. aşağı s.98, dn.349.

¹¹³ **Galand-Carval**, Causation, s.55.

¹¹⁴ Bkz. aşağı s.98, dn.350.

¹¹⁵ **Koziol, H.**: Natural and Legal Causation içinde **Tichý, L.**(eds.): Causation in Law, Praha 2007, s.63-64 (causation).

bütünlüğünü korumak olup, üçüncü kişilerin ekonomik kayba uğramalarını engellemek değildir. Bununla birlikte *van Dam*, bu gerekçelendirmenin, Fransız hukukundaki zarara doğrudan neden olma koşulundan daha şeffaf olduğunu ileri sürmenin çok da kolay olmayacağını belirtmektedir ¹¹⁶.

Fransız hukukunda nedensellik bağı tesisine ilişkin hakim bir teorinin bulunmaması, hakimlerin istedikleri analizden yararlanıyor olması eleştirilmektedir. Nitekim farklı analizlerin farklı kararlara sebebiyet verebileceği ve bu durumun “hukukî öngörülebilirlik” ilkesine zarar verebileceği ileri sürülmektedir ¹¹⁷.

cc. Kusur

Zarar verenin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, zarara kusurlu davranışının neden olması gerekmektedir. Sorumluluğun diğer unsurlarında olduğu gibi kusur kavramı da kanunda tanımlanmamış, sadece 1383. maddede kusurun ihmâl şeklinde ortaya çıkabileceği gibi tedbirsizlik şeklinde de ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir ¹¹⁸.

Großerichter, kusur kavramının, öncelikle davranış yasağının objektif ihlâli anlamında yükümlülük ihlâli (*Pflichtverletzung*) anlamına geldiğini belirtmiştir ¹¹⁹. İhlal edilen yükümlülük özel bir kanunda yazılı olabileceği gibi, genel bir hukuk

¹¹⁶ **van Dam**, s.279.

¹¹⁷ **Galand-Carval**, Causation, s.55; **Großerichter**, s.95.

¹¹⁸ **van Dam**, s.192.

¹¹⁹ **Großerichter**, s.80.

ilkesinde de yer alıyor olabilir¹²⁰. İhlal edilen yükümlülüğün yazılı bir kanunda öngörülmesi (*statutory rule*) durumunda kusurun varlığı konusunda bir sıkıntı yaşanmamaktadır. Bu bağlamda *van Dam*, kanuni bir yükümlülüğün ihlâli dışında kusurun varlığının tespit edilebilmesi için “yükümlülük ihlâli” veya “standart davranış biçiminden” sapma olmak üzere iki kriterin göz önünde bulundurulduğunu belirtmektedir¹²¹.

Yükümlülük ihlâli kriterinde sıkıntı yaratan husus, ihlâl halinde kusuru teşkil eden yükümlülük listesinin veya kategorilerin bulunmamasıdır. Bu da ya tüm zarar doğuran eylemleri karşılayacak özel bir yükümlülük yaratılmasına ya da tüm olası kusur çeşitlerini kapsayacak genel bir hukuk ilkesine dayanılması zorunluluğunu doğurmaktadır. Bir örnekle açıklanacak olursa, cam kenarında duran bir saksının düşüp birisinin yaralanmasına sebep olması durumunda, özel bir yükümlülük yaratılması yaklaşımına göre cam kenarına saksı konulmaması gerekir diye bir kural yaratılması gerekmektedir. Bu durumun en büyük sakıncası, bir anlamda keyfi olması, yani kusurun, zarar verici eylem ya da olay ortaya çıktıktan sonra kuruluyor olmasıdır¹²². Genel hukuk ilkesi yaklaşımına ilişkin ise bazı yazarlar herkesin başkalarının haklarını ihlâl etmeme (*assault*), başkalarını aldatmama (*fraud*) ve ihmâli davranmama (*negligence*) yükümlülüğü bulunduğunu, bazı yazarlar başkalarına zarar vermeme genel yükümlülüğü olduğunu ileri sürmektedir. Bu yaklaşımdan yola çıkılması durumunda da zarar verici her türlü eylemin, başkalarına

¹²⁰ **Catala/Weir**, Part I, s.607.

¹²¹ **Van Dam**, s.192.

¹²² **Catala/Weir**, Part I, s.607.

zarar verdiği için kusur olarak nitelendirilmesi gerekmektedir¹²³.

Fransız hukukunda kusurun tespitinde göz önünde bulundurulanan diğerkriter ise standart bir davranış kalıbından sapma olup olmadığıdır. Standart bir davranış ise somut değerkendirmeye ve soyut değerkendirmeye veya başka bir anlatımla sübjektif-objektif olmak üzere iki yaklaşımla belirlenebilir. Somut (sübjektif) değerkendirmeye zarar verenin davranışlarını esas almaktadır. Buna göre; eğer zarar doğurana davranış, zarar verenin normal davranışlarından bir sapma göstermekteyse zarar veren kusurludur¹²⁴. Bununla birlikte bu yaklaşım ziyadesiyle eleştirilmektedir. Nitekim zarar veren aslında normalde de tedbirsizce ve dikkatsizce davranıyor olabilir ve normalde sadece şans eseri bu davranış zararına yol açmazken, somut olayda tam tersi bir durumla karşılaşmış olabilir. Sırf bu nedenle de davranış kusurlu bir davranış olarak nitelendirilemez. Soyut (objektif) değerkendirmede ise, dikkatli ve tedbirli olan farazî bir vatandaş, başka bir anlatımla kusursuz bir birey kıstas olarak alınmaktadır. Aslında bu farazî vatandaş veya kusursuz birey, Roma hukukundaki “*Bonus Pater Familias*”, yani iyi aile babasından başkası değildir. Bu bağlamda kusurun tespitinde davalıyla aynı şartlar altında bulunan iyi aile babasının davranış ölçüt olarak alınmaktadır¹²⁵.

Hakimler esnek ve en aykırı olaylara bile uygulanabilinen soyut değerkendirmeyi göz önünde bulundurmaktadır. Aynı zamanda bu değerkendirmeyi kullanırken de hâkimlerin esnek davrandığı görülmektedir. Bu, özellikle, uzmanların

¹²³ **Catala/Weir**, Part I, s.607-608 (naklen).

¹²⁴ **Catala/Weir**, Part I, s.608; **van Dam**, s.192.

¹²⁵ **Catala/Weir**, Part I, s.608; **van Dam**, s.192.

sorumluluğu konusunda kendisini göstermektedir. Nitekim uzmanların sorumluluğu olaylarında; uzmanın kusurlu olup olmadığı tespit edilirken, sıradan bir iyi aile babası olan birey değil, zarar verenle aynı uzmanlığı yürüten bir üçüncü kişi göz önünde bulundurulur¹²⁶. Bununla birlikte günümüzde sübjektif yaklaşımın uygulamada artık önemini yitirdiği belirtilmektedir¹²⁷.

3. Fransız Hukukunda Şans Kaybının Tazmini

a) Şans Kaybı Tazmini ve Teorik Temelleri

Fransız hukukunda şans kaybının tazmini kurumunun iki temel özelliği bulunmaktadır. İlk olarak, şans kaybı ayrı bir zarar türü olarak kabul edilmektedir. Yukarıda da değinildiği üzere zarar verenin davranışı nedeniyle zarar görenin belirli bir menfaati elde etme olasılığının elinden alınması şans kaybı zararını oluşturmaktadır¹²⁸. İkinci temel özellik ise, tazminat miktarının belirlenmesine ilişkindir. Nitekim şans kaybı zararında şansın gerçekleşme oranına tekabül eden tazminata hükmedilmektedir¹²⁹. Başka bir anlatımla şans kaybı zararında tam tazminat yerine oransal-kısmî tazminat benimsenmiştir¹³⁰. Zarar verenin davranışı olmasaydı, şans kaybı doktrininin klâsik örneklerince yarışmanın veya davanın kazanılması gibi belirli bir yarar gerçekleşmiş olabilecektir; dolayısıyla zarar veren sadece bu yararın gerçekleşme olasılığını ortadan kaldırmıştır. Bu bağlamda yararın

¹²⁶ **Catala/Weir**, Part I, s.608.

¹²⁷ **van Dam**, s.192.

¹²⁸ Bkz. yuk. s. 6-7. **Khoury, L.**:Causation and Risk in the Highest Courts of Canada, England and France, LQR 2208, s.122 (Causation and Risk).

¹²⁹ **Cardona Ferreira**, s.59; **Großerichter**, s.3.

¹³⁰ **Cardona Ferreira**, s.59; **Casals**, s.1047; **Khoury**, Causation and Riski s.122.

değeri oranında, yarışma örneğinde birincilik ödülü oranında bir tazminata hükmedilmesi zarar görenin tazminatla zenginleştirilmesine yol açacaktır. Şansın gerçekleşme olasılığına tekabül eden tazminat miktarının benimsenmesiyle, tazminat miktarının zarar miktarıyla örtüşmesi sağlanmıştır¹³¹.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, şans kaybının ayrı bir zarar türü olarak kabul edilmesinin dışında, zararın kesinliği ve nedensellik bağının tesisi unsurlarıyla çelişeceği için tazmin edilemeyeceği görülecektir. Nedensellik bağının tesisi konusunda, Fransız içtihadı ve doktrini teoriler geliştirmekte yetersiz kalmış olmakla birlikte, hem *conditio sine qua non* kriterini benimsemekte, hem nedensellik bağının ispatında ağırlıklı olasılıktan daha yüksek bir ispat ölçütü aramaktadır. Başka bir anlatımla, zarar doğuran olay olmasaydı ne olacaktı sorusuna, “yüksek bir ihtimalle” şeklinde cevap verilememesi durumunda, nedensellik bağı tesis edilemeyeceği için tazminata hükmedilemeyecektir¹³². Ayrıca nedensellik bağının tesisinde uygulamada somut olaya göre farklı analizler kullanıldığı, bu konuda uygulamada bir yeknesaklık bulunmadığı da unutulmamalıdır¹³³.

Sorumluluğun sınırlandırılmasında nedensellik bağından ziyade özellikle zararın unsurlarının etkili olduğu ifade edilmektedir¹³⁴. Nitekim bu unsurlardan zararın kesinliği, zarar doğuran olay olmasaydı zarar görenin kesinlikle elde etmiş olacağı malvarlığı yararının tazminini öngörmektedir¹³⁵. Bu bağlamda şans kaybının

¹³¹ Cardona Ferreira, s.59.

¹³² Martin-Casals, s.1047.

¹³³ Mäsch, Chance und Schaden, s.162, dn.33; Großerichter, s.80 ve devamı.

¹³⁴ Mäsch, Chance und Schaden, s.163.

¹³⁵ Großerichter, s.93.

zarar olarak kabul edilmemesi durumunda, “şans kaybı”nın gerçekleşmesi muhtemel olmadığı için zararın kesinliğini koşulunu karşılayamayacak, dolayısıyla tazmin edilemeyecektir. Fransız sorumluluk hukukunda her türlü zararın tazminine cevaz veren bir genel hüküm olduğu (CC md.1382)¹³⁶ ve bu suretle zarar konusunda liberal bir yaklaşım benimsendiği¹³⁷ göz önünde bulundurulduğunda, Fransız içtihadının orta bir yol benimseyerek, şans kaybını tazmin edilebilir bir zarar olarak kabul etmesi şaşırtıcı değildir¹³⁸. Bu suretle hem zararın kesinliğini, hem nedensellik bağı ilkelerini ihlâl etme tehlikesi bertaraf edilmiştir.

b) Şans Kaybı Tazmini ve Koşulları

Fransız hukukunda belirli bir menfaatin elde edilme olasılığının kaybı olan şans kaybı, ister sözleşme sorumluluğuna, ister haksız fiile dayansın tazmin edilmektedir¹³⁹. Tazmin edilebilmesi için öncelikle sorumluluk hukukunun genel koşullarının karşılanması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, zarar mevcut olmalıdır ve kusurlu davranışla zarar arasında nedensellik bağı tesis edilebiliyor olmalıdır¹⁴⁰. Bu bağlamda zarar, şans kaybıdır¹⁴¹. Ancak her türlü şans kaybının tazmin edilmesi, sorumluluğu inanılmaz ölçüde genişleteceğinden, sadece gerçek ve ciddi şansın

¹³⁶ **Mäsch**, Chance und Schaden, s.163. Nitekim bu hüküm (CC md.1382), pek çok kıta Avrupası hukuk düzeninde tartışmalı olan salt malvarlığı zararlarının tazminine de cevaz vermektedir. **Mäsch**, Chance und Schaden, s.163 (naklen).

¹³⁷ **Catala/Weir**, Part III, s.702; **Borghetti, J-S.**: France, içinde **Winiger, B./Koziol, H./Koch, B.A./Zimmermann, R. (eds.)**, Digest of European Tort Law Volume 2: Essential Cases on Damage, Berlin 2011, s.1085.

¹³⁸ **Großerichter**, s.93; **Mäsch**, Chance und Schaden, s.163.

¹³⁹ **Kasche**, s.3; **Mäsch**, Chance und Schaden, s.165; **Cardona-Ferreira**, s.58 (naklen).

¹⁴⁰ **Kasche**, s.5; **Cardona-Ferreira**, s.59; **Khoury**, Causation and Risk, s.122.

¹⁴¹ **Kasche**, s.4; **Cardona-Ferreira**, s.59; **Khoury**, Causation and Risk, s.122.

tazmin edilebileceği koşulları getirilmiştir¹⁴². Başka bir anlatımla, olumlu olayın gerçekleşme veya zararın önlenme olasılığı bulunmalı, yani şans olmalı, bu şans gerçek ve ciddî olmalı, son olarak da zarar verenin davranışı nedeniyle bu şans ortadan kalkmalıdır.

Şans kaybı ile şans oyunlarının arasındaki ilişkiye de değinilmesi gerekmektedir. Örneğin davalı, davacı adına belirli bir ata bahis oynamayı unutursa ve oynanması unutilan bahis kazanılırsa, burada şans kaybından söz edilemez. Zira burada hangi at için bahis oynanıldığı ve yatırılmayı unutilan kuponun kazandığı belirlidir, dolayısıyla zarar ödölün tamamamıdır. Bu nedenle, şans oyunlarından veya şansın-tesadüfün söz konusu olduğu olaylardan ortaya çıkabilecek her kayıp, doğrudan şans kaybı olarak nitelendirilemez¹⁴³.

Şansın gerçek ve ciddî olması, şansın yeterince somut olması anlamına gelmektedir¹⁴⁴. Sadece farazî olmaması yani makul bir olasılıkla¹⁴⁵ gerçekleşebilir olması gerekmektedir¹⁴⁶. Bununla birlikte, bu unsurların kapsamı kolay belirlenebilir değildir. İçtihat da kriter geliştirilmesi konusunda pek yardımcı olmamaktadır. Nitekim aşağıda olay grupları incelenirken görüleceği üzere, bazı kararlarda çok az bir şans, bazı kararlarda uygun bir olasılık, bazı kararlarda ise nihaî zarar ile zarar doğuran olay arasında ağırlıklı veya yüksek bir olasılıkla nedensellik

¹⁴² **Koch**, Comparative Report, s.1121; **Mäsch**, Chance und Schaden, s.165 (naklen); **Kasche**, s.5; **van Dam**, s.294; **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.402; **Martin-Casals**, s.1048; **Cardona-Ferreira**, s.59; **Borghetti**, s.1085; **Khoury**, s.95. **Khoury**, Causation and Risk, s.122

¹⁴³ **Khoury**, s.95, dn.32.

¹⁴⁴ **Kasche**, s.5.

¹⁴⁵ **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.402; **Martin-Casals**, s.1048.

¹⁴⁶ **Koch**, Comparative Report, s.1121; **Cardona-Ferreira**, s.59.

bağının kurulması olarak yorumlanacak kadar yüksek bir şans, gerçek ve ciddi bir şans olarak değerlendirilmektedir¹⁴⁷. Uygulama alanına göre de değişebilen bu kriterlerin somutlaştırılabilmesi için uygulama alanı bazında bir inceleme yapılması gerekmektedir.

c. Şans Kaybı Tazmininin Uygulama Alanı

Şans kaybı doktrininin temeli, Fransız Temyiz Mahkemesi'nin 1889 tarihinde vermiş olduğu bir karara dayanmaktadır¹⁴⁸. Bu davada hukukî prosedürü takibin ihmâli dolayısıyla ortaya çıkan davanın kazanılma şansı kaybı tazmin edilmiştir¹⁴⁹. Şans kaybının uygulama alanı zamanla genişlemiş ve günümüzde hem sözleşmeden doğan sorumlulukta, hem haksız fiil sorumluluğunda uygulanan genel bir kurum olarak kabul edilmiştir¹⁵⁰. Bununla birlikte, bu gelişimin olay grupları temelinde olması, içtihatla gelişmesi ve bu bağlamda zararın hesaplanmasının hakimın takdir yetkisinde kabul edilmesi gibi nedenlerle şans kaybının tazmini konusunun incelenmesi de olay grupları çerçevesinde yapılmaktadır¹⁵¹.

Ancak olay grupları konusunda bir yeknesaklık bulunmamaktadır. *Müller-Stoy*; şans kaybının öncelikle üç olay grubu bakımından geliştirildiğini, sonraları

¹⁴⁷ **Mäsch**, Chance und Schaden, s.165 (naklen).

¹⁴⁸ **Großerichter**, s.93 (naklen); **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.392, dn.27; **Cardona Ferreira**, s.58 (naklen); **Mäsch**, Chance und Schaden, s.164 (naklen).

¹⁴⁹ **Cardona Ferreira**, s.58 (naklen). Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Mäsch**, Chance und Schaden, s.164 (naklen).

¹⁵⁰ **Müller-Stoy**, s.8; **Kasche**, s.3; **Mäsch**, Chance und Schaden, s.165; **Cardona-Ferreira**, s.58 (naklen).

¹⁵¹ **Großerichter**, s.94 (naklen).

uygulama alanının genişlediğini ifade ederek; incelemesini dava şansı, yarışma şansı, iyileşme şansı, kazanç şansı kayıpları ve diğer olay grupları olarak sınırlandırmıştır¹⁵². *Kasche* ise olay gruplarını hukuk danışmanlarının sorumluluğu, şans oyunları, kariyer, aile fertlerinden birinin ölümü ve iyileşme şansı kaybı olarak belirlemiştir¹⁵³. *Cardona Ferreira*, şans kaybının uygulama alanının avukatların sorumluluğundan, diğer alanlara zamanla yayıldığını belirtmiştir. Bu alanların şans oyunları ve spor yarışmaları, meslekî kariyerde ilerleme, bilimsel veya ticari faaliyette ilerleme veya belirli bir uzmanlığa erişim olduğunu ifade etmiştir¹⁵⁴.

Uygulama alanının yalnızca olay gruplarının esas alınarak değil, örnek olaylar sayılmak suretiyle belirlendiği de görülmektedir. Nitekim *Martin-Casals* bu yöntemi benimsemiş, avukatın temyiz süresini kaçırmaması nedeniyle dava açılmaması, piyango biletinin parçalanması ve çeşitli yarışma-rekabet olaylarını örnek kabilinden saymıştır¹⁵⁵.

Mäsch ve *Großerichter* ise şans kaybının uygulama alanının klâsik şans kaybı ve iyileşme şansı kaybı olarak ikiye ayırmıştır¹⁵⁶. Bu ayrımın sebebi, klâsik şans kaybının, iyileşme şansı kaybına göre çok uzun yıllardır uygulanıyor olması ve

¹⁵² **Müller-Stoy**, s.8; ss..8-22.

¹⁵³ **Kasche**, s.6-9; 119.

¹⁵⁴ **Cardona Ferreira**, s. s.58-60.

¹⁵⁵ **Casals**, s.1044.

¹⁵⁶ **Großerichter**, s.94; **Mäsch**, Chance und Schaden, s.166. Aynı yönde bkz.: **Van Gerven/Larouche/Lewer**, s.428/2; **Khoury, L.**: Uncertain Causation in Medical Liability, Oxford 2006, s.93 (uncertain causation); *Cardona Ferreira*, her ne kadar klâsik şans kaybı-iyileşme şansı kaybı gibi bir ayrım benimsemese de, yazarın çalışmasında tıbbî sorumlulukta şans kaybını ayrıca ele almasından, bu ayrımı benimsediği sonucuna varılabilir. **Cardona Ferreira**, s.58-60.

doktrinde de uygulama alanı sınırlarının daha iyi belirlenmiş olması ve bu konuda derin görüş ayrılıklarının bulunmamasıdır. Bununla birlikte, iyileşme şansı kaybının tazmini çok daha sonraları kabul edilmiş ve gelişim sürecinde, içtihatları farklı kararların yanı sıra doktrinde de yoğun eleştirilere maruz kalmıştır¹⁵⁷. *Großerichter*, klâsik şans kaybı ayrımı altında, meslekî ilerleme şansı, dava şansı, yarışmalarda şans ve şans kaybının uygulandığı diğer olaylar ayrımını benimsemiştir. *Mäsch* ise, olay grubu nitelemesini yapmadan, klâsik şans kaybının uygulama alanını kimi zaman vücut bütünlüğü ihlâli sonucunda meslekî ilerleme şansı gibi nitelermeler yaparak, kimi zaman ise hiçbir niteleme yapmadan sadece örnek mahkeme kararları vermek suretiyle açıklamıştır¹⁵⁸.

Şans kaybının uygulama alanı bu olay grupları veya örnek olaylarla sınırlı değildir. Nitekim taraflardan birinin kusurunun sözleşme görüşmesinin kesilmesine yol açması veya üçüncü bir kişinin kusurunun sözleşmenin tamamlanamamasına neden olması durumunda elde edilecek kazanç şansının kaybı, ileride bakım yükümlülüğü şansı, nafaka şansı kaybı gibi çok fazla sayıda örnek bulunmaktadır. Ancak bunlar derli toplu değildir¹⁵⁹.

Tüm bu bilgiler ışığında şans kaybını tazmini konusunda genel bir izlenim vermesi için dava şansı, yarışma şansı ve meslekî ilerleme şansı kayıplarına yer verilecektir.

¹⁵⁷ *Großerichter*, s.94.

¹⁵⁸ *Mäsch*, Chance und Schaden, s.166-168.

¹⁵⁹ *Großerichter*, s.118-122.

aa. Dava Şansı

Dava şansı kaybı, şans kaybı doktrininin başlangıcına dayanmaktadır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere doktrin, dava şansı kaybının tazminiyle ortaya çıkmıştır¹⁶⁰.

Dava şansı kaybı, kural olarak, avukatın veya başkalarının menfaatlerini koruma konusunda kendisine güvenilen bir kişinin kusuru sonucunda zarar görenin hiçbir surette iddiasını yargı denetimine taşıyamaması durumunda söz konusu olmaktadır¹⁶¹. Fransız hukukunda dava şansı kaybının kabul edildiği olaylarda çoğunlukla ilk derece mahkemesinin davayı reddetmesi sonrasında avukatın temyiz süresini kaçırmaması veya üst kanun yoluna şekli hata içeren bir başvuru yapması söz konusudur¹⁶². Dava temsilcisinin sözlü duruşmaya girmemesi veya başka sebeplerle hakkın düşmesine yol açması durumunda da tazminata hükmedildiği görülmektedir. Bunun dışında kesin bir başarı şansının bulunması halinde hukuk davasındaki hukukî durumun ihmâl suretiyle yanlış değerlendirilmesi veya zamanaşımı def'inin zamanında ileri sürülmemesi de dava şansı kaybına yol açabilmektedir¹⁶³. Uygulama alanına sadece davanın kazanılma şansının değerlendirildiği olaylar değil, aynı zamanda avukatın kusuru nedeniyle müvekkilin malvarlığını artırma şansının elinden

¹⁶⁰ **Großerichter**, s.107; **Cardona Ferreira**, s.59.

¹⁶¹ **Großerichter**, s.107.

¹⁶² **Großerichter**, s.107-108; **Mäsch**, Chance und Schaden, s.167.

¹⁶³ **Großerichter**, s.108.

alındığı olaylar da girmektedir¹⁶⁴.

Dava şansı kaybının tazmin edilebilmesi için, farazî davanın kazanılma şansının ciddî ve gerçek olması gerekmektedir¹⁶⁵.

Mahkeme kararlarına göre; belirli bir soruna yönelik içtihadın değişmesi ihtimalinde veya vakıaların ispatının sıkıntılı olması durumunda ciddî bir şans bulunmamaktadır¹⁶⁶. Başka bir anlatımla davanın kazanılma ihtimali başlı başına şans kaybının tazminine yeterli değildir¹⁶⁷. Bununla birlikte, önceleri davanın kazanılmasının imkânsız olması dışındaki hallerde, dava şansının ciddî olduğu yönünde verilmiş kararlar da bulunmaktadır. Başka bir anlatımla davanın kazanılma şansının az olması durumunda dahi tazminata hükmedilmiştir. Bunun gerekçesi ise, dava şansının kazanma şansından bağımsız olarak karşı tarafta baskı yapma şansını da içermesidir¹⁶⁸. Bununla birlikte, dava şansı kaybının incelendiği kararların büyük çoğunluğunda, farazî davanın lehe sonuçlanmasının kesine yakın olması, yani en azından ağırlıklı olasılıkla lehe sonuçlanacağını beklenmesi durumunda şansın ciddî olduğu sonucuna varıldığı belirtilmiştir¹⁶⁹.

Großerichter, 1989 yılında 1 no'lu Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu kararı

¹⁶⁴ **Mäsch**, Chance und Schaden, s.167.

¹⁶⁵ **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.392; **Großerichter**, s.108.

¹⁶⁶ **Großerichter**, s.108-109.

¹⁶⁷ **Großerichter**, s.109.

¹⁶⁸ **Großerichter**, s.110; **Mäsch**, Chance und Schaden, s.167-168; **Cardona Ferreira**, s.59. Bununla birlikte, yazar bu düşüncenin içtihadı etkileyen düşüncelerden biri olduğunu belirtmiş, günümüzde geçerliliğini yitirdiğini ifade etmemiştir. **Cardona Ferreira**, s.59.

¹⁶⁹ **Großerichter**, s.109; **Mäsch**, Chance und Schaden, s.168.

bu sonucun klâsik örneği olarak değerlendirmiştir. Davaya konu olan ve avukatın ihmâli sonucu temyize başvurulamayan karara konu olan olayda, gerçekleşen kazada zarar görenin müterafik kusuru 2/3 olarak belirlenmiştir. İstinaf mahkemesi, davalının sorumluluğunun ileri sürülmüş olsa dahi farazî davanın kazanılma şansının ciddî olmadığı sonucuna vardığı için, şans kaybı talebini reddetmiştir¹⁷⁰.

Dava şansı kaybının tazmin edilebilmesi için, farazî davanın kazanılmasının en azından ağırlıklı olasılıkla beklenmesi gerektiği sonucuna varan ilk derece mahkemelerinin, sadece bazı kararlarında şans kaybının ayrı bir zarar kalemi olarak ispatlandığı ve varsayılan olasılık oranında tazminat miktarına hükmedildiği ifade edilmiştir. Kararlara göre; tazminat miktarı olarak en azından talep edilen miktarın yarısından fazlasına hükmedilmekte, çoğunlukla da talep edilen miktarın tamamına hükmedilmektedir¹⁷¹.

Bununla birlikte; içtihat hangi hallerde dava şansının ciddî ve gerçek olduğuna yönelik kesin sınırlar çizmemiştir. *Großerichter*, hukuk dairesinin bazı durumlarda şans kaybını uygulayabilmek için, ciddî şans kriteri konusunda hakimlere yeterli bir serbesti bıraktığını ileri sürmektedir¹⁷². Nitekim 1963 yılında, Paris İstinaf Mahkemesi'nin vermiş olduğu karar bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Babalığın tespiti davasında, müvekkil, avukattan annenin yaşamını araştırmasını talep etmiştir. Ancak avukat bu araştırmayı yapmayı unutmuştur. Bunun üzerine avukata karşı açılan davada, mahkeme, ilk davanın kazanılma olasılığının birkaç tanık ifadesine bağlı olduğunu, bu nedenle de araştırmanın farazî

¹⁷⁰ Kararla ilgili bilgi için bkz. **Großerichter**, s.109.

¹⁷¹ **Großerichter**, s.109.

¹⁷² **Großerichter**, s.110.

sonucunun ayrıntılarıyla ispatından vazgeçilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Avukatın, yükümlülüğünü ihlâl etmemiş olsaydı, daha kesin ifadelere ulaşmasının mümkün olacağı düşüncesiyle şans kaybının varlığına hükmetmiştir¹⁷³.

Großerichter, yargı kararları incelendiğinde zarar görenin davayı kazanma ihtimalinin elinden alınması olaylarının, kural olarak, sadece şans kaybı çerçevesinde tazmin edildiği sonucunu doğurduğu tespitinde bulunmuştur. Bu tespit, dava şans kaybında kural olarak tam tazminata hükmedilmediği anlamına gelmektedir¹⁷⁴. Bununla birlikte, *Großerichter*, ne yargı kararlarında, ne de doktrinde bu konunun tartışıldığını ifade etmiştir. Yazar, “dava şans kaybında, kural olarak tam tazminata hükmedilmemesinin” davaların karara bağlanma sürecinde tesadüfün rol oynadığı anlamına gelebileceği konusunda birkaç eleştirinin de bulunduğunu ifade etmiştir¹⁷⁵.

Şans kaybının ne oranda olduğunun belirlenmesi ise ayrı bir sorun yaratmaktadır. Dava şans kaybında davanın kazanılma oranı konusunda hakimlerin genellikle kendi deneyimlerine dayandığı belirtilmektedir¹⁷⁶. Bu bağlamda hakim davanın kazanılma oranının örneğin %25 olarak belirlerken nasıl bu sonuca ulaştığı aslında belirsiz kalmaktadır.

bb. Yarışma Şansı

Yarışma şans kaybı olay grubunda, davacının bir yarışmaya katılması veya katılmak istemesi, bununla birlikte davalının davranışı nedeniyle yarışamaması, yani yarışmayı kazanma veya yarışmada iyi bir derece elde etme şansının elinden alınması

¹⁷³ Kararla ilgili bilgi için bkz.: **Müller-Stoy**, s.11; **Großerichter**, s.110.

¹⁷⁴ Tam tazminata hükmedilen az sayıdaki karar için bkz. **Großerichter**, s.112.

¹⁷⁵ **Großerichter**, s.112 (naklen).

¹⁷⁶ **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.392.

söz konusu olmaktadır¹⁷⁷. Bu olay grubunun hatta şans kaybının tazmininin klâsik örneği at yarışı olsa da¹⁷⁸, bu olay grubu sanat yarışmaları, edebiyat yarışmaları ve hatta ihaleleri de kapsamaktadır¹⁷⁹.

Bu olay grubunun diğerlerinden farkı; yarışmaya katılan çok sayıda aday olmasına rağmen, çok az sayıda adayın -ki çoğunlukla tek adayın- yarışma ödülünü elde etme şansının bulunmasıdır. Bu da zararın kesinliğinin ispatında genellikle uygulamada bertaraf edilemeyen güçlükler yaratmaktadır. Bu nedenle, tam tazminat nadiren göz önünde bulundurulmakta, tam tazminat ve şans kaybı arasındaki ilişki hakkında da genelde bir açıklama yapılmamaktadır¹⁸⁰.

Zararın kesinliğinin ispatlanamayacağı gerekçesiyle, yarışma şans kaybının tazmini, önceleri kategorik olarak reddedilmiştir¹⁸¹. Bununla birlikte şans kaybının sorumluluk hukukunda tanınmasıyla birlikte, 1950’li yıllarda itibaren şans kaybının tazmini bu olay grubunda da uygulanmaya başlanmıştır¹⁸².

İlk olarak ise, 1953 yılında, *La Seine* Hukuk Mahkemesi tarafından karara bağlanan davada tazminata hükmedildiği görülmektedir. Davaya konu olan olayda bir edebiyat yarışı söz konusudur. Davacı ön elemeyi geçerek, altı kişi arasında

¹⁷⁷ **Müller-Stoy**, s.14; **Mäsch**, Chance und Schaden, s.166; **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.392; **Kasche**, s.7.

¹⁷⁸ **Müller-Stoy**, s.14; **Großerichter**, s.114; **Mäsch**, Chance und Schaden, s.166-167. **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.392. Bununla birlikte, bu kararlar, söz konusu yarışmaların ağırlıklı olarak şans oyunu olması (kumar) ve söz konusu kaybın da şans oyunlarına ilişkin bir kayıp olması nedeniyle doktrinde kimi zaman eleştirilmektedir. **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.392; **Kasche**, s.7.

¹⁷⁹ **Großerichter**, s.114; **Mäsch**, Chance und Schaden, s.167. Kasche şans oyunları dışındaki yarışma ve ihaleleri kariyer şans kaybı altında ele almıştır. **Kasche**, s.7.

¹⁸⁰ **Großerichter**, s.114-115 (naklen).

¹⁸¹ At yarışı olaylarında şans kaybının tazmin edilmeyip, tazminat talebinin reddedildiği kararlar için bkz. **Müller-Stoy**, s.14.

¹⁸² **Müller-Stoy**, s.14; **Großerichter**, s.115.

gerçekleşecek final elemesine katılmaya hak kazanmıştır. Ancak final elemesinde değerlendirilmeye alınması için yarışmacıların eserlerinden 1.000 kopya basılması gerekmektedir. Davacı, yayıncısı gerekli sayıda kopya basmayı reddettiği için finalde yarışmamıştır. Bunun üzerine yayıncıya karşı açılan davada mahkeme; davacının ilk elemeyi geçerek, nihaî elemeye kalan 6 adaydan biri olduğu, elde edilen pozisyonun yarışmayı kazanmasına yönelik ciddî bir şans teşkil ettiği gerekçesiyle, talep edilen miktarın beşte biri oranında tazminata hükmetmiştir¹⁸³.

1959 yılında karara bağlanan bir olayda ise, bir heykeltıraş, organizasyon komitesinin vermiş olduğu yanlış bilgi nedeniyle tasarımını yanlış şartlardan yola çıkarak yapmış ve bu nedenle tasarımı kabul edilmemiştir. Bunun üzerine açılan davada mahkeme, ödül jürisi yerine geçerek bir karar veremeyeceğini, bununla birlikte davacının eşit koşullar altında ödül alma konusunda gayret gösterme şansının elinden alındığını kabul ederek tazminata hükmetmiştir. Ancak tazminat miktarını nasıl bölüştürüldüğü ayrıntılı bir biçimde belirtilmemiştir¹⁸⁴.

Grenoble İstinaf Mahkemesi'nin 1964 yılında karara bağladığı bir davada ise, mimarlık yarışması söz konusudur. Yarışmanın ödülü; inşa edilecek hastanenin çiziminin yarışmanın birincisine yaptırılmasıdır. Diğer adaylar tarafından, sonradan jürinin birinci seçtiği adayın çizimlerinde jürinin gözünden kaçmaması gereken önemli bir hata yapıldığı ortaya çıkartılmıştır. Bunun üzerine yarışmaya katılan tüm adaylar dava açarak, her biri işin kendilerine verilmemesinden kaynaklanan kazanç kaybının tazminini talep etmiştir. Mahkeme tüm adayların birinci olma (kazanma)

¹⁸³ Karara ilişkin bilgi için bkz.: **Müller-Stoy**, s.15-16; **Mäsch**, Chance und Schaden, s.167; **Großerichter**, s.115; **Kasche**, s.7, dn.35.

¹⁸⁴ **Großerichter**, s.115.

şansının eşit olduğu sonucuna vararak, her bir adaya toplam ödül miktarının aday sayısına oranı kadar tazminat ödenmesine hükmetmiştir¹⁸⁵. Bu tazminatı ise şans kaybının ve manevi zararın denkleştirilmesi olarak nitelemiştir¹⁸⁶.

Yarışma şansı kaybı, Fransız Temyiz Mahkemesi'nin önüne ilk defa 1970'li yıllarda gelmiştir. Yine bir at yarışı olayında, jokey, atı kasten yavaşlatarak, atın yarışı kazanmasını engellemiştir. Temyiz Mahkemesi jokeyin atı yavaşlattığı sırada, atın üçüncü sırada olmasını yarışın kazanılması için ciddî bir şans olarak nitelendirmiştir¹⁸⁷.

Yarışma olaylarının şans kaybı doktriniyle çözüme kavuşturulması, içtihadın klâsik bir uygulaması olarak kabul edilmekte ve doktrin tarafından da onaylanmaktadır¹⁸⁸. Yüksek mahkeme kararlarında, kazanma şansının ciddî bir şans olarak değerlendirilebilmesi için, çoğunlukla, -atın yarışta üçüncü sırada olmasının göz önünde bulundurulduğu kararda olduğu gibi- ödülü veya yarışı kazanma olasılığının yüksek olması aranmaktadır. Bununla birlikte, hiçbir davacının rakiplerine göre daha yüksek bir beklentiye sahip olmadığı durumlar da bulunmaktadır¹⁸⁹.

Yarışma şansı kaybının tazmin edilebilmesi için, adayın bulunduğu aşamada -

¹⁸⁵ Karara ilişkin bilgi için bkz.: **Müller-Stoy**, s.16; **Großerichter**, s.115; **Mäsch**, Chance und Schaden, s.167.

¹⁸⁶ **Müller-Stoy**, s.16.

¹⁸⁷ **Großerichter**, s.116.

¹⁸⁸ **Großerichter**, s.116.

¹⁸⁹ **Großerichter**, s.117.

edebiyat yarışması örneğinde adayın ön elemeyi geçmesi gibi- gerçek, ispatlanabilir dayanak noktaları ile yararı elde etme şansının açıkça gösterilebilir olması gerekmektedir. Bu da aslında yararın gerçekleşme şansının yüksek olması gerekliliği sonucunu doğurmaktadır. Bununla birlikte yüksek olasılık kriteri tek başına şansın tazmin edilebilir olduğunu gösterme özelliğini haiz değildir. Nitekim sadece yüksek olasılık kriterinin benimsenmesi, tüm katılımcıların belirli bir kazanma şansı olduğu, ancak hiç birinin tam tazminat alacak kadar yüksek bir şansa sahip olmadığı olaylarda, hiçbirinin tazminat alamamasına yol açacaktır¹⁹⁰.

cc. Meslekî İlerleme Şansı

Meslekî ilerleme şansı¹⁹¹, kariyer şansı¹⁹² veya kazanç şansı kaybı¹⁹³ olarak adlandırılan bu olay grubunda, zarar görenin kaza veya ölüm nedeniyle belirli bir meslek edinme veya belirli meslekte ilerleme katetme şansının elinden alınması söz konusudur¹⁹⁴. Bu bağlamda terfi, daha yüksek ücret alma, sınavı kazanma suretiyle belirli bir kariyer edinme, işe kabul gibi olaylar bu olay grubu altında ele alınmaktadır¹⁹⁵.

Großerichter, içtihat incelendiğinde şans kaybının tazmini bakımından iki kriter geliştirildiğini ifade etmektedir. Bunlardan ilki zarar doğuran olay olmasaydı,

¹⁹⁰ **Großerichter**, s.117 (naklen).

¹⁹¹ **Großerichter**, s.98; **Kasche**, s.7.

¹⁹² **Kasche**, s.7.

¹⁹³ **Müller-Stoy**, s.20.

¹⁹⁴ **Müller-Stoy**, s.20; **Großerichter**, s.98; **Mäsch**, Chance und Schaden, s.166-167.

¹⁹⁵ **Mäsch**, Chance und Schaden, s.166-167; **Kasche**, s.7.

gerçekleşeceği ileri sürülen seyre ilişkin hali hazırda somut dayanak noktalarının bulunmasıdır¹⁹⁶. Yarışma şansı kaybı olay grubunda olduğu gibi, Fransız Temyiz Mahkemesi belirli bir olasılıktan ziyade, beklentinin ispatlanabileceği ve makul bir kesinlik olarak değerlendirilebileceği somut dayanak noktalarının mevcudiyetine dayanmaktadır¹⁹⁷. Bu bağlamda, çok yankı uyandıran ve içtihadın gelişimini etkileyen Fransız Temyiz Mahkemesinin 1966 yılında vermiş olduğu karara değinilmesi gerekmektedir¹⁹⁸. Davaya konu olan olayda, geçirdiği kaza sonucu çalışma gücünü %100 yitiren 19 yaşındaki bir kişinin eczacı olarak kariyer yapma şansı incelenmiştir. Mahkeme, zarar gören kısa bir süre önce bitirme sınavının ilk kısmında başarılı olmadığından, öğrenim durumunun ilerdeki meslekî gelişimine ilişkin yeterince kesinlik arz etmediği sonucuna vararak, şans kaybı talebini reddetmiştir. Ceza Dairesi'nin de benzer karar vermesinin ardından, Temyiz Mahkemesinin, hem hukuk dairesince, hem ceza dairesince bu içtihat benimsenmiştir¹⁹⁹. Somut dayanak noktalarının mevcut olup olmadığı Temyiz Mahkemesi denetiminde olduğundan, bunlara dayanmadan şans kaybını tazmin eden alt derece mahkeme kararları reddedilmektedir²⁰⁰.

¹⁹⁶ **Großerichter**, s.103; **Mäsch**, Chance und Schaden, s.166.

¹⁹⁷ **Großerichter**, s.117.

¹⁹⁸ **Großerichter**, s.100; **Mäsch**, Chance und Schaden, s.166, dn.62.

¹⁹⁹ Karar hakkında bilgi için bkz. **Großerichter**, s.103; **Mäsch**, Chance und Schaden, s.166, dn.62.

²⁰⁰ **Großerichter**, s.103. Bu bağlamda henüz meslek hayatına başlamamış kişilerin üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle çalışma gücünü tamamen kaybettiği durumlara da değinilmesi gerekmektedir. Çalışma gücünün tamamen kaybında tazminat hesabı asgari standartlar çerçevesinde yapılmaktadır. Bununla birlikte, asgari standartların yanı sıra, bazı ilk derece mahkemelerinin zarar görenin kazadan önceki öğrenim durumu olası meslekî gelişimine yönelik somut bir dayanak teşkil etmese de, şans kaybının tazmini kapsamında ele alarak yüksek tazminat miktarlarına hükmetmiştir. **Großerichter**, s.100.

Meslekî ilerleme şansında göz önünde bulundurulmuş ikinci kriter ise zamanlamadır. Nitekim şansın ciddî olarak kabul edilebilmesi için ileri sürülen ilerlemenin zarar doğuran olaydan kısa bir süre sonra gerçekleşecek olması gerekmektedir²⁰¹.

Bunlar, meslek yaşamına başlamamış bir kişinin meslekî ilerleme şansının göz önünde bulundurulmayacağı anlamına gelmemektedir. Nitekim Ceza Dairesi eğitiminde büyük bir başarı gösteren ve zarar doğuran olay zamanında hastanede staj yapmakta olan 6. sınıf tıp öğrencisinin şans kaybının tazmini talebini kabul etmiştir²⁰².

Bu kriterler, meslekî ilerleme şansı altında yer alan mesleğini değiştirme veya bir önceki mesleğinde yükselme şansı bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte, Fransız Temyiz Mahkemesi, 70 yaşına gelmekte olan davacının, emekli olduktan sonra yeni bir iş yapacağı iddiasını, söz konusu iş için somut bir hazırlık yapmadığı gerekçesiyle reddetmiştir²⁰³. Mahkeme emekli olduktan sonra yeni bir iş yapma konusunda ileri sürülen istatistikî olasılığı yeterince somut bulmamıştır. Böyle bir şansın tazmin edilebilmesi ve hakim tarafından göz önünde bulundurulacak ölçüde ikna edici olabilmesi için, iş yeri değişikliğinin kısa sürede meydana geleceğinin veya yeni bir işveren tarafından bir teklif yapıldığının sunulan delillerde somut

²⁰¹ **Großerichter**, s.103; **Mäsch**, Chance und Schaden, s.166.

²⁰² **Großerichter**, s.101.

²⁰³ **Großerichter**, s.101-102.

olarak gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir²⁰⁴.

Bir önceki meslekte yükselme şansı bazı mahkemeler tarafından sadece şans kaybının tazmini olarak değil, tam tazminat olarak da değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, tazmin edilebilirlik bakımından daha yüksek şartlar arandığından, çoğunlukla şans kaybının tazminine başvurulmaktadır. Bu bağlamda beklenen kariyer şansı ya da terfi, ya işletmenin önceden belirlenen koşullarına ya da kesin plân gibi somut koşullara dayandırılmaktadır²⁰⁵.

Meslekî ilerleme şansının tazmini konusunda, şansın gerçekleşme olasılığına ilişkin bir alt sınır belirlemek güçlük arz etmektedir. Bununla birlikte, sıklıkla atıf yapılan bir kararda, beklentinin tazmin edilebilmesi için, bu beklentinin gerçekleşme olasılığının %50'nin üzerinde olması gerektiği belirtilmiştir. Bazı kararlarda ise, zarar verenin kusuru nedeniyle kesilen seyrin gerçekleşme ihtimalinin, gerçekleşmeme ihtimaline göre önemli oranda yüksek olması gerektiği ifade edilmektedir. Zamansal yakınlık (zamanlama) kriterinin ise kural olarak çok yüksek ihtimale yol açtığı da belirtilmektedir. Bununla birlikte, çok sayıda kararda da, istisna olarak değerlendirilebilecek bir oranın dışındaki olasılığın tazmin edildiğinin de görüldüğü aktarılmaktadır. Her ne kadar alt sınır konusunda farklı farklı uygulamalar olsa da, doktrinde de benimsendiği üzere, bu şansın tazmin edilebilmesi için en azından ağırlıklı olasılıkla ama çoğunlukla bundan daha yüksek olasılıkla

²⁰⁴ **Großerichter**, s.102.

²⁰⁵ **Großerichter**, s.102-103.

gerçekleşmesi gerekliliği kabul edilmektedir²⁰⁶.

Tam tazminat ile şans kaybının tazmini arasındaki farkları ortaya koyacak ayırt edici kriterlere yargı kararlarında rastlanmamaktadır. Bununla birlikte, ileri sürülen seyrin gerçekleşme olasılığının yüksek olmasına rağmen, tam tazminat yerine şans kaybının tazmin edilmesi gerekliliği sonucuna varan tüm yüksek mahkeme kararlarının ortak bir özelliği bulunmaktadır. Söz konusu bu kararlarda, alt derece mahkemesi, meslekî ilerleme şansının kesinlik arz etmemesi nedeniyle, şans kaybını tazmin etmemiştir. Buna karşılık, şans kaybının yerine tam tazminatın uygulanması gerekliliğini belirten hiçbir Temyiz Mahkemesi kararı bulunmazken, tam tazminat yerine şans kaybının uygulanması gerektiği için reddeden sadece az sayıda karar bulunmaktadır²⁰⁷.

Bununla birlikte, hakimın takdir yetkisi göz önünde bulundurulduğunda kısmî tazminat ile tam tazminat arasındaki sınırı belirleyen ayırt edici kriterlere ulaşamamaktadır. Doktrinde de her iki gruba yönelik kararlar arasında ayrım yapılmamakta, bunun yerine, meslekî ilerlemenin şans kaybının konusuna girdiği belirtilmektedir²⁰⁸.

²⁰⁶ **Großerichter**, s.103 (naklen).

²⁰⁷ **Großerichter**, s.105-106.

²⁰⁸ **Großerichter**, s.105 (naklen).

d. Ara Değerlendirme

Olay grupları temelinde gelişen klâsik şans kaybı yukarıda da belirtildiği üzere, genel olarak, Fransız sorumluluk hukukunda kabul edilmektedir. Başka bir anlatımla, şans kaybının uygulama alanı sadece yukarıda belirtilen olay gruplarıyla sınırlı değildir. Olay grupları üzerinden bir değerlendirme yapılacak olursa, tüm olaylarda davacının iddiasının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği sayısız faktöre bağlıdır. Bu nedenle de davacının iddiasının, doğası gereği, tesadüf olduğu kabul edilmektedir²⁰⁹.

Yukarıda da belirtildiği gibi, şans kaybının tazmin edilebilmesi için şansın ciddî ve gerçek olması gerekmektedir. Bununla birlikte, bu sınırlandırma için kesin ölçütler bulunmamaktadır. Dava şans kaybında, kusurun, şans kaybına yol açma olasılığının kesinlik sınırında bir olasılığa dayanması ya da en azından ağırlıklı olasılığa sahip olması aranırken, bunun istisnalarının da olduğu belirtilmektedir. Yarışma şans kaybının tazmin edilebilmesi için yüksek olasılık aranmakta, ek olarak yarışmanın kazanılabileceğine dair somut dayanakların bu olasılığın mevcudiyetini göstermesi gerekmektedir. Meslekî ilerleme şans kaybında ise meslekî ilerlemenin en azından ağırlıklı olasılıkla, ama çoğunlukla yüksek olasılıkla sağlanacağını gösterilmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra salt istatistikî veriler kabul edilmemekte, somut dayanak noktalarının gösterilmesi gerekmektedir.

²⁰⁹ **Großerichter**, s.125.

Tüm bu bilgiler ışığında, Fransız hukukunda önceleri klâsik şans kaybına ilişkin daha az oranda şansın tazmin edildiği görülmekle birlikte, günümüzde daha ziyade ağırlıklı olasılığın altında kalan bir şansın tazmin edilmediği sonucuna varılabilir. Bunun yanı sıra genel olarak sadece istatistikî verilerin bulunması, tazmin edilebilirlik bakımından yeterli değildir; bu istatistikî verileri gösteren somut dayanak noktalarının bulunması gerekmektedir²¹⁰. Tam tazminat ile şans kaybının tazmini arasındaki ayrım son derece belirsizdir.

D. Şans Kaybı Doktrinini Kısmen Kabul Eden Hukuk Düzenleri

İngiliz hukuku ve Amerikan hukuku bu başlık altında yer almaktadır. Bununla birlikte Amerikan hukukunda haksız fiil sorumluluğunda sadece tıbbî sorumluluk alanında iyileşme şansı kaybı tazmin edilmektedir²¹¹. Amerikan hukuku iyileşme şansı kaybında ayrıntılı bir biçimde incelenecek olduğundan bu başlık altında sadece İngiliz hukukuna değinilecektir.

1. İngiliz Hukukunda Şans Kaybı Doktrinin Tarihi Gelişimi

McGregor, tebliğinde insanların şans kaybıyla ilgili “gerçekten şans kaybının ne olduğunu anlayan var mı?” ve “*Lord*’ların konuyu aydınlatmasına ihtiyacımız var.” söylemlerinde bulunduğunu belirtmiştir²¹². Aslında bu ifade İngiliz hukukunda

²¹⁰ **Großerichter**, s.126-128.

²¹¹ **Fischer, D.A.**: Tort Recovery for Loss of a Chance, Wake Forrest L.Rev. 2001, s.617 (loss of a chance).

²¹² **McGregor, H.**: Loss of Chance: Where has it come from and where is it going?, P.N. 2008, s.2 (loss of chance).

şans kaybının nasıl ele alındığını özetler niteliktedir.

İngiliz hukukunda hatta Anglo-Amerikan hukukunda şans kaybının tazmini ilk defa 1911 tarihli *Chaplin v. Hicks*²¹³ davasında söz konusu olmuştur²¹⁴. Bununla birlikte 1950’li yıllara kadar şans kaybı konusunda herhangi bir gelişme olmamıştır. 1950’li yıllarda ise avukatın sorumluluğu alanında pek çok davada şans kaybı tazmin edilmiştir. Bu kararlardan en önemli ise *Kitchen v. Royal Air Force Association*²¹⁵ kararıdır. 1987 yılında hekimin sorumluluğunun söz konusu olduğu *Hotson v. East Berkshire Authority*²¹⁶ davasında şans kaybının tazmini reddedilmiştir. 1995 yılına gelindiğinde yine temel bir karar olan *Allied Maples Group Ltd. v. Simmons&Simmons*²¹⁷ davasıyla birlikte, ihmâl olmasaydı olayların nasıl gelişeceğini üçüncü bir kişinin davranışına bağlı olduğu olaylarda, şans kaybının tazmin edileceği kabul edilmiştir. Hemen akabinde 1998 yılında sonuca bağlanan *Doyle v. Wallace*²¹⁸ davasıyla birlikte vücut bütünlüğü ihlallerinde şans kaybı doktrini uygulanmaya başlanmıştır. 2005 yılında, *Hotson* kararındaki gibi hekimin sorumluluğunun söz konusu olduğu, ancak *Hotson* kararındaki olaydan kimi

²¹³ *Chaplin v. Hicks* [1911] C.A 786. Bundan sonra *Chaplin* kararı olarak anılacaktır.

²¹⁴ **McGregor**, loss of chance, s.2; **King, J.H.**: “Reduction of Likelihood” Reformulation and Other Retrofitting of the Loss-of-a-Chance Doctrine”, 28 U. Mem. L. Rev. 1997-1998, s.501 (Reformulation); **Burrows, A.**: Uncertainty about Uncertainty: Damages for Loss of a Chance, JPIL 2000, s.34. Bununla birlikte, *McGregor*, şans kaybının tazmininin ilk kez *Richardson v. Mellish* davasıyla gündeme geldiğini belirtmektedir. **McGregor, H.**: McGregor on Damages, London 2003, s.311 (damages).

²¹⁵ *Kitchen v. Royal Air Force Association* [1958] 1 W.L.R. 563. Bundan sonra *Kitchen* kararı olarak anılacaktır.

²¹⁶ *Hotson v. East Berkshire Health Authority*, [1987] A.C. 750. Bundan sonra *Hotson* kararı olarak anılacaktır.

²¹⁷ *Allied Maples Group Ltd. v. Simmons&Simmons* [1995] 1 W.L.R. 1602. Bundan sonra *Allied* kararı olarak anılacaktır.

²¹⁸ *Doyle v. Wallace* [1998] P.I.Q.R. Q146. Bundan sonra *Doyle* kararı olarak anılacaktır.

farklılıklar arz eden, *Gregg v. Scott*²¹⁹ davasında şans kaybı doktrini yine reddedilmiştir. Son olarak ise 2006 yılında karara bağlanan *Barker v. Corus*²²⁰ davasıyla birlikte rizikonun önemli anlamda artırılması ile şans kaybı arasında bir ilişki kurulmuştur²²¹.

Tarihi gelişim göstermektedir ki, İngiliz hukukunda Fransız hukukunun aksine şans kaybı olay grupları temelinde gelişmemiştir. Bununla birlikte, *Hotson* ve *Gregg* kararlarıyla birlikte tıbbî sorumluluk alanında iyileşme şansı kaybının İngiliz hukukunda genel olarak tazmin edilmediği görülmektedir. Bu nedenle, İngiliz hukuku bakımından konuya ilişkin tartışmalar ağırlıklı olarak şans kaybının uygulama alanına ilişkindir. Gereksiz tekrardan kaçınmak için bu başlık altında sadece şans kaybının tazmin edildiği temel kararlara yer verilerek İngiliz hukukunda doktrininin genel görünümü belirlenecek, şans kaybının tıbbî sorumluluk alanında tazmin edilmeyip, diğer alanlarda tazminine ilişkin ayırt edici kriterlere ilişkin tartışmalar üçüncü bölümde incelenecektir.

2. Temel Kararlar

a. *Chaplin* Kararı

Söz konusu dava bir tiyatro yöneticisinin gazete ilânıyla düzenlediği bir güzellik yarışmasına ilişkindir. Tiyatro yöneticisinin sonradan yine gazete ilânıyla

²¹⁹ *Gregg v. Scott* [2005] 2 W.L.R. 268. Bundan sonra *Gregg* kararı olarak anılacaktır.

²²⁰ *Barker v. Corus* [2006] 2 W.L.R. 1027. Bundan sonra *Barker* kararı olarak anılacaktır.

²²¹ **McGregor**, loss of chance, s.4.

değiştirdiği ve davacının da haberdar olduğu söz konusu değiştirilmiş ilâna göre, İngiltere 10 bölgeye ayrılacak ve her bir bölgede seçilen güzellerin fotoğrafları gazetede yayınlanacak, okuyucular tarafından en çok oy olan 5 güzel görüşmeye çağırılacaktır. Yapılan bu görüşmeler sonucunda tiyatro yöneticisi bir komite yardımıyla 50 güzel arasından 12 kişiyi seçecek ve ilk dört, ikinci dört ve üçüncü dörtle farklı koşullarda sözleşme imzalayacaktır. Davacı kendi bölgesinde birinci seçilmiş ve davalının sekreteri tarafından görüşmeye mektupla davet edilmiştir. Daveti içeren mektup 4 Ocakta davacının başvurusunda belirttiği tek adres olan Londra'daki adresine gönderilmiş, adrese 5 Ocakta ulaşmıştır. Ancak o tarihte davacı iş görüşmesi nedeniyle başka bir ilde bulunduğundan, davet mektubu davacının o sırada bulunduğu ile yönlendirilmiş ve davacıya 6 Ocakta ulaşmıştır. Davacı, hali hazırda başka bir şehirde bulunduğu için aynı gün öğleden sonraki görüşmeye gidememiştir. Bunun üzerine davacı kendisine bir başka görüşme ayarlanması için çaba sarf etmiş olsa da bir sonuç alamamış ve tiyatro yöneticisi 49 güzel arasından seçim yapmıştır. Davacı, tiyatro yöneticisinin sözleşmeyi ihlâl ettiğini ileri sürmüş ve bu nedenle kendisinin seçimlerdeki şansını kaybetmesinden doğan zararlarının tazmin edilmesi için tiyatro yöneticisine dava açmıştır. Jüri davalının, davacıya seçimlerde kendisini gösterebileceği imkânı verme konusunda makul imkânı sağlamadığı yönünde karar vererek zararı 100 Pound olarak takdir etmiştir.

Davada taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi olduğu ve davalının sözleşmeyi ihlâl ettiği konusunda bir ihtilâf bulunmamaktadır.

Lord McCardic, davacının, sadece nominal tazminat²²² talep edebileceğini belirtmiştir. Buna gerekçe olarak da zararın sözleşme ihlâlinin doğrudan sonucu olmaması, yani uzak sonucu olmasını ve zararın hesaplanamayacak kadar tesadüfi olmasını göstermiştir²²³.

Bununla birlikte, *Lord Vaughan Williams*; zararın, ihlâlin uzak sonucu olup olmadığı sorununun, tarafların zararı, sözleşme ihlâlinin olası sonucu olarak değerlendirip değerlendiremeyeceği sorusuyla çözüleceğini belirtmiştir. Geçerli olan söz konusu sözleşme, davacıya yarışmada kendini gösterme ve ödül kazanma şansı tanımaktadır. *Lord Vaughan Williams*, davacının yarışmada yer alma fırsatının elinden alınmasının, taraflarca sözleşme ihlâlinin doğrudan sonucu olarak değerlendirileceğini belirterek, zararın ihlâlin uzak sonucu olmadığını belirtmiştir²²⁴. Sözleşme ihlâlinden doğan zarar miktarının sözleşme değeri ile ikame malların pazar değeri arasındaki farkının belirlenmesi suretiyle tespit edildiğini belirten *Lord*, pazar değeri olmadığı hallerde zararın da olmadığı sonucuna varılmayacağını ifade etmiştir. *Lord*'a göre; her ne kadar adaylar pazara gidip yarışma haklarını satamayacak olsalar da, bu haklarının devredilebiliyor olması halinde iyi bir bedelle satın alınmak isteneceği hususu değerlendirmeye alınmalıdır. Dolayısıyla, yarışmada on kişiye ödül verileceği ve davacının da finale katılmaya hak kazanan elli kişiden biri olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu zararın maddî bir değeri olduğu

²²² İngiliz hukukunda yargılama sonunda sözleşmenin davalının tarafından ihlâli tespit edilmekle birlikte, davacının zararının bulunmadığı sonucuna varılırsa, 1 Pound gibi sembolik bir miktarda tazminata hükmedilmektedir. Söz konusu sembolik zarar nominal tazminat olarak adlandırılmaktadır. **Rogers, W.H.:** *Damages under English Law* içinde **Magnus, U. (ed.):** *Unification of Tort Law*, Hague 2001, s.56; **Özden Merhacı, S.:** *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat*, Ankara 2013, s.68-69.

²²³ [1911] C.A 788

²²⁴ [1911] C.A 791.

sonucuna varılmalıdır²²⁵.

Lord Fletcher Moulton ise, öncelikle, davacının 6000 arasından ilk elliye girdiğini belirtmiştir²²⁶. Kendini gösterme ve ödül kazanma şansının sözleşmenin konusu olması nedeniyle, bu şans kaybının, ihlâlin uzak sonucu olmadığı konusunda *Lord Vaughan Williams* ile hem fikirdir. Sınırlı sayıda yarışmacı arasından ihraç edilmenin bir zarar olduğunu ve tazminatın da zararın miktarıyla denk olması gerektiğini de ifade etmiştir.

b. Kitchen Kararı

Davaya konu olan olayda, davacının Kraliyet Hava Kuvvetleri mensubu olan eşi, evlerinin mutfağında elektrik çarpması sonucunda Mayıs 1946'da vefat etmiştir. Davacı eşinin ölümünün elektrikli ocağın kontrol mekanizmasındaki hatadan kaynaklandığını ileri sürmüştür. Davacı Krallık Hava Kuvvetleri Derneğine başvurmuş, dernek de bir avukatlık firmasına olayla ilgili detayları iletmiştir. Avukatlar olayı incelemekle birlikte, herhangi bir uzmandan kazanın nedenine ilişkin bir rapor almamıştır. Bu arada hukuk şirketi Ölümcul Kaza Kanunu'nda öngörülen bir yıllık zamanaşımı süresini kaçırmış, her ne kadar sonradan elektrik şirketinden ödeme talep etse de başarısız olmuştur. Ancak davacı Ekim 1946'da kendisi elektrik şirketine mektup yazarak talepte bulunmuştur. Elektrik şirketi de avukat firmasındaki avukatlardan biriyle görüşerek davacıya belirli bir miktar ödeme yapmayacaklarını,

²²⁵ [1911] C.A 797-798.

²²⁶ *Lord Farwell*'de aynı hususa değinmiş, üçüncü kişinin iradesine bağlı bir tesadüfün, zararın miktarının belirlenmeyeceği anlamına gelmediğini ifade etmiştir. [1911] C.A 799.

bunun yerine davacının yararına kullanılacağına garanti edilmesi durumunda, Krallık Hava Kuvvetleri Derneği'ne £100 bağış yapabilecekleri teklifinde bulunmuştur. Bu teklif kabul edilmiş, derneğe bağış yapılmış ve bağışlanan paradan bir kısmı avukatlara vekâlet ücreti olarak ödenmiştir. Ancak davacı bu durumdan haberdar edilmemiştir. 1950 yılında durumu öğrenen davacı, Evli Kadınlar ve Zarar Verenler Kanununda yapılan reform uyarınca elektrik şirketine dava açmıştır. Taraflar elektrik şirketinin £250 ödeme yapması şartıyla uzlaşmıştır. Buna bağlı olarak, davacı, hem Krallık Hava Kuvvetleri'ne, hem avukatlık firmasına kocasının ölümü nedeniyle talep edeceği haklarının biçimlendirilmesinde ve takibinde ihmâlde bulundukları gerekçesiyle dava açmıştır²²⁷.

İlk derece mahkemesi farazî davada, yani zamanında dava açılışaydı, somut olaydaki davacının tanık olarak dinleneceğini ve kendisinin inandırıcı olduğunu ifade etmiştir. İlk derece mahkemesi hakimi, “davanın kazanılamayacağına ilişkin bir düşünce bulunmamaktadır” diyemeyeceğini, bununla birlikte davanın kazanılması için belirli zorluklarla karşılaşılmasının da kesin olduğunu belirtmiştir. Davacının

²²⁷ Olaydaki detaylar şu şekilde özetlenebilir: Kraliyet Hava Kuvvetleri Derneği olaydan Kasım 1946'da haberdar olarak, davayla ilgili bilgileri *Donald Darlington Nice* avukatlık firmasına incelemesi için göndermiştir. Firmanın kıdemsiz avukatı, kazanın nasıl oluştuğuna dair uzman görüşü alınması gerektiğini belirtmiş ve daha fazla bilgi alınması için davacıyla görüşülmesi gerektiği tavsiyesinde bulunmuştur. Bunun üzerine, bu durum Derneğe bildirilmiştir ve avukatlık şirketi Şubat 1946'ya kadar bir şey yapmamıştır. Şubat 1946'da bir hatırlatma notu yazılmış, bunun üzerine 15 Nisan'da dernekten bir temsilci arayarak elektrik tesisatını kuran kişinin uzun süredir ortalarda olmadığını, dolayısıyla kazanın nedenine ilişkin yararlı bir bilgi veremeyeceğini bildirmiş, konuya ilişkin rapor 29 Nisan'da avukatlık firmasına bildirilmiştir. 7 Mayıs'ta şirkette yeni çalışmaya başlayan *Mr. Arbitti*, davacıyla görüşmüş, 9 Mayıs'ta bir toplantı düzenlenmiştir. Toplantı sonucunda elektrik şirketine dava açılacak bir neden olmadığını, başarı şansının çok düşük olduğunu, tek umutlarının şirketten dava dışı para talep etmek olduğunu, dava açılacaksa da söz konusu haftanın sonuna kadar açılması gerektiğini yine de elektrik şirketiyle görüşeceklerini ama bundan da umutlu olmadıklarına ilişkin bir bilgi notu hazırlanarak 12 Mayıs'ta Derneğe gönderilmiştir. [1958] 1 W.L.R. 564-566. Çalışmada ihmâlin varlığına ilişkin tartışmalara değinilmeden sadece tazminat miktarının nasıl belirlendiğine ilişkin hakimlerin görüşlerine değinilecektir.

bakmakla yükümlü olduğu üç çocuğu bulunduğunu, anlaşma teklifinin hemen reddedilmesi tavsiyesinde bulunulmasının bu nedenle davacı için ağır sonuçları olduğunu ifade etmiştir. İlk derece mahkemesi, davayı duruşmaya taşımama konusunda ve süreçte yapılan hata nedeniyle ortaya çıkan zararın miktarını £2000 olarak belirlemiştir. Zarar miktarını belirlerken, yukarıda sayılan olasılıkları değerlendirilmiş ve dava kazanılsa dahi katlanılması gereken mahkeme masraflarını göz önünde bulundurmuştur²²⁸.

Lord Evershed; öncelikle avukatın özen yükümlülüğünü ihlâl ettiği sonucuna varmıştır. Bununla birlikte, davanın en zor kısmının davacının nominal tazminattan daha fazlasına hak kazanıp kazanmadığı noktası olduğunu ifade etmiştir. Böyle bir olayda, davacının dava şartları mevcutsa ve dava açıldığında davanın kazanılacağı kesinse, davacı tam tazminata, aksi takdirde ise sadece nominal tazminata hak kazanacaktır. Ne var ki, somut olayın her iki gruptan birine dâhil olmadığı sonucuna varmıştır²²⁹. Ayrıca dava içinde dava görülmesinin de neredeyse imkânsız olduğunu belirtmiştir. Nitekim üzerinden bunca yıl geçtikten sonra tanıklara ulaşamaması veya tanıkların olay hakkında yeterli delil sunamaması da olasıdır. Bu nedenle, mahkemenin böyle bir sorunla karşılaştığında davacının kaybının ne olduğuna karar vermesi gerekmektedir. *Lord Evershed*, ilk derece hâkiminin belirlediği tazminat miktarının Ölümcül Kazalar Kanunu uyarınca tazmin edilebilecek olan miktarın matematiksel olarak 2/3'üne tekabül ettiğini belirtmesinin ardından, ihmâl nedeniyle belirli bir değer arz eden hakkın kaybedilmediğini söylemenin imkânsız olduğunu ifade etmiştir. Davanın kazanılmasına yönelik güçlükler bulunmasına rağmen,

²²⁸ [1958] 1 W.L.R. 575.

²²⁹ Ayrıca dava şartları oluşmamış, ancak diğer taraf üzerinde dava açma konusunda bir baskı oluşturmak suretiyle, dava açmaması karşılığında belirli bir bedel alma ihtimalinin yeterli görülmeceğini katıldığını belirtmiştir. [1958] 1 W.L.R. 575.

davacının son onüç yıldır çok fazla acı çektiğini ve davanın bir açıdan yüzünü güldürebilecek bir şans olduğunu da görüşlerine eklemiştir²³⁰.

Lord Parker, kazanın nedeninin bilinmezlik arz ettiğini ve dava açılmış olsaydı davanın kazanılıp kazanılmayacağı konusunda mahkemenin karar vermek zorunda olup olmadığı sorusunun cevaplanması gerektiğini belirtmiştir. Davanın kazanılmasının güç olacağı sonucuna vardığını belirtmekle birlikte *Lord Parker*, bunun mahkemenin görevi olmadığını da ifade etmiştir. Ayrıca, davacının, mahkemeyi davayı kazanma beklentisi olduğu konusunda ikna etmesi durumunda, bu beklentinin değerlendirileceğini belirtmiştir²³¹. Başka bir anlatımla, dava kaybedilmeye mahkum olmadığı müddetçe, nominal tazminattan daha fazlasına hükmedilecektir. *Lord Parker*, incelemesine şu şekilde devam etmiştir: Eğer o dava açılışaydı, elektrik kablosunu bağlayan kişi çağrılacaktı veya çağrılmayacaktı; çağrılışaydı kendisine ya inanılacaktı ya da inanılmayacaktı; kabloyu bağlan kişinin uzman bir sayaç tamircisi olduğu ortada olmakla birlikte, kablo döşeme konusunda uzman olmadığı için işi başkasına verecekti veya vermeyecekti. Tüm bu hususlar değerlendirildiğinde ana kablonun nasıl bozulduğunun tespit edilmesine ilişkin hiçbir alternatif kalmamıştır. Bu nedenlerle, *Lord Parker*, davanın kaybedilmeye mahkum olmadığı, dolayısıyla davacının nominal tazminattan daha yüksek bir miktarda tazminata hak kazandığı sonucuna varmıştır²³².

c. Allied Kararı

Davacı *Asda Group*'un perakende kolu olup, Londra'da özellikle şirket

²³⁰ [1958] 1 W.L.R. 575-576.

²³¹ [1958] 1 W.L.R 576.

²³² [1958] 1 W.L.R 577.

devralma ve birleşmelerinde uzman olan bir avukatlık şirkedir. Davacı, avukatının *Gillow* Şirketler Grubu'nun malvarlığı ve işlerini devralma müzakere ve işlemlerine ilişkin yeterince iyi danışmanlık hizmeti sunmadığı gerekçesiyle dava açmıştır.

Bu süreçte ihtilâf doğuran husus devir sözleşmesi yapılmadan önce *Gillow* tarafından kiralanmış taşınmazlardan kaynaklanmıştır. Nitekim taslak devir sözleşmesi, devreden ana şirketin, bayilerinin kiralanın herhangi bir taşınmazla ilgili mevcut veya olası sorumluluğu olmadığına ilişkin bir teminatı içermektedir (Teminat 29). Bununla birlikte daha sonra bu teminat kaldırılmış, yerine davacıya olası taleplere karşı hiçbir koruma sağlanmadığına ilişkin bir kloz eklenmiştir. Devralma işlemlerinin tamamlanmasının ardından, kiracılar tarafından bayiye karşı dava açılma olasılıkları duyulmaya başlayınca, davacı önemli bir oranda zarara uğramıştır.

Davada cevabı aranan soru, davacının nedensellik bağıını ispatlayıp ispatlayamadığı, başka bir anlatımla eğer avukatının ihmâli olmasaydı, müzakerelerin devam edip, olası davalara karşı gerekli koruma elde edeceğini olasılıkların dengesine²³³ göre ispatlaması gerekip gerekmediğidir²³⁴.

Lord John Stuart-Smith, bu davada öncelikle nedensellik bağı sorununun nerede bittiğinin ve zararın miktarının belirlenmesi sorununun nerede başladığı

²³³ Olasılıkların dengesi ilkesi; İngiliz hukukunda ihmâle dayanan haksız fiil davalarında nedensellik bağıının ispatında yararlanılan ispat ölçüsüdür. Bu ilke uyarınca nedensellik bağıının tesis edilebilmesi için, iddianın olma ihtimalinin olmama ihtimaline göre daha yüksek olması gerekmektedir. Bkz. aşağı s.99.

²³⁴ [1995] 1 W.L.R. 1602-1603.

ayrımının iyi bir şekilde ortaya konulması gerekliliğini belirtmiştir²³⁵.

Lord John Stuart-Smith, müzakerelerin tarafların iradesine bağlı olduğunu ve taraflardan hiçbirinin müzakere sırasında anlaşmaya varma konusunda bir yükümlülüğü olmadığını, bununla birlikte ticari taraflar arasında devam eden müzakerenin tamamen öngörülemez olduğu sonucuna varmanın gerçekçi olmayacağını belirtmiştir. Ticari sözleşme müzakerelerinde uzman bir kişinin, makul bir derecede müzakerenin sonucunun ne olacağı konusunda bir fikir sahibi olacağını düşünen *Lord*, somut olayın böyle bir dava olduğunu ifade etmiştir. Bu bağlamda kesin sonuç elde etme şansı belirlenebilir ve bu davadaki şansın belirlenebilirliği *Chaplin* kararından daha az spekülatifdir. Bu nedenle, müzakereler devam etseydi, davacının, tamamlanmış kira sözleşmelerinden doğan sorumluluğuna karşı en azından biraz koruma sağlayan daha iyi bir sözleşme imzalayabilme ihtimali bulunmaktadır. Davacının mahkemeyi nominal zarardan daha fazlasını hak ettiği konusunda ikna ettiğini belirten *Lord*'a göre, bu davada davacının kaybı, daha iyi koşullar içeren sözleşme yapma şansının değeri temelinde hesaplanmalıdır²³⁶.

Bu bağlamda *Lord John Stuart-Smith*, şans kaybının tazmini konusunda üçlü bir ayırım yapmıştır. İlk kategorideki olaylarda, davalının aktif bir eylemi sonucunda davacı zarar görmektedir. Bu olaylar geçmiş bir maddî vakiadır ve olasılıkların dengesi ilkesi çerçevesinde çözüme kavuşturulmalıdır. İkinci kategorideki olaylarda,

²³⁵ [1995] 1 W.L.R. 1602.

²³⁶ Aksi yönde sonuca varan *Lord Millet*, ihmâl dayanan haksız fiil davasında, davacının, davalının özen yükümlülüğü olduğunu, bu yükümlülüğün ihlâl edildiğini ve bu ihlâl nedeniyle zarara uğradığını ispat etmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu bağlamda da avukatın bir yükümlülüğü olduğunu ve Teminat 29'un çıkarılmasının sonuçları hakkında davacıya bilgi verilmediği için bu yükümlülüğün ihlâl edildiğini belirtmiştir. Kayıp ile ihlâl arasında nedensellik bağı tesis edilmeden de tazminat miktarının değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir. [1995] 1 W.L.R. 1621-1625.

davalının pasif bir eylemi davacıya zarar vermekle birlikte, çözülmesi gereken sorun davalının ihmâli olmasaydı, davacının nasıl bir davranış sergileyeceğinin bilinmemesidir ki, *Lord*, bu olayı farazî bir olay olarak değerlendirmiş ve şans kaybının tazmin edilebileceğini belirtmiştir. Son kategoride ise davalının ihmâli olmasaydı, üçüncü bir kişinin nasıl bir davranış sergileyeceğinin bilinmemesidir ki, somut olay bu kategoriye dahil olmaktadır. Bu belirsizlik nedensellik bağı meselesi olmakla birlikte, davacının, davalının ihmâli olmasaydı zararın gerçekleşmemesi konusunda sadece spekülâtif olmayan, gerçek veya önemli bir şansa sahip olduğunu ispatlaması yeterli olacaktır.

3. Genel Değerlendirme

a. Şans Kaybının Uygulama Alanı

aa. Sözleşme Sorumluluğu-Haksız Fiil Sorumluluğu Ayrımı

İngiliz hukukunda şans kaybı doktrininin uygulama alanı bakımından ileri sürülen ve tartışılan argümanlardan biri sözleşme sorumluluğu- haksız fiil sorumluluğu ayrımı, *Hotson* kararında şans kaybının tazmin edilemeyeceği sonucuna varılmasından sonra ortaya çıkmış ve önem kazanmıştır²³⁷. Bununla birlikte, hakim görüşe göre; her iki sorumluluk türü arasında fark bulunmamaktadır²³⁸. Nitekim

²³⁷ Konu aşağıda ayrıntılı bir biçimde ele alınacak olduğundan burada bu ayrımın mevcut olduğunun belirtilmesiyle yetinilecektir. Bkz. aşağı s. 184.

²³⁸ **Oliphant, K.:** Loss of Chance in English Law, ERPL 2008, s. 1062; **Khoury,** uncertain causation, s.123; **Burrows,** s.41.

Chaplin kararında sözleşmeden doğan bir sorumluluk söz konusuyken, diğer kararlarda haksız fiil sorumluluğu söz konusudur²³⁹.

Bu bağlamda özellikle *Chaplin* kararının münferit bir karar olmadığına belirtilmesi gerekmektedir. Nitekim sözleşmeden doğan hemen hemen tüm kazanç kayıplarında zararın miktarı tesadüfler göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenmektedir²⁴⁰. Bu bağlamda *Jackson v. Royal Bank of Scotland Plc.*²⁴¹ davası örnek gösterilebilir²⁴². Davaya konu olan olayda, davacı ve müşterisi arasında devam eden sözleşme ilişkisi, davalı bankanın kusuru nedeniyle sona erdirilmiştir. Karara bağlanacak olan husus sözleşme ilişkisi sona ermeseydi, davacı ve müşteri arasındaki sözleşmenin, gelecek dört yıl için tekrar kurulup kurulmayacağıdır. Lordlar Kamarası, sözleşmenin kurulacağına ilişkin belirsizlikler mevcut olduğundan, tazminat miktarının bu belirsizliği yansıtacak şekilde düşürülmesine karar vermiştir²⁴³.

Her ne kadar ihmâl dayanan haksız fiil sorumluluğunda, şans kaybının tazminine temel kararlar avukatın sorumluluğuna ilişkin olsa da, şans kaybının sadece bu davalarda uygulama alanı bulduğu sonucuna varılmamalıdır. Nitekim vücut bütünlüğünün ihlâl edildiği olaylarda da uygulama alanı bulmaktadır²⁴⁴. Bu

²³⁹ **Burrows**, s.41. Bununla birlikte *Kitchen* kararı sözleşme sorumluluğuna dayanmaktadır. Avukatın sorumluluğu konusunda 1979 yılından sonra zarar görenin sözleşme ihlâli veya ihmâl dayanan haksız fiil davalarından dilediğine başvurabileceği kabul edilmiştir. **Reece, H.:** Loss of Chances in the Law, Mod. L. Rev. 1996, s.190.

²⁴⁰ **Burrows**, s.35.

²⁴¹ *Jackson v. Royal Bank of Scotland Plc.* [2005]UKHL 3.

²⁴² **Burrows**, s.35.

²⁴³ [2005]UKHL 3.

²⁴⁴ **McGregor**, damages, s.324; **Burrows**, 37-38.

yöndeki ilk karar *Doyle v. Wallace*²⁴⁵ davasıdır. Davaya konu olan olayda davalının kusurunun neden olduğu bir trafik kazasında 19 yaşındaki davacının, beyinde bir hasar oluşmuştur. Davacı kaza olmasaydı, fiili zararının yanı sıra drama öğretmeni olarak çalışacağını ileri sürerek kazanç kaybını talep etmiştir. Mahkeme sunulan deliller karşısında, davacının drama öğretmeni olma ihtimalini %50 olarak belirlemiş ve bu şansın göz ardı edilemeyecek bir oran olduğu sonucuna vararak, bu orana tekabül eden tazminata hükmetmiştir.

bb. Geçmiş Olay-Farazî/Gelecek Olay Ayrımı

Hotson kararıyla birlikte gündeme gelen bu ayrımın şans kaybının uygulama alanı konusundaki en temel kriter olduğu kabul edilmektedir²⁴⁶. Belirsizliğin geçmiş bir olaya ilişkin olması durumunda, bu belirsizliğin nedensellik bağının tesisine ilişkin olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, sorunun çözümünde olasılıkların dengesi ilkesi göz önünde bulundurulmaktadır. Bununla birlikte, belirsizliğin farazî olaya veya gelecekteki bir olaya ilişkin olması durumunda, zarar miktarının belirlenmesinde bir belirsizlikle karşılaşıldığı kabul edilmekte ve şans kaybı tazmin edilmektedir²⁴⁷.

McGregor, bu ayrımı belirtmekle birlikte farklı bir yaklaşımda bulunarak, zarar miktarının belirlenmesi çerçevesinde göz önünde bulundurulan şans kaybının aslında şans kaybı doktrini olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir. Yazara göre,

²⁴⁵ Bkz. yuk. s.55, dn.218.

²⁴⁶ **McGregor**, damages, s.313-314; **Oliphant**, Loss of Chance, s.1068-1069; **Burrows**, s.34; **Khoury**, uncertain causation, s.124-127; **Cooper, G.:** Damages for the Loss of a Chance in Contract and Tort, 6 Auckland U. L. Rev. 1988-1991, s.41; **Reece**, s.191. Bu konu aşağıda ayrıntılı bir biçimde ele alınacaktır. Bkz. aşağı s. 185 .

²⁴⁷ **McGregor**, damages, s.313-314; **McGregor**, loss of chance, s.5; **Oliphant**, loss of chance, s.1068-1069; **Burrows**, s.34; **Khoury**, uncertain causation, s.124-127; **Cooper**, s.41.

şans kaybının uygulama alanı çok daha sınırlı olup, sadece nedensellik bağının tesisi aşamasındaki şans kaybı, şans kaybı doktrininin kapsamına girmektedir. Bu da şans kaybının tazmin edilebilir bir zarar olarak kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Şans kaybı zararının tazmin edilebilmesi için de şans kaybı zararı olmalı, olasılıkların dengesi ilkesi çerçevesinde davalının eylemi bu zarara neden olmalı ve son olarak zarar kaybedilen şansa tekabül edecek şekilde belirlenmelidir. Bu kapsamda yazar sadece ihlâl edilen yükümlülüğün konusunun veya esasının davacının elinden alınan şans olması durumunda, şans kaybı zararının tazmin edilebileceğini ifade etmiştir²⁴⁸. Bununla birlikte bu tespit, zarar miktarının belirlenmesinde, şansın göz önünde bulundurulmadığı anlamına gelmemektedir. Başka bir anlatımla şans, hem zararın belirlenmesinde, hem salt şans kaybı davalarında hesaba katılmaktadır²⁴⁹.

cc. Kişiyeye Verilen Zarar-Ekonomik Zarar

Şans kaybı doktrininin uygulama alanı bakımından ileri sürülen bir diğer argüman kişiyeye verilen zarar-ekonomik zarardır (hatta salt malvarlığı zararı²⁵⁰)²⁵¹. Bu bağlamda ekonomik zararlarda şans kaybının tazmin edilip, vücut bütünlüğü zararlarında ise tazmin edilmemesi konusunda iki argümanın ileri sürüldüğünü belirtilmiştir. Bunlardan ilki vücut bütünlüğü zararlarının deterministik (belirlenmiş)

²⁴⁸ **McGregor**, loss of chance, s.5-6. Nitekim *Chaplin* kararında, sözleşmenin amacı ve kapsamı davacıya kazanma şansı tanımaktır. *Kitchen* kararında da, avukatın yükümlülüğün konusu davacının Ölümcül Kaza Kanununa göre açılacak davayı kazanması şansını içermektedir.

²⁴⁹ **McGregor**, loss of chance, s.7. Bu kapsamda yazar, *Doyle* kararını şans kaybı doktrininin uygulandığı bir dava olarak değil, sadece zarar miktarının belirlenmesinde, şansın göz önünde bulundurulduğu bir karar olarak nitelendirmektedir. Bu örnekten yola çıkarak *McGregor*, bu tespit, vücut bütünlüğü ihlâli dolayısıyla çalışma gücü kaybının belirlenmesinde geçerli olduğunu belirtmiştir. Başka bir anlatımla, bu örneklerde, tazminat miktarı belirlenirken, hayattaki tesadüfler göz önünde bulundurulmak suretiyle indirim yapılmaktadır. **McGregor**, loss of chance, s.7.

²⁵⁰ İngiliz hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta salt malvarlığı zararı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Özden (Merhacı), S.**: Karşılaştırmalı Hukukta Salt Malvarlığı Zararları, BATİDER Eylül 2010, s.89-125.

²⁵¹ **McGregor**, loss of chance, s.8; **Burrows**, s.42.

bir nedeni olduğu, oysa insan davranışının indeterministik olmasıdır. Diğer argüman ise şans kaybının tazmin edilebilmesi için bu kaybın malvarlığı değeri arz etmesi gerekliliğidir. Bu kapsamda da yaşamaya veya sağlıklı yaşamaya devam etmenin malvarlığı değeri arz ettiğinden pek söz edilemeyeceği belirtilmiştir. Bu argüman dolayısıyla malvarlığı değerinin ne olduğu ön plâna çıkmaktadır. Bu kapsamda *Chaplin* kararında davacının aktris olmak için yarışmayı kazanma şansının da gerçekten malvarlığı değeri arz edip etmediği tartışılabilir. Bununla birlikte *McGregor*, ekonomik zarar ile vücut bütünlüğü zararı arasında şans kaybı bakımından bir fark olmadığı görüşünde olduğunu da belirtmiştir²⁵².

Burrows ise, salt malvarlığı zararları ve vücut bütünlüğü zararları arasında tazmin edilip edilmemesi bakımından bir ayrım olmadığını, sadece şans kaybının tazmininin uygulama alanının salt malvarlığı zararlarında daha geniş olduğunu belirtmiştir. Yazara göre, bu duruma, vücut bütünlüğü ihlallerinde gelecekteki zararlar (fiili zararın neden olduğu hastalık veya ölüme bağlı bedensel kayıplar) bakımından “bekle ve gör” anlayışının hâkim olması neden olmaktadır. Başka bir anlatımla henüz zarar gerçekleşmeden tazmin edilmemektedir. Oysa salt malvarlığı zararlarında gerçekleşmesi beklenen (gelecekteki muhtemel ekonomik kayıplar) kayıplar tazmin edilmektedir²⁵³.

b. Tazmin Edilebilir Şans

Şans kaybının tazmin edilebilmesi için şansın gerçek veya önemli olması gerekmektedir. Başka bir anlatımla sadece spekülâtif olan şansın tazmini mümkün

²⁵² *McGregor*, loss of chance, s.8.

²⁵³ *Burrows*, s.42. Bu ayrım *Gregg* kararında *Baroness Hale* tarafından da ele alınmıştır. Bkz. aşağı s.182-183.

değildir²⁵⁴. Bununla birlikte *Cooper, Otter v. Church, Adams, Tatham &Co*²⁵⁵ kararına dayanılarak, küçük şansların dahi tazmin edilebileceği sonucuna varılabileceğini ileri sürmektedir. Nitekim söz konusu davada *Cooper*'ın ifadesiyle “çok azdan biraz daha fazla bir şans” söz konusudur. Bununla birlikte yazar, tazminat miktarının şans oranında belirlendiği ölçüde bunun bir problem teşkil etmeyeceğini belirtmiştir²⁵⁶.

E. Şans Kaybı Doktriniyi Kabul Etmeyen veya Doktrinin Tanınmadığı Hukuk Düzenleri

1. Genel Olarak

Genel olarak Alman hukuk çevresinde şans kaybı doktrini tanınmamaktadır. Bununla birlikte daha önce de belirtildiği üzere, şans kaybı doktrininin kapsamına giren olaylar tüm hukuk düzenlerinde sıklıkla karşılaşılan olaylardır ve bu olaylar farklı hukuk kurumları çerçevesinde çözüme kavuşturulmaktadır. Ayrıca şans kaybı doktrinin hukuk literatüründe bir yeri olduğunun da belirtilmesi gerekmektedir. Söz konusu doktrin Alman hukukunda ve Avusturya hukukunda az da olsa kimi çalışmalara konu olmuştur. Bunun yanı sıra her ne kadar şans kaybının tazmini başlığı altında olmasa da, aynı izlenimi yaratacak kimi kararlarla da karşılaşılmaktadır.

Bununla birlikte ihale işlemlerine ihaleyi kazanma konusunda gerçek bir şansa sahip olan isteklilerin tazminat talebinde bulunabileceklerine de konu

²⁵⁴ **McGregor**, damages, s.328. **Cooper**, s.41.

²⁵⁵ *Otter v. Church, Adams, Tatham &Co* [1983]1 All ER 416.

²⁵⁶ **Cooper**, s.49.

kapsamında değinilmesi gerekmektedir. Nitekim hem 25/02/1992 tarihli ve 92/13/EEC sayılı “İstisnai Sektörlere İlişkin İhtilaf Direktifi”²⁵⁷, hem Alman, İsviçre ve Avusturya hukuklarında konuya ilişkin düzenlemelerde de benzer bir hüküm yer almaktadır²⁵⁸. Böyle bir düzenlemenin olmadığı koşulda, sadece en iyi teklif vermek suretiyle ihaleyi kazanacak olan isteklinin tazminat alması gerekmektedir. Nitekim diğer isteklilerin ihaleye girmek için yaptıkları masraflar, ihaleyi kazanamadıkları müddetçe her halükârda boşa gitmiş olacaktır²⁵⁹. Bununla birlikte bu düzenlemelerle gerçek bir şansa sahip isteklilerin de tazminat talep edebileceği kabul edilmektedir. Böylece şans kaybı doktrininin kabul edilmediği veya tanınmadığı bu hukuk düzenlerinde “gerçek bir şans” sahip olan isteklilere bu düzenleme çerçevesinde hukukî koruma sağlanmıştır. Ne var ki, bu düzenlemeyle sadece menfî zararlarının tazmin edilmesi öngörülmekte, yoksun kalınan karın ise istisnaî durumlarda tazmin edilmesi kabul edilmektedir²⁶⁰.

Bu düzenlemede Fransız hukukunda şans kaybının tazmin edilme şartı olan “gerçek şans” esas alınmakla birlikte, bu düzenlemenin şans kaybı tazmini olmadığı aşîkârdır. Zira şans kaybı doktrininde istenilen sonucun elde edilme şansı belirlenmekte ve bu oranda kısmi bir tazminata hükmedilmektedir. Oysa, bu düzenlemede zarar görenin sadece menfî zararları tazmin edilmekte, başka bir anlatımla ihaleyi kazansaydı elde edeceği gelir belirlenip, bunun üzerinden ihaleyi kazanma şansı oranında bir indirim yapılmamaktadır. Ancak yine de bu

²⁵⁷ OJL 076, 23/03/1992.

²⁵⁸ Alman, Avusturya ve İsviçre hukuklarında ayrıntılı bilgi için bkz. **Buz, V.:** Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Ankara 2007, s.144-152.

²⁵⁹ **Buz**, s.268.

²⁶⁰ İsviçre hukuku için bkz. **Buz**, s.151; Fransız hukuku için bkz. **Buz**, s.153.

düzenlemenin tabii nedensellik bağının kurulmasında ispat kolaylığı sağladığı görüşüne katılmamak mümkün değildir. Nitekim nedensellik bağı tesis edilirken zarar gören isteklinin ihaleyi kazanmasının kesin olması aranmamakta, ihaleyi kazanma konusunda gerçek bir şansa sahip olması yeterli görülmektedir²⁶¹. Şans kaybı doktrininden farklı olarak ihaleyi kazanma şansı zarar olarak kabul edilmemekle birlikte, nedensellik bağının esnetilmesi suretiyle zarar görenin tazminat alması mümkün kılınmıştır.

İsviçre hukukunun, Alman ve Avusturya hukuklarına nazaran biraz daha farklılık gösterdiğinin de bu kapsamda belirtilmesi gerekmektedir. Zira kadük olan “Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Uyumlaştırılması Hakkında Federal Kanun Tasarısı²⁶²”nda şans kaybının tazmine yol açan bir hüküm yer almaktadır. Tasarının ispat yükü ve ilk görünüş ispatını düzenleyen 56 (d) maddesinin ikinci fıkrası uyarınca; *“delillerin kesin bir şekilde ileri sürülememesi veya delil ikamesiyle yükümlü olan kişiden bunun beklenememesi durumunda, mahkeme aşikâr bir olasılıkla yetinebilir, ayrıca tazminatı olasılığın gerçekleşme oranına göre belirleyebilir”*. Tasarının Şerhinde, söz konusu hükmün aslında iki kural içerdiği belirtilmektedir. Bu kapsamda öncelikle mahkemenin zararın ve nedensellik bağının ispatında aşikâr olasılığa (ilk görünüş ispatına) dayanabileceği vaaz edilmiştir. İlk görünüş ispatının içtihat ve öğretide de kabul edildiği göz önünde bulundurulduğunda bu hüküm yenilik getirmemektedir. Bununla birlikte olasılığın

²⁶¹ Buz, s.150-151.

²⁶² “Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrecht Vorentwurf eines Bundesgesetz”, <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflcht/vn-ve-d.pdf>. Son erişim tarihi 23/09/2013.

gerçekleşmesi oranında bir tazminata hükmedilmesi hükmünün içerik olarak yeni bir hüküm olduğu belirtilmiştir. Bu hükmün hem ya hep ya hiç yaklaşımını bertaraf etmeye hizmet ettiğini, hem alternatif nedenselliğin söz konusu olduğu olaylarda adilâne bir çözüm getirdiği ifade edilmektedir. Ayrıca iyileşme şansı kaybı örneğiyle bu hükümle şans kaybının tazmin edilebileceğine de yer verilmiştir²⁶³.

Bunun yanı sıra ileride değinileceği üzere İsviçre hukukunun uygulandığı bir hakem kararında da, şans kaybının tazmin edildiği görülmektedir²⁶⁴. Ayrıca üçüncü bölümde ayrıntılı bir biçimde ele alınacak olan, iyileşme şansı kaybının tazmininin incelendiği mahkeme kararları da mevcuttur²⁶⁵. Bunun yanı sıra İsviçre Borçlar Hukuku 2020 tasarı şerhinde şans kaybının tazmin edilebileceği de kabul edilmiştir²⁶⁶. Bu çalışma henüz tasarı aşamasında olduğundan ve dolayısıyla kabul edilip edilmeyeceği belli olmadığından, İsviçre hukukunda şans kaybı doktrininin mevcut düzenlemeler ve uygulamalar ışığında reddedildiğini kabul etmek gerekmektedir.

Şans kaybı zararı ayrı bir zarar olarak kabul edilmediği için, şans kaybı doktrininin tanınmadığı veya kabul edilmediği hukuk düzenlerinde şans kaybının söz

²⁶³ Bundesamt für Justiz, Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrecht Vorentwurf eines Bundesgesetz, Kurz Kommentar, s.25-26.

²⁶⁴ Hakem kararı için bkz. aşağı, s.75-76.

²⁶⁵ Bu mahkeme kararları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aşağı, s.196-197, 204-207.

²⁶⁶ **Fellmann, W./Müller, C./Werro, F.:** Introduction aux art 46-63 içinde **Huguenin, C./Hilty R.M.:** Schweizer Obligationenrecht 2020-Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich-Basel-Genf 2013, s.153 (Introduction aux art 46-63).

konusu olduğu olayların nedensellik bağı çerçevesinde çözüme kavuşturulduğu ileri sürölmektedir²⁶⁷.

2. Yarışma Şansı Kaybı

a. İctihatta Yarışma Şansı Kaybı

Alman tazminat hukukunun en temel özelliklerinden biri, “ya hep ya hiç” ilkesinin benimsenmiş olmasıdır. Başka bir anlatımla mahkemeler sadece şans hukukun korunan bir menfaat olarak görmemektedir²⁶⁸. Nitekim *Düsseldorf Eyalet Mahkemesi*’nin önüne gelen bir olayda, davalının kusuru nedeniyle atı yarışta yer alamamıştır. Her ne kadar atın yarışı kazanma şansı olsa da, mahkeme, atın yarışı kazanacağı kesin olmadığından talebi reddetmiştir²⁶⁹. Bu yaklaşım doktrinde de geniş kabul görmektedir. Bununla birlikte bazı yazarlar kazanç şansı kaybının tazmin edilebilirliğini savunmaktadır²⁷⁰.

Benzer bir şekilde bir mimarlık yarışmasında, komite postayla gönderilmiş olan tasarımı içeren paketin üzerindeki pulun tarihi okunaksız olduğu için, son başvuru tarihinden sonra gönderildiği gerekçesiyle davacının tasarımı değerlendirmeye almamıştır. Yarışmanın DM 20,000 para ödölü bulunmakta, davacı ise tasarımı hazırlamak için DM 100,000 tutarında masraf yapmıştır. Federal

²⁶⁷ Büyüksağış, maddî zarar, s.248.

²⁶⁸ Martens, S./Zimmermann, R.: Germany-Loss of Chance as Damage içinde Winiger, B./Koizol, H./Koch, B.A./Zimmermann, R. (eds.): Digest of European Tort Law Volume 2: Essential Cases on Damage, Berlin 2011, s.1075-1076.

²⁶⁹ OLG Düsseldorf, VersR 1987 691.

²⁷⁰ Martens/Zimmermann, s.1075-1076.

Mahkeme davacının yarışmayı kazanmak için her halükârda bu masrafı yapacağını belirtmiştir. Başka bir anlatımla, davacı, hukuka aykırı bir şekilde yarışma dışı bırakılmasaydı, bu masrafı yapmayacağını gösteren bir delil bulunmamaktadır. Federal Mahkeme, ödülü kazanma şansının tazmin edilebilmesi için ise davacının tasarımının değerlendirmeye alınması durumunda, yarışmayı kazanacağını ispat etmesi gerektiğini belirtmiştir²⁷¹.

Türk hukukunda kazanç şansı kaybının tazmin edilebilirliğine ilişkin bir karar dikkat çekicidir. Söz konusu olayda davalı, davacıya ait iki atının koşuya katılmasının yasak olduğu gerekçesiyle Danıştay’a dava açmış, davacının yürütmeyi durdurma talebi kabul edilmiştir. Ancak yargılama aşamasının sonunda atların koşuya katılmasında hukuka aykırılık bulunmamıştır. Açılan dava nedeniyle atları koşuya katılamayan davacı, bu nedenle zarara uğradığını iddia ederek tazminat talep etmiştir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 1977 yılında vermiş olduğu kararda mahrum kalınan kârın varsayımsal hesaba dayandığı ve bu hesap yapılırken sadece dar görüşle hareket edip muhakkak surette elde edilecek olan kazancın göz önünde bulundurulmaması gerektiği belirtilmiştir. Daire, atların nitelikleri ve daha önceki koşulardaki sonuçlar doğrultusunda kuvvetle muhtemel olan kazanç kaybının tespit edilebileceğine karar vererek, ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur²⁷².

Yarışma şansı kaybı olmamakla birlikte sözleşmeden doğan kazanç kaybına ilişkin, şans kaybının tazmininin İsviçre hukukunda kabul edilebilir olduğunun

²⁷¹ BGH NJW 1983,442.

²⁷² Bkz. 4 HD. 15/02/1993 17/10/1977, E.88091, K.9687, **Uygur, T.:** Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk Hukuku ve Tazminat Hukuku ikinci Cilt, Ankara 2010, 1485-1486.

belirtildiği hakem kararına değinilmesinde de yarar görülmektedir. Hakem bu sonuca İsviçre hukukundaki doktrin ve içtihadı incelemek suretiyle varmıştır. Karara göre şans kaybının tazmin edilmesi için sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlâl edilmesi ve şansın gerçekleşme olasılığının mevcut olması gerekmektedir. Ancak burada dikkat çekici husus, bu olasılığın çok yüksek olmasına gerek olmadığıdır. Nitekim %20 oranında bir şans kaybının tazmin edilmesine hükmedilmiştir. Bu kapsamda 4,5 milyon ABD doları değerinde sözleşme yapma şansını kaybeden zarar görene, bu sözleşmeyi yapma şansı %20 olduğundan, sözleşme değerinin %20'si oranında tazminat verilmesine karar verilmiştir²⁷³.

b. Doktrinde Yarışma Şansı Kaybı

Alman hukukunda kazanç şansı kaybının tazmin edilebilirliğini savunanlardan biri olan *Fleischer*, belirtilen olay gruplarına ilişkin çeşitli hukuk düzenleri arasındaki farklılıkları yakınlaştırmak isteyen bir karşılaştırmalı hukukçunun, öncelikle, bugüne kadar Alman tazminat hukukunda kazanç şansı kaybının tazmininin neden göz önünde bulundurulmadığını sorusuna cevap araması gerektiğini ifade etmiştir²⁷⁴.

²⁷³ Hakem kararı için bkz. **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd s. 181, N.248.

²⁷⁴ **Fleischer, H.**: Schadenersatz für verlorene Chancen im Vertrags-und Deliktsrecht, 1999 JZ, s.768. Tüm hukuk düzenlerinde olduğu gibi Alman hukukunda da fiili zarar-kazanç kaybı (*damnum emergens-lucrum cessans*) ayrımı yer almaktadır. Bununla birlikte *Lange*, bu ayrımı romantik bir ayırım olarak nitelendirmektedir. Her ne kadar kanun koyucu bu ayrımı benimsemiş olsa da, yazar ayırımın Alman hukukunda pratikte bir önem arz etmediğini belirtmektedir. Bu düşüncesine gerekçe olarak da her iki zarar türü arasında BGB'nin tazminata ilişkin maddî hükümlerinde bir farklılık bulunmamasını göstermektedir. Bunun yanı sıra hukuk teorisi de söz konusu ayrımı çok fazla göz önünde bulundurmamıştır. Her bir kazanç kaybı, zarar verici olay sırasında gerçekleşmesi az ya da çok muhtemel olan kazanç beklentisi olarak mevcut bulunmaktadır. Bu nedenle malvarlığı artışıdaki her bir engel mevcut malvarlığının azalması anlamına gelmektedir. Kazanç beklentisi

Kazanç kaybı §252 BGB’ de düzenlenmiştir. Hükümün ilk cümlesinde kazanç kaybının tanımlamadığı gibi koşullarının da belirtilmediği görülmektedir. Bu nedenle, zarar verici olayın gerçekleştiği anda henüz cereyan etmemiş, ancak zarar doğuran olay olmasaydı gerçekleşecek tüm malvarlığı menfaatleri kazanç kaybı anlamına gelmektedir. Kazanç kaybının tazmini bakımından tazminat talebinin müspet zarara mı, yoksa menfî zarara mı dayandığının da bir önemi bulunmamaktadır. Ayrıca söz konusu menfaatin biçimi de önem arz etmemektedir. Her ne kadar uygulamada çalışma gücü kaybı nedeniyle çalışamama gibi finansal kazanç kayıpları daha ön plânda olsa da, nakdi (*Geldbetrag*) olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla diğer malvarlığı menfaatleri de kazanç kaybı olarak göz önünde bulundurulmaktadır²⁷⁵. Kazanç şansının zarar verici olay zamanında öngörülebilir olup olmadığı da bir önem arz etmemektedir. Nitekim beklenmeyen fiyat artışı tazmin edilebilir bir kazanç kaybı teşkil etmektedir²⁷⁶.

Konu açısında önem arz eden husus ise BGB’nin 252. paragrafının ikinci cümlesidir. Bu hüküm uyarınca; *kazanç kaybı eşyanın olağan seyrine (halin mutat cereyanına) göre veya özel şartlara göre özellikle alınan tedbir ve önlemlere göre gerçekleşmesi olasılıkla beklenen kazancı kapsamaktadır.*

ne kadar güvenceliyse, beklentinin hali hazırdaki mevcut malvarlığı değeri olarak yanında yer alması o kadar mümkündür ve böylece fiili zarar (müspet zarar) tarafından kapsanır. **Lange, H./Schiemann, G.:** Schadenersatz, Tübingen 2003, s.57-58.

²⁷⁵ **Oetker, H.:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2 Schuldrecht.Allgemeiner Teil, §§241-232 BGB, München 2012, §252 BGB, s.484.

²⁷⁶ **MünchKomm/Oetker,** §252 BGB, s.484.

BGB'nin 252. paragrafının, 2. cümlesi, §287 ZPO²⁷⁷ ile birlikte değerlendirildiğinde²⁷⁸, hükme ilişkin iki ayrı görüş bulunmaktadır. Azınlıkta kalan görüş, tazminata maddî hukuksal bir sınırlama getirildiğini doktrindeki hâkim görüş ise hükmün özel ispat kolaylığı sağladığını düşünmektedir²⁷⁹. Bu bağlamda kazanç kaybının tazmin edilebilmesi için kazancın ağırlıklı olasılıkla gerçekleşmesi aranmaktadır. Bu noktada bu olasılığın altında kalan kazanç kayıplarının tazmin edilebilir olup olmadığı gündeme gelecektir²⁸⁰.

Fleischer bu yaklaşımla ilk bakışta kuralın sadece sözü edilen ağırlıklı olasılığın altındaki kazanç beklentisinin tazminini engelleyici bir etki yarattığı sonucuna varılabileceğini ifade etmektedir. Nitekim *Hanau*; §252 BGB hükmünün açıkça; kazanç şansı kaybını değişken bir skalaya bağlanmadığını ifade etmektedir. Başka bir anlatımla tazminatın gerçekleşme şansına tekabül edecek şekilde belirleneceği öngörülmemiştir. Dolayısıyla kazancın olasılıkla gerçekleşmesi durumunda, zarar miktarının tümü tazmin edilmesi, ya da hiç tazmin edilmemesi söz konusu olmaktadır²⁸¹.

²⁷⁷ §287 ZPO: “Zararın vuku bulup bulmadığı ve zararın veya tazmin edilecek menfaatin meblağı konusunun taraflarca ihtilâflı olması durumunda, mahkeme serbest takdirine ve kanaatine göre tüm koşulların değerlendirilmesi uyarınca karar verir. Talep edilmiş delil ikamesi veya re’sen bilirkişi vasıtasıyla rapor düzenleyip düzenlememe veya ne ölçüde düzenleneceği konusu mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Mahkeme delil sunan tarafı, zarar veya menfaat konusunda dinleyebilir, §452 1. paragraf 1. cümle ile 2. paragraftan 4. paragrafa kadar kıyasen uygulayabilir.

1. paragrafın 1. ve 2. cümlesi, diğer olaylardaki malvarlığı uyumsuzluklarında da, talep miktarının ihtilâflı olduğu ve esaslı koşulların tam olarak aydınlatılmasının, alacağın ihtilâflı kısmının önemiyle orantısız güçlüklerle yol açtığı müddetçe kıyasen uygulanır.” Bu hüküm de zarar görene bir ispat kolaylığı sağlamaktadır. Bu hükmün olmaması durumunda zarar gören, genel ispat ilkelerine göre, §286 ZPO uyarınca kaybettiği kazancın miktarını ispatlaması gerekecekti.

²⁷⁸ Aslında söz konusu iki hüküm arasında uygulamada bir ayrım yapılmadığının belirtildiğinin ifade edilmesi gerekmektedir. **Großerichter**, s.184; **MünchKomm/Oetker**, §252 BGB, Rn.30.

²⁷⁹ **Lange/Schiemann**, s.57-58; **MünchKomm/Oetker**, §252 BGB, Rn.30; **Schubert, C.:** §252 BGB, Beck’scher Online Kommentar 2011, Rn. 32.

²⁸⁰ **Mäsch**, s.278.

²⁸¹ **Mäsch**, s.278; **Koziol**, verlorene Chancen, s.898.

Ancak *Fleischer* tüm kazanç fırsatlarının tanımı gereği belirsizlik unsuru ihtiva ettiğini, bu nedenle de tazmini talep edilebilmesi için kesin bir şans kaybı olduğu müddetçe, tazminat talebinin kabulüne düşünsel anlamda karşı durmadığını ifade etmektedir. *Müller-Stoy* ve *Fleischer*, bu durumu piyango bileti örneğiyle açıklamaktadır. Bir satıcının yanlışlıkla satılmış bir bileti, çekiliş küresine tekrar geri atması durumunda, kazananın her ne kadar ödülün tamamı yüksekliğinde olmasa da şansın değerine tekabül eden bir miktarda tazminata hak kazanacağını kabulünde hiçbir tereddüt bulunmadığını belirtmektedir²⁸². Yazar; kazanç şansının yok edilmesi ile kazanç şansının kaybedilmesini birbirinden ayırmakta ve her iki durumda da birbirine bağlı olmayan hukuken iki farklı zarar türünü teşkil ettiklerini ifade etmektedir. Nitekim kazanç şansının yok edilmesi fiili zarar olarak, şansın kaybedilmesini ise kazanç kaybı olarak nitelendirmektedir²⁸³. Bununla birlikte yazar, bilet satışının istisnâ bir görünüm arz ettiği ve böyle bir örnek olarak kullanılamayacağını ileri sürülebileceğini de belirtmektedir. Yine de *Fleischer*, bu örneğin genelleştirilmeye oldukça uygun olduğunu düşünmektedir²⁸⁴.

Yazara göre, tesadüfe bağlı olan diğer olaylarda bağımsız kazanç şansı kaybının talep edilip edilemeyeceği de incelenmelidir. Böyle bir somutlaştırma her şeyden önce Latin hukuk düzenlerinde mevcut bulunmaktadır. Nitekim İtalyan Temyiz Mahkemesi'nin 1986 yılında vermiş olduğu bir kararda, mahkeme, kazanç şansı kaybının maddî bir zarar olduğunu, bağımsız ve bağımsızca değerlendirilebilecek bir malvarlığı değeri olduğunu ve bu değer kaybının tazmininin mümkün olduğunu ifade etmiştir. *Fleischer*, mahkemenin bu kararı İtalyan Medeni

²⁸² **Müller-Stoy**, s; **Fleischer**, s.769; **Koziol**, *verlorene Chancen*, s.898.

²⁸³ **Fleischer**, s.769; **Mäsch**, *Chance und Schaden*, s.278.

²⁸⁴ **Fleischer**, s.769.

Kanunu'nun kazanç kaybının tazmin edilebilirliğine ilişkin §252 BGB' ye benzer bir hükmünün bulunmasına rağmen verildiğine dikkat çekmiştir. Bu durum Fransız hukuku bakımından da geçerlidir. Bu bağlamda *Fleischer*, tüm kazanç bakımından kanunen sağlanan ispat kolaylığının kazanç şansı kaybının oransal tazminine engel teşkil etmediğini ileri sürmektedir²⁸⁵.

Sonuç olarak *Fleischer*, kazanç ve kazanç şansı kaybının iki farklı zarar türü olarak kabul edilmesi durumunda, BGB'nin 252. paragrafının 2. cümlesinde yer alan kazanç kaybının tazminine ilişkin özel düzenlemenin kazanç şansının tazminini engellemediğini ileri sürmektedir. BGB'nin 252. paragrafının 2. cümlesi şansın tazmin edilebilirliğine ilişkin böyle bir ifade içermemektedir. Nitekim hüküm, şans sadece şansın gerçekleşmesi bakış açısından ele almaktadır²⁸⁶.

Bu görüş iki açıdan eleştirilebilir. Bunlardan ilki, sorumluluğun çok genişlemesi, ikinci ise şansın değerinin kesin olarak tespitinde yaşanacak zorluklardır. *Fleischer*, her iki iddianın da çürütülemez olarak görüldüğünü ifade etmiştir. Bununla birlikte tazminat hukuku hakime yeterince güçlendirilmemiş spekülative tazminat taleplerini karara bağlaması konusunda önlenemez bir ödev vermiştir. Buna ilişkin en göze çarpıcı örnek §842 BGB'de ayrıca düzenlenen kazanç ve gelir dezavantajlarının tazmin edilebilirliğidir. Zarar görenin hali hazırda meslek hayatında bulunması veya en azından meslekî eğitimine başlamış olması koşuluyla içtihat zararın takdirinde geniş kapsamlı kolaylıklar sağlamaktadır ve kimi hallerde ağırlıklı olasılık ölçüsünden tamamen dönmektedir. Bu nedenle, *Fleischer* böylesi spekülative kazanç beklentileri tazmin edilebiliyorsa, kazanç şansı kaybının de

²⁸⁵ **Fleischer**, s.769.

²⁸⁶ **Großerichter**, s.228.

belirlenip, tazmin edilebileceğini ileri sürmektedir²⁸⁷.

3. Meslekî İlerleme Şansı Kaybı

Alman hukukunda, vücut bütünlüğü ihlâlinden doğan zararlarda kazanç kaybında olduğu gibi §252 BGB ile §287 ZPO birlikte ele alınmaktadır. Bir mahkeme kararına konu olan olayda davacı trafik kazası nedeniyle ciddi bir şekilde yaralanmış, dolayısıyla eğitim imkânı ve kazanma kapasitesi azalmıştır. Kaza olmasaydı, zarar görenin diplomayla okulunu bitireceği konusunda taraflar arasında herhangi bir ihtilâf bulunmamaktadır. Davacı banka veya sigorta memuru olarak çalışacağını ileri sürerek, bu işten elde edeceği kazançtan mahrum kaldığını ileri sürerek, kazanç kaybının tazmin edilmesini talep etmiştir. Mahkeme, zararın belirlenmesindeki güçlüklerin zarar görene yükletilemeyeceğini belirtmiş ve davacının kaza zamanına kadar olan gelişiminin ileride hangi mesleği icra edeceğine ilişkin bir fikir verdiğini, eğilimlerinin ve yeteneklerinin ileride normal bir kariyer sürdüreceğini gösterdiği sonucuna varmıştır. Bu kapsamda kazadan önce davacının önemli okul konularında iyi bazen çok iyi sonuçlar aldığının, engelli kişiler için ekonomi okuluna katıldığının, ilgili dersleri aldığının ve ofis asistanı olarak meslekî eğitimini tamamladığının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Ayrıca uzmanlık ve eğitim ve ailesinin ileri düzeyde eğitimi, kardeşinin meslekî gelişimi de banka veya sigorta memuru olarak istihdam edilmesinin makul görülmesine katkı sağlamaktadır. Mahkeme davacının eğitim ve meslekî amaçlarına ulaşacağı

²⁸⁷ **Fleischer**, s.769.

konusunda §287 ZPO ve §252 BGB uyarınca öngörülen ikna derecesinin tesis edildiği sonucuna varmıştır²⁸⁸.

İsviçre hukukunda ise, açıkça vücut bütünlüğü ihlâlinden kaynaklanan çalışma gücü kaybı ve ekonomik geleceğin sarsılması zararları tazmin edilmektedir. Hatta ekonomik geleceğin sarsılması zararının şans kaybı olarak nitelendirilmese de şans kaybı doktrininin tüm özelliklerini taşıdığı ileri sürülmektedir²⁸⁹.

4. Dava Şansı Kaybı

Dava şansı kaybını incelemeden önce avukat ve müvekkili arasındaki ilişkinin hukuken nitelendirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda vekil ve müvekkil arasındaki avukatlık sözleşmesi olarak adlandırılan bu ilişki Alman hukukunda hizmet sözleşmesi²⁹⁰, Türk/İsviçre hukukunda ise vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir²⁹¹. Avukatın vekâlet sözleşmesine dayanan bir özen yükümlülüğü bulunmakta, başka bir anlatımla edimini ifa ederken gerekli özeni

²⁸⁸ OLG Karlsruhe 25/11/ 1988.

²⁸⁹ **Fellmann, W./Müller, C./Werro, F.:** Art 49 içinde **Huguenin, C./Hilty R.M.:** Schweizer Obligationenrecht 2020-Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich-Basel-Genf 2013, s.153 (art 49). Türk/İsviçre hukuku için daha kapsamlı bir inceleme Üçüncü Bölümde ele alınmıştır. Bkz. aşağı, s.203-204.

²⁹⁰ **Müller-Gröhe, R.:** Münchener Kommentar zum §611 BGB Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag 6. Auflage 2012, Rn.119. Bununla birlikte avukatın sadece sözleşme hazırlaması veya hukukî görüş vermesi durumunda, bu sözleşme istisna sözleşmesi olarak da nitelendirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: **MünchKomm/Müller-Gröhe**, §611 BGB, Rn.120; **Kull, M.:** Die zivilrechtliche Haftung des Anwalts gegenüber dem Mandanten, der Gegenpartei und Dritten, Zürich 2000, s.7.

²⁹¹ **Fellmann, W./Lutrbacher, T.:** Die Haftung des Anwaltes für falsche Schadenberechnung, HAVE 2003 (Sonderheft), s. 35; **Kellerhals, O.:** Die Zivilrechtliche Haftung des Rechtsanwalts aus Auftrag, Bern 1953, s.11; **Kull, s.5. Şenocak, Z.:** Avukatın Akdi Sorumluluğunun Şartları, Ankara Barosu Dergisi 1998, s.6 (avukatın sorumluluğu); **Başpınar, V.:** Avukatın Özen Borcu, G.Ü.H.F.D. 2008, s.40 (avukat).

göstermesi gerekmektedir. Bu kapsamda avukatın sonucun elde edilememesinden doğan bir sorumluluğu bulunmadığı, sadece sonucun elde edilmesi için gerekli özeni göstermesi gerekliliği kabul edilmektedir²⁹². Sonuçtan sorumlu olmamasının gerekçesi olarak, sonucun gerçekleşmesinde avukatın dışında pek çok faktörün etkili olduğu ileri sürülmektedir²⁹³. Dolayısıyla sonucun elde edilip edilemeyeceğinin hesaplanamayacağı ifade edilmektedir²⁹⁴. Bu bağlamda vekâlet sözleşmesinde sonucun gerçekleşmesinin tesadüfî olduğu belirtilmektedir²⁹⁵. Avukatın özen yükümlülüğü çerçevesinde aslında her ne kadar avukat sonucu garanti edemese de, davayı kazanma şansını korumakla yükümlü olduğu söylenebilir.

Avukatın özen yükümlülüğünü ihlâl etmesi durumunda, tazminat yükümlülüğünün doğabilmesi için, ihlâlin bir “zarara” neden olması ve bu zararın davacı tarafından ispat edilmesi gerekmektedir²⁹⁶. Dava şansı kaybının klâsikleşmiş örneği olan avukatın temyiz süresini kaçırmamasından yola çıkılacak olursa, avukatın özen yükümlülüğünün ihlâl ettiği konusunda hiçbir şüphe bulunmamaktadır²⁹⁷. Ancak özellikle temyiz süresi kaçırıldığı için temyiz edilemeyen davanın bir daha açılmayacak olmasından kaynaklanan zararın tazmin edilebilmesi için, zarar ile avukatın ihlâli arasında nedensellik bağının tesis edilmesi gerekmektedir²⁹⁸.

²⁹² **Fellmann/Luterbacher**, s.43; **Şenocak**, avukatın sorumluluğu, s.6; **Başpınar**, avukat, s.44.

²⁹³ **Şenocak**, avukatın sorumluluğu, s.6; **Başpınar**, avukat, s.44.

²⁹⁴ **Şenocak**, avukatın sorumluluğu, s.6.

²⁹⁵ **Şenocak**, avukatın sorumluluğu, s.6; **Başpınar**, avukat, s.44.

²⁹⁶ **Fellmann/Luterbacher**, s.39-40; **Kull**, s.23; **Şenocak**, avukatın sorumluluğu, s.6 ve 29-30.

²⁹⁷ **Kellerhals**, s.89-80; **Kull**, s.50; **Fellmann/Luterbacher**, s.43.

²⁹⁸ **Kellerhals**, s.23-24; **Şenocak**, avukatın sorumluluğu, s.30. Türk hukukunda avukatın, dava süresini kaçırmamasının özen borcunu gereği gibi ifa etmediği yönünde bkz. Yargıtay 13 HD 26/12/1995 E.1995/10929 K.1995/11812 (Karar için bkz. Kazancı Bilşim-İçtihat Bankası). Ayrıca şikayet süresinin kaçırılması dolayısıyla çek bedelinin tahsil edilememesi iddiası karşısında Hukuk

Dolayısıyla dava şansı kaybının tazmin edilebilirliği nedensellik bağının tesis edilip edilemeyeceğine bağlıdır. Bu kapsamda Türk/İsviçre hukukunda farazî davanın büyük ihtimalle kazanılacağına ispatlanması yeterli görülmektedir. Başka bir anlatımla kesinlik sınırında bir ispat ölçüsü yerine düşürülmüş yüksek olasılığa tekabül eden ispat ölçüsü aranmaktadır²⁹⁹. Temyiz süresi kaçırılmış bir dava örneğinde temyiz edilmemiş olan hükmün sonucu bakımından önemli olan olguların davanın kazanılacağı inancını kuvvetle yaratacak biçimde ortaya konulması yeterli görülmektedir³⁰⁰.

Her ne kadar aranan ispat ölçüleri aslında Fransız hukukunda dava şansı kaybının tazmini için aranan ispat ölçülerine oldukça benzerlik gösterse de, Fransız hukukunda dava şansı kaybı bir zarar olarak tazmin edilmekteyken, Alman hukuk çevresinde dava şansı kaybı bir zarar olarak kabul edilmemekte, başka bir anlatımla sorun nedensellik bağı sorunu olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda dava şansı kaybının zarar olarak kabul edilip, oransal tazminata hükmedilip hükmedilemeyeceği tartışılmıştır.

Fleischer'e göre; kazanç şansının tazmin edilebilirliğine ilişkin olaylarla çekişmeli bir paralellik arz etmesine rağmen, dava şansı kaybının tazmini sonuç olarak reddedilmelidir. Bu kapsamda yazar, avukatın yükümlülüğünü ihlâl ederek dava süresini veya temyiz süresini kaçırmaması durumunda, farazî davayı kazanması

Genel Kurulu, avukatın özen yükümlülüğü ihlâli ile zarar arasında uygun nedensellik bağının mevcut olup olmadığı tespit edilmeden tazminata hükmedilemeyeceğine karar vermiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 03/10/2007, E.2007/13-642, K..2007/704 (Karar için bkz. Kazancı Bilşim-İçtihat Bankası).

²⁹⁹ **Kellerhals**, s.25; **Kull**, s.114-115; **Şenocak**, avukatın sorumluluğu, s.30.

³⁰⁰ **Kellerhals**, s.27; **Şenocak**, avukatın sorumluluğu, s.30.

mümkünse tam tazminat yükümlüsü olurken, diğer durumlarda kısmî tazminat yükümlüsü olmasının hukuk ekonomisi bakımından toplamda fazla tazminata yol açtığını ileri sürmektedir. Bu nedenle, hukuk uygulamasında dava şansı kaybının tazmin edilebilirliğinden vazgeçilebilir olduğunu ifade etmektedir³⁰¹.

Koziol, tüm bu argümanların problemin dogmatik özüne hitap etmediğini, bu nedenle de gerçekten değerlendirilmediğini belirtmektedir. Yazara göre; avukatın fark metoduna göre hesaplanacak sübjektif zarara neden olup olmadığı sorusuna cevap aranmalıdır. Cevap kazanç şansı kaybındakiyle aynıdır. Nitekim kazanç şansı kaybı ile dava şansı kaybı arasında hiçbir teorik maddî farklılık bulunmamaktadır. Fark teorisinin esas alınması durumunda, dava şansı kaybının tazmini mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte genel olarak veya en azından kazanç şansı kaybı bakımından zarar verme anında müspet zararın objektif yöntemle hesaplanmasının tanınması durumunda dava şansı kaybının tazmini bakımından hiçbir engel kalmayacağını da ileri sürmektedir³⁰².

Dava şansı kaybının tazmini bakımından hukuk düzenlerindeki uygulama karşılaştırılacak olursa, aslında Fransız hukukunda da dava şansının tazmin edilebilmesi için farazî davanın kazanılma şansının kesine yakın olması gerekliliği kabul edildiği görülmektedir. İspat ölçüsü açısından değerlendirildiğinde, özellikle Fransız hukuku ile Alman hukuk çevresi arasında büyük bir farklılık yer almadığı söylenebilir. Ancak İngiliz hukukunun dava şansı bakımından daha esnek bir yaklaşım izlediğini de söylemek mümkündür. Bu noktada dava şansı kaybının zarar

³⁰¹ **Fleischer**, s.774.

³⁰² **Koziol**, verlorene chancen, s.901.

olarak kabul edilmesine ihtiyaç duyulup duyulmadığı sorusu gündeme gelecektir. Her ne kadar dava şansı kaybının söz konusu olduğu olaylarda da bir belirsizlik söz konusu olsa da özellikle yargı sürecini içeren olaylarda bu belirsizliğin diğer şans kayıplarına göre daha düşük bir seviyede olduğu sonucuna varılabilir. Fransız hukukunda da ileri sürüldüğü üzere, aslında hakim için en kolay çözüme kavuşturulacak şans kaybı olayının dava şansı kaybı olduğu sonucuna varmak mümkündür. Tüm bu gerekçelerle hemen hemen aynı ispat ölçülerinin benimsendiği özellikle Türk/İsviçre hukukunda tazminattan indirim mekanizmalarının mevcut olduğu göz önünde bulundurulduğunda *ilk bakışta* dava şansı kaybının tazmin edilmesine gerek olmadığı izlenimi uyanmaktadır.

III. İyileşme Şansı Kaybının Yeri

A. İyileşme Şansı Kaybı

1. Genel Olarak

Yukarıda da belirtildiği üzere şans kaybının tazmininin klâsik örneklerinden biri iyileşme şansı kaybı örneğidir. Bu örnek uyarınca hekim, kendisine başvuran hastanın hastalığını doğru teşhis edememekte ve sonuç olarak hasta ya hayatını kaybetmekte ya da ihlâl kalıcı bir maluliyet sonucu doğurmaktadır. Ne var ki, hastalık doğru teşhis edilseydi ve zamanında tedavi uygulansaydı, hastanın iyileşip iyileşemeyeceği kesin bir şekilde belirlenebilir değildir³⁰³.

İyileşme şansı kaybıyla aslında vücut bütünlüğü ihlâlinin söz konusu olduğu

³⁰³ **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.389; **Kadner Graziano**, Entgangene Chancen, s.61; **Martin-Casals**, s.1045.

tüm olaylarda karşılaşılabilmektedir. Bununla birlikte iyileşme şansı kaybının çıkış noktası ve klâsikleşmiş uygulama alanı tıbbî sorumluluktaki şans kaybına ilişkindir. İyileşme şansı kaybı ayrı bir zarar kabul edilsin edilmesin tüm hukuk düzenlerinde bu veya buna benzer olaylarla karşılaşılmaktadır³⁰⁴. Hukuk düzenlerinin konuya ilişkin benimsedikleri yaklaşımların, aralarındaki benzerlik ve farklılıkların daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle hekim ve hasta arasındaki ilişkinin hukukî niteliğinin ortaya konulması gerekmektedir.

2. Hekim-Hasta İlişkisinden Doğan Sorumluluk

Hekim-hasta ilişkisi çerçevesinde hekimin hukukî, cezaî, idarî ve etik sorumluluğu doğabilmektedir³⁰⁵. Genel olarak ele alındığında hukuk düzenlerinde hekim-hasta ilişkisinin ve bu ilişkiden doğan hukukî sorumluluğun ayrı kurallarla düzenlenmediği görülmektedir. Bu nedenle, konuya ilişkin uyuşmazlıklar genel borçlar hukuku kuralları, başka bir anlatımla sözleşme hukuku ve haksız fiil hukuku kapsamında çözülmektedir³⁰⁶.

3. Hekimin Hukukî Sorumluluğunun Kaynağı

Hukuk düzenleri incelendiğinde tıbbî sorumluluğun genel olarak hem sözleşmeden doğan sorumluluk, hem haksız fiil sorumluluğu doğurduğu

³⁰⁴ **Kasche**, s.15.

³⁰⁵ **Demir, M.:** Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, AÜHFD 2008, s.227 (sözleşme sorumluluğu); **Stauch, M.:** The Law of Medical Negligence in England and Germany, Oxford 2008, s.7; **Hauberichs, S.:** Haftung für neues Leben im deutschen und englischen Recht eine Darstellung am Beispiel der unerwünschten Geburt eines gesunden Kindes, Berlin 1998. s.41.

³⁰⁶ **Stauch**, s.7; **Hauberichs**, s.41.

görülmektedir³⁰⁷. Nitekim hekim ile hasta arasında aslında bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır; ancak hekim bu sözleşmeyi ifa ederken doğrudan hastanın vücut bütünlüğüne müdahale etmekte ve bu süreç içinde ikincil bir hasara sebep olabilmektedir³⁰⁸. Bu bağlamda hangi sorumluluk türüne başvurulacağı hastanın seçimine bırakılmış olabileceği gibi, kimi zaman da yerleşik uygulamayla bir sorumluluk türünün daha ön plâna çıktığı görülebilir³⁰⁹. Bunun yanı sıra Alman hukuk çevresinde hasta ile hekim arasındaki ilişkinin vekâletsiz iş görme ve *culpa in contrahendo* sorumluluğu doğurabileceği de kabul edilmektedir³¹⁰.

a. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk

Hekim ve hasta arasında sözleşme ilişkisinin olması durumunda, hekim açıkça veya zımnen yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde, hekimin sözleşme ihlâli nedeniyle sorumluluğu doğmaktadır. Bu sözleşme uyarınca hastanın ödediği ücret karşılığında hekimin uygun bir şekilde tedavi etme yükümlülüğü

³⁰⁷ **Stauch**, s.7; **Giesen**, D.: *Arzthaftungsrecht Medical Malpractice Law*, Bielefeld 1981, s.1-2 (*Arzthaftungsrecht*); **Ayan**, M.: *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk*, Ankara 1991, s.49; **Şenocak**, Z.: *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Ankara 1991, s.30 (hekimin sorumluluğu). **Yavuz İpekyüz**, F.: *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, İstanbul 2006, s.127-129.

³⁰⁸ İngiliz ve Alman hukukları için bkz.: **Stauch**, s.7;

³⁰⁹ Bu kapsamda, Anglo-Amerikan hukukunda ihmâle dayanan haksız fiil davaları ön plâna çıkmaktadır. Bkz. **Giesen**, D.: *International Medical Malpractice Law, A Comparative Law Study of Civil Liability Arising From Medical Care*, Tübingen 1988, s.26 (*medical malpractice*); **Giesen**, *Arzthaftungsrecht*, s.1-2.

³¹⁰ Acil durumlarda hekimin, hastanın rızasını almadan müdahale etmesi durumunda hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi kurulamadığından, bu ilişki vekaletsiz iş görme olarak nitelendirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ayan**, s.165-166; **Yavuz İpekyüz**, s.127-128. Hekimin, hasta ile aralarında bir sözleşme kurulmazdan önce, hekimin, hasta ile aralarında kurulan güven ilişkisini ihlâl etmek suretiyle zarara neden olması durumunda, hekimin sorumluluğu *culpa in contrahendo*ya dayanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Ayan**, s.49; **Yavuz İpekyüz**, s.128-129.

bulunmaktadır³¹¹.

Çeşitli sözleşme tipleri arasında ayırım yapan hukuk düzenlerinde hekimle hasta arasındaki sözleşmenin uygun bir şekilde nitelendirilmesi büyük bir önem arz etmektedir. Bu önem özellikle zamanaşımı ve uğranılan zararın giderilmesi için dava açma süreleri bakımından söz konusudur. Alman hukuk çevresinde genel olarak hekimlik sözleşmesi veya tedavi sözleşmesi olarak adlandırılan hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin bir işgörme sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir³¹². Bununla birlikte bu sözleşmenin diğer işgörme sözleşmelerinden birisi mi, yoksa *sui generis* bir sözleşme mi olduğu tartışmalıdır. Ayrıca *sui generis* olmadığını kabul edenler arasında bu sözleşmenin hangi işgörme sözleşmesine tâbi olması gerekliliği konusunda da bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Bu kapsamda hizmet sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi ve istisna sözleşmesi tartışılan sözleşme tipleri arasında yer almaktadır³¹³. Söz konusu ilişki genel olarak Alman hukukunda hizmet sözleşmesi, Türk/İsviçre hukukunda ise vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir³¹⁴. Bununla birlikte Alman hukukunda doktrinde azınlık görüş en azından tıbbî operasyonlara eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerekliliğini ileri sürmektedir. Ancak bu görüşe göre hastanın iyileşmesi değil, ameliyatın gerçekleştirilmesi “eser” olarak nitelendirilmekte, başka bir anlatımla hekim hastanın

³¹¹ **Hauberichs**, s.42; **Ayan**, s.30-31.

³¹² **Giesen**, medical malpractice, s.12; **Hauberichs**, s.42; **Şenocak**, hekimin sorumluluğu, s.24; **Öztürkler, C.:** Hukuk Uygulamasında Tıbbî Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbî Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2006, s.58. **Akartepe, A.:** Tedavi Sözleşmelerinin Hukukî Niteliği, Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, s.18-20; **Demir**, sözleşme sorumluluğu, s.226.

³¹³ **Ayan**, s.51-52; **Demir**, sözleşme sorumluluğu s.226; **Şenocak**, hekimin sorumluluğu, s. 24; **Öztürkler**, s.58. **Akartepe**, s.18-20.

³¹⁴ **Giesen**, medical malpractice, s.12; **Ayan**, s.52.

iyileşme sonucundan değil, ameliyattan sorumlu olmaktadır³¹⁵. Benzer bir şekilde, Fransız hukukunda da bazı hallerde hekimin edim sonucu yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmektedir. Nitekim *de Toulouse* Temyiz Mahkemesi, tıbbî faaliyetlerin sadece laboratuvar analizinden oluşması durumunda hekimin borcunun edim fiili değil, edim sonucu olduğu yönünde bir karar vermiştir. Bu kural tıbbî faaliyetin tamamen sağlık hizmeti sağlayıcının tam kontrolü altında olduğu tüm olaylara uygulanmaya başlanmıştır³¹⁶. Türk hukukunda ise bir diş doktorunun kanal tedavisi değil de takma diş yapması (protez), bir cerrahın tedavi değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbî müdahalesinin eser sözleşmesinin konusuna girdiği kabul edilmektedir³¹⁷.

Hukuk düzenleri arasındaki, tıbbî müdahaleye göre sözleşmenin niteliği konusunda farklı uygulamalar veya görüşlerin en önemli sonucu hekimin yükümlülüğüne ilişkindir. Nitekim sözleşmenin niteliğine göre hekimin yükümlülüğünün edim sonucu mu, yoksa edim fiili mi olduğu değişecektir. Genel olarak hekimin edim fiili borcu bulunduğu söylenebilir. Başka bir anlatımla hekim, teşhis veya tedavinin başarılı olmasını garanti etmemekte, teşhis veya tedavi sırasında yani edimini ifa ederken hekimin makul bir özen gösterme yükümlülüğü bulunmaktadır³¹⁸. Bununla beraber, istisna sözleşmesi uyarınca hekimin edim sonucu

³¹⁵ **Hauberichs**, s.42

³¹⁶ **Giesen**, medical malpractice, s.13.

³¹⁷ **Ayan**, s.52-53; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, T. 3/11/1999. E. 1999/4007 K.1999/3868 (Karar için bkz. Kazancı Bilşim-İçtihat Bankası).

³¹⁸ **Giesen**, medical malpractice, s.12; **Hauberichs**, s.42; **Demir**, sözleşme sorumluluğu s,238.

borcu bulunmaktadır³¹⁹.

b. Haksız Fiil Sorumluluğu

Hekim ve hasta arasında söz konusu olabilecek bir diğer hukukî ilişki ise haksız fiil ilişkisidir. Alman hukuk çevresinde, hekimin tıbbî müdahalesinin vücut bütünlüğü ihlâli olduğu kabul edilmektedir³²⁰. Bu kapsamda, hekimin sözleşmeye aykırı her türlü müdahalesinin aynı zamanda haksız fiil şartlarından hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmesi anlamına gelmektedir. Başka bir anlatımla, bu durumda hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu ile haksız fiilden doğan sorumluluğu yarışmaktadır. Dolayısıyla hasta, hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğuna başvurabileceği gibi haksız fiil sorumluluğuna da başvurabilmektedir³²¹. Anglo-Amerikan hukukunda tıbbî sorumluluk alanındaki haksız fiil sorumluluğu, pek çok haksız fiil davasına dayanmakla birlikte, çoğunlukla özen yükümünün ihlâli söz konusu olduğu için ihmâl dayanan haksız fiil davası açılmaktadır³²².

c. Hekimin Sorumluluğunun Şartları

Hekimin sorumluluğunun sözleşmeden kaynaklanması durumunda; hekim ve hasta arasında bir sözleşmenin varlığı, sözleşmenin ihlâli, kusur, zarar, sözleşmenin ihlâli ile zarar arasında nedensellik bağının tesis edilmiş olması gerekmektedir³²³.

³¹⁹ Hauberichs, s.42.

³²⁰ Hauberichs, s.43; Ayan, s.61.

³²¹ Ayan, s.61-62.

³²² Ayrıntılı bilgi için bkz.: Giesen, medical malpractice, s.31-32.

³²³ Ayan, s.148; Öztürkler, s.42-43.

Haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için ise sözleşmeye aykırılık şartı yerine hukuka aykırılık şartı aranmaktadır³²⁴.

B. İyileşme Şansı Kaybı ve Hukukî Niteliği

Tüm bu olay gruplarına ilişkin örnekler incelendiğinde hepsindeki ortak noktanın bir belirsizlik olduğu kesindir. Ancak olay grupları arasında farklılıklar bulunmakta, başka bir anlatımla söz konusu belirsizlik kendisini çeşitli açılardan göstermektedir. Bununla birlikte, bazı yazarlar da her üç olay grubu arasında herhangi bir ayırım yapmaksızın, tüm olaylar gruplarında belirsizliğin nedensellik bağına ilişkin olduğunu ileri sürmektedir³²⁵. Söz konusu yazarlar kazanç şansı kaybında üçüncü kişinin, dava şansı kaybında avukatın, iyileşme şansı kaybında ise hekimin kusurunun ortaya çıkan zararın zorunlu şartı veya olmazsa olmaz şartı olup olmadığı (*conditio sine qua non*) belirli bir kesinlikle tespit edilemediğini belirtmektedir³²⁶. Bu bağlamda, *Kadner-Graziano* öncelikle *conditio sine qua non* uyarınca sorumluluğun doğabilmesi için zarar verici eylem olmasaydı zararın doğmaması gerekliliğini belirtmiş ve bunun kesin bir suretle belirlenemediği tüm durumlarda nedensellik bağına ilişkin bir sorun olduğunu ifade etmiştir³²⁷.

Olay grupları arasında yapılan ayrımlardan biri ise belirsizliğin geçmişe ilişkin bir belirsizlik mi, yoksa geleceğe ilişkin bir belirsizlik mi olduğuna yöneliktir.

³²⁴ **Ayan**, s.167; **Öztürkler**, s.46-47.

³²⁵ **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.389; **Kadner-Graziano**, Loss of a chance, s.1009; **Büyüksağış**, maddî zarar, s.248.

³²⁶ **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.389; **Kadner-Graziano**, Loss of a chance, s.1009.

³²⁷ **Kadner-Graziano**, Loss of a chance, s.1009.

Nitekim iyileşme şansı kaybında olumsuz sonuç, yukarıda verilen örnek temel alınrsa ölüm gerçekleşmiştir. Bu nedenle de geçmişe ilişkin bir belirsizlik söz konusudur. Bu bağlamda, sıkıntı yaratan husus, ölüme hekimin kusurunun sebep olup olmadığının tespit edilememesidir. Diğer şans kaybı olay gruplarında ise, geleceğe ilişkin bir belirsizlik söz konusudur. Nitekim yarışa girecek olan kişi yarışa katılmaktan, müvekkil dava açmaktan mahrum bırakılmıştır; başka bir anlatımla hali hazırda dava ya da yarışma kaybedilmemiştir. Bu olay gruplarındaki sıkıntı gerçekleşmemiş bir olayın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin belirsiz olmasıdır. Bu nedenle, geleceğe ilişkin bir farazîye söz konusu olduğu ileri sürülmektedir. Bu farklılık aslında bir avantajdan mahrum bırakma ve dezavantajın veya olumsuz bir sonucun gerçekleşmesinin engellenmesinden mahrum bırakma olarak da ifade edilebilir. Tüm bunlar kendisini şans kaybının tazmini kavramının “zarar” ya da zarar miktarının belirlenmesi mi, yoksa “nedensellik bağı” çerçevesinde mi ele alınması gerekliliği konusunda göstermektedir. Nitekim geleceğe ilişkin bir belirsizlikte veya avantajdan mahrum bırakılma durumunda, özellikle kazanç kaybının hesaplanmasında da belirsizlik durumu mevcuttur ve şans kaybının bu kapsamda ele alınabileceği belirtilmektedir. Oysa iyileşme şansı kaybında tabii nedensellik bağının tesisinde sıkıntı yaşandığı konusunda hiçbir şüphe bulunmamaktadır³²⁸.

Bu noktada iyileşme şansı kaybının tazmin edilebilirliği konusunda tıbbî

³²⁸ Söz konusu ayrımı yapan yazarlar için bkz.: **Müller-Stoy**, s.159; **Fleischer**, s.768; **Koziol**, *verlorene Chance*, s.889; **Koziol, H.**: *Loss of a Chance-Comparative Report*, *Digest of European Tort Law 2007 Essential Cases on Natural Causation* (edited by Winiger, B./Koziol, H./Koch, B.A., Zimmermann R.), Viyana 2007, s.589 (Comparative Report); **Stoll, H.**: *Schadenersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender Sicht*, Eric Steffen Festschrift, 1995, s.475; **Martin-Casals**, s.1044.

sorumluluk alanında nedensellik bağının tesisi ve ispatı önem kazanmaktadır. Nitekim İngiliz, İsviçre hukuk düzenlerinde ve Amerika Birleşik Devletleri'nin bazı eyalet hukuklarında iyileşme şansı kaybı nedensellik bağının tesis edilememesi gerekçesiyle reddedilmektedir³²⁹. Bununla birlikte, Fransız hukukunda ve Amerika Birleşik Devletlerinin bazı eyaletlerinin hukuklarında ise iyileşme şansı kaybının nihaî zarardan bağımsız bir zarar olarak kabul edilip, şansa tekabül eden oranda tazminata hükmedildiği görülmektedir. Dolayısıyla nedensellik bağının tesisinde yaşanan güçlükler, iyileşme şansı kaybının zarar olarak kabul edilmesiyle bertaraf edilmiştir³³⁰. Bunun dışında özellikle Alman hukuku ve yine Amerika Birleşik Devletleri'nin bazı eyalet hukuklarında ise nedensellik bağının tesisinde sağlanan kimi ispat kolaylıklarının benimsendiği görülmektedir. Bu ispat kolaylıkları iyileşme şansı olarak nitelendirilse de nitelendirilmese de söz konusu kaybın bir ölçüde tazmin edilmesi sonucuna yol açmaktadır. Avusturya hukukunda ise tesadüfî bir olay ile kusurlu davranışın bir arada bulunması durumunda, alternatif nedenselliğin ve müterafik kusuru düzenleyen hükümlerin kıyasen uygulanması söz konusudur. Bu uygulama tıbbî sorumluluk alanı için de geçerlidir ve iyileşme şansı kaybının tazmin edilmesi sonucunu doğurmaktadır³³¹.

Sonuç olarak, iyileşme şansı kaybının tazmin edilebilirliği, tabii nedensellik bağının tesisiyle ilişkili olduğundan, incelememiz büyük bir kısmı tıbbî sorumlulukta nedensellik bağının tesisi ve ispatı konularından oluşmaktadır.

³²⁹ Bu konu üçüncü bölüm altında incelenmiştir. Bkz. aşağı, s.138-212.

³³⁰ Bu konu dördüncü bölüm altında incelenmiştir. Bkz. aşağı, s.213-234.

³³¹ Bu konu ikinci bölüm altında incelenmiştir. Bkz. aşağı, s.95-137.

İKİNCİ BÖLÜM

NEDENSELLİK BAĞI VE NEDENSELLİK BAĞININ İSPATI

ÇERÇEVESİNDE İYİLEŞME ŞANS KAYBI

I. Genel Olarak Nedensellik Bağı ve İspatı

A. Nedensellik Bağı

Tüm hukuk düzenlerinde, nedensellik bağı, sorumluluğun unsuru olarak yer almaktadır³³². Bununla birlikte, hukuk düzenlerinde nedensellik kavramı altında sorumluluğun kurulması için farklı şartlar aranmaktadır³³³. Nedensellik bağının tesisinde genel olarak iki aşamalı bir ayrım yapıldığı söylenebilir. Öncelikle zarar verenin kusurlu davranışının zararın zorunlu şartı olması aranmakta, ardından çeşitli analizlerle bu sorumluluk sınırlandırılmaktadır. İlk aşama tabii nedensellik veya gerçek nedensellik olarak, ikinci aşama ise hukukî nedensellik olarak adlandırılmaktadır³³⁴.

Açıkça böyle bir ayrım benimseniyor olsun ya da olmasın, *Zimmermann*'a göre; Avrupa Birliği üye devletlerinin hukuk düzenlerinde sorumluluk hukukuna

³³² **Koziol**, causation s.53; **Von Bar**, C.: The Common European Law of Torts Volume II, New York 2005, s.435.

³³³ **Koziol**, causation, s.53.

³³⁴ **Koziol**, causation, s.53; **van Dam**, s.268-269.

ilişkin neredeyse ortak olan tek husus, “*conditio sine qua non*” analizidir³³⁵ ve tüm bu hukuk düzenlerinde bu analiz nedensellik bağının tesisi konusunda ilk aşama olarak kabul edilmektedir³³⁶. *Bydlinski* de, itirazlar³³⁷ olmakla birlikte nedenselliğin ana unsurunun bu analiz olduğunu belirtmiştir³³⁸.

Conditio sine qua non analizi uyarınca, davalının davranışı olmasa da zararlı sonuç ortaya çıkacaksa, davalının davranışı, sonucun zorunlu şartı değildir ve dolayısıyla nedensellik bağı tesis edilemez³³⁹. Bu analiz İskoç hukukunda *causa sine qua non*, İngiliz, İrlanda ve Amerikan hukuklarında *but for* olarak adlandırılrsa da, içeriksel olarak bir farklılık bulunmamaktadır³⁴⁰. Nitekim Amerikan hukukunda da *but for* analizinin aslında davalının eyleminin zararın zorunlu şartı (*conditio sine qua non*) olup olmadığını belirlemeye ilişkin olduğu kabul edilmektedir³⁴¹. Bu bağlamda, şart teorisi ile *but for* testi aynı işlevi görmektedir. Ayrıca Haksız Fiillere ilişkin 3. *Restatement*³⁴²: Fiziksel (Bedensel) ve Duygusal Zararlar”³⁴³da *conditio sine qua*

³³⁵ **Zimmermann, R.**: *Conditio sine qua non* in General-Comparative Report içinde **Winiger, B./Koziol, H./Koch, B.A./Zimmermann, R.** (eds.), *Digest of Eueopan Tort Law I: Essential Cases on Natural Causation*, Wien-New York 2007 (*conditio sine qua non*) s.99; **von Bar**, s.413.

³³⁶ **Spier, J./Haazen, O.A.**: *Comparative Conclusions on Causation* içinde Spier, J. (ed.), *Unification of Tort Law: Causation*, The Hague 2000, s.127; **van Dam**, s.268-269.

³³⁷ Belçika hukukunda nedensellik bağının tesisindeki tek analizin *conditio sine qua non* olduğu kabul edilmiş ve ikili inceleme veya iki aşamalı yaklaşım kesinlikle reddedilmiştir. **Spier/Haazen**, s.127.

³³⁸ **Bydlinski, F.**: *Causation as a legal Phenomenon* içinde **Tichý, L.**(eds.): *Causation in Law*, Praha 2007 s.15 (causation).

³³⁹ **Zimmermann**, *conditio sine qua non*, s.99; **von Bar**, s.413; **van Dam**, s.269.

³⁴⁰ **Zimmermann**, *conditio sine qua non*, s.99; **Koziol**, causation, s.55.

³⁴¹ **Keeton, W.P/Dobbs, D.B./Keeton, R.E/Owen, D.G.**: *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul 1984, s.266; **Glannon, J.W.**: *The Law of Torts*, New York 2005, s.141; **Edwards/Edwards/Wells**, s.136. Anglo-Amerikan hukukunda *conditio sine qua non* analizinin *but for* testi olduğu yönünde bkz. **Van Dam**, s.269.

³⁴² *Restatement*, hukukun belirli alanlarında hazırlanan ve Amerikan Hukuk Enstitüsü’nün onayıyla yayımlanarak geçerlilik kazanan metinlerdir. Amerikan hukukunun ikincil nitelikteki kaynakları arasında yer alan *Restatement*’ların hazırlanmasının amacı belirli bir konuda tüm eyalet hukuklarının incelenerek, dağınık halde bulunan konuya ilişkin yaklaşımların sistematize

non testi ile *but for* testinin aynı kavramlar olduğu³⁴⁴, hatta gerçek nedenin sonucun zorunlu şartı olarak daifade edilebileceği belirtilmektedir³⁴⁵.

Bunun yanı sıra, Avrupa Birliği üye devletlerinin hukuk düzenlerini ele alan karşılaştırmalı hukuk çalışmalarında, bazı hukuk düzenlerinde tabii nedensellik analizinin mahkemelerde veya doktrinde ele alınmadığı veya tartışılmadığı sonucuna da varılmaktadır. Ancak *Koziol*, yine bu çalışmaları temel alarak tartışmanın yapılmıyor olmasının tabii nedensellik analizinin göz önünde bulundurulmadığı anlamına gelmediğini ifade etmektedir³⁴⁶.

Tabii nedenselliğin sorumluluğu çok genişlettiği hemen hemen tüm hukuk düzenlerinde kabul edilerek, farkı isimlerdeki çeşitli kriterlerle bu sorumluluk sınırlandırılmaktadır³⁴⁷. Bazı hukuk düzenlerinde sınırlandırma aşaması; hukukî neden, sorumluluğun kapsamı, sorumluluğu sınırlandıran nedensellik olarak

edilmesidir. Bununla birlikte kimi zaman *Restatement*'larda mevcut durumun ortaya konulmasının ötesinde, Raportör ve danışma grubunun daha iyi bir çözüm olduğu düşüncesiyle yaklaşımlardan birini benimsedikleri de görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Oğuz, A.**: Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003, s.299-300. Haksız fiiller alanında günümüze kadar üç *Restatement*'in çıkartılmıştır. İkincil nitelikteki kaynak olmakla birlikte özellikle *Restatement*'lar arasındaki farkların Amerikan haksız fiil hukukundaki gelişimi gösterdiği düşünülmektedir. Bundan sonra *Restatement* I olarak anılacak olan Haksız Fiiller *Restatement*'ı (Restatement of Torts, American Law Institute 1938), Profesör Francis Bohlen'in raportörlüğünde hazırlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Restatement Second of Torts, Introduction (Volumes 1&2), American Law Institute 1965.

³⁴³ Haksız Fiillere ilişkin 3. *Restatement*: Fiziksel ve Duygusal Zararlar için Sorumluluk, American Law Institute, 2010. Nisan 2012 itibarıyla geçerlilik kazanan *Restatement*, bundan sonra *Restatement* III olarak anılacaktır. *Restatement* III, Sorumluluğun Paylaştırılması, Ekonomik Zararlardan Doğan Sorumluluk, Fiziksel ve Duygusal Zararlar ve Ürün Sorumluluğu olmak üzere dört ayrı kitaptan oluşmaktadır.

³⁴⁴ *Restatement* III, §26, comment b.

³⁴⁵ *Restatement* III, §26, comment c. Aynı yönde **Wright, R.W.**: Causation in Tort Law, 73 Cal. L. Rev. 1985, s.1775.

³⁴⁶ **Koziol**, causation, s.55-56.

³⁴⁷ **Koziol**, causation, s.60.

adlandırılmaktadır. İkinci aşamanın tesisinde, birinci aşamanın tesisinde olduğu gibi *conditio sine qua non* veya *but for* olarak adlandırılan tek bir analiz bulunmamaktadır. Bu analizleri *Koziol*; uzaklık-yakın neden³⁴⁸, normun amacı³⁴⁹, uygunluk³⁵⁰ ve doğrudan neden olarak belirlemiştir³⁵¹.

B. Nedensellik Bağının İspatı

Kıta Avrupası hukuku ile Anglo-Amerikan hukuku arasında ispat konusunda temel bir farklılık bulunmaktadır. Anglo-Amerikan hukukunda iddiaların doğruluğu konusunda olasılığa dayanan ispat ölçüleri benimsenmişken, Kıta Avrupası hukukunda hakimin iddiaların doğruluğu konusunda “vicdani kanaate” ulaşması gerekmektedir³⁵². Anglo-Amerikan hukukunda ispat ölçülerinin dava hakkında karar

³⁴⁸ Amerikan hukukunda “yakın neden (proximate cause)”, İngiliz hukukunda “uzaklık (*remoteness*)” olarak adlandırılan kriterin belirlenmesinde öngörülebilirlik testinden yararlanılmaktadır. Bu bağlamda davalının eyleminin gerçekleştiği zaman, davalının davacıya zarar verme riskini öngörüp öngöremeyeceği saptanmaktadır. Bu test uyarınca, mahkeme, öncelikle davalının davranışını ihmâl olarak değerlendirilmesine yol açan risklerin neler olduğunu ortaya koymaktadır. Davalı eylemini gerçekleştirdiği zaman belirli bir riski öngörmüşse ve bunun gerçekleşmesini önlemek konusunda ihmâl göstermişse, davalının ihmâli zararın yakın nedeni/uzak olmayan nedeni olarak kabul edilmektedir. **Dobbs, D.B.:** The Law of Torts, St. Paul 2000, s.44; **Glannon**, s.186; **van Dam**, s.275-278.

³⁴⁹ 20. yüzyılın başlarında Alman hukukçuları tarafından geliştirilen bu teori, zarar verenin sorumluluğunun ihlâl ettiği normun içeriğinden, amaçsal yorumundan çıkartılması düşüncesine dayanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Koziol**, causation, s. 62-63; **Koziol**, basic questions, s.276-79; **van Dam**, s.272-275; **Atamer, Y.M.:** Haksız Fiillerden Dopan Sorumluluğun Sınırlandırılması İstanbul 1996, s.70-104.

³⁵⁰ Alman hukukçuları tarafından geliştirilen uygun nedensellik bağı teorisi genel olarak Somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, mahiyeti ve ana temayülü itibarıyla meydana getirmeğe genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan, zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki bağ şeklinde tanımlanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Eren, F.:** Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s.52 (uygun illiyet).

³⁵¹ **Koziol**, causation, s.60.

³⁵² **Clermont, K.E./Sherwin, E.:** A Comparative View of Standards of Proof, AJCL 2002, s.243.

verecek makamın iddianın doğruluğuna ilişkin inanç derecesini gösterdiğinin ileri sürüldüğünün de belirtilmesi gerekmektedir³⁵³.

Amerikan hukukunda genel olarak, “delillerin üstünlüğü (*preponderance of evidence*)”, “açık ve ikna edici delil (*clear and convincing evidence*)” ve “makul şüphe (*beyond a reasonable doubt*)” olmak üzere üç temel ispat ölçüsü bulunmaktadır. Delillerin üstünlüğü ölçüsünde, iddianın olma ihtimalinin olmama ihtimaline göre daha yüksek olması aranmaktadır. “Açık ve ikna edici delil ölçüsü”nde ise, delillerin üstünlüğünden daha yüksek bir ihtimalin söz konusu olması, “makul şüphe ölçüsüne” göre ise karar verecek makamın iddianın doğruluğu konusunda makul hiçbir şüphesinin kalmaması gerekmektedir. Sistemin amacına göre, ispat ölçüleri değişmektedir. Zira ceza davalarında aranan “makul şüphe” ölçüsüne ceza davalarının dışında nadiren rastlanmaktadır³⁵⁴. Tıbbî sorumluluk davalarında kural olarak geçerli ispat ölçüsü ise “delillerin üstünlüğü” ölçüsüdür³⁵⁵. Aynı şekilde, İngiliz hukukunda da bu ölçüye tekabül eden “olasılıkların dengesi (*balance on probabilities*)” ispat ölçüsüyle karşılaşılmaktadır.

Kıta Avrupası hukukunda kural tam ispattır. Tam ispata göre, hâkimin iddiaya tam olarak inanması, bu konuda makul bir şüphesinin bulunmaması gerekmektedir. Bu çerçevede mutlak bir kesinlik aranmamakta, hâkimin vicdani

³⁵³ **McCauliff, C.M.A.:** Burdens of Proof: Degrees of Belief, Quanta of Evidence, or Constitutional Guarantees, Vand. L. Rev. 1982, s.1294.

³⁵⁴ **Clermont/Sherwin,** s.251.

³⁵⁵ **McCauliff,** s.1293.

kanaate ulaşması gerekmektedir³⁵⁶. Hâkimin ulaşması gereken kanaat derecesi, ispat ölçüleriyle belirlenmekte³⁵⁷ ve bu ölçüler kesinlik ile ihtimal arasında yer almaktadır³⁵⁸. Bu kapsamda tam ispatta aranan ispat ölçüsü “kesine yakın olasılıktır³⁵⁹”. Avusturya hukukunda hâkim görüşe göre, Avusturya Medeni Usul Kanunu §272’de öngörülen ispat ölçüsü “yüksek olasılık”tır ve Avusturya Temyiz Mahkemesi de kısmen düşürülmüş ispat ölçüsü olan “yüksek olasılık” ölçüsünü benimsemiştir. Sadece delillerin üstünlüğü veya olasılıkların dengesi ispat ölçülerinin ise Avusturya hukukuna uymadığı kabul edilmektedir³⁶⁰. Benzer bir düşünce Alman hukukunda da kabul görmüştür. Yüksek olasılık ölçüsünün yargı kararlarındaki

³⁵⁶ Avusturya hukuku için bkz.: **Koch, B.A.:** Proportional Liability in Austrian Law, Proportional Liability in Austrian Law (özel baskı) içinde yayınlanacak, Gilead, I (eds) Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives, Berlin 2013, s.1. <http://www.udg.edu/Portals/89/Filosofia>

%20Dret/seminaris/Koch_Proportional%20Liability%20under%20Austrian%20Law_draft.pdf . Son erişim tarihi 20/09/2013. s.1. İsviçre hukuku için bkz.: **Brönnimann, J.:** Art. 157 ZPO içinde **Hausheer, H./Walter, H.P.:** Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I : Art. 1-149 ZPO, Band II : Art. 150-352 - Art. 400-406 ZPO, Bern 2012, s.1711; **Berger, M.B./Nogler, R.:** Beweisrecht-die Last mit dem Beweis(en), recht 2012, s.171. Alman hukuku için bkz.: **Schiemann, G.:** Kausalitätsprobleme bei der Arzthaftung, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, München 2007, s. 1164 (Kausalitätsprobleme); **Schiemann, G.:** Problems of Causation in the Liability for Medical Malpractice in German Law içinde Tichý, L. (ed.): Causation in Law, Prag 2007, s.189 (Problems of Causation); **Jansen,** s. 276.

³⁵⁷ **Hasenböhler, F.:** Vorbemerkungen zum 10. Titel içinde **Sutter-Somm, T./Hasenböhler, F./Leuenberger, C. (eds.),** Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2013, s.1035; **Başözen, A.:** Tıbbî Müdahalelerden Kaynaklanan Tazminat Sorunları, e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, 2012, s. 9 (tıbbî müdahale), <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=TIBB%DD%20M%DCDAHALEDEN%20KAYNAKLANAN%20TAZM%DDNAT%20DAVALARINDA%20%DDSPAT%20SORUNLARI&kimlik=694870117&url=makaleler/abasozen-6.pdf>. Son erişim tarihi 22/09/2013.

³⁵⁸ **Hasenböhler,** Kommentar zur ZPO, s.1035.

³⁵⁹ **Koch, B.A.:** Proportional Liability in Austrian Law, s.1. İsviçre hukuku için bkz.: **Walter, H.P.:** Zur Rechtsnatur des Ermessenbegriffs in Art 42 Abs. 2 OR içinde **Fuhrer, S. (ed.),** Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht - Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Bern 2010 (Ermessenbegriffs), s.683; **Walter, H.P.:** Art.8/III. Beweis/E. Beweismass içinde **Hausheer, H./Walter, H.P.:** Berner Kommentar, Bd. I/1, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012 (Berner Kommentar zur ZGB 8) s.1102. Walter, bu ispat ölçüsünün en azından %90 ihtimali gerektirdiğini belirtmiştir. Bkz. **Walter,** Ermessenbegriffs, s. 683, dn.37; **Walter,** Berner Kommentar zur ZGB 8, s.1102. Türk hukuku için bkz.: **Başözen,** tıbbî müdahale s.18.

³⁶⁰ **Koch,** proportional libility, s.2; İsviçre hukukunda da tam ispatta aranan ispat ölçüsünün “yüksek ihtimal” olduğu da ileri sürülmektedir. Bkz.: **Hasenböhler,** Kommentar zur ZPO, s.1035.

“kesinlik sınırındaki ihtimale” tekabül ettiği kabul edilmektedir³⁶¹. Alman hukukundaki ispat kolaylıklarının sağlandığının da göz ardı edilmemesi gerekmektedir³⁶².

Kural; tam ispat olmakla birlikte, istisnaî hallerde yaklaşık ispat da kabul edilmektedir. Bu bağlamda İsviçre hukukunda, istisnaî hallerde düşürülmüş ispat ölçüsü olan ağırlıklı olasılık kabul edilmektedir. Bu ispat ölçüsünün uygulanabilmesi için eşyanın doğası gereği, sıkı ispatın mümkün olmadığı veya beklenemediği hallerde delil eksikliğinin bulunduğu kabul edilir ve bu durumlarda “ağırlıklı olasılık” ölçüsü yeterli görülmektedir³⁶³. Bu kapsamda, örneğin tabii nedenselliğin, ağır ihmâlin, zararın ve zararın miktarının ispatında aranan ispat ölçüsü ağırlıklı olasılıktır³⁶⁴. Ağırlıklı olasılık ölçüsünün olasılık oranı konusunda yeknesaklık bulunmadığının belirtilmesi gerekmektedir³⁶⁵. Ağırlıklı olasılığa ilişkin tartışmanın olmadığı tek husus, %50’nin üzerinde bir olasılığa dayanmasıdır³⁶⁶.

³⁶¹ **Başözen, A.:** İlk Görünüş İspatı, Ankara 2010, s.37-38 (ilk görünüş).

³⁶² Bununla birlikte; %99,8 ve üzerindeki ihtimalin tam kanaat, %75 ve üzerindeki ihtimalin yüksek olasılık, %50 ve üzerindeki ihtimalin ise ağırlıklı olasılığa tekabül ettiği görüşü de bulunmaktadır. Bu görüş için bkz. **Başözen**, ilk görünüş, s.133. Alman hukukunda nedensellik bağının ispatı ve ispat kolaylıkları aşağıda “İspat Yükünün Ters Çevrilmesi” alt başlığında ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır. Bkz. aşağı, s.113-121.

³⁶³ **Hasenböhler**, Kommentar zur ZPO, s.1035; **Brönnimann/BernerKomm**, Art. 157 ZPO, s.1711. Türk hukukunda da benzer koşullarda ispat yükü düşürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Başözen**, ilk görünüş, s. 138.

³⁶⁴ **Berger/Nogler**, s.172.

³⁶⁵ Örneğin **Müller** ağırlıklı olasılık ölçüsünün, %50’nin üzerinde olduğunu ileri sürerken (bkz. **Müller**, verlorene Chance, s.397.), içtihat tarafından kullanılan “ağırlıklı olasılık” terimi yerine “yüksek olasılık” terimini tercih eden **Walter**, bu ispat ölçüsünün en azından %75 ihtimali gerektirdiğini belirtmiştir. Bkz. **Walter**, Ermessenbegriffs, s.683, dn.38; **Walter**, Berner Kommentar zur ZGB 8, s.1103. Diğer görüşler için bkz. **Berger/Nolger**, s.173.

³⁶⁶ **Berger/Nogler**, s.172.

Türk hukukunda hekimin sorumluluğu ister haksız fiil sorumluluğuna, ister sözleşme sorumluluğuna dayansın, nedensellik bağına ispat yükü davacıdadır. Türk hukukunda uygun nedensellik bağının tam ispatının güç olduğu, bu nedenle de ispat ölçüsünün düşürülmesi gerekliliği uygulamada ve doktrinde hakim görüşüdür. Bu çerçevede ispat ölçüsü kesine yakın olasılıktan, yüksek olasılığa düşürülerek, başka bir anlatımla, hekimin ihlâlinin zararı **büyük bir ihtimalle** meydana getirmesi aranmaktadır. Dolayısıyla “meslek kurallarına uygun bir tedavi hayat tecrübeleri ve olayın normal akışına göre genellikle başarıyla sonuçlanıyorsa uygun illiyet bağının varlığının kabul edilmesi gerekliliği” kabul edilmektedir³⁶⁷.

II. İspat Kolaylıkları Çerçevesinde İyileşme Şansı Kaybı

Hekimin meslekî kusuru nedeniyle vermiş olduğu zararın giderilmesi amacıyla açılan davalarda, davacı hem hekimin kusurunu, hem zarara hekimin kusurunun sebep olduğunu ispatlamak zorundadır. Bu bağlamda hasta, hekimin kusurlu eylemi olmasaydı, zararın gerçekleşmeyeceğini ispatlayacaktır. Ancak, bu hususların ispatlanması hasta için çok kolay değildir³⁶⁸. Nitekim bir taraftan tedavinin başında hastanın sağlık durumu her zaman tam olarak belirlenememekte, diğer taraftan insan vücudunun bireysel tepkileri (reaksiyonları) kesin olarak öngörülememekte ve bu tepkiler (reaksiyonlar) üzerinde bir hâkimiyet kurulamamaktadır³⁶⁹. *Schiemann* bu belirsizliğin “kara kutu” metaforuyla en iyi

³⁶⁷ **Şenocak**, hekimin sorumluluğu, s.91.

³⁶⁸ **Stoll**, Heilungschancen, s.465

³⁶⁹ **Stoll**, Heilungschancen, s.465; **Schiemann**, Kausalitätsprobleme s. 1162; **Schiemann**, problems of causation, s.187; **Mäsch, G.:** Kaybedilmiş Şans mı Yoksa Sebebin Olmaması mı? İlliyet Bağının

şekilde ifade edilebileceğini belirtmektedir. Yazara göre, hekimin tedavi hatası biçiminde bir girdi ve hastanın mevcut sağlık durumu biçiminde bir çıktı mevcuttur. Ancak kara kutu olarak ifade edilen bu iki durumun arası, yani söz konusu girdilerle söz konusu çıktılara nasıl ulaşıldığı nedensellik bağı analiziyle belirlenememekte, sadece bu sürece ilişkin belirli olasılık veya istatistikî bilgiler verilebilmektedir³⁷⁰. Bir örnekle açıklanacak olursa hekimin uygun bir tedavi uygulaması durumunda istatistikî veriler bu tedavinin %80 oranında başarıyla sonuçlanacağı gösteriyorsa, bu veriler hekimin uygun tedaviyi uygulamış olsaydı veya gerekli özeni göstermiş olsaydı dahi hastanın %20'lik gruba mı dahil olacağı, yoksa %80'lik gruba mı dahil olacağına ilişkin bir veri sunmamaktadır³⁷¹. Tüm bu ispat güçlüklerinin bertaraf edilebilmesi için hukuk düzenlerinde çeşitli ispat kolaylıkları benimsenmiştir

A. Esaslı Etken Testi ile İyileşme Şansı Kaybının Tazmini

Amerikan hukukunda, bazı eyaletlerde, ispat kolaylıkları tanınmak suretiyle şans kaybının tazmin edildiği görülmektedir. Bu ispat kolaylıklarının ise esaslı etken testi kapsamında yapıldığı görülmektedir.

Tam Olarak Kurulamadığı Durumlarda Yanlış Tedaviden Sorumluluk, Kafkas Üniversitesi-TİKA Uluslar arası Özel Hukuk Sempozyumu 2005, Bakü 2005, s.2 (kaybedilmiş şans).

³⁷⁰ Van Gerven/Larouche/Lewer, s.428/2; Schiemann, Kausalitätsprobleme, s.1162; Schiemann, problems of causation, s.187.

³⁷¹ Van Gerven/Larouche/Lewer, s.428/2.

1. Esaslı Etken (*Substantial Factor*) Testi

Bazı durumlarda, “*but for*” testinin uygulanması sonucunda tatmin edici sonuçlara ulaşılamamaktadır³⁷². Bu durumu bertaraf etmek üzere, mahkemelerce *but for* testinin yanı sıra yeni yaklaşımlar benimsenmeye başlamıştır. Esaslı etken testi de bu yaklaşımlardan birini oluşturmaktadır³⁷³.

Esaslı etken testinin klâsik dava örneği 1920 yılında karara bağlanan *Anderson v. Minneapolis St. P.&S. S. M. Ry. Co*³⁷⁴ davasıdır³⁷⁵. Nitekim bu davadan sonra esaslı etken testi geniş kabul görerek uygulanmaya başlamıştır³⁷⁶. Söz konusu davaya konu olayda, davacının mülkü iki yangının birleşmesi sonucu zarar görmüştür. Yangınlardan biri davalının ihmâli sonucunda ortaya çıkarken, diğer yangının nasıl çıktığı bilinmemektedir. İlk derece mahkemesi, jürinin davalının çıkarttığı yangının, davacının mülkünün tahrip olmasının maddî unsuru ve esaslı etkeni olması durumunda, davalının sorumluluktan kurtulamayacağı sonucuna varmıştır. İstinaf mahkemesi de bu kararı onamıştır³⁷⁷. Başka bir anlatımla, *but for* testi karşılanamamış olsa da, yani davalının eylemi olmasaydı zarar muhtemelen yine

³⁷² **Glannon**, s.144; **Diamond, J.L./Levine, L.C./Madden, M.S.:** Understanding Torts, New York 1996, s.193-194; **Stapleton**, s.393. *Prosser/Keeton; but for* analizinin sadece esaslı etken testinin uygulama alanı bulduğu durumlarda yetersiz kaldığını ileri sürmektedir. Bkz.: **Keeton/Dobbs/Keeton/Owen**, s.267. Bununla birlikte *Fischer*, birden çok yeterli nedenin yanı sıra, zarar verenin yapmama-ihmâlinde bulunması durumunda da ispat konusunda çok ciddi sıkıntılarının mevcut olduğunu ifade etmektedir. **Fischer, D.A.:** Causation in Fact in Omission Cases, 1992 Utah L.Rev. 1992, s.1335 (ommission).

³⁷³ **Glannon**, s.144-145; **Stapleton**, s.393.

³⁷⁴ Minnesota Yüksek Mahkemesi’nin 17 Eylül 1920 tarihli ve 21855 sayılı karar için bkz. 179 N.W. (North Western Reporter) 45. Bundan sonra *Anderson* davası olarak anılacaktır.

³⁷⁵ **Glannon**, s.145; **Diamond/Levine/Madden**, s.193.

³⁷⁶ **Keeton/Dobbs/Keeton/Owen**, s.267.

³⁷⁷ 146 Minn. 430, 179 N.W. 45.

de gerçekleşecek olsa da, davalı sorumlu tutulmuştur³⁷⁸. Bu bağlamda, cevabı aranan soru, davalının davranışının, sonucun gerçekleşmesindeki etkisinin **esaslı** olup olmadığı veya sonucun gerçekleşmesinin maddî unsuru olup olmadığıdır³⁷⁹. *Diamond/Levine/Madden*, testi, genel olarak davalının davacının zararına maddî olarak katkı sağlaması gerekliliği olarak açıklamıştır³⁸⁰.

Esaslı etken testinin klâsik uygulama alanı, *Anderson* kararında olduğu gibi, birden çok nedenin zararın meydana gelmesine tek başına yeterli olduğu, ancak bu nedenlerden hiçbirinin *but for* testi uyarınca sorumluluk doğurmadığı olaylardır (yarışan neden)³⁸¹. Test, geniş kabul görmüş, ayrıca *Restatement I* ve *Restatement II*³⁸², de de yer bulmuştur. Bununla birlikte esaslı etken testinin “*but for*” testi karşısındaki yeri farklı görüş ve uygulamalara konu olmuştur³⁸³. Söz konusu görüş ayrılıkları esaslı etken testinin, “*but for*” testi yerine mi kullanılması gerektiği, yoksa sadece bir istisna veya alternatif bir yaklaşım³⁸⁴ mı olduğu hususlarında kendisini

³⁷⁸ **Glannon**, s.145; **Diamond/Levine/Madden**, s.193-194.

³⁷⁹ **Keeton/Dobbs/Keeton/Owen**, s.267.

³⁸⁰ **Diamond/Levine/Madden**, s.194. Bu yönde değerlendirildiğinde bu esaslı etken testi, İngiliz hukukundaki maddî anlamda katkı sağlama (*materially contributed risk*) analizine tekabül etmektedir. Bkz. aşağı s. 140.

³⁸¹ *Restatement III*, comment j; **Keeton/Dobbs/Keeton/Owen**, s.268; **Glannon**, s.145; **Fischer**, Omission, s.1346; **Diamond/Levine/Madden**, s.193; **Edwards, LL/Edwards, J.S/Wells, P.K.:** Tort Law, New York 2012, s.137.

³⁸² Haksız Fiillere ilişkin 2. *Restatement* (Restatement Second of Torts) C .3-4, American Law Institute 1977. Bundan sonra “*Restatement II*” olarak anılacaktır. İlk *Restatement*’ın gözden geçirilmesi suretiyle hazırlanan *Restatement II* görüldüğü üzere dört ciltten oluşmaktadır. Kasti zarar ve ihmâl konularını içeren ilk iki cilt 1965 yılında yayınlanmıştır. Profesör *William L. Prosser*’ın raportörlüğünde ve *Robert E. Keeton, Fleming James Jr.* ve Hakim *Goodrich* gibi Amerikan haksız fiil hukukunun önemli isimlerinin danışmanlığında hazırlanan *Restatement II*’nin amacı, sosyal değişiklikler karşısında *Restatement I*’i gözden geçirmek ve *Restatement I*’e yöneltilen eleştirileri değerlendirmektedir (Ayrıntılı bilgi için bkz. *Restatement Second of Torts*, Introduction (Volumes 1&2), American Law Institute 1965).

³⁸³ Yanlış kullanımı konusunda bkz. *Restatement III*, comment j.

³⁸⁴ **Glannon**, s.145; **Diamond/Levine/Madden**, s.193; **Edwards/Edwards/Wells**, s.137.

göstermiştir. Nitekim esaslı etken testi, bazı mahkemelerce *but for* testi yerine hem gerçek nedeni, hem hukukî nedeni tesis etmek için kullanılmıştır³⁸⁵. Ayrıca esaslı etken testinin tıbbî sorumluluk davalarında olduğu gibi “*but for*” testini esnetmek için kullanıldığı da belirtilmektedir³⁸⁶.

Restatement III’de esaslı etken testinin karmaşıklığı ve yanlış kullanımı nedeniyle testin terk edilmiş olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Test, yerine §27 benimsenmiştir. “Birden Çok Yeterli Neden” (yarışan neden) başlığını taşıyan §27 hükmünün uygulama alanına girebilmesi için; birden çok neden olması, bu nedenlerin her birinin de ayrı ayrı tek başına zararı meydana getirmeye yeterli olması ve bu nedenlerin her birinin zararın meydana geldiği sırada aktif olması gerekmektedir³⁸⁷. Alternatif nedenlerin §27’nin uygulama alanına girmediği ise özellikle vurgulanmıştır. Nitekim alternatif nedende, zarara nedenlerden yalnızca biri yol açmakta, oysa birden çok yeterli nedende, her iki neden de tek başına zararın gerçekleşmesine neden olmaktadır³⁸⁸.

2. Şans Kaybının Tazmini

Her ne kadar *Restatement III*’te esaslı etken testi kaldırılmış olsa da, esaslı etken testi Amerikan hukukunda şans kaybının gelişimi bakımından önem arz etmektedir. Bunun yanı sıra *Restatement*’ın bağlayıcı olmadığı göz önünde

³⁸⁵ Glannon, s.146; Fischer, Omission, s.1347; Diamond/Levine/Madden, s.194.

³⁸⁶ Diamond/Levine/Madden, s.194.

³⁸⁷ *Restatement III*, §27, comment a.

³⁸⁸ *Restatement III*, §27, comment e. Alman hukuk çevresinde yarışan nedene tekabül etmektedir. Bkz. Eren, F.: Boçrlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s.548.

bulundurulduğunda, mahkemelerin bu testi kullanmaya devam edebileceği sonucuna varılabilir³⁸⁹.

Yukarıda da belirtildiği üzere, bu test uyarınca, hekimin ihlâlinin nihaî zararı meydana getirme konusunda esaslı etken olması gerekmektedir. Bu sonuca varmak için de, esaslı bir şans kaybı ve zarar rizikosunun artırılması olmak üzere iki yaklaşımdan yola çıkıldığı görülmektedir³⁹⁰. Bununla birlikte, esaslı etken testinin sadece birden çok veya müşterek nedende uygulanan bir test olduğu için bu kapsamda uygulanamayacağını belirtenler de bulunmaktadır³⁹¹.

İyileşme şansının nedensellik bağının esnetilmesi suretiyle tazmin edilmek istenmesi durumunda; mahkemenin, jüriye davalının eyleminin zararın esaslı etkeni olup olmadığını tespit etme yönünde bir talimat verdiği görülmektedir. Bu suretle tazminat miktarı da jürinin takdir yetkisine bırakılmaktadır. Bununla birlikte bu davalarda şans kaybı doktrini jüri tarafından dikkate alınmamaktadır. Nedenselliğin tesisi konusunda ilk görünüş delillerinin olmasına karar verilmesi durumunda, dava jüriye sunulmaktadır³⁹².

³⁸⁹ Hatta bu testi kullanmaya devam ettikleri görülmektedir. Bkz. *Doe v. Board of Educ. of Prince George's County*, F. Supp. 2d, 2013 WL 6065269 (D.Md.).

³⁹⁰ **Allen, C.C.:** Tort Law-Loss of Chance in Wyoming: Alive But for How Long? *McMackin v. Johnson Country Healthcare Center*, 73 P. 3d 1094 (Wyo.2003), Wyo. L. Rev. 2006, s.540.

³⁹¹ **Foran, E.M.:** Medical Malpractice: A Lost Chance is a Compensable Interest, U. Bridgeport L. Rev. 1991-1992, s.479.

³⁹² **Ellis, L.R.:** Loss of Chance as Technique: Toeing the Line at Fifty Percent, Tex. L. Rev. 1993-1994, s.369 ve s.369, dn.1.

a. Esaslı Olasılık-Esaslı Şans

Amerikan hukukunda şans kaybının tazmininin uygulandığı ilk karar, 1966 tarihli *Hicks v. United States*³⁹³ davasıdır ve bu karar esaslı olasılığa dayandırılmıştır³⁹⁴. Davaya konu olan olayda, hasta bağırsak ağrısıyla hastaneye başvurmuş ve hekim, gastroenterik teşhisi koyarak, hastayı eve göndermiştir. Hekimin reçeteye yazdığı ilaçları alarak, evde birkaç saat uyuyan hasta; uyanmasının ardından bir bardak su içip kusmuş, bilinçsiz bir şekilde yere yığılmış ve bir daha uyanamamıştır. Bilirkişi (*expert witness*), makul bir hekimin, hastanın hayatını kaybetmesine neden olan yüksek oranda tıkanıklığı bertaraf etmek için rutin testleri yapması gerektiğini belirtmiştir. Hekimin ihmâli olduğu sonucuna varan mahkeme, kararını şu şekilde açıklamıştır:

“Esaslı-önemli bir iyileşme olasılığı mevcutsa ve bu olasılık davalı tarafından ortadan kaldırılmışsa, davalı sorumludur. Zarar verenin, zararın gerçekleşmesine yol açmaması durumunda, ne olmuş olacağı nadiren mutlak bir kesinlikle gösterilebilir. Mevcut somut koşulda; hastanın hastaneye yatırılmış ve uygun bir şekilde ameliyat edilmiş olsaydı kesinlikle yaşayacağını gösterilmesi beklenmemektedir”.

³⁹³ 368 F.2d 626 (4th Cir. 1966)

³⁹⁴ **Allen**, s.535. Bununla birlikte, aslında şans kaybının ilk izlerine Hakim Hand’in 1925 tarihli *Zinnel v. United States Shipping Bd. Emergency Fleet Corp.* kararındaki görüşlerinde rastlandığını ileri sürenler de bulunmaktadır. **Zilich, G.J.:** Cutting through the Confusion of Loss of Chance under Ohio Law: A new Cause of Action or a New Standard of Causation, Clev. St. L. Rev 2003, s.679.

Hicks kararındaki esaslı olasılık kısa bir süre içerisinde pek çok mahkeme tarafından geleneksel “yakın neden” testini esnetmek için kullanılmıştır³⁹⁵. Bu suretle, birçok davada, hekimin ihmâlinin hastanın iyileşme şansını azaltması durumunda, davacı tazminata hak kazanmıştır. Bununla birlikte, yine aynı mahkeme *Hurley v. United States*³⁹⁶ davasında, “esaslı olasılık” ifadesinin “olabilirlik” ifadesiyle eş anlamlı olduğunu belirtmiştir. Bu suretle, mahkemenin *Hicks* kararında, geleneksel nedensellik ispat ölçüsü olan ve olabilirliğe karşılık gelen, “olmamasına göre daha yüksek ihtimal ölçüsünün” değiştirilmediğini ifade etmiştir. Dolayısıyla, mahkeme *Hicks* kararının yanlış yorumlandığını ve kararda iyileşme şansının tazmin edilebilirliği sonucuna varılmadığı, aksine, geleneksel nedensellik bağı yaklaşımı çerçevesinde tazminata hükmedildiği düşüncesindedir. Benzer bir şekilde *Clark v. United States*³⁹⁷ davasında, mahkeme, *Hicks* kararının hekimin kusuru nedeniyle hastalığın geç teşhis edildiği tüm olaylarda uygulanamayacağını, nitekim *Hicks* kararıyla yeni bir kural sevk etmediğini belirtmiştir. Doktrinde de benzer yorumlara rastlanmaktadır. Buna gerekçe olarak da, davacının tanıdığı uzmanın, “hasta uygun bir şekilde ameliyat edilmiş olsaydı, kurtulacaktı” ifadesi gösterilmektedir. Bu ifadeye dayanılarak, aslında, davacının geleneksel tabii nedenselliği ispatlamış olduğu belirtilmektedir. Bu nedenle de %51’in altında iyileşme şansına sahip olan hastanın zararın tazmin edildiği kararlar eleştirilmektedir³⁹⁸.

³⁹⁵ **Allen**, s.538; **Ellis**, s.379.

³⁹⁶ 923 F.2d 1091 (1991).

³⁹⁷ 428 F2d 598.

³⁹⁸ **Ellis**, s.379.

Nedenselliğin esnetilmesi olarak yorumlanan bu yaklaşım, geleneksel ispat ölçüsünü azaltmakta ve davalının ihmâlinin hastanın ölümüne veya diğer bir nihaî zarara neden olduğuna ilişkin “makul olabilirlik” ölçüsü karşılanmadan, nedensellik bağının tesis edilmesini sağlamaktadır. Bu yaklaşım uyarınca; davacının, davalının eyleminin, davacının önemli veya kayda değer bir iyileşme veya yaşama (hastalıktan kurtulma) şansının ispat etmesi durumunda nedensellik bağının tesis edildiği sonucuna varılacaktır.³⁹⁹.

Bu analizle nedensellik bağı tesis edildiğinden, esaslı olasılık-esaslı şans analizinde tam tazminata hükmedilmektedir. Bu durum, analizin yoğun bir şekilde eleştirilmesine yol açmıştır. Nitekim davacı küçük bir şansa sahip olması koşulunda dahi, davalı bütün zarardan sorumlu olacaktır. Bu suretle, geleneksel yaklaşımın yarattığı eşitsizliğe davacı katlanırken, bu analiz uyarınca söz konusu eşitsizliğe davalı katlanmaktadır⁴⁰⁰.

b. Zarar Rizikosunu Artırma Analizi

Zarar rizikosunu artırma analizi, ispat ölçüsünün düşürülmesi olarak kabul edilmektedir. Bu analizin ilk defa uygulandığı dava ise *Hamil v. Bashline* kararıdır⁴⁰¹.

³⁹⁹ **Allen**, s.539; **Foran**, s.486.

⁴⁰⁰ **Foran**, s.487-488.

⁴⁰¹ **Ellis**, s.380. Bununla birlikte *Herskovits* davasında Hakim *Pearson*; *Hamil* kararında, *Hicks* kararında olduğu gibi makul kesinlik ispat ölçüsünün reddedildiği, makul olabilirlik ölçüsünün benimsendiğini belirtmiştir.

Karara konu olan olayda; hasta göğüs ağrısı şikâyetiyle hastaneye başvurmuştur. Hastane, acil servis hekimi sağlayamadığı gibi, hastanede çalışan bir EKG makinesi de bulunmamaktadır. Bunun üzerine hastanın eşi, hastayı aile hekimine götürmüş ve burada hasta vefat etmiştir. Davacı tarafın bilirkişisi (*expert witness*) hastanın kalp krizi geçirdiğini, dolayısıyla uygun bir tedavi ile hastaneye ilk gittiği zaman %75 yaşama şansına sahip olduğunu belirtmiştir. Davalının bilirkişisi (*expert witness*) ise, hastanın her halükârda öleceği yönünde görüş bildirmiştir. Mahkeme, davacının yaşama şansının azalması suretiyle zarar rizikosunun arttığını ispat ederse, artan rizikonun zararı meydana getirme konusunda esaslı bir etken olup olmadığını tespit etmek üzere jüriye başvurulabileceğine karar vermiştir⁴⁰².

Amerikan hukukunda bu konuda temel kararlardan bir diğeri de *Herskovits v. Group Health Coopeative*⁴⁰³ davasında verilen karardır. Bu davada ise, hasta göğüs ağrısı ve öksürük şikâyetleriyle hastaneye başvurmuştur. Hekimin ihmâli sonucunda, akciğer tümörü teşhis edilememiştir. Bu aşamada hastalığın teşhis edilebilmiş olması durumunda, hastanın %39 iyileşme şansı bulunmaktadır. Hasta bir sene sonra bir başka hekime başvurduğunda hastalık teşhis edilebilmiştir. Ancak hastanın iyileşme şansı %25'e düşmüştür. Başka bir anlatımla iyileşme şansı %14 azalmıştır. Mahkeme, zararı ölüm olarak belirlemiş ve *Hamil* kararına da dayanarak şans kaybının jüri değerlendirilmesine sunulabilecek yeterlilikte olduğuna karar vermiştir.

⁴⁰² Hasta davalının hastanesine başvurduğunda, nabızı ve tansiyonu ölçülmüş ve normal çıkmıştır.

⁴⁰³ Şans kaybının tazmini tartışmalarının bu kararla birlikte arttığı da belirtilmektedir. **Ellis**, s.369.

Karara yöneltlen eleştirilerden biri, zarar rizikosunu artırma analizinin bir nedensellik bağı analizi olmamasıdır. Nitekim bu yaklaşım *Restatement* II §323'e dayanmaktadır. Bu paragraf; başkasına bedel karşılığında veya ücretsiz hizmet sağlayan kişilerin, hizmet verdiği kişinin şahsını ve eşyalarını koruma zorunluluğu olduğunu düzenlemekte ve özen yükümlülüğünün ihlâli sonucunda, hangi koşullarda fiziksel sorumluluğun doğacağını belirlemektedir. Zarar rizikosunun artırılması bu koşullardan ilkinde yer almaktadır. Nitekim bu koşul uyarınca; bir kişi, makul özen göstermeyerek karşı tarafı fiziksel bir zarara uğrattırsa veya özen yükümlülüğünü ihlâl ederek zararın gerçekleşme rizikosunu artırırsa, bu kişinin sorumluluğunun doğacağı kabul edilmiştir⁴⁰⁴. Dolayısıyla bu kapsamda zarar rizikosunu artırma analizi, nedensellik bağının tesisine yönelik değil, yükümlülük ihlâlinin belirlenmesine yöneliktir.

Bunun yanı sıra, “esaslı etken” olup olmadığının belirlenmesi konusunda mahkemelerin çoğunun jüriye rehberlik etmediği belirtilmektedir⁴⁰⁵. Aslında *Restatement* II §433'de, bir etkenin esaslı etken olduğuna karar verilirken göz önünde bulundurulacak bazı kriterler belirlenmiştir. Bu bağlamda; zararı meydana getirmeye katkıda bulunan diğer etkenlerin sayısı, bu etkenlerin zararı meydana getirme konusunda etkilerinin kapsamı, davalının davranışının zarar zamanına kadar

⁴⁰⁴ **Allen**, s.539; **Foran**, s.486; **Schmauder, D.**: An Analysis of New Jersey's Increased Risk Doctrine, Rutgers L.J 1993-1994, s.904-905; **Frasca, R.**: Loss of Chance Rules and Valuation of Loss of Chance Damages, J. Legal Econ. 2008-2009, s.99.

⁴⁰⁵ **Schmauder**, s.900.

devam eden ve aktif olan güç veya güçler serisi yaratıp yaratmadığı veya zaman aşımı kriterleri tek başına veya önemine göre birlikte göz önünde bulundurulabilir.⁴⁰⁶

Sonuç olarak; esaslı etken testini uygulamak suretiyle jüri, davalının eyleminin zarara neden olmasının aslında uzak bir ihtimal olması durumunda dahi bunun esaslı etken olduğuna karar verebilmekte ve dolayısıyla hekimi davacının zararından sorumlu tutabilmektedir⁴⁰⁷.

Her iki yaklaşım da nedensellik bağıını esnetmek suretiyle şans kaybını tazmin etmektedir. Bununla birlikte, nedensellik bağıının tesisindeki “ya hep ya hiç” anlayışı varlığını sürdürmekte, sadece nedensellik bağıının ispatı esnetildiği için %50’nin altında bir şans kaybına uğramış bir davacının da tazminat talebi kabul edilebilmektedir. Bu gerekçelerle *Prof. King*, bu yaklaşımın benimsenebilecek en kötü yaklaşım olduğunu ileri sürmektedir⁴⁰⁸.

B. İspat Yükünün Tersine Çevrilmesi

1. Genel Olarak

İspat yükünün tersine çevrilmesi, sadece Alman hukukunda söz konusu olmaktadır⁴⁰⁹. İspat yükünün tersine çevrilmesi ele alınmadan önce, Alman

⁴⁰⁶ **Schmauder**, s.900.

⁴⁰⁷ **Schmauder**, s.900.

⁴⁰⁸ **King**, Reformulation, s.508.

⁴⁰⁹ **Mäsch**, kaybedilmiş şans, s.6.

hukukunda, tıbbî sorumluluk alanında, nedensellik bağıının ispatına ve tanınan ispat kolaylıklarına da kısaca değinilmesi gerekmektedir.

Alman hukukunda tıbbî sorumluluk alanındaki nedensellik bağı problemi maddî hukuktan ziyade ispat hukuku çerçevesinde ele alınmaktadır. *Schiemann*'ın ifadesiyle, nedensellik bağı problemi maddî hukuktan usul hukukuna dönüştürülmüştür. Dolayısıyla, tıbbî sorumluluk davalarında kilit sorun nedensellik bağıının ispatı konusunda ortaya çıkmaktadır⁴¹⁰.

Pek çok olayda, hekim sorumluluk sigortası tarafından desteklenmekte ve nedensellik bağı hususu taraflar arasında ihtilâfa neden olmaktadır. Bu nedenle, sıklıkla bilirkişiye başvurulmakta, ancak bilirkişi de nedensellik bağı konusunda çoğunlukla aydınlatıcı bir cevap verememektedir. Bilirkişi raporları, genellikle, belirli bir olasılığa dayanmakta, bu da nedensellik bağıının ispat edildiği sonucunu doğurmamaktadır⁴¹¹. §286 ZPO uyarınca, hakimin nedensellik bağıının ispat edildiğine karar verebilmesi için tam kanaate ulaşabilmesi, yani nedensellik bağıının kurulduğu konusunda makul bir şüphesinin bulunmaması gerekmektedir⁴¹².

⁴¹⁰ **Schiemann**, Kausalitätsprobleme, s.1163; **Schiemann**, problems of causation, s.188. Yazar, Alman hukukundaki bu gelişmenin açıkça *Katzenmeier* tarafından yazılan “Hekimin Sorumluluğu” başlıklı kitapta konunun ele alınış biçiminin anlaşılacağını belirtmiştir. Nitekim kitabın büyük bir çoğunluğunu oluşturan maddî hukuk kısmında nedensellik bağına hiç yer verilmemişken, konu usul hukuku kısmında ayrıntılı bir biçimde ele alınmıştır. **Schiemann**, Kausalitätsprobleme, s.1163; **Schiemann**, problems of causation, s.188.

⁴¹¹ **Schiemann**, Kausalitätsprobleme, s.1164; **Schiemann**, problems of causation, s.189.

⁴¹² **Schiemann**, Kausalitätsprobleme, s.1164; **Schiemann**, problems of causation, s.189; **Jansen**, s. 276.

Alman hukukunda, diğer hukuk düzenlerinde olduğu gibi ispat yükü davacıda olduğundan, hem tıbbî müdahaleye ilişkin belirsizlikler, hem hastanın tıbbî bilgiye sahip olmaması, delil ikamesini tıbbî sorumluluk hukukunun temel sorunlarından biri haline getirmektedir. Bu güçlükleri Alman Federal Mahkemesi anayasal güvence altına alınan “silahların eşitliği” ilkesine aykırı bularak, adil bir dava ve etkili hukuk korumasını karşılayabilmek için çeşitli ispat kolaylıkları benimsemiştir⁴¹³. Bu kolaylıklar genel olarak ilk görünüş ispatı, §287 ZPO’nun geniş uygulaması ve ispat yükünün ters çevrilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır⁴¹⁴.

a. İlk Görünüş İspatı

İlk görünüş ispatı (*prima facie*); aslında, Alman hukukuna özgü olmayıp, İngiliz (*res ipsa loquitor*)⁴¹⁵, İsviçre⁴¹⁶ ve Türk hukuklarında⁴¹⁷ da karşımıza çıkmaktadır. İlk görünüş ispatında tecrübe kurallarına göre tipiklik önem kazanmaktadır⁴¹⁸. Başka bir anlatımla, zararın muhtemel olmasının yanı sıra hatalı tedavinin tipik sonucu olması durumunda *prima facie* sorumluluk kurulmaktadır⁴¹⁹. İlk görünüş ispatına ilişkin verilen klâsik örnek BGH tarafından karara bağlanan kan

⁴¹³ **Bien, F.:** Schadensrechtliches Alles-oder-nichts-Prinzip und Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler-Zum Umgang der deutschen Rechtsprechung mit Kausalitätszweifeln im Arzthaftungsprozess, EIPR 2008, 1091-1092; **Buchner, B.:** Prozessuale und versicherungsrechtliche Fragen der zivilrechtlichen Arzthaftung nach deutschem Recht s.313, içinde **Hakeri, H./Rosenau, H. (ed.):** VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2012; **Schumann, s.158-159.**

⁴¹⁴ **Bien, s. 1091-1092.**

⁴¹⁵ **Stauch, s.73.**

⁴¹⁶ İsviçre hukukunda ilk görünüş ispatı için bkz.: **Walter, Ernessensbegriffs, s.683; Hasenböhler, Kommentar zur ZPO, s.1035; Walter, Berner Kommentaz zur ZGB 8, s.1108-112.**

⁴¹⁷ Türk hukukunda sorumluluğunun tesisinde ilk görünüş ispatının kabul edilmesi için bkz. **Ayan, s.168; Demir, sözleşme sorumluluğu, s.249.**

⁴¹⁸ **Stauch, s.73, Bien, s.1092.**

⁴¹⁹ **Schiemann, Kausalitätsprobleme, s.1164; Schieman, problems of causation, s.189; Schumann, E.: Zivilrechtliche Arzthaftung und Arzthaftungsprozess içinde Özlü, T. (ed.): Hasta Hakları IV. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Trabzon 2007, s.158-159.**

bağışı davasıdır. Davaya konu olan olayda HIV riski taşımayan ve yaşam biçimi HIV bulaşma tehlikesini artırmayan bir hastaya, kan verilmesinden sonra HIV bulaşmıştır. Bu koşulda kan verilmesinden sonra davacı ve diğer alıcılarda HIV tespit edilmesi göz önünde bulundurulduğunda, davacının kan bağışıyla “*prima facie*” bu hastalığa yakalandığı sonucuna varılmıştır⁴²⁰.

Bununla birlikte, ilk görünüş ispatının uygulama alanının son derece sınırlı olduğu belirtilmektedir. Nitekim sadece hekimin müdahalesinin, hatalı tedavinin sonucu olan zarara neden olduğu tipik olaylarda uygulanabilmektedir. Ancak tıbbî olaylarda, kaçınılmaz olaylarda olduğu gibi, hekimin davranışı kusurlu olsa dahi ilk görünüş ispatı yardımcı olmamaktadır. Özellikle, insan organizmasının ölçülemez olması ve tedavinin olayın seyrine etki edebilecek farklı şartları olması göz önünde bulundurulduğunda, çoğunlukla tipik tanı bulgularına rastlanmamaktadır⁴²¹.

b. §287 ZPO’nun Uygulanması

Alman hukukunda tıbbî sorumluluk davalarındaki belirsizliğin giderilmesi için, zararın mevcudiyeti konusunda §287 ZPO’nun uygulanması da gündeme gelmiştir. İspat, §286 ZPO ile düzenlenmiş olmakla birlikte, özellikle tazminat davalarında, zararın mevcudiyeti ve miktarı konusunda §287 ZPO ile bir ispat kolaylığı tanınmıştır⁴²².

⁴²⁰ BGH 30Apr.1991, BGHZ 114,284.

⁴²¹ **Schiemann**, Kausalitätsprobleme, s.1164-1165 (naklen); **Schiemann**, problems of causation, s.189-190 (naklen); **Stauch**, s.73-74 (naklen); **Bien**, s.1092 (naklen).

⁴²² Bkz. yuk. s.77-78, dn.277..

Schiemann, hükmün lafzına göre, §287 ZPO’nun tıbbî sorumluluk alanındaki nedensellik problemine kesinlikle uygulanabileceğini belirtmiştir. Nitekim anılan madde açıkça zararın mevcut olup olmadığının ihtilâflı olduğu hallerde uygulanacağını vaz etmiştir⁴²³. Bu kapsamda sağlık zararı ile çalışma gücü kaybı arasındaki nedensellik bağının ispatında ve aynı şekilde avukatın sorumluluğunda avukatın kusuru olmasaydı farazî davanın nasıl sonuçlanacağını belirlemede §287 ZPO uygulama alanı bulacaktır⁴²⁴. Bununla birlikte doktrindeki hâkim görüş bu yaklaşıma karşı çıkmakta ve özellikle de içtihat farklı bir uygulama söz konusu olmaktadır. Bu görüş, sorumluluk kuran ve sorumluluğun kapsamını belirleyen nedensellik arasında bir ayırım yapmakta ve sadece sorumluluğu sınırlandıran nedensellik bağının tesisinde §287 ZPO’nun uygulanabileceğini ileri sürmektedir. Diğer bir deyişle, ilk zarar ile kusur arasında nedensellik bağının tesisinin §286 ZPO’ya göre tam ispat ile takip eden zarar ile kusur arasındaki nedensellik bağının tesisinin ise §287 ZPO’ya göre belirleneceği ileri sürülmektedir⁴²⁵.

2. Doktrin ve İçtihat İspat Yükünün Tersine Çevrilmesi

a. İspat Yükünün Tersine Çevrilmesi Uygulaması

Alman hukukunda, “kesinlik sınırındaki ihtimal” ispat ölçüsüyle, nedensellik bağının tesisi neredeyse imkânsızdır. Bu çerçevede, Alman hukukunda istisna

⁴²³ **Schiemann**, Kausalitätsprobleme, s.1165; **Schiemann**, problems of causation, s.190.

⁴²⁴ **Saenger, I.**: §287 ZPO Schadensermittlung, Höhe der Forderung, Zivilprozessordnung 5. Auflage 2013, Rn.7.

⁴²⁵ **Prütting, H.**: §287 ZPO, Münchener Kommentar zur ZPO 4. Auflage, München 2013, s.1807; **Schiemann**, Kausalitätsprobleme, s.1165; **Schiemann**, problems of causation, s.190; **Saenger**, §287 ZPO, Rn. 6. Bu konudaki tartışmalar için bkz.: **Prütting/MünchKomm**, §287 ZPO, s.1807; **Schiemann**, Kausalitätsprobleme, s.1165; **Schiemann**, problems of causation, s.190.

benimsenmesinin yerine, hekimin ağır kusurlu olması durumunda, içtihatla ispat yükünün ters çevrilmesi kabul edilmiştir⁴²⁶.

İspat yükünün ters çevrilmesi düşüncesi İmparatorluk Mahkemesi'nin son kararlarına kadar uzanmaktadır⁴²⁷. Önceleri bu yaklaşım, sadece hekimin sübjektif kusurunu kapsayan hallerle sınırlandırılmıştır. Bu çerçevede, hekimin bilerek veya dikkatsizce, hastasını, gerçekleştirebilecek ve zarara neden olabilecek riske maruz bırakması durumunda ispat yükü tersine çevrilmektedir. Ancak, 1950'lere doğru, ispat yükünün sadece objektif ağır kusur olması halinde ters çevrilmesi kabul edilmiştir. Başka bir anlatımla, hekimin normal tıp uygulamasından ciddi bir şekilde sapması durumunda ispat yükü ters çevrilecektir⁴²⁸.

Genel olarak; ağır kusur kavramı, mutlak olarak olmaması gereken kusur, objektif olarak makul olmayan kusur ve özen borcunun gerektirdiği davranışın açık bir şekilde zedelenmesi olarak nitelendirilmektedir⁴²⁹. Bununla birlikte, kusuru ağır kılan faktörlerin somut olayın koşullarına göre değiştiği ve dolayısıyla ağır kusurun kesin ve kapsamlı bir tanımının yapılamayacağı kabul edilmektir. Bu kapsamda, kusurun ağırlığının tespitinde bilirkişi değerlendirmesi ön plana çıkmakta hatta belirleyici rol oynamaktadır⁴³⁰. Bilirkişi görüşleri arasında farklılık olması veya kusurun derecesinin normal olduğuna yönelik raporda şüphe olması durumunda, hâkim, kusurun ağırlığına karar verememektedir. Bununla birlikte mahkeme hastaya

⁴²⁶ Jansen, s. 276.

⁴²⁷ Stauch, s.88; Bien, s.1093.

⁴²⁸ Stauch, s.88; Bien, s.1093, dn.66; Stoll, s.474.

⁴²⁹ Mäsch, kaybedilmiş şans, s.4; Schumann, s.159.

⁴³⁰ Mäsch, kaybedilmiş şans, s.4; Stauch, s.88.

yapılan müdahaleyi bir bütün olarak değerlendirmektedir. Başka bir anlatımla, müdahale sırasında yapılan hatalı uygulamalardan bazıları bireysel olarak ağır kusur olarak değerlendirilemese dahi, müdahalenin bir bütün olarak ağır kusur teşkil etmesi halinde ispat yükü ters çevrilmiştir⁴³¹.

İspat yükünün ters çevrilmesi bakımından hekimin davranışının aktif veya pasif olmasının da bir önemi bulunmamaktadır. Nitekim tedavi kusurlarında olduğu gibi hatalı teşhis olaylarında da bu ispat kolaylığı uygulanmaktadır. Örneğin; yapılan testlerin yorumlanmasında yapılan hata, esaslı bir hata ise, ağır kusur olarak kabul edilmektedir. Organizasyon kusurunun söz konusu olduğu olaylarda da sıklıkla ağır kusura karar verildiği belirtilmektedir. Örneğin; anne karnındaki bir bebeğin kalp atışlarının dinlenmesini sağlayan CTG cihazının kontrolünün yoğun bakım hemşiresi olmayan bir hemşireye bırakıldığı bir gece, hemşire, hastanın durumunun aciliyetini anlayamadığı için müdahale edilememiş ve gebe kadın ikiz bebeklerinden birini kaybetmiştir. Bu olayda mahkeme yüksek risk grubunda olan bir gebenin takibinin uzman olmayan bir hemşireye verilmesini ağır kusur olarak nitelendirip ispat yükünü ters çevirmiştir⁴³².

⁴³¹ **Stauch**, s.88.

⁴³² Karar için bkz.: **Stauch**, s.89.

b. İspat Yükünün Tersine Çevrilmesine Yönelik Eleştiriler

İspat yükünün ters çevrilmesi “ya hep ya hiç” yaklaşımını bertaraf etmemektedir. Zira nedensellik bağının tesis edilmesi durumunda tam tazminata hükmedilmektedir⁴³³.

Bu noktada, kusurun derecesinin gerçekten zararın tazmini ile ilgili olması gerekip gerekmediği sorusu gündeme gelmektedir. Bu durum ağır kusurlu zarar verenin cezalandırılması argümanı ile açıklanabilir. Bununla birlikte cezalandırıcı tazminat Alman hukukunda ve kıta Avrupası hukukunda kabul edilmemektedir⁴³⁴. Bu argüman kabul edilse dahi, davalının kusurunun “ağır” değil de “normal” olması durumunda, zarar görenin hiç tazminat almaması makul olmayacaktır. Ayrıca kusur derecesindeki küçük bir farklılığın riske katlanması gereken kişiyi değiştirerek sorumluluğu tamamen bu kişiye yüklemesine de şüpheyi yaklaşıması gerekmektedir. Nitekim cezanın, kusur oranında olması gerektiği kabul edilmektedir⁴³⁵.

Jansen, ispat yükünün taraflardan birinde olması gerektiğini ve ispat yükünün kimde olduğu belirlenirken, kusurun derecesinin göz önünde bulundurulmasının adil bir yöntem olarak kabul edilebileceğini düşünmektedir. Ancak, yazara göre bu

⁴³³ **Zimmermann, R./Kleinschmidt, J.:** Germany, Loss of Chance içinde Winiger, B./Koziol, H./Zimmermann, R. (eds.): Digest of European Tort Law Volume 1 Essential Cases on Natural Causation, Viyana 2007, s.548; **Koziol**, basic questions, s.148; **Stoll**, s.466; **Mäsch**, kaybedilmiş şans, s.13.

⁴³⁴ **Jansen**, s.277-278; **Mäsch**, kaybedilmiş şans, s.13. Kıta Avrupasında tazminat hukukunda cezalandırma düşüncesinin reddine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Özden Merhacı**, s.161-163.

⁴³⁵ **Jansen**, s.277-278.

özüm yolu, delillerin yetersiz olduğu ve tarafların vakiya ilişkin ihtilâflı olduğu olaylarda uygundur. Başka bir anlatımla, olgular üzerine herhangi bir ihtilâfın olmadığı, yani bilinebilecek her şey üzerinde tarafların anlaştığı olaylarda, tam olarak da makul bir yaklaşım olarak kabul edilemez⁴³⁶.

Mäsch ayrıca, kusurun belirlenmesi konusunda yaşanan güçlüklerle de değinmiştir. Nitekim yazar kusurun belirlenmesinin bilirkişilerin bilimsel görüşlerinin yanı sıra, kişisel yaklaşımlarına göre değişebildiğini ifade etmiştir. Yazar, kusura yönelik saptamada bilirkişinin kişiliğinin, bunun yanı sıra mahkemenin taraflardan birine duyabileceği sempatinin etken olmasını eleştirmiş, bu etkenin tazminata hükmedilip hükmedilmeme sonucu doğurabildiğini belirtmiştir⁴³⁷. İspat yükünün ters çevrilmesi uygulamasının hiçbir Avrupa ülkesinde olmadığını da görüşlerine ekleyen yazar, tedavi sözleşmesinden doğan sorumlulukta Alman hukukunda şans kaybı doktrininin kabul edilmesinin en iyi yaklaşım olacağını düşünmektedir. Bu yaklaşım bir taraftan ya hep ya hiç sonucunu bertaraf etmektedir. Diğer taraftan ise tedavi sözleşmesinin amacıyla örtüşmektedir. Nitekim hekim, tedavi sözleşmesiyle hastanın iyileşme şansını koruma yükümlülüğü altına girmektedir. Tedavi sözleşmesi uyarınca hekimin tedavi sonucunu garanti etmemesine rağmen, özen gösterme yükümlülüğünün söz konusu olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu yükümlülüğün gerçekten de hastanın iyileşme şansını korumaktan başka bir şey olmadığı sonucuna varılacaktır⁴³⁸.

⁴³⁶ **Jansen**, s.277-278.

⁴³⁷ **Mäsch**, kaybedilmiş şans, s.5.

⁴³⁸ **Mäsch**, kaybedilmiş şans, s.13-14.

III. Alternatif Nedenselliğin Kıyasen Uygulanması Suretiyle Şans Kaybının Tazmini

A. Genel Olarak

Alternatif nedensellik hükümlerinin kıyasen uygulanması, aslında şans kaybının zarar olarak kabul edilmesi veya nedensellik bağının esnetilmesi suretiyle tazmin edilmesine alternatif bir çözüm yolu oluşturmaktadır⁴³⁹. Bu teori, kimi zaman tesadüf ile alternatif nedensellik⁴⁴⁰, kısmî sorumluluk teorisi⁴⁴¹, oransal sorumluluk⁴⁴², kimi zaman kusurlu bir eylem ile tesadüfün yarışması olarak da adlandırılmaktadır. Bu yaklaşım, hem Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkelerinde, hem Avusturya Medeni Kanunu Tasarısı §1294 ikinci paragrafta benimsenmiştir. Bu yaklaşım tamamen *Bydlinski*'nin teorisine dayanmaktadır⁴⁴³.

⁴³⁹ **Koziol**, basic questions, s.150.

⁴⁴⁰ **Oliphant, K.:** Alternative Causation: A Comparative Analysis of Austrian and English Law içinde Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag 2010, s.802 (alternative causation); **Heinrich, E.:** Haftung bei alternativer Kausalität Arzthaftung bei unaufklärbarem Kausalverlauf, Viyana 2010, s.31.

⁴⁴¹ **Koziol**, basic questions, s.150.

⁴⁴² Geniş anlamda oransal sorumluluk, zararın ve sonuçlarının farklı hukuk sujeleri arasında paylaştırılması anlamına gelmektedir. Dar anlamda oransal sorumluluk ise tabii nedenselliğin belirsiz olduğu olaylarda davalıya, haksız fiil davranışının zarara neden olduğu oranda sorumluluk isnat edilmesi anlamına gelmektedir. Bu kapsamda “oransal sorumluluk”, dar anlamda kullanılmaktadır. Martin-Casals, Proportional Liability in Spain: A Bridge too Far?, s. 1-2 (working paper in progress) http://www.udg.edu/Portals/89/Filosofia%20Dret/textos%20seminaris/MMC__A%20BRIDGE%20TOO%20FAR.pdf. Son erişimi tarihi <20/09/2013>

⁴⁴³ **Koch, B.A.:** Austrian Case Note, ERPL 2008, s.1054 (austrian case); **Koziol**, verlorene Chancen, s.909; **Kletečka, A.:** Alternative Verursachungskonkurrenz mit dem Zufall-Die Wahrscheinlichkeit als Haftungsgrund, JBI 2009, s.138; **Oliphant**, alternative causation, s.802.

B. *Bydlinski*'nin Alternatif Nedensellik Teorisi

Alternatif nedensellik; birden çok kişinin kusurlu ve hukuka aykırı davranışının zararın nedeni olarak ilişkilendirildiği, ancak bu kişilerden hangisinin davranışının gerçekten zarara neden olduğunun belirlenemediği hallerde söz konusu olmaktadır⁴⁴⁴. Bu olayın klâsik örneği, birden çok avcının, aynı zamanda av olduğunu düşünerek ateş etmesinin sonucunda bir insanın yaralanmasıdır⁴⁴⁵. *Bydlinski*'ye göre sorun iki şekilde çözümlenebilir: Ya olaya katılanlar müteselsilen sorumlu olacaklardır ya da hiçbiri sorumlu olmayacaktır⁴⁴⁶.

Bydlinski, pek çok hukuk düzeninde alternatif nedensellik konusunun sıkıntı yarattığını belirtmiş ve hakkaniyet gereği zarar verenlerin müteselsil sorumluluğunun kabul edildiğini ifade etmiştir⁴⁴⁷. Nitekim aksi takdirde zarar gören tazminat alamayacaktır⁴⁴⁸.

§§1301 ve 1302 ABGB, birden çok failin neden olduğu zararlarda sorumluluğun nasıl paylaştırılacağını düzenlemektedir. §1301 ABGB uyarınca birden çok kişinin zarara birlikte neden olması durumunda, bu zarardan zarara neden

⁴⁴⁴ **Bydlinski, F.:** Haftung bei alternativer Kausalität, JBI 1959, s.1 (alternativer kausalität); **Bydlinski, F.:** Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität içinde Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag am 26. April 1979, Berlin 1979, s.4 (Aktuelle Streitfragen); **Oliphant,** alternative causation, s.797. Koziol, alternatif nedenselliği birden çok kişi yerine birden çok olay temelinde tanımlamıştır: **Koziol,** basic questions, s.140

⁴⁴⁵ **Bydlinski,** alternativer kausalität, s.1; **Koziol,** basic questions, s.141; **Kletečka,** s.138.

⁴⁴⁶ **Bydlinski,** alternativer kausalität, s.1.

⁴⁴⁷ Alman hukukunda §830 BGB'de bu husus açıkça düzenlenmiştir. Nitekim bu hüküm uyarınca “birden çok kişinin haksız fiili sonucunda bir zarar ortaya çıkması durumunda, bu kişilerden her biri zarardan sorumludur. Bu hüküm iştirakçilerden hangisinin davranışının zarara neden olduğunun tespit edilememesi durumunda da geçerlidir”.

⁴⁴⁸ **Bydlinski,** aktuelle streitfragen, s.4.

olan kişiler sorumlu olacaktır. Hükümün ayrıntılı bir şekilde düzenlenerek, bu kişilerin zarara katkılarının örnek kabilinden sayıldığı görülmektedir. Hükümde, ayrıca zarar verenlerden birinin olayın şartlarına göre zararın gerçekleşmesini önleme yükümlülüğünün bulunması durumunda, bu yükümlülüğü ihmâl suretiyle ihlâl eden kişinin de sorumlu olacağı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere §1301 ABGB hükmü, sadece birlikte hareket etme iradesi olan kişilerin durumunu düzenlemektedir. Bu hükümün birlikte hareket etme iradesi olmayan kişiler bakımından da uygulanacağı konusunda ise hiçbir tartışma bulunmadığı belirtilmektedir⁴⁴⁹.

§1302 ABGB’de ise sorumluluğun nasıl paylaştırılacağı ele alınmıştır. Bu hükme göre; *birlikte hareket edenlerin* kusuru sadece ihmâl mertebesinde ise ve her birinin zararın meydana gelmesindeki katkıları belirlenebiliyorsa, her biri sadece katkıları oranında sorumludur. Ancak, *birlikte hareket edenlerin* davranışları kasıtlı ise veya katkıları belirlenemiyorsa her biri zararın tümünden müştereken ve müteselsilsen sorumludur. §1302 ABGB görüldüğü üzere, *birden çok birlikte hareket eden* kişilere ilişkin bir düzenleme olup, hükümün lafzı alternatif nedenselliği kapsamamaktadır⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ **Koch**, austrian case, s.3.

⁴⁵⁰ Hükümün tarihi gelişimi aslında biraz daha farklılık arz etmektedir. *Bydlinski*; bu gelişimi ayrıntılı bir şekilde ele almıştır. *Codex Theresianus*’dan beri birden çok kişinin zarara sebebiyet vermesi halinde sorumluluk kabul edilmiş ve sorumluluk belirlenirken kasıt-ihmâl ayrımı yapılmıştır. *Codex Theresianus* uyarınca; birden çok kişi kötü niyetle zarara neden olmuşsa, hepsi birbirinden ayrılamayan eylemden sorumludur. Bununla birlikte zararın ihmâlden kaynaklanması durumunda, zarara katkı sağlayanların hepsinin sorumluluğu eşittir. Başka bir anlatımla “*kopfteilhaftung*” (adam başı sorumluluk) benimsenmiştir. ABGB’nin ilk tasarısında ise adam başı sorumluluk yerine nedensellik ilkesi kabul edilmiş, zarara katılanlardan her birinin kendi katkısı oranında sorumlu olacağı öngörülmüştür. *Zeiller*; bir köyün yakınında birden çok kişinin attığı havai fişek nedeniyle yangın çıkması örneğiyle bu hükme karşı çıkmıştır. Bu kişilerden hangilerinin zarara neden olduğunun belirlenemediğinin söz konusu olduğu bu örnekte ihmâlkâr davranan kişilerden birinin zararı yüklenmesinin, hiçbir kusuru olmayan zarar görenin zararı yüklenmesinden daha

Alternatif nedenselliğin nasıl çözümleneceği konusunda genel olarak iki görüş bulunmaktadır. İlk görüşe göre, §1302 ABGB alternatif nedenselliği kapsamaktadır. İkinci görüşe göre ise, alternatif nedenselliğin söz konusu olduğu uyuşmazlıklarda §1302 ABGB kıyasen uygulanmalıdır.

İlk kararlarda alternatif nedenselliğin klâsik örneği olan avcı olayları karara bağlanmıştır. 1908 tarihli karara konu olan olayda, zarar görenin, tek bir avcı tarafından mı, yoksa birden çok avcı tarafından ateşlenen silahla mı yaralandığı tespit edilememektedir. Mahkeme tüm davalıların eşit oranda tehlikeli davrandıklarını ve davranışlarının aynı sonucu amaçlayan (ava ateş etmek) müşterek bir eylem teşkil ettiği sonucuna ulaşmıştır. Bu nedenle, kendi atışlarının zarara neden olmadığını kanıtlamadıkları sürece §1302 ABGB uyarınca müşterek davranışlarının sonuçlarına bu kişiler birlikte katlanmalıdır⁴⁵¹. 1916 yılında karara bağlanan davada ise, Temyiz Mahkemesi, 1908 tarihli kararında olduğu gibi nedenselliği müşterek tehlikeli

hakkaniyetli olduğunu belirterek, yürürlükteki §1302 ABGB'yi önermiştir. *Bydlinski* hükmün lafzının tarihsel yorumunun da göz önünde bulundurmak suretiyle incelenmesi durumunda, açıkça birden çok kişinin zarara sebebiyet vermesi hallerinde nedensellik ilkesinin sınırlandırılmasına yol açtığı görüşünü savunmaktadır. Nitekim, davranışının kasti olması durumunda veya davranışı ihmâli olsa bile zarara sağladığı katkı oranının belirlenmemesi durumunda, zarara kısmen sebebiyet vermiş olsa dahi zararın tümünden sorumlu olacaktır. *Zeiller*, payların belirlenmemesini düzenleyen §1302 hükmünün alternatif nedensellik olaylarını da kapsadığı düşüncesindeydi. Nitekim şerhinde zarara kimin ve ne ölçüde zarar verdiğinin belirlenemediği hallerde müteselsil sorumluluğun söz konusu olduğunu ifade etmiştir. §1302 hükmüne tekabül eden hangi ölçüde zarara sebebiyet verildiğinin tespit edilemediği olaylar, zararın tümüne kimin zarar verdiğinin tespit edilemediği olaylarla tamamen aynı düzeydedir. Bununla birlikte, *Zeiller*'in bu görüşüne karşı çıkanlardan *Wolff*, §1301'in §1302'ye bağlı olduğunu ve zarardan sorumluların katılımını gerektirdiğini ileri sürmüştür. *Bydlinski*, *Wolff*'un tüm bunları nedensellik anlamında ele aldığını, sonuç olarak "katılımı" zararın şartı olarak ortaya koyduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte; hükmün lafzının, zararın bir kısmına neden olunan olaylarda, daha geniş bir sorumluluk için nicel anlamda katılımı yetindiğini ifade etmektedir. Her bir katılımcı sadece bir kısmına neden olarak zararın tümüne katılmaktadır. Katılımın bu biçimi, en azından kanunun lafzında her halükârda takip edilmektedir ve alternatif nedensellikte uygulanabilir değildir. §1302 ABGB *Bydlinski*'ye göre önemli ve problemin çözümüne yönelik kritik bir argümana hizmet etmektedir. **Bydlinski**, *alternativer kausalität*, s.2-3 (naklen).

⁴⁵¹ Oberster Gerichtshof, 23 December 1908. Karar özeti için bkz.: **Koch, B.A.:** Austria içinde **Winiger, B./Koziol, H./Zimmermann, R. (eds.):** Digest of European Tort Law Volume 1: Essential Cases on Natural Causation, Viyana 2007, s.359-360 (austria).

davranış temelinde kurmuştur. Ayrıca bir önceki kararın aksine, **açıkça** §1302 ABGB'nin uygulama alanının genişletilmesi suretiyle, birlikte kusurlu bir şekilde hareket ettikleri ve zarara neden olma katkıları belirlenemediği müddetçe, bir kişinin başka bir kişinin davranışlarının sonuçlarından sorumlu olabileceğini kabul edilmiştir⁴⁵².

Bu çerçevede zararın nedeni, müşterek eylem, yani dikkatsizce, aynı zamanda ve aynı yöne ateş etmektir⁴⁵³. Söz konusu olaya katılan her bir kişi, “nedene” yani dikkatsizce ateş etmeye kısmen katılmıştır⁴⁵⁴. Dikkatsizce ateş edilmeseydi zarar gerçekleşmeyeceği için, nedensellik bağının tesisinde *conditio sine qua non* ilkesi uygulanabilmektedir⁴⁵⁵. Dolayısıyla her biri bakımından teker teker nedensellik bağı tesis edilmekte ve her birinin müşterek ve müteselsilen sorumlu olduğu sonucuna varılmaktadır⁴⁵⁶. Bununla birlikte *Koziol*, müteselsil sorumluluğun adil olup olmadığı konusunda şüpheleri olduğunu, bunun yerine kısmî sorumluluğun kabul edilmesinin daha uygun olabileceğini belirtmektedir⁴⁵⁷.

⁴⁵² Oberster Gerichtshof, 23 May 1916. Karar özeti için bkz.: **Koch**, austria, s.360.

⁴⁵³ **Koch**, austria, s.360.

⁴⁵⁴ **Bydlinski**, alternativer kausalität, s.3. *Scheidlein* birisinin ateş etmesi sonucunda bir evde yangın çıkması örneğinde, yangının kimin silahından çıkan mermi sonucunda ortaya çıktığının belirlenememesi durumunda, ava katılan tüm kişilerin sorumlu olması gerektiğini ileri sürmüştür. *Nippel* de *Bydlinski* gibi bu argümanı eleştirmiştir. Ancak *Nippel*'in yönelttiği eleştiri, *Bydlinski*'nin eleştirisinden farklı bir mülâhazaya dayanmaktadır. Yazar, §1302 ABGB'nin sadece zarara katkı oranının belirlenememesi durumunda uygulanabileceğini ifade etmiştir. Zararın nedeni ava katılmak değil, ateş etmektir. Dolayısıyla “ateş etme” eylemine katılanlar, zarara katkı sağlamışlardır ve bu nedenle müteselsilen sorumludurlar.

⁴⁵⁵ **Koch**, austria, s.360.

⁴⁵⁶ **Bydlinski**, alternativer kausalität, s.3.

⁴⁵⁷ **Koziol, H.:** Causation under Austrian Law içinde Spier, J. (ed.): Unification of Tort Law: Causation, Hague 2000, s.14, dn.17 (causation under austria).

Bydlinski ve *Koziol*, bu uygulamanın “*conditio sine qua non*” analizine tamamen aykırı olduğunu belirterek bu görüşe karşı çıkmıştır⁴⁵⁸. Birden çok eylemin tek bir müşterek eylem olarak kabul edilmesi, davalılardan birinin davranışının zarara neden olmadığına tespit edilmesi durumunda dahi, bu davalının müşterek eyleme katılması nedeniyle müştereken ve müteselsilen sorumlu olmasına yol açmaktadır. Bir örnekle açıklanacak olursa, ateş etmesine rağmen, mermi zarar görene isabet etmeden başının üstünden geçse dahi, müşterek davranış silahı ateşlemek olduğundan ve davalı da silahını ateşlediğinden, zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaktır⁴⁵⁹. *Bydlinski*, §1302 ABGB’de kanun koyucunun, zarara cüzi miktarda katkı sağlamak suretiyle neden olan kişiyi zararın tümünden sorumlu kılmaktan ziyade, eş zamanlı olarak birden çok zarar verenin belirsizlik rizikosunu birlikte taşıması düşüncesinden yola çıktığını belirtmiştir⁴⁶⁰.

Bydlinski, birden çok kişiden hangisinin zarara neden olduğunun belirlenmesinin mümkün olmadığı hallerde, §1302 ABGB’nin *kıyasen* uygulanmasını önermiştir⁴⁶¹. Gerçekten de alternatif nedensellik olayları §1302 ABGB’nin uygulama alanına girmemektedir. Zira hükmün lafzı, sadece zarara *birlikte katkı sağlayanların* müştereken ve müteselsilen sorumlu olmalarını öngörmüştür. §1302 ABGB’nin kıyasen uygulanması suretiyle sorumluluğun

⁴⁵⁸ **Bydlinski**, *alternativer kausalität*, s.1; **Koziol**, *basic questions*, s.143.

⁴⁵⁹ **Koch**, *austria*, s.360.

⁴⁶⁰ **Bydlinski**, *aktuelle Streitfragen*, s.6.

⁴⁶¹ **Bydlinski**, *aktuelle Streitfragen*, s.6. Ayrıca kanun koyucunun tarihi yaklaşımı da böyle bir kıyası mümkün kılmaktadır. **Bydlinski**, *aktuelle Streitfragen*, s.6.

kurulması durumunda, davalılardan sadece biri zarara gerçekten neden olduğu için, sorumluluğun “olası nedene” dayandığının kabul edilmesi gerekmektedir⁴⁶².

Bydlinski, olası nedenselliğin sorumluluk doğurabileceği iddiasını, *Wilburg*’un esnek sorumluluk koşulları sistemi ile açıklamıştır. Esnek sorumluluk koşulları uyarınca, sorumluluk koşulları sabit değildir. Öncelikle, sorumluluğa ilişkin ilgili faktörler ve her bir faktörün ağırlığı belirlenmektedir. Bu suretle ilgili faktörlerden biri mevcut olmazsa veya daha az derece mevcut olsa dahi, diğer faktörlerin ağırlığının normalden daha fazla olması durumunda sorumluluğa yol açabilmektedir. Bir faktörün özel bir yoğunlukla devreye girmesi, kendi başına sorumluluğu meşru kılmaya yetecek bir etkiye sahiptir⁴⁶³. Bu durumda nedensellik bağının zayıflığı, diğer faktörlerin ağırlığıyla bertaraf edilmiş olmaktadır⁴⁶⁴.

Nedensellik bağının zayıflığının, diğer faktörlerin ağırlığıyla bertaraf edilmiş olması⁴⁶⁵ için *Bydlinski*, alternatif zarar verenlerin her ikisinin de kusurlu olması ve davranışlarının yoğun ve somut risk-tehlike taşıması gerektiğini ileri sürmüştür⁴⁶⁶. Başka bir anlatımla, sorumluluğun kurulabilmesi için, davranışlardan her birinin yüksek derecede tehlike arz etmesi aranmaktadır⁴⁶⁷. Bir davranışın yüksek derecede

⁴⁶² **Koziol**, causation under austrian, s. 14.

⁴⁶³ **Bydlinski**, Aktuelle Streitfragen, s.9; Aynı yönde **Koziol**, basic questions, s.143. Ayrıntılı bilgi ve sistemin salt malvarlığı zararlarında nasıl uygulandığını görmek için bkz.: **Koziol, H.:** Recovery of Economic Loss in the European Union, Arizona Law Review 2006, s.871 (economic loss);

⁴⁶⁴ **Koziol**, causation under austrian, s. 14.

⁴⁶⁵ **Koziol**, causation under austrian, s. 14; **Koziol**, basic questions, s.143.

⁴⁶⁶ **Bydlinski**, aktuelle Streitfragen, s.9; **Koziol**, causation under austrian, s. 14.

⁴⁶⁷ **Koziol**, causation under austrian, s. 14.

somut tehlike arz etmesi, zarara düşük olasılıkla neden olabilecek bir davranışın göz önünde bulundurulmayacağı anlamına gelmektedir⁴⁶⁸.

C. Tesadüfî bir Olay ile Kusurlu Davranışın Alternatif Neden Olarak Bulunması

Bydlinski, alternatif nedensellikten yola çıkarak, zarar görenin alanında yer alan tesadüfî bir olay ile, kusurlu bir davranıştan hangisinin zarara neden olduğunun belirlenememesi durumunda da, §1302 ABGB'nin kıyasen uygulanabileceğini ileri sürmüştür⁴⁶⁹. Alternatif nedenselliğin bir diğer klâsikleşmiş örneği, dağdan düşen taş nedeniyle yaralanmadır. Bu örnekte, davacı, başına düşen taş nedeniyle yaralanmıştır. Ancak davacının başına düşen taşın, bir dağ tırmanışçısının dikkatsizliği sonucunda kaydırıldığı taş mı, yoksa doğal sebeplerden düşen taş mı olduğunu belirlenememektedir⁴⁷⁰. Bu durumda olayın nasıl çözümleneceği hususu gündeme gelmiş ve *Bydlinski* ve sonraları *Koziol* bu olaylarda da §1302 ABGB'nin kıyasen uygulanması sonucuna varmıştır⁴⁷¹.

Her ne kadar, gerek müşterek nedensellikte, gerek alternatif nedensellikte sorumluluğun olası nedenselliğe dayanılarak kurulduğunu vurgulasa da, *Bydlinski*, bu kıyasın kusurlu davranışla tesadüfün alternatif neden olarak bir arada bulunduğu olaylarda *aynen* uygulanmasını güç bulmuştur. Nitekim böyle bir genişleme, hem

⁴⁶⁸ **Koziol**, basic questions, s.143.

⁴⁶⁹ **Bydlinski**, alternativer Kausalität, s.10.

⁴⁷⁰ **Bydlinski**, alternativer Kausalität, s.10. Benzer bir örnek için bkz. **Koziol**, basic questions, s.146.

⁴⁷¹ **Oliphant**, alternative causation, s.802.

kanunun lafzını hem kanunun temel değerlerini aşmaktadır. Bu nedenle tam tazminatın meşru dayanağı bulunmamaktadır. Bununla birlikte tesadüfî bir olayın yanında yer alan alternatif zarar verenin, sorumluluktan kurtulması da ikna edici değildir. Bu kapsamda §1304 ABGB'nin de kıyasen uygulanması suretiyle bu sorunların bertaraf edilebileceği belirtilmiştir. §1304 ABGB⁴⁷² zarar görenin müterafik kusurunun bulunması durumunda, sorumluluğun zarara katkı payları belirlenebiliyorsa, zarar verenin katkısı oranında; paylar belirlenemiyorsa, zarar gören ve zarar veren arasında eşit bir şekilde paylaştırılmasını öngörmektedir.

Koziol, bu kıyası tüm yönlerini ortaya koyacak şekilde belirtmiştir. Avusturya hukukunda; alternatif nedensellikte sorumluluğun, “olası nedene” dayandığı kabul edilmektedir. Olası zarar verenin zarara gerçekten neden olup olmadığının tespit edilemediği, dolayısıyla sorumluluk kurulamadığı için, bunun sonuçlarına zarar görenin katlanması gerektiği yani tesadüfî bir olay ile kusurlu bir davranışın alternatif neden olarak bir arada bulunduğu olaylarda da “olası nedensellik” sorumluluğun kurulması için yeterli kabul edilecektir. Zararın sonuçlarına zarar görenin ve olası zarar verenin birlikte katlanması gerekiyorsa, müterafik sorumlulukta olduğu gibi, olası zarar veren kısmen sorumlu olmalıdır⁴⁷³.

Kusurlu eylemin tesadüfle yarıştığı alternatif nedensellik olaylarında, *Bydlinski*, alternatif nedensellikte aranan somut tehlike şartının yanı sıra başka sınırlandırmalar da öngörmüştür. Bu olaylarda; oransal sorumluluğun

⁴⁷² **Oliphant**, alternative causation, s.802.

⁴⁷³ **Koziol**, basic questions, s.148.

uygulanabilmesi için, olası zarar verenin ağır ihmâlinin olması ve zarara neden olma konusunda ciddî bir olasılığın olması gerekmektedir⁴⁷⁴.

Alman hukukunda, kanuni düzenlemenin de etkisiyle, alternatif nedensellikte müteselsil sorumluluğun uygulanması gerektiği görüşü hakim görüş iken, Avusturya hukukunda, hem doktrinde, hem yakın dönem içtihatla tesadüfî bir olay ile kusurlu bir davranışın alternatif neden olarak bir arada bulunduğu olaylarda, §1302 ABGB'nin kıyasen uygulanması gerekliliği görüşü geniş kabul görmüştür⁴⁷⁵. 1995 yılında karara bağlanan bir davada, yeni doğan bir bebek felç geçirmiştir. Bebeğin rahatsızlığına ya annenin iyi bir sağlık hizmeti almamasından kaynaklanan plasental yetersizlik ya da göbek bağının bebeğe dolanmasının tetiklediği oksijensiz kalması neden olmuştur. Temyiz Mahkemesi, göbek bağının dolanması suretiyle oksijensiz kalmanın engellenebileceğinin ispat edilememesine rağmen, zararın iki olası nedeni olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle, mahkeme, zararın davacı ve davalı arasında eşit bir şekilde bölüştürülmelisi gerektiği kararına varmıştır⁴⁷⁶. Bununla birlikte, teorinin uygulanmadığı kararlar da bulunmaktadır⁴⁷⁷. Ancak Avusturya Temyiz Mahkemesi son vermiş olduğu kararlarla bu teoriyi tamamen kabul etmiş gözükmektedir⁴⁷⁸.

Ayrıca Avusturya haksız fiil hukukunu yeniden gözden geçiren Adalet Bakanlığı'nın 2005 tarihli tasarısında da tesadüfî bir olayın kusurlu bir davranışla bir

⁴⁷⁴ **Bydlinski**, aktuelle Streitfragen, s.20

⁴⁷⁵ **Heinrich**, s.25; **Oliphant**, alternative causation, s.802; **Koch**, proportionall liability, s.5.

⁴⁷⁶ Karar özeti için bkz.: **Oliphant**, alternative causation, s.802-803.

⁴⁷⁷ **Koch, B.A.**: Austria- Loss of Chance içinde Winiger, B./Koziol, H./Zimmermann, R. (eds.): Digest of European Tort Law Volume 1: Essential Cases on Natural Causation, Viyana 2007, s.551.

⁴⁷⁸ **Koch**, proportional liability, s.6.

arada bulunduğu olaylarda §§1302 ve 1304 ABGB’nin kıyasen uygulanması çözüm yolunun benimsendiği görölmektedir. Bununla birlikte, bu tasarıyı eleştirenler tarafından hazırlanan 2008 tarihli alternatif tasarıda ise, Avusturya Temyiz Mahkemesi kararlarına ve Avrupa Sorumluluk Hukuku İlkelerine rağmen, bu çözüm yolunun tamamen reddedildiğinin de belirtilmesi gerekmektedir⁴⁷⁹.

D. Bydlinski’nin Teorisine Yöneltilen Eleştiriler

Bydlinski’nin teorisi, olasılık oranına göre sorumluluğa yol açmaktadır. Her bir zarar olasılığının tazmin edilebilmesini engellemek için bu doktrini savunanlar; “ağır kusur”, “somut tehlike” (dereceli uygunluk) ve “büyük bir olasılık” sınırlandırmalarını getirmiştir⁴⁸⁰.

§§1302 ve 1304 ABGB’nin kıyasen uygulanabilmesi için zarar verenin ağır kusurlu olması gerekliliği şartı nedensellik bağının hafifletilmesi ile gerekçelendirilmiştir. Bununla birlikte, §1302 ABGB alternatif nedenselliğın söz konusu olduğu olaylara kıyasen uygulanırken böyle bir sınırlandırmaya ihtiyaç duyulmamıştır⁴⁸¹. Bu çerçevede, bu sınırlandırma, kusurlu bir eylem ile tesadüfün alternatif neden olarak bir arada bulunduğu olaylardaki ispat güçlüğüünün klâsik alternatif nedensellik olaylarından daha çok veya daha az olmadığı gerekçesiyle

⁴⁷⁹ **Koch**, proportional liability, s.12-13.

⁴⁸⁰ **Bydlinski**, aktuelle, s.33.

⁴⁸¹ **Kletečka**, s.141.

eleştirilmiştir. Bununla birlikte, bu sınırlandırma ne içtihat ne de Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri tarafından benimsenmiştir⁴⁸².

Teori, somut tehlike ile yüksek olasılık sınırlandırmaları arasında bir farklılık olup olmadığının belirsiz olması nedeniyle de eleştirilmektedir⁴⁸³. Bunun yanı sıra, yüksek olasılık sınırlandırması da başlı başına eleştirilere konu olmaktadır. İçtihat uyarınca, yüksek olasılık sınırlandırmasının yaklaşık olarak %50 olduğu görülmektedir. Başka bir anlatımla; zarar verenin, zarara neden olma ihtimalinin %50'nin altında olması durumunda, yüksek olasılık sınırlandırması nedeniyle söz konusu teori uygulanmayacaktır. Bu yaklaşımın, %50'nin üzerindeki ihtimallerde kısmî tazminata hükmedileceği ve %50'nin altındaki ihtimallerde tazminata hükmedilmeyeceği için, ya hep ya hiç sonucu yerine, ya yarım ya hiç sonucunu doğuracağı ileri sürülmektedir⁴⁸⁴.

Bydlinski'nin alternatif nedensellik teorisine yöneltilen eleştirilerden bir diğeri ise, söz konusu sorunun sadece ispat yükü sorunu olduğu ve dolayısıyla ispat yükünün çevrilmesi suretiyle sorunun çözüme kavuşturulabileceğidir⁴⁸⁵. *Koziol*, ispat yükünün önemli olabileceğini belirtmekle birlikte bu eleştiriye karşı çıkmaktadır. Alternatif nedenlerden sadece birinin zarara gerçekten neden olduğunun bilinmesine

⁴⁸² Kletečka, s.141.

⁴⁸³ Kletečka, s.141.

⁴⁸⁴ Kletečka, s.141-142.

⁴⁸⁵ Kletečka, s.140.

rağmen her iki zarar verenin de zarara neden olduğunun karine olarak kabul edilmesi *Bydlinski*'nin de vurguladığı üzere, uygun bir çözüm yolu değildir⁴⁸⁶.

Ayrıca, nedensellik bağının tesis edilemediği her durumda *Bydlinski*'nin bu teorisinin uygulama alanı bulacağı iddialarına karşı, *Koziol*, bu iddiaların söz konusu teorisinin uygulama alanını gözden kaçırdığını belirtmiştir. Nitekim ancak olaylar yüksek derecede somut tehlike-risk taşımaları durumunda olası neden olarak nitelendirilmektedir⁴⁸⁷.

E. Avrupa Haksız Fiil İlkeleri'nde Oransal Sorumluluk

Avrupa Haksız Fiil İlkeleri mad.3:103 paragraf 1, alternatif nedenselliği düzenlemekte ve bu hüküm uyarınca alternatif nedensellikte müşterek ve müteselsil sorumluluk yerine oransal sorumluluğu öngörmektedir. *Koziol*, iç ilişkide sorumluluğun paylaşılması nedeniyle, müteselsil sorumluluk ile oransal sorumluluğun sonuç olarak farklılık arz etmediğini belirtmiştir. Bununla birlikte, her iki sorumluluk arasındaki fark, alternatif sorumlulardan birinin iflası durumunda, riski kimin taşıyacağı konusunda kendisini göstermektedir⁴⁸⁸.

Aynı zamanda oransal sorumluluk Avrupa Haksız Fiil İlkeleri mad.3:106'da da benimsenmiştir. Bu madde, zarar görenin etki alanından doğan olası nedenleri düzenlemektedir. Buna göre “Zarar gören, muhtemelen kendi etki alanından doğan

⁴⁸⁶ **Koziol**, basic questions, s.142; **Bydlinski**, aktuelle Streitfragen, s.30.

⁴⁸⁷ **Koziol**, basic questions, s.149.

⁴⁸⁸ **Koziol**, basic questions, s.146.

faaliyet, olay ya da şartların neden olduğu zararlara bu ihtimale tekabül eden oranda kendisi katlanır”. Bu suretle *Bydlinski*’nin teorisi bir ölçüde Avrupa Haksız Fiil İlkelerinde de benimsenmiştir.

İlkelerde geleneksel yaklaşıma göre, şans kaybının korunan bir menfaat olmaması nedeniyle, şans kaybının zarar olarak kabul edilmesinden ziyade sorunun alternatif nedensellik temelinde çözülmesi tercih edilmiştir. Bu çerçevede bu çözüm yolunun şans kaybının tazmininin işlevsel dengi olduğu kabul edilmektedir⁴⁸⁹.

F. Şans Kaybı Doktrini ile *Bydlinski* Teorisinin İlişkisi

Şans kaybı doktrini ile *Bydlinski*’nin teorisinin çıkış noktası farklılık arz etmektedir. Nitekim şans kaybı doktrini uyarınca, şans kaybı, tazmin edilebilir bir zarar olarak kabul edilmekle birlikte, *Bydlinski*’nin teorisi nedensellik bağının tesisine ilişkindir. Şans kaybı doktrini, sorunu nedensellik bağından zarara kaydırmaktadır. Bununla birlikte, aslında her iki teorinin de çıkış noktası ya hep ya hiç sonucu doğuran düzenlemenin hakkaniyete aykırılığıdır⁴⁹⁰.

Avusturya hukukunda, genelde şans kaybının, özelde iyileşme şansı kaybının tazmini kabul edilmemektedir. Nitekim alternatif bir çözüm yolu olan *Bydlinski*’nin teorisinin şans kaybı doktrini ile aynı sorunlara çözüm getirdiği kabul edilmektedir⁴⁹¹. Avusturya hukukunda, zararın, zarar görenin iki malvarlığı değeri

⁴⁸⁹ **Kadner Graziano**, entgangene Chancen, s.64-65.

⁴⁹⁰ **Koziol**, basic questions, s.153.

⁴⁹¹ **Koch**, proportional liability, s.11.

arasındaki farkın hesaplanmasında kullanılabilecek bir etiket fiyatının olması durumunda, şans kaybı doktrinine başvurulmadan bu zarar tazmin edilebilmektedir⁴⁹². Tıbbî sorumlulukta iyileşme şansı kaybının maddî değeri bulunmamaktadır. Bu nedenle iyileşme şansı kaybının tazmini Avusturya hukukunda mümkün gözükmemektedir⁴⁹³. Ayrıca iyileşme şansı hukuken korunan bir menfaat değildir. Aksine, vücut bütünlüğü korunmaktadır⁴⁹⁴. Ancak, davalının davranışının ağır ihmâl teşkil etmesi ve zararı meydana getirmeye önemli oranda elverişli olması durumunda, *Bydlinski*'nin teorisi uygulanabilir⁴⁹⁵. *Koziol* bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: “Avusturya hukukunda şans kaybı tartışılmaz, onun yerine alternatif nedensellik tartışılabilir⁴⁹⁶.” *Bydlinski*'nin teorisine göre, taraflardan her birine belirli bir olasılık isnat edilemediği müddetçe, zarar, davalı ve davacı arasında eşit oranda paylaştırılmaktadır. Bununla birlikte, önceki sağlık durumu gibi, davacının alanındaki riskin belirlenmesi durumunda ve bu riskin %50'nin çok üstünde olması durumunda, davacının talebinin reddedilebilecektir⁴⁹⁷.

Ayrıca, davalının davranışının iyileşme şansını ortadan kaldırmadığı, ancak zararın nedeninin belirlenemediği hallerde, şans kaybı doktrini uygulama alanı bulmazken, alternatif nedensellik uygulanmak suretiyle, davacı tazminata hak kazanabilmektedir. *Koziol*, bu durumu Avusturya Temyiz Mahkemesi⁴⁹⁸,nin bir

⁴⁹² **Koch**, proportional liability, s.11.

⁴⁹³ **Koch**, proportional liability, s.11.

⁴⁹⁴ **Koziol**, basic questions, s.154-155.

⁴⁹⁵ **Koch**, proportional liability, s.11.

⁴⁹⁶ **Koziol**, causation under austrian, s.19.

⁴⁹⁷ **Koch**, proportional liability, s.11-12; **Koch**, austrian, s.1060.

⁴⁹⁸ Karar için bkz.: **Koziol**, basic questions, s.154.

kararını örnek göstermek suretiyle açıklamıştır. Davaya konu olan olayda, zarar ya doğum sırasında hekimin ihmâlinden ya da annenin tedavi edilemeyen hastalığından kaynaklanmaktadır. Annenin hastalığından kaynaklanması durumunda, bebeğin doğumdan önce hastalığa yakalandığı için iyileşme şansı bulunmamakta, yani hekimin ihmâli iyileşme şansını ortadan kaldırmamaktadır. Ancak bebeğin doğuma kadar sağlıklı olması durumunda, hekimin ihmâli zarara neden olmaktadır. Bu olayda; herhangi bir şans kaybı değil, sadece zararın nedeninin açıklanamaması söz konusudur⁴⁹⁹.

⁴⁹⁹ **Koziol**, basic questions, s.154.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

NEDENSELLİK BAĞININ TESİS EDİLEMEMESİ NEDENİYLE İYİLEŞME ŞANSI KAYBININ TAZMİN EDİLEMEMESİ

İngiliz ve İsviçre hukukları ile Amerika'nın bazı eyaletlerinde nedensellik bağı ispat edilemediği için iyileşme şansı kaybı tazmin edilememektedir.

I. İngiliz Hukuku

İngiliz hukukunda genel olarak şans kaybı doktrini kabul edilmesine rağmen, 1980 tarihli *Hotson*⁵⁰⁰ kararına kadar tıbbî sorumluluk hukukunda şans kaybının tazmin edilebilirliği tartışılmamıştır. *Hotson* kararında, tıbbî sorumlulukta iyileşme şansı kaybı tazmin edilmemiştir. Bu kararlar birlikte, şans kaybının uygulanma alanı daha fazla tartışılmaya başlanmıştır. Nitekim artık bazı davalarda şans kaybı tazmin edilirken, bazı davalarda şans kaybının tazmin edilmemesi söz konusu olmaya başlamıştır. *Reece*, bu durumun ilk bakışta kararlar arasında uyumsuzluk varmış gibi bir görünüme ve kararların keyfi verildiği sonucuna varılmasına yol açtığını belirtmektedir⁵⁰¹. Dolayısıyla, şans kaybı doktrininin teorik bir temele oturtulması ve ayrımın belirgin hale getirilmesi gerekmektedir. Gerek *Hotson* kararında, gerek kararın verilmesinden sonra doktrinde, tartışmalar bu çerçevede yoğunlaşmıştır. *Hotson* kararından biraz daha farklılık gösteren, 2005 yılında karara bağlanan, *Gregg*

⁵⁰⁰ Bkz. yuk., s.54, dn.216.

⁵⁰¹ *Reece*, s.188.

kararı⁵⁰² ile de Lordlar Kamarası yine tıbbî sorumlulukta iyileşme şansı kaybını tazmin etmemiştir.

Diğer taraftan ise İngiliz hukukunda 1970’li yıllardan itibaren nedensellik bağının tesisinde kimi hallerde zarar rizikosunu önemli oranda artırma (*materially increased risk*) testi uygulanmaya başlanmıştır. İlk kez *McGhee v. National Coal Board*⁵⁰³ kararında uygulanan bu testin tam anlamıyla teorik bir temele oturtulması ise zamanla gerçekleşmiştir. Bu çerçevede, *Wilsher Respondent v. Essex Area Health Authority Apellants*⁵⁰⁴ ve *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services*⁵⁰⁵ kararlarında yine bu testin teorik temelleri tartışılmış, son olarak *Barker* kararı⁵⁰⁶ ile bu tartışmalara son verilmiştir.

Zarar rizikosunu önemli oranda artırma testinin, iyileşme şansı kaybının tazmini konusundaki önemi, aslında her iki kavramın da birbirine oldukça benzerlik göstermesinden kaynaklanmaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere, iyileşme şansı kaybı Amerikan hukukunda bazı eyaletlerde zarar rizikosunun artırılması çerçevesinde tazmin edilmektedir⁵⁰⁷. Bu kapsamda İngiliz hukukunda da zarar rizikosunu önemli anlamda artırmanın, davacının zararın önlenmesi şansını

⁵⁰² Bkz. yuk. s.55, dn.219.

⁵⁰³ *McGhee v. National Coal Board* [1973] S.C.(H.L.) 37. Bundan sonra “*McGhee*” kararı olarak anılacaktır.

⁵⁰⁴ *Wilsher Respondent v. Essex Area Health Authority Apellants* [1988] 1 A.C. 1074. Bundan sonra *Wilsher* kararı olarak anılacaktır.

⁵⁰⁵ *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* [2003] 1 A.C.32-119. Bundan sonra *Fairchild* kararı olarak anılacaktır.

⁵⁰⁶ Bkz. yuk. s.55, dn.220.

⁵⁰⁷ Bkz yuk. s.110-112.

kaybettiği anlamına geldiği kabul edilmekte⁵⁰⁸, hatta zarar rizikosunu artırma testi ile şans kaybının bir madalyonun iki yüzü olduğu ifade edilmektedir⁵⁰⁹. Bu durumda, bazı olaylarda bu testin uygulanması suretiyle nedensellik bağı tesis edilerek tazminata hükmedilirken, tıbbî sorumlulukta iyileşme şansı kaybının tazmin edilmemesi, testin konu kapsamında incelenmesi gereğini ortaya koymaktadır. Bunun için de, bu alandaki temel kararlar olan *McGhee*, *Wilsher*, *Fairchild* ve *Barker* kararlarının incelenmesinde yarar görülmektedir.

Bu kapsamda öncelikle zarar rizikosunu önemli anlamda artırma testi, ardından *Hotson* ve *Gregg* kararları, dolayısıyla tıbbî sorumluluk alanında iyileşme şansı kaybı incelenecektir.

A. İngiliz Hukukunda Zarar Rizikosunu Artırma Testi

İngiliz hukukunda da nedensellik bağının tesisinde tabii neden-hukukî neden ayrımı benimsenmiş olup, tabii neden *conditio sine qua non (but for)* testiyle tespit edilmektedir⁵¹⁰. Bununla birlikte, birden çok nedenin söz konusu olduğu olaylarda

⁵⁰⁸ **Burrows**, 32.

⁵⁰⁹ **Weir, T.:** Loss of a Chance-Compensable in Tort? The Common Law içinde **Guillod, O.:** Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, Zürich 1991, s.117.

⁵¹⁰ **Hogg, M.A.:** Re-establishing Orthodoxy in the Realm of Causation, Edinburg L.Rev. 2007, s.10. Bununla birlikte, 19. ve 20. yüzyıllarda haksız fiil kitaplarında nedensellik konusuna çok fazla önem verilmediği, aksine genel ilkelerin belirlenmesiyle yetinildiği ileri sürülmektedir. Bu ilkelerden bazıları uyarınca, ihmâl, zararın yakın nedeni olmadığı müddetçe dava edilemez. İhmâl zararın tek nedeni olmasa dahi zararın yakın nedeni olarak kabul edilebilir. Ayrıca davalının ihmâli başka bir olayla birleşmek suretiyle zararı meydana getirmişse, ihmâl olmasaydı zarar yine de meydana gelecek olsa ve tüm koşullar zararla yakından ilişkiliyse, davalı yine de sorumludur. Aynı bir başlık altında incelenen ve karşılaştırmalı ihmâl-katkı sağlayan ihmâl konusu nedensellik sorununu da içermektedir ve dolayısıyla nedensellik incelemesi bu başlık altında da ele alınmaktadır. Konuya ilişkin kararların çoğunda nedensellik bağının tesisinde “katkı sağlama” ifadesine yer verilmektedir. Sonuç olarak *Bailey*, nedensellik konusunda karşılaştırmalı ihmâl-katkı sağlayan ihmâl konusundaki sayısız mahkeme kararının dışında, nedensellik kurallarına

conditio sine qua non testi yetersiz kalmaktadır. Birden çok nedenin birleşerek daha büyük bir sonuç doğurduğu olaylarda zarara maddî katkı sağlayan neden, zararın *conditio sine qua non*'u olarak yorumlanmaktadır⁵¹¹. Maddî katkı sağlama testi ilk defa *Wardlow v. Bonnington Castings*⁵¹² davasında uygulanmıştır⁵¹³.

rastlanmadığını ileri sürmektedir. Bu genel ilkeler jüriye maddî vakıa hakkında karar vermesi için sunulmaktadır. Bu bağlamda sorumluluk kurulabilmesi için yakın neden veya zararın uzaklığı konusundan bağımsız olarak günümüzde sadece davalının yapma veya yapmama davranışının zarara neden olması ve zararın oluşumuna maddî anlamda katkı sağlaması koşuluyla tek nedeni olmaması gerekmektedir. Bununla birlikte, katkının maddî olabilmesi için, *but-for* analizini karşılamasına gerek olmadığına dair herhangi bir üstü kapalı öneri getirilmemektedir. Bu ilkeler son derece açık olmakla birlikte, güçlüklerin yaşandığı davalarda, bu sorunlar jüri kararına bırakılmaktaydı. Ancak ihmâl davalarında jürinin rolünün kaldırılmasıyla, günümüzde jürinin “esrarengiz” yaklaşımları da ortadan kalkmıştır. Başka bir anlatımla hakimler hukukî meselelerde olduğu kadar maddî vakıalar hakkında da gerekçeli karar vermek zorundadır. Ancak “maddî anlamda katkı sağlama” kavramının *but for* analizinin uygulamasını mı oluşturduğu yoksa bu analize bir istisna mı teşkil ettiği hususu tartışmalıdır. Bu yöndeki tartışmalar için bkz.: **Bailey, S.H.**: Causation in Negligence: What is a Material Contribution?, Legal Studies 2010, .167-185.

⁵¹¹ **Hogg**, s.11.

⁵¹² *Wardlow v. Bonnington Castings* [1956] AC 613. Davacı, davalının iş yerinde 8 yıldır çelik tesviyeci olarak çalışmaktadır. İş yerinde soluduğu havada çok ince silis parçaları bulunan davacı pnömokonyoz hastalığına yakalanmıştır. İşyerinin havasında bulunan silis tozunun hastalığa neden olduğu konusunda bir şüphe bulunmamaktadır. Bununla birlikte, havadaki silis parçacıklarının iki olası nedeni bulunmaktadır. Bunlardan biri, işyerinde bulunan 4 adet taşlama makinesi iken, diğeri davacının da kullandığı hava çekicidir. Eğer havadaki silis tozu taşlama makinesinden kaynaklanıyorsa davalı zarardan sorumlu olmayacak, bununla birlikte, hava çekicinden kaynaklanıyorsa davalının sorumluluğu doğacaktır. Sorunu bu şekilde ortaya koyan Lordlar Kamarası incelemesini de bu yönde yapmıştır. *Lord Reid*, silis tozunun iki ayrı kaynağı bulunduğu için, zarara tamamen birinin maddî anlamda katkı sağladığının söylenemeyeceğini belirtmiştir. Bu nedenle, taşlama makinesinden kaynaklanan tozun zarara maddî bir katkı sağlayıp sağlamadığının incelenmesi gerekmektedir. Maddî katkı sağlama derecelendirme meselesidir ve değerlendirmeye alınamayacak kadar az olmasının dışındaki tüm katkılar maddî anlamda katkı olarak kabul edilir. Her ne kadar *Lord Reid*, havadaki silis tozunun taşlama makinesinden ziyade hava çekicinden kaynaklandığını düşündüğünü ifade etse de, taşlama makinesinden kaynaklanan tozun zararın oluşumuna esaslı bir katkı sağladığının yeterince ispatlandığı sonucuna varmıştır. Sonuç olarak, taşlama makinelerinin silis tozuna katkı sağladığı, dolayısıyla hastalığın oluşmasına yardımcı olduğu ve tüm bu hususların sorumluluğun kurulması için yeterli olduğu sonucuna varılmıştır. Diğer *Lord*'lar da bu görüşe katılmakla birlikte *Lord Keith of Avonholm*, maddî anlamda katkı sağladığı sonucuna ulaşmasının olgusal nedenlerini açıklamıştır. Bu bağlamda *Lord*'a göre; zararın nedeni davacı tarafından solunan havadır, havanın da davalının kusuruyla zarara neden olan partiküller ve zarara neden olmayan partiküller olarak ayrılması mümkün değildir. İlk görünüşte bu partiküller zarara kümülatif olarak neden olmuştur. Eğer davacının taşlama makinelerinden kaynaklanan havayı hiç solumadığı veya bu havanın çok önemsiz oranda silis tozu ürettiği ispatlanmış olsaydı, o zaman zararın oluşumuna maddî katkı sağlamadığı sonucuna varılacaktır.

⁵¹³ **Hogg**, s.11; **Stapleton, J.**: Cause in fact and the scope of liability for consequences, LQR 2003, s.393.

Weir, bu kararlar, davalının, bir kişiyi, yalnızca zarar riskine maruz bırakması durumunda sorumluluğunun doğmayacağını kabul edildiğini belirtmiştir. Sorumluluğun doğabilmesi için, davalının zararın meydana gelmesine katkıda bulunması gerekmektedir. Zararın meydana gelmesine katkıda bulunmak ise, bir farklılık yaratılması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu kararlar birlikte, davalının davranışının, sonuç üzerinde bir etki uyandırması durumunda, davalının, zararın tümünden sorumlu olacağı kabul edilmiştir⁵¹⁴.

Zarara katkının tamamen davalı tarafından sağlanıp sağlanmadığının değerlendirilemediği davalarda, maddî katkı sağlama testi, yetersiz kalmaya başlamıştır. Bu durum özellikle alternatif nedenlerin mevcut olduğu olaylarda ve nedensellik sürecinin doğası gereği bilinemediği olaylarda söz konusu olmuştur⁵¹⁵. Nitekim bu olaylarda bireysel katkı sonuç üzerinde zorunlu bir farklılık yaratmamaktadır⁵¹⁶. Bu nedenle, *conditio sine qua non*'un başka bir anlatımla maddî katkı sağlama testinin yetersiz kaldığı bu olaylarda, zarar rizikosunu önemli oranda artırma testi benimsenmiştir⁵¹⁷. Bu test Lordlar Kamarası tarafından ilk defa 1973 tarihli *McGhee* kararında uygulanmıştır. Zarar rizikosunu önemli anlamda artırma testinin uygulandığı ve bu testin kapsamını belirleyen dört temel karar bulunmaktadır.

⁵¹⁴ **Weir**, s.115.

⁵¹⁵ **Khoury**, uncertain causation, s.148; **Hogg**, s.11-12.

⁵¹⁶ **Hogg**, s.12.

⁵¹⁷ **Khoury**, uncertain causation, s.148; **Hogg**, s.11-12.

1. McGhee Kararı

Karara konu olan olayda; Ulusal Kömür Komisyonunda çalışan davacı genelde ocak borularını boşaltma işi yaparken, 30 Mart 1967 Perşembe günü tuğla ocağını temizlemeye başlamıştır. Daha sıcak ve daha tozlu koşullarda çalışmak durumunda kalan işçi, 2 Nisan Pazar günü, cildinde geniş kapsamlı bir tahriş hissetmiştir. Pazartesi gününden perşembe gününe kadar çalışmaya devam etmiş, cildindeki rahatsızlığın devam etmesi üzerine bir hekime başvurmuştur.

Davacının ocak temizleme işini yaparken nemli, toz halindeki tuğlanın, derisini kapladığı, iş yerinde hiçbir temizlenme imkânı olmadığı için, cildini kaplayan tozdan temizlenemeden iş yerinden ayrılmak durumunda kaldığı ve dermatit rahatsızlığına yakalandığı tespit edilmiştir. Davacının söz konusu maddeden hemen arınsaydı, hastalığa yakalanmayacağı veya hastalığın daha hafif bir şekilde seyredeceği kanıtlanamamıştır. Bununla birlikte, Lordlar Kamarası, hastalığın ortaya çıkmasına maddî anlamda katkı sağlamakla, hastalığın meydana gelme riskini önemli oranda artırmak arasında çok büyük bir farklılık olmadığı sonucuna vararak, nedensellik bağının tesis edildiğine karar vermiştir⁵¹⁸.

⁵¹⁸ [1973] S.C.(H.L.) 37-38. Davada *Lord Ordinary*; zarar riskini önemli oranda artırmanın, olasılıkların dengesi ispat ölçüsü çerçevesinde davalının zarara neden olduğu veya maddî anlamda katkı sağladığı anlamına gelmeyeceği sonucuna vararak, nedensellik bağının tesis edilemediği gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Nitekim zarar riskini önemli oranda artırmak, zarar olasılığını artırmak anlamına gelmekte, bu bağlamda da olasılık olabilirliğe dönüşmemektedir. *Inner House*'da aynı gerekçelerle davayı reddetmiştir. Davada kesin olan husus yıkanma olanaklarının yokluğunun dermatite yakalanma riskini arttırdığı bununla birlikte yıkanma olanaklarının yokluğunun dermatite neden olduğunun ispatlanamamasıdır. Tıbbî deliller uyarınca dermatit hastalığının neden kaynaklandığı ve hastalığın ilerleme süreci kesin olarak bilinmemektedir. Bu bağlamda dermatit tek bir aşınmadan kaynaklanabileceği gibi, üst derideki aşınma birikimi dermatitin zorunlu ön koşulu da olabilir. Hastalığın tek bir aşınmadan başlaması durumunda,

Bu karar doktrinde eleştirilmiştir⁵¹⁹. *Hogg*, eleştirisini bir örnek üzerinden gerçekleştirmiştir. Bu örneğe göre, dikkatsizce araba kullanmak, yayaları yaralama riskini yaratmakla birlikte, araba bir yayaya çarpmadığı müddetçe zarara neden olmamaktadır⁵²⁰. Oysa bu kararlar birlikte, davalının, zarara gerçekten neden olmayıp, sadece zararın gerçekleşmesi için risk yarattığı hallerde de sorumluluğunun

aşınma yayılacak ve dolayısıyla aşınmanın çokluğu, hastalığın başlayacağı alan sayısını ve sonuç olarak hastalığın oluşma riskini arttıracaktır. Bu kapsamda hastalığın nedenleri konusunda kesin bir yüzde verilememekte, sadece bazı faktörlerin hastalığa yakalanma riskini önemli oranda arttırdığı, bazı faktörlerin ise önemli oranda azalttığı sonucuna varılabilmektedir. Bu bağlamda yıkanma olanaklarının sağlanması durumunda, yine de hastalığa yakalanma riskinin %52 olduğu, yıkanma olanaklarının sağlanmaması durumunda ise bu riskin %90 olduğu sonucuna varılmıştır. *Lord Reid*, çok az unsurun kesinlikle bilinebileceği bu ve *Wardley* gibi davalarda nedensellik bağının geniş bir bakış açısıyla ele alınması gerekliliğini belirtmiştir. Tıbbî delillere göre; davacının cildine yapışan kir ve terle birlikte eve bisikletle gitmesi, hastalığın gelişme riskini önemli oranda arttırmıştır. Bununla birlikte, riskin gerçekleşip gerçekleşmediği veya neden bu sonucu doğurduğu açıklanamamakta, ancak deneyimler böyle olduğunu göstermektedir. Başka bir anlatımla davacının eve yıkanmadan gitmesi nedensel bir etki uyandırabilir; ancak nasıl bir etki göstereceği belirli değildir. *Inner House*'un davacının iş yerinden ayrılmasıyla tuğla tozuna maruz kalmayacağı için, dermatiti geliştirme konusunda davalıyı sorumlu nedenlerin geride bırakıldığı görüşüne, *Lord Reid* tıbbî delillerin yanlış yorumlandığı gerekçesiyle katılmamıştır. Ayrıca zararın meydana gelme riskini önemli oranda artırmanın, maddî katkı sağlama sonucunu doğurmayacağını belirten *Lord Ordinary*'nin görüşüne de katılmamaktadır. Böyle bir ayrımın sadece bir olaya neden olabilecek tüm önemli olaylar hakkında tam anlamıyla bilgi sahibi olunması durumunda mantıklı olacağını ileri sürmektedir. Ancak genellikle hukukî nedenin mantıki veya felsefi nedene dayanmadığı belirtilmektedir. Nedensellik, pratik bir biçimde günlük ilişkilerinde sıradan bir insanın düşünce biçimine dayanmaktadır. Pratik ve geniş bir bakış açısıyla davalının, davacının zarar görme riskini önemli oranda artırması ile davalının zarara maddî anlamda katkı sağlaması arasında önemli bir farklılık bulunmamaktadır. [1973] S.C.(H.L.) 51-53.

Lord Salmon; sorumluluğun reddedilmesi sonucuna, üzerinde ihtilâf olmayan tıbbî delillerin yanlış yorumlanması nedeniyle varıldığını düşünmektedir. İspat yükü davacıda olmakla birlikte, davacı, davalının davranışının zararın tek nedeni olduğunu ispat etmekle yükümlü değildir. Ayrıca bu davranışın zararın oluşması için yeterli olması da gerekli değildir. Önemli olan, davalının davranışının zararın oluşumuna maddî anlamda katkı sağlayıp sağlamadığıdır. Bu bağlamda davada tartışılacak tek husus, davalının davranışının zararın nedeni olup olmadığıdır. Nedensellik, doğası gereği hem filozoflar, hem hukukçular tarafından tartışılmıştır. Bu bağlamda nedensellik; maddî bir vakıa, olgu meselesi olup, soyut metafizik teorilerden ziyade “*common sense*”e göre tespit edilmelidir. Davanın reddedilme sebebi, olasılıkların dengesine göre davacının her halükârda %52 oranında hastalığa yakalanma riskidir. Bu noktada, *Lord Salmon* bu oran %48 olsaydı, davalının sorumluluktan kurtulacağını belirtmiş, böylesi sonuçların açıkça bir anlam ifade etmeyeceğini ve *common law*'a da aykırılık teşkil edeceğini ifade etmiştir. Bu bağlamda *Lord Salmon*, davacının, davalının ihmâlini ve bu ihmâlin yakalanan hastalık riskini maddî anlamda arttırdığını, olasılıkların dengesi uyarınca ispat etmesi durumunda, davalıya isnat edilemeyen diğer faktörler de zarara önemli oranda katkı sağlamış olsalar dahi davalının sorumlu olacağı sonucuna varmıştır. [1973] S.C.(H.L.) 60-62.

⁵¹⁹ **Hogg**, s.12; **Windeatt**, P.: Risk, Loss, Negligence and Cause, Auckland U.L.Rev 1992-1995, s.275; **Weinrib**, s.518-533.

⁵²⁰ **Hogg**, s.12.

doğacağı kabul edilmiştir. Kararda, nedensellik bağı kurallarının, politik gerekçelerle esnetildiği kabul edilmektedir⁵²¹. Bu duruma, özellikle, davacının nedensellik zincirinin doğasında bulunan öngörülmezlik dolayısıyla nedensellik bağını ispat edememesi durumunda, kusurlu davalının sorumluluktan kurtulmasına izin verilmemesi gerektiği düşüncesi etkili olmuştur⁵²².

2. Wilsher Kararı

Lordlar Kamarası *Wilsher v. Essex AHA* davasında, zarar rizikosunun önemli oranda artırılması testini uygulamayı reddetmiştir. Davaya konu olan olayda kıdemsiz doktor prematüre bebeğe aşırı oranda oksijen vermiştir. Bebeğin bir gözü tamamen kör olurken, diğer gözü kısmen kör (*Retrolental Fibroplasia-RLF*) olmuştur. Zarara yeni doğanın maruz kaldığı oksijen neden olmuş olabilirken, oksijenle ilgisiz, prematüre doğuma ilişkin ve davacının yaşadığı diğer dört faktörün (apne, yüksek karbondioksit, intraventriküler kanama, patent duktus arteriosus) de neden olmuş olabileceği belirtilmiştir⁵²³.

⁵²¹ Hogg, s.12; Windeatt, s.275; Weinrib, s.518-533.

⁵²² Hogg, s.12.

⁵²³ Olayda davacı bebek, normalden üç ay önce 15 Aralık 1978 tarihinde doğmuştur. Prematüre bebeklerin yaşadığı en önemli sorun ciğerleri yeterince gelişmediği için kandaki oksijen basıncının düşük olması ve dolayısıyla beyinde hasara yol açmasıdır. Oksijen basıncını (PO2) takip altına almak için, aorttaki atardamara katater yerleştirilmektedir. Kataterin ucunda bir sensör bulunmakta ve doğru bir şekilde ayarlanması yani kalibre edilmesi durumunda prematürenin kan basıncını ölçmektedir. Bunun yanı sıra kataterin içinde sensöre yakın bir aparat da bulunmakta, bu suretle kan analizi için kan örneği alınabilmektedir. Standart uygulamaya göre katater takıldıktan sonra, doğru yerleştirildiğinden emin olunması için röntgen filmi çekilmektedir. Somut olayda 17 Aralık 1978 tarihinde sabah 8:00'de katater yerleştirilmiş ve röntgen filmi çekilmiştir. Bununla birlikte hekim tarafından katater aorttaki atardamar yerine kalpteki toplardamara yerleştirilmiş, çekilen röntgen filminden anlaşılmasına rağmen, yanlış okunduğu için tespit edilememiştir. 20 Aralık 1978 ve 23 Ocak 1979 tarihleri arasında beş farklı periyotta hekim ve hemşireler kandaki oksijen basıncı ölçmüş ve bu doğrultuda verilmesi gereken oksijen oranını saptamışlardır. İlk derece hakimi bu

Sir Nicolas Browne-Wilkinson, muhalefet şerhinde, *McGhee* kararında uygulanan kuralın, somut davada uygulanması durumunda, kuralın uygulama alanının genişleyeceğini belirtmiştir. Nitekim *McGhee* kararında, davacının dermatite yakalanma nedeninin tuğla tozu olduğu konusunda bir şüphe bulunmamaktadır. O karardaki sorun, yıkanma olanağı sağlanmamış olduğu için derisinde kalmaya devam eden tozun dermatite neden olup olmadığı veya dermatitin oluşumuna maddî anlamda katkı sağlayıp sağlamadığıdır. Bununla birlikte, somut davada birden çok faktör RLF'e neden olmuş olabilir. Bunlardan biri fazla oksijen verilmesidir. Davalı, gerekli önlemleri almayarak, olası nedenlerden biri olan fazla oksijenin, RLF'e neden olmasını önlemekte kusurlu davranmıştır. Ayrıca fazla oksijenin RLF'e neden olup olmadığı da tam olarak bilinmemektedir Birbirinden tamamen farklı olan diğer etkenler ise bebeğin doğumdan sonra ilk iki ay içerisinde çeşitli zamanlarda yakalandığı hastalıklardır. Oksijenin yanı sıra diğer her bir etken, RLF'in olası nedenidir. Fazla oksijen verilmesinin diğer olası etkenlere göre RLF'e daha olası bir şekilde neden olduğunu gösteren hiçbir delil de bulunmamaktadır. Bunu gösteren hiçbir delil bulunmadığı gibi bu yönde bir çıkarım da yapılamaz. *Sir Nicolas Browne-Wilkinson*, başka bir delil yoksa, *McGhee* kararındaki gibi bir davada, mantıksal olmasa da *common sense*'e göre; önlem almamanın dermatite neden olduğunun veya katkı sağladığının savunulabileceğini belirtmiştir⁵²⁴. Bu görüş Lordlar Kamarasında, diğer üyelerin de katıldığı tek görüş bildiren *Lord Bridge of Harwich* tarafından da onaylanmıştır.

periyotlardan dördünde çok yüksek oranda oksijen verildiğini tespit etmiştir. Bu bağlamda ilk derece mahkemesi ve istinaf mahkemesi davacının talebini onaylamıştır. İstinaf Mahkemesi üyesi *Sir Nicolas Browne-Wilkinson* karara muhalif kalmıştır [1988] 2 W.L.R 1074-1079.

⁵²⁴ [1987] Q.B. 777-780.

Ayrıca *Lord Bridge of Harwich*, “*McGhee* kararında nedensellik bağının tesisine ilişkin yeni bir kural getirilmediğini, aksine ispat yükünün davacıda olduğu kuralının onaylandığını ifade etmiştir. Kararda ihtilâflı olmayan maddî vakıya yönelik pragmatik bir yaklaşım benimsenerek, çoğunluğun, davalının ihmâlinin, davacının zararına maddî katkı sağladığı sonucuna varmasının meşru bir çıkarım olduğunu” belirtmiştir⁵²⁵.

Khoury, sonuç olarak *McGhee* kararındaki özel koşulların çıkarım yapılmasına imkân sağladığını belirtmiştir. Oysa *Wilsher* davasındaki olay, *McGhee*’den farklılıklar göstermektedir. Nitekim *Wilsher* davasında, birbirinden bağımsız ve tek başına zararı meydana getirmeye yeterli birden çok neden bulunmaktadır. Bu bağlamda sadece zarar rizikosunun önemli oranda artırıldığını ispatlamak yeterli olmayacak, zarara maddî anlamda katkı sağlandığının da ispatlanması gerekecektir⁵²⁶.

Wilsher kararından sonra zarar rizikosunu önemli oranda artırma testinin uygulanmasına yönelik farklı düşünceler ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda nedensellik bağının tesisi için bu testin kullanılamayacağı ileri sürülmüştür. Bununla birlikte, ispat yükünün davacıda kalması koşuluyla *McGhee*’nin doğru bir karar olduğunu ve *Wilsher*’in de geleneksel kurallar uyarınca nedenselliğin tesis edilemediği durumlar da nedensellik çıkarımı yapılmasını tamamen ortadan kaldırmadığını, bu konuda bir açık kapı bıraktığını düşünenler de bulunmaktadır⁵²⁷. Bu bağlamda, *Wilsher*

⁵²⁵ [1988] 2 W.L.R 1090.

⁵²⁶ **Khoury**, uncertain causation, s.153.

⁵²⁷ Bu konudaki farklı görüşler için bkz.: **Khoury**, uncertain causation, s.153-154.

kararında çıkarım ilkesi tamamen reddedilmemiş, sadece uygulaması sınırlandırılmıştır. Bu doğrultuda her iki karar karşılaştırılmaya başlanmıştır. Öncelikle *McGhee* kararındaki olayda ortak nedenin söz konusu olduğu, bununla birlikte *Wilsher* kararında alternatif nedenlerin söz konusu olduğu belirtilmiştir. Ancak bu ayrım eleştirilmektedir. Nitekim *McGhee* kararında nedensellik süreci tam olarak bilinemediğinden, ortak nedenden de alternatif nedenden de kaynaklanmış olabileceği ifade edilmiştir⁵²⁸.

Bunun dışında, bazı olaylardaki temel olguların, nedensellik süreci tam olarak bilinemese dahi hastalığın gelişimine katkıda bulunduğu çıkarımının yapıp yapılamayacağı sorusunun cevaplanması gerektiği de ileri sürülmektedir. *McGhee* kararında zarara neden olabilecek tek olası etken bulunmaktadır. Bu etken, ister sorumluluk doğursun, ister doğurmasın davalının faaliyetidir. Ayrıca bu faaliyetin, önceden mevcut olan riski artırdığı da kesinlik arz etmektedir. Bununla birlikte *Wilsher* kararında artırılan risk, maruz kalınan hastalığın genel riskidir. Dolayısıyla, *McGhee* kararında böyle bir çıkarımın yapılması meşru iken, *Wilsher* kararındaki gibi farklı kaynaklardan doğan farklı riskleri içeren ve haksız fiil teşkil etmeyen nedenlerin söz konusu olduğu davalarda böyle bir çıkarımın yapılmasının meşru dayanakları bulunmamaktadır⁵²⁹.

⁵²⁸ **Khoury**, uncertain causation, s.154.

⁵²⁹ **Khoury**, uncertain causation, s.154-155; **Stapleton**, s.396.

3. Fairchild Kararı

*Fairchild*⁵³⁰ kararına konu olan olay ve temyizde tespit edilen ve tartışılan hususlar *Lord Bingham Cornill* tarafından özetlenmiştir. Buna göre; C, farklı

⁵³⁰ İstinaf Mahkemesi, nedensellik bağının geleneksel *but for* testine göre tesis edilemediği gerekçesiyle, A'nın, B'nin ve A ve B'nin birlikte sorumluluklarını reddetmiştir. Bununla birlikte istinaftaki en önemli hususlardan biri, somut olay gibi özel koşulların söz konusu olduğu olaylarda, ilkelerin, doktrinin veya benimsenen politikanın nedensellik bağının ispatı yaklaşımının değiştirilmesini gerektirip gerektirmediği veya haklı kılıp kılmadığıdır. Asbeste maruz kalınmasının sonuçlarına ilişkin mahkemede göz önünde bulundurulmuş ilk delil 1930 tarihli Asbest Tozunun Akciğere Etkisi ve Asbest Endüstrisinde Tozun Baskılanması Raporudur. Bu rapor uyarınca ve 1931 tarihli Asbest Endüstrisi Düzenlemelerine göre; önemli miktarda asbest tozuna maruz kalmak zarar vericidir. İlk etapta asbest hastalığı ve diğer akciğer rahatsızlıkları ele alınmıştır. Bu bağlamda bir kere asbest hastalığına yakalandıktan sonra, bundan sonra solunan tozun toplam miktarı hastalığı etkilemektedir. C, A tarafında istihdam edildiği zaman diliminde asbest tozuna maruz kalması nedeniyle asbest hastalığına yakalanmış olabilir. Bununla birlikte, bu hastalığa A'nın yükümlülük ihlâlini kapsayan maruziyet olmaksızın da yakalanmış olabilir. B'nin yanında çalışırken tekrar önemli miktarda asbest tozunu soluması, asbest hastalığının ilerlemesi sonucunu doğurmuş olabilir. Son maruziyetin B'nin yükümlülük ihlâlini içermesi durumunda ise C, A'ya karşı hak talebinde bulunamazken, B'ye karşı hak talebinde bulunabilir. Bu durumda B, nedensel etkinin ispatlanmamasını ileri sürerek, sorumluluktan kurtulamaz.

1960'lardan itibaren, asbest tozuna ve liflerine maruz kalınmasının, asbest hastalığının ve diğer akciğer hastalıklarının yanı sıra akciğer zarı kanserine yakalanma riskini de doğurduğu genel olarak bilinmektedir. Bununla birlikte, asbest hastalığına meslekî bir maruziyetin olmaması durumunda nadiren rastlanmaktadır. Nitekim hastalığa yakalanma ihtimali yılda milyonda bir kişiden fazla değildir. Bununla birlikte meslek yaşamlarında asbest tozuna maruz kalanlar, genel nüfusa göre 1000 kat daha fazla kansere yakalanmaktadır. Bu bağlamda yılda yaklaşık 1500 olay rapor edilmektedir. Kanser, en az 10 yıllık bir zaman diliminde gelişim göstermektedir. 10 yıllık süre, ilk hücrenin mutasyona uğraması ile hastalığın ilk semptomlarının ortaya çıkması arasında geçen süredir. Hastalık ölümcüldür ve ölüm genellikle hastalık teşhis edildikten bir-iki yıl sonra vuku bulmaktadır. Normal akciğer zarı hücrelerinin kanserli hücreye dönüşme biçimi bilinmemektedir. Tıbbî görüşe göre; normal bir hücreyi kanserli bir hücreye dönüştüren sürecin 6 ya da 7 genetik değişikliğin söz konusu olduğu birkaç aşamalı bir süreç olduğuna inanılmaktadır. Asbest hastalığı bu aşamalardan birinde, kesin olmamakla birlikte birden çok aşamada rol oynamaktadır. Hangi seviyede asbest tozuna ve lifine maruziyetin, akciğer zarı kanserine önemli bir oranda yakalanma riskini tolere ettiği ise bilinmemektedir. Bununla birlikte, meslekî anlamda maruziyet olmamasına rağmen şehirleşmiş bölgelerde yaşayan ve çok sayıda asbest lifi soluyan kişilerin akciğer zarı kanserine yakalandığı bilinmektedir. Akciğer zarı kanserine yakalanma riskinin solunan asbest tozu ve lifi miktarı oranında arttığı kabul edilmektedir. Başka bir anlatımla ne kadar çok solunursa, hastalığa yakalanma riski o kadar artar. Bununla birlikte hastalık tek bir liften veya birkaç liften veya çok sayıda liften de kaynaklanabilir. Tıbbî görüş herhangi bir olasılığın diğerine göre daha yüksek olup olmadığını ve hastalık bir kere ortaya çıktıktan sonra daha fazla maruziyetin hastalığı ilerletip ilerletmediğini söyleyememektedir. Tüm bu tıbbî bilgiler ışığında güçlü bir olasılıkla davacının, hastalığa yakalanmasının nedeni soluduğu asbest lifleri içeren asbest tozudur. Bununla birlikte C, A'nın yanında çalışırken soluduğu tek bir lif nedeniyle hastalığa yakalanmış olabileceği gibi, B'nin yanında çalışırken soluduğu tek bir lif de hastalığın nedeni olabilir. Ayrıca A'nın ve B'nin yanında çalıştığı toplam süre içerisinde, soluduğu lifler hastalığa birlikte yol açmış da olabilir. Bu olasılıklardan hiçbirisi diğerinden daha olası olmadığı için olasılıkların dengesine göre nedensellik bağının ispatlanması mümkün değildir. Bu davada iki olası zarar veren bulunmaktadır; tek bir zarar veren olsaydı C ona karşı dava açacak ve zararı tazmin

zamanlarda ve farklı periyotlarda hem A, hem B tarafından istihdam edilmiştir. A ve B'nin, asbestin solunması durumunda akciğer zarı kanserine yol açabileceğine ilişkin bilinen riskler nedeniyle, C'nin aşırı miktarda asbest solmasına engel olmak için, makul özeni gösterme ve alınabilecek önlemleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır. C'nin, A ve B tarafından istihdam edildiği periyotlar sırasında aşırı miktarda asbest solduğu gerekçesiyle, hem A, hem B bu yükümlülüklerini ihlâl etmiştir. C akciğer zarı kanserine yakalanmıştır. Bununla birlikte, C, gelinen bilim seviyesinin mevcut sınırları nedeniyle, A tarafından istihdam edildiği süre boyunca ya da B tarafından istihdam edildiği süre boyunca veya her iki sürenin toplamı boyunca solduğu asbestin akciğer zarı kanserine neden olduğunu olasılıkların dengesi ölçüsü uyarınca ispatlayamamıştır⁵³¹.

Lord Bingham Cornill, Fairchild davasının, *Bonnington* kararından farklılıklarını ortaya koymuştur. Öncelikle, *Bonnington* kararında tozların bir kısmının meydana gelmesinde davalının kusuru bulunmamakta, ancak zarara olası neden olan tek bir davalı bulunmaktadır. İkinci olarak ise, pnömokonyoz da asbest hastalığı gibi solunan toz miktarı arttıkça ağırlaşan bir hastalıktır. Başka bir anlatımla, hastalığın ilk ve en önemli nedeni, davalının sorumlu olmadığı toz olsa dahi, önemli miktardaki sorumlu olduğu tozun hastalığı daha kötü yaptığını söylenebilmektedir. *Lord Bingham Cornill*, Lordlar Kamarasının diğer kararlarının yanı sıra, *McGhee* kararını da ayrıntılı bir şekilde incelemiştir. İnceleme sonunda *McGhee* kararında ilave veya alternatif zarar verenlerin mevcut olmadığı için, sonuca daha kolay ulaşılabilmektedir.

edilecektir. Tüm bu gerekçelerle İstinaf Mahkemesi, bilimsel olarak ispatlanamayan bir hususu ispat edemediği için C'nin tazminat alamayacağına karar vermiştir: [2003] 1 A.C. 42-43.

⁵³¹ [2003] 1 A.C. 30.

Wilsher kararında ise, bebek, yükümlülük ihlâlinin neden olabileceği bir hastalığa yakalanmış ve ihlâl, hastalığa yakalanma riskini artırmıştır. Bununla birlikte zarara neden olabilecek diğer birkaç faktör de bulunmaktadır. Bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda *Lord Bingham Cornil*, Lordlar Kamarasının diğer kararlarının doğru olduğunu belirtmiştir⁵³².

Sir Nicolas Browne-Wilkinson ise, *Lord Roger of Earlsfrey*'in özellikle kıta Avrupası hukuklarında konunun nasıl ele alındığını içeren ve bu bağlamda çeşitli karşılaştırmalı hukuk kitaplarına ve Hollanda, Yunanistan, Norveç, İsviçre, Fransız hukuklarına ve çok sayıda mahkeme kararına atıfta bulunan değerlendirmesini, hem kararına almış, hem incelemiştir. İncelemesi sonucunda; İtalya, Güney Afrika ve İsviçre gibi bazı hukuk düzenlerinde nedensellik tesis edilemediği için davacının talebinin reddedileceğini; bununla birlikte, pek çok diğer hukuk düzeninde risk yaratmanın, maddî anlamda katkı sağlamakla eş tutulması veya ispat yükünün davalıya bırakılması veya geleneksel yaklaşımın genişletilmesi suretiyle veya politik nedenlerin etkisiyle, daha genel gerekçelerle davacının tazminata hak kazanacağına karar verileceğini vurgulamıştır. İngiltere'deki gelişmelerin, farklı kurallar ve geleneklerin biçimlendirdiği dünyanın diğer ülkelerindeki kararlara ve kanunlara bağlı olamayacağını belirtmekle birlikte, *Lord*; hukukun kurallara-ikelere uyarak tutarlı bir gelişim göstererek, yargının sınırları içinde adil ve objektif bir şekilde hizmet etmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu bağlamda, İngiltere'de verilecek olan bir karar başka birisinin adalet duygusunu rahatsız edecekse ve uluslararası kaynaklar diğer pek çok hukuk düzeninde farklı ve daha kabul edilebilir bir karar verileceğini

⁵³² [2003] 1 A.C. 46-58.

gösteriyorsa, o düzenlerin hukuk geleneği ne olursa olsun, İngiltere’de verilecek olan kararın tekrar gözden geçirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Küçülen bir dünyada sonuca ulaşmak için farklı yaklaşımlar benimsenmiş olsa da, sonuçların yeknesak olmasında bir yarar bulunduğunu görüşüne eklemiştir⁵³³.

Lord Nicholls of Birkenhead; normal olarak uygulanan kurallardan sapılırken, bunun akla uygun ve haklı gerekçelerinin olması gerekliliğini vurgulamıştır. Zor davaların kötü hukuka neden olabileceğini belirterek, böyle bir sonuçtan kaçınılması gerektiğini ifade etmiştir. Bu bağlamda *Lord, but for* testinin her zaman adil sonuç vermediğini, alternatif nedenselliğin söz konusu olduğu avcı örneğiyle ayrıntılı bir biçimde açıklamıştır⁵³⁴.

Fairchild kararında *McGhee* ve *Wilsher* kararlarına dayanılarak zarar rizikosunu önemli oranda artırma testi uygulanmıştır. Bununla birlikte diğer kararlarda, bu testle, takdire bağlı fiilî çıkarım yapılmasına izin verilebileceği sonucuna varılırken, *Fairchild* kararında, zarar rizikosunu önemli oranda artırma testi, nedensellik bağının ispatında uygulanacak bir test olarak kabul edilmiştir⁵³⁵. Nitekim *Lord Bingham of Cornhill*, *McGhee* kararının, olgusal veya hukukî bir çıkarıma değil, geleneksel nedensellik anlayışının bir varyasyonuna dayandığını belirtmiş⁵³⁶, *Lord Nicholls of Birkenhead*, *McGhee* kararını farklı ve daha az katı bir

⁵³³ [2003] 1 A.C. 58-65.

⁵³⁴ [2003] 1 A.C 68.

⁵³⁵ **Khoury**, uncertain causation, s.157.

⁵³⁶ [2003] 1 A.C 69-70.

nedensellik testi olarak nitelendirmiş⁵³⁷, *Lord Hoffmann* ise zarar rizikosunu önemli oranda artırmanın nedensellik koşulunu sağladığını belirtmiştir⁵³⁸. *Lord*'lar bu görüşlerini gerekçelendirirken, bu sorunun bir hukuk sorunu olduğunu ve tıp uzmanlarının bu görüşleri desteklemediği müddetçe olgusal bir çıkarım yapılamayacağını ifade etmiştir. *Stapleton* da bu yaklaşımın daha şeffaf olduğunu ifade etmiştir⁵³⁹.

McGhee kararında benimsenen test, tekrar uygulama alanı bulurken, *Lord Hoffmann* ve *Lord Rodger*, zarar rizikosunu önemli oranda artırma testine sınırlama getirmiştir. *Lord Hoffmann*'a göre bu testin uygulanabilmesi için aşağıdaki beş koşulun yerine getirilmesi gerekmektedir: Aslında bu şartlar *Fairchild* kararına konu olan olayın özelliklerinden ibarettir.

Öncelikle, belirli bir hastalık riskini artıran ajana zorunlu olmayan maruziyete karşı özellikle işçiyi koruma amacı taşıyan bir yükümlülük olmalıdır. Bu yükümlülük, yükümlülüğün ihlâlinin neden olduğu zarar için hukukî sorumluluk yaratma (tazminat davası açma hakkı) amacı taşınmalıdır. Ne kadar çok maruz kalınırsa, hastalığa yakalanma riski o kadar artmalıdır. Önemli oranda ajana (asbeste) tek bir seferde maruziyetin söz konusu olduğu olaylar dışında, tıp bilimi, kimin asbestinin hastalığa yakalanma ihtimaline daha fazla neden olduğunu

⁵³⁷ [2003] 1 A.C 71.

⁵³⁸ [2003] 1 A.C 75.

⁵³⁹ **Stapleton**, s.399.

açıklayamamalıdır. Son olarak da işçi korunabileceği hastalığa yakalanmış olmalıdır⁵⁴⁰.

Sorumluluğunun davalının zarara katkısı oranında paylaştırılmadığının da belirtilmesi gerekmektedir. Öncelikle, *Fairchild* kararında, davacı böyle bir talepte bulunmamıştır. Böyle bir talep olmuş olsaydı ve buna rağmen tam tazminata hükmedilseydi dahi *Khoury*, bunun anlaşılabilir olduğunu ifade etmektedir⁵⁴¹. Nitekim, yazara göre, böyle bir oranlamanın yapılmış olması, şans kaybı zararı ile ilişki kurulması sonucunu doğuracaktır. İyileşme şansı kaybı da İngiliz hukukunda zarar olarak kabul edilmediği için, oranlama, kavramsal olarak sadece ortak nedenin söz konusu olması durumunda yapılabilecektir⁵⁴².

B. İngiliz Hukukunda İyileşme Şansının Kaybının Tazmini

İngiliz hukukunda iyileşme şansı kaybının nasıl ele alındığını ortaya koyabilmek için konuyu kapsamlı bir şekilde ele alan⁵⁴³ “*Hotson* kararının⁵⁴⁴” ayrıntılı bir biçimde incelenmesi gerekmektedir. Nitekim olayı inceleyen temyiz mahkemesi hâkimlerinden *Sir John Donaldson* bu davanın haksız fiil hukukunda zarar konusunda çok önemli olduğunu, çünkü davacının, davalının ihmâli nedeniyle uğradığı şans veya fırsat kaybının tazmin edilebilirliğinin özel olarak ele alındığını

⁵⁴⁰ [2003] 1 A.C 75.

⁵⁴¹ **Khoury**, uncertain causation, s.159-160.

⁵⁴² **Khoury**, uncertain causation, s.160.

⁵⁴³ **Stoll**, Heilungschancen, s.466.

⁵⁴⁴ Bkz. yuk. s.54, dn.26. İlk derece mahkemesi, temyiz mahkemesi ve son olarak Lordlar Kamarası’nın kararına ilişkin bilgiler söz konusu karardan alınmıştır.

belirtmiştir. Her ne kadar, dava, tıbbî sorumluluğun söz konusu olduğu ihmâl dayanan haksız fiil davası olsa da, diğer alanlarda da aynı sorunun ortaya çıkabileceğini ifade etmiştir⁵⁴⁵.

1. Hotson Kararı

a) Karara Konu Olay

26 Nisan 1977 günü, 13 yaşındaki bir çocuk ağaca tırmanırken 12 fit (3,68 metre) yükseklikten düşmüş ve düşme sonucunda sol bacağına ağrı nedeniyle ağırlığını sol bacağının üzerine verememiştir. Hasta, birkaç saat sonra *St. Luke* hastanesi tarafından kabul edilmiştir. Hastanede sadece diz röntgeni çekilmiş, başka bir anlatımla kalça röntgeni çekilmediği için doğru teşhis konulamamıştır. Diz röntgeninde herhangi bir sıkıntı görülememesi sonucunda diz bandajı verilerek hasta taburcu edilmiştir. Davacının ağrısı taburcu olduktan sonra da geçmeyince, babası, davacıyı 1 Mayıs 1977’de tekrar hastaneye götürmüştür. Çekilen röntgen filminde sol kemik ucunda bir yer değişikliği-kayma görülmüş, başka bir anlatımla, sol uyluk kemik ucunda avasküler nekroz geliştiği tespit edilmiştir. Tedavi sonucunda davacının sol kalçasında bir deformasyon olup, hareket kabiliyeti azalmış ve sol bacağına bir aksama kalmıştır. Bunun yanı sıra, avasküler nekroz sonucunda ileride kalça eklemine kireçlenme oluşacağı saptanmıştır. 5 gün boyunca, yani 26 Nisan ve 1 Mayıs 1977 tarihleri arasında doğru tanı ve teşhisin

⁵⁴⁵ [1987] A.C. 755.

konulmasındaki ihmâl (*negligence*) sonucu çektiği acı ve kazanma kapasitesi kaybından dolayı davalılara karşı tazminat davası açılmıştır.

b) İlk Derece Mahkemesi

İlk derece mahkemesi hâkimi *Simon Brown*, davacının %25’lik iyileşme şansını kaybetmesi nedeniyle £11,500 ile tedavideki 5 günlük gecikme dolayısıyla çektiği acı nedeniyle de £150 tazminata hükmetmiştir⁵⁴⁶.

Hâkim *Simon Brown*, maddî olaya ilişkin varmış olduğu sonuçları şu şekilde sıralamıştır: Davalı doğru teşhiste bulunmuş olsaydı dahi, hastalığının seyri %75 ihtimalle aynı olmuş olacaktı, yani avasküler nekroz ve buna bağlı tüm olumsuz sonuçlar gelişmiş olacaktı. Davalının yükümlülük ihlâli sonucunda, söz konusu %75’lik riskin gerçekleşmesi artık kaçınılmaz olmuştur. Başka bir anlatımla, doğru bir teşhis ve zamanında bir tedavi ile engellenebilecek avasküler nekroz gelişmesi kaçınılmaz olmuştur. Avasküler nekroz ortaya çıkmasaydı, hasta neredeyse tamamen

⁵⁴⁶ [1987] A.C. 754. Her ne kadar tıbbî açıklama bir hukukçu için son derece teknik bir konu olsa da, olayın daha iyi bir şekilde anlaşılabilmesi için tıbbî bulgulara da değinilmesinde yarar bulunmaktadır. Bu bağlamda Hakim *Simon Brown*’un olaya ilişkin bulguları aşağıdaki gibidir: Uyluk epifizi uyluğun üst tarafında yer alan kalça eklemi oluşturmak üzere kalça eklemine oturan ve yüzeyi kıkırdakla kaplı süngerimsi bir sınırdır. Çocuklarda epifiz, femur (uyluk) boynuna büyüme plağı olarak da adlandırılan uyluk başı plağı ile bağlıdır. Bu plaka kıkırdak, üst tarafta femur başı ve aşağı tarafta kemiksi uyluk boynu arasını dolduran bir sandwich görevi görmektedir. Bu plaka sadece büyümekte olan iskelette yer alır ve kemiğin büyümesini sağlar. Davalının başına gelen bir yaralanma sonucundaki en büyük tehlike uyluk başına (epifize) yeteri kadar kanın gitmeyerek avasküler nekroza başka bir anlatımla epifiz kaymasına sebep olmasıdır. Yeterli kanla beslenmeyen epifizde mineral yoksunluğu yaşanacak, zayıflayıp yumuşayarak çöküp deforme olacaktır. Bunun olması durumunda da hem ağrıyla birlikte kalça eklemine bir şekil bozukluğu hem genel bir kısıtlılık hali ile ileride oluşması neredeyse kesin olan kalça eklemi kireçlenmesi sonuçları gerçekleşecektir: [1987] A.C. 755.

iyileşmiş olacaktı. Tedavideki gecikme dolayısıyla, eklemdeki kanamanın neden olduğu basınç, zarar görmeyen, damarları baskılayarak, bloke etmiştir⁵⁴⁷.

Hâkim, tespit ettiği maddî vakılardan ulaştığı hukukî sonuçları ise şu şekilde sıralamıştır: Tazminata hak kazanabilmesi için, davacının, hem davalının ihmâlini hem ihmâl sonucunda ya daha iyi bir tıbbî sonuç elde edilebilmesi bakımından önemli ölçüde (*substantial*) bir şansı kaybettiğini ya da beklenmeyen tıbbî sonucun gelişmesi bakımından önemli ölçüde bir riskin gerçekleştiğini ispatlaması gerekmektedir. Bunun ardından şans kaybının veya riskin kapsamı mümkünse belirlenmeli ve tazminat bu orana göre hesaplanmalıdır⁵⁴⁸.

c) İstinaf Mahkemesi

Temyizde karar *Sir John Donaldson M.R, Dillion, L.J. ve Croom-Johnson L.J.* tarafından incelenmiş ve ilk derece mahkemesinin kararını onaylamıştır. İstinaf mahkemesi kararında *Lord*'lar, davayı genel olarak *common sense*'e aykırılık, nedensellik bağının tesisi ve şans kaybı zararı çerçevesinde ele almıştır.

aa. *Common Sense*'e Aykırılık

Sir John Donaldson M.R. hekimin ihmâlinin olduğu olaylarda, uygun bir müdahalede bulunulmuş olsaydı, sadece mevcut olan iyileşme şansının %50'nin altında olması nedeniyle, sorumluluk doğurmamasının *common sense*'e göre haksızlık olduğunu belirtmiştir. Benzer bir biçimde, iyileşme şansının %50'nin biraz üzerinde olması durumunda da, hekimin veya hekimin işverenininki iyileşmenin

⁵⁴⁷ [1987] A.C. 756.

⁵⁴⁸ [1987] A.C. 756-757.

garanti edildiği bir tedaviyle aynı ölçüde sorumlu olmasının da haksızlık olduğunu ifade etmiştir⁵⁴⁹. *Lord Dillion* da bu durumun *common sense*'e aykırılık teşkil ettiğini belirterek, daha ayrıntılı bir gerekçelendirmede bulunmuştur. *Lord*'a göre tıp bilimi sadece kesinliklerle ilgilenmemektedir ve her ne kadar yeknesak olmasa da hekime başvuran bir hastanın sadece az ya da çok bir iyileşme şansına veya mevcut durumunun daha kötüye gitmesini önleme şansına sahip olduğu pek çok olay bulunmaktadır. *Chaplin v. Hicks* kararında, başarılı olma şansı değil, yarışma şansı kaybı tazmin edildiğine göre, somut davada da iyileşme şansı kaybı tazmin edilebilirdir⁵⁵⁰.

Bunun dışında, *Sir John Donaldson M.R.* sözleşmeden doğan sorumlulukta şans kaybının tazmin edilip, haksız fiil sorumluluğunda tazmin edilmemesinin de hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmadığını⁵⁵¹, *Lord Croom-Johnson* ise böyle bir ayrımın anlamsız olacağını belirtmiştir⁵⁵². Bu ayrımın iyileşme şansı kaybının tazmini açısından söz konusu olmasının nedeni; ulusal sağlık hizmetleri kapsamında çalışmayan hekim ile hasta ilişkisinden sözleşme sorumluluğunun, ulusal sağlık hizmetleri kapsamında çalışan bir hekim ile hasta arasındaki ilişkiden ise haksız fiil sorumluluğunun doğmasıdır.

bb. Nedensellik Bağının Tesis Edilmiş Olması

Croom-Johnson L.J., olasılıkların dengesi ilkesine göre nedensellik bağının tesis edilmiş olduğu sonucuna varmıştır. Bu bağlamda davanın incelemesi sırasında

⁵⁴⁹ [1987] A.C. 759.

⁵⁵⁰ [1987] A.C. 764.

⁵⁵¹ [1987] A.C. 760.

⁵⁵² [1987] A.C. 768.

iki yanlış anlama bulunduğunu belirtmiştir. Bunlardan ilki, davacının davasını sunmasına ilişkindir. Nitekim davacının dilekçesinde “şans kaybı” değerinin hesaplanmasında, bu kayıp bir araç olmaktan ziyade zarar olarak nitelendirilmiştir⁵⁵³. Bu nitelendirme, *Lord*’a göre, hem ispatta, hem zarar miktarının belirlenmesinde olduğu gibi, şansın, bir davanın her aşamasında göz önünde bulundurulabileceği gerçeğinin görmezden gelinmesine yol açmıştır⁵⁵⁴.

Ayrıca *Lord*, davacının %25 şans kaybına uğradığı önermesini doğru bulmamıştır. Zira söz konusu şans istatistikî bir veridir. Başka bir anlatımla aynı durumdaki 100 kişiden 25’i iyileşirken, 75’i iyileşmemektedir. Bu önerme çerçevesinde, davacının, kendisinin söz konusu %25’ten biri olduğunu ve bu şansın onun elinden alındığını ispatlaması gerekmektedir. Bu durumda da davacının toplam zararının %25’i değil, tamamı tazmin edilir⁵⁵⁵.

Lord Croom-Johnson haksız fiil davalarında şans kaybının tazmininin mümkün olmadığı görüşüne karşı çıkmakta, ancak şansın tazmin edilebilmesi için davacıya yönelik bireysel bir şansın olması gerektiğini, başka bir anlatımla bu şansın genel olarak herkese ilişkin bir şans olmaması gerektiğini belirtmektedir. Bu kapsamda *Lord*, şans kaybının tazmin edildiği diğer davalarda, tazmin edilen şansın sadece davacının bireysel şans olduğunu vurgulamıştır⁵⁵⁶.

⁵⁵³ [1987] A.C. 768.

⁵⁵⁴ [1987] A.C. 768-769.

⁵⁵⁵ [1987] A.C. 769.

⁵⁵⁶ [1987] A.C. 765.

Bunun yanı sıra, *Lord Croom-Johnson*, ilk derece mahkemesi hâkimi tarafından yapılan bölüştürmenin nedensellik bağının tesisine ilişkin değil, zarar miktarının tayinine ilişkin olduğunu da belirtmiştir. Bu kapsamda *Lord*'a göre; *Simon Brown J.*, nedenselliğin tesisine ilişkin tıbbî delilleri ayrıntılı bir şekilde incelememiş, sadece bulduğu bulguları sıralamakla yetinmiştir. Oysaki tanık *Mr. Bucknill*'in ifadesi durumu yeterince ortaya koymuştur. Nitekim davacının femuru kaymış ve kayma kanamayı arttırmıştır. Ayrıca femurdaki kayma veya yer değişikliğinin süresi uzadıkça, kanama miktarı artacaktır. Her ne kadar bu olayın olma olasılığı %50'nin altındaysa da, kanıtlar, ilk derece hâkimin bulgularını doğrulamakta ve bulguların gerçekleştiğini göstermektedir⁵⁵⁷.

cc. Şans Kaybı Zararı

Sir John Donaldson M.R., davada, davacının kaybının belirlenmesi konusunda herhangi bir sıkıntı bulunmadığını belirtmiştir. Davacı, kaybı “avasküler nekroz ve sonuçlarının önlenmesi şansı olarak”, hâkim *Simon Brown* ise “avasküler nekroz gelişimini ve bunun sonucunda uzun süreli engelli kalımını önemli ölçüde artırma riski olarak tanımlamıştır⁵⁵⁸. Bu bağlamda, *Sir John Donaldson M.R.*, aslında basit bir iddianın “şans” kelimesine atıfta bulunmak suretiyle karmaşılaştırıldığını ileri sürmüştür. Nitekim *Lord*'a göre, “şans” kelimesinin kullanımıyla olasılık dahil

⁵⁵⁷ [1987] A.C. 765

⁵⁵⁸ [1987] A.C. 760.

edilmiştir. Bu suretle, kaybın ne olduğunun belirlenmesi aşaması atlanmış, doğrudan kaybın miktarının değerlendirilmesi aşamasına geçilmiştir⁵⁵⁹.

Sir John Donaldson M.R., zararı, hastanın, hastaneyi ikinci ziyaretinde yapılan tedaviyi ilk ziyaretinde alabilmiş olsaydı, elde edeceği “yarar kaybı” olarak formüle etmiştir. Bu yarar kaybı davalının da kabul ettiği ihmâlden kaynaklanmaktadır. Ayrıca hastaneyi ilk ziyaretinde, teşhisin doğru konulup tedavinin başlaması durumunda, davacının çektiği acı süresinin azalacak olmasının da bir değere sahip olduğu kabul edilmiştir. Bununla birlikte, daha fazla bir değere sahip olup olmadığı konusu ise davadaki tartışmalı bir konudur. Bu bağlamda, erken tedavinin sağlamış olduğu yararın da olasılıkların dengesi çerçevesinde ispatlanması gerekmektedir⁵⁶⁰. Başka bir anlatımla, davadaki asıl sorun avasküler nekroz ve yaratacağı sonuçlar açısından erken tedavinin sağlayacağı yarar kaybının, tazminat hukuku bakımından bir sonuç doğurup doğuramayacağıdır. Bu bağlamda, *Sir John Donaldson M.R.* bunun tazminat hukuku bakımından sonuç doğuracağı görüşünde olduğunu belirtmiştir⁵⁶¹.

Sir John Donaldson M.R.’a göre, davacının iddiasını zamanında tedavi yararı kaybına dayandırmasında ve mahkemeyi olasılıkların dengesi ilkesi çerçevesinde bu yararın değeri olduğu konusunda tatmin etmesinde herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Nitekim davacının tüm bunları üç aşamada gerçekleştirdiğini ifade ederek, bu aşamaları sıralamıştır. İlk olarak davacı kaybedilen yararı ¼ oranında

⁵⁵⁹ [1987] A.C.761.

⁵⁶⁰ [1987] A.C. 761.

⁵⁶¹ [1987] A.C. 761.

avasküler nekrozu önleme şansı olarak belirlemiş ve ispatlamıştır. Yine olasılıkların dengesi ilkesine göre kendisinin başına gelen uzun süreli engelliliğin değerinin £46,000 olduğunu ispatlamıştır. Son olarak da kaybettiği yararın değerinin toplam kayıp değerinin ¼'ü olduğunu ortaya koymuştur⁵⁶².

Sonuç olarak *Sir John Donaldson M.R.*, ilk derece mahkemesinin kararına tamamen katıldığını belirtmiş, sadece *McGhee v. National Coal Board* kararına dayanılmasını bu kararı anlamakta güçlük çektiği gerekçesiyle doğru bulmamıştır.

Lord Dillion'a göre, hasta, hastaneye getirildiği gün uygun bir tedaviyle sol uyluk epifizinde avasküler nekroz gelişiminin ve buna bağlı sonuçlarının önlenmesi için %25 şansa sahiptir. Hekimin ihlâli sonucunda, hasta taburcu olduğu gün bu şansını yitirmiştir. İhmâl olmasaydı bu şansın nasıl evrileceğini kimse bilmemektedir. Bu bağlamda, *Lord Dillion*, davacının şans kaybından doğan zararlarının neden tazmin edilemeyeceği sorusunu yöneltmiştir⁵⁶³.

Ayrıca, *Lord Dillion*, bu davada asıl incelenmesi gerekli hususun zarar olduğunu belirtmiş ve somut olayda avasküler nekroz oluşumunu engelleme şansı kaybını zarar olarak nitelendirmiştir. Bu bağlamda da değer biçilebilen bir şans kaybının *Chaplin v. Hicks* örneğinde olduğu üzere sözleşme hukukunda zarar olarak kabul edilirken haksız fiil hukukunda kabul edilmemesinin bir anlamı olmayacağını ifade etmiştir. Nedensellik sorununun ise burada söz konusu olmadığı kanaatine ulaşan *Lord*, nedensellik bağına davacının şans kaybı ile hekimin ihmâli arasında

⁵⁶² [1987] A.C. 761.

⁵⁶³ [1987] A.C.763.

kurarak, zaten ilk derece mahkemesinde, hali hazırda yine olasılıkların dengesi ilkesi çerçevesinde bu bağın ispatlandığını belirtmiştir⁵⁶⁴. Her ne kadar, davalının tanığına göre, hastada avasküler nekrozun oluşumunu önleme şansı hiç bulunmasa da, ilk derece hâkimi, %50'nin altında olsa dahi önemli bir şans olduğuna kanaat getirmiştir. Bu nedenle de davacının uğradığı zararın tazmin edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır⁵⁶⁵.

Lord Croom Johnson ise bu davanın, ihmâl dayanan haksız fiil davası olduğunu ve böyle bir davanın kazanılabilmesi için, öncelikle, yükümlülük ihlâlinin ispatlanması gerektiğini belirterek, bunun davalı tarafından kabul edildiğini ifade etmiştir. *Lord*'a göre, ikinci olarak zararın ve her bir zarar kaleminin, ihlâlın nedeni olduğunun en azından olasılıkların dengesi ilkesine göre ispatlanması gerekmektedir⁵⁶⁶.

Temyiz mahkemesi hâkimlerinin görüşleri şöyle bir toparlanacak olursa, sonuca varış yollarında farklılıklar olduğu görülmektedir. *Sir John Donaldson M.R.*, aslında zararı “zamanında tedavi edilme yararı kaybı” olarak nitelemekte ve bunun ispatlandığını belirtmekte, sorunu tazminat miktarı kapsamında ele almaktadır. *Lord Dillion* ise *Chaplin v. Hicks* davasıyla karşılaştırma yapmakta ve “haksız fiil davalarında da şans kaybının tazmin edilebileceğini” ifade etmektedir. Karşılaştırma yaparken tıp biliminin sadece kesinliklerle ilgilenmediğini, çoğu zaman bir hastanın sadece iyileşme şansına veya mevcut durumunun daha kötüye gitmesini engelleme

⁵⁶⁴ [1987] A.C. 764.

⁵⁶⁵ [1987] A.C. 764-765.

⁵⁶⁶ [1987] A.C.766.

şansına sahip olmak için hekime başvurduğunu ileri sürmektedir. *Lord Croom Johnson* ise haksız fiil davalarında şans kaybının tazmin edilebileceğini ancak şans kaybının tazmin edilebilmesi için bireysel bir şansın söz konusu olması gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte, gerek sorumluluğun kurulması konusunda, gerek zarar miktarının hesaplanması konusunda şansın göz önünde bulundurulabileceğini ifade etmiş ve konuyu tamamen ispat hukuku açısından ele almıştır.

d. Lordlar Kamarası

Lordlar Kamarası, istinaf mahkemesinin kararını bozmuştur. *Lord*'lar, bu kararı verirken aşağıdaki mülâhazaları göz önünde bulundurmuştur.

aa. Geçmiş Olay-Farazî/Gelecek Olay Ayrımı

Lordlar Kamarası'nın *Hotson* davasını reddetmesinin en önemli gerekçesi olayın geçmiş maddî bir vakıa olması, bu nedenle de olasılıkların dengesi ilkesine göre ispat edilmesi gerekliliğidir. Bu bağlamda, bu ayrımı yapan diğer kararlara da değinen *Lord*'lar, bu ayrımı şu şekilde açıklamıştır:

*Mallett v. McMonagle*⁵⁶⁷ davasında *Lord Diplock*; geçmişte gerçekleşen olaylar ile geleceğe ilişkin olaylar arasında bir ayrım yapmıştır. *Lord*'a göre, geçmişte gerçekleşen olaylar, “geçmişte ne oldu” sorusuna, zararın belirlenmesi olarak nitelendirilen geleceğe ilişkin olaylar ise “geçmişteki bir olay olmasaydı ne

⁵⁶⁷ Lordlar Kamarası'nın 11 Şubat 1969 yılında vermiş olduğu karar için bkz.: [1970] AC 166.

olmuş olurdu veya gelecekte ne olacak” sorularına cevap aramaktadır. Geçmişte ne olduğunu tespit edilirken, olasılıkların dengesi ilkesini uygulanacaktır. Buna göre olabilirliği, diğerine göre daha fazla olan olayın gerçekleştiği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, *Lord Diplock*, zararın miktarının, geçmişte bir olay olmamış olsaydı, gelecekte ne olurdu veya ne olmuş olurdu sorusunun cevabına bağlı olduğunu ve bu bağlamda, mahkemenin, söz konusu şeyin olmuş olma veya ileride gerçekleşme şansını tespit ettiğini ve tazminat miktarının da bu şansı yansıttığını belirtmiştir⁵⁶⁸.

Yine atıfta bulunulan *Davies v. Taylor*⁵⁶⁹ davasında, *Lord Reid*, de geçmişte gerçekleşen olay ve gelecekte gerçekleşecek veya gerçekleşmiş olacak olay ayrımı yapmış, ancak konuyu ispat hukuku açısından ele almıştır. Bu bağlamda geçmişte gerçekleşmiş bir olayın ispatlanabilir olduğunu, bununla birlikte gelecekte gerçekleşecek bir olayın ispatlanabilir olmadığını belirtmiştir. Olasılıkların dengesi ilkesinin, bir olayın, geçmişte gerçekleşmiş olup olmadığı konusunda bir ispat aracı olduğunu belirtmiş ve gelecekte gerçekleşecek olaylar bakımından ise sadece şansların değerlendirilebileceğini ileri sürmüştür⁵⁷⁰.

Bu görüşler ışığında, *Hotson* davasına konu olan olay, geçmiş bir olaydır ve bu nedenle olasılıkların dengesi ilkesine göre çözüme kavuşturulmalıdır.

Bu bağlamda, *Lord Bridge*; öncelikle avasküler nekrozun iki olası nedeni olduğunu tespit etmiştir. Bunlardan ilki, düşme sonucunda gelişmiş olması, diğeri ise

⁵⁶⁸ [1987] A.C. 757.

⁵⁶⁹ [1974] A.C.207.

⁵⁷⁰ [1987] A.C. 757-758.

hasar gören damarlardaki kanama dolayısıyla ortaya çıkan baskının epifizi canlı tutan diğer damarların da zarar görmesi sonucu gelişmiş olmasıdır. Bununla birlikte tıbbî deliller arasında açık bir çelişki bulunmaktadır. Nitekim davalının lehine tanıklık yapan uzman, avasküler nekrozun gelişmesini tamamen düşmeye bağlarken, davacı lehine tanıklık yapan uzman ise en iyi ihtimalle hekimin ihmâlinin avasküler nekroz gelişmesine maddî anlamda katkı sağladığını belirtmiştir. *Lord*, her ne kadar, özellikle tıbbî sorumluluk davalarında nedenselliğin her zaman açıklanamayacağını ve dolayısıyla mahkemenin sadece istatistikî şansı belirtmek durumunda kalabileceğini ifade etse de, somut davanın bu şekilde nitelendirilemeyeceği sonucuna varmıştır. Nitekim geçmiş bir olaya ilişkin nedensellik tesis edilirken, hâkim, olasılıkların dengesi ilkesinden kaçınamaz. Bu nedenle, *Lord*, davacının, ihmâlin en azından zararın meydana gelmesine maddî anlamda katkı sağladığını ispatlaması gerektiğini belirtmiştir⁵⁷¹.

Lord Mackay de somut olayı geçmiş maddî vakıa olarak değerlendirmiş ve davanın olasılıkların dengesi ilkesi çerçevesinde çözülmesi gerektiğini belirtmiştir. *McGhee* kararını incelemiştir. Her ne kadar, örnekleme için kesin figürler verilemese de, *Lord Mackay*, *McGhee* kararının *Hotson* davasından farkını şu örnekle açıklamıştır. *McGhee* kararında, aynı koşullardaki 100 kişiden 70'inin dermatite yakalanma ihtimali bulunmaktadır. Yıkanma olanaklarının sağlanması durumunda ise, 100 kişiden sadece 30'u dermatite yakalanacaktır. Başka bir bulgunun olmaması durumunda, dermatit ile yıkanma olanaklarının yokluğu arasında bir bağlantı kurulduğu çıkarımının yapılması makuldür. Dolayısıyla yıkanma olanaklarının yokluğu dermatite yakalanma konusunda maddî anlamda bir katkı sağlamıştır. Sonuç

⁵⁷¹ [1987] A.C. 782.

olarak *Lord Mackay, McGhee* kararında şans kaybının tazmin edilmediğini belirtmiştir⁵⁷². *Lord Mackay*, Amerika’da iyileşme şansı kaybının tazmin edildiği *Herkovists* kararını da incelemiş, ancak somut davada, davacının zararının tek nedeninin düşme olması, başka bir anlatımla hastaneye ulaştığında iyileşme şansının olmaması gerekçesiyle, kararda uygulanan şans kaybı doktrinin bu davada uygulanamayacağı sonucuna varmıştır⁵⁷³. Tüm bunların yanı sıra *Lord Mackay*, tıbbî sorumluluk davalarında, şans kaybını ispatlayan bir davacının hiçbir surette tazminat alamayacağı kuralını sevk etmenin akıllıca olmayacağını belirterek, bu konuda açık kapı bırakmıştır.

Lord Ackner, aynı düşünceden yola çıkarak, düşme sonucunda epifizi canlı tutmaya yetecek kadar damarın hasar görmeden kalıp kalmadığı sorunun davadaki asıl sorun olduğunu belirlemiştir. Dolayısıyla, hekimin ihmâlinin bir sonuç doğurup doğurmadığı tespit edilmesi gereken nedensellik bağı sorunudur. Bu bağlamda, yükümlülük doğmadan önce zararın gerçekleştiği veya kaçınılmaz kılındığı hallerde şans kaybının uygulaması söz konusu olmayacaktır⁵⁷⁴.

bb. Şans Kaybının Tazmin Edildiği *Chaplin ve Kitchen* Kararlarından Farkları

Lord Bridge, *Chaplin* ve *Kitchen* kararlarında uygulanan şans kaybının kıyasen vücut bütünlüğü zararını önleme şansı veya tıbbî sorumluluk davalarında doğru teşhis ve uygun tedaviyle daha iyi bir tıbbî sonuç alma şansı olarak uygulanıp uygulanamayacağını da incelemiştir. Söz konusu davalar ile *Hotson* davası arasında

⁵⁷² [1987] A.C. 786.

⁵⁷³ [1987] A.C. 789-790.

⁵⁷⁴ [1987] A.C. 793.

farklılıklar bulunması nedeniyle, böyle bir kıyasın yapılamayacağı sonucuna varmıştır. Ancak *Lord Bridge*, bu farklılıkları görüşünde açıkça belirtmemiştir⁵⁷⁵.

Somut davayı, *Kitchen* kararıyla karşılaştıran *Lord Ackner*, bu davanın *Kitchen* kararıyla hiçbir ilgisi olmadığını ifade etmiştir. *Kitchen* kararında, açık bir sözleşme ihlâli nedeniyle davacı değerli bir davayı kaybetmiştir. *Lord*'a göre, başarı beklentisi olan her dava bir değer arz etmekte ve mahkemenin yapacağı tek şey ise bu davanın değerini belirlemektir. *Lord Ackner*, *Chaplin* kararıyla da davayı karşılaştırmıştır. Davacının atıfta bulunduğu *Chaplin* kararının da talebini desteklemediğini belirtmiştir⁵⁷⁶.

cc. Tazminattan İndirim

Lord Bridge, İngiliz hukukunda şansı yansıtmak suretiyle tam tazminattan indirim yapıldığını gösteren Lordlar Kamarası kararı olmadığını belirterek, (tam tazminata hükmedilen) *Bonnigton* ve *McGhee* kararlarının bu görüşü desteklemediğini ifade etmiştir⁵⁷⁷.

Lord Ackner, somut davadaki sorunun nedensellik bağının ispatı olduğunu ve sorumluluğun aralarında bölünmesi gereken müşterek davalılar gibi özel durumlar olmadığı müddetçe, nedensellik bağının olasılıkların dengesine göre ispatlanacağını belirtmiştir. Ayrıca sorumluluk kurulduktan sonra, davacının tüm zararı

⁵⁷⁵ [1987] A.C. 782-783.

⁵⁷⁶ [1987] A.C. 793.

⁵⁷⁷ [1987] A.C. 782-783.

karşılacaktır. Başka bir anlatımla, nedensellik bağının %100 kesinlikle tesis edilemediği durumlarda, nedensellik bağının tesis edildiği orana tekabül eden bir indirim yapılmamaktadır. Bununla birlikte gelecek zararın değerlendirilmesinde belirsizliğin göz önünde bulundurulacağı konusunda bir şüphe bulunmamaktadır⁵⁷⁸.

2. Gregg Kararı

İngiliz hukukuna iyileşme şansı kaybına ilişkin damgasını vuran bir diğer karar ise 2005 yılında Lordlar Kamarasının karara bağladığı *Gregg v. Scott* davasıdır.

a. Karara Konu Olay ve İlk Derece Mahkemesi

Aslında olay iyileşme şansı kaybının klâsik örneğidir. Davacı *Mr. Gregg* sol kolunun altındaki şişlik nedeniyle hekime başvurmuştur. Hekim; davacıya aslında lenf kanseri olmasına rağmen yanlış teşhis koyarak, şişliğin iyi huylu olduğunu belirtmiştir. Bu da davacının tedaviye başlamasında dokuz aylık bir gecikme sonucunu doğurmuştur. Gecikme dolayısıyla kanser yayılmış ve hekimin doğru teşhiste bulunsaydı, hastanın sahip olmuş olacağı %42 iyileşme şansı (hastalığın nüksetmediği 10 yıl yaşama şansı), hekimin özen yükümünün ihlâli nedeniyle %25'e inmiştir. Davacı, hekimin kendisini ileri tetkik için hastaneye yönlendirmesi gerekliliğini ileri sürerek hekimin özen yükümlülüğünü ihlâl ettiğini ileri sürmüştür.

İlk derece mahkemesi, doğru teşhis ve zamanında tedavi gerçekleşmiş olsaydı, hastanın acilen yüksek düzeyde kemoterapi almasına gerek olmayacağını ve en azından kanserin sol göğüs bölgesine sıçramasının engellenebileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte, olasılıkların dengesi ilkesi uyarınca, hekimin ihmâli

⁵⁷⁸ [1987] A.C. 793.

olmasaydı, davacının sağlık durumunun daha iyi olacağı veya özel bir tedavinin uygulanmasının önüne geçilebileceği sonucuna da varılamayacağını ifade etmiştir. Bu sonuca varırken mahkeme, davacının hekime başvurduğu sırada %45 iyileşme şansına sahip olduğu, hekimin ihmâli neticesinde ise bu oranın %20 oranında azaldığı olgusundan hareket etmiştir. İlk derece mahkemesi hakimi *Judge Inglis*, bu gerekçelerle davayı reddetmiş ve aynı zamanda *Hotson* kararına da atıfta bulunmuştur⁵⁷⁹.

b. Lordlar Kamarası Kararı

Karar, Lordlar Kamarası hâkimlerinden *Lord Nicholls of Birkenhead*, *Lord Hoffman*, *Lord Hope of Craighead*, *Lord Phillips of Worth Matravers* ve *Baroness Hale of Richmond* tarafından değerlendirilmiştir. Kararda *Lord Nicholls of Birkenhead* ve *Lord Craighead* şans kaybının tazmin edileceği, diğer Lord'lar ise tazmin edilemeyeceği yönünde karar vermiştir.

aa. Şans Kaybının Tazmini Yönündeki Görüşler

Lord Craighead genel olarak *Lord Nicholls of Birkenhead*'in görüşlerine katıldığı için, sadece *Lord Nicholls of Birkenhead*'in görüşleri ayrıntılı bir biçimde belirtilecektir.

Lord Nicholls of Birkenhead, bu davada tıbbî ihmâl davalarında neyin adaletsizlik oluşturduğu konusunun *common law*'daki içtihat ve mahkemeleri ikiye

⁵⁷⁹ [2005] 2 W.L.R. 268-269.

böldüğünü belirtmiştir. *Lord Nicholls of Birkenhead*; hastanın iyileşme beklentisinin %50'nin üzerinde olması durumunda tazmin edilmeyip, %50'nin altında olması durumunda tazmin edilmesini akıldışı bulmuş ve savunulamaz olduğunu ifade etmiştir. Nitekim %45 oranında iyileşme beklentisinin kaybı en az %50 iyileşme beklentisinin kaybı kadar gerçektir. Her iki olayda da, hekim, hastaya karşı özen yükümünü ihlâl etmiş, her iki olayda da hastanın durumu kötüleşmiştir. Hastanın kaybı önem ve değer arz etmektedir. Bununla birlikte, ilk olayda hastanın kaybı tazmin edilmekte, ikinci olayda ise bu kayıp tazmin edilmemektedir. Bu sonucun hiçbir anlamı bulunmamaktadır. *Lord Nicholls of Birkenhead*, ayrıca olayların %45'inde tazminata hükmedilmeyeceği için, hekime özen yükümlülüğü yüklenmesinin bir anlamı kalmayacağını belirtmiştir. Bu nedenleri gerekçe göstererek, *Lord*, söz konusu ayrıma karşı çıktığını ifade etmiştir. Bunun dışında *common law*'un mahkemeleri gerçeklik dışı bu uygulamaya zorlamadığını da belirtmiştir. *Lord*, yüzde 50'nin altında da olsa üstünde de olsa zarar görenin tazminat alma hakkı bulunduğu görüşünde olduğunu açıklamıştır⁵⁸⁰.

Lord Nicholls of Birkenhead; somut davada iyileşme şansı kaybının tazmin edilmesi gerekliliği sonucuna varırken, çok ayrıntılı bir inceleme yapıp, konuyu pek çok açıdan değerlendirmiştir.

⁵⁸⁰ [2005] 2 W.L.R. 270-271.

aaa) Geçmiş Olay-Gelecek Beklentisi Ayrımı ve Şans Kaybı Zararı

Lord Nicholls of Birkenhead, öncelikle, geçmiş olgu ve gelecek beklentisi ayrımını incelemiştir. Bu ayrım uyarınca, geçmiş bir olayın ya gerçekleştiği ya da gerçekleşmediği sonucuna varılacaktır. *Lord*'un “geçmişte ne oldu” sorusuna yanıt aranırken bu yaklaşımın benimsenmesi konusunda hiçbir itirazı bulunmamaktadır. Bununla birlikte *Lord*, davalının ihmâli olmasaydı geçmişte ne olmuş olacaktı sorusunun da mahkemeler tarafından genellikle olasılıkların dengesi ilkesi çerçevesinde, ya hep ya hiç sonucu doğuracak şekilde belirlendiği tespitinde bulunmuş ve bu noktada, ayrımın eleştiriye açık olduğunu belirtmiştir. Nitekim *Lord*'a göre, geçmişte ne olmuş olacağı farazîyeye dayanmaktadır. Farazî olaylar da tanımları gereği ne geçmişte gerçekleşmiş, ne de gelecekte gerçekleşecek olaylardır ve bu olaylarda çok fazla belirsizlik bulunmaktadır. Bu nedenle *Lord*, olayların olasılıkların dengesi ilkesine göre belirlenmesi durumunda, tatmin edici sonuçlara ulaşılmasının oldukça güç olacağı düşüncesindedir. *Lord Nicholls of Birkenhead*, bu durumla özellikle davalının ihmâli nedeniyle, davacının kendi kontrolünde olmayan ve doğası gereği belirsiz olan “istenilen sonucu elde etme şansı veya fırsatını” kaybetmesi durumunda karşılaşılabileceğini belirtmiştir. Bu nedenle de *Lord*, iyileşme şansı kaybının tazmin edilmesiyle bu eleştirilerin bertaraf edilebileceği sonucuna varmaktadır. Bu kapsamda *Lord Nicholls of Birkenhead*, iyileşme şansının tazmin edilebilmesi için esaslı olması gerektiğini de belirtmiştir⁵⁸¹.

⁵⁸¹ [2005] 2 W.L.R. 272-274.

bbb) Tıbbî İhmâl

Lord Nicholls of Birkenhead, iyileşme şansı kaybının tazmininin hem tıbbî gerçeklikle uyum gösterdiğini, hem hekimin yükümlülüğün amacıyla örtüştüğünü belirtmiştir. Nitekim hekimin yükümlülüğün amacı teşhiste ve hastaya müdahale sırasında özen göstermek suretiyle hastanın iyileşme beklentisini yükseltmektir. Bu çerçevede *Lord*, hali hazırda hekimin ihmâli nedeniyle, hastanın bu beklentisinin elinden alınması durumunda, davacının tazminat talebinin kabul edilmemesini haksız fiil hukukunun ciddî bir eksikliği olarak değerlendirmektedir. Bu durum, hekimin yükümlülük ihlâli bakımından uygun bir hukukî çare sağlanmamış olması anlamına gelmektedir. *Lord*, “bir bacağı kurtarma şansı kaybı ile bir bacağı kaybetmenin aynı şeyler olmadığı, ancak bu saptamanın hekimin doğrudan sorumlu olduğu şans kaybının bir değer arz etmediği anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. Bu kapsamda *Lord*, hukukun bu konuya ilişkin yaklaşımını yeniden değerlendirmesi gerektiğini ve adalet anlayışının iyileşme şansı kaybının da ekonomik bir şans kaybı kadar tazmin edilebilir bir zarar olarak kabul edilmesi gerektirdiğini ifade etmiştir⁵⁸².

ccc) İstatistikî Delil

Lord Nicholls of Birkenhead, tıbbî sorumluluk olaylarında hastanın tedaviye nasıl cevap vereceğinin bilinmediğini ve bilinemeyeceğini belirtmiştir. Bu nedenle de hastanın öyküsü ve diğer belirtiler yardımcı olsa da, sıklıkla istatistikî delillerden yararlanılmaktadır. *Lord*’a göre, her ne kadar “istatistikî şansın” bir değeri olmadığı,

⁵⁸² [2005] 2 W.L.R. 274-276.

dolayısıyla tazmin edilebilir bir zarar teşkil etmediği görüşü kusursuz olsa da, kabul edilebilir bir düşünce değildir. Bu iddiaya cevaben *Lord Nicholls of Birkenhead*, bazı davalarda, mahkemelerin hakkaniyetin açıkça gerektirdiği durumlarda delil boşluğunu gideren usuller benimsediğini ileri sürmüş ve *Fairchild* kararını bu duruma örnek olarak göstermiştir. Somut olay kapsamında da *Lord*, acil tıbbî müdahale yapılmasının gerekli olduğu durumlarda, gecikmenin hastanın üzerinde olumsuz etkisi olacağının herkes tarafından bilinen bir gerçek olduğunu, nitekim kanserin yayılmış olması durumunda, tedavi karşısındaki duyarlılığın azalacağını belirtmiştir. Diğer hastaların sonuçlarından elde edilen bu deneyimlerin istatistikî olarak kayıt altına alındığını ve mahkemenin de gecikme dolayısıyla tek bir hastanın azalan iyileşme beklentisinin ölçülmesinde bu istatistikî kayıtlardan yararlanmasında herhangi bir sorun olmadığı görüşünde olduğunu ifade etmiştir. Her ne kadar *Lord*, istatistikî değerinin kalitesine bağlı olduğunu ve değerlendirmede kullanılacak olan metot, güncellik, hasta sayısı ve davacının durumuna olan yakınlık gibi unsurların istatistikî kalitesini gösterdiğini kabul etse de, istatistikî delillerin tamamen reddedilmesine karşı çıkmaktadır. Nitekim *Lord*'a göre, bunca eleştiriye rağmen, uygulamada somut olaydaki gerçek azalan beklentiyi gösterebilecek en iyi delil istatistikî delildir ve özellikle davalının ihmâli nedeniyle uygun tedavi alamadığı için hastanın iyileşme şansının belirlenemediği hallerde istatistikî delillerin kullanılması çok daha ikna edicidir. *Lord Nicholls of Birkenhead*, ayrıca tıbbî istatistiklerin bu şekilde kullanımının yeni olmadığını da eklemiştir. Bu bağlamda, özellikle riziko artımı analizinin uygulandığı olaylarda, söz konusu rizikonun %50'nin üstünde olup olmadığına bakılmaksızın uygulandığını ifade etmiştir. %20 epilepsi riski taşıyan

kafa yaralanması olayında, mahkemenin, tazminatı hesaplarken %20'lik riski göz önünde bulundurduğunu da belirtmiştir⁵⁸³.

ddd) Tıbbî İhmâl Davalarında Şans Kaybının Belirlenmesi

Lord Nicholls of Birkenhead, bu kapsamda *Chaplin* kararı ile *Hotson* kararını karşılaştırmıştır. *Chaplin* kararında, ihmâl olmasaydı hiç kimsenin ne olmuş olacağını bilememektedir. Bu belirsizlik de şans kaybının tazmin edilebilir bir zarar olarak kabul edilmesini meşru kılmıştır. Aksi takdirde, davacı, tazminata hak kazanamayacaktır. Bu bağlamda, davacının kaybettiği şans, final aşamasına katılma ve mülakatta değerlendirmeye alınmaktadır. Dolayısıyla, bu tip davalarda ihmâl zamanında davacının fiilî durumu, farazî olgunun belirleyicisi değildir⁵⁸⁴.

Oysa tıbbî ihmâl davalarındaki durum daha farklıdır. Hastanın ihmâlin gerçekleştiği zamandaki fiilî durumu, çoğunlukla ihmâl olmasaydı ne olmuş olacaktı sorusuna verilen cevabın sıklıkla belirleyicisidir. Nitekim *Hotson* kararında, *Hotson*'ın düşüşünden sonra epifizi besleyecek yeterli damar kalıp kalmadığı meselesi, ne olmuş olacaktı sorusunu belirlemekte ve eğer uygun bir tedavi görseydi avasküler nekroz önlenbilir miydi sorusuna verilecek cevabı doğrudan etkilemektedir⁵⁸⁵.

⁵⁸³ [2005] 2 W.L.R. 276-277.

⁵⁸⁴ [2005] 2 W.L.R. 277-278.

⁵⁸⁵ [2005] 2 W.L.R. 278.

Ama durum her zaman bu kadar basit değildir. İhmâlî gerçeğe geçtiği zaman, hastalığın yapısının ve kapsamının makul bir kesinlikle belirlenmiş olması, ne olmuş olacaktı sorusuna basit bir cevap sağlamamaktadır. Nitekim olası birden çok sonuç bulunmaktadır. Bu soruya en iyi şekilde, ancak, istatistikî verilerin mümkün olduğunda kişiselleştirilmesiyle cevap verilebilecektir⁵⁸⁶.

Bu bağlamda *Lord Nicholls of Birkenhead*, tıbbî ihmâl davalarını iki kategori altında değerlendirmiştir. *Hotson* kararı ilk kategoriye girerken, somut dava ikinci kategoriye girmektedir. Bu çerçevede de hastanın fiili durumunun ne olduğu yine olasılıkların dengesine göre belirlenecektir. *Hotson* kararında olasılıkların dengesi ilkesine göre epifizi besleyecek yeterli damar kalmadığı için, ikinci aşama olan ne olmuş olacaktı sorusuna verilen cevap oldukça basit olacaktır⁵⁸⁷.

Lord Nicholls of Birkenhead, *Hotson* kararında *Gregg* tipindeki davalar konusunda açık bir kapı bırakıldığını belirtmiştir. Nitekim *Lord Bridge of Harwich*, özellikle nedenselliğin belirlenemediği durumlarda, mahkemenin, sadece istatistikî şansı tespit edebileceğini ifade etmiştir⁵⁸⁸.

Lord'a göre, mevcut davada *Hotson* kararında olduğu gibi geçmiş olguya ilişkin bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Sadece ihmâl olmasaydı sonucun ne olmuş olacağını makul bir kesinlikle gösteren tıbbî görüş bulunmamaktadır. Bu durumda *Lord Nicholls of Birkenhead*, ya hep ya hiç sonucunu doğuran olasılıkların dengesi

⁵⁸⁶ [2005] 2 W.L.R. 278.

⁵⁸⁷ [2005] 2 W.L.R. 278-279..

⁵⁸⁸ [2005] 2 W.L.R. 279.

ilkesinin tatmin edici olmayan sonuçlara yol açacağına kabul edilip, ekonomik şans kayıplarında olduğu gibi şans kaybının tazmin edilmesi gerekliliğini belirtmiştir. *Lord Nicholls of Birkenhead* öncelikle uygun tedavi görmüş olması halinde davacının sahip olacağı iyileşme beklentisinin tıbbî bilgi uyarınca, ancak olasılık terminolojisiyle açıklanabilmekte olduğunu, başka bir anlatımla, olasılık terminolojisiyle açıklanmasının tıbbî gerçekliğin bir yansıması olduğunu belirtmiştir. *Lord*'a göre, hukukî yükümlülüğü uyarınca, hekim, hastanın menfaati doğrultusunda hareket etmeli ve bu yükümlülük hastanın iyileşme beklentisinin en üst seviyeye çıkartılmasını da içermektedir. Bu çerçevede de hastanın beklentisinin yüksek olması veya düşük olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla iyileşme şansı kaybı, hekimin korumakla yükümlü olduğu şeyin kendisinin kaybıdır⁵⁸⁹.

Bu nedenlerle, bir hastanın iyileşme beklentisi önemli derecede tıbbî belirsizliğe bağlı ise ve iyileşme beklentisi tıbbî ihmâl nedeniyle önemli ölçüde azalmışsa, *Lord Nicholls of Birkenhead*'e göre, beklenti kaybının, tazmin edilebilir bir zarar teşkil etmesi gerekmektedir. Bu kapsamda ihmâlden önce hastanın iyileşme beklentisinin %50'nin üzerinde olmasının veya biraz altında olmasının bir önemi bulunmamaktadır. “Tıbbî belirsizlik”, hastanın durumunun doğasında olan bir belirsizliktir ve bu belirsizlik tıp bilimiyle açıklığa kavuşturulamamaktadır⁵⁹⁰.

Lord Nicholls of Birkenhead, iyileşme şansı kaybının uygulanmasına ilişkin önerdiği sınırlandırmaların belirsiz olduğu eleştirisine karşı, mahkemelerin önlerine

⁵⁸⁹ [2005] 2 W.L.R. 279-280.

⁵⁹⁰ [2005] 2 W.L.R. 280-281.

gelen bir olayın hangi kategoriye gireceğini belirleyebileceklerini, bu ayrımın çizilmesi gerekliliğini ifade etmiştir. Ayrıca bu belirsizliğin ya hep ya hiç yaklaşımının getireceği adaletsizlik karşısında tercih edilebileceğini belirtmiştir⁵⁹¹.

bb. İyileşme Şansı Kaybının Tazmin Edilmemesi Yönündeki Görüşler

Çoğunluk olan ve dolayısıyla Lordlar Kamarasının kararını belirleyen bu görüş uyarınca, somut davada iyileşme şansı kaybı tazmin edilmemelidir. *Lord*'lar ve *Baroness*, bu karara varırken çeşitli mülâhazaları göz önünde bulundurmuşlardır. *Lord*'ların ve *Baroness*'in görüşleri bu mülâhazalar çerçevesinde aktarılacaktır.

aaa) Kısmî Tazminat İtirazı

Bu mülâhaza *Lord Phillips* tarafından ileri sürülmüştür. Bugüne kadar zarar rizikosunun önemli oranda artırılması testinde dahi tam tazminata hükmedildiğini belirterek, *Lord Phillips*, farklı olaylara adaletsizlik gerekçesiyle özel nedensellik testlerinin uygulanmasının *common law*'un ahengine genel bir tehlike oluşturacağı değerlendirmesinde bulunmuştur⁵⁹².

bbb) Zararın Henüz Gerçekleşmemesi

Lord Phillips, *Lord Nicholls of Birkenhead*'in yaklaşımının somut olayda olduğu gibi, önlenebilecek olan zararın henüz gerçekleşmediği olaylarda

⁵⁹¹ [2005] 2 W.L.R. 281-282.

⁵⁹² [2005] 2 W.L.R. 311.

uygulanamayacağını belirtmiştir. Nitekim davacı hâlâ hayattadır ve yaşayıp yaşamayacağı konusunda da bir belirsizlik bulunmaktadır. Bununla birlikte, sonucun gerçekleştiği olaylarda bu sonuca varmanın daha zor olduğunu ifade ederek, bu konuda bir açık kapı bırakmıştır⁵⁹³.

ccc) Şans Kaybı Tazmini Doktrinin Uygulanmasındaki Güçlük

Lord Philipps, şans kaybının uygulanmasının zorluğunu vurgulayarak, olasılıkların dengesi ilkesi çerçevesinde çözüme bağlamanın çok daha kolay olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte, adaletin önemli oranda tesis edilememesi sonucunu doğurması durumunda, sadece güç olduğu için bir doktrinin uygulanmaktan kaçınılmayacağını da ifade etmiştir⁵⁹⁴.

ddd) Zararın Davalıya İsnat Edilebilirliği

Lord Hoffmann, şans kaybı doktrininin, sadece, zararın, davalının eylemine açıkça isnat edilebilir olduğu olaylarda uygulanabileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda *Doyle* kararında, davacının drama öğretmeni olmuş olabilseydi, elde etmiş olacağı ek kazancı kaybetmesinin, davalıya yüklenmesi konusunda herhangi bir ihtilâf bulunmamaktadır. Benzer bir şekilde, zarar gören eklemde arterit gelişmesi durumunda, eklemdeki yaralanmanın arterite neden olduğu konusunda da çoğunlukla bir ihtilâf bulunmamaktadır. Oysa somut davada, sorun, davacının 10 yıl daha yaşayıp yaşamaması değil, olası erken ölümünün davalıya yüklenip

⁵⁹³ [2005] 2 W.L.R. 301.

⁵⁹⁴ [2005] 2 W.L.R. 311.

yüklenemeyeceğidir. *Lord Hoffmann*'a göre, bu sonuca ulaşmak mümkün değildir. Zira ilk derece hakimi, tedavideki gecikmenin iyileşme kaybının nedeni olmadığını tespit etmiştir. *Baroness Hale* de benzer bir yaklaşımı benimsemiştir. Her ne kadar *Lord Diplock*, gelecek zararların miktarının belirlenmesinde şansın ve riskin göz önünde bulundurulacağını belirtmiş olsa da, *Lord Hoffmann*, dolaylı zararın davalının neden olduğu zarar dolayısıyla ortaya çıkması gerektiğini belirtmiştir⁵⁹⁵.

eee) *Reece*'in Deterministik Neden-İndeterministik Neden Ayırımı

Lord Hoffmann, ayrıca somut olaya şans kaybı doktrininin uygulanıp uygulanmayacağını *Chaplin*, *Hotson*, *Wilsher* ve *Fairchild* kararları çerçevesinde ele almış ve incelemesinde, *Reece*'in belirlenmiş neden-belirlenmemiş neden (deterministik neden-indeterministik neden) ayrımını temel almıştır. Bu kapsamda, *Hotson* kararında kalça eklemının kanla beslenmesi, *Wilsher* kararında, RLF'in ve *Fairchild* kararında akciğer zarı kanserinin belirli bir nedeni olduğunu ve davacının bu nedeni ispat etmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca *Fairchild* kararında benimsenen istisnanın bu kuralın ne kadar güçlü olduğunu vurgulamaya hizmet ettiğini de görüşlerine eklemiştir. *Lord Hoffman*'a göre, *Hotson* kararında hastanın hastaneye ilk gittiği zaman yeterli incelemenin yapılmaması ile *Wilsher* kararında tıp biliminin yeterli bir cevap sağlayamaması arasında bir fark bulunmamaktadır. Geçmiş bir olayın nedenine veya geçmişteki bir olayın gelecekte başka bir olaya neden olup olmayacağına ilişkin belirsizlik, insanoğlunun bilgi eksikliğinden kaynaklanmaktadır. Yani doğası gereği belirsiz değildir. Hukuk, insanoğlunun bilgi

⁵⁹⁵ [2005] 2 W.L.R. 284-285.

eksikliğinden kaynaklanan belirsizliği, ispat yükü kurumuyla çözüme bağlamaktadır. Somut olayda da davacının hastalığının nedeni belirlenmiştir, yani deterministiktir. Determinizm anlayışının tek bir istisnası bulunmaktadır, o da insanoğlunun davranışdır. Nitekim hukuk, insanın özgür iradesi olduğunu kabul etmektedir. Bu çerçevede de, davacının kendisinin davranışına bağlı olan olaylar ile üçüncü bir kişinin davranışına bağlı olan olaylar arasında bir ayrım yapılmıştır. İhmâl olmasaydı ne olacağının davacının kendisine bağlı olduğu davalarda, olasılıkların dengesi ispat ölçüsü aranırken, üçüncü bir kişinin davranışına bağlı olduğu olaylarda şans kaybının tazmini kabul edilmektedir. Bu keyfî ayrım açıkça politik gerekçelerle benimsenmiştir⁵⁹⁶.

Baroness Hale de benzer bir yaklaşım benimsemiş ve olayı yazı-tura oyunundaki olasılık örneği ile açıklamıştır. *Hotson* kararında bozuk para atılmış, yani ya yazı ya da tura gelmiştir. Ancak hangisinin geldiği bilinmemektedir. Bu nedenle bu örnekte şanstı bahsedilemez. Aynı şekilde, *Hotson* kararında çocuk düştüğü anda kaderi belirlenmiştir. Yani ya epifizi canlı tutmaya yetecek kadar damar kalmıştır ya da kalmamıştır. Şanstı sadece bozuk para atılmadan önce veya atılmış olmasına rağmen henüz yere düşmemişse söz edilebilir. Bu bağlamda *Baroness*, bu örneğe tekabül edecek çok sayıda olay olduğunu da ifade etmiştir. Somut olaya ilişkin ise henüz bir mahkeme kararı bulunmamaktadır⁵⁹⁷.

⁵⁹⁶ [2005] 2 W.L.R. 285-288.

⁵⁹⁷ [2005] 2 W.L.R. 320.

fff) Lord Nicholls of Birkenhead'in İyileşme Şansı Kaybının Tazmini Sınırlandırılması Önerisine İtirazlar

Lord Hoffmann, Lord Nicholls of Birkenhead'in nedenselliğin ispatındaki sorunun tıp biliminin cevap sağlayamamasından kaynaklanması durumunda, şans kaybının tazmin edilmesi, bununla birlikte ispat sorununun olaya ilişkin bilgi eksikliğinden kaynaklanması durumunda tazmin edilmemesi önerisini eleştirmiştir. Nitekim *Lord*'a göre, *Hotson* kararında nedensellik bağının ispatı, en az *Wilsher* kararındaki kadar güçtür. Ayrıca *Hotson* kararında yaşanan ispat güçlüğü davalının ihmâlinden kaynaklanmıştır⁵⁹⁸.

ggg)Vücut Bütünlüğü Zararı ile Ekonomik Zarar Farkı

Baroness Hale, ise şans kaybının zarar olarak kabul edilip tazmin edilmesini çeşitli açılardan eleştirmiştir. Ayrıca haksız fiil hukukunun ceza hukuku olmadığını vurgulamış, ihmâle dayanan haksız fiil davasının özünün zarar olduğunu belirtmiştir. Bu kapsamda *Baroness, Kitchen* kararında şans kaybı tazmin edilirken, hekimin sorumluluğunda neden tazmin edilmediğini incelemiştir. İleri sürülebilecek argümanlardan birinin *Tony Weir*'in ifade ettiği vücut bütünlüğü zararı ile ekonomik zarar arasındaki fark olduğunu belirtmiştir. Nitekim kazanç şansı kaybı kazanç şansı gibidir, nitelik olarak benzemekle birlikte nicelik olarak kazançtan daha azdır. Bununla birlikte bacağı kaybetme şansı kaybı, bacağı kaybetmekle aynı değildir. *Baroness* bu ayrımın aslında günümüzde ortadan kalktığını ifade etmekle birlikte,

⁵⁹⁸ [2005] 2 W.L.R. 288.

ekonomik zararların çoğunun, elde edilmesi beklenen kazanca ilişkin olduğunu belirtmiştir. Bu kapsamda beklenen kazanç ile kazanç elde etme şansı arasında çok fazla bir farklılık bulunmamaktadır. Bununla birlikte “hastalıktan kurtulma” ile “hastalıktan kurtulma şansı” arasında çok daha büyük bir fark bulunmaktadır⁵⁹⁹.

hhh) Sorunun Parlamento Tarafından Çözülmesi Gerekliliği

Lord Hoffmann, 10 yıl daha yaşama şansının kaybının tazmini talebinin kabul edilmesinin, Lordlar Kamarasının bugüne kadar ki kararlarını değiştirmesi anlamına geleceğini belirtmiştir. Nitekim benzer bir talep *Wilsher* kararında reddedilmiştir. Ayrıca *Fairchild* kararında, *Wilsher* kararı açıkça onaylanmıştır. Yeni argümanlar ileri sürülmediği ve koşullarda değişiklik olmadığı gerekçesiyle *Lord Hoffmann*, eski kararlardan ayrılan radikal bir karar verilmesini doğru bulmamıştır. Ayrıca olası nedenselliğin toptan benimsenmesi hukukta radikal bir değişiklik anlamına gelmektedir. Bu, parlamento tarafından yapılması gereken büyük bir değişikliktir. Nitekim böyle bir değişikliğin sigorta şirketleri ve Ulusal Sağlık Hizmetleri üzerinde olası büyük sonuçları olacaktır. Bu nedenle de *Lord Hoffmann*, bu hususun Parlamenteoya bırakılması gerekliliğini ifade etmiştir⁶⁰⁰.

Lord Phillips de ihmâlin, soyut zarara neden olması iddiası karşısında olasılıkların dengesi ilkesinden vazgeçilip vazgeçilmemesi hususunun ise *Lord*’lar

⁵⁹⁹ [2005] 2 W.L.R. 322-324.

⁶⁰⁰ [2005] 2 W.L.R. 287-289.

Kamarasından ziyade, Hukuk Komisyonunun değerlendirmesi gerekliliğini belirterek tazminat talebini reddetmiştir⁶⁰¹.

3. Şans Kaybının Tazmini Konusundaki Tartışmalar

a. Sözleşme Sorumluluğu Haksız Fiil Sorumluluğu Ayrımı

Chaplin kararının sözleşme hukukundan doğan sorumluluk, *Hotson* kararının ise haksız fiil sorumluluğu olması dolayısıyla, şans kaybının uygulama alanı bakımından sözleşme hukuku-haksız fiil hukuku ayrımının bir önemi bulunup bulunmadığı tartışılmaya başlanmıştır. *Reece*, bu yaklaşımın şaşırtıcı bir biçimde kabul gördüğünü, bununla birlikte bu ayrımın geleneksel bir bakış açısına dayandığını da ifade etmektedir⁶⁰². Bu yaklaşımın temelinde, “sözleşme ihlâli” davasının açılabilmesi için zararın ispatlanması gerekmezken, “ihmâl dayanan haksız fiil” davasının açılabilmesi için zararın ispatlanmasının gerekiyor olması bulunmaktadır. Nitekim sözleşme ihlâli davasında nominal zarar da talep edilebildiğinden; zarar sorunu sadece, zarar miktarının belirlenmesi çerçevesinde ele alınmaktadır⁶⁰³. Bu ayrımın şans kaybının uygulama alanı bakımından bir önemi bulunmadığı kabul edilmektedir⁶⁰⁴. Nitekim haksız fiil davalarında da kimi hallerde zarar miktarının belirlenmesinde de şans göz önünde bulundurulmaktadır⁶⁰⁵.

⁶⁰¹ [2005] 2 W.L.R. 312.

⁶⁰² *Reece*, s.189.

⁶⁰³ *Reece*, s.189-190; *Khoury*, uncertain causation, s.122-123.

⁶⁰⁴ *Oliphant*, loss of chance, s. 1062; *Khoury*, uncertain causation, s.123; *Burrows*, s.41.

⁶⁰⁵ *Fischer*, loss of a chance, s.609; *Khoury*, uncertain causation, s.123.

b. Geçmiş Olay- Farazî/Gelecek Olay Ayrımı

Hotson kararında, talebin, Lordlar Kamarası tarafından reddedilme gerekçesi bu ayrıma dayanmaktadır. Aslında bu ayırım nedensellik bağı-zararın belirlenmesi ayrımının bir yansımasıdır. Nitekim sorunun nedensellik bağının tesisi olarak ele alınması durumunda, olasılıkların dengesi ilkesi uygulanacak, oysa zarar miktarının belirlenmesi olarak ele alındığında şans göz önünde bulundurulacaktır⁶⁰⁶. Aynı ayrımın *Gregg* kararında da benimsendiği ve özellikle *Lord Nicholls of Birkenhead* tarafından ayrıntılı bir biçimde incelendiği görülmektedir. Buradan yola çıkarak şans kaybı doktrinin, sadece gelecek veya farazî olaylar bakımından söz konusu olabileceği, geçmiş olaylar bakımından uygulanamayacağı sonucuna varılabilir⁶⁰⁷.

Bu bağlamda *Cooper*, tıbbî sorumluluk alanında iyileşme şansının geçmiş bir olaya değil de, hastanın belirli ilaçlara nasıl tepki vereceğine bağlı olduğu örneğinde olduğu gibi, farazî bir olaya dayanması durumunda tazmin edileceğini ileri sürmektedir⁶⁰⁸. Ayrıca *Cooper*, *Hotson* kararının sözleşme hukukunda da uygulama alanı bulacağını ifade etmekte⁶⁰⁹ ve bunu bir örnekle açıklamaktadır. Bu örneğe göre, bir köpek çitten atlarken yaralanmış, bunun üzerine de sahibi tarafından veterinerine götürülmüştür. *Hotson* kararına konu olan olaya benzer bir şekilde köpeğin sınırlarının çitten atlarken mi zarar gördüğü yoksa veterinerin ihmâli sonucu mu

⁶⁰⁶ **McGregor**, loss of chance, s.5.

⁶⁰⁷ **McGregor**, damages, s.313-314; **McGregor**, loss of chance, s.5; **Oliphant**, loss of chance, s.1068-1069; **Burrows**, s.34; **Khoury**, uncertain causation, s.124-127; **Cooper**, s.41. *McGregor*'un yukarıda da belirtilen zararın belirlenmesinin söz konusu olduğu olayların şans kaybı olarak nitelendirilemeyeceği görüşü için bkz. yuk. s.67-68.

⁶⁰⁸ **Cooper**, s.42.

⁶⁰⁹ **Cooper**, s.43. Aynı yönde bkz. **Burrows**, s.41.

zarar gördüğü belirlenememektedir. Aynı şekilde sinirlerin %75 ihtimalle olay anında zarar gördüğü, olay anında zarar görmemesi durumunda dahi, hekimin ihmâli olmasaydı sağlığına %25 ihtimalle kavuşacağı tespit edilmiştir. Bu olayda köpeğin sahibi ile veteriner arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. Buna rağmen çözüme bağlanması gereken maddî olay geçmişe ilişkindir; bu nedenle olasılıkların dengesi ilkesine göre çözüme kavuşturulacaktır. Bu ilkeye göre ise nedensellik bağı ispat edilemeyecektir. Dolayısıyla, köpek sahibi, aynen ifa (bu davada olası gözükme de), sözleşmenin feshi ve ödediği miktarın iadesi gibi taleplerde bulunabilecekken, kötü ifa nedeniyle zararın tazminini talep edemeyecektir⁶¹⁰.

Bununla birlikte bu ayrıma karşı çıkan yazarlar da bulunmaktadır. *Reece*, bu ayrımın sunî bir ayrım olduğunu, her olaydaki belirsizliğin hem geçmiş vakıa, hem farazî olay olarak formüle edilebileceğini belirtmektedir. Nitekim *Hotson* kararında uygun tedavi yapılmış olsaydı, avesküler nekroz gelişecek miydi sorusu farazî bir olaya ilişkinen, epifizin canlı kalmasına yetecek kadar zarar görmeyen damar var mı sorusu ise geçmiş maddî olaya ilişkindir. Benzer bir şekilde davalının ihlâli olmasaydı ne olmuş olacaktı sorusu, *Chaplin* kararında farazî olaya ilişkin olup, davacı ödül alacak on iki kişiden biri miydi sorusu geçmiş maddî olaya ilişkindir. Bu nedenle *Reece*, söz konusu yaklaşımının aydınlatıcı olmadığını ileri sürmektedir⁶¹¹.

⁶¹⁰ *Cooper*, s.43.

⁶¹¹ *Reece*, s.191.

c. İstatistikî Şans-Bireysel Şans

Hill, şans kaybının tazmin edilebilirliği incelemesini bireysel şans-istatistikî şans temelinde yapmıştır. İyileşme şansı kayıplarında sadece istatistikî bir şans bulunmaktadır. *Hill* bunu bir örnekle açıklamıştır. Bu örnek; bir hastanın kanserin iyileşme oranı %35 olan ilk evresindeyken hastalığının teşhis edilememesi ve bir süre sonra başka bir hekime başvurduğunda iyileşme oranı %20 olan ikinci evresindeyken tanı koyulmasına ilişkindir. Örnekte hastanın iyileşme şansı istatistiksel olarak %15 azalmıştır. Ancak buradaki şans istatistikî bir şanstır. Burada önem arz eden husus, hastanın kendisinin gerçekten ne kaybettiğidir. Başka bir anlatımla, hasta ya %20'lik gruba dahil olup yaşayacak ve hiçbir şey kaybetmemiş olacak ya da %80'lik gruba dahil olarak hayatını kaybedecek, dolayısıyla tam tazminat alacaktır. Bu noktada hastanın hangi gruba dahil olacağının belirlenmesi mahkemenin görevidir. Bu çerçevede, mahkeme, hastanın 15 kişiden biri olup olmayacağına karar verecek, böylelikle istatistik kişiselleştirilmiş olacaktır. 15 kişiden biri olduğuna karar verilirse, hasta tam tazminat alacaktır. Bu ise geçmiş bir maddî vakıa sorunu olduğu için olasılıkların dengesi ilkesine göre çözüme kavuşturulacaktır. Bununla birlikte bu sonuca varabilmek için daha fazla delile ihtiyaç duyulmaktadır. Nitekim tümörün yeri nedeniyle tedavi normalden daha karmaşık olabilir veya ilk bulunuş zamanında tümörün boyutu, uygun testler yapılsaydı dahi zor teşhis edilmesine neden olabilir. Bu durumda, hastanın iyileşme şansı, istatistikî şanstıan daha az olacaktır. Tam tersi koşulların olması

halinde ise, bu şans daha yüksek olacaktır. Bu görüşe göre istatistikî şans somutlaştırılmadığı müddetçe tazmin edilmemesi gerekmektedir⁶¹².

d. Epistemolojik Şans –Objektif Şans

Reece, geçmiş maddî vakıa-farazî olay ayrımının aslında daha derinde yatan bir deterministik-indeterministik ayrımının yansıması olduğunu ileri sürmektedir. *Gregg* kararında, hem *Lord Hoffmann*, hem *Baroness Hale* tarafından bu görüşe ayrıntılı bir şekilde yer verilmiştir. Bu nedenle, gereksiz tekrardan kaçınmak amacıyla kısa bir açıklama ile geçilecektir. Deterministik-indeterministik neden ayrımının temelinde belirsizliğin nereden kaynaklandığı yatmaktadır. Belirsizliğin insanoğlunun bilgi eksikliğinden kaynaklanması durumunda, bu nedenin, deterministik olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte, belirsizliğin insanoğlu davranışı gibi doğası gereği indeterministik bir nedenden kaynaklanması durumunda ise şans kaybının tazmin edilmesi gerekmektedir⁶¹³.

e. Barker Kararı ve İyileşme Şansı Kaybı

Hogg, şans kaybı doktrinini, zarar rizikosunu artırma testinin bir alternatifi olarak değerlendirmiştir. Hatta *McGhee* ve *Fairchild* davalarındaki sorunun şans kaybı doktrini çerçevesinde daha iyi bir çözüme kavuşturulacağını ileri sürmüştür. Yazara göre, şans kaybı doktrininden davalının kusurlu davranışı olmasaydı, zararın

⁶¹² **Hill, T.:** A Lost Chance for Compensation in the Tort of Negligence by the House of Lords, Mod.L. Rev. 1991, s.512-513.

⁶¹³ **Reece,** s.188-205.

yine de gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin bir belirsizlik durumunda yararlanılabilir. Bu bağlamda, belirsizliğin, geline bilim seviyesinin eksikliğinden mi, yoksa insan davranışının öngörülmezliğinden mi kaynaklandığının bir önemi bulunmamaktadır⁶¹⁴. *Hogg, Barker* kararından önce mahkemelerin “şans kaybının tazmini” ile “zarar rizikosunun önemli oranda artırılması testi” arasındaki kavramsal farklılıkları açıklamakta güçlük çektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda aralarındaki tek fark, zarar rizikosu testinde tam tazminata hükmedilirken, şans kaybı doktrininde oransal tazminata hükmedilmesi olarak görülmüştür. *Barker* kararında ise tüm bu problemler ele alınmıştır⁶¹⁵.

Barker davasına konu olan olay, *Fairchild* kararına konu olan olaya oldukça benzerlik göstermektedir. Yine bir işçi, iki ayrı dönemde çalıştığı farklı işyerinde asbeste maruz kalmış ve akciğer zarı kanserine yakalanarak hayatını kaybetmiştir. Ancak asbeste maruz kaldığı bir üçüncü dönem daha vardı ki, bu dönemde kendi hesabına çalışmıştır. Lordlar Kamarası, her iki iş yeri sahibi olan davalıyı da zarar rizikosu oranında sorumlu bulmuştur.

Barker kararından sonra, doktrinde bu kararın sonuçları tartışılmaya başlanmıştır. Bu kapsamda varılabilecek ilk sonuç, zarar rizikosunu önemli oranda artırma testinin kapsamının genişlemesidir. *McGhee* kararında, zarara, tek bir davalının haksız fiil teşkil eden davranışıyla, haksız fiil teşkil etmeyen davranışı birlikte neden olmuşken, *Fairchild* kararında ise birden çok davalının haksız fiil

⁶¹⁴ **Hogg**, s.15. Aksi yönde **Reece**, s.188-205.

⁶¹⁵ **Hogg**, s.15.

teşkil eden davranışı zarara birlikte neden olmuştur. Oysa *Barker* kararında, hem birden çok davalının kusuru, hem davacının kusuru zarara neden olmuştur. Bu bağlamda *Barker* kararıyla birlikte, davacının kusurunun da zarara katkıda bulunduğu olaylarda zarar rizikosunu artırma testi uygulama alanı bulacaktır⁶¹⁶. *Barker* kararının en önemli sonuçlarından biri riziko artırımının zarar olarak kabul edilmesi ve dolayısıyla tazminatın, risk oranına tekabül edecek şekilde belirlenmesidir⁶¹⁷. *Burrows* zarar rizikosunun önemli oranda artırılması ifadesi yerine şans kaybı ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. Bu bağlamda, yazar, vücut bütünlüğü zararını önleme şansы kaybının ilk kez *Barker* kararında kabul edildiğini, ancak bu şans kaybının tazmin edilebilmesi için iki koşulun sağlanması gerektiğini belirtmiştir. Yazar tarafından “ikiz kriter” olarak adlandırılan bu koşullar; hastalığın veya zararın gerçekleşmiş olması ile zarara tek bir nedensel unsurun neden olmasıdır⁶¹⁸.

Burrows; zararın gerçekleşmiş olması şartının, zararın gerçekleşmediği olaylarda, olasılıkların dengesi ilkesinin şans kaybına tercih edilmesi olarak yorumlanmaması gerektiğini, henüz zararın ortaya çıkmaması dolayısıyla politik gerekçelerle bu şartın benimsenmiş olduğunu belirtmiştir⁶¹⁹. Zarara tek bir nedensel etken olması şartını ise eleştirmiştir. Yazar, *Barker* ve *Fairchild* kararlarına konu olan olaylarda, tek bir nedensel etkenin *Wilsher* kararında ise birden çok nedensel etkenin olduğu konusunda şüphe bulunmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte,

⁶¹⁶ **Khoury, L.:** Causation and Risk in the Highest Courts of Canada, England and France, LQR 2208, s.111 (Causation and Risk).

⁶¹⁷ **Khoury,** Causation and Risk, s.111.

⁶¹⁸ **Khoury,** Causation and Risk, s.111; **Burrows,** s.38.

⁶¹⁹ **Burrows,** s.39.

Hotson ve *Gregg* kararlarına konu olan olaylarda da tek bir nedensel etken olduğu ileri sürülebilir. Nitekim *Hotson* kararında bu unsur, çocuğun kalça engeline yol açan kan tedarikinin kesilmesi iken, *Gregg* kararında kanserin yayılmasına yol açan önceden mevcut kanser hücreleridir. Bu nedenlerle, *Burrows*, tek etken kavramının nasıl anlaşılması gerekliliği konusunda güçlükler olduğunu ve bu kavramın son derece muğlâk olduğunu ifade etmiştir⁶²⁰.

Jansen ise, şans kaybı ile zarar rizikosunun artırılması testi arasında bir ayrım yapılması gerekliliğini düşünmektedir. Yazar, özellikle şans kaybının ayrı bir zarar olarak kabul edilmesi durumunda, dava sayısının artmasının önüne geçilebilmesi için bu ayrımın yapılması gerekliliğini vurgulamıştır⁶²¹. Yazar, her iki test ve doktrin arasındaki farklılığı *Hotson* ve *Wilsher* kararları çerçevesinde açıklamıştır. Nitekim *Hotson* kararında hasta %25’lik bir iyileşme şansına sahip iken, *Wilsher* kararında şans kaybının söz konusu değildir. *Wilsher* kararında hekimin kusuru, hastanın hâlihazırdaki riskli durumunu daha da riskli hale getirmiştir. Ancak hastanın iyileşme şansını yok etmemiştir. *Wilsher* kararında birbirinden bağımsız beş etken söz konusudur. Hangi etkenin nihaî sonuca neden olduğu bilinmemekle birlikte, her bir olası neden birbirinden bağımsız olarak sürece katkıda bulunmuştur. Farklı riskler basitçe birbirinin etkisini artırmadığı için geriye esaslı bir şans kalmıştır⁶²². Şans kaybı olayları, *Wilsher* kararında olduğu gibi, hem yeni bir riskin yaratıldığı davalardan, hem diğer nedenlerden dolayı ölecek olan bir kişiye ateş edilmesi

⁶²⁰ **Burrows**, s.39.

⁶²¹ *Burrows* da tek nedensel etken koşulunun aranmasının ardında açılacak olan dava sayısının artacağı korkusunun yattığını belirtmiştir. Bkz. **Burrows**, s.40.

⁶²² **Jansen**, s.281-282.

örneğinde olduğu gibi doğrudan nihaî zarara neden olan olaylardan ayrılmalıdır⁶²³. Başka bir anlatımla, şans kaybı doktrinin uygulandığı olaylarda davacının sahip olduğu şans tamamen elinden alınmalıdır. Diğer olaylarda ise sadece zarar rizikosunun artırılması söz konusudur⁶²⁴.

f. Ara Değerlendirme

İngiliz hukukunda şans kaybı doktrinin uygulama alanının sınırlandırılmak istendiği şüphesidir. Bununla birlikte, sınırlandırmanın nasıl yapılacağı konusunda tartışmalar yer almaktadır. Bu kapsamda gerek birinci bölümde⁶²⁵, gerek yukarıda İngiliz hukukunda ileri sürülen argümanlara yer verilmiştir. Tüm bu argümanlar değerlendirildiğinde göz önünde bulundurulacak başlıca kriterin; ister nedensellik bağ-zararın belirlenmesi, ister deterministik olay-indeterministik olay olarak adlandırılın, geçmiş olay-farzî olay ayrımı olduğu görülmektedir. Bu ayrıma yönelik eleştiriler ve bu eleştiriler nedeniyle farklı gerekçeler arayışı, aslında bu ayrımın tatmin edici olmadığını göstermektedir. Nitekim bu olaylarda, ister geleceğe yönelik olsun, ister geçmişe yönelik olsun, tıp biliminin ulaştığı seviyeye rağmen nedensellik sürecinin aydınlatılamaması söz konusudur.

Sonuç olarak, geçmiş olaylara ilişkin nedensellik sürecinin belirlenmesinde geleneksel yaklaşıma istisna getirilmesi gereği ortaya çıkmıştır. *McGhee*, *Wilsher* ve *Fairchild* kararlarındaki çeşitli nitelemelerin ardından, *Barker* kararıyla birlikte

⁶²³ Jansen, s.282, dn.59.

⁶²⁴ Jansen, s.282.

⁶²⁵ Bkz. yuk. s.54-60.

geçmiş olayın belirlenmesinde şans kaybı-zarar rizikosunun artırılması zarar olarak kabul edilerek, oransal tazminata hükmedilmiştir. Ancak kararda, şans kaybı-zarar rizikosunun artırılması zararının uygulama alanı oldukça sınırlandırılmıştır. Zararın gerçekleşmesi gerekliliği sınırlandırmasıyla *Gregg* kararının doğru bir karar olduğu vurgulanmıştır. Bununla birlikte, özellikle tek nedensel etken sınırlandırması tartışmalara yol açmıştır. Bu kapsamda, *Barker* kararının, bundan sonra tıbbî sorumlulukta iyileşme şansı kaybının söz konusu olduğu olayları nasıl etkileyeceği sorusunun cevaplanması gerekmektedir. İngiliz hukukundaki bugüne kadarki gelişmeler, tıbbî sorumlulukta iyileşme şansı kaybının, *Hotson* kararına benzer olaylarda ve *Gregg* kararına benzer olaylarda tazmin edilemeyeceğini göstermektedir. *Hotson* kararındaki belirsizlik, zararın çocuğun düşme anında meydana gelmiş olma olasılığından, *Gregg* kararında ise, nihaî zararın henüz gerçekleşmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Henüz mahkemelerin önüne gitmemiş, dolayısıyla tartışılmamış bir sonraki olay grubu ise, belirsizliğin, hekimin ihmâlinden kaynaklandığı ve nihaî zararın gerçekleştiği olaylardır. Bununla birlikte, özellikle diğer kararlarda farklı çözüm yollarının benimsenmesi göz önünde bulundurulduğunda, Lordlar Kamarasının önüne böyle bir olay geldiğinde, iyileşme şansı kaybının tazmin edilmeyeceği öngörüsüne⁶²⁶ katılmamak mümkün değildir.

İncelenen tüm davalarda ileri sürülen geleneksel yaklaşımın korunmasına yönelik mülâhazaların yanı sıra, en dikkat çekici mülâhaza, tıbbî sorumluluk alanında iyileşme şansı kaybının zarar olarak kabul edilmesinin Ulusal Sağlık Hizmetleri ve hekimler üzerinde doğuracağı sonuçtur. Bu çerçevede açılacak olan

⁶²⁶ **Oliphant**, loss of chance, s.1070-1071.

dava sayısının artması ve sağlık hizmetlerinin maliyetinin artması göz önünde bulundurulmaktadır. Bu nedenle de özellikle *Gregg* kararında, *Lord*'lar, böylesine bir radikal değişikliği Parlamente'ya sevk etmiştir. Bununla birlikte, özellikle zarar rizikosunun önemli oranda artırılması testinin kabul edilme süreci, bu mülâhazanın aslında belirleyici bir mülâhaza olmadığını da göstermektedir. Nitekim 1973 yılından itibaren uygulaması olan zarar rizikosunun önemli oranda artırılması testi, ancak 2006 yılında *Barker* kararıyla teorik bir temele oturtulabilmiştir. Tartışmalar, her kararda farklı teorik nitelendirmeler, İngiliz hukukunda bu konuya ilişkin geleneksel yaklaşımdan kolay vazgeçilmediği düşüncesine yol açabilmektedir.

II. Amerikan Hukuku

Amerikan hukukunun bazı eyaletlerinde nedensellik bağının tesis edilememesi nedeniyle şans kaybı tazmin edilmemektedir. Amerikan hukukunda nedensellik bağının tesisinde benimsenen ispat ölçüsü delillerin üstünlüğüdür. İngiliz hukukundaki olasılıkların dengesi ilkesine tekabül eden bu ispat ölçüsüne göre, nedensellik bağının tesis edilebilmesi için davalının davranışının zarara neden olma ihtimalinin, zarara neden olmama ihtimaline göre daha yüksek olması gerekmektedir.

Bu bağlamda geleneksel yaklaşımın benimsenmesi suretiyle şans kaybının reddedildiği klâsik dava *Cooper v. Sisters of Charity Inc* davasıdır⁶²⁷. Davaya konu olan olayda, bisiklet kazası sonucunda bir gencin kafatası kırılmış, ancak bu kırık ilk etapta teşhis edilememiştir. Zamanında tedavi görmeyen hasta, kafatası içi kanaması nedeniyle hayatını kaybetmiştir. Davacının tanık olarak gösterdiği uzmanlardan biri

⁶²⁷ **King**, Reformulation, s.501.

hastanın zamanında tedavi edilseydi yaşayıp yaşamayacağını herhangi bir kesinlikte belirlemenin mümkün olmadığını belirtmiştir. Diğer uzman ise zamanında ve uygun bir tedaviyle hastanın yaklaşık %50 oranında iyileşme şansı olduğunu ifade etmiştir. Ohio Yüksek Mahkemesi, davacının uygun tedavi uygulansaydı ölümün engellenme ihtimalinin engellenmeme ihtimaline göre daha yüksek olduğunu kanıtlaması gerektiği sonucuna vararak, temyiz mahkemesinin kararını onaylamıştır.

Hâlâ hakim olan anlayış olarak nitelendirilen geleneksel yaklaşım, ya hep ya hiç sonucunu doğurmaktadır. Nitekim bu yaklaşım uyarınca, daha iyi bir sonucun elde edilme şansının %51 ve üzerinde olması durumunda davacı tam tazminat alacak, altında olması durumunda ise hiç tazminat almayacaktır. *King*, bu yaklaşımın uygulamadaki kolaylığının cazip kıldığını belirtmiş⁶²⁸, ayrıca mahkemelerin kaybın değerlendirilmesinde avukatlara, uzman tanıklara ve jüriye karşı duyduğu güvensizliği yansıtabileceğini ileri sürmüştür⁶²⁹.

III. Türk/ İsviçre Hukuku

A. Genel Olarak

İsviçre hukukunda iyileşme şansı kaybı tazmin edilmemektedir⁶³⁰. Bununla birlikte 1988 yılında Zürih Kantonu tarafından verilen bir karar⁶³¹, İsviçre

⁶²⁸ Yukarıda belirtildiği üzere *Gregg* kararında *Lord Philipps* de benzer bir değerlendirmede bulunmuştur. Bkz. yuk. s.179.

⁶²⁹ *King*, Reformulation, s.506.

⁶³⁰ **Hermann J./Schmid, M.:** Die verlorene Heilungs-Chance als ersatzfähiges Rechtsgut im schweizerischen Arzthaftpflichtrecht-Ein Plädoyer für die Einführung aus praktischer Sicht içinde **Fuhrer, S.(ed):** Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht und Versicherungsrecht, Bern 2010, s.235.

⁶³¹ SJZ 1989, s.119 vd.

hukukunda iyileşme şansı kaybının tazmin edilebileceği yönünde değerlendirilmiş, hatta “şans kaybı doktrininin” çıkış noktası olarak da nitelendirilmiştir⁶³². İsviçre Federal Mahkemesinin 2007 yılında vermiş olduğu bir kararda ise ilk defa iyileşme şansı kaybının tazmini tartışılmış⁶³³ ve “şans kaybı doktrininin” İsviçre hukukunda kabul edilmesinin uygulamada sorun yaratacağı sonucuna varılmıştır. Mahkemenin bu kararına rağmen genel olarak şans kaybı doktrininin İsviçre hukukuna alınmasını savunan yazarlar bulunmaktadır⁶³⁴. Bunun dışında İsviçre Borçlar Hukuku 2020 Tasarısında da şans kaybı zararının tazmin edilebileceği öngörülmektedir⁶³⁵. Türk hukukunda ise şans kaybının tazmin edilebilirliğinin tartışıldığı hiçbir mahkeme kararı bulunmazken, iyileşme şansı kaybının tazmin edilebilirliğinin az sayıda çalışmaya konu olduğu görülmektedir.

B. Türk/İsviçre Hukukunda İyileşme Şansı Kaybının Kabul Edilmesi

1. İçtihatla İyileşme Şansı Kaybının Kabul Edilmesi

1988 tarihli, Zürih Kanton Mahkemesi Kararı, kararda açıkça iyileşme şansı kaybının tazmin edildiğinin belirtilmemesine rağmen, bu yönde değerlendirilmektedir.

⁶³² **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd s.396; **Müller**, perte d'une Chance, a.865.

⁶³³ **Müller, C.:** Hat die perte d'une Chance in der Schweiz noch eine Chance? BGE 133 III 462, ZBJV 2007, s.862 (perte d'une Chance).

⁶³⁴ **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.406; **Müller**, perte d'une Chance, a.865.

⁶³⁵ **Fellmann/Müller/Werro**, introduction aux art 46-63, s.153; **Fellmann/Müller/Werro**, art 47, s.162.

Karara konu olan olayda bir kanser hastası çok geç tedavi edildiği için hayatını kaybetmiştir. Zürich İstinaf Mahkemesi davadaki temel sorunun kusurlu tedavinin yapıldığı zaman hastanın sahip olduğu yaşama şansına bağlı olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda hatalı tedavinin hastanın ölümüne ciddî bir ihtimalle sebep olup olmadığını inceleyerek, hastanın kusurlu tedavinin yapıldığı zaman yaşama şansı olup olmadığını ele alınmıştır⁶³⁶. Mahkeme hastaya kusurlu tedavi uygulandığı zaman hastanın %60 yaşama şansı olduğu, başka bir anlatımla hastanın doğru tedavi uygulanmış olsaydı dahi %40 ihtimalle hayatının sona ereceği sonucuna varmıştır. Bu bağlamda mahkeme OR md.43/1 hükmüne dayanarak, zamanında ve doğru bir tedavi uygulanmış olsaydı dahi yaşama şansı %100'ün altında olduğundan, davalının tazminat miktarının tümünü üstlenmesinin makul olmayacağı gerekçesiyle tazminat miktarını indirmiştir⁶³⁷.

2. Doktrinde Şans Kaybı Tazmininin Kabul Edilmesi

“Şans kaybı” doktrininin, özellikle md. 42/2 OR kapsamında ve içtihatla İsviçre hukukuna alınması gerekliliği ileri sürenler, görüşlerini söz konusu karara dayandırmıştır⁶³⁸. *Müller*, doktrinde bu karara yalnızca Fransızca konuşan yazarlar tarafından (*Brehm* dışında⁶³⁹) atıf yapıldığını belirtmiştir. Bu da şans kaybına ilişkin doktrinde parçalanmış bir görüntüye sebebiyet vererek, şans kaybının kabulünün

⁶³⁶ **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.865.

⁶³⁷ **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.865 .

⁶³⁸ **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.865; **Landolt, H.:** Medizinalhaftung - Aktuelle Rechtsprechung zu ausgewählten Problembereichen der Arzthaftung, HAVE 2009, s.337 (Medizinalhaftung).

⁶³⁹ **Brehm, R.:** Art. 42, Berner Kommentar, Bd. VI/1/3/1, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, Bern 2006, s.200.

İsviçre'nin Fransız kantonlarındaki yazarlar tarafından savunulurken, Alman kantonlarındaki yazarlar tarafından reddedildiği izlenimi yaratmıştır. *Müller*, bu düşünceye tamamen karşı çıkmıştır. Yazar, bu dönemi İsviçre hukukunda da şans kaybının tazmin edildiği, “şans kaybının” sorumluluk hukukunu gereksiz yere karmaşıktırmaktan ziyade, zararın belirlenmesi konusunda gerekli bir gelişme olarak değerlendirildiği bir dönem olarak nitelendirmektedir⁶⁴⁰.

a. “Ya Hep Ya Hiç” Yaklaşımından Yola Çıkılması

Diğer hukuk düzenlerinde olduğu gibi genelde “şans kaybının” özelde ise “iyileşme şansı kaybının” kabul edilmesi düşüncesinin çıkış noktası ya hep ya hiç yaklaşımının adalet duygusunu zedelemesidir. Bununla birlikte TBK md.50-52 ile OR md.42-44 hükümleri aslında Türk/İsviçre hukukunda “ya hep ya hiç”sonucunu bertaraf etme amacı taşımaktadır. Ancak bu hükümlerin, bu sonucu tamamen ortadan kaldırdığının söylenmesi de mümkün değildir.⁶⁴¹

Tüm hukuk düzenlerinde konuya ilişkin tartışmalarda yer aldığı gibi nedensellik bağının ispatında öngörülen iddianın gerçekleşme ihtimalinin öngörülen ispat ölçüsünün biraz altında olması durumunda tazminata hükmedilmeyip, biraz üstünde olması durumunda da tam tazminata hükmedilmesi ya hep ya hiç sonucunu doğurmaktadır. Nedensellik bağının ispat ölçüsünün sayısal ifadesine yönelik görüş ayrılıkları bulunmakla birlikte, %50 olduğu varsayılırsa, iyileşme şansı %50 ve

⁶⁴⁰ *Müller*, *perte d'une Chance*, s.865-867.

⁶⁴¹ *Müller*, *perte d'une chance*, s.868; *Le Tendre, L.:* *Chance qui peut!* içinde Fuhrer, S. (ed.): *Schweizerisches Gesellschaft für Haftpflicht und Versicherungsrecht-Festschrift für fünfzigjährigen bestehen*, Bern 2010, s.358.

üzerinde olan hastanın talebi kabul edilecek, %49 olan bir hastanın talebi ise reddedilecektir⁶⁴². Bu bakış açısıyla doktorun kusuru nedeniyle iyileşme şansını %60, %70, %80 yitiren bir hasta tam tazminat alırken, doktorun kusuru nedeniyle iyileşme şansını %20, %30, %40 yitiren bir hastanın hukukî anlamda “zarar gören” olarak değerlendirilmemesini *Müller*, anlaşılması güç ve gerçek dışı olarak nitelendirmektedir⁶⁴³.

Müller, ayrıca ya hep ya hiç yaklaşımı yerine şans kaybının tazmin edilmesinin sorumluluk hukukunun tazminat fonksiyonunu daha iyi yerine getireceğini de bir örnekle belirtmiştir. Bu örnekte bir klinikte 100 hastaya hatalı bir şekilde kemoterapi verildiği ve 100’ünün de hayatını kaybettiği varsayılmıştır. Hastaların uygun bir şekilde tedavi görmüş olsalardı dahi sadece %40’ının yaşayabileceğinin tespit edilmesi durumunda, ispat ölçüsü olan %50 karşılanamayacağı için, hastalar ihlâl ile zarar arasındaki nedensellik bağına ispatlayamayacak, dolayısıyla hastaların hiçbirini tazminat alamayacaktır. Oysa istatistikî verilere göre her 100 hastadan 40’ı hayatta kalacağı için, 40 hasta tazminat alması gerekirken alamayacaktır. Sorumluluk hukukunun giderim ilkesine aykırılık teşkil eden bu yaklaşım yerine, şans kaybı doktrinin benimsenmesi durumunda ise her bir hasta %40 oranında tazminat alacaktır⁶⁴⁴.

⁶⁴² **Müller**, *perte d’une chance*, s.868; **Müller**, *Kolombus oder Trojanisches Pferd*, s.397; **Le Tendre**, s.357-358.

⁶⁴³ **Müller**, *perte d’une chance*, s.868; **Müller**, *Kolombus oder Trojanisches Pferd*, s.397. Benzer bir şekilde *Le Tendre* de %40 iyileşme şansı kaybına sahip bir hastanın talebinin reddedilirken, %60 iyileşme şansına sahip bir hastanın talebinin kabul edildiği örneğini vermiştir. **Le Tendre**, s.358.

⁶⁴⁴ **Müller**, *Kolombus oder Trojanisches Pferd*, s.398. Bu kapsamda *Müller*, aslında 40 hastanın tam tazminat alması gerekirken, şans kaybı doktrini uyarınca 100 hastanın hepsinin tazminat alması

b. Olasılığa Dayanan Kanaat (*Wahrscheinlichkeitsurteile*)

Olasılığa dayanan kanaatin İsviçre haksız fiil hukuku bakımından yeni bir kavram olmadığı belirtilerek, yeniden evlenme şansının belirlenmesinde ve ekonomik geleceğin sarsılmasının tazmininde, olasılık oranında tazminata hükmedildiği bu duruma örnek olarak gösterilmektedir⁶⁴⁵.

İsviçre hukukunda ekonomik geleceğin sarsılması zararında hem sorumluluk kurulurken ihtimale dayanılmakta, hem tazminat oranı bu ihtimali yansıtmaktadır.⁶⁴⁶ Nitekim bu zararın tazmin edilebilmesi için, ekonomik geleceğin sarsılmasının %50'nin üzerinde olması gerekmemektedir. Federal Mahkeme 2007 yılında vermiş olduğu bir kararda kazanın neden olduğu boyun ve sırt ağrılarının davacının mola ve dinlenme süresini artırdığı gerekçesiyle, %10 oranında ekonomik geleceğin sarsıldığı

(yani, 60 kişinin tazminat almaması gerekirken, tazminat alması) eleştirisini de incelemiştir. *Müller* bu durumu, 99 hastadan 33 kişinin yaşayacağı, 66 kişinin ise hayatını kaybedeceği örneğinden yola çıkarak açıklamıştır. Ya hep ya hiç yaklaşımı uyarınca yaşama şansı %50'nin altında olan kişilerin ölüm nedeni nedeni hastalığın seyridir. Bu nedenle hiçbir hasta tazminat alamaz. Oysa istatistiklere göre 33 kişinin ölüm nedeni hekimin kusurlu tedavisidir. Dolayısıyla geleneksel yaklaşım, 33 olayda hatalı sonuç vermiş olacaktır. Şans kaybı doktrini uyarınca ise tüm hastalar, her biri zararın 1/3'ü oranında tazminat alacaktır. Zararın 1 CHF olduğu kabul edilirse, hekim 33 CHF tazminat ödeyecektir. Bununla birlikte bu durumda, sadece 33 hastanın tam tazminat alması gerekirken, 66 hastaya haksız yere fazladan tazminat ödenmiş olacak, geri kalan 33 kişiye ise az tazminat ödenmiş olacaktır. Fazladan ödenen toplam tazminat miktarı ise $(66 \cdot 1/3)$ 22 CHF'dır. Toplamda tazminat alanlara 33CHF ödenmesi gerekirken, $(33 \cdot 1/3)$ yani 22 CHF ödendiği için 11CHF eksik tazminat ödenmiş olacaktır. Şans kaybı doktrini uyarınca fark 22 CHF iken, ya hep ya hiç uyarınca tazminat ödenmediği için 33 CHF'lik bir sapma bulunmaktadır. *Müller* durumun daha iyi anlaşılabilmesi için örneği bir de tam tersinden ele almış yani 66 hastanın yaşayıp, 33 hastanın hayatını kaybetmesinden yola çıkmıştır. Bu örnekte iyileşme şansı 2/3 oranındadır. Ya hep ya hiç yaklaşımına göre 99 kişiye, toplamda 99 CHF tazminat ödenecektir. Oysa 66 kişiye toplamda 66 CHF ödenmesi gerekmektedir. Bu yaklaşım 33 kişiye toplamda 33 CHF fazla ödeme yapılmasına sebep olmuştur. Oysa şans kaybı uyarınca herkes 2/3 oranında tazminat alacağı için, yine 99 kişiye bu sefer toplamda 66 CHF tazminat ödenecektir. 33 kişi fazladan $(33 \cdot 2/3)$ 22 CHF tazminat almış olacaktır.. Bkz. *Müller*, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.399.

⁶⁴⁵ **Stark**, s.102, **Landolt**, s. Medizinalhaftung, s.338; **Landolt**, verlorene oder vertane s.70.

⁶⁴⁶ **Landolt**, verlorene oder vertane s.70.

sonucuna vararak tazminata hükmetmiştir⁶⁴⁷. Bu kapsamda ekonomik geleceğin sarsılması şans kaybı doktrininin en iyi örneği olarak kabul edilmektedir. Nitekim İsviçre Borçlar Hukuku Tasarısında da ekonomik geleceğin sarsılması zararının şans kaybının bütün özelliklerini taşıdığı belirtilmiştir⁶⁴⁸.

Destekten yoksun kalma zararının belirlenmesinde sağ kalan eşin yeniden evlenme şansı göz önünde bulundurulmaktadır. Nitekim sağ kalan eş yeniden evlenmek suretiyle yeni bir destek bulabilmekte, dolayısıyla bakım ihtiyacı ortadan kalkabilmektedir. Tazminat hesabında yeniden evlenme şansı oranına tekabül eden bir indirim yapılmaktadır. Başka bir anlatımla sağ kalan eşin yeniden evlenmesi konusunda büyük bir ihtimal bulunmasa dahi bu şansın değerlendirmeye alındığı görülmektedir⁶⁴⁹. Aslında Türk Hukukunda kural olarak sağ kalan eşin yeniden evlenmesinin beklenir (muhtemel) olması durumunda tazminattan indirim yapılacağı belirtilse⁶⁵⁰ de evlenme şansı oranında indirim yapılan kararlar da bulunmaktadır. Nitekim Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin ilk derece mahkemesinin destekten yoksun kalma tazminatını, yeniden evlenme şansı göz önünde bulundurmadan hesaplaması nedeniyle bozduğu bir kararında, “destekten yoksun kalma tazminatı belirlenirken, davacının **evlenme şansı oranında** bir indirim yapılması gerekliliği ifade edilmiştir⁶⁵¹. Bir başka kararda ise, ilk derece mahkemesinin tayin ettiği bilirkişi sağ kalan eşin yeniden evlenme şansını %35 olarak belirlemiş, bilirkişi raporunu esas

⁶⁴⁷ **Landolt**, verlorene oder vertane s.70.

⁶⁴⁸ **Fellmann, W./Müller, C./Werro, F.:** Art 49 içinde **Huguenin, C./Hilty R.M.:** Schweizer Obligationenrecht 2020-Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich-Basel-Genf 2013, s.153 (art 49).

⁶⁴⁹ **Landolt**, s. Medizinalhaftung, s.338; **Büyüksağış**, maddî zarar, s.225.

⁶⁵⁰ **Karahasan**, s.315.

⁶⁵¹ Yargıtay 4. H.D. 17/12/1987 E. 7895 K. 9253. Karar özeti için bkz. **Karahasan**, s.319.

olan mahkeme de tazminattan bu oranda indirim yapmıştır. Yargıtay şansın tespitinde eşin karakteri, yaşadığı ortam, aile bağları, sağlık düzeni gibi hususların göz önünde bulundurulmaması nedeniyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur⁶⁵². Her ne kadar Yargıtay'ın incelediği husus yeniden evlenme şansının nasıl tespit edileceğine yönelik ise de, ilk derece mahkemesinin kararı da göz önünde bulundurulduğunda %35 oranında bir evlenme şansının tazminattan indirim yapılması için yeterli olduğu sonucuna varılabilir. Ancak Yargıtay aynı kararında, *“Gerçekten evlenme şansının tespiti, bu nedenle tazminattan bir miktar indirim yapılmasını gerektiren bir öncelik bulunup bulunmadığının ve şayet varsa ne oranda indirim yapılmasının adilâne olacağı tamamen takdire taalluk etmektedir. Borçlar Kanunu’nun 43. maddesi uyarınca bu takdir hakkı da hakime verilmiştir.”* ifadesine yer vermiştir. Dolayısıyla yeniden evlenme şansının her halükârda, yani bu şans az dahi olsa göz önünde bulundurularak şansa tekabül eden miktarda indirim yapılacağı sonucuna varılmaması gerekmektedir. Nitekim bir başka Yargıtay kararında, sağ kalan eşin yeniden evlenme şansının %5 olarak belirlendiği ve bu oranda tazminattan indirim yapıldığı ilk derece mahkemesi kararı, *“bu şansın kabulünün ve bu oranda indirim yapılmasının örf adet kuralları ve sosyal düşüncelerle bağdaşmayacağı”* gerekçesiyle bozulmuştur⁶⁵³. Bununla birlikte %15 oranındaki evlenme şansının tazminat miktarından indirildiği ilk derece mahkemesi kararını onayan bir karar da

⁶⁵² Yargıtay 4. H.D. 29/04/1986 E. 2977 K. 3692. Karar özeti için bkz. **Karahasan**, s.319.

⁶⁵³ Yargıtay 4. H.D. 28/10/1986 E. 8690 K. 9626. Karar özeti için bkz. **Karahasan**, s.320.

mevcuttur⁶⁵⁴. Bu kapsamda *Büyüksağış* de Türk hukukunda küçük bir ihtimalin göz önünde bulundurulmasının istisnâ bir durum olduğunu belirtmiştir⁶⁵⁵.

Yeniden evlenme şansı destekten yoksun kalma zararı belirlenirken desteğin devam süresi çerçevesinde göz önünde bulundurulmaktadır⁶⁵⁶. Başka bir anlatımla destekten yoksun kalma zararı belirlenirken değerlendirmeye alınan kalemlerden biridir. Ancak iyileşme şansı kaybının söz konusu olduğu olaylarda sorumluluğun zarar miktarının belirlenmesinden ziyade, sorumluluğun kurulup kurulmadığı sorunu bulunmaktadır. Bu nedenle de bu argümanın şans kaybının zarar olarak kabul edilmesi bakımından güçlü bir argüman olmadığı düşünülmektedir.

Her ne kadar istatistiklere indirgense de, İsviçre hukukunda bu verilerin yanı sıra somut koşulların büyük oranda göz önünde bulundurulduğu kabul edilmektedir⁶⁵⁷. Türk hukukunda ise, bu şans belirlenirken, yaş, mizaç, sosyal koşul, yerel ortam, aile bağları, sağlık, fiziki görünüş, iktisadi durum ve evlenme isteği gibi faktörlerin hesaba katılması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁵⁸. Bu kapsamda “iyileşme şansının” belirlenmesi konusunda ileri sürülebilecek itirazlara karşı, yeniden evlenme şansı belirlenebiliyorsa, iyileşme şansının evleviyetle belirlenebileceği argümanı ileri sürülebilir.

⁶⁵⁴Yargıtay 19. H.D 26/11/1993 E.1992/11379 K.1993/8047 (Karar için bkz. Kazancı Bilşim-İçtihat Bankası).

⁶⁵⁵ *Büyüksağış*, maddî zarar, s.225.

⁶⁵⁶ **Karahasan, M.R.:** Tazminat Hukuku Maddî Tazminat, İstanbul 2001, s.304.

⁶⁵⁷ **Stark**, s.102.

⁶⁵⁸ **Karahasan**, s.304.

C. Türk/İsviçre İctihadında İyileşme Şansı Kaybı Tazmininin Reddedilmesi

1. İsviçre İctihadında İyileşme Şansı Kaybının Reddedilmesi

a. BGE 133 III 462 Kararına Konu Olan Olay

Federal Mahkemenin 2007 yılında vermiş olduğu BGE III 133 462 kararında ilk defa İsviçre hukukunda şans kaybının tazmin edilebilirliği tartışılmıştır⁶⁵⁹. Karara konu olan olayda davacı, bir arkadaşının refakatiyle 03:30 dolaylarında, almış olduğu 6 aspirine rağmen baş ağrısının, mide bulantısının, kusmasının ve karın ağrısının geçmemesi şikâyetleriyle hastanenin acil servisine başvurmuştur. Asistan hekim hastayı özellikle menenjit açısından değerlendirmiş ve hastada menenjitin hiçbir semptomunun olmadığını tespit ederek, hastaya grip teşhisi koymuştur. Hastanın karın ağrısı ise almış olduğu ağrı kesicilere bağlanmış ve hastaya ağrı kesici verilmiştir. 06:30 dolaylarında ise hasta hekimin onayıyla taburcu edilmiş, bununla birlikte asistan hekim hastaya ertesi gün aile hekimine gitmesini tavsiye etmiştir. Davacı üç buçuk saat sonra baygın bir şekilde tekrar hastaneye götürülmek durumunda kalmıştır. Kısa bir muayenenin ardından davacıya başka hekim tarafından bakteriyel menenjit teşhisi konulmuş ve hemen antibiyotik tedavisine başlanmıştır. Buna rağmen uzun süre canlandırma işlemlerinin uygulanmasını gerektiren ağır nörolojik ve kalp-dolaşım sistemi komplikasyonları oluşmuştur. Davacı komadan 6 gün sonra uyanmış, ancak her iki kulağının da tamamen sağır olduğu nörolojik takip eden zarara uğramıştır.

⁶⁵⁹ Le Tendre, s. 360.

Davacı, asistan hekim aleyhine ceza davası açmıştır. Dava sırasında alınan tıbbî bilirkişi raporunda asistan hekimin, hekimlik mesleği kurallarını ihlâl ettiği, ancak hekimin kusurunun takip eden nörolojik zararın nedeni olmadığı belirtilmiştir. Raporda “hekimlik mesleği kurallarının menenjitin erken teşhis edilebileceğini ve böylece hastaya hemen tedavi uygulanabileceğini gerektirmesine rağmen, hastalığın her halükârda büyük olasılıkla ölüme ve nörolojik takip eden zararlara yol açabileceği” belirtilmiştir. Antibiyotik tedavisi uygulanmasının 4-5 saat gecikmiş olması durumuna rağmen, söz konusu koşullar altında daha erken antibiyotik verilmesinin takip eden nörolojik zararları engelleyeceğini söylemenin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Freiburg Kanton mahkemesinin Ceza Dairesi ve Federal Mahkeme iddiayı reddetmiştir.

2002 yılında ise davacı bu sefer Kanton hastanesi aleyhine idari dava açmış ve tazminat talep etmiştir. Freiburg İdare Mahkemesi de davayı reddetmiştir. Mahkeme hukuka aykırılık sorununu incelememiş ve iddia edilen hukuka aykırı eylem ile zarar arasında büyük olasılıkla bir nedensellik bağının tesis edilemediği sonucuna varmıştır. Bu karar karşısında davacı Federal Mahkemeye başvurmuştur.

b. Federal Mahkemenin İncelemesi

Federal Mahkeme öncelikle Zürih Kanton Mahkemesinin 1988 tarihli kararını inceleyerek, o kararda şans kaybı doktrininin uygulanmadığı sonucuna varmıştır. Nitekim o davada hastanın uygun bir tedavi almış olması durumunda, iyileşme şansı %60 olarak belirlenmiştir. Bu nedenle de kabul edilen ağırlıklı ispat ölçüsüne göre, hekimin ihmâli ve zarar arasındaki nedensellik bağı tesis edilebilmektedir. Mahkeme sorumluluğun kurulmasından sonra tazminat miktarını belirlerken %40 oranında bir indirim yapmıştır. Bu nedenle de Federal Mahkeme, şans kaybı tazmininin

kabulünün ileri sürülürken, Zürih Kanton mahkemesi kararına dayanılmasını doğru bulmamaktadır.

Kararda bu tespitin yapılmasının ardından tabii nedensellik bağı ve zarar kavramları incelenerek, şans kaybının tazmin edilebilirliği ele alınmıştır. Bu kapsamda sorumluluğun doğabilmesi için kusurlu davranışın zararın *conditio sine qua non*'u olması gerekliliği, bunun tespitinin ise ağırlıklı ispat ölçüsüne göre yapıldığı belirtmiştir. OR md. 42/2 hükmünün ancak davalının zarara neden olduğunun ispatlanması halinde uygulanabileceği de ifade edilmiştir. Bu çerçevede Federal Mahkeme; hastalığın, her dört olaydan üçünde ölümle sonuçlandığının tespit edildiği bu davada, hekimin ihmâlinin ağırlıklı olasılıkla zarara neden olduğu sonucuna varılarak, hekimin %25 oranında dahi olsa sorumlu olduğuna karar verilmesinin tabii nedensellik bağına aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir.

Federal Mahkeme, bu sorunun şans kaybının zarar olarak kabul edilmesiyle bertaraf edilebileceğini kabul ederek, bunun mümkün olup olmadığını incelemiştir. Öncelikle mahkeme şansın bir malvarlığı değeri olarak kabul edilemeyeceği tespitinde bulunmuştur. Şans, mevcut malvarlığında yer almadığı gibi, farazî malvarlığında da yer almamaktadır. Nitekim şans doğası gereği geçici ve dinamiktir, yani gerçekleştiği anda veya gerçekleşmediği anda artık şanstın söz edilemez. Bu nedenle de malvarlığında yer almamaktadır. İsviçre hukukunda zararın belirlenmesinde fark teorisi uygulandığından, şans kaybı zarar olarak nitelendirilemeyecektir. Bu nedenlerle de Federal Mahkeme, şans kaybı doktrininin İsviçre hukukunda kabulünün en azında çeşitli sorunlara yol açacağını belirtmiştir.

2. Doktrinin Yorumu

İsviçre hukukunda doktrinin önemli bir kısmının şans kaybının tazmininin kabul edilmesini savunduğu ileri sürülmektedir⁶⁶⁰. Şans kaybı doktrininin İsviçre hukukuna alınmasının uygulamada sorun yaratacağı ifadesini, bazı yazarlar, Federal Mahkemenin şans kaybının tazmininin reddetmek yerine sadece bir tespitle bulunduğunu, dolayısıyla bu tespitin şans kaybı doktrininin İsviçre hukukunda hiçbir surette kabul edilmeyeceği anlamına gelmediğini ileri sürmüştür⁶⁶¹ 662. Bununla birlikte söz konusu kararın şans kaybı doktrininin reddedildiği anlamına geldiğini ileri süren bir görüş de bulunmaktadır⁶⁶³.

a. Tabii Nedensellik Bağı Kavramına Aykırılık

Kararda tedavideki gecikme olmasaydı da nörolojik zararın önlenme ihtimali %25 olduğu için, kabul edilen ispat ölçüleri çerçevesinde, mahkemenin nedensellik bağının tesis edilemediği sonucuna varması, mevcut hukukî düzenlemelere uygun gözükmektedir. Ancak mevcut hukukî düzenlemelere uygun olan bu sonucun yarattığı adaletsizlik nedeniyle, şans kaybının İsviçre hukukunda zarar kabul edilmek suretiyle tazmin edilmesi önerilmektedir. Zarar olarak kabul edilmesi durumunda ise nedensellik bağına aykırılık itirazıyla karşılaşılmayacaktır. Nitekim nedensellik bağı şans kaybı ile zarar arasında tesis edilecektir.

⁶⁶⁰ **Rouiller, N.:** La Responsabilité des professionnels du droit/I.III içinde **Thévenaz, A. (ed.):** Les professions juridiques, Bern 2012, s.362.

⁶⁶¹ **Le Tendre,** s.360; **Hermann/Schmid,** s.238.

⁶⁶² **Le Tendre,** s.360.

⁶⁶³ **Rouiller,** s.363. Diğer yazarlar için bkz. **Rouiller,** s. 363, dn. 101.

Landolt; her ne kadar ispat ölçüsü ağırlıklı olasılık olarak belirlense de bir iddianın gerçek olup olmadığının kural olarak hakim in bu konudaki kanaatine dayandığını belirtmiştir. İspatın objektif istatistiklere değil de hakim in sübjektif kanaatine dayanmasının ise az ya da çok varılan sonuçların tesadüfî olmasına yol açtığını ifade etmiştir. Yazar, şans kaybının tazmininin reddedildiği kararda Federal Mahkemenin ispat hukuku üzerinde yoğunlaştığını düşünmektedir. Bu çerçevede; sorumluluk hukukuna göre zarar gören, tazminatla zenginleştirilmemeli, tazminat miktarı somut zarara tekabül etmeli ve sadece bu zarar tazmin edilmeli; bu kapsamda zarar görenin, hakimi zararın gerçekleşmediğinden ziyade zararın gerçekleştiği konusunda ikna etmesi gerektiği yaklaşımı benimsenmiştir. Aksi takdirde, bu yaklaşıma göre, zararın gerçekleşme olasılığı tespit edilse dahi, zarar gören tazminat alamayacaktır. *Landolt*, bu yaklaşımın tatmin edici olmadığını ifade ederek, olasılığa dayanan tazminatın benimsenebileceğini ileri sürmüştür⁶⁶⁴.

b. Fark Teorisine Aykırılık

Türk/İsviçre hukukundaki hakim görüş olan fark teorisine göre⁶⁶⁵; zarar, zarar görenin zarar doğuran olaydan önceki malvarlığı ile zarar doğuran olaydan sonraki malvarlığı arasındaki farktır. Bu kapsamda zarar, doğrudan malvarlığına ilişkin bir kavram olup, herhangi bir eksilme ekonomik bir değer arz etmediği, parayla ölçülemediği müddetçe tazmin edilemeyecektir⁶⁶⁶. Bu kapsamda iyileşme şansı

⁶⁶⁴ **Landolt, H.:** Perte d'une chance - verlorene oder vertane Chance? - Anmerkungen zu BGE 133 III 462 ff. und weiteren Urteilen des Bundesgerichts im Jahr 2007 (4C.234/2006, 4C.49/2007 und 4A_227/2007), HAVE 2008, s.70 (verlorene oder vertane).

⁶⁶⁵ **Eren,** s.523.

⁶⁶⁶ **Eren,** s.473.

kaybının zarar olarak tazmin edilebilmesi için bir malvarlığı değeri arz etmesi gerekmektedir. *Müller*; iyileşme şansı özelinde olmasa da tüm sigorta sisteminin şansın bir değer arz ettiği düşüncesine dayandığını belirtmiştir. Ayrıca şansın vücut bulduğu piyango kayıpları da şansın malvarlığı değeri arz ettiğini gösterir niteliktedir⁶⁶⁷. *Le Tendre* ise malvarlığının tanımının; “bir kişinin ekonomik değer arz edebilen eşyalarının tümü olduğunu” belirtmiştir. Bu nedenle de gerçek ve kesin bir ekonomik değer arz eden şansın malvarlığı kapsamına girmemesi için hiçbir gerekçe bulunmadığını ifade etmiştir⁶⁶⁸. Bununla birlikte genel olarak şansın malvarlığı değeri arz etmediği kabul edilmektedir⁶⁶⁹.

Her ne kadar şans kaybının tazminini savunan yazarlar tarafından fark teorisi ile şans kaybının aynı başlık altında ele alınmasının zor olduğu kabul edilmiş olsa da, bu yazarlar bu argümana karşı İsviçre hukukunda sınırlı bir şekilde de olsa kabul edilen normatif zarar kavramı argümanını ileri sürmekte ve malvarlığında herhangi bir eksilme olmamasına rağmen ev kadının çalışma gücü kaybının zarar olarak kabul edilmesi örneğini göstermektedir⁶⁷⁰. Bunun yanı sıra bahçesindeki ağacı, komşusunun bahçıvanı tarafından yanlışlıkla kesilen davacının, ağacın kesilmesinin aslında taşınmazın değerinde bir eksilme yaratmamasına rağmen tazminat talebinde bulunduğu dava, Federal Mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Mahkeme bu davada,

⁶⁶⁷ **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.401.

⁶⁶⁸ **Le Tendre**, s.361.

⁶⁶⁹ **Fellmann/Müller/Werro**, introduction aux art 46-63, s.153; **Fellmann/Müller/Werro**, art 47, s.162.

⁶⁷⁰ **Müller**, Kolombus oder Trojanisches Pferd, s.401; **Le Tendre**, s.362.

malikin arazisini güzelleştiren ağaçların zarar görmeden muhafaza edilmesinde bir menfaati olduğu gerekçesine dayanmıştır⁶⁷¹.

Le Tendre, malvarlığında eksilme olmamasına rağmen bir kaybın zarar olarak kabul edilebilmesinin sorumluluk hukukunun zarar göreni haksız fiil öncesindeki durumunu sağlama amacının yerine getirilmesiyle açıklanabileceğini ifade etmiştir. Bu kapsamda daha iyi bir sonucun elde edilme şansının kaybedilmesi durumunda özellikle tıbbî sorumluluk alanında bu şans zarar gören açısından hayati bir öneme sahiptir. Başka bir anlatımla zarar görenin zarar görmeden önceki hale getirilmesi amaçlanıyorsa, bu kaybın göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁶⁷².

Kadner Graziono ise fark teorisinin farklı bir şekilde uygulanabileceği görüşünü ileri sürmüştür. Yazara göre zarar görenin, sözleşme ihlâli öncesindeki ve sözleşmeye uygun davranılması halindeki varsayımsal **malvarlığı** arasındaki fark yerine, zarar görenin her iki **durumu** arasındaki fark karşılaştırılmalıdır. Bu karşılaştırma sonucunda bir fark tespit edilebiliyorsa, söz konusu farkın giderilebilmesi için hangi ekonomik denkleştirici tedbirlerin alınması **gerektiği** belirlenmelidir. Yazar, bu yaklaşımını bir kişinin stadyumda gerçekleşecek bir maçı izlemek için geçerli bir bileti olmasına rağmen sözleşmeye aykırı bir şekilde stadyuma girişine izin verilmemesi örneği üzerinden açıklamıştır. Klâsik fark teorisi uyarınca zarar görenin malvarlığında bir eksilme bulunmadığından, zararın mevcut olmadığı sonucuna varılacaktır. *Kader Graziano*'nun yaklaşımına göre ise,

⁶⁷¹ BGE 129 III 331, E.2.2

⁶⁷² *Le Tendre*, s.362.

sözleşmenin ifa edilmesinde, bilet sahibi davacı bakımından stadyumda maç izleme deneyimi yaşama menfaati bulunmakta ve bu menfaat sözleşmenin ihlâliyle davacının elinden alınmaktadır. Bu farklılığı mümkün olduğu kadar giderebilmek için zarar görenin stadyumda benzer bir spor faaliyetini yaşamasını sağlayacak ve satın aldığı ancak kayba uğradığı zevkin telafi edilebilmesini mümkün kılacak bir bedel ödenmesi gerekmektedir. Bu bakış açısına göre zarar, maçı izlemek ve izlememek arasındaki farktır ve tazminat, karşılaştırılabilir bir maçın bilet fiyatına ve böyle bir maçın yakın gelecekte başka bir yerde olması durumunda maça gidebilmek için gerekli seyahat masrafları gibi ek masraflara göre belirlenmektedir. Yazar, burada ilk bilet için boşuna yapılmış masrafın değil, aksine sözleşme ihlâli nedeniyle yeni bir bilet almak için gerekli olan bedelin tazmin edildiğini belirtmiştir. Başka bir maçın izleyemediği maç ile aynı olmayacağı yönünde itiraz edilemeyeceğini, zira aynı durumun eşyaya veya sağlığa verilen zararlarda da söz konusu olduğunu belirtmiştir. Sorumluluk hukuku hiçbir zaman zarar görenin sözleşmeye veya hukuka uygun davranılmış olsaydı içinde bulunmuş olacağı durumun aynısının değil, mümkün olduğunca benzerinin sağlanmasını mümkün kılmaktadır ⁶⁷³.

Kadner Graziano bu yaklaşımın iyileşme şansı kaybında uygulanması durumunda, fark teorisine göre zararın mevcut olmadığı itirazlarının bertaraf edilebileceğini belirtmiştir. Nitekim iyileşme şansı kaybında da sözleşmeye uygun davranılması halinde, zarar görenin içinde bulunacağı durumu (yani iyileşme şansının korunması) ile sözleşme ihlâlinden (iyileşme şansı kaybettikten) sonraki

⁶⁷³ **Kadner Graziano**, entgangene Chancen, s.66.

durumu karşılaştırılacaktır. İyileşme şansının telafi edilebilmesi durumunda, hiçbir sorunla karşılaşılmayacak ve gerekli bedel ödenecektir⁶⁷⁴.

Her ne kadar normatif zararda da şans kaybında da malvarlığı değeri eksilmesinin söz konusu olmadığı genel olarak kabul ediliyor olsa da, bu argümanı ileri sürenler normatif zarar ile şans kaybı zararı arasındaki farka değinmemiştir. Nitekim aslında iyileşme şansı kaybı, nihaî zarar olan ölüm veya kalıcı maluliyetin bir önceki aşamasıdır. Bu kapsamda, nedensellik bağı tesis edilemediği için, nedensellik bağını dolanmak suretiyle şans kaybının zarar olarak kabul edildiği görüşünün de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu görüşe katılınsa da katılınmasa da öncelikle normatif zarar olarak kabul edilen zararlar ile kusurlu davranış arasında nedensellik bağının tesisi konusunda hiçbir güçlük bulunmamaktadır. Aynı zamanda bu zararlar, diğer herhangi bir zararın ilk aşaması da değildir. Her ne kadar bu argümanlar son derece değerli olsa da, şans kaybı zararının nihaî zarardan ne ölçüde bağımsız olabileceği konusu malvarlığı değeri arz etmesinden daha büyük bir öneme sahiptir.

⁶⁷⁴ **Kadner Graziano**, entgangene Chancen, s.66.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İYİLEŞME ŞANSI KAYBININ ZARAR OLARAK TAZMİN EDİLMESİ

I. Fransız Hukukunda İyileşme Şansı Kaybı

A. İyileşme Şansı Kaybının Tazmininin Tarihsel Gelişimi

İyileşme şansı tazmininin kabulü yukarıda da değinildiği üzere oldukça geç söz konusu olmuştur. Bunun yanı sıra doktrindeki eleştiriler nedeniyle, içtihatla geri adım atılmış, sonraları tekrar iyileşme şansı kaybı tazmin edilmeye başlanmıştır. Günümüzde ise genel olarak iyileşme şansı kaybının, diğer şans kayıplarından önemli farklılık arz etmediği kabul edilmiştir⁶⁷⁵.

1. İlk Kararlar

Fransız hukukunda iyileşme şansı kaybının tazmini, diğer olay gruplarına nazaran daha sonraları kabul edilmiştir. Nitekim *Grenoble* İstinaf Mahkemesi'nin 1962 yılında vermiş olduğu karara kadar iyileşme şansı kaybının tazmin edilmediği belirtilmektedir⁶⁷⁶. Davaya konu olan olayda hekim çekilen röntgende hastanın el bileğinin kırıldığını teşhis edemediği için tedavi de edememiştir. Hastanın el bileği 7 yıl sonra ağır bir yük kaldırırken tekrar kırılmıştır. Bununla birlikte bu kırığa kısmen hastanın kendisi yol açmıştır. İlk röntgen filmini inceleyen hekim, film iyi

⁶⁷⁵ Van Gerven/Larouche/Lewer, s.428/2.

⁶⁷⁶ Großerichter, s.132; Mäsch, Chance und Schaden, s.170; Mäsch, Kaybedilmiş Şans, s.6; Van Gerven/Larouche/Lewer, s.428/6; Cardona Ferreira, s.60.

incelenseydi el bileği kırığının teşhis edilebileceğini ve o dönemde eklem bir süre sabit tutularak tedavi edilebileceğini belirtmiştir. İkinci kazanın olduğu sırada el eklemi, tedavi edilmeyen birinci kırığın yol açtığı, kırığın olduğu yerde oluşan psödoartroz nedeniyle zayıf durumdadır. Bilirkişi raporunda, ne hasta ağır bir yük kaldırmıyorsa ikinci kırığın vuku bulmayacağı ne de ilk kırık doğru bir şekilde tedavi edilseydi ikinci kırığın önlenilebileceği tespit edilebilmiştir. Bunun üzerine mahkeme, doğru teşhisle kırık sabitlenerek, psödoartrozun dolayısıyla kemiğin kırılabilirliğinin önlenilebileceği, ancak bu suretle ikinci kırığın önlenilmesinin kesinlik arz etmediği sonucuna varmıştır. Bu nedenle de tam tazminata değil, hastanın her halükârda sahip olduğu, ancak hekimin kusuru nedeniyle yok edilen iyileşme şansı kaybı dolayısıyla kısmî tazminata hükmetmiştir⁶⁷⁷.

İyileşme şansı kaybı Temyiz Mahkemesinin önüne ilk defa 1965 yılında gelmiştir⁶⁷⁸. Davaya konu olan olayda 8 yaşındaki çocuk yaralanıp, hekime başvurmuştur. Hekim hastaya üst kol kırığı teşhisi koymuş, ağrısı geçmeyen hasta bir süre sonra başka bir hekime başvurmuştur. İkinci hekim hastada kırık olmadığını, ancak hastanın hiçbir zaman tam olarak iyileşemeyeceği dirsek eklemi çıkığı olduğu tanısını koymuştur⁶⁷⁹. İlk derece mahkemesi hastalığın zamanında doğru bir şekilde tedavi edilmiş olması halinde, hastalığın sadece geçici olarak ortadan kalkma ihtimali olduğunu, bununla birlikte hastalığın genel seyrinin aynı kalacağı kanaatine ulaşarak

⁶⁷⁷ Kararla ilgili bilgi için bkz. **Großerichter**, s.132; **Mäsch**, Chance und Schaden, s.170; **Mäsch**, Kaybedilmiş Şans, s.6-7; **Kasche**, s.119-120; **Cardona Ferreira**, s.60.

⁶⁷⁸ **Großerichter**, s.132; **Kasche**, s.120.

⁶⁷⁹ Kararlarla ilgili bilgi için bkz.: **Großerichter**, s.132; **Kasche**, s.120; **Khoury**, uncertain causation, s.110; **Khoury**, Causation and Risk, s.123.

davayı reddetmiştir⁶⁸⁰. İstinaf mahkemesi, davanın çocuğun zararının davalının kusurunun doğrudan sonucu olduğunu gösteren ciddî, kesin ve uyumlu varsayıma dayanılabileceğini belirtmiştir⁶⁸¹. Bununla birlikte şans kaybının tazmini olarak nitelendirmeden, teşhis hatası ile nihaî zarar arasındaki nedenselliğin tam olarak tesis edilememesi nedeniyle, talep edilen tazminat miktarından indirim yapılmak suretiyle götürü usulü bir tazminata hükmedilebileceği sonucuna varmıştır. Temyiz Mahkemesi sadece sorumluluğun doğup doğmadığını incelemiş ve varsayımın hekimin teşhis hatasının maluliyetin gerçekleşmesinin en azından müşterek nedeni olduğu sonucuna varmak için yeterli ağırlıkta ve kesinlikte olduğuna hükmetmiştir. Götürü usulü tazminat çerçevesinde tam tazminattan indirimin ise olay hâkiminin takdir yetkisinde olduğunu ifade etmiştir⁶⁸².

2. İlk Kararların Doktrinde Yankıları

Temyiz mahkemesinin kararı doktrinde eleştirilere yol açmıştır. Bu eleştirilerde klâsik şans kaybı olaylarıyla iyileşme şansı kaybı karşılaştırılmıştır⁶⁸³. Klâsik şans kayıplarında şans geleceğe ilişkin olup, nihaî sonuç henüz gerçekleşmemiştir⁶⁸⁴. Ayrıca zarar görenin davranışı nedeniyle bu şansın yok

⁶⁸⁰ **Großerichter**, s.132-133.

⁶⁸¹ **Khoury**, uncertain causation, s.110.

⁶⁸² **Großerichter**, s.132-133. Bununla birlikte doktrinde kusur ve zarar arasındaki nedensellik bağının ispatına ilişkin yeterli olgusal varsayımın bulunduğu gerekçesiyle tam tazminata hükmedilmesi gerektiği ileri sürülerek karar eleştirilmiştir. **Khoury**, uncertain causation, s.110, dn.118.

⁶⁸³ **Großerichter**, s.133 (naklen); **Mäsch**, Chance und Shaden, s.171 (naklen); **Kasche**, s.121 (naklen).

⁶⁸⁴ **Großerichter**, s.133 (naklen); **Kasche**, s.121 (naklen). Ölüm, maluliyet gibi nihaî zarar gerçekleştirmiş olup, olası beklentinin gerçekleşmesi yani zarar belirsiz değildir. Kısaca klâsik şans kaybında belirsizlik zarara ilişkin olup, zararın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsizken, iyileşme

edildiği kesinlik arz etmektedir. Bu nedenlerle de ihtilâflı olan husus zararın kapsamıdır⁶⁸⁵. Bununla birlikte iyileşme şansı kaybında belirsizlik geçmişe yönelik olup, nihaî sonuç gerçekleşmiştir. Klâsik şans kaybı olaylarından farklı olarak burada zarar verenin kusurunun nihaî zarara neden olup olmadığı konusunda bir belirsizlik bulunmaktadır⁶⁸⁶.

Paris İstinaf Mahkemesinin 1966 yılında karara bağlamış olduğu olayda doğumdan sonra annenin kanaması olmuş ve hekimin doğumdan hemen sonra klinikten ayrılması ve yerine hastayla ilgilenecek başka bir hekim bırakmaması nedeniyle, hastaya geç müdahale edilmiştir. Bununla birlikte hastaya hemen müdahale edilseydi, başka bir anlatımla hekimin kusuru olmasaydı dahi kanama ölüme yol açabileceğinden, nedensellik bağı kesin bir şekilde tesis edilememiştir. Ancak mahkeme, zamanında tedavinin önemli bir oranda yaşama şansı (ciddî yaşama şansı) sağlayacağını kabul etmiştir⁶⁸⁷. Temyiz Mahkemesi 1965 yılında onaylanan yapıyı daha fazla yaşama şansı yani iyileşme şansı biçiminde kurumsallaştırmıştır⁶⁸⁸. Başka bir anlatımla bu kararla, hekimin kusurlu davranışıyla davacının iyileşme şansının elinden alınması durumunda, yaşama veya iyileşme şansının kaybı için dava açılabilmesi kabul edilmiştir⁶⁸⁹. Bu bağlamda hekimin sorumluluğunun doğabilmesi için, hekime kusur isnat edilebilmesi, hastanın tıbbî müdahaleden önce iyileşme veya

şansı kaybında hekimin zarara neden olup olmadığı belirsizlik arz etmektedir. **Kasche**, s.121 (naklen).

⁶⁸⁵ **Großerichter**, s.133; **Mäsch**, Chance und Shaden, s.171-172.

⁶⁸⁶ **Mäsch**, Chance und Shaden, s.172; **Kasche**, s.121.

⁶⁸⁷ **Kasche**, s.120.

⁶⁸⁸ **Großerichter**, s.133-134 (naklen).

⁶⁸⁹ **Van Gerven/Larouche/Lewer**, s.428/6.

daha fazla yaşama şansının olması ve bu şansın yok edilmesi gerekmektedir. İlk dönem kararlarında hekim doğru tedavi uygulamış olsaydı, somut hastalık seyrinin değişeceği veya en azından geçici olarak daha iyi olacağının tespit edildiği, belirsizlik arz eden tek hususun örneğin kısmi maluliyetin aksi takdirde önlenip önlenemeyeceği olduğu görülmektedir. Bununla birlikte her ne kadar İstinaf Mahkemesi gerekçelerinde “ölüme neden olup olmadığı kesin değildir” ifadelerini kullansa dahi 1976-1981 yılları arasında Temyiz Mahkemesi’nin sonucun gerçekleşmesi bakımından kusurun rolünün kesinlik arz etmediği durumlarda şans kaybı çerçevesinde kısmî tazminata hükmedilmesini onayladığı görülmektedir. Bu konudaki en çarpıcı kararlardan biri 1973 yılında verilmiş olan karardır. Karara konu olan olayda hekim, başka hiçbir sağlık sorunu olmayan hastanın, hiçbir riski olmayan operasyona girmeden önce, yani anestezi verilmeden önce midesinin tamamen boş olmadığını fark edememiştir. Hasta operasyondan sonra hayatını kaybetmiştir ve Temyiz Mahkemesi hekimin kısmi sorumluluğunu onaylamıştır⁶⁹⁰.

İçtihadın iyileşme şansı kaybını bu denli geniş uygulaması, doktrinde tartışmalara sebebiyet vermiş, yazarların büyük bir çoğunluğu bu uygulamayı eleştirmiştir. *Chabas*, en son değinilen olaylarda olduğu gibi açıkça hastanın operasyonda yaşama şansı olmadığına işaret etmiştir. Bu nedenle zarar daha fazla yaşama şansının kaybı değil, hastanın ölümüdür. *Savatier* de nedensellik bağı ve zarar kavramlarının birbirine karıştırıldığını belirtmektedir. Şans kaybı sadece zarar doğuran eylem nedeniyle zarar görenin gelecekte olası olumlu seyrinin kesilmesi durumunda söz konusu olabilir. Tıbbî sorumluluk hukukunda izole edilebilir ve

⁶⁹⁰ **Großerichter**, s.134.

takdir edilebilir bir şansın mevcut olmadığı, zira iyileşmenin hekimin müdahalesine bağlı olduğu, indirimin arkasında sadece kusur olmasaydı zararın gerçekleşmiş olup olmayacağına ilişkin belirsizlik ve son olarak da ya hep ya hiç sonucu doğuracak bir karar verme korkusu yattığı belirtilmektedir⁶⁹¹. Kusurun rolünün belirsiz olması nedeniyle, hakim iddia edilen şansın gerçekleşme olasılığına ilişkin bir bilgi olmadığı için de şansa değer biçememektedir⁶⁹². Benzer eleştiriler, *Pennaue* tarafından da ileri sürülmüştür. Nitekim yazar, şans kaybında kaybedilen şansın gerçekleşme ihtimalinin tazmin edildiğini ve böyle bir ihtimal kaybının iyileşme şansı kaybında mevcut olmadığını belirtmiştir. Nitekim hekimin müdahalesinden önce, somut ve bireysel anlamda hastalığın nasıl seyredeceği belirsizlik arz etmekte ve bu belirsizlik en fazla istatistik hesaplarıyla ifade edilebilmektedir⁶⁹³.

Bu eleştiriler 1970'lerin ikinci yarısında içtihatla değişikliklere neden olmuştur. Öncelikle, Ceza Dairesi, 1. Hukuk Dairesinin uygulamalarını reddetmiştir⁶⁹⁴. Doğal olarak, hastanın ölümüne hekimin kusurunun neden olup olmadığı konusunda hâkim nezdinde bir tereddüt uyanması durumunda cezaî sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte hukukî sorumluluğa temel teşkil eden 1977 tarihli kişisel hak davasında, mahkeme daha fazla yaşama şansının kaybı nedeniyle kısmî tazminatı reddetmiştir. Bunun üzerine Ceza Dairesi hem cezaî, hem hukukî sorumluluğu onaylayarak tam tazminata hükmedilmesini onaylamıştır. Buna gerekçe olarak, hekimin kendisine suç isnat edilecek şekilde ortaya çıkan

⁶⁹¹ **Großerichter**, s.135 (naklen); **Mäsch**, Chance und Shaden, s.172 (naklen).

⁶⁹² **Großerichter**, s.135 (naklen).

⁶⁹³ **Großerichter**, s.135 (naklen).

⁶⁹⁴ **Van Gerven/Larouche/Lewer**, s.428/7; **Großerichter**, s.135.

sonucun gerçekleme riskini yeterince büyük bir olasılıkla arttırdığını gstermiştir⁶⁹⁵. Bu kararla birlikte Fransız sorumluluk hukukunda risk yaratmanın tam sorumluluğa yol açacağı ilk defa gündeme gelmiştir⁶⁹⁶.

Benzer düşüncelere çeşitli zamanlarda hukuk mahkemelerinde de yer verilmekle birlikte, ilk defa 1973 tarihli kararla gündeme gelmiştir. Karara konu olan olayda açıkça zor bir doğumun hekimin müşahedesini altında gerçekleşmemesi ve doğumdan sonra komplikasyonların oluşması söz konusudur. Doğum sırasında oksijen verilmesinin kesilmesinin sonucunda yeni doğan kalıcı beyin hasarıyla dünyaya gelmiştir. İstinaf Mahkemesi hekim görev başında bulunmuş olsaydı her türlü şüpheden uzak olmamakla birlikte, olası bir şekilde sonucun gerçekleşmesini önleyebileceği sonucuna ulaşmıştır. Bu nedenle, hekimin zen yükümlülüğünü yerine getirmiş olsaydı, yeni doğanın sağlıklı bir şekilde dünyaya gelme konusunda önemli bir şansa sahip olacağı gerekçesiyle tam tazminata hükmetmiştir. 1. Hukuk Dairesi bu kararı şans kaybı nedeniyle tam tazminata hükmedilemeyeceği gerekçesiyle reddederek, yeniden incelenmesi için başka bir İstinaf Mahkemesine göndermiştir. Bu mahkeme de tam tazminata hükmetmiş ama şans kaybını değil, zen yükümlülüğü ihlâl edilmemiş olsaydı sonucun yüksek olasılıkla önlenilebileceğini, dolayısıyla nedensellik bağının tesis edildiğini gerekçe göstermiştir. 1976 tarihli bir başka kararda ise Temyiz Mahkemesi, nedensellik bağının tesisinde cömert bir karar vermiştir. Bu karar sonrasında bazı ilk derece mahkemelerinin ya hep ya hiç sonucu doğuran kararlar verme konusunda eğilimleri

⁶⁹⁵ **Groşerichter**, s.135.

⁶⁹⁶ Alman ceza hukukunda risk yaratma teorisi 1960'lı yıllardan beri kabul edilmektedir. **Groşerichter**, s.135 ve s.135, dn.742 (naklen).

artmıştır. Bununla birlikte bazı ilk derece mahkemeleri “şans kaybı doktrini” uygulamaya devam etmiş ve şans kaybı sorumluluğunu gerekçelendirilirken, sadece indirilmiş tazminatın göz önünde bulundurulması gerektiğine işaret etmiştir⁶⁹⁷.

B. İctihadın Yön Değiştirmesi (1982)

1. İctihadı Değiştiren Karar⁶⁹⁸

Karara konu olan olay, sinüs boşaltma operasyonuna ilişkindir. Hastanın sinüslerini boşaltma yükümlülüğü bulunan hekim, bunu gerçekleştirmek üzere hastanın burnundan sinüslerine uzanan sinüs delicisi olarak da anılan trokar adında bir cerrahi bir alet kullanmıştır. İlk denemede hastanın burnundan kan gelmiştir. Kan gelmesi, damarlardan birinin zarar gördüğü anlamına gelmektedir ve hekimin kusuru bulunmamaktadır. Bunun üzerine hekim ikinci denemesinde, trokarın doğru yerleştirildiğini teyit etmek için sinüs boşluğuna 2-3 santimetreküp hava enjekte etmiştir. Bu işlemin sonunda emboli oluşmuş ve hasta kalıcı iş görmezliğe sebebiyet verecek şekilde komaya girmiştir. İlk derece mahkemesi davayı reddetmiş, istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını bozarak davanın görülmesi yönünde karar vermiştir. Sonuç olarak olay Fransız Temyiz Mahkemesi’nin önüne gelmiş ve Mahkeme İstinaf mahkemesinin kararını bozarak, tekrar değerlendirilmesi için İstinaf mahkemesine geri göndermiştir.

⁶⁹⁷ **Großerichter**, s.136-137 (naklen).

⁶⁹⁸ Kararla ilgili bilgi için bkz.: **Van Gerven/Larouche/Lewer**, s.428/4-5. Karar özeti için bkz.: **Großerichter**, s.137; **Mäsch**, Chance und Shaden, s.172; **Kasche**, s.124; **Khoury**, uncertain causation, s.112.

İstinaf mahkemesi, hekimin sinüs boşluğuna ulaştığından emin olmak için hava enjekte etmesinin olağan bir uygulama olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre embolinin, hekimin trokar tarafından kesilen damara hava enjekte etmesinden kaynaklanabileceği gibi, doğal solunum esnasında sinüslerde mevcut olan havanın damara kendiliğinden girmesinden de kaynaklanabileceği göz ardı edilmemelidir. Bu bağlamda embolinin nedeninin sinüs boşluğuna hava enjekte edilmesi olduğu kesinlikte tespit edilemediği gibi, trokarın yerleştirilmesi sırasında damara verilen zararın da hekimin ihlâli olduğu ispatlanamamaktadır. Bu hususların ispatlanamaması nedeniyle de davacının öngörülemez ve istisnaî bir komplikasyon sonucunda zarar gördüğü yönünde bir sonuca varılmıştır.

Bununla birlikte İstinaf mahkemesi hekimin ortaya çıkan zararın sonuçlarının yarısını üstlenmesi gerektiği yönünde bir sonuca varmıştır. Şans kaybının zarar verenin hukuka aykırı eylemi nedeniyle arttırılıp arttırılmadığının şüpheli olduğu mevcut bir riski varsaydığını ve olaydaki riskin zarar verilen damara hava girmesiyle pıhtıya yol açması olduğunu belirtmiştir. Ayrıca operasyonun başında burun kanamasının mevcut olduğunu ve bu durumda sinüslere hava enjekte etmenin tehlikeli veya en azından tedbirsiz bir davranış olduğunu ifade etmiştir. Bu nedenle de hekimin davranışının ihmâl teşkil ettiğini ve davacının maruz kalacağı komplikasyon şansını arttırdığını belirtmiştir.

Temyiz mahkemesi İstinaf mahkemesinin riskin gerçekleşmesinden dolayı davalının kısmi sorumluluğuna hükmetmesinin ve bunu aslında sadece zararın takdiriyle ilişkili olan şans kaybı kavramına dayandırmasının Code Civil'in 1383. ve

1384. maddelerine aykırılık teşkil ettiğini, çünkü davalının kusurlu olduğunu gösteren hiçbir delil bulunmadığını yani kanamaya rağmen sinüslere hava enjekte etmenin gerçekleşen zarara yani pıhtıya neden olduğuna yönelik bir delil bulunmadığı yönünde karar vermiştir.

2. 1982 yılındaki Karardan Sonra İçtihadta Şans Kaybının Tazmini

Bu karar, 1. Hukuk Dairesinin 17 yıllık uygulamasının sona ermesi ve geleneksel yaklaşıma dönmesi olarak yorumlanmıştır⁶⁹⁹. Bununla birlikte, bu karar tıbbî sorumluluk hukukunda şans kaybının artık uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir⁷⁰⁰. Sadece şans kaybı kurumunun nedensellik bağının tesis edilemediği durumlarda, bu sorunun üstesinden gelebilmek için kullanılamayacağı belirtilmiştir⁷⁰¹.

Bunu takip eden davalarda sıklıkla iyileşme şansı kaybı ileri sürülmüş olsa da, kararlar hekimin kusuru ile zarar arasında nedensellik bağı ispat edilemediği için şans kaybı değerlendirilmeden, talep ya reddedilmiş ya da kabul edilmiştir⁷⁰². Bu

⁶⁹⁹ Van Gerven/Larouche/Lewer, s.428/6; Mäscher, Chance und Schaden, s.172.

⁷⁰⁰ Großerichter, s.137-138; Kasche, s.125.

⁷⁰¹ Van Gerven/Larouche/Lewer, s.428/7.

⁷⁰² Großerichter, s.137-138. Kasche, bu kararlardan bazılarında çalışmasında yer vermiştir. Bu kapsamda verilen kararlardan birine konu olayda, hekim kusurlu bir şekilde hastanın ateşini ölçmediği için, hastaya menenjit tanısı koyamamıştır. Mahkeme menenjit hastalığının tedavisinin sadece kısa bir süre için geciktiğini, bu nedenle de nihai zarar ile gecikme arasındaki nedensellik bağının çok belirsiz olduğu sonucuna vararak, sorumluluğu reddetmiştir. Hekimin bulunmadığı sadece ebe denetiminde gerçekleşen doğum sırasında, yeni doğanın kol sinirleri zarar görmüştür. Mahkeme hekimin deneyim ve bilgisiyle, doğum komplikasyonlarının önlenme şansının daha yüksek olduğu gerekçesiyle, şans kaybı tazminini kabul etmiştir. Bir diğer olayda hasta operasyon sonrasında hayatını kaybetmiştir. Hastanın hayatını kaybetmesinin üç olası nedeni göz önünde bulundurulmuştur. Bu nedenlerden biri davalının alerjik reaksiyon gösterme olasılığı olmasına rağmen, hastaya enjeksiyon yapması olarak tespit edilmiştir. Davalının bu davranışının kusurlu

kararlar yukarıda belirtilen içtihadı değiştiren karara benzemektedir, nitekim gerçekleşen nihaî zararın hekimin kusurunun dışında olası nedenleri de bulunmaktadır. Bu yöndeki kararlardan biri 27/03/1985 tarihli Hukuk Dairesi kararı⁷⁰³. Dava konusu olayda anestezi, ameliyat sırasında hastayı kısa bir süre yalnız bırakmıştır, bu sırada açıklanamayan bir nedenle hastanın solunumu durmuş ve hasta hayatını kaybetmiştir. Hekimin hastanın yanında bulunarak müdahale etmiş olması durumunda, hastanın kurtarılıp kurtarılamayacağını belirsiz olması, başka bir anlatımla nedensellik bağının tesis edilememesi gerekçesiyle, ilk derece mahkemesinin şans kaybının tazminine hükmettiği kararı reddedilmiştir.

Bununla birlikte şans kaybının tazmin edildiği çok sayıda karar da bulunmaktadır. İyileşme şansının tazmin edildiği ilk kararları anımsatan, başka bir ifadeyle Temyiz Mahkemesi'nin tekrar şans kaybını göz önünde bulundurmaya başladığı ilk karar 8 Ocak 1985 tarihli kararıdır⁷⁰⁴. Kalça kemiğine kötü huylu bir tümörün varlığına ilişkin yeterince şüphe olmamasına rağmen radyoterapi uygulanmış ve uygulanan bu tedavi kemiğin zayıflayıp, kalça protezinin çözülmesine neden olmuştur. Protez bir daha yeterince iyi bir şekilde yerine oturtulamayacaktır. Bununla birlikte tedavi yapılmasaydı kemiğin protezin çıkmasına engel olacak kadar zayıflayıp zayıflamayacağı konusu belirsizlik arz etmektedir. Buna rağmen şans

olduğu kabul edilmekle birlikte, enjeksiyon ve ölüm arasındaki nedensellik bağının tamamen farazî olması gerekçesiyle, talep reddedilmiştir. Bir diğer karara bağlanan olayda ise, gebeliği sırasında röntgen film istenen davacının çocuğu sağır olarak dünyaya gelmiştir. Temyiz Mahkemesi, sağırlığın bebeğin genetik eğilimine dayandığını, röntgenin en fazla önemsiz bir oranda sonuca katkı sağladığı gerekçesiyle şans kaybının uygulanamayacağına karar vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kasche**, s.126-127.

⁷⁰³ Kararla ilgili bilgi için bkz.: **Großerichter**, s.138; **Kasche**, s.125-126.

⁷⁰⁴ **Van Gerven/Larouche/Lewer**, s.428/8; **Großerichter**, s.138; **Kasche**, s.125. Kararla ilgili bilgi için bkz.: **Großerichter**, s.138; **Kasche**, s.125.

kaybı tazmin edilmiştir⁷⁰⁵.

Şans kaybının tazmin edildiği kararlardan bir diğeri yine 1985 yılında sonuca bağlanmıştır⁷⁰⁶. Karara konu olan olayda davacı, kısmi felç ve konuşma kabiliyetini yitirme sonucu doğuran bir kazadan sonra hastaneye sevk edilmiştir. İyileşip taburcu olduktan kısa bir süre sonra semptomlar tekrar ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine hasta aile hekimine başvurmuştur ve aile hekimi de bir uzmana görünmesi gerektiği tavsiyesinde bulunmuştur. Uzman hekimin hastayı görmesi birkaç gün almış ve hekim karotid arter trombozu tanısı koyarak, hastaya hemen ertesi gün ameliyat olması gerektiğini söylemiştir. Ameliyat başarılı olmayınca, davacı, aile hekiminin acilen uzman hekime göndermemesi nedeniyle aile hekimine karşı dava açmıştır. İstinaf mahkemesi, zarar ile hekimin kusuru arasında nedensellik bağının tesis edilemediği gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Ayrıca mahkeme, şans kaybı göz önünde bulundurulsa dahi, ameliyat daha önce yapılsaydı, kısmi felcin daha iyi bir şekilde tedavi edileceğinin kesin olmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte Temyiz Mahkemesi, İstinaf mahkemesinin sadece sağlanan tıbbî hizmette gecikme ile davacının uğradığı zarar arasındaki nedensellik bağını incelediğini ifade etmiştir. Oysa böyle bir karar verilirken, gecikme ile davacının sadece iyileşme şansı arasında nedensellik bağının mevcut olup olmadığının incelenmesi gerektiği sonucuna vararak, kararı bozmuştur.

Son kararda operasyonu yapan hekimin herhangi bir kusuru olmasa da, aile

⁷⁰⁵ Mahkeme kararının sonucu için bkz.: **Kasche**, s.125.

⁷⁰⁶ Kararla ilgili bilgi için bkz. **Van Gerven/Larouche/Lewer**, s.428/5-6.

hekimi, hastanın uzmana gözükmesi konusundaki aciliyeti belirtmediği için kendisine kusur isnat edilmiştir. Açıkça ulaşılan tıbbî bilgi uyarınca gecikme olmasaydı, operasyonun daha başarılı geçeceği söylenememekle birlikte; gecikme arttıkça, operasyonun başarılı geçme şansı azaldığı sonucuna varılabilmektedir⁷⁰⁷. Bu bağlamda Temyiz Mahkemesi de davalının kusurunun operasyonun tamamen başarılı geçme şansını elinden aldığına karar vermiştir. Bu suretle de bu karar tıbbî sorumluluk hukukunda şans kaybının tazmin edilmeye tekrar başlandığı seri arasına girmiştir⁷⁰⁸.

Şans kaybının tazmin edildiği 1990 yılında sonuca bağlanan davada⁷⁰⁹ ise konu biraz daha farklıdır. Yine bir sinüs açma ameliyatında hastanın sağ göz çukurunun iç duvarı hasar görmüş, bu da görme bozukluğuna yol açmıştır. Sinüs açma operasyonlarında göz çukurunun zarar görmesi istisnâ olmasa da, hekim, operasyonun olası komplikasyonları konusunda hastayı bilgilendirmemiştir. Bu nedenle hasta hekime karşı hem maddî, hem manevi tazminat davası açmıştır. İstinaf Mahkemesi hekimi kusurlu bulmuş ve davacının uğradığı manevi zarara karşılık olarak 10.000 Fransız Frankı manevi tazminata hükmetmiştir. Ancak hekimin kusuru ile vücut bütünlüğü ihlâlî arasında doğrudan bir nedensellik bağı mevcut olmadığı gerekçesiyle maddî tazminat talebini reddetmiştir. Davacı komplikasyon risklerini bilmesi durumunda ameliyat olmaktan vazgeçebileceğini bu nedenle de gerçekleşen riske yol açan bilgilendirme yükümlülüğünün ihlâlî ile vücut bütünlüğünün ihlâlî arasında doğrudan bir nedensellik bağı olduğu iddiasına dayanarak İstinaf

⁷⁰⁷ Van Gerven/Larouche/Lewer, s.428/6.

⁷⁰⁸ Van Gerven/Larouche/Lewer, s.428/7.

⁷⁰⁹ Karara ilişkin bilgi için bkz.: Van Gerven/Larouche/Lewer, s.428/6.

Mahkemesinin kararına itiraz etmiştir. Temyiz Mahkemesi olayda hekimin kendisinin önerdiği ameliyatın olası sonuçları hakkında davacıyı bilgilendirme yükümlülüğünü ihlâl etmek suretiyle davacının gerçekleşen riskten kaçınma şansını elinden aldığını ve böyle bir şans kaybının vücut bütünlüğünün ihlâlinden ayrı bir zarar türü olarak maddî tazminata yol açtığı yönünde bir karar vermiştir.

C. Doktrinde İyileşme Şansı Kaybının Tazmini

1982 yılında verilen kararda, Temyiz Mahkemesi şans kaybının nedensellik bağının tesisindeki sorunları bertaraf etmek için kullanılamayacağını belirtirken, 1985 yılında vermiş olduğu kararda nedensellik bağını doğrudan şans kaybı ile kusur arasında kurmuştur. Yazarlar her ne kadar ifadeler farklı gözüксе de, aslında düşüncenin aynı olduğunu belirtmiştir. Nitekim davalının davranışı ile fiili zarar arasında nedensellik bağının tesis edilememesi durumunda, nedensellik bağının tesis edilebildiği bir zarar türü orta yol olarak benimsenmektedir. Başka bir anlatımla 1985 yılındaki kararlarda, nedensellik bağının tesis edilememesi sorununu bertaraf edebilmek için, şans kaybının tazmin edilebilirliği kabul edilmiştir. O halde ya ilk kararlarında şans kaybını tazmin eden, 1982 yılındaki kararıyla bundan vazgeçen Temyiz Mahkemesi aradan üç yıl geçtikten sonra tekrar fikir değiştirerek şans kaybının tazmin edileceğine karar vermiştir, ya da davalar arasında farklar bulunmaktadır. Bu anlayışla yola çıkan *Van Gerven/Larouche/Lewer*, içtihadı değiştiren karara konu olan dava ile 1985 yılında aile hekimine karşı açılan dava ve aydınlatma yükümlülüğünün ihlâlinin söz konusu olduğu davayı karşılaştırmıştır⁷¹⁰.

⁷¹⁰ **Van Gerven/Larouche/Lewer**, s.428/9.

İçtihadı değiştiren kararda hekimin kusuru tespit edilemezken, diğer davalarda hekimin kusuru açıktır. Bu nedenle, ilk davada davalının sorumlu bulunması durumunda, bu sorumluluk risk temelli bir sorumluluk olacaktır. Ayrıca ilk davada hekimin aktif bir davranışı bulunurken, ikinci davada hekimin davranışı pasif olup, son davada ise aydınlatma yükümlülüğünün ihlâli söz konusudur⁷¹¹.

Fransız doktrinde iyileşme şansı kaybı tazminine yönelik üç görüş bulunduğu kabul edilmektedir⁷¹². İlk yaklaşım klâsik olay gruplarıyla iyileşme şansı kaybını birbirinden ayırmakta, klâsik olay gruplarının zararın miktarıyla ilişkili olduğunu, bununla birlikte iyileşme şansı kaybının nedensellik bağı meselesi olduğunu ileri sürmektedir. Bu yaklaşım hekimin aktif davranışı ile pasif davranışı arasında ayırım yapmakta ve şans kaybını sadece hekimin pasif davranışının neden olduğu olaylarda uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir⁷¹³. Bu görüşe göre kusurun, hekimin aktif davranışından kaynaklanmış olması durumunda, gerçekten geçmişte ne olduğunun ispatlanması gerekmektedir. Bu çerçevede de hekimin kusurunun yanı sıra diğer zarar nedenleri de göz önünde bulundurulacak ve şans kaybının uygulanması daha güç olacaktır⁷¹⁴. Nitekim bu konuda tereddüdün olduğu durumlarda, Temyiz Mahkemesi de pek çok kararında olası nedene dayanan kısmi sorumluluğu kabul etmemiřtir⁷¹⁵. Bununla birlikte pasif davranışa dayanan kusurda,

⁷¹¹ **Van Gerven/Larouche/Lewer**, s.428/9.

⁷¹² **Großerichter**, s.139. *Cardona Ferreira*, dört ayrı görüşün olduğunu belirtmektedir. **Cardona Ferreira**, s.61.

⁷¹³ **Großerichter**, s.139 (naklen); **Kasche**, s.129 (naklen).

⁷¹⁴ **Kasche**, s.129 (naklen).

⁷¹⁵ **Großerichter**, s.139 (naklen).

yapılmayan tedavi nedeniyle, iyileşme beklentisi bulunmaktadır⁷¹⁶. Bu bağlamda gerçekten ne olduğu sorusuna değil, hekim özen yükümüne uygun davransaydı ne olacaktı sorusuna cevap aranacaktır. Başka bir anlatımla farazî bir seyir oluşturulacaktır. Bunun ispatı, gerçekte ne olduğunun ispatından daha zordur⁷¹⁷. Ayrıca varsayılan tedavinin de başarıya ulaşp ulaşamayacağı kesinlik arz etmemektedir. Bu nedenle de şans kaybının bu olaylarda uygulanması makuldür⁷¹⁸.

İkinci yaklaşım ise şans kaybının sadece hekimin pasif davranışının neden olduğu zararlarda değil, genel olarak uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu bağlamda şans kaybı hem nedensellik bağına ilişkin ispat kolaylığının, hem önceden mevcut olan risklerin tam tazminattan indiriminin bir bileşimidir⁷¹⁹. Bu bağlamda anesteziistin hastayı yalnız bıraktığı dava ile kırığın hatalı tedavisinin söz konusu olduğu dava karşılaştırılmıştır. İlk davada anesteziistin yokluğu sırasında hastanın ölüm nedeni ile anesteziist müdahale etseydi hastanın kurtarılma ihtimali belirlenememiştir. Bununla birlikte ikinci olayda kırığın hatalı tedavisinin kemiği zayıflattığı tespit edilmiştir. Açıklanamayan tek husus hatalı tedavi olmasaydı da kemiğin protez takılamayacak kadar zayıflayıp zayıflamayacağıdır. Dolayısıyla ilk olaydan farklı olarak ikinci olayda hekimin kusuru zararın gerçekleşmesinde kesin bir rol oynamaktadır. Bu nedenle de nedensellik bağının ispatında kusurun zarara etki edip etmediği, etki etti ise bunun oranı konusunda şans kaybı kurumu göz

⁷¹⁶ **Kasche**, s.129 (naklen).

⁷¹⁷ **Großerichter**, s.139 (naklen); **Kasche**, s.129 (naklen).

⁷¹⁸ **Großerichter**, s.139 (naklen).

⁷¹⁹ **Großerichter**, s.139 (naklen); **Cardona Ferreira**, s.61(naklen).

önünde bulundurulabilir⁷²⁰.

Jourdain; şans kaybına ilişkin yaklaşımı aynı zamanda tıbbî sorumluluk alanında belirsiz nedensellik bağının tespitinin kolaylaştırılması genel eğilimi ile birlikte ele almıştır. Bu bağlamda yazar, ilk kararlarda şans kaybı doktrini uyarınca, kusur ile zarar arasındaki nedensellik bağının ispatından daha kolay olan şans kaybı ile kusur arasında nedensellik bağının tespit edildiği, tam zarardan suni indirim yapıldığı saptamasında bulunmuştur. 1982 yılından sonra ise hekimin kusurunun somut zararın oluşmasına etki etmesi gerekliliği aranmaya başlamıştır. Nedensellik bağının tespitinde ise içtihat haklı olarak yüksek ispat ölçüsü aramamakta, aksine riskin artırılmasını yeterli bulmaktadır. Bununla birlikte *Jourdain*, tam tazminattan indirim yapılmasını eleştirmektedir. Nedensellik bağının tespit edilmesi durumunda, zarar gerçekleştiği için tam tazminata hükmedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Hastanın hekimin müdahalesine kadar belirli bir risk taşıyıp taşımadığının bir önemi bulunmamakta ve içtihatla bu durum karar verici bir kriter teşkil etmemektedir⁷²¹.

Aradaki bu ince ayrım *Dorsner-Dolivet* tarafından da kabul edilmiştir. Bununla birlikte zararın ikinci bir nedenden kaynaklanıp kaynaklanmadığının ispat edilmesi gerekmektedir. Bunun ispatı için ise kural olarak hekimin kusurunun gerçekleşen zararın büyük bir olasılıkla zorunlu şartı olması yeterlidir. Bu kapsamda riziko artırımı nedensellik bağının tesisi için yeterli kabul edilecektir. Ancak belirli durumlarda özellikle hastanın yüksek risk taşıması durumunda, sadece iyileşme

⁷²⁰ **Großerichter**, s.139 (naklen).

⁷²¹ **Großerichter**, s.139 (naklen).

beklentisi olması şans kaybı için yeterli olmayacaktır⁷²².

Son yaklaşım ise yeni içtihadı, klâsik şans kaybı formülasyonuna geri dönüş yapması olarak yorumlamaktadır. Hekimin kusurlu davranışı olmasaydı iyileşebileceği bir durumda olması halinde, iyileşme şansından bahsedilebilir. Bu bağlamda hekimin müdahalesinin olağan seyri değiştirdiği veya daha kötü hale getirdiğinin tespit edilebilir olması, bu şansın değeri oranında tazmin edilebilmesi için yeterlidir⁷²³.

II. Amerikan Hukukunda İyileşme Şansı Kaybının Tazmini

A. Genel Olarak

Amerikan hukukunda tıbbî sorumluluk alanında şans kaybı doktrinine yönelik farklı uygulamalar söz konusudur. Yukarıda ilgili başlıklar altında yer verilen bu uygulamalar, Amerika Birleşik Devletleri'nin federal yapısından ve konuya ilişkin tüm federe devlet hukuklarında geçerli olacak Federal bir kanun bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Konuya ilişkin çalışmalarda ise ağırlıklı olarak federe devlet hukuklarında doktrinin nasıl ele alındığı üzerine yoğunlaşmaktadır. Dolayısıyla Amerikan hukukunda tıbbî sorumluluk alanında şans kaybı doktrini parçalanmış bir görünüme sahiptir.

⁷²² **Großerichter**, s.139 (naklen).

⁷²³ **Großerichter**, s.139-140 (naklen).

Bununla birlikte Amerikan hukukunda konuya ilişkin dört ayrı yaklaşımın bulunduğu kabul edilmektedir. İlgili başlıklar altında da değinilen bu yaklaşımların ilki nedensellik bağının tesis edilememesi nedeniyle şans kaybının tazmin edilmemesidir. İkinci yaklaşım nedensellik bağının ispatının esnetilmesi suretiyle tam tazminata hükmedilmesidir. Nedensellik bağının esnetilmesi ise ya esaslı olasılık-esaslı şans ölçüsü benimsenerek ya da *Restatement II* §323’de de düzenlenen zarar rizikosunun artırılması suretiyle gerçekleştirilmektedir. Bir diğer yaklaşım ise yine zarar rizikosunun artırılmasını nedensellik bağının ispat ölçüsü olarak kabul etmekle birlikte, rizikonun yani şansın gerçekleşme oranında tazminata hükmedilmesidir. Son yaklaşım ise şans kaybının zarar olarak kabul edilmesini ve tazminatın şansa tekabül eden oranda tazminini öngörmektedir⁷²⁴.

Bu başlık altında her bir eyalet hukuku ayrı ayrı incelenmemiş olup, genel bir görünüm verilmiştir. Amerikan hukukunda iyileşme şansı kaybına ilişkin parçalanmış görüntüye rağmen iyileşme şansı kaybının zarar olarak kabul edilmesi yönünde bir eğilim olduğunun da belirtilmesi gerekmektedir.

B. Şans Kaybı Zararı

Amerikan hukukunda iyileşme şansı kaybının bir zarar olarak kabul edilip, oransal tazminata hükmedilmesinde *Prof. Joseph King*’in 1980 yılında yazmış

⁷²⁴ **King**, Reformulation, s.508; **Saroyan, Z.T.**: The Current Injustice of the Loss of Chance Doctrine: An Argument for a New Approach to Damages, 33 Cumb. L. Rev. 2002-2004, s.15; **Keith, D.L.**: Loss of Chance: A Modern Approach to Damages in Texas, Baylor L.Rev. 1992, s.73; **Fischer, D.**: Tort Recovery for Loss of a Chance, 36 Wake Forest L. Rev., 2001, s.605 (Loss of Chance).

olduğu makalenin çok büyük etkisi olduğu kabul edilmekte⁷²⁵, hatta *King*, Amerikan hukukunda iyileşme şansı kaybını teorik olarak geliştiren kişi olarak anılmaktadır⁷²⁶.

İlk çalışmasında *King*, ya hep ya hiç sonucu yerine, daha iyi bir sonuç elde etme veya kötü bir sonucu engelleme şansı kaybının tazmin edilebilir olduğunu ve bu kayba değer biçilebileceğini ileri sürmüştür. Nitekim *King*'e göre, geleneksel nedensellik anlayışının yol açtığı ya hep ya hiç yaklaşımına; birden çok nedenle karşı çıkılabilir. Öncelikle ya hep ya hiç yaklaşımı radikal sonuç doğurmaktadır. Dolayısıyla ispat ölçüsü seviyesinde olmayan şans hiçbir şey ifade etmemektedir. Bu yaklaşımın yol açtığı olumsuz sonuçların bertaraf edilmesi için *King*, daha iyi bir sonuç elde etme veya kötü bir sonucu engelleme şansı kaybının tazmin edilebilir olduğunu ve bu kayba değer biçilebileceğini ileri sürmüştür⁷²⁷.

Fischer, şans kaybının tazmin edilebilir olması için bir değer arz etmesi gerektiğini ve şansın bu kapsamda kendi başına hukukî bir koruma hak eden bir değere sahip olduğunu ileri sürmektedir. Bir kaybın değer arz edip etmediği hususunda, bu kayba insanların ödeme yapmak isteyip istemeyecekleri de belirleyici bir etkidir. Bu kapsamda bir taşınmazı elde etme şansına sahip olmak için ödeme yapmak isteyenler kadar, %50'nin altında olsa bile ölümcül bir hastalığın iyileşme şansına sahip olmak için ödeme yapmak isteyenler bulunmaktadır. Her iki durum arasındaki tek fark ilkinde imara açılma şansı bulunan bir arsanın piyasa değeri

⁷²⁵ **Saroyan**, s.15; **Keith**, s.73.

⁷²⁶ **Keith**, s.763.

⁷²⁷ **King, J.H.:** Causation, Valuation, and Chance, in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences, Yale L.J. 1980-1981 s.1376 (valuation).

bulunurken, iyileşme şansının piyasa değerinin bulunmamasıdır. Bu bağlamda piyasa değerinin bulunup bulunmamasının yanı sıra o kaybı elde etmek için ödeme yapmak isteyenlerin bulunup bulunmadığının da dikkate alınması gerekmektedir⁷²⁸.

Doktrindeki bu görüşlerin yanı sıra Amerikan hukukunda iyileşme şansı kaybının zarar olarak kabul edilmesinde *Herkovits* kararının da önemli bir yeri olduğu belirtilmektedir⁷²⁹. Daha önce de belirtildiği üzere her ne kadar bu kararda şans kaybı zarar olarak kabul edilmese de, *Justice Pearson* görüşünde tazminat hesabında *King*'in şans kaybı doktrininin uygulanmasını önermiştir.

Parçalanmış görüntüye rağmen, her geçen gün doktrini kabul eden eyalet sayısı artmaktadır. Buna paralel olarak *Restatement III*'de de ayrıntılı bir şekilde ele alınmasa da şans kaybının nedensellik bağının tesisi kapsamında ele alınması değil, iyileşme şansı kaybının zarar olarak kabul edilmesi tavsiye edilmiştir.

C. Tazminat Miktarının Belirlenmesi

Tazminat miktarının belirlenmesi konusunda da bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Bu kapsamda ya zarar görenin ihmâlin vuku bulduğu sırada sahip olduğu şansın, nihaî zarar miktarıyla çarpılması suretiyle ya da ihmâlin söz konusu olduğu zaman zarar görenin sahip olduğu şans ile doğru tanı ve tedaviyle sahip olacağı şans arasındaki farkın nihaî zarar miktarıyla çarpılması suretiyle belirlenmektedir. Bununla birlikte *Boody v. United States* davasında farklı bir

⁷²⁸ **Fischer**, loss of a chance, s.618.

⁷²⁹ **Keith**, s.771.

hesaplama yöntemi benimsemiştir. Bu davada davacının istatistikî tablolara göre beklenen yaşayacağı yıl, ihmâl olmasaydı yaşaması beklenen yıla bölünmekte ve nihaî zarar miktarıyla çarpılmak suretiyle tazminat belirlenmektedir⁷³⁰.

Ellis, bu hesaplama yöntemleri arasındaki farklılığının aslında oldukça önemli olduğunu, nitekim davacının alacağı miktarlar arasında ciddî fark olduğunu bir örnekle açıklamıştır. *Ellis*'in örneği uyarınca “hekimin ihmâli olmasaydı, dolayısıyla hastaya zamanında ve doğru bir tedavi uygulanmış olsaydı, hastanın 5 yıl yaşama şansı %75 olarak belirlenmiştir. Hekimin ihmâli sonucunda ise hastanın iyileşme şansı %20'ye düşmüştür. İstatistikî verilere göre normal koşullar uyarınca hastanın 40 yıl ve üzerinde daha yaşaması beklenmektedir. Nihaî zarar \$100,000 olarak belirlenmiştir”.

“Bu bağlamda nedensellik bağının esnetilmesi suretiyle tesis edilmesi durumunda hasta \$100,000 tazminat alacaktır. Tazminat miktarının davacının ihmâlin yapıldığı zaman sahip olduğu şansa göre belirlenmesi durumunda ($\%75 \times 100,000$) davacı \$75,000; ihmâl zamanında sahip olduğu şans ile tedavi aldığı zamanki şans arasındaki farka göre belirlenmesi durumunda ($\%75 - \%20 = \%55 \times 100,000$) \$55,000; *Boody* davasında benimsenen metoda göre belirlenmesi durumunda ise ($5/40 \times 100,000$) \$12,500 alacaktır”⁷³¹.

⁷³⁰ *Ellis*, s.376-377.

⁷³¹ *Ellis*, s.377.

SONUÇ

I. Hukuk Düzenlerindeki Farklılıklar

İyileşme şansı kaybının tazminine yönelik ilk tespit, hiç şüphesiz hukuk düzenlerinin uygulamaları arasındaki farklılıklar olacaktır. Bu çerçevede Fransız hukukunda iyileşme şansı kaybı zarar olarak tazmin edilirken, Amerika Birleşik Devletleri'nde bazı eyalet hukuklarında zarar olarak tazmin edilmekte, bazı eyalet hukuklarında nedensellik bağının esnetilmesi suretiyle tazmin edilmekte, bazı eyalet hukuklarında ise tazmin edilmemektedir.

İsviçre ve İngiliz hukuklarında; genel olarak, şans kaybının tazmin edilebilirliği tartışılmakla birlikte, tazmin edilemeyeceği sonucuna varılmakta, buna mukabil Türk hukukunda tazmin edilebilirlik, hiçbir mahkeme kararı tarafından ele alınmadığı ve doktrinde de sadece iki çalışmaya konu olduğundan tazmin edilmediği sonucuna varılabilmektedir.

Alman hukukunda iyileşme şansı kaybı tazmin edilmemekte, ancak ispat yükünün ters çevrilmesi suretiyle bambaşka bir yol izlendiği görülmektedir. Avusturya hukukunda ise, şans kaybı doktrini kabul edilmemekle birlikte, aynı işlevi gördüğü kabul edilecek bir uygulama bulunmaktadır.

Ülke uygulamalarında sorunun sorumluluk hukukunun farklı kavramlarından yola çıkılarak ele alındığı görülmektedir. Aslında bu farklılık, hukuk düzenlerinin sorumluluk hukukları arasındaki genel farklılıkları yansıtır niteliktedir. Nitekim

Fransız ve Amerikan hukukunun zarar konusundaki liberal yaklaşımları, sorunun zarar kavramından yola çıkılarak ele alınmasını mümkün kılmaktadır. Ayrıca Fransız hukukundaki tazmin edilebilir zararın unsurlarından, zararın kesinliği ile Alman hukukunda nedensellik bağının aynı işlevi gördüğü tespiti yapılmaktadır. Fransız hukukunda nedensellik bağının tesisinde, mahkemelerce farklı testler uygulandığı, doktrinde bu konuya çok fazla yer verilmediği ve nedensellik bağının tesisi altında yapılan tartışmaların, zararın kesinliğine ilişkin olduğu göz önünde bulundurulduğunda bu tespite katılmamak mümkün değildir.

Hukuk düzenlerinin iyileşme şansı kaybı sorununu sorumluluk hukukunun farklı kavramları altında ele almalarından ziyade soruna nasıl bir çözüm getirdikleri önem arz etmektedir. Bu kapsamda ispat yükünün ters çevrilmesi ve nedensellik bağının esnetilmesi konuya ilişkin ileri sürülen çözüm yollarını oluşturmaktadır.

Alman hukukunda benimsenen ispat yükünün ters çevrilmesi uygulamasının şans kaybı doktriniyle aynı işlevi gördüğü söylenebilir. Her ne kadar Alman hukukundaki bu uygulama “hiçbir hukuk düzeninde böylesine garip bir uygulama bulunmamaktadır” gibi ağır eleştirilere maruz kalsa da, en azından davalının ağır kusurlu olması durumunda tazminat öngörmektedir. Bu kapsamda bu çözüm yolunun, iyileşme şansını tazmin etmeyen diğer hukuk düzenlerine tercih edilebileceği söylenebilir. Ancak böyle bir uygulamanın benimsenmesinde; Alman hukukunda nedensellik bağının ispatında, §286 ZPO uyarınca tam ispatın, yani kesinlik sınırında bir ihtimalin aranmasının da büyük bir etkisi olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Nitekim bu düzenleme nedensellik bağının tesisini

neredeyse imkânsız kılmakta, bu da, daha düşük ispat ölçüleri benimseyen hukuk düzenlerinden farklı olarak hekimin ihmâli nedeniyle zarar gören çok daha fazla kişinin tazminat alamamasına yol açmaktadır. Bununla birlikte, bu yaklaşımın belirsizlik riskinin tümünü hekime yüklemesi, dolayısıyla hastanın tam tazminat almasının da hakkaniyete aykırılık teşkil edeceği göz önünde bulundurulmalıdır. Özellikle şans kaybı doktrininin çıkış noktasının, ya hep ya hiç yaklaşımının hakkaniyete aykırılığı olduğu düşünülürse, bu yaklaşımın hasta yönünden olmasa da hekim yönünden aynı sonucu doğuracağı tespiti yapılabilir. Amerika Birleşik Devletlerinin bazı eyaletlerinde uygulandığı üzere, nedensellik bağının esnetilmesi de, oransal tazminata hükmedilmediği müddetçe, ispat yükünün ters çevrilmesiyle birebir aynı olmamakla birlikte benzer bir sonuca yol açacaktır.

II. Hukuk Düzenlerindeki Benzerlikler

A) “Ya Hep Ya Hiç” Yaklaşımının Hakkaniyete Aykırılık Teşkil Etmesi

İyileşme şansı kaybının tazmin edilip edilmediğine bakılmaksızın, tüm hukuk düzenlerinde hemen hemen benzer argümanlar, doktrinin savunucuları ve muhalifleri tarafından ileri sürülmektedir. İyileşme şansı kaybının tazmininde temel sorun, hekimin ihmâlinin zararın *conditio sine qua non*’u olmaması, başka bir anlatımla, tabii nedenselliğin tesis edilememesidir. Bu da hukuk düzenlerinde benimsenen çeşitli ispat ölçüleri çerçevesinde belirli bir yüzdenin altında kalan iyileşme şansının tazmin edilememesini, nedensellik bağının tesis edilmesi durumunda ise tam tazminata hükmedilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu durum “ya hep ya hiç” sonucu

veya yaklaşımı olarak nitelendirilmekte ve hakkaniyete aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmektedir. Bu kapsamda vicdanı rahatsız eden husus özellikle ölümcül hastalıkların söz konusu olduğu olaylarda, hekime başvurduğunda, zaten nispeten düşük bir yaşama şansına sahip bir hastanın bu şansının, hekimin ihlâli nedeniyle elinden alınması durumunda, hastanın tazminat alamamasıdır.

B) Şans kaybının Zarar Olarak Kabul Edilmesine Yönelik Eleştiriler

Şans kaybının klâsik zarar anlayışına uymadığı eleştirisinin de haklı olduğu kabul edilmelidir.

1. İyileşme Şansı Kaybının Bağımsız Bir Zarar Olup Olmadığı

İyileşme şansı kaybının nihaî zarar olan ölüm veya kalıcı maluliyetten bağımsız olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği argümanı çürütülmesi güç bir argümandır. Nitekim şans kaybının zarar olarak kabul edilmesiyle aslında nedensellik bağının tesis edilemediği tüm durumlarda, nedensellik bağı şartının etrafında dolanılması suretiyle sorumluluğun kurulduğu görülmektedir. Her ne kadar iyileşme şansının tazmin edilebilmesi için şansın ciddî olması, gerçek olması, esaslı bir şans olması, sadece spekülatif olmaması gibi kriterler benimsenmiş olsa da, bu kriterler, nedensellik bağının ispat ölçüsünün düşürülmesi olarak da nitelendirilebilir.

Bu argümana karşı nedensellik bağının tesisinde ileri sürülen argümanlar burada da ileri sürülebilir. Tabii nedenselliğin, başka bir anlatımla kusurun zararın zorunlu şartı olma gerekliliğinin her zaman sıkı bir şekilde aranmadığı, kimi zaman

bu testin tatmin edici sonuçlar doğurmadığı ileri sürülüp, özellikle ortak nedenselliğin ve alternatif nedenselliğin bu durumun örnekleri arasında yer aldığı belirtilebilir. Hangi teorik gerekçeyle açıklanmaya çalışılırsa çalışılsın, aslında, alternatif nedensellikte zarar verenlerden sadece birinin zarara neden olduğu konusunda bir şüphe bulunmadığı için, *Bydlinski*'nin sorumluluğun “olası nedene dayanılarak” kurulduğu argümanına katılmamak da mümkün değildir.

2. İyileşme Şansı Kaybının Malvarlığı Değeri Arz Etmemesi ve Dolayısıyla Fark Teorisine Aykırılık

Her ne kadar özellikle ölümcül bir hastalığa maruz kalan bir kişinin veya yakınlarının %1 oranında dahi olsa iyileşme şansına sahip olmak için, bedel ödemeye hazır oldukları kabul edilse de, Alman hukuk çevresinde iyileşme şansı kaybının genel olarak malvarlığı değeri arz etmediği kabul edilmektedir.

Türk/İsviçre hukuklarında hakim görüş fark teorisini savunduğundan, bu çerçevede iyileşme şansı kaybının zarar olarak kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir. Ancak bu argümana karşı sınırlı da olsa yine fark teorisine göre zarar teşkil etmemekle birlikte, normatif zararın tazmin edildiği ileri sürülmektedir. Buna ek olarak, günümüzde zarar kavramının genişlemesi gerekliliği ileri sürülmekte ve hatta İsviçre Borçlar Hukuku 2020 tasarısında şans kaybının tazminini de içeren bir değişiklik öngörmektedir. Yeni anlayışın kabul edilmesi durumunda farklı bir değerlendirme yapılabilir. Ancak, özellikle normatif zarar örneklerinde iyileşme şansı kaybında olduğu gibi nedensellik bağının tesisi sorunuyla karşılaşmamaktadır. Nitekim bu zararlar da tazmin edilebilirliğinin tartışılmasına neden olan tek husus kaybın malvarlığı değeri arz etmemesidir.

Her ne kadar Fransız ve Amerikan hukuklarında nedensellik bağının, şans kaybı zararı ile kusurlu davranış arasında kurulması suretiyle, nedensellik bağının tesisine yönelik eleştirilerin bertaraf edildiği ileri sürülse de, bu düşünce pek gerçekçi gözükmemektedir. Nedensellik bağının tesisinde yaşanan sorunun, iyileşme şansının zarar olarak kabul edilmesiyle üstünün örtülmesinin söz konusu olduğu görüşe katılmamak mümkün değildir.

Bunun yanı sıra normatif zararı reddedenler tarafından söz konusu kaybın koşulları varsa manevi zarar kapsamında tazmin edilebileceği tartışılmaktadır. Bu kapsamda şans kaybının manevi zarar olup olmadığının da sonuca bağlanması gerekmektedir. Özellikle iyileşme şansı kaybının, hasta veya yakınlarında yaratacağı acı, elem, ızdırap düşünüldüğünde ilk etapta bu kaybın manevi zarar teşkil edebileceği düşünülmektedir. Bununla birlikte hekimin kusuru ile nihaî zarar arasında nedensellik bağının tesis edilemediği göz önünde bulundurulduğunda, nihaî zarara bağlı manevi zararın da tazmin edilemeyeceği sonucuna varılmaktadır. Ayrıca örnek üzerinden gidilecek olursa, hekimin ihlâlinin neden daha uzun süre tedavi masrafı, kazanç kaybı gibi maddî ve bundan doğan manevi zararların tazmin edilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

3. İyileşme Şansı Kaybının Objektif Şans Kavramına Aykırılığı

Objektif şanstın söz edilebilmesi için; nedenin doğası gereği indeterministik olması gerekmektedir. Belirsizlik ilkesinin çıkış noktası düşünüldüğünde tespit daha da anlam kazanmaktadır. Nitekim *Heisenberg*'in belirsizlik ilkesi uyarınca; atom altı parçacığının hem hızının hem konumunun aynı anda tespit edilmesi mümkün değildir. Bu noktada tesadüf devreye girmekte ve açıklamalar objektif şans-ihhtimale

dayanılarak yapılabilmektedir. Oysa mekanik determinizmde sıkı bir neden-sonuç ilişkisi bulunmaktadır. Neden-sonuç ilişkisinin açıklanamamasının tek nedeni, insanoğlunun bilgi eksikliğidir. Paranın havaya atılması örneğinde, hatırlanacağı üzere para henüz havaya atılmamışsa, yazı ya da tura gelmesi birçok faktöre bağlı bir durumdur ve burada objektif şanstın söz edilebilir. Bununla birlikte para yere düşmüşse sadece yazı mı geldiği ya da tura mı geldiğinin bilinmemesi söz konusu olduğu için objektif şanstın söz edilmemektedir.

Her ne kadar bu yaklaşım pozitif bilimlerle hukuk bilimi arasında bir uygunluk sağlayacak ise de deterministik-indeterministik (objektif şans-epistemolojik şans) ayrımı bir hukukçunun eğitimini almadığı bir alanda yargıda bulunması, hatta bu yargıya dayanarak hukukî bir değerlendirme yapması anlamına gelmektedir. Bir taraftan bir hukukçudan böyle bir değerlendirme yapmasının beklenmesinin gerçekçi olmayacağı, diğer taraftan ise böyle bir değerlendirme yapılması halinde dahi buna güvenilemeyeceği düşünülmektedir. Bu nedenle iyileşme şansı kaybının tazminine yönelik bu eleştiri görmezden gelinebilir.

Bu argümanla asıl değinilmek istenen husus, ihtimale dayanan bir yargının, sorumluluğun kurulması sırasında değil, zarar miktarının belirlenmesinde göz önünde bulundurulmasına yöneliktir. Nitekim iyileşme şansı kaybının söz konusu olduğu olaylarda nihai zarar gerçekleşmiştir.

Ağırlıklı olarak İngiliz hukukunda ve Amerika'nın bazı eyalet hukuklarında uygulanan, Fransız hukukunda ise eleştiri olarak ileri sürülen bu argümanın genel olarak Türk/İsviçre hukukunda da uygulandığı sonucuna varılabilir. Bu kapsamda

yanıtlanması gereken soru, sorumluluğun ihtimale dayanılarak kurulup kurulamayacağıdır.

Tüm bu tespitler ışığında şans kaybının gerek zarar olarak kabul edilmesi, gerek nedensellik bağı ve ispatı çerçevesinde çeşitli kolaylıklar benimsenmesi suretiyle tazmin edilmesi durumunda sorumluluk hukukunun geleneksel kavramlarının zorlandığı görülmektedir. Bu durum da *Lord Nicholls of Birkenhead*'in, *Gregg* kararında belirttiği üzere “zor davaların kötü hukuk doğurabileceği” tehlikesiyle karşı karşıya kalındığını göstermektedir. Bununla birlikte nedensellik sorununa tıp biliminin cevap verememesi nedeniyle, özellikle ölümcül hastalıklar gibi iyileşme/yaşama şansının -ki bu şans, en temel insan hakkı olarak kabul edilen yaşama hakkına ilişkindir- düşük olduğu olaylarda, belirsizlik riskine hastanın tek başına katlanması hakkaniyet duygusunu zedelemektedir. Ayrıca hekimin tedavi sonucunu garanti etmediği, sadece özen gösterme yükümlülüğü bulunduğu, bunun da aslında hastanın iyileşme şansı kaybını korumaktan başka bir şey olmadığı görüşü, bir önceki sonucu kuvvetlendirmektedir.

Ayrıca şans kaybının tazmin edilmesinin haksız fiil hukukunun caydırıcılık fonksiyonuna hizmet edebileceği düşünülmektedir. Olaya hekim tarafından bakılacak olursa, öncelikle caydırıcılık fonksiyonun Türkiye’de çok büyük bir etki doğurmayacağı sonucuna varılmaktadır. Nitekim hekimlerin iş yükleri, çalışma saatleri ve çalışma koşulları göz önünde bulundurulduğunda, isteseler de genel olarak daha fazla özen göstermelerinin çok da mümkün olmadığı yargısına varmak mümkündür. Benzer nedenlerden dolayı, Amerika’da tıbbî sorumluluk davaları

nedeniyle beyin cerrahisi alanında uzmanlaşmak isteyen hekimlerin sayısının azaldığı da görülmektedir. Sorumluluk hukukunun yanı sıra tüm bu hususlar da göz önünde bulundurulursa, belirsizlik riskine hekimin de tek başına katlanması hakkaniyet duygusunu zedeleyecektir. Tarafların menfaatini dengelemek adına, zararın gerçekleşmesi oranında tazminata hükmedilmesi uygun bir çözüm yolu olarak gözükmektedir.

Her ne kadar geleneksel yaklaşımlar zorlansa da en adilâne çözümün tıbbî sorumluluk alanında iyileşme şansı kaybının, şansa tekabül eden oranda tazmin edilmesi olduğu sonucuna varılmıştır. Nedensellik bağının ispatı çerçevesinde yapılacak olan bir düzenleme, haklı olarak İsviçre Kadük Tasarısına geri dönüş anlamına gelmektedir. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun bu tasarıyı esas aldığı düşünüldüğünde, buna rağmen Tasarının 56 (d) maddesinin kanuna alınmamış olması, Türk Kanun Koyucusunun bu yönde bir iradesi olmadığını da ortaya koymaktadır. Diğer taraftan İsviçre Borçlar Hukuku 2020 Tasarısında zarar kavramının genişletildiği ve şans kaybının zarar olarak kabul edildiği görülmektedir. Ancak Federal Mahkemenin 2007 yılında vermiş olduğu karar bu konudaki tereddütleri de ortaya koymaktadır. Yine de diğer hukuk düzenlerindeki gelişmeler göz önünde bulundurulduğunda iyileşme şansı kaybının tazminine yönelik bir eğilim olduğu düşünülmektedir. Bu çerçevede Alman hukuku ve İngiliz hukuku bakımından aynı sonuca varılamayacağı ileri sürülebilse de, Alman hukukunda şansa tekabül eden oranda olmamakla birlikte, hekimin ağır kusurunun bulunduğu hallerde şans kaybının tazmin edildiği gerçeği unutulmamalıdır. İngiliz hukukunun nedensellik bağı ve ispatı konularında oldukça temkinli bir seyir içerisinde olduğu ortadadır.

Buna rağmen *Gregg* kararında, Lordlar Kamarası iyileşme şansı kaybı tazminini oy birliği ile değil, oy çokluğuyla reddetmiştir. Ayrıca *Lord Nicholls of Birkenhead*, - diğer Lordlar tarafından eleştirilse de- iyileşme şansı kaybının hangi koşullarda tazmin edileceğine ilişkin bir görüş ileri sürmüştür. Bu gelişmeler dikkate alındığında, İngiliz hukukunda doktrinin reddedilmesi konusunda -çok küçük de olsa-bir kırılma olduğu yorumu yapılabilir. Ancak şans kaybının reddedilmesi gerekçelerinden biri, iyileşme şansı kaybının tazmininin ulusal sağlık hizmetleri bakımından doğuracağı sonuçlar olduğu da unutulmamalıdır. Aynı mülâhazanın Türk hukuku bakımından da geçerli olduğu konusunda ise bir şüphe bulunmamaktadır. Nitekim iyileşme şansı kaybı tazmininin sağlık ve sigorta sistemi üzerinde nasıl etki doğuracağı da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu da iyileşme şansı kaybı tazmininin kabulü hususunun hukukî olmasının yanı sıra politik bir karar olduğu anlamına da gelmektedir.

ÖZET

Tezimizin konusu “Karşılaştırmalı Hukukta İyileşme Şansı Kaybının Tazmini”dir. Çalışmamız giriş ve sonucun dışında dört bölümden oluşmaktadır.

Giriş bölümünde konunun genel bir tanıtımı yapılarak, incelenecek olan kurumlar ve incelemenin nasıl yapılacağı belirtilmiştir.

Birinci bölümde şans kaybı kavramı, şans kaybının tazmin edilebilirliği, çeşitli hukuk düzenlerinin şans kaybının tazminine genel bakışı ele alınmaktadır. Son olarak da iyileşme şansı kaybı ve iyileşme şansı kaybının yeri kavramları açıklanmıştır.

İkinci bölümde şans kaybının, nedensellik bağı ve nedensellik bağının ispatı çerçevesinde tazmini incelenmiştir. Bu kapsamda çeşitli ispat kolaylıkları ile tesadüfün ve kusurlu bir davranışın yarıştığı durumlarda alternatif nedenselliğin kıyasen uygulanması ele alınarak, iyileşme şansı kaybının tazmini ile bu uygulama ve teorilerin ilişkisi incelenmiştir.

Üçüncü bölümde iyileşme şans kaybının nedensellik bağının tesis edilememesi nedeniyle tazmin edilemeyeceği görüşü ele alınarak, ülke uygulamaları incelenmiştir.

Son bölümde ise iyileşme şansı kaybının zarar olarak kabul edilerek tazmin edilmesi ele alınmış ve ülke uygulamalarına yer verilmiştir.

Sonuç bölümünde ise tüm bu yaklaşımlar ve iyileşme şansı kaybının tazmini karşılaştırmalı hukuk metodu kullanılmak suretiyle değeriendirilmiştir.

SUMMARY

Our thesis is related to “Recoverability of Loss of Healing Chance in Comparative Law”. The thesis consists of four chapter except of the introduction and conclusion.

In introduction chapter, subject of the thesis is introduced, general legal concepts which will be analyzed in thesis are mentioned and the methodology of the thesis is explained.

In first chapter concept of “chance” and “loss of chance”, recoverability of loss of chance is explained. After than how various legal systems and families deal with loss of chance is mentioned. First part ends with the explanations relating to the concept of “loss of a healing chance”.

In the second chapter, recoverability of loss of a healing chance under causation and the proof causation is explained. In this context various relaxation of proof of causation and analogy with alternative causation is mentioned and the relationship between the loss of a healing chance and these approaches is analyzed.

In the third chapter of the thesis, loss of a healing chance can not be recovered because of the lack of causation approach is discussed and in this concept various legal systems are analyzed.

In the last chapter approach of accepting loss of chance as an actionable damage approach is discussed and French and American legal systems analyzed.

In conclusion, all of these approaches of recoverability loss of a healing chance compared under the method of comparative law and made an evaluation according to this comparison.