

**MEMURİYET GÖREVİNİ İHLALDEN DOLAYI AÇILAN VE
İHTİYARİ DAVA ARKADAŞLIĞININ MEVCUT OLDUĞU
DAVADA KISMİ HÜKMÜN VERİLİP VERİLEMEYECEĞİ
MESELESİ HAKKINDA ALMAN FEDERAL TEMYİZ MAHKEMESİ
6. HUKUK DAİRESİ'NİN 17.2.2004 TARİH ve 39/03 SAYILI KARARI**

Cenk AKİL*

Özet

Memuriyet görevini ihlal sonucu açılan bir dava ile aynı zarardan dolayı üçüncü bir kişiye karşı açılan dava birleştirilirse ve üçüncü kişinin tazminatla yükümlü olup olmadığı hususu henüz karar verilmeye elverişli bir halde değilse, memuriyet görevini ihlal sonucu açılan dava, (ihtiyari) dava arkadaşı hakkında açılan tazminat davası sonucunda verilecek karar bu dava bakımından ön sorun olduğu gerekçesiyle, kısmi hükümle reddedilemez.

***Anahtar Kelimeler:** Medeni yargılama hukuku, memuriyet görevini ihlal sonucu açılan tazminat davası, kısmi hüküm, ihtiyari dava arkadaşı, ön sorun.*

The Decision Of The Federal Court Of Justice For The Sixth Civil Senate Dated 17.02.2004 And Numbered 39/03 Regarding The Matter Whether A Partial Verdict Can Be Given Or Not In A Suit, In Which A Permissive Joinder Of Parties Exists, Arising From The Breach Of An Official Duty

Abstract

In case a suit for damages arising from the breach of an official duty and another suit based upon the same damage that is brought against a third person are consolidated and if the matter whether the third person is liable for damages or not is not yet convenient for rendering a verdict; the suit arising from the breach of official duty can not be dismissed with a partial verdict on the ground that the verdict which will be rendered about the suit for damages brought against the permissive joinder of parties is a preliminary question for the former.

***Key Words:** Civil Procedure Law, suit for damages arising from the breach of an official duty, partial verdict, permissive joinder of parties, preliminary question.*

* Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi

AMK m. 839 II, I

Eğer memuriyet görevini ihlalden dolayı açılan dava (olayda, üniversite kliniğinin şef doktoruna karşı açılmıştır), aynı zarardan dolayı üçüncü bir kişiye (olayda, üniversite kliniğidir) açılan dava ile bağlantılı ise ve üçüncü kişinin tazminatla yükümlü olup olmadığı meselesi henüz karar vermeye elverişli bir duruma gelmemişse, görevden doğan sorumluluk davası (ihtiyari) dava arkadaşının tazminatla yükümlü olup olmadığını henüz aydınlığa kavuşturulmamış olmasına işaret edilerek kısmi hükümlerle reddedilemez. Çünkü onun hakkındaki karar, kısmi hükümlerle karara bağlanacak memuriyet görevinden dolayı açılmış bulunan dava bakımından ön sorun teşkil etmektedir (Hüküm onanmıştır. Bkz. BHGZ 120, 376 (380)= NJW 1993, 784).

Alman Federal Temyiz Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi, 17.2.2004 tarihinde, Hakim Dr. Müller başkanlığında, hakim Wellner, Diederichsen, Stöhr ve Zoll ile yapmış olduğu sözlü yargılama sonucunda şu kararı vermiştir:

Davacının temyiz başvurusu üzerine Braunschweig Yüksek Eyalet Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi'nin 30.11.2002 tarihli kararı kaldırılmış ve ikinci davalı hakkında verilen hüküm masrafa ilişkin kararlarla birlikte iptal edilmiştir.

Dava dosyası, iptal kapsamında yeniden yargılama yapılması ve -temyiz yargılamasına ilişkin masraflar da dâhil olmak üzere- yeniden karar verilmesi için istinaf mahkemesine geri gönderilmiştir.

OLAY:

Davacı, birincisi üniversite kliniği, ikincisi bu klinikte görevli şef doktor ve üçüncüsü müracaat edilen uzman doktor olmak üzere üç davalı hakkında tazminat davası açmış ve gerekçe olarak da hatalı bir EEG aletinden dolayı “epilepsi nöbeti ile birlikte Sturge-Weber-Sendromu”nda Hemisferektomi (çalışan sol büyük beynin alınması) operasyonunun 1995’te yapılması gerekirken geç kalınarak 1998’de yapıldığını ileri sürmüştür.

Eyalet Mahkemesi, birinci ve üçüncü davalıyı, davacının talep ettiğinin yarısı olan 150000 Mark ödemeye mahkûm etmiş; ikinci davalı ve geri kalanı bakımından ise davayı reddetmiştir. Karara karşı hem davacı hem de birinci ve üçüncü davalı, istinaf yoluna başvurmuştur. İstinaf mahkemesi vermiş olduğu kısmi hükümlerle, ikinci davalı hakkındaki ret kararına karşı yapılan istinaf başvurusunu reddetmiş; eyalet mahkemesinin üçüncü davalı

Memuriyet Görevini İhlalden Dolayı Açılan Ve İhtiyari Dava Arkadaşlığının...

hakkındaki hükmünü kısmen değiştirmiş ve ona yönelik davayı (tümüyle) reddetmiştir. Görevli Daire, davacının, ikinci ve üçüncü davalı hakkında verilen kısmi hükme karşı yaptığı ve dava konusu ettiği talepleri ileri sürmeye devam ettiği temyiz başvurusunu sadece ikinci davalı bakımından kabul etmiştir. O bakımdan temyiz başvurusu kararın kaldırılmasına ve dosyanın geri gönderilmesine yol açmıştır.

GEREKÇE:

I. İstinaf mahkemesi, ikinci davalıyla ilgili olarak vermiş olduğu kısmi hükmün gerekçesinde, ikinci davalı üniversite kliniğinde görevli bir şef doktor olduğundan onun haksız fiil sorumluluğunu yalnızca AMK m. 839'a dayandırmıştır. AY m. 34 uyarınca burada sorumluluk, ikinci davalının görev yapmakta olduğu üniversite kliniğine yani tüzel kişiliğe düşer. Buna karşılık, AMK m. 839, I/2 uyarınca görevini kusurlu bir biçimde ifa etmiş olan memur zarar görene (mağdura) devletin sorumluluğunu işaret edebilir ve kendisini sorumluluktan muaf tutabilir. Olayda ikinci davalı konumundaki şef doktorun, kişisel sorumluluğuna sebep olacak tarzda görevini kasten ihmal ettiğine dair somut bir dayanak noktası bulunmamaktadır.

II. Bu değerlendirme, temyiz başvurusu karşısında savunulabilir değildir. İtiraz edilen hüküm temyiz başvurusu üzerine iptal edilmiştir. İstinaf mahkemesinin, eyalet mahkemesinin ikinci davalıya ilişkin olarak verdiği karara karşı gidilen istinaf başvurusunu reddeden kararı caiz olmadığından, iptali istenen karar, temyiz başvurusu üzerine kaldırılmıştır.

1. Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin istikrar kazanmış kararlarına göre, kısmi hüküm, bakiye uyuşmazlık hakkında verilecek karardan, birbiriyle çelişkili karar verilmesini olanaksız kılacak derecede bağımsız ise verilebilir. Buraya kanun yolu mahkemeleri tarafından verilecek kararlar da dâhildir (karş. Senatsurteile BGHZ 120, BGHZ Band 120 Seite 376 [BGHZ Band 120 Seite 380] = NJW 1993, NJW Jahr 1993 Seite 784; NJW 1996, NJW Jahr 1996 Seite 1478 = VersR 1996, VERSR Jahr 1996 Seite 779 [VERSR Jahr 1996 Seite 780]; NJW 1999, NJW Jahr 1999 Seite 1035 = VersR 1999, VERSR Jahr 1999 Seite 734, jew. m.w. Nachw.; BGHZ 107, BGHZ Band 107 Seite 236 [BGHZ Band 107 Seite 242] = NJW 1989, NJW Jahr 1989 Seite 2821; BGH, FPR 2002, FPR Jahr 2002 Seite 557 = FamRZ 2002, FAMRZ Jahr 2002 Seite 1097). Bu ilke, pek çok ihtiyari dava arkadaşına karşı açılmış bulunan davalar bakımından da geçerlidir (karş. Senat, NJW 2004, NJW Jahr 2004 Seite 1452,

und NJW 1999, NJW Jahr 1999 Seite 1035 = VersR 1999, VERSR Jahr 1999 Seite 734; BGH, NZI 2003, NZI Jahr 2003 Seite 229 = ZIP 2003, ZIP Jahr 2003 Seite 594; vgl. auch OLG München, NJW-RR 1994, NJW-RR Jahr 1994 Seite 1278; LG Köln, MDR 2001, MDR Jahr 2001 Seite 232, mit Anm. von E. Schneider; Zöller/Vollkommer, ZPO, 24. Aufl., § 301 Rdnrn. 4, 7).

2. Mevcut olay bakımından ise çelişkili karar verilmesi ihtimalinin olmadığı söylenemez.

a) Her şeyden önce istinaf mahkemesinin hukuki çıkış noktası hatalıdır. Şöyle ki, istinaf mahkemesi, bir yandan, AY m. 34 uyarınca şef doktorun kusurundan dolayı üniversite kliniğinin sorumluluğunu kabul etmiş; öte yandan gerekçede AY m. 34 kapsamında sorumluluğun aktarılması bağlamında lüzumlu olmadığı halde, davalının AMK m. 839, I c.2 uyarınca üzerine düşen sorumluluğu havale etme ayrıcalığından söz etmiştir (karş. BGHZ 85, BGHZ Band 85 Seite 393 [BGHZ Band 85 Seite 395ff.] = NJW 1983, NJW Jahr 1983 Seite 1374; BGHZ 89, BGHZ Band 89 Seite 264 [BGHZ Band 89 Seite 273] = NJW 1984, NJW Jahr 1984 Seite 1400). Temyiz başvurusunda, haklı olarak, AY m. 34'ün sadece bir kamu görevlisinin, kendisine görevinden dolayı tevdi edilen kamu gücünü üçüncü bir kişiye karşı icra ederken, yani devletin egemenlik kudretini kamusal biçimde kullanırken görevini ihlal etmesi durumunda söz konusu olacağına işaret edilmiştir. Buna karşılık, ikinci davalının AMK m. 839 ile AMK m. 839, I/2'nin sorumluluğu havale etme imkanı veren hükmü karşısında kişisel sorumluluğu, ilke olarak, ancak egemenlik gücünün kullanılmadığı; aksine özel hukuka ilişkin bir alanda hareket edildiği takdirde gündeme gelir (karş. BGH, NJW 2001, NJW Jahr 2001 Seite 2626 [NJW Jahr 2001 Seite 2629] = NVwZ 2001, NVWZ Jahr 2001 Seite 1193 L). İstinaf mahkemesi, davacı ile tedavi ilişkisinin (istisnai olarak) kamu hukuku tarafından düzenlenmiş olduğunu tespit etmemiş olduğundan, temyiz yolu bakımından davacının yararına olmak üzere -genel olarak yapıldığı gibi (karş. BGHZ 85, BGHZ Band 85 Seite 393 [BGHZ Band 85 Seite 395] = NJW 1983, NJW Jahr 1983 Seite 1374; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 4. Aufl., A Rdnr. 22)- tedavi ilişkisinin özel hukukun kapsamı içerisinde değerlendirilmesi gerekir.

b) Bu şartlar altında AY m. 34 uyarınca sorumluluğun nakledilmesi söz konusu olmazsa, istinaf mahkemesi, -temyiz başvurusunda haklı olarak ileri sürüldüğü gibi- davacının, ikinci davalıya karşı açmış olduğu davanın

Memuriyet Görevini İhlalden Dolayı Açılan Ve İhtiyari Dava Arkadaşlığının...

reddine ilişkin karara karşı yaptığı istinaf başvurusunu, birinci davalının, yalnızca uyuşmazlık konusu olaya göre gündeme gelebilecek öteki tazminat imkanlarının mevcut olup olmadığı nihai olarak aydınlatılmadan, kısmi hükümle reddedemez. Fakat dava konusu olayda durum bu değildir. Çünkü istinaf mahkemesi, bu konu hakkında yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırmak istemiştir. Eğer istinaf mahkemesi diğer delilleri ikame ettikten sonra davalının sorumluluğunu reddetseydi, başka bir tazmin imkânı kalmazdı. Öyle ki, ikinci davalının kişisel sorumluluğu bağlamında, istinaf mahkemesinin görüş açısına göre de onun olayda kasıtlı bulunamaması olanaksız değildir. Bu ise tek başına kısmi hüküm verilmesinin caiz olmadığını göstermeye yetmektedir.

Eğer sadece bir memur hakkında görevini ihlal ettiği iddiasıyla AMK m. 839 uyarınca tazminat davası açılırsa ve başka bir tazmin imkânı olanaksız değilse, dava (şimdilik) temelsiz (haksız) olduğu gerekçesiyle reddedilebilir ise de aynı zarardan dolayı açılan görevden kaynaklanan tazminat davası, üçüncü bir kişiye karşı açılan başka bir dava ile bağlantılı ise ve onun tazminatla yükümlü olup olmadığı meselesi henüz karar verilmeye elverişli bir halde değil ise, görevden kaynaklı tazminat davası, ihtiyari dava arkadaşının tazminatla yükümlü olup olmadığının henüz aydınlığa kavuşturulmadığı gerekçesiyle kısmi hükümle reddedilemez. Çünkü ihtiyari dava arkadaşı hakkında açılan tazminat davası hakkındaki karar, kısmi hükümle karara bağlanacak olan memuriyet görevini ihlalden kaynaklanan tazminat davası bakımından ön sorun teşkil etmektedir (karş. BGHZ 120, BGHZ Band 120, 376 [380] = NJW 1993, 784 diğer gerekçelerle birlikte).

KISALTMALAR CETVELİ

AMK	: Alman Medeni Kanunu
Anm.	: Anmerkung
Aufl.	: Auflage
AY	: Alman Federal Anayasası
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungssammlung des BGH in Zivilsachen
FamRZ	: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
karş.	: karşılaştırınız
LG	: Landgericht
m.w.Nachw.	: mit weiteren Nachweisen
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	: NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NVwZ	: Neue Zeitschrift für Versicherung und Recht
NZI	: Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
OLG	: Oberlandesgericht
Rdnr.	: Randnummer
s.	: siehe
Schriftltg.	: Schriftleitung.
VersR	: Versicherungsrecht
ZIP	: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	: Zivilprozessordnung