

ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

AKİT DIŞI SORUMLULUKTA
MADDİ TAZMİNAT

T. C.
Yükseköğretim Kurulu
Dokümantasyon Merkezi

DOKTORA TEZİ
(Özel Hukuk Anabilim Dalı)

Mustafa Tiftik

İ Ç İ N D E K İ L E R

KISALTMALAR	X
BİBLİYOGRAFYA	XI

§ 1. G İ R İ Ő

I. KONUNUN SUNULMASI	1
II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	3
III. PLÂN	4

B İ R İ N C İ B O L Ü M

AKİT DIŞI SORUMLULUK, DAYANDIĞI İLKELER VE UNSURLARI

§ 2. AKİT DIŞI SORUMLULUK KAVRAMI VE AKİT DIŞI SORUMLULUĞUN DAYANDIĞI İLKELER	5
---	---

I. HUKUKİ SORUMLULUK VE AKİT DIŞI SORUMLULUK	5
--	---

II. AKİT DIŞI SORUMLULUĞUN DAYANDIĞI İLKELER	6
--	---

A. Kusur İlkesi	6
---------------------------	---

1. Genel Olarak	6
---------------------------	---

2. Kusur İlkesini Yetersiz Kılan ve Sebebiyet İlkesinin Gelişmesine Yol Açan Sebepler	7
---	---

a) Teknik gelişmeler ve ona bağlı olarak tehlikelerin artması	7
---	---

b) Kusuru ispat güçlüğü	8
-----------------------------------	---

c) Sorumluluk hukukundaki sosyal düşünce	8
--	---

B. Sebebiyet İlkesi ve Sebep Sorumluluğu	8
--	---

1. Genel Olarak	8
---------------------------	---

2. Sebep Sorumluluğunun Dayandığı Düşünceler	9
--	---

a) Tehlike düşüncesi	9
--------------------------------	---

b) Hakkaniyet düşüncesi	9
-----------------------------------	---

c) Hâkimiyet düşüncesi	10
----------------------------------	----

§ 3. SEBEP SORUMLULUĞU VE BAŞLICA SEBEP SORUMLULUĞU HALLERİ	
---	--

I. GENEL OLARAK	10
---------------------------	----

II. BAŞLICA SEBEP SORUMLULUĞU HALLERİ	12
---	----

A. Hakkaniyet Sorumluluğu	13
1. Genel Olarak	13
2. Gayrimümeyyizlerin Hakkaniyet Sorumluluğu	13
B. Objektif Özen Ödevinden Doğan Sorumluluk .	15
C. Tehlike Sorumluluğu	17
1. Genel Olarak	17
2. Motorlu Araç İşletenin, Aracın İşletilmesi dolayısıyla Doğan Zararlardan Sorumluluğu	19
D. Diğer Sebep Sorumlulukları	19
§ 4. DAR ANLAMDA HAKSIZ FİİL (KUSUR) SORUMLULUĞUNUN UNSURLARI	20
I. FİİL	20
II. HUKUKA AYKIRILIK	22
III. ZARAR	26
A. Tanım ve Kavram	26
B. Maddi Zararın Türleri	27
1. Fiili Zarar - Yoksun Kalınan Kâr	27
2. Doğrudan Doğruya Zarar - Dolayısıyla Zarar	28
3. Şeye İlişkin Zarar - Kişiyeye İlişkin Zarar- Diğer Zararlar	28
IV. İLLİYET BAĞI	29
V. KUSUR	32
A. Kavram ve Tanım	32
B. Kusurun Türleri	33
1. Kast	33
2. İhmal	34
C. İhmalin Ölçüsü	36
D. Kusur İle Temyiz Kudreti Arasındaki İlişki .	37

İ K İ N C İ B Ö L Ü M

MADDİ TAZMİNAT KAVRAMI VE MADDİ TAZMİNATIN TÜRLERİ

§ 5. MADDİ TAZMİNATIN TANIMI VE AMACI	39
§ 6. MADDİ TAZMİNATIN TÜRLERİ	41
I. AYNEN TAZMİN	42
II. NAKDEN TAZMİN	45
A. Genel Olarak	45
B. Nakdi Tazminatın Türleri	50
C. İratların Sermayeye Çevrilmesi (Sermaye- leştirme)	55
III. ŞEYE VE KİŞİYE İLİŞKİN ZARARLAR İLE DİĞER ZARARLARDA TAZMİNATIN TÜRÜ	64
A. Şeye İlişkin Zararlarda Tazminatın Türü .	64
B. Kişiyeye İlişkin Zararlarda Tazminatın Türü .	64
1. Bedensel Bütünlüğün İhlalinde	64
2. Adam Ölümünde	65
C. Diğer Zararlarda Tazminatın Türü	67

Ü Ç Ü N C Ü B Ö L Ü M

MADDİ TAZMİNATIN TAYİNİNDE ROL OYNAYAN İNDİRİM SEBEPLERİ

§ 7. GENEL OLARAK	68
§ 8. ZARAR SORUMLUSUNA İLİŞKİN İNDİRİM SEBEPLERİ	74
I. ZARAR FAİLİNİN HAFİF KUSURU	75
II. ZARAR SORUMLUSUNUN MÜZAYAKA DURUMU	80
A. Genel Olarak	80
B. BK.m.44 f.II Hükümünün Uygulanma Şartları .	82
1. Zarar Failinin Ağır Kusurunun Bulunmaması .	82

2. Zarar Sorumlusunun Tazminat Dolayısıyla Müzayaka Durumuna Düşecek Olması	83
3. Hakkaniyet Tazminatta İndirim Yapılmasını Gerektirmelidir	84
§ 9. ZARAR GÖRENE İLİŞKİN İNDİRİM SEBEPLERİ	88
I. ZARAR GÖRENİN RIZASI	88
A. Genel Olarak	88
B. Medeni Kanununun 24. Maddesine, 4.5.1988 Tarih ve 344 Sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikten Sonraki Durum	91
C. Zarar Tehlikesini Göze Almak	96
II. ZARAR GÖRENİN KUSURU	98
A. Kavram	98
B. Zarar Görenin Kusuru Halleri	105
1. Zarar Görenin Zararın Doğmasına İştirak Etmesi	106
2. Zarar Görenin Doğmuş Olan Zararın Artmasına Sebep Olması	110
a) Şeye ilişkin zararlarda	112
b) Bedensel bütünlüğün ihlalinden doğan zararlarda	113
(1) Zarar görenin meslek değiştirmekten kaçınması	114
(2) Zarar görenin ameliyata veya tedaviye rıza göstermemesi	115
C. Gayrimüeyyiz Zarar Görenin Objektif Bakımdan Kusurlu Davranışıyla Zararın Doğmasına İştirak Etmesi veya Artmasına Sebep Olması .	118
D. Zarar Görenin Yardımcıların ve Benzerlerinin Kusurlarıyla Zararın Doğmasına İştirak Etmeleri veya Artmasına Sebep Olmaları ..	125
E. Zarar Görenin Kusurunun Hukuki Sonuçları .	130

1. Genel Olarak	130
2. Kusur Sorumluluğunda	133
3. Sebep Sorumluluklarında	136
§ 10. TAKDİRE BAĞLI İNDİRİM SEBEPLERİ	141
I. GENEL OLARAK	141
II. TARAFLARIN EKONOMİK DURUMU	146
A. Zarar Görenin Ekonomik Durumu	146
B. Zarar Sorumlusunun Ekonomik Durumu ..	148
III. HATIR İÇİN YARDIMDA BULUNMA	149
IV. UMULMAYAN HAL	153
V. ZARAR GÖRENİN BEDENSEL YATKINLIĞI ..	159
VI. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN KUSURU	163
VII. ZARAR GÖRENİN SORUMLU OLDUĞU İŞLETME TEHLİKESİ	168
VIII. TAKDİRE BAĞLI DİĞER İNDİRİM SEBEPLERİ ..	170
A. Zararın Önceden Kestirilemeyecek Mik- tarda Olması	170
B. Zayıf İlliyet Bağı	171
C. Kişisel Tanışıklık	172

D Ö R D Ü N C Ü B Ö L Ü M

MADDİ TAZMİNAT DAVASINDA YARGILAMA USULÜ

§ 11. MADDİ TAZMİNAT DAVASININ TARAFLARI	174
I. DAVACILAR	174
A. Genel Olarak	174
B. Zarar Gören	175
C. Zarar Görenin Olmesi Halinde Mirasçılardı .	175
1. Zarar Verici Fiil veya Olay Sonucu Ölen Kimsenin Mirasçılardı	175

2. Zarar Görenin Uğradığı Zarar Sebebiyle Bizzat İsteyebileceği Tazminat Hakkının Mirasçılara Geçmesi	176
D. Tazminat Talep Hakkı Kendilerine Devre- dilenler	176
E. Sigortacı	177
II. DAVALILAR	178
A. Zarar Sorumlusu	178
B. Zarar Sorumlusunun Mirasçıları	178
§ 12. TAZMİNATIN TAYİNİNDE ROL OYNAYAN İNDİRİM SEBEP- LERİNİN DAVADA İLERİ SÜRÜLMESİ	179
I. TAZMİNATTA İNDİRİM TALEBİNİN HUKUKİ NİTE- LİĞİ	179
II. TAZMİNATTA İNDİRİM TALEBİNE BAĞLANAN SO- NUÇLAR	180
A. İspat Yüğü	180
B. İndirim Sebeplerinin İleri Sürülmesinin Savunmanın Genişletilmesi ve Değiştiril- mesi Yasağı Açısından İncelenmesi	181
§ 13. MADDİ TAZMİNAT DAVASINDA GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME	183
I. YETKİLİ MAHKEME	183
II. GÖREVLİ MAHKEME	184
§ 14. MADDİ TAZMİNAT DAVASININ CEZA DAVASIYLA İLİŞKİSİ	186
I. BAĞIMSIZLIK İLKESİ	186
II. BAĞIMSIZLIK İLKESİNİN İSTİSNALARI	188
§ 15. MADDİ TAZMİNAT DAVASINDA ZAMANAŞIMI	191
I. KISA ZAMANAŞIMI	192
II. UZUN ZAMANAŞIMI	193

6

III. CEZA DAVASI ZAMANAŞIMI	193
SONUÇ	194
EKLER	202



KISALTMALAR

Aufl.	: Auflage (Baskı)
Art.	: Artikel (Madde)
AD.	: Adalet Dergisi
AHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK.	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBK.	: İsviçre Borçlar Kanunu
İçt. Bir. Kar.	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İHM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İKİD.	: İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi
Karş.	: Karşılaştırınız
K.	: Karar
KTK.	: Karayolları Trafik Kanunu
MK.	: Medeni Kanun
Nr.	: Nummer (Numara)
OR	: Obligationenrecht
RG.	: Resmi Gazete
RKD.	: Resmi Kararlar Dergisi
S.	: Sayı
TİK.	: Türk İçtihatları Külliyyatı
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi

B İ B L İ Y O G R A F Y A *

- ADAL, Erhan : Trafik Kazalarında Akit Dışı Hukuki Sorumluluk, İstanbul 1963.
- AKÜNAL, Teoman : Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkletme Sorunu, Tez, İstanbul 1977.
- ARAL, Fahrettin : Temyiz Kudretinden Mahrum Şahısların Hukuki Sorumluluğu, BATIDER., 1980, S.3 sh.734 vd.
- ARSEBÜK, Esat : Borçlar Hukuku, C.I-II, 3.Baskı, Ankara 1950.
- BECKER, H. : Berner Kommentar, Bd. VI: Obligationenrecht, 1.Abteilung, Allgemeine Bestimmungen (Art.1-183), 2.Aufl., Bern 1941.
- BİLGE/ÖNEN : Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3.Baskı, Ankara 1978.
- BİRSEN, Kemalettin : Borçlar Hukuku Dersleri, 4.Baskı, İstanbul 1947.
- BOZER, Ali : Sigorta Hukuku, Ankara 1981.
- BREHM, Roland : Berner Kommentar, Bd.VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Lieferung 1, Kommentar zu Art.41-44 OR, Bern 1986.
- BREHM, Roland : Umfang des Schadenersatzes (Art.43 Ab.1 OR), Schweiz. Juristische Kartothek 129, Genf 1983 (Kısaltılmışı: Brehm, Umfang)
- BREHM, Roland : L'étendue des dommages-intérêts, in: Die Verantwortlichkeit im Recht, Zürich 1981, sh. 499-535 (Kısaltılmışı: Brehm, L'étendue)
- DESCHENAUX/TERCIER, (Çev. ÖZDEMİR, Salim) : Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983.
- DEUTSCH, Erwin : Haftungsrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Köln-Berlin 1976.
- EDİS, Seyfullah : Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 2.Baskı, Ankara 1983.

(x) Burada ayrıca kısaltılmış şekli gösterilmeyen eserlere, metinde yazarlarının soyadıyla atıf yapılmıştır.

- EGGER, August (Çev.
ÇERNİS, V : İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Giriş ve Kişinin Hukuku, C.I, Ankara 1947.
- EREN, Fikret : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.II Ankara 1986 (Kısaltılmışı: Eren, Borçlar).
- EREN, Fikret : Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975 (Kısaltılmışı : Eren, Uygun İlliyet Bağı).
- EREN, Fikret : Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi, Prof.Dr. Mahmut Koloğlu'ya Armağan, Ankara 1975, sh.461-491 (Kısaltılmışı: Eren, Hukuka Aykırılık Bağı).
- EREN, Fikret : Destekten Yoksun Kalma ve Vücut Bütünlüğünün İhlali Hallerinde Ödenecek Tazminatın Şekli, Oğuzoğlu Armağanı, Ankara 1972, sh.167-178 (Kısaltılmışı: Eren, Tazminatın Şekli).
- ESSER/WEYERS : Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, Teilband 2, 5.Auf., Heidelberg-Karlsruhe, 1979.
- ERZURUMLUOĞLU, Erzan: Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Tez, Ankara 1970.
- FEYZİOĞLU, Feyzi : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, 2. Baskı, İstanbul 1976.
- FUNK, Fritz (Çev.VEL-
DET, H./SELEK, C.H) : Borçlar Kanunu Şerhi, I, Umumi Hükümler, İstanbul 1938.
- GUHL/MERZ/KUMMER : Das schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980.
- GÜLEÇ (UÇAKHAN),
Sema : Tazminat Hesapları, Ankara 1982.
- GÜRKANLAR, Metin : Bir Zarara Birlikte Neden Olan Birden Çok Kişinin Sorumluluğu (BK.m.50), Tez, Ankara 1982.

- GÜRSOY, K. Tahir : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1970.
- GÜRSOY, K. Tahir : Haksız Eylem (Fiil) den Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku), AHFD, 1974, S.1-4 sh. 149-184 (Kısaltılmışı: Gürsoy, Telahuk).
- HÄBERLİN, Fritz : Das eigene Verschulden des Geschädigten, im schweizerischen Schadenersatzrecht, Diss. Bern, 1924.
- İM HOF, Walter : Die Art und Grosse des Schadenersatzes und Genugtuung bei den Klagen aus OR Titel I/II, Diss. Schaffhausen 1912.
- İMRE, Zahit : Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, Tez, İstanbul 1949 (Kısaltılmışı: İmre, ağıt.).
- İMRE, Zahit : Medeni Hukuka Giriş, 3.Baskı, İstanbul 1980 (Kısaltılmışı: İmre, Giriş).
- İMRE, Zahit : Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerine Bazı Düşünceler, İHEM., C.45-47, S.1-4, İstanbul 1982, sh.401-420 (Kısaltılmışı: İmre, ağım).
- İNAN, Ali Naim : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 3.Baskı, Ankara 1984.
- İNAN, Ali Naim : "Culpa İn Contrahendo" - Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma, AD. 1954, S.7, sh.878-887; S.8 sh.999-1013.
- KANETİ, Selim : İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1955-1964), I, II, Ankara 1968.
- KANETİ, Selim : Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu (Ankara 21-22/Ekim 1977) İstanbul 1980, sh.29-66. (Kısaltılmışı: Kaneti, Kusur Kavramı).

- KARAHAN, M. Reşit: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 1981.
- KELLER, Alfred : Haftpflicht im Privatrecht, 3.Aufl. Bern 1978 (4.Aufl. 1979).
- KELLER/GABI : Das Schweizerische Schuldrecht, Band II: Haftpflichtrecht, Basel-Frankfurt 1985.
- KELLER/LANDMAN : Haftpflichtrecht, Ein Grundriss in Tafeln, 2.Aufl., Zürich 1980.
- KILIÇOĞLU, Ahmet : 2918 Sayılı Yasaya Göre Motorlu Araç İşletenin Sorumluluğu, BATİDER, 1984 S.2-3, sh.3-51.
- KOZIOL, Helmut : Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil, Wien 1973.
- KUNTER, Nurullah : Ceza Muhakemesi Hukuku, 6.Baskı, İstanbul 1978.
- KURU, Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.I, 4.Baskı, Ankara 1979 (Kısaltılmışı: Kuru,I,sh.); Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, 4.Baskı, Ankara 1980 (Kısaltılmışı: Kuru,II,sh.).
- LANGE, Hermann : Schadenersatz, Tübingen 1979.
- LARENZ, Karl : Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. München 1982 (Kısaltılmışı: Larenz,I); Band II, Besonderer Teil, 11.Aufl. München 1977 (Larenz,II).
- MAURER, Thomas : Drittverschulden und Drittverursachung im Haftpflichtrecht, Diss. Bern 1974.
- OFTINGER, Karl : Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 4.Aufl. Zürich 1975; Band II/1, Besonderer Teil, 3.Aufl. Zürich 1970/1972 (Kısaltılmışı: Oftinger,I; II/1).
- OFTINGER, Karl : Bundesgerichtspraxis zum allgemeiner Teil des schweiz. Obligationenrechts, 2.Aufl. Zürich 1973 (3.Aufl. 1979) (Kısaltılmışı: Oftinger, Bundesgerichtspraxis).
- OĞUZMAN, Kemal : Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları II, Borçlar Hukuku - Miras Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1978.

- OLGAÇ, Senai : Kazai ve İلمي İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, Genel Hükümler, 2. Baskı, İstanbul 1969 (Kısaltılmışı: Olgaç, 1969 sh.);
- OLGAÇ, Senai : Kazai ve İلمي İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Genel Hükümler (1-60), Ankara 1976 (Kısaltılmışı: Olgaç, 1976 sh.).
- OSER/SCHÖNENBERGER : Das Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1929.
- ÖCAL, Muhterem : Türkiye Ölüm Oranları Tablosu (1960/1961) Mortalite, tez, İstanbul 1974.
- ÖZSUNAY, Ergun : Medeni Hukuka Giriş, 4. Baskı, İstanbul 1981 (Kısaltılmışı: Ozsunay, Giriş).
- ÖZSUNAY, Ergun : Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 3. Baskı, İstanbul 1977.
- ÖZSUNAY, Ergun : Türk Hukukunda İşletenin Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından "Kurs"un Etkisi ve Önemi, MHE Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, İstanbul 1980, sh.67-123 (Kısaltılmışı: Ozsunay, İşletenin Sorumluluğu).
- PICCARD, Paul : Kapitalisierung von Periodischen Leistungen, 6. Aufl., Bern 1956.
- RASCHEIN, Heinz : Die Widerrechtlichkeit im System Des Schweizerischen Haftpflichtrechts, Diss. Masein 1986.
- REİSOĞLU, Kemal : İstihdam Edenlerin Mesuliyeti, tez, Ankara 1959.
- SAYMEN/ELBİR : Türk Borçlar Hukuku, I, Umumi Hükümler, İstanbul 1958 (1966).
- SCHWARZ, Andreas B. (Çev. DAVRAN, Bülent) : Borçlar Hukuku Dersleri, C.I, İstanbul 1948.
- SELÇUK, Adnan : Maddi Tazminatın İndirilmesinde Gözönünde Tutulacak Özel Nedenler (BK.44), Yasa Hukuk Dergisi, 1978, s.9 sh.1720 vd.; s.10 sh.1866 vd.

- SEROZAN, Rona : Tazminat Hukukunda Yeni Eğilimler, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu III. İstanbul 1980 sh.170 vd.
- SEZER, A. Necdet : Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Hesaplanmasında Gözönünde Tutulacak Esaslar, Yasa Hukuk Dergisi, 1978, S.9 sh. sh.1231-1266.
- STARK, Emil W. : Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1982.
- TANDOĞAN, Haluk : Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961 (Kısaltılmışı: Tandoğan, Mesuliyet).
- TANDOĞAN, Haluk : Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981 (Kısaltılmışı: Tandoğan, Kusura Dayanmayan).
- TANDOĞAN, Haluk : Hukuka Aykırılık Bağı, MHE Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara 21-22 Ekim 1977, İstanbul 1980, sh.5-27 (Kısaltılmışı:Tandoğan, Hukuka Aykırılık Bağı).
- TANDOĞAN, Haluk : Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu, BATİDER, 1979, S.2 sh.291-321 (Kısaltılmışı: Tandoğan, Tehlike Sorumluluğu Kavramı).
- TANDOĞAN, Haluk : Ellinci Yılında Türk Borçlar Kanunu, BATİDER, 1976, S.4 sh. 23 vd.
- TEKİNAY/AKMAN/BURCU-OĞLU/ALTOP : Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, 5.Baskı, İstanbul 1985.
- TEKİNAY, S. Sulhi : Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, İstanbul 1963 (Kısaltılmışı: Tekinay, Destek).
- TUNÇOMAĞ, Kenan : Türk Borçlar Hukuku, I, Genel Hükümler, 6.Baskı, İstanbul 1976.
- ÜNAL, Mehmet : Türk Medeni Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu, tez, Ankara 1979.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet : Türk Medeni Hukuku, Umumi Esaslar, C.I

Cüz.1, 7.Baskı, Ankara 1968.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı

Veldet

: Umumi Bakımdan Zarar ve Tazminat, Ebul' Ula Mardin'e Armağan, İstanbul 1944, sh. 746-758.

VON BÜREN, Bruno

: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.

VON TUHR/PETER

: Allgemeiner Teil des Obligationenrechts, Band I, Lieferung 1. 3.Aufl. Zürich 1974; Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Lieferung 2., 3.Aufl. Zürich 1979.

ZEVKLİLER, Aydın

: Medeni Hukuk, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Diyarbakır 1986.

§ 1. G İ R İ Ő

I. KONUNUN SUNULMASI

İncelememizin konusunu "Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminat" oluşturmaktadır.

Hukuk dūzeninin uygun gōrmediĐi davranıŐlarda bulunanlar, bu sebeple meydana gelen zararları tazmin etmekle yūkūmlū tutulmuŐlardır. Hukuka aykırı davranıŐ, hukuk dūzeninin ōngōrdūĐi genel ōdevlere aykırılık veya mevcut bir hukuki iliŐkinin yūklediĐi borca aykırılık biŐiminde ortaya çıkabilir. Her iki durumda da hukuka aykırı davranıŐ bir tazmin borcuna yol açar. Zararın tazmini sorumluluk hukukunun temel konularından biridir.

Hukuk dūzeninin ōngōrdūĐi genel ōdevlerin (genel davranıŐ kurallarının) ihlal edilmesi suretiyle baŐkasına zarar verilmesi halinde, ihlal edenin akit dıŐı sorumluluĐu sōz konusu olur. Akit dıŐı sorumluluk, dar anlamda haksız fiil sorumluluĐu da denilen kusur sorumluluĐu ile tūm sebep sorumluluklarını içine alan bir kavramdır (1).

Teknik anlamda zarar malvarlığındaki azalmayı, tazminat ise zararın ne ōlūde zarar sorumlusuna yūkletilebileceĐini, yani zarardan sorumluluğun kapsamını ifade eder (2). Tūrk - İsviçre Borçlar Kanunu sisteminde zararın tesbiti ve tazminatın tayini safhaları birbirinden ayırt edilmiŐtir. Nitekim, Borçlar Kanunumuzun 42. maddesi "zararın tayini" baŐlıĐı altında birinci safhayı, 43. ve 44. maddeler ise, sırayla, "tazminat miktarının tayini" ve "tazminatın tenkisi" baŐlıkları altında ikinci safhayı dūzenlemektedir. Tazminata karar verebilmek için ōnce zarar miktarının bulunması gerekir. Tūrk - İsviçre hukukunda, tesbit edilen zarar tazminatın en ūst sınırını oluŐturur. Bununla birlikte, tazminatın mutlaka tesbit edilen zarara eŐit olması gerekmez. Hākim Kanunda ōngōrūlen bazı sebeplere dayanarak,

(1) Bkz. aşağıda § 2, I.

(2) Bkz. aşağıda § 6, I.

meydana gelen zararın tamamını karşılayacak tazminattan indirim yapabilir (BK.m.43-44) (3) .

Günümüzde teknolojideki olağanüstü gelişmeler ve ekonomik ve toplumsal hayattaki değişiklikler, sorumluluk hukukunun geleneksel kavram ve nazariyelerinin içeriklerini de büyük ölçüde etkileyerek değiştirmeye zorlamaktadır (4) . Gerçi Borçlar Kanunumuzun tazminatın tayinine ilişkin hükümlerinde hâkime geniş bir takdir hakkı tanınmış olması, bu hükümlerin uygulanmasında, doktrinde ortaya atılan yeni nazariyelerden de yararlanan mahkeme içtihatlarının büyük gelişme göstermesine ve bu alanda zengin bir mahkeme içtihadının oluşmasına imkân vermiştir. Bu içtihatlar vasıtasıyla, Borçlar Kanunumuzun 43. ve 44. maddelerinde öngörülen genel hükümler, Kanunda bir değişikliğe gerek kalmadan, değişen ihtiyaçlara cevap verebilecek bir içerik ve anlam kazanmaktadır. Bununla birlikte, toplumsal hayatımızdaki gelişme ve değişmeler, Borçlar Kanunumuzun tazminatın tayinine ilişkin kurallarının, "olması lazım gelen hukuk (de lege ferenda)" açısından sistemli bir biçimde incelenmesini zorunlu kılmaktadır.

Pozitif hukukumuzda, Borçlar Kanununun 43. ve 44. maddeleriyle tazminatın tayinine ilişkin genel hükümler gayet geniş bir uygulama alanına sahip olacak biçimde düzenlenmiştir. Gerçekten, söz konusu hükümler, kusur sorumluluğu yanında tüm sebep sorumluluklarında, hattâ, aksine bir özel hüküm bulunmadıkça, özel kanunlarla düzenlenen sorumluluklarda uygulanacağı gibi; BK.m.98 f.II uyarınca akdi sorumlulukta dahi uygulanabilecektir (5) . Bu geniş uygulama alanına rağmen, özellikle akit dışı sorumluluktan doğan maddi tazminata ilişkin çalışmaların çok sınırlı sayıda olduğu görül-

(3) Oftinger,K., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl.,Zürich 1975, sh.261-262;

Tandoğan,H.,Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, sh.261.

(4) Serozan,R., Tazminat Hukukunda Yeni Eğilimler, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul 1980, sh.171-172.

(5) Oftinger,I,sh.263.

mektedir. Gerçekten, Tandoğan'ın değerli eseri (6) ve bir kaç makale dışında bu konuda monoğrafik bir çalışma bulunmamaktadır. Literatürdeki bu boşluğu dikkate alarak "Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminat" konusunu tez çalışmamızın konusu olarak seçmiş bulunuyoruz.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Yukarıda da belirtildiği gibi, Borçlar Kanunumuzun sisteminde zararın tesbiti ile tazminatın tayini farklı iki safhayı oluşturmaktadır. Buna göre, zarar verici fiil veya olay sonucunda meydana gelen zarar kesin olarak tesbit edildikten sonra, tazminatın tayini söz konusu olabilmektedir. Bu itibarla, BK.m.42'de düzenlenmiş olan ve Türk hukuk doktrininde de "Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu" (7) adı altında incelenmiş bulunan zararın tesbiti ile ilgili kavram ve ilkeler, esas itibariyle konumuzun dışında kalmaktadır.

İncelememizde, Borçlar Kanunumuzun 43. maddesindeki düzenleme esas alınmıştır: "Hâkim hal ve mevkiin icabına ve hatanın (kusurun) ağırlığına göre tazminatın suretini ve şumulünün derecesini tayin eder.". Esasen, BK.m.43'deki hüküm, aynı Kanunun 44. maddesinde öngörülmüş olan hükmü kapsayacak genişliktedir (8). Bu bakımdan, incelememizin çerçevesini belirlerken BK.m.43 deki ayrımı gözönünde bulundurduk. Böylece, maddi tazminatın türleri ile maddi tazminatın kapsamının tayini, daha doğrusu tazminatın tayininde rol oynayan indirim sebepleri, çalışmamızın temelini oluşturmaktadır. Bununla birlikte, incelememizin ağırlık noktasını, doktrinde hakkında çok farklı görüşler bulunan ve uygulamada gittikçe daha çok önem kazanan, tazminatta indirim sebepleri meydana getirmektedir.

(6) Tandoğan, Mesuliyet, sh.315 vd.

(7) Bkz. Akunal, T., Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul 1977, sh.41 vd.

(8) Brehm, R., Berner Kommentar, Band VI, Obligationenrecht, 1.Abteilung, Lieferung 1, Kommentar zu Art. 41 - 44 OR., Bern 1986, Art.43 Nr.31-36, Art.44 Nr.4; Becker, H., Berner Kommentar, Band VI, Obligationenrecht, 1.Abteilung, Allgemeine Bestimmungen (Art.1-183 OR.), 2.Aufl. Bern 1941, Art.43 Nr.10.

Ayrıca Medeni Kanunumuzun 24. maddesinde 4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklik de - çalışmamızın daktilo edilme safhasında gerçekleşmiş olmasına rağmen- imkân nisbetinde ele alınmıştır.

III. PLAN

Akit dışı sorumlulukta maddi tazminatı konu edinen incelememiz dört bölümden meydana gelmektedir.

Birinci bölümde, maddi tazminat kavramı ve türleri ile tazminatın tayininde rol oynayan indirim sebeplerinin incelenmesine yardımcı olacak ölçüde akit dışı sorumluluk kavramı, akit dışı sorumluluğa hâkim ilkeler ve akit dışı sorumluluğun unsurları incelenmektedir.

İkinci bölümde, maddi tazminatın tanımı, amacı, tazminatın türleri, Türk - İsviçre hukukunun doktrin ve uygulamaları bakımından incelenmiştir. Bu arada Alman hukukundaki kanuni düzenlemelere de karşılaştırmalı hukuk açısından deyinilmektedir.

nc bölümde ise, çalışmamızın ağırlık noktasını oluşturan, tazminatın tayininde rol oynayan indirim sebepleri incelenmektedir. İndirim sebepleri, zarar görene ilişkin indirim sebepleri, zarar sorumlusuna ilişkin indirim sebepleri ve hakimın takdirine bağlı indirim sebepleri olarak üç gurupta ele alınmaktadır. Bu bölümdeki konuların incelenmesinde, konu bütünlüğünün bozulmaması için, temel kavram ve ilkelerle ilgili olarak birinci bölümdeki açıklamalara atıf yapılmaktadır.

Çalışmamızın son bölümü olan dördüncü bölümde de, maddi tazminat davasının tarafları, maddi tazminatın tayininde rol oynayan indirim sebeplerinin davada ileri sürülmesi, tazminat davasında görevli ve yetkili mahkeme, maddi tazminat davasının ceza davasıyla ilişkisi ve maddi tazminat davasında zaman-aşımı konuları incelenmektedir.

Çalışmamızda esas itibariyle Türk ve İsviçre hukuklarının doktrin ve uygulaması gözönünde tutulmuştur. Bu arada imkân ölçüsünde Alman hukukundaki düzenlemeler ve bununla ilgili doktrin de karşılaştırmalı hukuk açısından kısaca incelenmektedir.

B İ R İ N C İ B Ö L Ü M

AKİT DIŞI SORUMLULUK, DAYANDIĞI İLKELER VE UNSURLARI

§ 2. AKİT DIŞI SORUMLULUK KAVRAMI VE AKİT DIŞI SORUMLULUĞUN DAYANDIĞI İLKELER

I. HUKUKİ SORUMLULUK VE AKİT DIŞI SORUMLULUK

Hukuki sorumluluk, bir kimsenin başkasının zararını tazminle yükümlü tutulmasıdır. Bir başka ifadeyle, hukuki sorumluluğun konusunu zarar görenin uğramış olduğu zararın tazmin edilmesi oluşturur. Bu anlamda, sorumluluk hukukuna tazminat hukuku denilmesi de mümkündür (1).

Hukuki sorumluluk, zarar sorumlusu ile zarar gören arasında önceden bir hukuki ilişki bulunup bulunmamasına göre, akdi sorumluluk ve akit dışı sorumluluk olarak ayrılmaktadır. Bir hukuki işlemde, özellikle akitten doğan borcunu ihlal eden kimsenin tazminatla yükümlü tutulmasına "akdi sorumluluk"; taraflar arasında önceden bir hukuki ilişki bulunmaksızın bir zararın doğması durumunda söz konusu olan tazmin yükümlülüğüne ise, "akit dışı sorumluluk" denilmektedir (2). Şu halde, akdi sorumluluk özellikle akdin ihlalden, akit dışı sorumluluk ise hukuk düzeninin öngördüğü genel ödevlerin ihlalden doğmaktadır (3).

"Geniş anlamda haksız fiil sorumluluğu" olarak da ifade edilen akit dışı sorumluluk, Hukukumuzda, esas itibariyle Borçlar Kanunu'nun 41 vd. maddelerinde düzenlenmiş olup, hem kusur hem de sebep sorumluluğunu içine alan bir kavramdır (4).

-
- (1) İmre, Z., Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Hailerini, İstanbul 1949, sh.8; Eren, F., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.II, Ankara 1986, sh.125
- (2) Akdi sorumluluk ile akit dışı sorumluluğu birlikte ifade etmek üzere, genel olarak, "sorumluluk hukuku" deyimi kullanılmaktadır. Ayrıca doktrinde geniş anlamda, dar anlamda ve en dar anlamda sorumluluk hukuku şeklinde üç farklı anlamda sorumluluk hukuku deyimine yer verilmektedir. Bu hususta geniş bilgi için bkz. Oftinger, I, sh.3-4; Tandoğan, Mesuliyet, sh.3-4; Eren, Borçlar, sh.126; Deschenaux, H./Tercier, P. (Çev. Özdemir, S.), Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983, sh.2
- (3) Tandoğan, Mesuliyet, sh.3-4; Tekinay, S.S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A., Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, 5. Baskı, İstanbul 1985, sh.646-652
- (4) Oftinger, I, sh.4; Tandoğan, Mesuliyet, sh.10; İmre, agt. sh.8

II. AKİT DIŞI SORUMLULUĞUN DAYANDIĞI İLKELER

A. Kusur İlkesi

1. Genel Olarak

Kusur ilkesine göre, bir kimse, ancak hukuka aykırı ve kusurlu davranışıyla sebebiyet verdiği zarardan sorumlu tutulur. Buna göre, kusur ilkesinin iki sonucu vardır. Olumlu sonucu teşkil eden birinci sonuç, kişinin, ancak kusurlu olarak sebebiyet verdiği zarardan sorumlu tutulabileceğidir. İkinci sonucu ise, kusurun bulunmadığı yerde sorumluluğun da olmayacağıdır ki, bu da olumsuz sonucudur (5).

"Kusursuz sorumluluk olmaz" ilkesi, özellikle 19.Yüzyıl-da en katı bir biçimde uygulanmıştır. Bu dönemde kusurun, hukuki sorumluluğun tek ve genel sebebi olarak kabul edilmesi, çağın hâkim fikir akımı olan ferdiyetçi ve liberal hukuk anlayıŐı ile açıklanmaktadır (6) (7).

Kusur, hukuki sorumluluğun kurucu ve genel unsuru olarak ilk defa Fransız Medeni Kanununda (m.1382) düzenlenmiş (8), daha sonra tüm Avrupa hukuk sistemlerinde sorumluluğun temel şartı olarak benimsenmiştir. İsviçre - Türk Borçlar Kanunlarının 41. maddesinde kusur unsurunun yer alması da, Fransız Medeni Kanununun etkisiyle olmuştur (9). Kusur ilkesi, Alman Hukukunda da genel kuralı oluşturmaktadır (§ 823) (10).

-
- (5) İmre, agt., sh.17-19; Tandoğan, H., Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, sh.1
- (6) Bu ilke, Müşterek hukukta (=Pandekt hukukunda) "kusursuz sorumluluk olmaz (nulla indemnitas sine culpa)" şeklinde yer almıştır; Roma hukukunda ise, "Casum sentit dominus", yani "umulmayan hallerden doğan zarara, zarar gören katlanır" formülü ile ifade olunmuŐtur. İmre, agt. sh.17-18
- (7) İmre, agt., sh.23
- (8) Fransız Medeni Kanununun 1382. maddesinde yer alan hüküm şöyledir: "Her kim kusuru ile başkasına zarar verirse, onu tazmin etmek zorundadır."
- (9) İmre, Z., Hukuki Mesuliyetin ESası Üzerine Bazı Düşünceler, İHFM., C.45-47, S.1-4, İstanbul 1982, sh.404; Eren, Borçlar, sh.130-131; Deschenaux/Tercier. sh.6
- (10) Alman Medeni Kanunu (BGB) § 823 f.I: " Hukuka aykırı olarak bir başkasının hayatına, bedenine, sağlığına, hürriyetine, malına veya başka bir hakkına kasden veya ihmaliyle zarar veren kimse, bu hareketinden doğan zararları tazmin etmekle yükümlüdür."

Çoğu sonuçlarının adalete uygun olması, herkesi faaliyetlerinde daha tedbirli olmaya sevk etmesi ve toplumun ekonomik gelişmesini sağlayacak girişimleri olumsuz yönde etkilememesi düşüncesini içermesi, kusur ilkesinin olumlu yanlarını teşkil eder. Buna karşılık, sorumluluğun kusur gibi varsayıma dayalı bir kavrama bağlanması ve kusur bulunmaksızın zarara sebep olunması durumlarına bağladığı sonucun hakkaniyete uygun olması ise, kusur ilkesinin eleştirilen yönleridir (11).

2. Kusur ilkesini Yetersiz Kılan ve Sebebiyet İlkesinin Gelişmesine Yol Açan Sebepler

Kusur ilkesinin "kusur yoksa sorumluluk da yoktur" şeklinde ifade edilen olumsuz sonucu, kimsenin kusuru olmadan meydana gelen zararın, zarar gören üzerinde bırakılmasını gerektirmektedir. İşte hakkaniyete uygun düşmeyen bu olumsuz sonucu, kusur ilkesinin eleştirilmesine ve buna tepki olarak sebebiyet ilkesinin doğmasına yol açmıştır. Bununla birlikte, sebebiyet ilkesinin benimsenmesinde, diğer bir takım hususlar da yardımcı olmuştur (12):

- a) Teknik gelişmeler ve ona bağlı olarak tehlikelerin artması

18. Yüzyıldan itibaren ortaya çıkan teknik gelişmeler sonucu, modern hayat fert için yoğun tehlike taşıyan bir mahiyet almıştır. Bu durum karşısında kusur sorumluluğu, zarara uğrayanları koruma ve adaleti sağlama bakımından, yalnız başına yetersiz kalmaktadır. Kusur ilkesinin, kişiyi dikkatli davranmaya ve tedbir alarak zararı önlemeye sevk etme rolü de bu alanda önemini büyük ölçüde kaybetmiştir. Toplum hayatı için vazgeçilemeyen ihtiyaç haline gelmiş teknik araç ve gereçlerin, her türlü tedbir alınsa dahi önlenemeyecek zararlı sonuçlarına, zarar görenlerin katlanmasını istemek; onları hukukun korumasından yoksun bırakmak, adalete aykırı olurdu. Şu halde, bu tehlikeli faaliyet ve girişimlerden fayda sağlayan kimseler, bunların sebep olduğu zararları da tazmin etmelidirler.

-
- (11) Saymen, F.H./Elbir, H.K. Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, C.I, İstanbul 1958, sh.398; Tandoğan, Kusura Dayanmayan..sh.4.
 (12) İmre, agt., sh.41-45; Tandoğan, Kusura Dayanmayan..sh.1-3; Saymen/Elbir.sh.398-400; İnan, A.N., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 3.Baskı, Ankara 1984, sh.284-285; Eren, Borçlar, sh.131-132.

b) Kusuru ispat güçlüğü

Teknik araç ve gereçlerin sebep olduğu zararlar da, zararın sebebi olarak insan fiilinin rolünü ve katkısını, kusurlu bir davranışın bulunup bulunmadığını tesbit etmek, çok güç, hatta çoğu zaman imkânsız olmaktadır. Kusuru ispatlayamamanın olumsuz sonucu zarar görene yüklenmemelidir.

c) Sorumluluk hukukundaki sosyal düşünce

Sorumluluk kavramı, modern toplumlarda sosyal düşünce yönünde gelişmiş ve zararın mutlaka tazmin edilmesi, zarar gören üzerinde bırakılmaması düşüncesi giderek önem kazanmıştır. Gerçekten, teknik araçların ve makinelerin kullanılmasından zarara uğrayanlar, genellikle ekonomik bakımdan zayıf kimselerdir. Kusurun bulunmadığı kazalardan doğan zarara, zarar görenin katlanmasını istemek, bu yönden sosyal düşünceye aykırı olmaktadır. Öte yandan, teknolojiye dayanan faaliyet ve işletmelerde çalışan kimseler de, genellikle ekonomik ve sosyal durumları itibarıyla güçsüz kişilerdir. Ve bunların, kusurlu davranışlarıyla zarara sebebiyet vermeleri de, çoğu zaman söz konusudur. Zararın tazmini bu kişilere yükletildiği takdirde, çok defa zarar görenlerin hiç bir tazminat alamaması durumu ortaya çıkacaktır.

B. Sebebiyet İlkesi ve Sebep Sorumluluğu

1. Genel Olarak

Sebebiyet ilkesine göre, sorumluluğun doğması için objektif bir unsur olan "zarara sebep olma" yeterlidir, ayrıca kişinin kusurlu olması gerekmez; yani, zarar verici fiil veya olay ile zarar arasında sebep - sonuç ilişkisi bulunduğu takdirde sorumluluk doğmuş olacaktır (13). Bundan dolayıdır ki, bu ilkeye dayanan sorumluluklara, sebep sorumluluğu veya kusursuz sorumluluk denilmektedir (14).

(13) Tandoğan, Mesuliyet, sh.8; Kusura Dayanmayan..sh.7-8

(14) Sebep sorumluluğunu ifade için, objektif sorumluluk ve bazan sonuç sorumluluğu (Erfolgshaftung) deyimleri de kullanılmaktadır. İlk defa Alman hukukunda ortaya atılmış olan tehlike sorumluluğu ise, sebep sorumluluğunun özel ve daha dar bir türünü teşkil etmektedir. Sebep sorumluluğu hakkında hukuk dilinde kullanılan çeşitli deyimler için bkz. İmre, agm. sh.404-405; Tandoğan, H. Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu, BATİDER., 1979, S.2, sh.292

Kusur ilkesinin yetersizliği, sebep sorumluluğunun kabul edilmesini gerekli kılmaktadır. Ancak bu, sebebiyet ilkesinin yalnız başına yeterli olduğu ve şekilde benimsenmesi gerektiği anlamına gelmemelidir. Bir defa, kusur ilkesine yöneltilen eleştiriler, daha çok, onun "kusur yoksa sorumluluk da yoktur" şeklinde ifade edilen olumsuz sonucuna aittir. Kusur ilkesinin olumlu sonucu olan "kusuru olanın sorumlu tutulması" hükmü, geçerliliğini korumaktadır. Kusur ilkesinin kabul edilmesi, herkesi faaliyetlerinde dikkatli olmaya sevkeder. Bundan dolayı, sebebiyet ilkesinin benimsenmesi, kusur ilkesinin tamamen ortadan kaldırılması derecesine varmamalıdır (15).

2. Sebep Sorumluluğunun Dayandığı Düşünceler

Sebep sorumluluğu, sebebiyet ilkesinin yanında veya ondan bağımsız olarak, tazminat yükümlülüğünü haklı gösterecek bir takım düşüncelere dayandırılmaktadır (16):

a) Tehlike düşüncesi

Faaliyet ve işletmeleriyle başkaları için nicelik veya nitelik yönünden yoğun tehlike yaratan kimseler, bu tehlikeden doğan zararı tazmin etmelidirler. Bu tür faaliyet ve işletmelerden fayda sağlayanın, bunun zararlı sonuçlarına katlanması, adalete uygundur. Burada, bir "nimet - külfet dengesi" söz konusu olmaktadır.

b) Hakkaniyet düşüncesi

Bir zarara kusuru olmaksızın sebebiyet veren kimse, hakkaniyet gerektiriyorsa, bu zararı tazmin etmeli veya zarar görenle paylaşmalıdır. Burada, özellikle, zarar gören ile zarar sorumlusunun ekonomik durumları gözönünde tutulur.

Hakkaniyet düşüncesi, gayrimüeyyizler ile ıztırar halinde zarar verenlerin sorumluluklarının kabul edilmesine esas teşkil etmiştir. Bundan başka, tehlike sorumluluklarında; genellikle ekonomik yönden güçlü olan işletenin sorumlu tutulmasında, tehlike fikri yanında, hakkaniyet düşüncesi de etkili olmuştur.

(15) Tandoğan, Kusura Dayanmayan..., sh.3-4; Mesuliyet, sh.93.

(16) Tandoğan, Kusura Dayanmayan..., sh.4-7; Mesuliyet, sh.93-94; İmre, agt., sh.55-65.

c) Hâkimiyet düşüncesi

Bir kimse, hâkimiyet alanı içinde bulunan kişi veya şeylerin başkalarına verdikleri zararlardan sorumlu olmalıdır. Zira bu kimsenin, o kişi veya şeyleri denetleme ve gözetim altında bulundurma imkânı vardır ve o, gerekli dikkati göstermek suretiyle zararın doğmasını büyük ölçüde önleyebilir. İstihdam edenin, hayvan tutucusunun, yapı eseri sahibinin ve aile başkanının sorumluluklarında bu düşünce rol oynamaktadır (17).

§ 3. SEBEP SORUMLULUĞU VE BAŞLICA SEBEP SORUMLULUĞU HALERİ

I. GENEL OLARAK

Sebep sorumluluğu, genellikle olumsuz şekilde, sorumluluğun doğması için kusurun gerekli olmadığı bir sorumluluk olarak tanımlanmaktadır. Gerçekten, tüm sebep sorumlulukları için ortak olan tek husus, kusur şartının aranmamasıdır; bunlarda, kusur yerine, sorumluluk için kanunun öngördüğü belirli bir objektif olay aranmaktadır. Meselâ, objektif özen ödevinin ihlali, tehlikeli bir işletmeye veya şeye sahip bulunmak, sebep sorumluluğunu gerektirebilir. Bu tür olaylar ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması, sorumluluk için yeterlidir (18).

(17) Bunlardan başka, hukuka aykırılık, objektif özen ödevinin ihlali ve "anormallik" düşünceleri de; sebep sorumluluklarında, tazminat yükümlülüğünü haklı gösteren ölçüler olarak ileri sürülmektedir.

Sebep sorumluluğunun kabulünü haklı kılan bir ölçüyü de hukuka aykırılığın teşkil ettiği fikri, faydalı oldukları için hukuk düzenince izin verilen tehlikeli faaliyet ve işletmeleri izah bakımından yetersizdir. Objektif özen ödevinin ihlali düşüncesi ise, hâkimiyet ve hukuka aykırılık ölçülerinin özel bir şeklidir. Objektif özen ödevinin ihlali düşüncesi, hâkimiyet fikri ile birlikte, olağan sebep sorumluluklarının çoğunun esasını teşkil eder. Anormallik düşüncesine gelince, buna göre, anormal davranışları olan kişilerin kendileri veya anormal durumda bulunan şeylerin malik, tutucu veya işletenleri, bu tutum veya durumdan doğan zararlardan sorumlu olmalıdırlar. Anormallik düşüncesi, gayrimüeyyizler ile yapım bozukluğu bulunan yapı eserinin sahibinin sorumluluğuna temel olabilir. Geniş bilgi için bkz. Tandoğan, Kusura Dayanmayan..., sh.5-6.

(18) Oftinger, I, sh.16-17; Tandoğan, Kusura Dayanmayan..., sh.7

Tüm sebep sorumluluğu hallerini kapsayan genel bir kural koymak mümkün değildir. Bununla birlikte, sebep sorumluluklarını düzenleyen pozitif hukuk kurallarından hareket ederek bunların bazı ortak yönleri ortaya konulabilir.

A. Bu sorumluluklarda, kusur, sorumluluğun bir unsuru olmadığı için, sorumlu kişinin veya fiillerinden sorumlu olduğu kimselerin temyiz kudretine sahip bulunmaması, sorumluluğu ortadan kaldırmaz (19); bu, sadece BK.m.54 f.I'de düzenlenen gayrimümeyyizin sorumluluğu için değil, tüm sebep sorumlulukları için geçerli bir husustur (20). Bu bakımdan, meselâ objektif özen ödevinin ihlaline dayanan sebep sorumluluklarında, sorumluluğun doğması için, özen eksikliğinin kusur derecesini bulmasına gerek yoktur (21).

B. Sebep sorumlulukları, genellikle, başkasının fiillerinden (davranışlarından) sorumluluğu ifade eder (22). Başkasının fiillerinden sorumluluk da, çoğu zaman, yardımcı kişilerden sorumluluk şeklinde ortaya çıkar (BK.m.55, KTK.m.85). Bazı durumlarda, yardımcıları dışındaki kişilerin fiillerinden sorumluluk da söz konusu olur (MK.m.320). Hattâ, fiillerinden sorumlu olunan kişilerin çevresi bazan çok daha geniş olabilir. Meselâ, yapı eseri sahibi, yapıdaki bozukluğa veya bakımdaki eksikliğe sebep olan önceki maliklerin, mimar ve mühendisin ve onların yardımcılarının.. fiillerinden de sorumludur (BK.m.58). Yardımcıların veya fiillerinden sorumlu olunan kişilerin kusurlu veya kusursuz olması yahut bunların temyiz kudretine sahip olup olmamaları, fiillerinden sorumlu olan kişinin sorumluluğunu etkilemez. Başka bir ifadeyle, sorumlu kişi, fiillerinden sorumlu olduğu kimsele- rin kusuru bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz (23).

(19) Oftinger, I, sh.17

(20) Tandoğan, Kusura Dayanmayan..., sh.11

(21) Oftinger, I, sh.17; Tandoğan, Kusura Dayanmayan..., sh.11

(22) Oftinger, I, sh.17

(23) Oftinger, I, sh.17-18; Tandoğan, Kusura Dayanmayan ..., sh.11; Eren, Borçlar, sh.134

C. Sebep sorumluluğu, zarara sebebiyet vermekten sorumlulukta, insan davranışlarına inhisar etmez; zarar doğuran olay, umulmayan bir halden de ileri gelse, sebep sorumlusu, zararı tazmin etmekle yükümlü tutulur. Bundan dolayıdır ki, sebep sorumluluğuna "umulmayan hal sorumluluğu" da denilmektedir (24) (24a). Meselâ, yapı eseri sahibi, maliki bulunduğu binanın olağan dışı hava şartlarından kaynaklanan ve önlenemeyen bozukluğunun sebep olduğu zarardan da sorumludur. Kezâ, motorlu araç işleteni, gözüne toz kaçması sonucu bir kazaya sebebiyet vermiş olsa bile, yine sorumlu olur (25).

II. BAŞLICA SEBEP SORUMLULUĞU HALLERİ

Sebep sorumlulukları, İsviçre hukuk doktrininde (26), "olağan sebep sorumlulukları (gewöhnliche Kausalhaftungen)" ve "tehlike sorumlulukları (Gefährdungshaftungen)" şeklinde ayırımı tabi tutulmaktadır. Bu ayırım Federal Mahkemece de benimsenmiştir (27). Kesin nitelikte olmayan bu ikili ayırımın özelliği ve faydası, geniş bir kavram olan sebep sorumluluğundan daha dar bir anlamı bulunan tehlike sorumluluğunu ayırt etmiş olmasıdır (28). Türk hukuk doktrininde de bu ayırma yer verilmektedir (29).

Türk hukukunda, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu ile bir kısım özel kanunlarda düzenlenen sebep sorumluluklarının dayandırıldığı esaslardan hareket ederek sebep sorumluluklarını, üç grupta incelemek mümkündür: A. Hakkaniyet sorumluluğu, B. Objektif özen ödevinden doğan sorumluluk, C. Tehlike Sorumluluğu.

(24) Eren, Borçlar, sh.134

(24a) Bununla birlikte, umulmayan hal teşkil eden durum, sebep sorumluluğunu gerektiren olayın dışında ve bu olaya yabancı bir durum ise, bu, tazminatın indirimini haklı kılan bir durum ve şart sayılabilir. Bkz. aşağıda § 9, II, C.

(25) Oftinger, I, sh.19; Tandoğan, Kusura Dayanmayan..., sh.11

(26) Oftinger, I, sh.20-29 ; Deschenaux/Tercier, sh.16-17; Keller, A., Haftpflicht im Privatrecht, 3. Aufl. Bern 1978, sh.33-36; Stark, E.W., Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1982, No.522 vd.; Von Büren, B., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, sh.241.

(27) Bkz. meselâ, BGE 85 II 246-247

(28) İmre, agm., sh.405

(29) Tandoğan, Kusura Dayanmayan..., sh.22 vd.; Ellinci Yılında Türk Borçlar Kanunu, BATİDER., 1976, S.4, sh.28 vd.; Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu, BATİDER., 1979, S.2, sh.292 vd.; Eren, Borçlar, sh.279 vd.; Karş. İmre, agm., sh.405 vd.

A. Hakkaniyet Sorumluluğu

1. Genel olarak

Hakkaniyet kavramı, genel olarak, durum ve şartlara uygunluğu ifade eder. Sorumluluk hukukunda ise hakkaniyet, tazminata hükmedilirken, zararın meydana geldiği olaydaki bütün durum ve şartların, özellikle zarar faili ile zarar görenin ekonomik durumlarının gözönünde bulundurulması gereğini belirtir (30).

Sorumluluk hukukunda hakkaniyetin iki rolü olduğu söylenebilir: Birincisi, hakkaniyet genel kurala göre (kusur sorumluluğu veya sebep sorumluluğu) karşılanamayan tazminatın ödenmesini mümkün kılar (BK.m.54); ikincisi, genel kurala göre söz konusu olan tazminat yükümlülüğünü sınırlamaya imkân verir (BK.m.43, m.44). Birincisinde hakkaniyetin sorumluluk kurucu etkisi olduğu halde, ikincisinde sorumluluğu azaltıcı hatta tamamen ortadan kaldıracı bir rolü bulunmaktadır (31).

Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında hakkaniyet sorumluluğu, sadece gayrimüeyyizler bakımından kabul edilmiştir (TBK.m.54, İBK.m.54, BGB § 829) (32).

2. Gayrimüeyyizlerin hakkaniyet sorumluluğu

BK.m.54 f.I'e göre, "Hakkaniyet iktiza ediyorsa hâkim temyiz kudretini haiz olmayan kimseyi ika ettiği zararın tamamen yahut kısmen tazminine mahkum eder." Kanunun bu hükmüyle, hakkaniyet düşüncesine dayanan bir sebep sorumluluğu hali öngörülmüş olmaktadır (33).

BK.m.54 f.I'de öngörülen sorumluluğun hukuki niteliği hakkında, doktrinde farklı görüşler vardır (34). Fakat hâkim fikre göre (35), temyiz kudretinden yoksun olanların, meydana getirdikleri zarardan sorumlu tutulabilmeleri için, fiille-

(30) Bkz. aşağıda § 9, I; ayrıca karış. İmre, agt., sh.79-92; Saymen/Elbir, sh.400-401.

(31) İmre, agt., sh.86.

(32) Schwarz, A., (Çev. Davran, B.), Borçlar Hukuku Dersleri, C.I, İstanbul 1948, sh.104; İmre, agt., sh.91.

(33) Aral, F., Temyiz Kudretinden Mahrum Şahısların Hukuki Sorumluluğu, BATİDER., 1980, S.3 sh.736.

(34) Bu görüşler hakkında geniş bilgi için bkz. Aral.agm.sh.737 vd.

(35) Oser/Schönenberger, Das Obligationenrecht, Allgemeiner

nin objektif olarak hukuka aykırı ve temyiz kudretine sahip kişiler tarafından işlenseydi kusurlu sayılabilir olması gerekir. Bu bakımdan, temyiz kudretine sahip bir kimse hakkında tazminat yükümlülüğü doğumayan bir fiil (meselâ, zaruret halinde başkasına zarar verilmesi), gayrimümeyyiz hakkında da tazminat yükümlülüğü doğurmamalıdır. Keza, BK.m.54 f.I de öngörülen sorumluluk, bir tehlike sorumluluğu olarak da nitelendirilemez.

Gerçekten, temyiz kudretini haiz bir kişi tarafından işlendiğinde sorumluluk sebebi sayılmayacak bir fiilden, gayrimümeyyizin sorumlu tutulması kabul edilemez. Gayrimümeyyizin sorumluluğunun bir tehlike sorumluluğu olduğu fikrinin kabulü de mümkün değildir. Gerçi, gayrimümeyyizin davranışı da, bazan, başkaları için ağır bir tehlike teşkil edebilir. Ancak bu, önceden tanımlanmış, özel ve tipik bir tehlike olmayıp, istisnai bir nitelik taşır; sorumluluk doğuran olayın "tipik, alışıl gelmiş ve esaslı bir unsur değildir (36). Bundan dolayı, BK.m.54 f.I'de düzenlenen sorumluluğun, hakkaniyet düşüncesine dayanan bir olağan sebep sorumluluğu olduğunun kabulü gerekir.

Hakkaniyet sorumluluğu, sebep sorumluluğunu gerektiren diğer durumlarda uygulanmaz. Zira, bu tür sorumluluklarda kusur, sorumluluğun doğması için zaten gerekli bir unsur değildir (37).

Gayrimümeyyizin sorumluluğunun özel şartları ikiye ayrılabilir: a) Zarar, failin temyiz kudretinden yoksun olduğu bir sırada verilmiş olmalıdır, b) hakkaniyet, tazminat ödenmesini haklı göstermelidir (38). Hâkim, gerek tazmin yükümlülüğünün şartlarını, gerekse bu yükümlülüğün kapsamını hakkaniyete göre takdir edecektir (39).

Teil, 2.Aufl., Zürich 1929, Art.54 No.4; Becker, Art.54 No.2; Tandoğan, Mesuliyet, sh.58-59; İnan, sh.284; Eren, Borçlar, sh.320-321; Aral, agm.sh.737; Karşı görüşte.Egger, A. (çev.Çernis,V), Medeni Kanun Şerhi, Giriş ve Kişinin Hukuku, Ankara 1947, m.18 No.15; karşı. İmre, agm. sh.407.

(36) Tandoğan, Kusura Dayanmayan, sh.25; Oftinger, I, sh.27; Aral, agm., sh.738.

(37) Eren, Borçlar, sh.321; karşı. İmre, agt.sh.101; Tekinay/Akman/Burçuoğlu/Altop.sh.677.

(38) Bu şartlar hakkında geniş bilgi için bkz. Aral, agm.sh.738 vd.

(39) Tandoğan, Mesuliyet, sh.59-60; Aral, agm. sh.739-740.

C. Objektif Özen Ödevinden Doğan Sorumluluk

Objektif özen ödevinden doğan sebep sorumlulukları, zarar sorumlusuna, kural olarak, sorumluluktan kurtuluş beyyinesi getirme imkânının tanınması itibariyle, kusur sorumluluğuna yaklaşmaktadır. Gerçekten bu sorumluluklarda, sorumlu kişi, objektif özen ödevini eksiksiz yerine getirdiğini veya bu ödevi yerine getirmiş olsaydı bile, yine de zararın meydana geleceğini ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilmektedir (40). Nitekim, kurtuluş beyyinesi getirilmesi suretiyle sorumluluktan kurtulma imkânı tanınan, istihdam edenin sorumluluğu (BK.m.55), hayvan tutucusunun sorumluluğu (BK.m.56) ve aile başkanının sorumluluğu (MK.m.320), önceleri "kusur karinesi"ne dayanan birer sorumluluk (40a) olarak incelenirken; günümüz doktrin ve uygulaması, genellikle, bunları, objektif özen ödevine dayanan birer sorumluluk olarak kabul etmektedir (41).

Buna karşılık, yapı eseri sahibinin sorumluluğunun (BK.m.58) dayandığı esas, doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre (42), yapı eseri sahibinin sorumluluğu da objektif özen ödevinin ihlaline dayanan bir olağan sebep sorumluluğudur. Diğer bir kısım yazarlara göre ise (43), buradaki sorumluluk tehlike esasına dayanmaktadır.

(40) Geniş bilgi için bkz. Oftinger, K., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II/1, 3. Aufl. Zürich 1970, sh.149 vd., 216 vd., 265 vd.; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, sh.66-71, 131-133, 150-160; Reisoğlu, K., İstihdam Edenlerin Mesuliyeti, Ankara 1959, sh.49.

(40a) Kusur karinesine dayanan sorumlulukta, ispat yükü ters çevrilmiştir; zarar sorumlusu, olayda, kendisinin veya fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin bir kusurunun bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Daha geniş bilgi için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.1185 vd.

(41) Oftinger, I, sh.27; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, sh.23-25; İnan, sh.251; Eren, Borçlar, sh.135; Keller, A. sh.33 vd.; Karş.

(42) Y.İçt. Bir. Kar., 27.3.1957 T., 1/3 (RG.22.6.1957 T. 9640 S.): Yargıtay, istihdam edenin sorumluluğuna ilişkin bu kararında, objektif özen ödevine dayanan bütün sorumluluk hallerini tehlike esasına dayanan sorumluluklar olarak nitelmiştir. Yargıtay'ın bu kararında, bütün kusursuz sorumluluk hallerini açıklamak için tehlike (risk) nazariyesine başvuran Fransız doktrininden etkilendiği görülmektedir. Bu kararın eleştirisi için bkz. Tandoğan, Kusura Dayanmayan, sh.24-25; Oğuzman, K. Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları, C.III, 3.Baskı, İstanbul 1978, sh.45 vd.

(43) Becker, Art.58 No.2; Oser/Schönenberger, Art.41 No.70;

Yapı eseri sahibinin sorumluluğunda sorumluluğun sebebi, yapım bozukluğu veya bakım eksikliğidir. Ve yapı eseri sahibi, kurtuluş beyyinesi getirme imkânını haiz değildir. Bu özelliği, yapı eseri sahibinin sorumluluğunu, tehlike sorumluluğuna yaklaştırmaktadır. Böylece, yapı eseri sahibi, sorumluluktan, ancak genel kurtuluş sebeplerinin, yani illiyet bağıını kesen durumların mevcudiyeti halinde kurtulabilecektir (44).

Bizim de katıldığımız birinci görüşe göre, burada, tehlike esasına dayanan bir sorumluluktan söz edilemez. Zira, tehlike sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, zarar verici olayın, önceden tanımlanabilen, nicelik veya nitelik itibarıyla ağır tehlike taşıyan bir özellikte bulunması gerekir. Gerçi yapı eseri sahibinin sorumluluğunda da, sorumluluk doğuran olay, somut bir durumda ağır bir tehlike oluşturabilir. Fakat bu tehlike, sorumluluk doğuran olayın tipik, alışılmalı ve esaslı bir unsuru olmayıp, istisnai bir nitelik taşır (45). Ayrıca, özel kurtuluş imkânı tanınmamasının sebebi ise; zararın, yapım bozukluğundan veya bakım eksikliğinden ileri geldiği ispatlandığı takdirde, bunun, objektif özen ödevinin yerine getirilemediği hususunda çürütülemez bir karine oluşturacağıdır (46).

Objektif özen ödevine dayanan sebep sorumlulukları, kusur sorumluluğuna oldukça yakındır. Zira, sorumlu kişiye isnat olunan özen eksikliği, çok defa, aynı zamanda bir kusur teşkil eder. Özellikle ihmalde objektif ölçünün kabul edilmiş olması, bir çok objektif özen ödevi ihlalinin, kusur olarak nitelendirilmesine imkân vermektedir. Ancak

İnan, sh.296; İmre, agt., sh.168; Von Tuhr, A./Peter, H., Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I., 3. Aufl. Zürich 1974/1979, sh.456-457.

(44) Tandoğan, Kusura Dayanmayan, sh.178.

(45) Oftinger, I, sh.26-27; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, sh. 23-25, 163-164.

(46) Tandoğan, Kusura Dayanmayan, sh.24, 174-177

objektif ihmal ölçüsünün benimsenmesi, yani ihmalin objektifleştirilmesi, sorumluluğun objektif özen ödevine dayandırılması ile aynı sonucu sağlamaz. Bu tür sorumlulukların sebep sorumluluğu olarak nitelendirilmesi, şu farklı sonuçları ortaya çıkarır:(47): Sorumlu kişi;

1) objektif özen ödevinin ihlali kusur derecesine erişmemiş olsa bile,

2) temyiz kudretine sahip bulunmasa,

3) işlerin yönetimini ehliyetli bir yardımcıya bıraksa ve kendisinin kusuru olmaksızın, yardımcı, objektif özen ödevine aykırı hareket etse,

4) Umulmayan bir hal yüzünden, objektif özen ödevini yerine getiremese, yine de, ortaya çıkan zarardan sorumlu olacaktır.

C. Tehlike Sorumluluğu

1. Genel olarak

Bazı işletme ve faaliyetler, başkaları için özel ağırlıkta tehlike oluştururlar. Tehlikenin özel ağırlığı, bu işletme ve faaliyetlerin zarara yol açmaya aşırı eğiliminden veya sebep oldukları kazaların nicelik ya da nitelik bakımından ağır zararlar doğumasından ileri gelmektedir. Tehlikenin bu şekillerinden birinin veya her ikisinin bulunduğu işletme ve faaliyetlere, genellikle tehlike sorumluluğu bağlanmaktadır. Bu tür işletme ve faaliyetlerin taşıdığı ağır tehlike, önceden tanımlanabilen, sorumluluğu doğuran olayın tipik, alışıl gelmiş sonucu olmaktadır (48). Meselâ, motorlu araçların kazaya aşırı eğilimleri ve nicelik ve nitelik yönünden büyük zararlara sebep olabilmeleri; bunların tehlike sorumluluğuna tabi tutulmalarını gerektirmektedir. Yine meselâ, nükleer enerjiyle çalışan işletmelerde veya yüksek akım verilen tesislerde meydana gelen bir kaza yahut bir uçağın düşmesi, çoğunlukla nicelik ya da nitelik yönünden ağır zararlara sebep olmaktadır ki, böyle işletme

(47) Tandoğan, Kusura Dayanmayan, sh.54, 124, 141, 161, 189; Oftinger, II/1, sh.158-159, 182, 240-241; İnan, sh.296.

(48) Oftinger, I, sh.20-21; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, sh.26-27; Eren, Borçlar, sh.139; Adal, E., Trafik Kazalarında Akit Dışı Hukuki Sorumluluk, İstanbul 1963, sh.10.

ve faaliyetler için, Batı hukuk sistemlerinde genellikle tehlike sorumluluğu öngörülmektedir (49).

Tehlike sorumluluğu, sorumluluk hallerinin en ağırını teşkil eder. Bütün tehlike sorumlulukları, özel bir kanunla ya da bir kanun hükmüyle, belli olaylara sorumluluk bağlanması suretiyle konulur (50). Tehlike sorumluluğunun gerçekleşmesi için, tehlike yaratan işletme veya faaliyet ile ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması yeterlidir (51). Bu sorumluluğun varlığı, zarar, hukuk düzencesince tehlike sorumluluğuna tâbi tutulan işletme veya faaliyete özgü tehlikeden meydana gelmişse, karine olarak kabul edilir (52).

Tehlike sorumluluklarında da, zarar görenin kusuru, üçüncü kişinin kusuru ve mücbir sebep, illiyet bağına kesen durumlar olarak dikkate alınır. Tehlike sorumluluğu öngören özel kanunlarda, zarar görenin kusuru ile üçüncü kişinin kusurunun illiyet bağına kesmiş sayılması için, ağır olması şartı konulmaktadır. Böylece, illiyet bağına kesen sebebin belli bir yoğunlukta olması şartı gözönünde bulundurulmuş olmaktadır (53).

Tehlike sorumlulukları, "nimet - külfet dengesi" düşüncesine de uygun düşer. Gerçekten, bir işletme veya faaliyetten fayda sağlayanın, onun külfetine, yani zararlı sonuçlarına da katlanması gerekir (54).

Türk hukukunda tehlike sorumluluğu öngören kanunlar; Devletin askeri manevralar ve atışlardan doğan sorumluluğunu düzenleyen 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu (m.62,63), petrol hakkı sahibinin petrol ameliyelerinden

-
- (49) Tehlike sorumluluğu bağlanması gereken işletme ve faaliyetler hakkında geniş bilgi için bkz. Tandoğan, Kusura Dayanmayan, sh.26 vd.; Eren, Borçlar, sh.137-138.
- (50) İmre, agt., sh.70.
- (51) Tandoğan, Kusura Dayanmayan, sh.27; Eren, Borçlar, sh.137-138; Deschenaux/Tercier, sh.17.
- (52) Tandoğan, Kusura Dayanmayan, sh.27.
- (53) Tandoğan, Mesuliyet, sh.81 vd.; Adal, agt., sh.64 vd.; Oftinger, I, sh.118 vd.
- (54) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.672; İmre, agt., sh.63-64.

doğan sorumluluğunu hükme bağlayan 6326 sayılı Kanun (m.86 f.II) (55) ile motorlu araç işletenin hukuki sorumluluğunu düzenleyen 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (m.85)'ndan ibarettir (56).

2. Motorlu araç işletenin, aracın işletilmesi dolayısıyla doğan zararlardan tehlike sorumluluğu

Motorlu araç işletenin sorumluluğu, yukarıda da değinildiği gibi, 13.10.1983 t. ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununda düzenlenmiştir. Karayolları Trafik Kanununun m.85 f.I hükmü gereğince motorlu araç işletenin sorumluluğu, işletme tehlikesine dayanan bir tehlike sorumluluğudur; aracın işletilmesiyle zarar arasında illiyet bağının bulunması, sorumluluk için yeterlidir. Aracın işletilmesinden doğmayan zararlardan dolayı motorlu araç işleteni, kazanın ya da zararın oluşum tarzına göre olağan sebep sorumluluğuna veya kusur sorumluluğuna tabi tutulmuştur (57).

D. Diğer Sebep Sorumlulukları

Türk pozitif hukukunda, yukarıda kısaca incelenenler dışında, başka sebep sorumlulukları da düzenlenmiştir. Bunların başlıcaları şunlardır: Tapu sicillerinin, ticaret ve gemi sicillerinin hukuka aykırı surette tutulmasından doğan zararlardan devletin sorumluluğu (MK.m.917, TTK.m.27 f.II, m.839 f.III), donatanın sorumluluğu (TTK.m.947) (58), haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati haciz koyduran kişinin sorumluluğu (HUMK.m.110, İİK.m.259) (59),

-
- (55) Petrol hakkı sahibinin petrol ameliyelerinden doğan sorumluluğu, 6326 sayılı Kanunun 86. maddesine 1702 sayılı Petrol Reformu Kanunu ile eklenen II. fıkra ile bir kusursuz sorumluluk olarak düzenlenmiştir.
- (56) Türk hukukunda tehlike sorumluluklarının düzenlenmesi sorunu hakkında geniş bilgi için bkz. Tandoğan, Kusura Dayanmayan, sh.33-48; Tehlike Sorumluluğu Kavramı, sh. 294 vd.; Ellinci Yılında Türk Borçlar Kanunu, sh.30 vd.
- (57) Geniş bilgi için bkz. Eren, F., Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları, AHFD., C.XXXIX, S.1-4, sh. 160 vd.; Kılıçoğlu, A., 2918 Sayılı Yasaya Göre Motorlu Araç İşletenin Sorumluluğu, BATIDER., C.XII, S.2-3 sh.3 vd.
- (58) TTK.m.947 ile düzenlenen donatanın sorumluluğu, istihdam edenin sorumluluğunun özel bir türüdür. Tandoğan, Kusura Dayanmayan, sh.33
- (59) Y.11.HD.1212.1974, E.3464, K.3592 (YKD.1978, S.11, sh.1829).

§ 4. DAR ANLAMDA HAKSIZ FİİL (KUSUR) SORUMLULUĞUNUN UNSURLARI

Sorumluluk hukukunun genel kuralı, kusur ilkesinin bir ifadesi olan BK.m.41 f.I'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, hukuka aykırı ve kusurlu fiiliyle başkasına zarar veren herkes, bu zararı tazminle yükümlü kılınır. Maddenin incelenmesinden, bu hükme dayanarak tazminat talep edilebilmesi için beş unsurun bulunması gerektiği anlaşılır. Bunlar; fiil, hukuka aykırılık, zarar, illiyet bağı ve kusurdur. Bunlardan kusur dışındakiler, kural olarak, sebep sorumluluklarında da bulunması gerekli unsurlardır. Dar anlamda haksız fiil sorumluluğunda tazminat borçlusunun kusurlu fiili, sorumluluğun kurucu unsuru olarak aranmakta, buna karşılık, sebep sorumluluklarında zarar verici fiil ile zarar arasında illiyet bağının mevcudiyeti yeterli olmaktadır. Şu halde kusur sorumluluğu ile sebep sorumluluğu arasındaki fark, kural olarak, sorumluluğun doğması için kusurun varlığının zaruri olup olmamasına inhisar etmektedir (60).

Aşağıda sırasıyla bu unsurlar üzerinde durulacaktır.

I. Fiil

Bir kimsenin sorumluluğundan söz edilebilmesi için, ilk önce, sorumluluğun sebebini teşkil edecek bir fiilinin bulunması gerekir. Haksız fiilin bir unsuru olarak fiil, insanın iradeye dayanan davranışı olarak tanımlanmaktadır (61). Fiil, bir şeyi yapmak, bir harekette bulunmak şeklinde olabileceği gibi (olumlu fiil), başkasını zarardan korumak için belli bir davranışta bulunmak ödevi olduğu takdirde, bir şeyi yapmamak, yani yapmaktan kaçınmak suretiyle de olabilir (olumsuz fiil).

Olumsuz fiiller, hukuk kuralları gereğince, bazı kişilere veya şeylere gözetimde bulunmak ya da bir tehlikeyi

-
- (60) Ancak sebep sorumluluklarında, zarara sebep olmaktan sorumluluk insan davranışlarına inhisar etmez. Özellikle tehlike sorumluluklarında zarar verici objektif bir olay sorumluluk sebebi teşkil etmektedir (Tandoğan, Kusura Dayanmayan, sh.9.
- (61) Tandoğan, Mesuliyet. sh.12; İnan, sh.254; Eren, Borçlar, sh.154; Becker, Art.41 No.1; Oser/Schönenberger. Art.41 No.2.

önlemek ödevi yüklenen kimselerin, bu ödevlerini yerine getirme hususunda hareketsiz kalmaları şeklinde ortaya çıkar. Esasen, başkalarını zarardan korumak için faaliyette bulunma hususunda, genel bir yükümlülük mevcut değildir. Ancak doktrin ve uygulamada aşağıdaki durumlarda yapmaktan kaçınmanın da bir haksız fiil teşkil ettiği kabul edilmektedir (62):

A. Kanunun, açıkça, başkasını bir zarardan korumak için kişiye müdahalede bulunmak veya tedbir almak ödevini yüklediği durumlarda, bu ödevin yerine getirilmemesi bir haksız fiil teşkil eder. Meselâ, motorlu araç sürücülerine (KTK.m. 82), aile başkanına (MK.m.320), malike (MK.m.656, BK.m.58), istihdam edene (BK.m.55), işverene (BK.m.332, İş K.m.73) bu gibi ödevler yüklenmiştir.

B. Olumsuz fiil tehlikeli bir fiile bağlı ise, kaçınma bir haksız fiil teşkil eder. Hukuk düzenince izin verilen fakat başkaları için tehlike oluşturan bir faaliyette bulunanlar, üçüncü kişilerin zarara uğramasını önleyici tedbirleri almakla yükümlüdürler. Meselâ, bir çukur açanın, bu çukur etrafına üçüncü kişileri uyarıcı işaretler koyması ve geceleyin burayı aydınlatması gerekir. Keza, arabasını yol kenarında park eden sürücünün, karanlıkta vuku bulacak bir trafik kazasını önlemek için ikaz lambalarını yakması icap eder. Bunların yapılmaması bir zarara sebep olmuşsa, bu olumsuz fiiller birer haksız fiil teşkil eder. Bu önleyici tedbirlerin neler olduğu, durum ve şartların gereğine göre belirlenir. Ancak genellikle, üçüncü kişilerin tehlikenin varlığından haberdar edilmeleri yeterlidir (63).

Bir akde dayanmaksızın bilgi ve mütâlaa beyan eden kimse, dürüstlük kurallarına aykırı olarak eksik bilgi ve mütâlaa verirse; akit öncesi müzakerelerde, karşı tarafca bilinmeyen ve fakat alacağı kararlara etki eden hususlar

(62) Tandoğan, Mesuliyet, sh.13-17; İnan, sh.254-255; Eren, Borçlar, 158-159; Oftinger, I, sh.88-90; Oser/Schönenberger, Art.41 Nr.3-7; BGE 57 II 209 vd.

(63) Tandoğan, Mesuliyet, sh.11; BGE 76 II 66 (Oftinger, K, Bundesgerichtspraxis zum allgemeinen Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 2.Aufl., Zürich 1973, Nr.91,d).

hakkında bilgi vermezse (culpa in contrahendo) (64), kaçınmak suretiyle bir haksız fiil işlemiş olur. Zira dürüstlük kuralları, eksik bilgi vermemeyi, karşı tarafta uyanan yanlış kanaati düzeltmeyi gerektirir.

D. Zarar vermek kastıyla ahlâki bir yükümlülüğten kaçınmak da bir haksız fiil sayılmaktadır (BK.m.41 f.II). Ancak bu hükmün uygulama alanı, kasıt şartı genellikle gerçekleşmediği için, çok dardır (65).

II. HUKUKA AYKIRILIK

BK.m.41 f.I'de "haksız bir surette" deyiimiyle, haksız fiil sorumluluğunun bir unsurunu da, fiilin hukuka aykırı olmasının teşkil ettiği belirtilmiştir (66). Bununla birlikte Kanun, hangi fiilin hukuka aykırı sayılacağı hususunda bir hüküm öngörmemiş (67), bunun tayinini doktrine ve yargısal içtihatlarla bırakmıştır (68).

(64) Akdin kurulmasından önce, tarafların, müzakereler sırasında dürüstlük kurallarından doğan yükümlülüklerini ihlal etmelerine, hukuk dilinde Latince "culpa in contrahendo (akdin kurulmasından önce işlenen kusur)" denilmektedir (İnan, A.N., Culpa İn Contrahendo" - Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerine Mukayeseli Bir Çalışma, AD. 1954 S.7 sh.878). "Akit öncesi sorumluluk" olarak da ifade edilen bu sorumluluğa, akdi sorumluluk hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır; ancak fikrimizce, bu gibi hallerde BK.m.41'in uygulanması daha isabetli olur (Tandoğan, Mesuliyet, sh.404; Kusura Dayanmayan, sh.7).

(65) Oser/Schönenberger, Art.41 Nr.7; Karş.Eren, Borçlar, sh.265-266.

(66) İnan, sh.255; Eren, Borçlar, sh.247; Oftinger, I, sh.128-129; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.642.

(67) Oysa, Alman hukukunda (BGB. § 823, 826) sorumluluğun ve dolayısıyla hukuka aykırılığın kaynağı olarak üç durum gösterilmiştir. Bunlar; a) mutlak hakların ihlali, b) koruyucu bir hukuk kuralının ihlali, c) genel ahlâkın kasıtlı olarak ihlali (Esser/Weyers, Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, Teil Band 2, 5.Aufl., Heidelberg - Karlsruhe 1979, sh.128-130.).

(68) Bununla birlikte, Medeni Kanunumuzun, 4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunla değişik, 24. maddesinin 2. fıkrasıyla kişilik hakları bakımından hukuka aykırılıkla ilgili yeni bir hüküm getirilmiştir. Buna göre; "şahsiyet hakkı ihlal edilenin rızasına veya üstün nitelikte bir özel ya da kamu yararına veya kanunun verdiği bir yetkiye dayanmayan her tecavüz hukuka aykırıdır."

Kanaatimizce, bu hükümle hukuka aykırılığa bir tanım getirilmesinden çok, kişilik haklarının ihlali bakımından

Doktrinde, fiilin hukuka aykırılığını tesbit hususunda başlıca iki nazariye ortaya atılmıştır. Bunlar, sübjektif nazariye ile objektif nazariye (veya norm nazariyesi) dir.

Sübjektif nazariyeye göre, başkasına zarar veren kimsenin, zarar verici fiili işlemeye sübjektif bir hakkı, kanuni bir yetkisi bulunmadığı bütün durumlarda, fiili, hukuka aykırıdır. Her zarar verici davranışın hukuka aykırı olması asıldır. Bu bakımdan zarar gören, zarar verici fiilin hukuka aykırılığını ispatlamak zorunda değildir (69). Doktrinde bir çok yönden eleştirilen bu nazariye, Fransız hukukunda benimsenmiştir (70).

Objektif nazariye ise, hukuka aykırılığı objektif hukuk kurallarının ihlalinde görmektedir. Objektif nazariye, Alman, İsviçre ve Türk hukuklarında hâkim görüşü temsil etmektedir (71).

Bu nazariyeye göre, BK.m.41 anlamında hukuka aykırılık, kişilerin mal ve şahıs varlıklarını doğrudan doğruya veya dolayısıyla koruyan emredici hukuk kuralı niteliğindeki

bazı hukuka uygunluk sebepleri gösterilmiş olmaktadır. Bu itibarla, Türk - İsviçre hukuku doktrin ve uygulamasında kabul edilen BK.m.41 anlamındaki hukuka aykırılık tanımı; bu yeni düzenlemeye rağmen, kişilik haklarının ihlali bakımından da geçerliliğini sürdürecektir (Karş. Raschein, H., Die Widerrechtlichkeit im System Des Schweizerischen Haftpflichtrechts, Masein 1986, sh.193-194).

(69) İnan, sh.255; Eren, Borçlar, sh.248-249; Deschenaux/Tercier, sh.41; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.643.

(70) Fransız hukukunda, Türk, İsviçre ve Alman hukuklarının aksine, hukuka aykırılık unsuru, kusurla birlikte tek bir unsur olarak ele alınmaktadır; daha doğrusu, hukuka aykırılık, kusurun varlığı için objektif bir unsur olarak kabul edilmektedir. Bu iki unsur arasındaki fark, temyiz kudretini haiz olmayanların davranışlarında daha belirgindir. Gerçekten, gayrimümeyyize kusur isnat olunamaz; fakat, gayrimümeyyizler de hukuka aykırı hareket edebilirler ve haksız fiillerinden hakkaniyet gereği tazminle yükümlü tutulabilmektedirler. Geniş bilgi için bkz. İmre, agt., sh.14-15; ayrıca bkz. Kaneti, S., Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, İstanbul 1980, sh.41-44, 47 vd.

(71) Oftinger, I, sh.128; Von Tuhr/Peter, sh.409; Keller/Gabi, sh.36;

davranış kurallarının ihlali olarak tanımlanmaktadır (72). Bu itibarla, sorumluluk hukukundaki anlamında hukuka aykırılık kavramı, hukuk kurallarına aykırılıktan daha dar bir anlama sahiptir (73). Hukuka aykırılığın olumlu unsuru, kişilerin mal ve şahıs varlıklarını korumayı amaçlayan emredici hukuk kuralı niteliğindeki bir davranış kuralının ihlal edilmesidir; olumsuz unsuru ise, somut olayda, hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunmamasıdır (74).

Hukuk kurallarının doğrudan doğruya koruduğu mal ve şahıs varlıkları, mutlak haklar olarak adlandırılan aynı haklar, fikri haklar ve kişilik haklarıdır. Hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunmadığı durumlarda, mutlak haklardan birini ihlal eden her fiil, hukuka aykırıdır (75). Şu halde, mutlak hakların ihlali, en belirgin hukuka aykırılık halini oluşturur (76). Mutlak hakları korumayı amaçlayan davranış kurallarına "temel koruma normları" da denilmektedir (77).

Alacak hakları, malvarlığı haklarından olmakla birlikte, ancak borçlu tarafından ihlali söz konusu olabileceği

Brehm, Art.41 Nr.31; Deschenaux/tercier, sh.41; Larenz, K., Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil, 11. Aufl. München 1977, sh.537 vd.; İnan, sh.256; Eren, Borçlar, sh.249; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.643; Kaneti, Kusur Kavramı, sh.38; BGE 88 II 280-281, 90 II 405, 102 II 85, 104 II 95: ihlal edilen hukuki varlık ve menfaatleri korumayı amaçlayan yazılı ya da yazılı olmayan emir ve yasakları çiğneyen fiiller, hukuka aykırıdır. Federal Mahkemenin sübjektif nazariyeyi açıkca reddeden bir kararı için bkz. BGE 82 II 25 (Kaneti, S., İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları, C.I, Ankara 1968, sh.80, Nr.76).

- (72) Keller/Gabi, sh.36; Deschenaux/Tercier, sh.42-43; Eren, Borçlar, sh.249, 251; Raschein, sh.197-198, 200; Oftinger, I, sh.128; Kaneti, Kusur Kavramı, sh.39; Von Tuhr/Peter, sh.408 vd.
- (73) Keller/Gabi, sh.36; Eren, Borçlar, sh.251.
- (74) Hukuka uygunluk sebepleri hakkında geniş bilgi için bkz. İnan, sh.257 vd.; Eren, Borçlar, sh.267 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.654 vd.
- (75) Deschenaux/Tercier, sh.42; Keller/Gabi, sh.39; Oftinger, I, sh.132; Eren, Borçlar, sh.257-258.
- (76) Eren, Borçlar, sh.257-260; Deschenaux/Tercier, sh.42; Oftinger, I, sh.132.
- (77) Eren, Borçlar, sh.257; ayrıca temel koruma normları hakkında geniş bilgi için bkz. Eren, Borçlar, sh.257 vd.; Keller/Gabi, sh.39 vd.; Oftinger, I, sh.130 vd.

için, ihlalleri, kural olarak BK.m.41 anlamında bir hukuka aykırılık oluşturmaz (78).

Kişinin mal ve şahıs varlığını doğrudan doğruya koruyan kurallar yanında, bunları dolaylı olarak koruyan, özel koruma kuralları da denilen davranış kurallarının ihlalleri dahi, BK.m.41 anlamında hukuka aykırılık oluşturur. Bu kurallar, asıl amaçları yanında, kişilerin mutlak haklar dışında kalan malvarlığı haklarını da dolaylı olarak koruyan kurallardır. Özellikle, şeye ve kişiye ilişkin zararlar dışındaki zararları ifade eden "diğer zararlar", mutlak haklar dışındaki menfaatlerin, yani ekonomik menfaatlerin ihlali durumunda meydana gelir. Bununla birlikte, bu tür durumlarda hukuka aykırılığın söz konusu olabilmesi için, ihlal edilen hukuk kuralının, diğer amaçları yanında, ferdi menfaati koruma amacının da bulunması gerekir (79) (80). Meselâ, Türk Ceza Kanununda dolandırıcılık, esasen, kamu yararını korumak amacıyla yasaklanmıştır. Ancak, dolandırıcılık suçunu işleyen kimse, aynı zamanda ferdi menfaati koruma amacı güden bir hukuk kuralını da ihlal etmiş olduğu için, BK.m.41 anlamında bir haksız fiil işlemiş sayılacaktır. Tehdit, haksız rekabet gibi hallerde de durum aynıdır (81).

(78) İnan, sh.256; Eren, Borçlar, sh.259-260; Deschenaux/Tercier, sh.43.
 (79) Buna doktrinde "hukuka aykırılık bağı teorisi" veya "normun koruma amacı teorisi" de denilmektedir. Hukuka aykırılık bağı nazariyesi, ihlal edilen davranış kuralının amacını esas alır. Bu nazariyeye göre, fail, sadece ihlal edilen hukuk kuralının önlemeyi amaçladığı zararlardan sorumludur. Şu halde, hukuka aykırılıktan söz edebilmek için, ihlal edilen hukuk kuralının, çığneneden türden bir mutlak hakkı veya bir ekonomik menfaati korumak amacıyla konulmuş olması, yani hukuka aykırılık bağının bulunması gerekir. Geniş bilgi için bkz. Eren, F., Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi, Koloğlu'na Armağan, Ankara 1975, sh.461-491; Tandoğan, H., Hukuka Aykırılık Bağı, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 1980, sh.5 vd.

(80) Türk - İsviçre hukuku doktrin ve uygulamasında hukuka aykırılığın hukuka aykırılık bağı gözönünde tutularak tanımlanması kabul edilmektedir. Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. Eren, Hukuka Aykırılık Bağı, sh.464 vd.; Tandoğan, Hukuka Aykırılık Bağı, sh.9 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.643-645; Oftinger, I, sh.131-132; Deschenaux/Tercier, sh.43-44; BGE I 628; Y.4.HD. 13.3.1979 t., E.5312, K.3193 (YKD.1979, S.1 sh.28 vd.); 4.HD.8.1.1979 t., E.13144, K.38 (YKD.1979, S.5 sh.642 vd.).

(81) Deschenaux/Tercier, sh.43-44; Keller/Gabi, sh.42; Eren, Borçlar, sh.260-263.

İhlali hukuka aykırılık oluşturan kurallar, hukuk düzenini meydana getiren yazılı ve yazılı olmayan bütün özel hukuk ve kamu hukuku kuralları incelenerek tesbit olunacaktır (82). Ayrıca, zarar vermek kastıyla ahlâk kurallarına aykırı davranmak da hukuka aykırılık sayılmaktadır (BK.m.41 f.II). Ancak, hukuka aykırılığın kaynakları arasında yazılı hukuk kuralları yanında yazılı olmayan hukuk kurallarına da yer verilmesi, kişilik haklarının genişlemesi, dürüstlük ilkesine aykırı davranışların hukuka aykırılık sayılması, bu hükmün uygulama alanını son derece daraltmıştır (83).

III. ZARAR

A. Tanım ve Kavram

Zarar, sorumluluğun en önemli unsurunu oluşturur. Sorumluluk hukukunda, tazminat borcunun doğması için, işlenen hukuka aykırı fiil sonunda mutlaka bir zararın gerçekleşmiş olması gereklidir; zarar vermeye teşebbüs hiç bir zaman bir tazmin borcu meydana getirmez. Zira, ceza hukukundan farklı olarak, sorumluluk hukukunun asıl amacı, gerçekleşen zararı tazmin ettirmektir, cezalandırmak değildir (84).

Zarar kavramı Kanunda tanımlanmamış, bu, doktrine ve yargısal içtihatlarla bırakılmıştır. Zarar kavramı doktrin ve uygulamada dar ve geniş olarak iki anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamda zarar, kişinin iradesi aksine malvarlığında meydana gelen eksilmeyi; geniş anlamda zarar ise, hem malvarlığında hem de şahıs varlığında ortaya çıkan azalmayı ifade eder. Geniş anlamda zarar, gerek maddi zararı gerekse manevi zararı içine alan bir kavramdır. Buna karşılık dar anlamda zarar ile sadece malvarlığı zararı anlaşılır (85). Türk - İsviçre hukuku doktrin

(82) İhlali hukuka aykırılık oluşturan kurallar hakkında geniş bilgi için bkz. Eren, Borçlar, sh.252 vd.; Keller/Gabi, sh.39 vd.; Oftinger, I, sh.129 vd.; Kaneti, Kusur Kavramı, sh.39 vd.

(83) Eren, Borçlar, sh.265-266; Deschenaux/Tercier, sh.47; Von Tuhr/Peter, sh.416.

(84) Lange, H., Schadenersatz, Tübingen 1979, sh.6, 8; Eren, Borçlar, sh.160; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, sh.732-733.

(85) Akünal, agt., sh.43; İnan, sh.273; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, sh.735.

ve uygulamasında, BK.m.41'deki zarar kavramından maddi zararın anlaşılması gerektiği, genellikle kabul edilmektedir (86). Bu anlamda zarar, hâkim görüşe göre, malvarlığının zarar verici olaydan sonraki durumu ile, bu olay vuku bulmasa idi bulunacağı durum arasındaki farkı ifade eder (87). Hukuk literatüründe "fark nazariyesi" olarak anılan bu görüş, zararı "matematiksel açıdan ele almakta ve soyut biçimde değerlendirmektedir" (88).

Tazminat talebine esas olacak zararın, belirlilik, kişisellik ve doğrudan doğruyalık niteliklerine sahip olması gerekir. Buna göre, ancak belirli veya belirlenebilir nitelikteki zararların tazmini istenebilir. Ayrıca, tazminat isteme hakkı, sadece zarar görene veya bu hakkın kanuna uygun olarak intikal ettiği kimselere aittir. Ve nihayet, zarara doğrudan doğruya maruz kalanlar, tazminat talebinde bulunabilirler; dolayısıyla zarara uğrayanların tazminat talep edebilme hakkı, istisna olarak tanınmıştır (BK.m.45 f.II) (89).

B. Maddi Zararın Türleri

Doktrinde zarar çeşitli yönlerden ayırırma tabii tutulmaktadır. Bunlardan, çalışmamız içerisinde kavram olarak geçenleri incelemekte yarar vardır.

1. Fiili zarar - yoksun kalınan kâr

bazan zarar, malvarlığının net mevcudunun azalması suretiyle meydana gelir. Böyle zararlara fiili zarar denir.

-
- (86) Oftinger, I, sh.53-54; Brehm, Art.41 Nr.70; Keller, A. sh.39; Eren, Borçlar, sh.160-161; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.736; Y.4.HD.20.9.1982 t., E.6043, K.7949 (YKD. 1983, S.1 sh.47); 4.HD.12.1.1981 t., E.13394, K.274 (YKD. 1982, S.5, sh.645 vd.); 4.HD.12.3.1974 t., E.15684, K.1223 (Karahasan, M.R., Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 1981, sh.254).
- (87) Akünal, aqt., sh.52; Eren, Borçlar, sh.162-163; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.736; Oftinger, I, sh.54; Brehm, Art.41 Nr.70; BGE 104 II 198-199; Y.4.HD.12.12.1979 t., E.9779, K.13899 (YKD. 1980, S.10, sh.1343).
- (88) Akünal, aqt., sh.52; ayrıca fark nazariyesi hakkında geniş bilgi için bkz. aynı eser, sh.52 vd; Oftinger, I, sh.54.
- (89) Deschenaux/Tercier, sh.23-24; Eren, Borçlar, sh.174; Y.4.HD.13.3.1978 t., 1977/5312 E., 3193 K. (YKD. 1979, S.1, sh.28-29).

Fiili zarar, malvarlığının aktifinin azalması veya pasifinin artması şeklinde olabilir. Buna karşılık diğer bir kısım zararlar ise, malvarlığının artmasına engel olunması suretiyle ortaya çıkar. Bu tür zararlar da, yoksun kalınan kâr denilir (90).

2. Doğrudan doğruya zarar - dolayısıyla zarar

Doğrudan doğruya zarar, zarar verici olayın ilk ve en yakın sonucu olan zararı; dolayısıyla zarar ise, zarar verici olayın ilk ve en yakın sonucuna bağlı olan ve ondan doğan zararı ifade eder (91). Bu ayırım, tazmin edilmesi gereken zararın tesbiti bakımından, bazı istisnalar dışında (meselâ BK.m.192,205), bir önem taşımamaktadır. Zira, fiile uygun illiyet bağı ile bağlanan her türlü zararın tazmini gerekmektedir (92).

3. Şeye ilişkin zarar - kişiye ilişkin zarar - diğer zararlar

Şeye ilişkin zarar, bir şeyin hasara uğratılması, tahribi veya kaybedilmesi gibi, maddi malların ihlali dolayısıyla ortaya çıkan zararlardır. Kişiye ilişkin zarar ise, adam öldürme veya bedensel bütünlüğün ihlali sonucunda malvarlığında meydana gelen eksilmedir. Bu iki gurup dışında kalan, özellikle yaşama hakkı ve bedensel bütünlük dışındaki şahıs varlıklarının ihlalinin doğan zararlar ise, diğer zararları oluşturur. Bir kişinin ticari itibarının, iktisat hakkı ve marka gibi fikri ve sınai haklarının ihlalinin, haksız rekabetten doğan zararlar, bu guruba girer (93).

(90) İnan, sh.274-275; Eren, Borçlar, sh.166-168; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.752-755.

(91) İnan, sh.276; Eren, Borçlar, sh.169-171; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.761-762; Keller/Gab , sh.12; Tandoğan, Mesuliyet, sh.70.

(92) İnan, sh.276; Eren, Borçlar, sh.169-171; Tandoğan, Mesuliyet, sh.70; Oftinger, I, sh.59-60; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.761

(93) Brehm, Art.41, Nr.77; İnan, sh.276; Eren, Borçlar, sh.168-169; Oftinger, I, sh.61; Keller/Gabi, sh.13-14; Tandoğan, Mesuliyet, sh.69.

IV. İLLİYET BAĞI

Haksız fiilin unsurlarından biri de illiyet bağıdır. Akit dışı sorumlulukta, gerek kusura dayanan sorumlulukta, gerekse sebep sorumluluklarında illiyet bağının varlığı mutlaka aranır. Sebep sorumluluklarında; sorumluluk, kusura değil, belirli bir olay ile zarar arasındaki sebep-sonuç bağına dayandığı için, illiyet bağı, kusur sorumluluğuna oranla daha çok önem taşımaktadır (94).

Hukukta, ortaya çıkan zararlar sorumluluğun bağlandığı fiil veya olay arasındaki sebep-sonuç ilişkisine, genel anlamda illiyet bağı denilir (95). Esasen, fiil veya olay ile zarar arasında bir sebep-sonuç ilişkisinin mevcut olup olmadığı sorunu, tamamen maddi bir konudur ve her şeyden önce, mantık kurallarına göre tesbit edilir. Sorumluluğun bağlandığı fiil veya olay ile zarar arasında, mantık kurallarına göre böyle bir ilişkinin var kabul edilmesine, mantıki illiyet denir (96). Mantık kurallarına göre, zararın doğmasındaki her zaruri şart sebep sayıldığı için; mantıki illiyet bağı ile sorumluluğun sınırları, adalet duygularına aykırı olarak, son derece genişleyebilmektedir (97). Gerçekten, bazan önemsiz görünen bir fiil, kendisini takip eden olayların beklenmedik zincirlemelerle uzayıp gitmesi yüzünden, pek çok zararlar yol açabilmektedir. Faili, bu zararların tamamından sorumlu tutmak, adalet duygularını tatmin etmeyecektir. Şu halde, bir sınırlama yapmak ve sorumluluğu, zararın sadece bir kısmında kabul etmek gereklidir. İşte bu yüzden, illiyet bağı mantıki illiyete değil, hukuki illiyete dayandırılmaktadır (98). Mantıki illiyet zinciri içinde, zararı tazmin yükümlülüğünün kabul edilebilmesi için "lazım ve kafi olan

(94) Eren, F., Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, sh.2; Borçlar, sh.175.

(95) Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh.1; Tandoğan, Mesuliyet, sh.71; Oftinger, I, sh.70.

(96) İnan, sh.278; Tandoğan, Mesuliyet, sh.71-72.

(97) Eren, Borçlar, sh.177; İnan, sh.278; Tandoğan, Mesuliyet, sh.72-73.

(98) Feyzioğlu, F.N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 2.Baskı, İstanbul 1976, sh.506; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.770-771; Tandoğan, Mesuliyet, sh.73-74.

illiyetin derecesi", yani hukuki illiyet, hukuk düzenince belirlenmektedir (99).

Sorumluluğun bağlandığı fiil veya olayın mantıki illiyet zinciri içindeki sonuçlarından hangi dereceye kadar sorumlu olunacağı, hukuki sorumluluğun nasıl sınırlanacağı konusunda, çeşitli illiyet nazariyeleri ortaya atılmıştır. Bunlardan en önemli ikisi, şart ve uygun illiyet nazariyeleridir (100).

Şart nazariyesine göre, bir zararın doğması için zaruri olan, yani bulunmaması durumunda zararın meydana gelmeyecek olduğu her şart, o zararın sebebini oluşturur. Bu bakımdan fail, meydana gelmesinde fiilin zaruri şart özelliği gösterdiği bütün sonuçlardan sorumludur (101). Şart nazariyesi, doktrinde, mantıki illiyet kavramının hukuki alana aktarılmasından ibaret sayılmakta ve sorumluluğu sınırlama hususunda yeterli görülmemektedir (102).

Uygun illiyet nazariyesine göre ise, fiil, olayların olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine göre, zararlı sonucun normal ve uygun sebebini oluşturuyorsa, bu fiille zarar arasında uygun illiyet bağı vardır; böyle bir fiilin faili, sonuçtan sorumlu tutulacaktır. Buna karşılık, meydana gelen zarar, genel hayat tecrübeleri ve hayatın olağan akışı itibariyle beklenmeyen bir sonuç ise; fiille sonuç arasında mantıki bir illiyet bulunsa bile, uygun illiyet bağı bulunmadığı için, fail bundan sorumlu olmayacaktır. Bu nazariye, bir fiilin veya olayın "arızı, tesadüfi ve atipik" sonuçlarını, sorumluluk dışı bırakmaktadır (103). Uygun illiyet nazariyesi, Türk - İsviçre ve Alman hukuklarında hâkim görüşü temsil etmektedir (104).

(99) Tandoğan, Mesuliyet, sh.74; İnan, sh.278-279.

(100) Şart ve uygun illiyet nazariyeleri hakkında geniş bilgi için bkz. Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh.21-27,51 vd.; Borçlar, sh.178 vd.

(101) Tandoğan, Mesuliyet, sh.74-75; İnan, sh.279; Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh.21-22; Borçlar, sh.178-181.

(102) İnan, sh.279; Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh.27-32; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, sh.771.

(103) Tandoğan, Mesuliyet, sh.77; İnan, sh.279-280; Eren, Borçlar, sh.181-184.

(104) Tandoğan, Mesuliyet, sh.76 vd.; Schwarz, sh.127; İnan,

Uygun illiyet nazariyesi, sorumluluğun, makûl ve hakkaniyete uygun surette sınırlandırılması amacını takip etmekte (105), bunun için objektif ölçüler getirmektedir (106). Bununla birlikte, hâkim, somut olayda belli bir fiilin zararlı sonucun normal ve uygun sebebini oluşturup oluşturmadığını, takdir hakkına dayanarak belirleyecektir. Uygun illiyet bağının varlığının şüpheli olduğu durumlarda hâkim, zararı meydana getiren bütün unsurları gözönünde bulundurarak, illiyet bağının uygunluğunu takdir eder. Esasen, Türk - İsviçre hukuk sisteminde hâkime geniş bir takdir hakkı verilmiştir. Bu takdir hakkının illiyet bağının uygunluğunu tesbitte de bulunması, somut durumlarda adalet duygusunu tatmin edici karar verilmesine imkân sağlar (107).

Hâkim takdir hakkını kullanırken hakkaniyet ilkesini gözönünde bulunduracaktır. Uygun illiyet nazariyesine dayanılarak varılan sonuç, bazan tatmin edici olmayabilir. Bu sebeple hâkim, her somut olayda elde edilen çözüm tarzının hakkaniyete uygun düşüp düşmediğini tartmalıdır. Şayet bir fiil, niteliği itibariyle ortaya çıkan sonucu oluşturmaya elverişli ise; bu sonucun az rastlanan, olağan dışı olması, illiyetin uygun olduğunun kabulüne engel değildir (108). Nitekim, esasen sorumluluğu sınırlama amacı taşıyan uygun illiyet nazariyesi, uygulamada, bazan gayet geniş olarak ele alınmakta; hatta bazı somut durumlarda şart nazariyesine yaklaşılmaktadır (109).

sh.279-280; Eren, Borçlar, sh.181 vd.; Saymen/Elbir, sh. 483-484; Tunçomağ, K., Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, 6.Baskı, İstanbul 1976, sh.450; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.771-775; Y. HGK.24.6.1964 t., E.508/D-4, K.481 (Karahasan, sh.156; AD., 1964 S.9 sh.12); Oftinger, I, sh.72-73; Becker, Art.41, Nr.30; Von Tuhr/Peter, sh.97; BGE 89 II 232 vd. (Kaneti, I, sh.116 Nr.101); Lange, sh.57 vd; Lorenz, K., Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 13. Aufl., München 1982, sh.404 vd.

(105) İmre, agt., sh.12; Tandoğan, Mesuliyet, sh.77-78; Eren, Borçlar, sh.184.

(106) Eren, Borçlar, sh.184.

(107) Tandoğan, Mesuliyet, sh.78; İmre, agt., sh.12.

(108) Brehm, Art.41 Nr.124; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.774-775.

(109) Federal Mahkeme bir kararında (BGE 96 II 392-397); failin, otomobille çığneyerek yaralanmasına sebep olmakla kalma-

V. KUSUR

A. Kavram ve Tanım

Kusur, haksız fiil sorumluluğunda sorumluluğun kurucu unsurudur. Ancak kusurun, sorumluluğun doğması yanında, tazminatın kapsamını tayinde de önemli rolü vardır (BK.m.43 f.I). Bu anlamda kusur, sorumluluğu sınırlayıcı bir rol oynamaktadır (110).

Kusur sorumluluğunda sorumluluğun temelini oluşturan kusur unsuru, sebep sorumluluğunda, tazmin yükümlülüğünün doğması bakımından bir önem taşımaz. Bununla birlikte, tazminatın kapsamını tayin açısından kusurun, burada da rolü vardır. Bir defa, sebep sorumlusunun ayrıca kusuru da varsa (munzam kusur), sorumluluğu daha da şiddetlenir. Zira, böyle bir durumda sorumlu kişi mücbir sebep, zarar görenin

yıp, bir sinir hastalığına yol açtığı kişinin, bu hastalığa zemin hazırlayan bir ruhsal anomalliğinin bulunduğu anlaşılmasına rağmen, haksız fiille sinir hastalığı arasında illiyet bağının varlığını kabul etmiştir. Federal Mahkemeye göre, kişide haksız fiilin harekete geçirdiği sinirsel rahatsızlığa zarar görenin bedensel yatkınlığının bulunması, failin bu hastalık dolayısıyla sorumlu tutulmamasını gerektirmez. Burada gözönünde bulundurulması gereken ölçü, haksız fiilin harekete geçirdiği sinir hastalığının, hakkaniyet ilkesine uygun olarak, faile isnat edilip edilemeyeceğidir. Federal Mahkemenin aynı yönde bir başka kararı için bkz. BGE 80 II 348-353 (Oftinger, Bundesgerichtspraxis..sh.262,Nr.97).

Yargıtayımız Hukuk Genel Kurulunun 24.6.1964 t., E. 508/D-4, K.481 sayılı kararı da Federal Mahkemenin yukarıda anılan kararlarındaki görüşüne benzer görüşü ifade ediyor: Olayda, bisikletle çarpılması dolayısıyla yaralanmış olan ve meydana gelen kırıklar için ameliyat edilen kişi, kalbinde mevcut tümörün dolaşım yetersizliğine sebep olması yüzünden ölüyor.Hukuk Genel Kuruluna göre, olayda çarpma fiili ile ölüm arasında uygun illiyet bağı mevcuttur. Fakat, failin fiilinin öngöremeyeceği sonucundan sorumlu tutulması gözönünde bulundurulurak, tazminatın BK.m.43 f.I gereğince indirilmesi gerekir (AD. 1964 S.9 sh.12;Karahasan, sh.156); Yargıtay'ın aynı yönde bir başka kararı için bkz. 4.HD.5.11. 1984 t., E.1984/6092, K.8184 (YKD. 1985,S.4, sh.489-492). (110) İmre, agt., sh.16-20; Eren, Borçlar, sh.232; Y. 4.HD. 13.3.1980 t., E.1279, K.3256 (YKD. 1982,S.1 sh.29).

ya da üçüncü kişinin ağır kusuru gibi, uygun illiyet bağına kestiği kabul edilen sebeplerden birinin varlığını ileri sürerek, sorumluluktan kurtulamayacaktır. İkinci olarak, zarar sorumlusunun munzam kusuru, tazminatın indirilmesine ya da durum ve şartlara göre tamamen kaldırılmasına imkân veren zarar görenin kusurunun etkisini, kısmen veya tamamen ortadan kaldırır. Munzam kusurun bu rolü, zarar görenin bedensel yatkınlığı, umulmayan hal gibi diğer indirim sebepleri bakımından da aynen geçerlidir (111).

Kusur kavramı Kanunda tanımlanmamış, bunun tayini doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Doktrin ve uygulamadaki hâkim görüşe göre, hukuk düzeninin kınadığı, hoşgörmediği davranış biçimine kusur denir (112). Şu halde, benzer durum ve şartlar altındaki normal kişilerden beklenen ortalama davranış biçiminden ayrılan ve sapan her davranış, kusurlu davranış olarak nitelendirilir. Fransız hukukundan farklı, olarak, Alman, İsviçre - Türk hukuklarında kusur, hukuka aykırılıktan bağımsız bir unsurdur. Hukuka aykırılık haksız fiilin objektif unsurunu, kusur ise sübjektif unsurunu oluşturur (113).

B. Kusurun Türleri

Kusur, genellikle kast ve ihmâl şeklinde ikiye ayrılarak incelenir (114)(115).

1.Kast. Failin, hukuka aykırı sonucu bilerek ve isteyerek hareket etmesine, kast denilmektedir. Kastın iki unsuru vardır:a) Hukuka aykırı sonucun önceden görülmesi, bilinmesi,

-
- (111) Oftinger, I, sh.139-140; Eren, Borçlar, sh.232-233; İmre, agt., sh.21; Y.4.HD.25.2.1986 t., E.1985/9831, K.1731: Kusursuz sorumluluk hallerinde zarar görenin ağır kusurunun illiyet bağına keseceği kabul edilir; ancak, bunun için, öncelikle kusursuz sorumlu olanın munzam kusurunun bulunmaması gerekir (YKD., 1986, S.7, sh.956-958).
- (113) Oftinger, I, sh.138; Keller/Gabi, sh.52; Tandoğan, Mesuliyet, sh.45; Eren, Borçlar, sh.229-230; Kaneti, Kusur Kavramı, sh.40.
- (114) BK.m.41 f.I'de ihmâlin yanında yer verilen "teseyyüp", "tedbirsizlik" kavramları, ihmâl dışında bağımsız bir anlama sahip değildir. Nitekim, kaynak Kanunun Almanca metninde sadece kast ve ihmâl kavramlarına yer verilmiştir.
- (115) Bu ayırım, sorumluluk hukukunda, ceza hukukunda olduğu

yani tasavvur; b) bu sonucun istenilmesi, yani irade. Kast durumunda hukuk düzenince kınanan husus, failin iradesini kötüye kullanmak suretiyle, normal tipten ayrılmış olmasıdır (116).

Kast, doğrudan doğruya kast ve dolaylı kast olmak üzere ikiye ayrılır. Doğrudan doğruya kastta, tasavvur olunan hukuka aykırı sonuç açıkca istenilmektedir. Meselâ bir kimsenin, çığnemek amacıyla aracını mağdurun üzerine sürmesinde, doğrudan doğruya kast vardır. Buna karşılık dolaylı kastta, tasavvur olunan hukuka aykırı sonuç açıkca istenmemekte, fakat fiil, bu ihtimal göze alınarak işlenilmektedir. Meselâ, kalabalık caddede hedefine varmak için süratli araba kullanan veya polis takibinden kaçarken kendisine yol açmak için sağa sola ateş açan kişinin amacı, kimseyi öldürmek değildir; fakat o, fiilinin bir ölüme sebep olacağını bilerek, bu sonucu göze almaktadır (117). Doğrudan doğruya kast ile dolaylı kas arasında, hukuki sonuç bakımından herhangi bir fark yoktur (118).

Kastın varlığı için, hukuka aykırı sonucun istenilmiş olması yeterlidir; ayrıca fiile illiyet bağı ile bağlı olan sonuçların, yani tazmini gereken bütün zararların bilinmiş ve istenilmiş olması aranmaz (119).

2. İhmal. Hukuka aykırı sonuç istenilmemekle beraber, bu sonucun meydana gelmemesi için gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi halinde, ihmalden söz edilir. Buna göre ihmal, zararın önceden görülebilmesine ve önlenbilmesine ait dikkat

kadar önem taşımaz. Zira, sorumluluk hukukunda, kural olarak hafif ihmal dahi tazminat yükümlülüğünün doğması için yeterlidir (Schwarz, sh.110).

(116) Tandoğan, Mesuliyet, sh.46.

(117) Tandoğan, Mesuliyet, sh.46-47; İnan, sh.266-267; Eren, Borçlar, sh.236-238; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.665-666; Schwarz, sh.108-110.

(118) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.665-666.

(119) Tandoğan, Mesuliyet, sh.48-49; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.664-665; Schwarz, sh.109; Arsebük, E., Borçlar Hukuku, C.I-II, 3. Baskı, Ankara 1950, sh.128.

ve özen eksikliğidir (120). İhmalde, irade hukuka aykırı sonuca yönelmemiş olmasına rağmen, gerekli dikkat ve özen gösterilmeyerek zararın doğmasına sebebiyet verildiği için; ihmali davranış hukuk düzenince kınanmaktadır (121).

Sorumluluk hukuku bakımından ihmal daha büyük önem taşır ve kusur kavramıyla çoğunlukla ihmal kastedilir (122) (123). İhmal kavramı nicelik yönünden (124) ağır ihmal ve hafif ihmal olarak ayrılır (125).

a. Aynı durum ve şartlar altında makûl ve orta zekalı her insandan beklenen en basit dikkat ve özenin gösterilmemesi durumunda, ağır ihmalden söz edilir (126).

b) Hafif ihmal ise, ancak dikkatli ve tedbirli kimse-lerden beklenen özenin gösterilmemesi halinde söz konusudur. Kural olarak, ağır ihmal olarak nitelendirilemeyen her ihmal, hafif ihmaldir (127).

Tazminat sorumlusunun bağlı olduğu çevrede bir ihmalin hafif ihmal sayılması önemli değildir; kusurun derecesi, genelin korunması açısından tayin edilir. Bununla birlikte kusurun derecesi tayin edilirken, faili, bu davranış biçimine iten "saikler" de gözönüne alınabilir. Meselâ, sırf gösteriş yapmak için aracı süratli kullanan kişiyle, bir hastayı

-
- (120) Oftinger, I, sh.129; Tandoğan, Mesuliyet, sh.48-49; Feyzi-
oğlu, sh.479; Schwarz, sh.111; İmre, agt., sh.27.
- (121) Tandoğan, Mesuliyet, sh.48-49.
- (122) Genellikle, hafif kusur denilince hafif ihmal, ağır kusur denilince ise ağır ihmal anlaşılır; ancak ağır kusur kavramına kast da dahildir.
- (123) Oftinger, I, sh.152; Tandoğan, Mesuliyet, sh.54-55; Tekinay/
Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.668; İmre, agt., sh.27.
- (124) İhmal nicelik yönünden de şuurlu ihmal, şuarsuz ihmal şeklinde ayrılmaktadır. Ancak, ceza hukuku açısından önem taşıyan bu ayırım, sorumluluk hukuku bakımından tamamen nazari kalmaktadır ve uygulama alanı bulmamıştır (Eren, Borçlar, sh.242-243; Oftinger, I, sh.153).
- (125) İhmali ağır ihmal, orta ihmal ve hafif ihmal şeklinde ayırmak da mümkündür. Bu hususta bkz. Eren, Borçlar, sh.42; Keller/Gabi, sh.55.
- (126) Oftinger, I, sh.153; İnan, sh.268-269; Eren, Borçlar, sh.242; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.668-669; BGE 64 II 241, 88 II 430-435 (Kaneti, I, sh.102, Nr.88); Y.13.HD. 14.3.1983 t., E.1982/7237, K.1783 (YKD., 1983, S.7 sh.).
- (127) Oftinger, I, sh.153; Eren, Borçlar, sh.242; İnan, sh.269.

hekime yetiştirmek amacıyla hızlı kullanan bir başkasının kusuru, aynı değildir; bunlardan birincisinin kusuru, daha ağır olarak nitelendirilmelidir (128).

C. İhmalin Ölçüsü

İhmalde failin göstermesi gereken dikkat ve özenin derecesi büyük önem taşır. Türk - İsviçre sorumluluk hukukunda hâkim görüş, ihmalin bulunup bulunmadığının tesbitinde objektif ölçünün esas alınması yolundadır (129). Buna göre, gerekli dikkat ve özenin gösterilip gösterilmediği, normal ve orta zekalı bir insanın aynı durum ve şartlarda yapacağı hareket gözönüne alınarak tesbit olunmalıdır (130). Buna ihmalin objektifleştirilmesi denilmektedir. İhmalin objektifleştirilmesinin hukuki sonuçlarından bazıları şunlardır (131):

1. Objektifleştirilmiş ihmal kavramında ortalama bir ölçü geçerlidir. Buna göre, normal ve ortalama tipten ayrılan her davranış tarzı, ihmal olarak nitelendirilir (132).

2. Bununla birlikte ihmalin belirlenmesinde objektif ölçünün benimsenmesi, bu ölçünün bütün insanlar ve her türlü durum için aynı olacağı anlamına gelmez. Bir olayda gerekli dikkat ve özenin gösterilip gösterilmediği değerlendirilirken, olayın somut şartları, failin yaşı, cinsiyeti, eğitim

-
- (128) Tandoğan, Mesuliyet, sh.55; Özsunay, E., Türk Hukukunda İşletenin Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından Kusurun Etkisi ve Önemi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara 1980, sh.72.
- (129) Tandoğan, Mesuliyet, sh.50; İnan, sh.270; Eren, Borçlar, sh.238; Özsunay, İşletenin Sorumluluğu, sh.72; İmre, agt, sh.27 vd.; Oftinger, I, sh.143; Von Tuhr/Peter, sh.429; Häberlin, F., Das eigene Verschulden des Geschädigten, Bern, 1924, sh.44; Deschenaux/Tercier, sh.53; BGE 82 II 30-31; 89 II 226 (Oftinger, I, sh.143 dn.21); Y.4.HD. 2.10.1984 t., E.5417, K.7116 (YKD.1985, S.1, sh.31); 4.HD.24.9.1984 t., E.6027, K.6856 (YKD. 1985, S.1, sh.29).
- (130) Roma hukukunda kabul edilen "iyi bir aile babası (bonus pater families)", İngiliz hukukundaki "makul insan (reasonable man)" gibi davranış ölçüleri de, objektif ölçüye örnek verilebilir (Schwarz, sh.112)
- (131) Bu hususta geniş bilgi için bkz. Oftinger, I, sh.146-152; Tandoğan, Mesuliyet, sh.51-54; İmre, agt., sh.32-34; Özsunay, İşletenin Sorumluluğu, sh.74-76.
- (132) Oftinger, I, sh.146; Tandoğan, Mesuliyet, sh.51-52; İmre, agt., sh.31.

ve mesleki durumu da gözönünde tutulur. Meselâ fail çocuksa, o yaştaki makul, orta seviyede bir çocuğun aynı durum ve şartlardaki davranışı, gösterebileceği özen derecesi esas alınır. Keza, fail kadınsa, onun fiziki gücü de gözönünde bulundurulur. Bundan başka sorumlunun mesleği, yaptığı işin önemi ve güçlüğü, faaliyetinin tehlikeliliği dikkate alınır. Aynı şekilde, bir meslek ve sanat ne kadar nitelik ve uzmanlık gerektiriyorsa, gösterilmesi gereken dikkat ve özen de, o oranda yüksek olmalıdır (133). Buna karşılık, ihmalin belirlenmesinde yorgunluk, dalgınlık, üzüntü ve uykusuzluk gibi sübjektif durumlar dikkate alınmaz (134).

3. İhmalin belirlenmesi bakımından kanun, tüzük ve yönetmeliklerde yer alan zabıtaya ait hükümlerle toplumun, trafiğe katılan kişilerin ve işçilerin korunması amacıyla konulmuş teknik kural ve tedbirler de önemlidir. Bu kural ve tedbirler özen ödevlerinin bir kodifikasyonunu oluştururlar. Bunlara aykırı hareket edilmesi, sorumluluk hukuku açısından ihmal sayılır (135). Bununla birlikte, durum ve şartlar daha fazla özeni gerekli gösteriyorsa, sadece bu kurallara uymuş olmak failin kusurunu ortadan kaldırmaz (136).

D. Kusur ile Temyiz Kudreti Arasındaki İlişki

Kusurdan söz edilebilmesi için, failin temyiz kudretine sahip olması gereklidir. Kişisel ehliyetsizlik, temyiz kudretinden yoksun olma derecesini bulduğu takdirde, artık kusur söz konusu olamaz. Gayrimüeyyiz olan kişi, kural olarak kendi fiilleri ile hukuki sonuçlar ortaya çıkaramayacağından (MK.m.15), haksız fiilden sorumluluk ehliyetine

(133) Oftinger, I, sh.146-147; Tandoğan, Mesuliyet, sh.53; Eren, Borçlar, sh.239-240; Özsunay, İşletenin Sorumluluğu, sh.74-75.

(134) Oftinger, I, sh.145; Tandoğan, Mesuliyet, sh.52; Eren, Borçlar, sh.240.

(135) Tandoğan, Mesuliyet, sh.54; Keller/Gabi, sh.58; Eren, Borçlar, sh.241; Oftinger, I, sh.149-150.

(136) Tandoğan, Mesuliyet, sh.54.

sahip değildir (137) (138) .

Temyiz kudreti Medeni Kanunumuzun 13. maddesinde olumsuz biçimde tanımlanmıştır. Buna göre; "makul surette hareket" edemeyen kişi, temyiz kudretinden yoksun sayılır. Madde hükmünün incelenmesinden de anlaşılacağı gibi, temyiz kudreti ~~nisbi~~ bir kavramdır. Bundan dolayı temyiz kudretinin bulunup bulunmadığı tesbit edilirken, her somut olaydaki durum ve şartların gözönünde bulundurulması gerekir (139) . Temyiz kudretini haiz olan kişi, küçük veya kısıtlı da olsa, haksız fiil sayılan davranışlarından sorumludur (MK. m.16 f.III) .

Gayrimümeyyizlerin haksız fiillerinden sorumlu olmamasının istisnasını BK.m.54 f.I de öngörülen hüküm oluşturur (140) .

(137) Oftinger, I, sh.154; Tandoğan, Mesuliyet, sh.55-57; Keller/Gabi, sh.58-59.

(138) Bununla birlikte, zarardan sorumlu kişinin gayrimümeyyiz olması, sebep sorumluluklarında bir önem taşımaz. Zira, bu sorumluluklarda kusur, zaten sorumluluğun bir şartı değildir (Keller/Gabi, sh.59); ayrıca bkz. yukarıda § 3, I, A.

(139) Oftinger, I, sh.154; Keller/Gabi, sh.58-59; BGE 44 II 449; 90 II 9-14 (Oftinger, Bundesgerichtspraxis, sh.249-250, Nr.91, e) .

(140) Bkz. yukarıda § 3, II, A.

İ K İ N C İ B Ö L Ü M

MADDİ TAZMİNAT KAVRAMI VE MADDİ TAZMİNATIN TÜRLERİ

§ 5. MADDİ TAZMİNATIN TANIMI ve AMACI

Maddi tazminat, maddi zararın giderilmesi için sorumlu kişi tarafından yerine getirilmesi gereken ve para ile ifade edilebilen bir edimdir (1). Maddi tazminat akit dışı sorumluluk hallerinin en önemli müeyyidesini teşkil eder. Bu müeyyide ile maddi zararın ortadan kaldırılması ve zarar görenin ekonomik durumunun mümkün olduğu kadar eski haline getirilmesi amaçlanmaktadır (2). Sorumluluk hukukunda, zarar verici fiil veya olay sonucu ortaya çıkan zararın, ödenmesi gereken tazminatın en yüksek sınırını oluşturacağı, temel ilke olarak benimsenmiştir (3). Bu bakımdan tazminat, zarar görenin malvarlığında iradesi aksine meydana gelen azalmayı telafi etmelidir, ancak onu zenginleştirmemelidir (4). Başka bir ifadeyle, tazminat, zarar verici olay meydana gelme idi, zarar görenin ekonomik durumu hangi durumda bulunacak idiyse, o durumu sağlamalıdır (5).

Tazminatın ilk ve başlıca amacı zararı tazmin etmek olmakla beraber, zararı telafi etmek yanında, onu önlemek de önem taşımaktadır. Gerçekten, hukuk düzeninin görevi, sadece ortaya çıkmış zarar ve kaybı tazminat ödettirerek hafifletmekten ibaret değildir. İşte tazminat ile güdülen bir amaç dahi zararın meydana gelmesine engel olmaktır (6).

-
- (1) Becker, Art.43 Nr.2; Tandoğan, Mesuliyet, sh.352; Von Tuhr/Peter, sh.114.
 - (2) Oftinger, I, sh.63; Tandoğan, Mesuliyet, sh.252-253; Saymen/Elbir, sh.490.
 - (3) Deschenaux/Tercier, sh.178, 202; Oftinger, I, sh.261; Tandoğan, Mesuliyet, sh.315; Becker, Art.43 Nr.2; Y.4.HD. 23.3.1987 T., E.1987/594, K.2132 (YKD.1987, S.7 sh.1005-1007); 4.HD.12.1. 1982 t., E.1981/1394, K.274 (YKD.1982, S.5 sh.645-648).
 - (4) Oftinger I, sh.261; Keller/Gabi, sh.95; Keller, M./Landman, V., Haftpflichtrecht, Ein Grundriss in Tafeln, 2.Aufl. Zürich 1980, T.93.
 - (5) Larenz, I, sh.394; Lange, sh.6; Oftinger, I, sh.44-45; Eren, Borçlar, sh.150.
 - (6) Oftinger, I, sh.45; Eren, Borçlar, sh.150.

Önleme düşüncesi, kişileri başkasına zarar verici davranışlarından genel olarak vazgeçirmeyi, böylece ortaya çıkacak zararlara engel olmayı ifade eder (7). Sorumluluk hukukunda tazminatın önleme amacıyla, topluma ait malvarlıklarının kaybına sebep olan zararlı fiillere ve bunların artmasına engel olunmaktadır (8).

Zararı önleme amacı, müeyyide düşüncesini de içerir. Gerçekten özellikle kusur sorumluluğunda, kusurlu zarar verici davranışlara tazminat müeyyidesi bağlanması, kişileri daha dikkatli hareket etmeye, başkalarına zarar vermemek için gerekli özeni göstermeye sevkeder. Tazminat müeyyidesi, kusur sorumluluğu yanında olağan sebep sorumluluklarında, hatta bir kısım tehlike sorumluluklarında da zarar meydana gelmesini bir derece önleyici etkiye sahiptir. Gerçekten, özellikle objektif özen ödevinin ihlaline dayanan sebep sorumluluğu hallerinde, objektif özen ödevinin gereği olan tedbirlerin alınması, zararı ve dolayısıyla sorumlu kişinin tazminat yükümlülüğünü önemli ölçüde azaltır. Yine tehlikeli işletme sahipleri, zarar meydana gelmesi tehlikesini azaltmak ve böylece sorumluluk ihtimalini en aza indirmek için, gerekli tedbirleri eksiksiz yerine getirirler. Bununla birlikte tazminat müeyyidesi, çoğu tehlike sorumluluklarında zararın doğmasını önleyici bir rol oynamaz (9).

Önleme ve müeyyide amacının özellikle kusur sorumluluğunda önem taşıdığı, Borçlar Kanunumuzun kusur sorumluluğunu düzenleyen hükümlerinden de anlaşılmaktadır. Gerçekten BK.m.41, kusuru, tazminatla sorumlu tutulmanın temel unsuru olarak öngörmekte, BK.m.43 ise, tazminatın kapsamını tayinde kusurun derecesinin de gözönünde bulundurulacağını hükme bağlamaktadır (10).

(7) Larenz, I. sh. 393.

(8) İmre, agt., sh. 10

(9) Eren, Borçlar, sh. 151; Larenz, I, sh. 393; Lange, sh. 7; Deutsch, E., Haftungsrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Köln-Berlin 1976, sh. 71

(10) Eren, Borçlar, sh. 151

Bununla birlikte, önleme ve müeyyide amacı, zararı tazmin amacının yerine geçemez. Zira bir defa, önleme ve müeyyide amacı bütün sorumluluk halleri için değil, sadece kusur sorumluluğu ile objektif özen ödevine dayanan sebep sorumluluğu halleri için bir önem ifade etmektedir. Ayrıca, sorumluluk hukukunu, sorumlu kişinin davranışından çok, zarar görenin menfaati, yani zarar verici fiil veya olay dolayısıyla ortaya çıkan zararın giderilmesi ilgilendirmektedir. Önleme amacıyla, zararın doğmasına nasıl engel olunacağı düşüncesi; zararı tazmin etme amacıyla ise, zarar görenin kayıplarını mümkün olduğu kadar telafi etme fikri asıl olmaktadır (11).

Şu halde tazminatın amacı, zararın meydana gelmesini mümkün olduğu kadar önlemek, zarar doğduktan sonra ise, bunu sorumlu kişiye telafi ettirmektir.

§ 6. MADDİ TAZMİNATIN TÜRLERİ

Maddi zararın telafi edilmesi çeşitli yollarla olabilir. Gerçekten, bazan, zarar verici olay meydana gelmeseydi malvarlığı ne durumda olacak idiyse, malvarlığının o duruma getirilmesi yoluna gidilir (12); bazan da zarar verici olay sonucu zarar görenin malvarlığında meydana gelen değer eksilmesi, bir para ödenmesi suretiyle telafi edilir (13). Bu iki şeklin yanında bir de, zarara uğrayan malvarlığının eski hale getirilmesiyle birlikte, ayrıca devam eden bir zararın parayla tazmin edilmesi gerektiği durumlar da bulunabilir (14).

(11) Larenz, I, sh.392-394; Eren, Borçlar, sh.150-151.

(12) Tahrip olunan şey cinsinden bir malın zarar görene verilmesi gibi.

(13) Tahrip olunan şeyin değerinin para olarak karşılanması gibi.

(14) Bedensel zararlarda zarar görenin tedavi edilmesiyle birlikte, çalışmadığı sürelerin para ile karşılanmasında olduğu gibi.

I. AYNEN TAZMİN

Genel olarak paradan başka olan tazmin şekillerine aynı tazminat veya aynen tazmin denilmektedir. Bununla birlikte aynen tazmin, malvarlığının zarar verici olaydan önceki durumunun aynen iadesi veya bu hale benzer nitelikte bir durumun meydana getirilmesi, şeklinde tanımlanabilir (15). Aynen tazmin ile zarar sorumlusu, zarara uğrayan malvarlığını eski hale getirmeyi, meselâ hasar gören şeyi tamir etmeyi veya ettirmeyi ya da ona benzer bir şeyi sağlamayı borçlanır (16).

Zararın tazmini ile takip edilen amaç, en iyi biçimde aynen tazmin ile gerçekleşebilir gözükmektedir (17). Zira, tazminatın asıl amacı, zarar görenin zarar verici olay meydana gelmeseydi bulunacağı duruma getirilmesidir (18). Ayrıca aynen tazmine hükmolunması halinde, karışık zarar hesaplamalarına ihtiyaç kalmamaktadır (19). Bundan başka, para değerinin sürekli düşüş gösterdiği ekonomilerde aynen tazmin yolu daha pratik ve elverişli olmaktadır (20).

-
- (15) Oser/Schönenberger, Art.43, Nr.10; Tandoğan, Mesuliyet, sh.253; Arsebük, sh.179-180; Larenz I, sh.431; Velidedeoğlu, H.V., Umumi Bakımdan Zarar ve Tazminat, Ebu'l Ula Mardin'e Armağan, İstanbul 1944, sh.747.
- (16) Aynen tazminde fiili zararın ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır; oysa nakden tazminde tesbit edilen zararın giderilmesi hedef alınmaktadır. Larenz I, sh.431.
- (17) Eski hukukumuz tazminatta aynen tazmin şeklini esas ilke olarak kabul etmiş bulunuyordu. Gerçekten Mecelle'nin 53. maddesindeki "aslın ifası kabil olmadığı halde bedeli ifa olunur". "hükmüyle bu ilke konulmuştu. Alman Medeni Kanunu da ilke olarak aynen tazmini kabul etmiştir. Bu Kanunun § 249 c.1 hükmüne göre; "Zararı tazminle yükümlü olan kimse, tazminle yükümlü kılan durum meydana gelmeseydi hangi hal mevcut olacak idiyse, onu yerine getirmelidir." Alman Medeni Kanununda aynen tazmine üstünlük tanınması, yani aynen tazminin bir ilke olarak benimsenmesi, zararın en iyi biçimde telafisi düşüncesine dayandırıl maktadır. Geniş bilgi için bkz. Larenz I, sh. 431-432; Von Tuhr/peter, sh.114.
- (18) Bu yüzden, aynen tazmin bedensel zararlarda, meselâ yaralanmalarda nadiren söz konusu olabilir. Bu hususta, meselâ; zarardan sorumlu klinik sahibinin, zarar göreni tedavi süresince kliniğe parasız olarak kabul etmesi veya zarar faili doktorun, mağduru ücretsiz tedavi etmesi düşünülebilir. Keller/Gabi, sh.108-109.
- (19) Keller/Gabi, sh.107.
- (20) Lange, sh.141.

Başlıca aynen tazmin halleri şunlardır (21):

A. Haksız olarak alınan şeyin semereleriyle birlikte iade edilmesi (22). Meselâ, başkasına ait olan bir şey haksız olarak bir Üçüncü kişiye devredilmişse, aynı hakka veya zilyetliğe dayanan dava hakkının kaybedildiği durumlarda, bu şeyin, devreden tarafından semereleriyle birlikte üçüncü kişiden satın alınarak malike iade edilmesi, bir aynen tazmin teşkil eder. Yine, tapuya yapılan yolsuz bir tescile güvenererek iyiniyetle taşınmazın mülkiyetini kazanan kişiden, şeyin satın alınarak malike iade edilmesi durumunda da aynen tazmin söz konusu olur.

B. Aynı cinsten başka şeylerin verilmesi (23). Meselâ, yıkılan evin yerine benzer bir evin sağlanması; haksız yere tüketilen hububatın yerine aynı cinsten aynı miktarda verilmesi halinde, böyle bir aynen tazmin vardır. Bu durum daha çok, misli veya cins itibariyle belirli eşyada söz konusu olur (24).

C. Zarara uğrayan şeyin, masrafı zarar sorumlusuna ait olmak üzere tamir edilmesi veya ettirilmesi (25). Zarara uğramış olan eşyanın tamiri zarar sorumlusunun uzmanlık alanına giriyorsa, bu durumda zararın zarar sorumlusu eliyle giderilmesi yoluna gidilebilir. Zarar sorumlusu zararı bizzat tamir edecek durumda değilse, masrafı zarar sorumlusuna ait olmak üzere, zarara uğrayan şey tamir ettirilebilir (26) (27).

-
- (21) Aynen tazmin hallerini doğrudan doğruya aynen tazmin, dolaylı aynen tazmin şeklinde ayırarak inceleyen yazarlar da vardır. Meselâ bkz. Brehm.Art.43 Nr.19-20.
- (22) Schwarz.sh.134;Oser/Schönenberger. Art.43 Nr.10;Tandoğan, Mesuliyet, sh.253-255;Velidedeoğlu, aqm, sh.747.
- (23) Tandoğan, Mesuliyet, sh.253-254;Velidedeoğlu, aqm., sh.747
- (24) Federal Mahkeme bir kararında (BGE 110 II 183-188), sorumlu bankanın artık piyasada bulunmayan on altın külçesi için tazminat olarak onu karşılayan bir kilogram altına mahkum edilmesini kabul etmiştir.Yargıtay'ın aynı yönde bir kararı için bkz. 4.HD.23.3.1987 t.,E.1987/594, K.2132 (YKD. 1987,S.7 sh.1005-1007).
- (25) Schwarz.sh.135-136;Oser/Schönenberger,Art.43 Nr.10;Brehm, Art.43 Nr.19-20; Becker,Art43 Nr.6;Gürsoy, sh.346.
- (26) Bu hususta hakim takdir yetkisini kullanarak seçim yapacaktır. Eski hale iade için, masrafı davalıya ait olmak

D. Haksız fiil failinin tazminata mahkum edildiğini belirten mahkeme kararının ilanı (28). Mahkeme kararının ilanının sadece bir manevi tazmin oluşturduğu veya ileride doğacak zararları önlemeye yönelik bir tedbir oluşturacağı fikri (29), bir çok hallerde isabetlidir. Bununla birlikte, özellikle ticari itibara tecavüz ve haksız rekabet (TTK.m. 61) teşkil eden hallerde mahkeme kararının ilanı, aynı zamanda maddi zararın giderilmesi için bir aynen tazmin de sayılmalıdır (30).

Zarar sorumlusunun aynen tazmine mahkum edilmesi yanında ayrıca devam eden bir zarar dolayısıyla nakden tazminle yükümlü kılınması gereken durumlar da söz konusu olabilir. Meselâ, zarardan sorumlu hekim zarar göreni bizzat tedavi edebilir; fakat, hastanın çalışmadığı süreler için nakdi tazminat da gerekecektir. Yine ticari itibara tecavüzden doğan zararlarda, itibarın iadesi veya itibar kaybının telafisi için; karar metninin, ilan masrafı sorumlu kişiye ait olmak üzere basında yayınlanması yanında, ayrıca ticari itibar kaybı dolayısıyla önceden uğranılan zararın nakden tazminine de hükümlenacaktır (31).

üzere zarar görene de yetki verilebilir. Bu takdirde, zarar görenin dürüstlük kuralı çerçevesinde yaptığı masraf-zarar sorumlusuna yüklenir (Becker, Art.43 Nr.6). Masrafı zarar failine ait olmak üzere zarara uğrayan şeyin bir üçüncü kişiye tamir ettirilmesi durumunda, nakden ve aynen tazmin şekilleri birlikte mevcuttur (Schwarz.sh.135-136; Gürsoy, sh.346).

(27) Brehm, Art.43 Nr.19-20; Keller/Gabi, sh.111; Lange, sh.147.

(28) Schwarz.sh.136; Tandoğan, Mesuliyet, sh.255; Von Tuhr/Peter. sh.115; Becker, Art.43 Nr.5; Oser/Schönenberger, Art.43 Nr.10; Brehm, Art.43 Nr.21.

(29) Im Hof, W., Die Art und Grösse des Schadenersatzes und der Genugtuung bei den Klagen aus OR., Schaffhausen 1912, sh. 21-22, 27.

(30) Tandoğan, Mesuliyet, sh.255.

(31) Brehm, Art.43 Nr.21.

II. NAKDEN TAZMİN

A. Genel Olarak

Nakden tazmin, malvarlığının zarar verici olaydan sonraki durumu ile bu olay meydana gelmeseydi bulunacağı durum arasındaki değer farkının para ile telafi edilmesidir (32). Nakdi tazminat zararı ortadan kaldırmak amacı taşımaz; sadece, maddi zararın giderilmesi için yapılan veya yapılması gereken masraflar bakımından bir ekonomik telafi teşkil eder (33). Bundan dolayı, zarar görenin tazminat olarak ödenen meblağı zarara uğrayan şeyin veya sakatlanan organın eski haline getirilmesi için kullanma zorunluluğu yoktur (34).

Çoğunlukla basit hesaplanabilmesi ve kolay uygulanma imkânı vermesi sebebiyle, nakden tazmin şekli hemen hemen daima tercih edilir (35).

Tazminatın amacı dikkate alındığında, aynen tazmin en iyi yol olarak gözükmektedir. Ancak uygulamada, çoğu zaman, aynen tazmin şekli ya uygulanması imkânsız ya da amaca elverişsiz bulunmaktadır:

1. Adam ölümünden veya bedensel bütünlüğün ihlalden doğan zararlarda (36), aynen tazmin mümkün değildir (37).

2. Şeye ilişkin zararlar da çok defa aynen tazmin edilemez. Gerçekten, şeye ilişkin zararlarda aynen tazminin mümkün olduğu durumlarda bile, eşyanın tamir edilmesine ya da yenisinin sağlanmasına kadar kullanılmasından yoksun kalınması dolayısıyla, zarar görenin malvarlığında bir eksilme meydana gelecektir. Bu kaybedilen ekonomik değerler, ancak nakden tazmin edilebilir. Yerine başkasının ikamesi imkânsız

(32) Schwarz, sh.133-134; Tandoğan, Mesuliyet, sh.255-256; Von Tuhr/Peter, sh.115/116; Larenz, I, sh.435.

(33) Brehm, Art.43 Nr.6; Larenz, I, sh.435.

(34) Brehm, Art.43 Nr.6; Von Tuhr/Peter, sh.115-116; BGE 108 II 422-428.

(35) Von Tuhr/Peter, sh.115; Brehm, Art.43 Nr.22; Guhl/Merz/Kummer, sh.91.

(36) Bedensel bütünlüğün ihlalde istisnai durumlarda aynen tazmin söz konusu olabilir, bkz.yukarıda § 6, I, dn. 18.

(37) Eren, F., Destekten Yoksun Kalma ve Vücut Bütünlüğünün İhlali Hallerinde Ödenecek Tazminatın Şekli, Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, sh.167; Tandoğan, Mesuliyet, sh.255; Schwarz, sh.133-134; Von Tuhr/peter, sh.115-116.

olan bir şeyin telef olması durumunda ise, zaten aynen tazmin söz konusu olamaz (38).

3. Şeyin eski hale getirilmesi mümkündür; fakat bu, çok masraflı veya külfetli olduğu için elverişli değildir (39).

4. Gerek kişiye ilişkin zararlarda ve gerekse şeye ilişkin zararlarda, zarar failinin eski hale getirmeye ehliyetli ve hazır olduğu durumlarda da; zarar gören, beceriksizlik veya ihmalkârlık göstermiş olan bu kimse ile mümkün olduğu kadar ilişkisini kesmek isteyeceğinden, aynen tazmine gidilmesi elverişli olmaz. Bu durum, özellikle akde aykırılıktan doğan zararlarda söz konusu olur. Meselâ, hekimin tıbbi hatası sonucu bir organ hareket yeteneğini kaybeder veya bir terzi kendisine tevdi edilen kumaştan giyilemeyecek bir elbise yaparsa, zarar faili zararı telafiye hazır olsa bile, önceki acı tecrübe dolayısıyla ondan bir edim beklenmemesi, çoğunlukla tercih edilecektir (40).

5. Bazan da aynen tazmin, zarar görenin öncekine göre daha iyi bir duruma geçmesi sakıncasını ortaya çıkarır. Meselâ, verilen zarar dolayısıyla artık kullanılamayacak hale gelen bir elbisenin aynen tazmini için zarar görene bir yenisinin verilmesi gerekecek, eski - yeni farkı tazminde dikkate alınamayacaktır (41) (42).

(38) Lange, sh.140-141;Schwarz.sh.133-134;Oser/Schönenberger, Art.43 Nr.9.

(39) Schwarz,sh.133;Tandoğan,Mesuliyet,sh.255-256.

(40) Schwarz.sh.133-134;Tandoğan,Mesuliyet,sh.255-256;Von Tuhr/Peter,sh.115-116.

(41) Bununla birlikte, kural olarak telef olan eşyanın yerine yenisi aynen tazmin edildiğinde, eski ile yeni arasındaki değer farkı zarar görene ödetilmemelidir. Ancak, eski ile yeni arasındaki fark, rakamla ispat olunabildiği ve hakkaniyet gerekli kıldığı takdirde, yine hakkaniyete uygun ölçüde tazminattan indirilebilir. Zira, kullanılmış eşyası telef olan, onun yerine yine kullanılmış eşya almağa zorlanamaz; meselâ, eski elbisesi yakılardan, eskiciden kullanılmış elbise alması istenemez (Tandoğan, Mesuliyet,sh.279).

(42) Tandoğan,Mesuliyet,sh.256;Schwarz.sh.134;Lange,sh.141-142.

Aynı tazminatın imkânsız veya elverişsiz olduğu bütün durumlarda tazminat para ile belirlenir. Nakdi tazminatta, kaybolan değer için tam karşılığı para ile ifade edilebilmektedir. Ayrıca indirim sebeplerinin bulunması halinde tazminatta indirim yapılabilmesi de ancak nakden tazminde mümkün olmaktadır (43) (44). Nakdi tazminat ile zarar gören, uğradığı zarar karşılığı olarak dilediği gibi kullanabileceği bir meblağ elde etmektedir (45). Bütün bu olumlu yönlerinden dolayı nakden tazmin daha pratik ve elverişli bulunmaktadır.

Çeşitli hukuk sistemlerinde nakden tazminin tercih edildiği görülmektedir. Bu cümleden olarak; Anglo - Amerikan hukukunda, Fransız hukukunda, Roma hukukunda ve Müşterek hukukta ilke olarak aynen tazmin kabul edilmiştir (46). Aynen tazminin ilke olarak kabul edildiği Alman hukukunda da nakden tazmin lehine geniş ölçüde istisnalar tanınmıştır (47).

(43) Aynen tazmini elverişsiz ve daha az pratik kılan bir diğer husus da, tazminatın tayininde indirim sebeplerinin gözönünde bulundurulmasının bu tazmin şeklinde pek kolay olmamasıdır (Keller/Gabi, sh.107).

(44) Tandoğan, Mesuliyet, sh.256-257; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.783; Oser/Schönenberger, Art.43 Nr.9.

(45) Von Tuhr/Peter, sh.115-116; Larenz, I, sh.431; Gürsoy, sh.346.

(46) Von Tuhr/Peter, sh.114; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.782; Schwarz, sh.134-135; Velidedeoğlu, aqm, sh.748-749.

(47) Aynen tazminin bazan amaca elverişsiz olmasını, hatta bazı durumlarda imkânsız bulunmasını gözönünde bulundurarak Alman Medeni Kanunu, § 249 c.1'de kabul ettiği bu ilkeye aynı paragrafın 2. cümlesindeki ve § 251'deki hükümlerle önemli istisnalar koymuştur. Esasen Alman hukuku doktrin ve uygulamasında nakden tazmin şekli daha önemli bir yer tutmaktadır (Geniş bilgi için bkz. Lange, sh.139 vd.). Gerçekten, bu Kanunun § 251 hükmüne göre; "Eski hale getirmenin mümkün olmadığı veya alacaklının zararını tazmine yeterli bulunmadığı durumlarda tazminatla yükümlü olan kimse alacaklının zararını nakden tazmin etmelidir. Eski hale getirme ancak nispeten derecede fazla masrafla mümkün olabilecekse tazminatla yükümlü olan kimse alacaklının zararını nakden tazmin edebilir." Şu halde aynen tazminin mümkün olmadığı veya elverişli bulunmadığı durumlarda, Alman hukukunda da nakdi tazminat söz konusu olmaktadır. Keza, zararın aynen tazmin edilmesi aşırı surette masrafı gerektiriyorsa, tazminat sorumlusu aynen tazmini reddedebilecek ve onun yerine nakden tazmin yoluna gidebilecektir. Bir başka ifadeyle, aynen tazminin ekonomik olarak yerine getirilememesi durumunda da, aynen tazmin yerine nakden tazmin söz konusu olabilmektedir (Geniş bilgi için bkz. Lange, sh.139 vd.; Larenz, I, sh.432 vd.).

Bundan başka, § 249'un 2. cümlesinde de aynen tazmin

Eski Türk hukukunda, adam ölümünden ve bedensel bütünlüğün ihlalden doğan zararların nakden tazmin edilmesi kabul edilmiştir. Şeye ilişkin zararlar da ise, aynen tazmin ilke olarak kabul edilmekle birlikte, nakden tazmin için önemli istisnalar öngörülmüştür (48).

ilkesinin diğer bir istisnası öngörülmüş ve alacaklıya nakdi tazminatı talep edebilme hakkı tanınmıştır. Bu hükme göre de; "Bir kişiye tecavüz veya bir şeye zarar verilmesi sebebiyle tazminat ödenmesi gerekiyorsa, alacaklı eski halin iadesi yerine bunun için gerekli olan parayı talep edebilir." Bu hükümle de aynen tazmin ilkesinin yumuşatılması ve alacaklıya kolaylık sağlanması amaçlanmıştır. Alman Medeni Kanunu, burada, alacaklıya bizzat tamir veya tedavi etmek ya da bunu bir üçüncü kişiye yaptırmak ve bunun için gerekli olan para miktarını tazminatla yükümlü olan kimseden talep etmek hakkını veriyor. Bu hükümdeki kişiye tecavüz edilmesi kavramıyla, sadece bedensel bütünlüğün ihlali değil, bütün diğer kişilik haklarının ihlali de kastedilmektedir (Daha geniş bilgi için bkz. Lange, sh.147 vd.; Larenz, I, sh.435 vd.).

(48) Mecelle'de, 53. maddesi dışında, şeye ilişkin zararların zararların tazmini "Kitabul Gasb vel İtlaf" başlığı altında 890 - 940. maddelerinde düzenlenmiştir. İlgili maddelerin incelenmesinden şu sonuç çıkarılabilir: Aynı mevcut olan şeyler ile mevcut olmamakla beraber misli eşya cinsinden olan mallarda, aynen tazmin söz konusu olacaktır (m.890,891). Tahrip olunan mallar ile misli olmayan eşya ise, nakden tazmin edilecektir (bkz. meselâ, m.895,899). Haksız olarak alınan şeyin "tagyir edildiği" durumlarda zararın aynen ya da nakden tazmin edilmesi, zarar görenin talebine bırakılmıştır (m.897, 898). Aynen tazminin söz konusu olduğu durumlarda da, zarar verici fiil sonucu şeyde meydana gelen değer azalmasının ayrıca para ile telafi edilmesi talep edilebilecektir (m.900 f.II, 905 f.II). Şu halde eski hukukumuz bakımından nakden tazmin, eski hale iadenin veya mislini sağlamanın imkânsız olduğu durumlara münhasır olmak üzere kabul edilmiş olmaktadır. Bu esaslar hakkında geniş bilgi için bkz. Bilmen, Ö.N., Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu, C.7 İstanbul 1986, sh.358 vd.).

İslâm hukukunda (fıkıhta), adam ölümünden ve bedensel bütünlüğün ihlalden doğan zararların tazmini, "diyetler" başlığı altında "ukubat (ceza hukuku)" içinde incelenmektedir. Diyetler ile ilgili hükümler Mecelle veya diğer kanunnameler gibi "tedvin edilmemiş" olmakla birlikte, çeşitli fıkıh kitaplarında ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Ayrıca bu hükümlere, bazı kanunname taslaklarında da yer verilmiştir. Bu kaynaklarda diyet, gerek adam ölümünden gerekse bedensel yaralanmadan dolayı, zarar görene, zarara sebebiyet veren tarafından "def'aten" ödenmesi gereken ve miktarı maktu olarak belirlenen bir meblağ olarak öngörülmüştür. Adam ölümü ve çeşitli bedensel zararlar için ödenmesi gereken diyet miktarları ve bunların belirlenmesinde esas alınan ölçüler hakkında bilgi için ve ayrıca diyetler hakkında hazırlanmış, fıkıh hükümlerine dayanan bir kanunname taslağı için bkz. Akgündüz, A., Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır 1986, sh.918 vd.

İsviçre ve Türk hukuklarında ise, tazminatın şeklini tayin hususu hâkimin takdirine bırakılmıştır. BK.m. 43 f.I'e göre hâkim, "...hal ve mevkiin icabına ve hatanın (kusurun) ağırlığına göre tazminatın suretini... tayin eder." Bu itibarla hâkim, somut olaydaki durum ve şartları gözönünde bulundurarak, zararın özelliğine ve tarafların durumuna göre amaca en elverişli ve en iyi biçimde uygulanabilir bir tazmin yolunu tercih edecektir. Hâkim bu hususta takdir hakkını kullanırken tarafların talepleriyle bağlı olmayacaktır. Dava nakdi tazminata ilişkin olsa bile, hâkim, aynen tazmine karar verebilir; keza bunun aksi de mümkündür (48). Bununla birlikte hâkim, tazminatın eşit değerde birden fazla yolları arasından zarar görenin arzusunun karşılayan şeklini üstün tutmalıdır (49). Yine, zarar gören aynen tazmini istediği ve bu da imkânsız olmadığı veya aşırı surette masrafı gerektirmediği takdirde, aynen tazmine hükümlenmesi yerinde olur (50). Bundan başka, aynen tazmin zarar görenin zararını tamamen karşılıyor ve yerine getirilmesi de zarar sorumlusu için daha kolay oluyor ise, bu durumda da aynen tazmine hükmedilmelidir. Meselâ, hasara uğrayan şeyin imal veya tamiri ya da yenisinin sağlanması, zarar sorumlusunun çalışma alanına girmektedir (51). Aynen tazminin zararı tamamen karşılamadığı durumlarda, aynı tazminat yanında; eşyanın kullanılmasından yoksun kalınması, tamir edilen şeydeki değer azalması gibi zararlar için ayrıca nakdi tazminata da hükmedilebilir (52).

-
- (48) Brehm.Art.43 Nr.7;Keller/Gabi, sh.107;Oftinger,I, sh.216-217; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, sh783; İm Hof, sh.213-214; Karşı görüşte Von Tuhr/Peter, sh.114-115; Von Tuhr/Peter'ee göre, tazminatın şeklini hâkim, taraflar bu konuda mutabık kalmamışlarsa, serbestçe tayin eder. Oftinger ise, zarar görenin bizzat kendisine karşı da korunması gerektiğini ifade ediyor ki, bizce de isabetli olan budur.
- (49) Oftinger, I, sh.216-217; Tandoğan, Mesuliyet, sh.257.
- (50) Tandoğan, Mesuliyet, sh.257; aynı yönde bir karar için bkz. Y.4.HD. 23.3.1987 t,E.1987/594,K.2132 (YKD., 1987, S.7, sh. 1005-1007).
- (51) Tandoğan, Mesuliyet, sh.257.
- (52) Oftinger, I, sh.68-69; Tandoğan, Mesuliyet, sh.257.

İsviçre ve Türk hukuklarında hâkim ilke nakden tazmin ilkesidir (53). Uygulamada da çoğunluğu teşkil eden tazmin tarzı, nakdi tazminata hükmedilmesidir.

B. Nakdi Tazminatın Türleri.

Nakdi tazminat, belli zaman aralıklarında ödeme (irat) veya bir defalık tazminat akçesi (sermaye) şeklinde olabilir. Nakdi tazminatın irat veya sermaye şeklinde ödenmesini de, hâkim, durum ve şartları gözönünde bulundurarak tayin eder (BK.m.43 f.I) (54).

Nakdi tazminata da esas itibariyle sermaye şeklinde hükmedilir. Vuku bulmuş kayıplar ve geçmişte kalmış periyodik zararlar için sermaye şeklinde tazmin, normal yol kabul edilir. Zararın ileride devam edeceği veya artacağı durumlarda, tazminata irat şeklinde hükmedilebilir. Özellikle meydana gelen zarar yüzünden zarar gören sürekli ve periyodik olarak yardıma muhtaç bulunuyorsa, bu takdirde irat şeklinde tazmin tercih olunabilir. Bu, daha çok kişiye ilişkin zararlar söz konusu olur. Adam ölmesi halinde destekten yoksun kalanlara ve bedensel bütünlüğün ihlalinin doğan zararlar çalışmaya gücünü kısmen veya tamamen kaybedene, bir gelir bağlanması şeklinde tazminat ödenmesine karar verilebilir (55) (56). Şeye ilişkin zararlar irat şeklinde tazmin yolu kapalı olmamakla birlikte, uygulamada buna çok seyrek rastlanır (57) (58).

-
- (53) Brehm, Art.43 Nr.5; Keller/Gabi, sh.107; Deschenaux/Tercier, sh.183; Oftinger, I, sh.68; Von Tuhr/Peter, sh.114-115; Tandoğan, Mesuliyet, sh.257; Velidedeoğlu, agm.sh.749; İm Hof, sh.53-54.
- (54) İm Hof, sh.213-214; Oftinger, I, sh.67-68; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.783.
- (55) İratın amaca en uygun olanı aylık biçiminde tesbit edilmiş bulunanıdır. Ancak irat dönemlerini hâkim, durum ve şartları dikkate alarak tayin eder. İratlar her dönem başında peşin ödenecek şekilde hükmedilmelidir (Oftinger, I, sh.214-215; Tekinay, S.S., Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, İstanbul 1963, sh.217).
- (56) Oftinger, I, sh.67, 248; Keller/Gabi, sh.107-108; Brehm, Art.43 Nr.8; Schwarz, sh.136; Tandoğan, Mesuliyet, sh.257; İnan, sh.321.
- (57) Devamlı olarak bir gelirden yoksun kalma sonucunu veren meselâ bir kaynağın kirletilmesi gibi şeye ilişkin zararlar, irat şeklinde tazmine hükmedilebilir.
- (58) Oftinger, I, sh.67-68; Tandoğan, Mesuliyet, sh.257.

Zararın ileride devam edeceği veya artacağı durumlarda da; zarar görenin bilgi ve becerisi, sermaye bulunması halinde onun, sürekli gelir sağlayabileceği güvenini veriyorsa ve sermayeyi batırma tehlikesi de çok az bulunuyorsa, yine sermaye şeklinde tazmin tercih edilir (59).

Nakdi tazminatın sermaye ve irat şeklinde birlikte hükmedilmesine de kanuni bir engel yoktur (60). Bununla birlikte, zararın, gelecekteki bir gelir kaynağından yoksun kalınmasında olduğu gibi, devam ettiği durumlarda tazminatın irat şeklinde ödenmesi, hem tazminatın amacına hem de bu tür zararların özelliğine daha uygun düşmektedir. Özellikle, çalışma gücünün kısmen veya tamamen kaybedilmesi ya da destekten yoksun kalınması dolayısıyla ortaya çıkan zararların irat şeklinde tazmini gerekir. Zira, tazminatın asıl amacı, zarar verici olay vuku bulmasaydı zarar görenin malvarlığı ne durumda olacak idiyse, o durumun meydana getirilmesidir; bunu en iyi sağlayan da, belli zaman dilimleri sonunda ödemeler yapılması şeklinde hükmedilen irat tazminatıdır. Ayrıca, tazminat alacaklılarının, kendilerine toptan (sermaye şeklinde) verilen parayı, bilgisizlik veya tecrübesizlik sebebiyle kısa sürede elden çıkararak yeniden muhtaç hale düşebilmeleri de, bu tür zararlarda irat şeklinde tazmine hükmedilmesini haklı gösterir (61). Bundan başka, tazminat tutarının yüksek olduğu durumlarda da, tazminata irat şeklinde hükmedilmesi, ödeme kolaylığı sağlaması bakımından daha uygun olabilir; bu durum daha çok, destekten yoksun kalma tazminatında söz konusu olur (62).

Bununla birlikte, sermaye şeklinde tazmine hükmedilmesinin büyük faydaları bulunduğu ve irat tazminatının bazı

(59) Keller/Gabi, sh.107-108; Brehm, Art.43 Nr.14-15; Oftinger, I, sh.217.

(60) Keller/Gabi, sh.108; İnan, sh.321; Tekinay, Destek, sh.218; BGE 54 II 297 vd.; Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi de bir kararında (30.11.1948 t, E.5653, K.5083, Tekinay, Destek, sh.218'den), isabetli olarak, altmışbeş yaşına kadar sermaye şeklinde, bu yaştan sonrası için irat şeklinde destekten yoksun kalma tazminatı tayin edilmesinin yerinde olacağını hükme bağlamıştır.

(61) Oftinger, I, sh.217; Keller/Gabi, sh.107-108.

(62) Keller/Gabi, sh.109; Oftinger, I, sh.248.

ağır sakıncaları ortaya çıkabildiği için, irat, uygulamada tamamen istisnai olarak başvurulmuş tazmin yolu olmaktadır (63). Tazminata sermaye şeklinde hükmedilmesini haklı gösteren başlıca hususlar şunlardır:

1. Tazminat alacaklısının, sermaye ile sürekli gelir sağlayacağı bir iş kurması veya zarar verici olaydan sonra ortaya çıkan olumsuz durumu düzeltmesi imkânı vardır (64). Meselâ, zarar gören, sermayeyi makul şekilde kullanabilecek ve bu suretle sürekli gelir sağlayabileceği bir iş kurabilecek ehliyetinde bulunuyor. Yine meselâ zarar gören, zarar verici olay sonucu meslek değiştirmek zorundadır ve bunun için de toplu paraya ihtiyacı vardır. Veya zarar verici olaydan sakatlanan çocuğa, daha iyi bir eğitim ve öğretim imkânı sağlanmak isteniyor. Bütün bu durumlarda, tazminata sermaye şeklinde hükmedilmesi, amaca daha uygun ve daha elverişli olur (65).

2. Paranın sürekli değer kaybetmesi. Mahkemece hükmedilen iradın, ekonomik hayatta meydana gelecek dalgalanmalar karşısında tazminat alacaklısı için çok yetersiz bir meblağ duruma düşmesi söz konusu olabilecektir. Özellikle uzun süreli iratlarda, irat alan (zarar gören), para değerindeki düşmeye paralel olarak, önemli ölçüde gelir kaybına uğrar (66). Bu durum irat aleyhine en kuvvetli gerekçeyi oluşturmaktadır (67). Gerçi, iradın, paranın alım gücüne göre ayarlanması, yani "indekslenmesi" suretiyle bu sakıncanın ortadan kaldırılması mümkündür (68). Ancak bu yol fazla pratik olmayabilir.

(63) Oftinger, I, sh.217.

(64) Oftinger, I, sh.218; Tandoğan, Mesuliyet, sh.296; Eren, Tazminatın Şekli, sh.175-176; Keller/Gabi, sh.107-108.

(65) Oftinger, I, sh.218.

(66) Oftinger, I, sh.218; Tandoğan, Mesuliyet, sh.296; Eren, Tazminatın Şekli, sh.175; Tekinay/Akman/Burcuoğlu /Altop, sh.785.

(67) Oftinger, I, sh.218.

(68) Gerçekten, hâkimin, iradı para değerindeki düşme oranında artacak şekilde hükme bağlaması, meselâ altın fiyatlarındaki değişimlere göre veya asgari ücret ya da memur maaş katsayısı gibi değişken meblağlara paralel olarak, iradın da artacağını karar altına alması mümkündür. Zira Kanun, tazminatın şeklini ve kapsamını tayin hususunda, hâkime, en geniş anlamda takdir hakkı tanımıştır. Şu halde, hakkaniyetin gerektirdiği bu tür tedbirleri almaya da, hâkimin

Oysa sermaye alacaklısı, kendisine toptan ödenen para ile elverişli bir yatırım yapmak suretiyle, zarar verici olayın olumsuz sonuçlarını ortadan kaldıracaktır, meselâ bir ticarethane kurabilir veya parayı, değer kaybetmeyen bir mala (arsa, ev, hisse senedi gibi) yatırabilir (69). Bu bakımdan, zarar görenin büyük para tutarını akıllıca kullanmaktan acizliği, yani paranın çarçur edilmesi veya bilgisizce yatırımlarla batırılma tehlikesi söz konusu değilse, paranın sürekli değer kaybetmesi olgusu karşısında, hemen hemen daima sermaye şeklinde tazmine hükümlenmelidir (70) (71).

3. Tazminat borçlusunun iratlar için gerekli teminatı gösterememesi. Hâkim, irat şeklinde tazmine hükmederken, öncelikle, borçlunun teminat vermeye ekonomik gücü olup olmadığını araştırmalıdır. Şayet borçlunun ekonomik durumu, irat için gerekli teminatı göstermeye elverişli değilse, bu takdirde, irat yerine sermaye ödenmesine karar verilmelidir (72). Zira iratlar, uzun süre ödemeye devam edilmesi gereken sürekli bir borç mahiyetindedir; ileride borçların ödenememe tehlikesi vardır. Bundan dolayı, BK.m.43 f.II hükmü, tazminat irat şeklinde tayin olunduğu takdirde borçludan, bunun için gereken teminatların alınmasını emrediyor (73) (74).

Bu teminat, taşınır rehni, ipotek, kefalet, para veya kıymetli evrak tevdi şeklinde olabilir (75). Hâkim, kural

yetkili olduğunun kabulü gerekir (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.784-785; Brehm, Art.43 Nr.14; Karş. Tekinay, Destek, sh.217).

(69) Oftinger, I, sh.218-219; Eren, Tazminatın Şekli, sh.175; Brehm, Art.43 Nr.14.

(70) Paranın toptan ödenmesinin anılan sakıncası karşısında, irat tazminatına hükmedilirken büyük bir dikkat ve özen gösterilmelidir. İradın fazla uzun süreli olmayacağı tahmin edilebiliyorsa, bu tazmin yolu tercih edilebilir. Meselâ, çocukların öğrenim süresince veya zaten yaşlı olan annenin hayatı boyunca irada hükmetmek, tazminatın sermaye şeklinde hükmedilmesine göre daha faydalıdır (Tekinay, Destek, sh.217; Oftinger, I, sh.217).

(71) Brehm, Art.43 Nr.10; Oftinger, I, sh.218-219; Keller/Gabi, sh.107-108; BGE 54 II 298-299; 97 II 444-447.

(72) Brehm, Art.43 Nr.89-90 ; İm Hof, sh.223.

(73) Teminat akçesi, söz konusu iradın muhtemel sermaye değeri esas alınarak belirlenir (Brehm, Art.43 Nr.92).

(74) Oftinger, I, sh.214; Tandoğan, Mesuliyet, sh.258.

olarak, zayıf bir kefaletle yetinmemeli, özellikle aynı teminat türünden bir teminat elde etmeden irada hükmetmekten kaçınılmalıdır (76) (77).

Bir çok durumlarda, tazminat borçluları için anılan teminatları vermek güçtür, hatta imkânsızdır. Böyle durumlarda, irada hükmolunması zararın özelliğine ve tazminatın amacına daha uygun olsa bile, hâkim, irat yerine sermaye şeklinde tazmine hükmetmelidir (78).

4. İrat tazminatının tarafları sürekli birbirine bağlaması. İradı sigortacının ödediği durumlar dışında, irat şeklinde tazmin tarafları sürekli birbirine bağlamakta, zarar göreni zarar sorumlusu ile arzu etmediği bir ilişkiyi sürdürmek zorunda bırakmaktadır. Oysa tazminatın toptan ödenmesi, hem zararın kısa zamanda kesin olarak ortadan kaldırılmasını, hem de mağdurun zarar sorumlusu ile ilişkisinin süratle kesilmesini mümkün kılar (79).

5. Zarar görenin hayat beklentisi zarar verici olay dolayısıyla azaldıysa, meselâ, maruz kaldığı sakatlık veya hastalık sonucu uzun yaşama ihtimalinin azalması söz konusu ise, tazminata sermaye şeklinde hükmedilmesi, adalet duygularını tatmin bakımından daha yerinde olur (80).

6. Özellikle zarar verici olayın sinirsel hastalıklara yol açtığı durumlarda, mağdura tazminatın sermaye şeklinde toptan verilmesi, hastalığın iyileşmesini kolaylaştırır. Zira, tazminatın irat olarak ödenmesi ruhsal sakınca-

(75) Schwarz, sh.136; Oftinger, I, sh.214; Tandoğan, Mesuliyet, sh.258.

(76) Buna karşılık, sorumlu kişi Devlet veya bir kamu kuruluşu ise, teminat şartından vazgeçilebilir (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.784; Karş, Brehm, Art.43 Nr.13).

(77) Oftinger, I, sh.214; Tekinay, Destek, sh.216; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.784; Brehm, Art.43 Nr.89-90.

(78) Oftinger, I, sh.218-219, 248; Brehm, Art.43 Nr.13; Tekinay, Destek, sh.216; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.784; Schwarz, sh.136.

(79) Oftinger, I, sh.218; Keller/Gabi, sh.100; Tekinay, Destek, sh.219.

(80) Oftinger, I, sh.218; Brehm, Art.43 Nr.16; Tandoğan, Mesuliyet, sh.296.

lar doğurabilmektedir. Gerçekten, iratların ödenmesi yolu ile hukuka aykırı fiil her defasında hatırlanacağından, irat şeklinde tazmin, zarar verici olay sonucu ortaya çıkan sinir hastalığını olumsuz yönde etkileyebilecektir (81).

7. Daha önce ortaya çıkan tamir, tedavi, bakım, cenaze giderleri gibi masraflar ile hüküm (veya destekten yoksun kalma zararında ölüm) anına kadar gerçekleşmiş periyodik zararların tazmini için, tazminata sermaye şeklinde hükmolunmasının daha uygun olduğu ise açıktır (82).

Bu sayılan faydalarına karşılık, tazminata sermaye şeklinde hükmedilmesinin en büyük sakıncası, hüküm sırasında, geleceğe ilişkin gerçek zarar miktarının doğru tahmin edilememesinden doğar. Meselâ, yirmi yıl daha yaşayacağı tahmin edilerek kendisine tazminatın toptan ödendiği tazminat alacaklısının, bir yıl dahi yaşamadan ölmesi mümkündür. Böyle bir durumda mirasçılar, haksız surette istifade etmiş olacaklardır. Yine, yukarıda belirtildiği gibi, periyodik olarak yardıma muhtaç bulunan mağdurun, bilgisizlik veya tecrübesizlik yüzünden, toptan aldığı parayı elden çıkarması ihtimali de vardır (83).

C. İratların Sermayeye Çevrilmesi (Sermayeleştirme)

Mevcut zararların sermaye olarak tazmin edilmesi, herhangi bir güçlük teşkil etmez; tazminat borçlusu belli miktardaki bir parayı ödemeye mahkum edilir. Buna karşılık, devamlı sakatlık veya adam ölümünden doğan zararlarda olduğu gibi, zararı, gelecekteki periyodik kayıpların oluşturduğu durumlarda; toptan ödenecek para miktarının tesbiti, yani sermayeleştirme, karışık hesaplamaları gerektirmektedir.

Toptan ödenecek para tutarının hesabında, uygun irat miktarı ve iradın devam edeceği kabul edilen süre esas alınır. Şu halde, önce gelecekte periyodik olarak ortaya çıkacak zararı karşılaması gereken bir irat tayin

(81) Oftinger, I, sh.218; Brehm, Art.43 Nr.11.

(82) Oftinger, I, sh.219; Keller/Gabi, sh.107.

(83) Tekinay, Destek, sh.219; Brehm, Art.43 Nr.16

edilecektir; sonra da iratların devam edeceği kabul edilen süre dikkate alınarak, bunlardan her birinin peşin olarak ödenmesinden doğan faiz menfaatlerinin tutarı, iratların toplamından çıkarılacaktır. Bu işleme, iratların sermayeye çevrilmesi ya da kısaca sermayeleştirme denir (84). Görüldüğü gibi, sermayeleştirme işleminde üç unsur önem kazanmaktadır: a) iratlardan her birinin miktarı, b) tazminat alacaklısının ne kadar süre ile bu iradı alabileceği, c) iratların tamamının peşin olarak verilmesi sebebiyle tazminat alacaklısının elde edeceği faiz menfaatlerinin toplamı.

Periyodik iratların her birinin miktarı, hem zararın tesbitinde, hem de tazminatın kapsamını tayinde etkili olan bütün unsurlar gözönünde tutularak belirlenir (85). Bununla birlikte, sermaye olarak ödenmesine hükmedilen tazminatın, zarar görenin zarara uğramasaydı elde edebileceği iradı, gelecekte sağlayabilir miktarda olması gerekir..

Tazminat alacaklısının ne kadar süre ile bu iradı alabileceği sorunu, çalışma gücünün kaybına veya ekonomik geleceğin sarsılmasına sebep olan bedensel zararlar ile destekten yoksun kalma zararında ayrı ayrı incelenmelidir. Bedensel bütünlüğün ihlali sonucu çalışma gücünün kaybından veya ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlarda, irat verilecek süre belirlenirken, zarar görenin ekonomik faaliyette bulunabilme süresi, yani işgörebilme çağı da gözönünde bulundurulmalıdır (86). Destekten yoksun kalma zararında ise; bu sürenin tesbitinde bir taraftan desteğin çalışabilme çağı, yani destek ölmeseydi bakma gücünün devam edecek olduğu süre, diğer taraftan da tazminat alacaklısının bakım ihtiyacının devam edeceği muhtemel süre gözönünde tutulacaktır (87) (88). Şu halde, destekten yoksun kalma zararında, bakım ihtiyacının destekten yoksun kalanın ölümü-

(84) Tekinay, Destek, sh.219; Keller/Gabi, sh.109; Oftinger, I, sh.214-215; Deschenaux/Tercier, sh.183.

(85) Keller/Gabi, sh.109; Tekinay, Destek, sh.220.

(86) Oftinger, I, sh.215, 248.

(87) Bu iki sürenin hesaplanmasında geniş bilgi için bkz. Tekinay, Destek, sh.133 vd.; Sezer, A.N., Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Hesaplanmasında Gözönünde Tutulacak Esaslar, Yasa Hukuk D. C.III, S.9 sh. 1241 vd.

(88) Oftinger, I, sh.215-216; Tekinay, Destek, sh.220.

İsviçre hukuku uygulamasında, çalışma gücünün kaybından veya ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar ile destekten yoksun kalmaktan ileri gelen zararlar için bağlanan iratların sermayeleştirilmesinde, uzun süre ortalama ömür cetvelleri esas alınmış ve özellikle Piccard'ın bu sürelerle göre zararı tesbit eden cetvelleri (89) uygulanmıştır. Ancak sonradan, Federal Mahkeme, 1960 yılında içtihat değişikliğine gitmiş, bir uzmanlar komisyonuna yaptırdığı inceleme sonunda, Stauffer ve Schaetzle'nin 1958 yılında yayınladıkları "Peşin Değer Cetvelleri" (90) nin sermayeleştirme hesaplarında daha isabetli olduğuna karar vererek, Piccard'ın ortalama yaşama sürelerine dayanan yöntemini uygulamaktan vazgeçmiştir (91). Gerçekten Federal Mahkeme Birinci Hukuk Dairesinin 20.2.1960 tarihli kararında çalışma gücünün kaybı veya ekonomik geleceğin sarsılması ya da destekten yoksun kalmaktan doğan zararların sermayeleştirilmesinde Stauffer/Schaetzle'nin 1958 yılında yayınladıkları sermayeleştirme cetvellerinin en güvenilir kaynak kabul edilebileceği hükme bağlanmıştır (92). Yine Federal Mahkemenin aynı dairesinin 28.6.1960 tarihli kararında, sürekli bedensel zarara uğrayana ödenecek tazminatın hesaplanmasında Stauffer/Schaetzle'nin işgörebilme çağı cetvellerine ve

(89) Piccard, P., Kapitalisierung von Periodischen Leistungen, 6. Aufl. Bern 1956, sh.133 vd.

(90) Stauffer/Schaetzle, Barwerttafeln, 2. Aufl., Zürich 1958 (3. Aufl., Zürich 1970), sh.56 vd.

(91) Piccard'ın sistemiyle Stauffer/Schaetzle'nin sistemi arasındaki fark şöyle özetlenebilir: Hayat boyunca bağlanacak iratlarda Piccard daima ortalama yaşama süresini esas aldığı halde, Stauffer/Schaetzle, ölen veya sakat kalan kişinin muhtemel ekonomik faaliyet süresine, yani işgörebilme çağına önem vermekteler. Ayrıca, Stauffer/Schaetzle hayat boyunca bağlanacak iratların sermayeleştirilmesinde esas alınan gelecekteki ortalama yaşama sürelerini, yalnız geçmişteki istatistikleri değil, bu istatistiklere göre insan ömrünün gelecekte uzayacağı tahmin edilen yaşama sürelerini de gözönünde tutarak tayin etmektedirler. Bu husus geniş bilgi için bkz. Stauffer/Schaetzle, sh.7 vd; ayrıca Federal Mahkemenin bu husustaki uzmanlar komisyonu raporunun özetini içeren kararı için bkz. BGE 86 II 7 (Kaneti, I, sh.147 Nr.129.

(92) BGE 86 II 7 vd.

hayat boyunca bağlanan bu iradın sermayeleştirilmesinde de aynı eserdeki "gelecekteki ortalama ömür cetvelleri" ne dayanılması gerektiği, açıkça ifade edilmiştir (93)(94).

İsviçre hukuk doktrininde de, sermayeleştirme hesaplarında Stauffer/Schaetzle'nin söz konusu cetvellerinden yararlanılması gerektiği kabul edilmektedir (95).

Gerçekten Piccard ile Stauffer/Schaetzle'nin meselâ "gelecekteki ortalama ömür cetvelleri" birlikte incelendiğinde, Piccard'ın cetvelinde, az da olsa mağdurun aleyhine bir farklılık olduğu görülecektir. Meselâ, oğlunun desteğinden yoksun kalan 50 yaşındaki bir ana'ya hayat boyu bağlanacak bir irat için Piccard'ın cetveline (96) göre 23,22; Stauffer/Schaetzle' nin cetveline (97) göre ise, 28,25 yıllık bir süre esas alınacaktır.

Türkiye'de Ülke istatistiklerine göre gelecekteki ortalama yaşama ve işgörebilme sürelerini gösteren cetveler halen hazırlanmış değildir. Ülkemizde 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi sigortalıların, iş kazalarından ve meslek hastalıklarından doğan tazminat talepleri dolayısıyla iratların sermayeleştirilmesinde, aynı Kanununun 22. maddesi gereğince Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca kabul edilen P.M.F cetvelleri kullanılmaktadır (98). Yargıtay, Ülkemizdeki şartlara göre bir insanın ekonomik faaliyet süresinin, yani işgörebilme çağının genel olarak 60 yaş; ağır ve yıpratıcı işlerde çalışanlar için de 50 yaş olarak

-
- (93) BGE 86 II 154; Federal Mahkemenin bu yönde diğer kararları için bkz. BGE 89 II 23 (Kaneti, I, sh.153 Nr.131); 86 II 56 (Oftinger, Bundesgerichtspraxis, sh.256, Nr.93, c).
- (94) Stauffer/Schaetzle'nin "Barwerttafeln" adlı eserlerinin 1970 yılında yayınlanan 3. baskısı, 2. baskının yerine geçmiştir. Bu, anılan hesaplama yöntemlerinde hiç bir değişiklik yapmıyor (Oftinger, Bundesgerichtspraxis, sh.258).
- (95) Oftinger, I, sh.215-216, 248; Keller/gabi, sh.109.
- (96) Piccard, sh.133, T.1 (bkz. Ekler kısmı, ek.1).
- (97) Stauffer/Schaetzle, sh.56 T.14 (bkz. Ekler kısmı, ek.2).
- (98) 1931 tarihli bu P.M.F (population masculine et féminine) cetvelleri, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanmış olup, Fransa'dan alınmıştır. Bu cetvellerde (0) yaştan 104 yaşa kadar her yaştaki insanın ortalama daha kaç yıl yaşayacağı gösterilmiştir. P.M.F cetvellerinde erkek, kadın farkı gösterilmemiştir. Bu cetvele göre, meselâ 50 yaşındaki bir insan, daha 21,28 yıl yaşayacaktır

kabul edilmesi gerektiğini içtihat etmiştir (99). Muhtemel ortalama yaşama süresi için ise, Yargıtay, önceleri 65 yaş kabul ederken (100), daha sonra yerinde olarak bu görüşünü değiştirmiş ve bu hususta P.M.F cetvellerinin kullanılmasının uygun olacağını hükme bağlamıştır (101).

Türkiye istatistiklerine göre cetveller hazırlanmaya kadar, sermayeleştirme hesaplarında P.M.F cetvellerinin kullanılması, şüphesiz uygulamada birlik sağlama açısından gereklidir. Ancak, Ülkemiz istatistikleri gözönünde tutularak, gelecekteki ortalama ömür ve işgörebilme çağı cetvellerinin, bir an önce Devlet İstatistik Enstitüsü'nün girişimiyle hazırlanmasını adalet ve hakkaniyet bakımından zaruri bulmaktayız. Zira, Fransa'dan alınan 1931 tarihli P.M.F cetvelleri Ülkemiz insanının durumuna uygun olma bakımından hayli uzak kalmıştır. Nitekim, en büyük dokuz ilimizin 1960 nüfus sayımı ve 1961 ölüm istatistikleri esas alınarak yapılmış bir çalışmada (102) erkek ve kadın nüfus için ayrı, ayrı ortaya konan ortalama ömür cetvelleri, P.M.F cetvellerinin Ülkemiz şartlarının gerisinde kaldığını göstermektedir. Söz konusu çalışmadaki "ölüm oranları tablosu", P.M.F cetveleriyle karşılaştırılarak incelendiğinde, P.M.F ortalama ömür cetvelinin uygulanmasının mağdur aleyhine farklı sonuç verdiği açıkça görülecektir. Meselâ, 20 yaşındaki bir erkeğin ortalama yaşama süresi, Öcal'ın cetveline (103) göre 46,06 yıl, P.M.F cetveline (104) göre ise 45,90 yıldır. 1960 yılın-

-
- (99) Y.HGK.,28.4.1976 t.,E.1974/9-135, K.1276 (İKİD.,1976, sh.4704-4705);HGK. 24.3.1976 t., E.1974/9-660, K.1157 (YKD.,1977, S.5, sh.607-608);9.HD.2.3.1979 t., E.1979/2699, K.3174 (YKD.,1979, S.9 sh.1303);10.HD.8.7.1975 t., E.2404, K.4372 (Sezer, sh.1243).
- (100) Y.4.HD.28.9.1958 t., E.4107, K.5800 (Tekinay, Destek, sh.141).
- (101) Y.4.HD.29.1.1976 t., E.6761, K.1099 (yayınlanmamış); 25.10.1968 t., E.8279 (yayınlanmamış).
- (102) Öcal, M., Türkiye Ölüm Oranları Tablosu (1960/1961), İstanbul 1974, sh.44 vd.
- (103) Öcal, sh.45, Tablo:III (bkz. Ekler Kısmı, ek.3).
- (104) P.M.F Ortalama Ömür Tablosu, Cetvel No.3 (bkz. Ekler Kısmı, ek.4).

dan beri Türkiye'deki hayat şartlarının büyük ölçüde geliştiği gözönünde bulundurulacak olursa, sermayeleştirme hesaplarında P.M.F cetvellerinin kullanılmasının, büyük ölçüde mağdur aleyhine hakkaniyete aykırı sonuç doğuracağı kolayca teslim olunur.

Belirlenen bu periyodik iratların, iradın devam edeceği kabul edilen süre gözönünde tutularak toplanması suretiyle bulunacak tutarını, peşin sermaye şeklinde tazminat alacaklısına vermek doğru olmaz. Gerçekten, zarar görene, uzun yıllar içerisinde elde edebileceği gelirlerin toplamı, tazminat olarak "defaten" ödenecek olsaydı, ona zararı-telafi etmekten başka, tazminat borçlusunun sermayesiyle fazladan faiz kazancı da sağlanmış olurdu. Bu bakımdan, her bir iradın ne kadar süre peşin ödendiği dikkate alınarak, ona isabet eden faiz miktarının hesaplanması, sonra da bu faizlerin tutarının iratların toplamından çıkarılması gerekir (105). Gelecekteki ortalama yaşama ve işgörebilme süresinin belirlenmesinde olduğu gibi, iratların sermayeye çevrilmesinde peşin ödeme dolayısıyla faiz menfaatinin çıkarılması hesapları için de, çeşitli peşin değer cetvellerinden faydalanılır. İsviçre uygulamasında, bu hususta da Stauffer/Schaetzle'nin peşin değer cetvellerinden yararlanılmaktadır (106). Ülkemizde ise, bu hususta keza P.M.F. cetvelleri kullanılmaktadır. Bu cetveller, hak sahibinin 18, 22, ve 25 yaşlarına kadar veya hayat boyunca alacağı iratların, belli bir faiz oranı üzerinden sermayeleştirme değerlerini göstermektedir (107).

Toptan ödenecek tazminatın peşin sermaye değeri bulunurken, iratların toplamından çıkarılacak faiz tutarının hesaplanmasında ortalama bir vade esas alınmalıdır. Bundan başka, faiz oranları ise ekonomik dalgalanmalara göre

(105) Oftinger, I, sh. 215-216, 248; Tekinay, Destek, sh.220.

(106) Tekinay, Destek, sh.220-221; Oftinger, I, sh.214-215, 248.

(107) Bu cetveller için bkz. Güleç (Uçakhan), S., Tazminat Hesapları, Ankara 1982, sh.263 Tablo.2, sh.265 Tablo 4.

ayarlanmalıdır (108). Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, bu hususta, faiz oranlarının sermaye piyasasındaki dalgalanmalara göre belirlenmesini kabul etmektedir (109). Yargıtayımızın içtihadı da aynı yöndedir ve bu içtihat yerleşmiştir (110).

İratlar sermayeye çevrilirken, bedensel bütünlüğün ihlalinden doğan zararlarda hüküm tarihi, destekten yoksun kalma zararında ise, ölüm anı esas alınır (111)(112).

(108) Oftinger, I, sh.215.

(109) Fakat Federal Mahkeme bu husustaki uygulamasında, 1946 yılından beri (BGE 72 II 133) benimsediği % 3 1/2'lik faiz oranını, ekonomik dalgalanmalara rağmen korumaktadır. Bu konuda bir karar için bkz. 96 II 446. Bu karar 72 II 133'ü teyit ediyor ve onu esas alıyor.

(110) Y.4.HD.27.11.1984 t., E.1984/7883, K.8795 (YKD., 1985, S.3, sh.347-354);HGK. 4.12.1985 t., E.1984/10-332, K.980 (YKD., 1986, S.12, sh.1756-1758);4.HD. 13.2.1986 t. E.1986/296, K.1316 (YKD.1986, S.6 sh.794-796);9.HD. 15.10.1986 t., E.1986/8169, K.9242 (YKD., 1987, S.3 sh.423-424);10.HD.9.4.1985 t., E.1985/2125, K.2255:

"...Bu güne kadar, Yargıtay uygulamalarında, peşin sermaye değeri, kazançlar toplamından iskonto faizinin düşülmesi suretiyle bulunarak, bu konuda faiz indirme sistemi benimsenmiştir...

...çalışma ve kazanma dönemi içerisinde, iskonto faizlerinin de tekdüze seyretmeyerek, değişik oranlarda gerçekleşeceği, Ülke'nin ekonomik ve tarihi koşullarının gereğidir. Bu, gerçek kazanç artışlarının tahmininde olduğu gibi, iskonto faizi oranlarındaki dalgalanmaların dahi saptanmasını zorunlu kılar. Söz konusu dönemde, iskonto faiz oranları, ekonomik durum, enflasyon, sermaye piyasası, bunlara etkili sosyal, siyasal ve tarihi unsurlar, sağlam ve bilimsel güvenilir kaynaklara dayanılarak uzman bilirkişilerce belirlenmeli ve kontrol ve değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Bu faiz oranlarına göre bulunacak iskonto emsalleri yardımıyla, peşin sermaye değerleri saptanmalıdır... çalışma ve kazanma döneminde her yıl değişen ... iskonto faizleri...aritmetik ortalamasını alıp... her yıla ait kazanç kaybının... peşin sermaye değeri bulunarak, bunların toplanması suretiyle, sonuca ulaşılması yöntemi benimsenmeli..."dir (YKD., 1985, S.10, sh.1484-1487);4.HD. 27.11.1984 t., E.1984/7883, K.8795: İratların toplamından çıkarılacak "iskonto haddi" nin tesbitinde, ne kanuni faiz, ne de banka mevduat faizleri esas alınmalıdır; geçmiş yıllara ait faiz oranları, mevcut faiz oranları ve zarar süresindeki faiz oranları araştırılmalı, bu dalgalanmalar dikkate alınarak bir faiz oranı kabul edilmelidir (YKD., 1985, S.3 sh.347-354).

(111) Oftinger, I, sh.173-174; 215,248;Keller/Gabi, sh.109;

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altöp, sh.873.

(112) Yalnız, destekten yoksun kalma zararında, farazi deste-

İratlar sermayeye çevrildikten ve davacının peşin ödemedi elde edeceği faiz menfaati, iratların toplamından çıkarıldıktan sonra dahi, toplu para verilmesi, davacıya bazan büyük ekonomik imkânlar sağlayabilir. Meselâ, davacı bu sermaye ile iyi bir yatırım yapabilir, bir işletme kurabilir veya mevcut işletmesini genişletebilir. İşte hâkim, davacının, eline geçecek toplu parayı kârlı bir biçimde işletebileceği ve bu suretle büyük ölçüde ekonomik menfaat sağlayacağı kanaatine varırsa, faiz menfaatleri çıkarıldıktan sonra bulunacak miktardan, ikinci bir indirim daha yapabilir (113). Bununla birlikte, hâkim, davacının durumunu her somut olayda dikkatle incelemeli ve ancak, ödenecek sermayenin kazançlı bir alanda işletilebileceğinden emin olduktan sonra, bir indirim gitmelidir (114). Burada gözönünde bulundurulması gereken husus, tazminatın, mağdurun haksız zenginleşmesine yol açmaması gerektiğidir (115). Bu sebeple, bir çocuğun eğitim ve öğreniminin söz konusu olduğu veya mağdurun sürekli bakımın gerektiği ya da ekonomik durumun belirsiz olduğu hallerde, faiz menfaati dışında bir indirim gidilmemesi daha uygun olur (116). Ekonomik durumun belirsizliği, özellikle paranın yüksek oranda değer kaybettiği; hisse senedi, tahvil gibi yatırımların ekonomik bunalım tehlikelerine kuvvetli ihtimalle maruz bulunduğu zamanlarda söz konusudur. Şu halde,

ğın, meselâ bir küçüğün ölümü halinde; davacının, sanki ölüm tarihinde yardım ihtiyacı varmış ve iratların verilmesine hemen başlanacakmış gibi, onun ömür boyu alabileceği tazminatın sermaye değeri hesaplanacak, sonra da bu miktardan, kaza tarihi ile yardımın ileride başlayacağı farzedilen tarih (meselâ 20 yaş) arasında geçecek süreye ait iratların sermayeleştirilmiş değeri indirilecektir (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, sh.872).

(113) Tandoğan, Mesuliyet, sh.295; Tekinay, Destek, sh.228; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, sh.873-874.

(114) Tekinay, Destek, sh.228; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, sh.874.

(115) Oftinger, I, sh.216; Tekinay, Destek, sh.228.

(116) Tandoğan, Mesuliyet, sh.295; Oftinger, I, sh.216.

yatırımların geleceğinin güven verici olmadığı, ekonomik istikrarın bulunmadığı durumlarda, tazminatta faiz menfaati dışında bir indirim talebi, kural olarak kabul edilmemelidir. Keza, bedensel yaralanmanın, mağdurun ekonomik geleceğini sarstığı durumlarda da, bu tür bir indirim reddedilme-
lidir (117).

İsviçre Federal Mahkemesi, tazminat alacaklısının, iratların toptan ödenmesi dolayısıyla büyük kazanç sağla-
yabileceği durumlarda da, faiz menfaati dışında tazminatta indirim yapılmasını, esas itibariyle reddetmektedir (118).

Yargıtayımız da, ilgili kararlarında, iratların peşin olarak (toptan) ödenmesi dolayısıyla mağdurun elde edebileceği ekonomik menfaatin sermayeden indirilmesi ve böylece tazminatın bir haksız kazanç sebebi olmaktan çıkarılması gerektiğini vurgulamakla birlikte; tazminatın peşin sermaye değeri belirlenirken, tazminatta, tazminat alacak-
lısının sermayeyi işleterek elde edebileceği faiz menfaati dışında, bir indirim yapılmasını ilke olarak kabul etmemek-
tedir. Başka bir ifadeyle, Yargıtay, iratların toptan ödenmesinde tazminattan çıkarılması gereken ekonomik menfaa-
ti, "iskonto faizi" olarak adlandırdığı sermaye piyasasın-
dan elde edilebilecek faiz gelirine hasretmektedir (119).

(117) Oftinger, I, sh.216; Tandoğan, Mesuliyet, sh.295.

(118) BGE 78 II 461 vd.: Davacının, sermayeyi ekonomik kriz tehlikelerine karşı emin bir yatırımla kârlı olarak işlete-
bileceği hususu belirsizdir ve bu belirsizlik, zarar görenin değil, zarar failinin aleyhinde sonuç doğumalıdır. Ayrıca aynı yönde başka kararlar için bkz. 56 II 116 vd.; 60 II 397 vd.

(119) Y.4.HD.13.2.1986 t., E.1986/296, K.1316 (YKD., 1986, S.6, sh.794-796; 4.HD.27.11.1984 t., E.1984/7883, K.8795 (YKD. 1985, S.3, sh.347-354); 11.HD. 14.11.1973 t., E.1973/4040, K.4425 (RKD., 1974, S.9 sh.119-121); HGK. 4.12.1985 t., E.1984/10-332, K. 980 (YKD., 1986, S.12 sh.1756-1758); 9.HD. 15.10.1986 t., E.1986/8169, K.9242 (YKD., 1987, S.3 sh.423-424); 10 HD. 9.4.1985 t., E.1985/2125, K.2255 (YKD. 1985, S.10 sh.1484-1487).

III. ŞEYE VE KIŐIYE İLİŞKİN ZARARLAR İLE DİĞER ZARARLARDA TAZMİNATIN TÜRÜ

A. Şeye İlişkin Zararlarda Tazminatın Türü

Şeye ilişkin zararlarda aynen tazmin ikinci derecede rol oynar. Gerçekten, Şeye ilişkin zararlar için aynı tazminat, nazari bakımdan ideal, fakat az uygulanabilir bir tazmin Şeklini oluşturur. Zira, yukarıda da belirtildiği gibi (120), bu tazmin Şekli, çoğunlukla, ya uygulanması imkânsız ya da amaca elverişsiz olmaktadır. Meselâ, aynen tazminde indirim sebeplerinin dikkate alınması mümkün değildir (121). Bu itibarla, Şeye ilişkin zararlarda genellikle nakdi tazminata hükmedilir. Nakden tazmin Şeklinde de, tazminata sermaye Şeklinde hükmedilmesi normal yol kabul edilir. Bu tür zararlarda, irat Şeklinde tazmine karar verilmesi nadiren söz konusu olabilir. Meselâ, sürekli gelir getiren bir kaynağın kirletilmesi veya taksi olarak kullanılan bir otomobilin hasara uğraması dolayısıyla, yoksun kalınan periyodik zararlar için zarar gören lehine bir irada hükümlenabilir (122).

B. Kişiye İlişkin Zararlarda Tazminatın Türü

1. Bedensel bütünlüğün ihlalinde

Bedensel bütünlüğün ihlali sonucu, mağdurun çalışma gücünün kısmen ve ya tamamen kaybolması ya da ekonomik geleceğinin sarsılması halinde; ileride devam edecek veya artacak bir zarar söz konusu olduğu için, esas itibariyle, tazminat olarak irada hükümlenmesi amaca daha elveriŐlidir. Özellikle, sermaye Şeklinde tazmine hükmedilmesi halinde, tazminat borçlusunun ödeyebilmesi güç, yüksek bir meblağ ortaya çıkıyorsa, bu takdirde irada karar verilmesi

(120) Bkz. yukarıda § 6, II, A.

(121) Keller/Gabi, sh.111;Tandoğan, Mesuliyet, sh.255.

(122) Keller/Gabi, sh.111;Tandoğan, Mesuliyet, sh.257-258.

uygun olur (123) (124). Şayet, zaman içinde zarar görenin durumunda normal olarak bir iyileşme veya kötüleşme bekleniyorsa; bu takdirde, irat, buna uygun olarak kademe-lendirilmeli, yani gittikçe azalan veya artan bir irada hükmedilmelidir (125).

Bedensel bütünlüğün ihlalinin doğan zararların tazmini için irada hükmedilmesi amaca en uygun yol olmakla birlikte; irat şeklinde tazminin yukarıda belirtilen (126) sakıncalarının bulunması halinde, tazminata sermaye şeklinde hükümlenmesi tercih edilmelidir. Nitekim, belli sakıncaların çoğu zaman mevcut olması sebebiyle; uygulamada, çalışma gücünün kaybindan veya ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan periyodik zararlar için de, genellikle, tazminat olarak sermaye ödenmesine hükmedilmektedir (127).

Keza, bedensel bütünlüğün ihlali dolayısıyla daha önce yapılmış tedavi masrafları ile hüküm anına kadar yoksun kalınan gelirin de sermaye şeklinde, yani "defaten" ödenmesi gerekir (128).

2. Adam ölümünde

Bedensel bütünlüğün ihlalinde kabul edilen esaslar, kural olarak burada da geçerlidir. Adam ölümünde de, ölüm vuku bulmadan önce gerçekleşen tedavi masrafları ile ölüm anına kadar yoksun kalınan gelir, sermaye şeklinde ödenmelidir. Zira bu gibi durumlarda, yaklaşık tesbit olunabilen

(123) Keller/Gabi, sh.109; Oftinger, I, sh.248 ; İm Hof, sh.223.

(124) Alman hukukunda, bedensel bütünlüğün ihlali halinde, kural olarak, tazminatın irat şeklinde ödenmesi kabul edilmiştir; mağdura sermaye şeklinde tazmin isteme hakkı, istisnai hallerde tanınmıştır. Gerçekten, Alman Medeni Kanununun § 843 f.I hükmüne göre; " Bedensel bütünlüğün veya sağlık durumunun ihlali dolayısıyla mağdurun çalışma gücü ortadan kalkmış veya azalmış ya da ihtiyaçlarında bir artış ortaya çıkmışsa, bu takdirde mağdura irat şeklinde bir tazminat ödenir". Aynı paragrafın 3. fıkrasına göre ise, "önemli (haklı) bir sebebin bulunması halinde, mağdur, irat yerine sermaye şeklinde bir tazminat verilmesini isteyebilir".

(125) Keller/Gabi, sh.109; Tandoğan, Mesuliyet, sh.295

(126) Bkz. yukarıda § 6, II, B.

(127) Keller/Gabi, sh.86-87, 109; Eren, Tazminatın Şekli, sh.171-173, 175-178; Tandoğan, Mesuliyet, sh.294; İm Hof, sh.223

(128) Oftinger, I, sh.214-215; Keller/Gabi, sh.108-109; Tandoğan, sh.294

geleceğe ilişkin bir zarar söz konusu değildir. Gerçi, ölenin ölüm anına kadar çalışmaması dolayısıyla ortaya çıkan zararlar, periyodik kayıplar içinde bulunmaktadır. Ancak, bu zararlar ölüm anına göre kesin olarak tesbit olunabileceği için, bunların da sermaye şeklinde tazmin edilmesine hükmedilmesi gerekir (129).

Destekten yoksun kalma zararında, geleceğe ilişkin periyodik kayıplar söz konusu olduğu için, tazminat olarak irada hükmedilmesi, esas itibarıyla bu zararın özelliğine ve tazminatın amacına daha uygun düşmektedir (130). Özellikle, desteğin ölümü yüzünden, destekten yoksun kalan periyodik olarak yardıma muhtaç bulunuyorsa veya tazminat miktarı, tazminat borçlusunun ödemesi güç bir meblağ oluşturuyorsa, tazminatın irat olarak ödenmesine karar verilmesi gerekir (131). Bununla birlikte, irat olarak tazminin belli sakıncaları somut durumda söz konusu ise, destekten yoksun kalma zararında da irat yerine sermaye ödenmesine hükmedilmesi gerekir. Nitekim doktrin ve uygulamada, bu tür zararlar için de tazminat alacaklısına sermaye ödenmesine hükmedilmesi tercih edilmektedir (132).

Destekten yoksun kalma zararında, desteğin yaptığı yardımla aynı tür ve miktarda destek sağlaması için zarar sorumlusunun yükümlü kılınması, bir aynen tazmin olarak düşünülebilir. Meselâ, ölen destek çiftçi olduğu takdirde, yine çiftçi olan tazminat borçlusunun, aynı erzakı vermekle yükümlü kılınması, mümkündür. Ancak, bu gibi istisnai durumlarda da, aynen tazmine hükmedilmesi tercih edilmemelidir. Zira, en azından bu tazmin şeklinin uygulanması, özellikle cebri icra yoluyla yerine getirilmesi güçtür (133).

(129) Keller/Gabi, sh.110; Oftinger, I, sh.248.

(130) Keller/Gabi, sh.110; Oftinger, I, sh.248; Tekinay, Destek, sh.215.

(131) Oftinger, I, sh.248.

(132) Keller/Gabi, sh.110; Eren, Tazminatın Şekli, sh.171-172, 175-178; Tekinay, Destek, sh.216-217; Karş. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.784.

(133) Keller/Gabi, sh.110-111.

C. Diğer Zararlarda Tazminatın Türü

Diğer zararlarda, esas itibariyle, tazminat olarak sermaye ödenmesine hükmedilir. İrada hükmedilmesi, bu tür zararlarda nadiren söz konusu olabilir. Meselâ, bir patent hakkının ihlali, geleceğe ilişkin periyodik zararların meydana gelmesine yol açtığı takdirde, tazminat olarak bir irat ödenmesine karar verilebilir (134).

Diğer zararlarda karar yayınlanması, kural olarak bir aynen tazmin sayılmamalıdır. Zira, hiç bir ekonomik değer taşımayan mahkumiyet kararının yayınlanması ile meydana gelen zarar telafi edilmiş olmaz. Mahkeme kararının yayınlanması, ileride doğması veya devam etmesi muhtemel zararları önleyebilir; ayrıca, bir manevi tazmin şekli oluşturabilir (135). Bununla birlikte, özellikle ticari itibara tecavüz veya haksız rekabet teşkil eden hallerde, mahkeme kararının yayınlanması, aynı zamanda maddi zararın giderilmesi için bir aynen tazmin de sayılmalıdır (136).

(134) Keller/Gabi, sh.111.

(135) Keller/Gabi, sh.111; Oftinger, I, sh.69; BGE 93 II 270; 100 II 180; 103 II 166.

(136) Tandoğan, Mesuliyet, sh.255.

Ü Ç Ü N C Ü B Ö L Ü M

MADDİ TAZMİNATIN TAYİNİNDE ROL OYNAYAN İNDİRİM SEBEPLERİ

§ 7. GENEL OLARAK

Tazminatın tayiniyle, sorumlunun, zarar görene verdiği zararın ne kadarının tazmin edilmesi gerektiği belirlenir (1). Tazminatın tayininde hareket noktasını, tam hesaplanmış ve tesbit edilmiş zarar oluşturur (2). Zararın hesaplanması ve tazminatın tayini gerçekleştirildiği zaman, hukuki sorumluluğun kapsamı tesbit edilmiş olur (3).

Tesbit edilen zarar, zarar sorumlusunun tazmin etmesi gereken en yüksek miktarı ifade eder. Zira, sorumluluk hukukunda, zarar görenin tazminat vasıtasıyla zenginleştirilemeyeceği, temel ilke olarak benimsenmiştir. Buna göre, tazminat, sadece meydana gelen zararı telafi etmeli ve zarar görenin malvarlığını, zarar verici olay vuku bulmasaydı bulunacağı duruma getirmelidir. Tazminat olarak, tesbit edilen zarardan fazla bir meblağın ödenmesi halinde, zarar gören tazminat vasıtasıyla zenginleştirilmiş olur (4). Şu halde hâkim, tazminat olarak ya tam zararı, ya da kanunda öngörülen bazı sebeplere dayanarak indirilmiş bir meblağı karşılayacak miktara hükmedecektir (5).

Türk-İsviçre hukukunda, tazminatın tayiniyle ilgili hükümler, Borçlar Kanununun 43. ve 44. maddelerinde düzenlenmiştir (6). Borçlar Kanunumuzun 43. ve 44. maddelerinin kenar başlıkları, "tazminat miktarının tayini" ve "tazminatın ten-

-
- (1) Keller/Gabi, sh.95; Stark, Nr.312; Keller/Landman, T.93.
 (2) Keller/Gabi, sh.95; Oftinger, I, sh.261; Keller/Landman, T.93.
 (3) Keller/Gabi, sh.95.
 (4) Oftinger, I, sh.261; Keller/Gabi, sh.95; Keller/Landman, T.93; Brehm, R., Umfang des Schadenersatzes, (Art.43 Abs. I OR), SJK. 129 Genf. 1983, sh.1; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 315; Eren, Borçlar, sh.150; Lange, sh.6; Larenz, I, sh.394.
 (5) Brehm, Umfang, sh.1; Oftinger, I, sh.261; Tandoğan, Mesuliyet, sh.315.
 (6) BK.m.43 f.I'de öngörülen, tazminatın zarardan başka unsurlar da dikkate alınarak tayin edilmesi ilkesi, Zürich hukukundan alınmıştır (Oser/Schönenberger, Art.43 Nr.2).

kisi" olarak (7), farklı amaçları vurgulayacak biçimde ifade edilmekle birlikte, her iki hüküm, beraber indirim sebeplerini göstermektedir (8). Gerçekten, BK.m.43 f.I hükmü, esas itibariyle aynı Kanunun 44. madde hükmünü kapsayıcı genişlikte düzenlenmiştir. Zira, BK.m.44'de sayılan indirim sebepleri, zaten BK.m.43 f.I'de anılan "hal ve mevkiin icabı (durum ve şartlar)" çerçevesinde gözönünde tutulabilecek bazı özel durumlardır (9). Bu bakımdan BK.m.44, aynı Kanunun 43. maddesinin özel bir hali olarak düzenlenmiştir, denilebilir (10). Nitekim uygulamada da, tazminatın tayininde çoğunlukla BK.43 ve 44. madde hükümleri birlikte uygulanmakta, her iki maddede öngörülen indirim sebeplerinin somut olayda bulunup bulunmadığı tesbit edildikten sonra, indirim bir bütün halinde hükme bağlanmaktadır (11).

Kanun koyucu Borçlar Kanununun 43. ve 44. maddeleriyle hâkime, her somut olayda tazminatın kapsamını tayin yetkisi vermiştir. Bu hükümlerin düzenlenmesiyle, BK.m.41 f.I'de öngörülen genel kural yumuşatılmış olmaktadır (12). Gerçekten, Borçlar Kanunumuz, 43. ve 44. maddelerdeki hükümlerle hâkime, sebep olunan zararın tamamının tazmin edilmesi gerektiği genel kuralından, zarar sorumlusu lehine ayrılma yetkisi tanımaktadır (13). Hâkim, tesbit edilen zararı kar-

(7) Kaynak Kanunun Almanca metninde ilgili hükümlerin madde kenar başlıkları, "tazminatın tayini" ve "indirim sebepleri" şeklinde ifade edilmiştir.

(8) Oftinger, Bundesgerichtspraxis, sh.259.

(9) Brehm, Art.43 Nr.31-36, Art.44 Nr.4; Aynı yazar, L'étendue des dommages-intérêts, in: Die Verantwortlichkeit im Recht, Zürich 1981, sh.499; Oser/Schönenberger, Art.43 Nr.5 vd., Art.44 Nr.1; Becker, Art.43 Nr.10; İm Hof, sh.164-165.

(10) İsviçre-Türk Borçlar Kanununun 43. ve 44. madde hükümleri, 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanununun 51. maddesinde düzenlenmiştir: BK.m.43 hükmü anılan Kanunun 51. maddesinin 1.fikrasını, m.44 ise 2. fikrasını oluşturuyordu (İm Hof, sh.163-167; Oser/Schönenberger, Art.43 Nr.1, Art.44 Nr.1).

(11) Brehm, Art.43 Nr.31; Aynı yazar, L'étendue, sh.499-500; BGE 90 II 9-14; Y.4.HD.15.9.1983 t., E.6358, K.7408 (YKD. 1984, S.10, sh.1492); TD.29.1.1965 t., E.682, K.270 (Olgaç, S., Kazai ve İلمي içtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Genel Hükümler, 2.Baskı, İstanbul 1969, sh.283, Nr.5).

(12) Brehm, Umfang, sh.1; Aynı yazar, Art.43 Nr.24.

(13) Brehm, L'étendue, sh.501; Oser/Schönenberger, Art.43 Nr.4.

şılayacak tazminatta bu hükümlerle tanınan takdir yetkisine (MK.m.4) dayanarak, hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde indirim yapabilecektir (14).

Esas itibariyle sorumlu, tesbit edilen zararın tamamını tazmin etmelidir. Tazminatta bir indirim, ancak, indirim sebebi oluşturan belli durumların varlığı halinde yapılabilir (15).

Tazminatta indirim sebepleri, zarar failinin kusurunun derecesi ile birlikte, tazminatın tayininde rol oynayan unsurları oluşturmaktadır (16). Esasen, kusurun derecesi de, zarar failinin hafif kusuru başlığı altında bir indirim sebebi olarak incelenmektedir (17). Bu bakımdan, tazminatın tayininde rol oynayan unsurların indirim sebeplerinden ibaret olduğunu söylemek yanlış olmaz.

İndirim sebepleri, tam hesaplanmış zararı karşılayan tazminattan, yani nazari tazminattan indirim yapılmasını haklı gösteren durum ve şartları ifade eder (18). Borçlar Kanunu 43. ve 44. maddeleriyle, indirim sebeplerinin uygulanmasında hâkime takdir yetkisi vermiştir. Burada MK.m. 4 anlamında bir takdir yetkisi söz konusudur. Zira, bir defa, BK.m.43 f.I'de "hal ve mevkiin icabı", BK.m.44 f. II de "hakkaniyete tevfiğe" ifadeleriyle MK.m.4' de öngörülen hâkimin takdir yetkisine atıf yapılmaktadır. Keza, BK.m.44 f.I ve II'deki "zarar ve ziyan miktarını tenkis yahut zarar ve ziyan hükmünden sarfınazar edebilir" ve "zarar ve ziyanı tenkis edebilir" ifadeleri, hâkime takdir yetkisi tanınmış olduğunu gösterir (19). Özellikle, BK.m. 43 f.I hükmü ile hâkime, tazminatın kapsamını tayin hususun-

(14) Oser/Schönenberger, Art.43 Nr.20; Edis, S., Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 2. Baskı, Ankara 1983, sh.203-204; Egger,A., (Çev. Çemis,V.), İsviçre Medeni Kanun Şerhi, Giriş ve Kişinin Hukuku, Ankara 1947, m.4 Nr.10 vd.

(15) Oftinger, I, sh.261-262; Keller/Gabi, sh.95.

(16) Oftinger, I, sh.261-262; Keller/Gabi, sh.96.

(17) Keller/Gabi, sh.96; Brehm, Umfang, sh.2-3; Aynı Yazar, L'etendue, sh.504.

(18) Deschenaux/Tercier, sh.202.

(19) Deschenaux/Tercier, sh.202-203; Edis, sh.203-204; Egger, m.4 Nr.2, 10 vd.

da büyük bir takdir serbestisi tanınmıştır. Hâkim, somut olaydaki bir indirim sebebinin hangi ölçüde bir indirimi gerektirdiğine takdiren karar verir. Hatta, herhangi bir durum ve şartın, bir indirim sebebi oluşturup oluşturmadığına karar vermek dahi hâkimin takdirindedir (20).

BK.m.43 ve 44'de belirtilen indirim sebepleri, kesinlikle sınırlayıcı nitelikte anlaşılmamalıdır. Kanunda bazı durum ve şartlara, hâkime ışık tutması amacıyla, bir ölçü olması bakımından yer verilmiştir. Hâkim, bir durum ve şartın indirim sebebi oluşturup oluşturmadığında tereddüde düşecek olursa, bu kanun hükümlerinden yararlanacaktır (21). Hâkim, bu hususta takdir yetkisini kullanırken, doktrine ve yargısal içtihatlarla da başvurmalıdır (22).

İndirim sebebi sayılabilecek durum ve şartların çeşitliliği ve önceden belirlenememesi sebebiyle, tazminatın tayininde hâkimin, "adalet", "hakkaniyet", "hal ve mevkiin icabı", "durum ve şartlar", "dürüstlük" gibi soyut kavramlara dayanarak karar vermesine müsaade edilmiştir (23). Bununla birlikte, tazminatta bir indirime hükmedilebilmesi için, mutlaka somut bir indirim sebebi mevcut olmalıdır (24). Ayrıca, tazminata hükmedilen kararda, hangi sebebe dayanılarak ve ne için tazminatta belli ölçüde indirim yapıldığı belirtilmeli, yani indirim , gerekçelendirilmelidir (25)(26).

(20) Keller/Gabi, sh.96; Brehm, L'étendue, sh.503.

(21) Oftinger, I, sh.262; Keller/Gabi, sh.96; Brehm, L'étendue, sh.503; Keller/Landman, T.96 a, b.

(22) Oftinger, I, sh.262; Keller/Gabi, sh.96; Brehm, Umfang, sh.2.

(23) Keller/Gabi, sh.96; Keller/Landman, T.96 b.

(24) Keller/Gabi, sh.96; Becker, Art.43 Nr.10; Oftinger, I, sh.21-262.

(25) Oftinger, I, sh.262

(26) Hâkim, keyfi ve sübjektif hareket edip etmediğinin tesbit edilebilmesi için, bir durum ve şartı indirim sebebi saymakta dayandığı hususları göstermek, tazminatta indirime hükmettiği kararın hakkaniyete uygunluğunu belirtmekle yükümlüdür. Bu bakımdan, tazminatta takdir yetkisine dayanılarak indirime hükmedildiğinin genel bir ifade ile belirtilmesiyle yetinilmeyip, takdiren indirime hükmedilmesinin dayandığı objektif hususların da gösterilmesi gerekir. Zira, hukuk sistemimizde, hâkimin takdir yetkisine dayanarak verdiği kararların da üst yargı merci olan Yargıtay tarafından denetlenmesi esası

Borçlar Kanunu, 43. maddesinin 1.fıkrasında, tazminatın kapsamını tayinde kusurun derecesinin de gözönünde tutulmasını öngörmek suretiyle, tazminat sorumluluğu ile kusurun derecesi arasında bir denge bulunmasını ilke olarak kabul etmiştir. Buna göre hâkim, kusura dayanan sorumluluktan dolayı tazminata hükmederken, failin kusurunun derecesi ile tazminatın kapsamı arasında belli bir denge kurmak zorundadır (27). Kanun koyucu bu hükümde, hafif kusur ile kusursuzluk arasında kesin belirlenemeyen bir sınırın bulunması olgusunu da gözönünde bulundurmuştur (28). Ancak, kusurun sorumluluğun kapsamını tayinde ne ölçüde dikkate alınacağı, hâkimin takdirine bırakılmış bir husustur (29).

BK.m.44 f.I ile hâkime, sadece tazminatı indirme yetkisi değil, onu tamamen kaldırma, yani tazminat talebini reddetme yetkisi dahi verilmiştir. Bununla birlikte, zarar verici fiil veya olay ile zarar arasında uygun illiyet bağının mevcudiyetine rağmen, hiç bir tazminat ödeme yükümlülüğünün doğmaması, nadiren söz konusu olabilir (30). Buna karşılık, BK.m.43 f.I anlamında bir indirim sebebine dayanarak, tazminat sorumluluğunun tamamen kaldırılması mümkün değildir; bu hüküm uyarınca, tazminatta ancak kısmi bir indirim söz konusu olabilir (31). Tazminat sorumluluğundan kurtulma,

kabul edilmiştir (HUMK.m.428). Yargıtay, takdir yetkisinin kanunun öngördüğü sınırlar içerisinde kullanılıp kullanılmadığını; indirim hakkındaki kararın, Kanunun amacı ve atıfta bulunduğu ilkelerle bağdaşıp bağdaşmadığını, objektif ölçülere dayanıp dayanmadığını, gösterilen gerekçeleri inceleyerek tesbit edecektir (Edis, sh.213; Oftinger, I, sh.275; Gürsoy, K.T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1970, sh. 361-362; Kararlarda takdir sebeplerinin gösterilmemesinin hukuki sonuçları hakkında daha geniş bilgi için bkz. Edis, sh.213; Egger, m.4 Nr.14-15; Ayrıca bkz. Özsunay, E., Medeni Hukuka Giriş, 4.Baskı, İstanbul 1981, sh.256-257.

- (27) Brehm, Umfang, sh.2; Oftinger, I, sh.261-262; Keller/Landman, T.94.
- (28) Brehm, Art.43 Nr.26; Aynı yazar, L'etendue, sh.504; Tandoğan, Mesuliyet, sh.317.
- (29) Brehm, Umfang, sh.2; Aynı yazar, Art.43 Nr.49; Von Tuhr/Peter, sh.430-431; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 797; Becker, Art.43 Nr.8.
- (30) Oftinger, I, sh.262-263; Keller/Gabi, sh.98; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.804-805.
- (31) Brehm, Art.43 Nr.49; Aynı yazar, Umfang, sh.2.

kural olarak, zarar görenin veya üçüncü kişinin kusuru ya da bir mücbir sebep yüzünden uygun illiyet bağının kesilmesi halinde mümkündür. İlliyet bağının kesilmediği, fakat çok zayıf gerçekleştiği durumlarda, daha çok bir indirim haklı görülür (32).

İndirim sebeplerini düzenleyen BK. 43. ve 44. madde hükümlerinin çok geniş bir uygulama alanı vardır. Gerçekten, bu maddelerde öngörülen genel kurallar, kusura dayanan sorumluluk ile sebep sorumluluklarından (33) başka, aksine bir özel hüküm bulunmadıkça, özel kanunlarla düzenlenen bütün sorumluluklarda uygulanabilecektir.(34). Keza, BK.m.98 f.II uyarınca, akde aykırılıktan doğan zararlar için tazminata hükmedilirken de, BK.m.43 ve 44'de öngörülen indirim sebepleri gözönünde bulundurulabilecektir (35).

Borçlar Kanununun 43. ve 44. maddelerindeki düzenlemeden hareketle (36), indirim sebeplerini üç grupta incele-

(32) Oftinger, I, sh.262-263; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.804-805.

(33) Yalnız, zarar failinin hafif kusurunun sebep sorumluluklarında bir indirim sebebi olarak dikkate alınması söz konusu değildir (Y.İçt. Bir. K. 27.3.1957 t., E.1, K.3 (RG. 22.6.1957 t., 9640 S.); Saymen/Elbir, sh.498.

(34) Oftinger, I, sh.166, 262-263; Brehm, Art.43 Nr.37 vd.; Art.44 Nr.20 vd; Aynı yazar, Umfang, sh.2; Saymen/Elbir, sh.377, 508; Y.İçt. Bir. K. 27.3.1957 t., E.1, K.3 (RG.22.6.1957 t., 9640 S.); İçt. Bir. K. 10.6.1968 t., E.1 K.12 (RG. 6.8.1968 t., 12969 S.); İçt. Bir. K., 24.12.1973 t., E.4, K.6 (RG.15. 2.1974 t., 14800 S.).

(35) Bununla birlikte, Brehm'in haklı olarak belirttiği gibi (Umfang, sh.2; L'etendue, sh.502, Art.43 Nr.40), akdi sorumlulukta, özellikle ticari akitlerde indirim sebepleri uygulanırken son derece dikkatli ve ölçülü olunmalıdır. Akde aykırılıktan doğan zarar için hükmedilecek tazminatta, bir indirimin haklı görülmesi için, çok hafif kusur veya çok zayıf illiyet bağı gibi son derece özel durumlar mevcut olmalıdır. Zira, zarar sorumlusunun mesleğinden kaynaklanan tehlikelelerin zarar görene yüklenmesini, hakkaniyet onaylamaz.

(36) İndirim sebeplerinin BK.43. ve 44. maddelerde düzenleniş biçimi isabetli olmamıştır. Zira, zarar sorumlusuna ilişkin indirim sebepleri, hem 43. maddede hem de 44. maddede yer almaktadır. Gerçekten, zarar sorumlusuna ilişkin bir indirim sebebi olarak "zarar sorumlusunun müzayaka durumu"na yer verilen BK.m.44 f.II'ye karşılık, aynı maddenin 1. fıkrasında zarar görene ilişkin indirim sebepleri düzenlenmektedir (Brehm, L'etendue, sh.499 vd.).

mek mümkündür (37):

A. Zarar sorumlusuna ilişkin indirim sebepleri, yani zarar failinin kusurunun hafifliği (BK.m.43 f.I) ile tazminatın ödenmesi durumunda sorumlu kişinin müzayaka durumuna düşme tehlikesi (BK.m.44 f.II).

B. Zarar görene ilişkin indirim sebepleri (BK.m.44 f.I).

C. Bu iki gurubun dışında kalan indirim sebepleri, yani takdire bağlı indirim sebepleri.

§ 8. ZARAR SORUMLUSUNA İLİŞKİN İNDİRİM SEBEPLERİ

I. ZARAR FAİLİNİN HAFİF KUSURU

Tazminat tayin edilirken, esas itibariyle zarar görenin malvarlığında meydana gelen azalma gözönünde tutulur. Bununla birlikte, tazminatın tayininde failin kusurunun derecesinin de gözönünde bulundurulacağı, pozitif hukukumuzda Borçlar Kanununun 43. madde 1. fıkrasıyla kabul edilmiştir. Bu hükümle, Türk-İsviçre hukukunda, Alman hukukundan farklı olarak (38), tazminatın zarar failinin kusur derecesine göre kademelendirilmesi ilkesi benimsenmiş oluyor (39). Bu ilkeye göre, kusur sorumluluğunda, zarar failinin kusurunun derecesi ile tazminatın kapsamı arasında belli bir dengeyin, bir orantının bulunması gerekir; yani, zarar failinin kusurunun hafif olması halinde sorumlu tutulması gereken tazminat miktarı, ağır kusur durumuna oranla daha az olmalıdır. Şu halde, hâkim, zarara ağır kusuru bulunmaksızın sebebiyet veren kişinin sorumluluğunu azaltabilecek, yani tazminatta bir indirim yapabilecektir (40). Kanun koyucu bu hüküm-

(37) Brehm, L'etendue, sh.499-500; Aynı yazar, Art. 43 Nr.33-35; Keller, A., sh.97-103.

(38) Alman Medeni Kanununda, Müşterek hukukta olduğu gibi, tazminatın kusurun derecesine göre kademelendirilmesi kabul edilmemiştir (Von Tuhr/Peter, sh.104; Schwarz, sh.138).

(39) Kusur sorumluluğunda tazminatın kusurun derecesine göre tayin edilmesi, esasen hafif kusurun bir indirim sebebi oluşmasıyla aynı sonuca varmaktadır (Keller, A., sh.97).

(40) Oftinger, I, sh.263-264; Von Tuhr/Peter, sh.104; Keller/Gabi, sh.96-97; Brehm, Umfang, sh.2; Becker, Art.43 Nr.8; Tandoğan, Mesuliyet, sh.316; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, sh.796; Keller, A., sh.97.

de, özellikle, hafif kusurla kusursuzluk arasında son derece belirsiz bir sınırın bulunması olgusunu gözönünde tutmuştur (41).

Hükmedilecek tazminatın kusurun ağırlığına göre kademelendirilmesi, ilk bakışta tazminatın mahiyet ve amacına uygun düşmemektedir. Zira, tazminat ile zarar görenin malvarlığındaki azalmanın telafisi amaçlanmaktadır. Ve malvarlığındaki bu azalma, kusurun ağır veya hafif olmasına göre değişmez. Bu bakımdan, zarar failinin hafif kusurunda zararın bir kısmının tazmin edilmemesi, zarar gören hakkında bir haksızlık oluşturur. Keza, hukuka aykırı fiilin müeyyidesinin, kusurun ağırlığına göre ağırlaşması, cezai sorumluluğa ait bir özelliktir. Bununla birlikte, aşağıdaki sebeplerden dolayı, bu ilke adalet ve hakkaniyet düşüncesine daha uygun düşmekte ve zarar failinin kusurunun hafifliği oranında tazminatta indirim yapılması haklı görülmektedir:

A. Tazminat bir ceza olmamakla birlikte; zarar failine, malvarlığını azalttığı için, bazan bir cezadan daha fazla etki eder. Özellikle ihmaliyle başkasına zarar vermekle kalmayıp kendisi de zarar gören faile, zararın tamamını tazmin etmek oldukça ağır gelecektir (42).

B. Kusura dayanan sorumlulukta tazminat, kusurun varlığına bağlı olduğuna göre, kusurun derecesiyle orantılı olarak kademelendirilmesi de gerekir. Tazminatta böyle bir kademelendirme adalete daha uygundur. Gerçekten, kasıtlı zarar vermekle ihmal ile zarara sebep olmak arasında, hukuk düzeninin öngördüğü ödevlerin ihlali bakımından fark vardır. Meselâ, kasıtlı olarak adam öldürenin tazmin borcunun, hafif ihmal ile ölüme sebebiyet veren kimseye yüklenecek tazminattan daha ağır olması gerektiğini, adalet ve hakkaniyet düşüncesi kolayca teslim eder (43).

(41) Brehm, L'etendue, sh.503-504; Stark, Nr.521.

(42) Schwarz, sh.138; Tandoğan, Mesuliyet, sh.316.

(43) Schwarz, sh.137; Tandoğan, Mesuliyet, sh.316; Tekinay, Destek, sh.205; BGE 82 II 25 vd. (Kaneti, I, sh.82, Nr.76).

C. Kusursuzluk ile hafif kusur arasındaki sınırın kesin belli olmaması ve illiyet bağının sınırlarının kolayca belirlenememesi de, kusurun hafifliğine göre tazminatta indirim yapılmasını haklı gösterir. Gerçekten, bazı olaylarda kusurun bulunup bulunmadığının kesin tesbitimümkün olmamaktadır. Böyle sınır durumlarında, tazminat miktarını tayin yetkisi, hâkime, faili hakkaniyete uygun olacak şekilde tazminata mahkum etme imkânı sağlar. Keza, failin hiç bir kusuru bulunmasaydı, zarar gören hiç bir tazminat talep edemeyecekti. Bu itibarla, hafif kusur halinde kısmi bir tazminat dahi tabii karşılanmalıdır (44). Şu halde, tazminatın kapsamını kusurun derecesine göre tayin etme yetkisi hâkime, hafif kusur dolayısıyla tazminat sorumluluğunu azaltabileceği için, bir fiil kusur olarak nitelendirilmede daha rahat hareket etme imkânı vermektedir. Bazan da zarar ile zarar verici fiil arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığı, açık bir şekilde tesbit edilemez. Bu durumda da, hâkimin kusurun ağırlığına göre tazminata hükmetme yetkisi, hakkaniyete uygun karar verilmesini sağlar (45).

Kusur sorumluluğunda tazminatın kusurun derecesine göre tayin edilmesi ilkesi, failin hafif kusurlu olduğu her durumda tazminatta indirim yapılmasını zaruri kılmaz. Hâkim, somut olaydaki diğer durum ve şartları gözönünde tutarak, hafif kusuruna rağmen zarar failini, zararın tamamını tazmine mahkum edebilir (46). Hâkim, tazminatı tayin ederken, kusurun derecesiyle birlikte, zarar verici olaydaki bütün durum ve şartları, özellikle tarafların ekonomik durumlarını gözönünde bulundurmalıdır. Bu itibarla, zarar failinin hafif kusurunun bir indirim sebebi oluşturması, somut olaydaki bütün

(44) Von Tuhr/Peter, sh.105; Brehm, L'etendue, sh.503-504; Aynı yazar, Art.43 Nr.26; Tandoğan, Mesuliyet, sh.317.

(45) Brehm, L'etendue, sh.503-504; Aynı yazar, Art.43 Nr.27; Von Tuhr/Peter, sh.105; Gürsoy, sh.363; Tandoğan, Mesuliyet, sh.317.

(46) Keller/Gabi, sh.97; Von Tuhr/Peter, sh.105-106; Oftinger, I, sh.264; Stark, Nr.519; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.796-797; Brehm, Umfang, sh.2; Deschenaux/Tercier, sh.204; Y.TD.29.1.1965 t., E.64/682, K.270 (Olgaç, 1969, sh.283 Nr.5).

durum ve şartlar çerçevesinde hakkaniyetin, tazminatta indirim yapılmasını haklı göstermesi halinde söz konusudur (47). Meselâ, zarar faili varlıklı, buna karşılık zarar gören ekonomik yönden güçsüz ise, hafif kusura rağmen, zararın tamamıyla tazminine hükmedilmesi gerekir.(48).

BK.m.43 f.I hükmü ile, tazminatın kusurun derecesine göre tayin edileceği ifade edilmiş olmakla birlikte, kusurun hafif olması durumunda tazminatta bir indirim yapılmasının gerekip gerekmediği, yapılması gerekiyorsa ne ölçüde bir indirim yapılacağı hususları, hâkimin takdirine bırakılmıştır (49). Bu bakımdan, hâkim, kusurun derecesiyle birlikte somut olaydaki diğer durum ve şartları da dikkate alarak, hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde tazminatta indirimde hükmedebilecektir. Keza, tazminat tayin edilirken, tazminatta, zarar failinin kusuru oranına göre matematiksel bir indirim yapılması da gerekmemektedir. Meselâ, % 80 kusurlu olan zarar failinin, tesbit edilmiş zararın % 80'inden sorumlu tutulması gerekliliğinden bahsedilemez. Zira, zararın tamamının tazmin edilmesi asıldır. Hafif kusur, ancak hakkaniyetin haklı gösterdiği durumda, indirimde rol oynayacaktır (50).

Şayet zarar görenin zararının yüksekliği, onun normal üstünde gösterişli yaşantısından kaynaklanıyorsa ve zarar failinin de kusuru hafifse, bu durumda tazminatta indirimde hükmedilmesi gerekir (51). Keza, hafif kusurlu fiil, olağan-üstü ağırlıkta bir zarara yol açmışsa, burada da hafif kusur dolayısıyla tazminat indirilmelidir (52). Meselâ, bir demiryolu

(47) Keller/Gabi, sh.97; Deschenaux/Tercier, sh.204; Brehm, Umfang, sh.2; Becker, Art.43 Nf.8; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.796-797.

(48) Federal Mahkeme bir kararında (BGE 104 II 184), zarar failinin hafif kusuruna rağmen, tarafların ekonomik durumlarını gözönünde bulundurarak, tazminatta indirim yapılmasını reddetmiştir.

(49) Becker, Art.43 Nr.8; Oser/Schönenberger, Art.43 Nr.3; Brehm, Umfang, sh.2; Oftinger, I, sh.264; Von Tuhr/Peter, sh.105-106; Keller/Gabi, sh.96-97.

(50) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.796; Deschenaux/Tercier, sh.204; Oftinger, I, sh.264; BGE 59 II 172; Y.TD. 29.1.1965 t., E.682, K.270 (Olgaç, 1969, sh.283 Nr.5).

(51) Tandoğan, Mesuliyet, sh.317.

(52) Oftinger, I, sh.264; Von Tuhr/Peter, sh.105-106.

makascının hafif ihmaliyle olağanüstü ağırlıkta zarara sebep olması halinde, tazminatta indirim yapılması haklı görülebilir (53).

Bununla birlikte, sebep sorumluluğu gibi sorumluluğu ağırlaştırılan özel durumlar veya zarar görenin yoksulluğu ya da zarar failinin varlıklı olması yahut sigortalı bulunması gibi ekonomik sebepler bulunmadıkça, hafif kusur hâkime, her zaman tazminatta indirim hükmetme imkânı verir (54).

Buna karşılık, zarar failinin zararın meydana gelmesinde ağır kusuru varsa ve tazminat sorumluluğunun azaltılmasını haklı gösterecek diğer durum ve şartlar da mevcut değilse, bu takdirde fail zararın tamamını tazminle yükümlü kılınır. Zarar sorumlusunun yardımcılarının ağır kusuru bulunması halinde de hüküm aynıdır (55). Bununla birlikte, zarar verici fiil ile zarar arasında zayıf illiyet bağı bulunması gibi durumlar olayda mevcutsa, failin ağır kusuruna rağmen, tazminatta indirim yapılması mümkündür (56).

Borçlar Kanununun 43. madde 1. fıkrasında öngörülen bu indirim sebebinden, özellikle mümeyyiz küçükler yararlanacaktır. Gerçekten, mümeyyiz küçüklerin fiilleri objektif bakımdan ağır kusurlu olarak nitelendirilse bile; kusurlarının sübjektif yönden de ağır olarak nitelendirilmesi, yaşın küçüklüğü dolayısıyla, çoğu zaman doğru olmaz (57). Federal Mahkeme de, objektif bakımdan ağır kusurlu olarak nitelenen bir fiilin, zarar failinin yaşının küçüklüğü dolayısıyla hafif kusurlu sayılması gerektiğini kabul etmektedir (58).

(53) BGE 56 II 398; 53 II 439; 59 II 364.

(54) Brehm, Art.43 Nr.76; Aynı yazar, Umfang, sh.2-3; Keller, A., sh.97; BGE 96 II 172; 80 II 247; 71 I 48.

(55) Brehm, Art.43 Nr.73-74; Aynı yazar, Umfang, sh.2; Keller, A., sh.97.

(56) Brehm, Art.43 Nr.75; Keller, A., sh.97.

(57) Brehm, Art.43 Nr.77; Aynı yazar, Umfang, sh.3; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, sh.797-798; Keller, A., sh.97.

(58) BGE 90 II 9; Temyiz edenin kusuru objektif bakımdan ağırdır. Fakat somut olaydaki durum ve şartlar içinde, oniki yaşında bir erkek çocuk tarafından işlendiğinden, hafif olarak nitelendirilmelidir (Oftinger, Bundesgerichtspraxis, sh.250 Nr.91); Ayrıca bkz. BGE 100 II 332; 70 II 136.

Şu halde, kural olarak, küçükler tarafından verilen zararların tazmininde, tazminatta önemli ölçüde indirim yapılacaktır.

İsviçre'de mahkeme içtihatlarında, kusurun ne ağır ne de hafif olduğu durumlar için "orta ağırlıkta kusur (mittleres Verschulden)" kavramına yer verilmekte (59) ve orta ağırlıkta kusur durumundada BK.m.43 f.I gereğince tazminatta indirim yapılmasının mümkün olduğu, yani tazminat indirimini sadece ağır kusurun engelleyeceği kabul edilmektedir (60). Tazminatın tayininde hâkime geniş bir takdir alanının bırakılması ve bu suretle ağır kusur dışındaki bütün hallerde tazminatta indirim yapabilme yetkisinin verilmesi, BK.m.43 f.I hükmünün amacına uygundur. Fakat, orta kusurun varlığı durumunda tazminatta indirim, hafif kusur halinde olduğundan daha güçlkle ve daha az oranda kabul edilmelidir (61).

Sebepl sorumluluklarında, kusurun hafifliği dolayısıyla tazminatta indirim yapılması söz konusu değildir. Zira, sebep sorumlusu zaten kendisinin veya fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin bir kusuru bulunmasa da, zararın tamamını tazminle yükümlü olmaktadır (62). Bununla birlikte, sebep sorumluluğunda kusurun, tazminatın indirimi bakımından ikinci derecede bir rolü vardır. İleride inceleneceği üzere, sebep sorumlusunun kusuru bulunmaması veya hafif kusurlu olması halinde; somut olaydaki diğer durum ve şartlar haklı gösterdiği, meselâ, zararın meydana gelmesinde zarar görenin kusurunun da rol oynadığı durumlarda, tazminatta indirim

(59) Mesela bkz. BGE 100 II 332; Ayrıca bu husustaki başka kararlar için bkz. Brehm, Umfang, sh.13 Nr.158 ile sh. Nr.281'de anılan Federal Mahkeme ve Kanton mahkemesi kararları.

(60) Brehm, Umfang, sh.3; Ayrıca bkz. dn.59'daki kararlar.

(61) Brehm, Umfang, sh.3; Aynı yazar, Art.43 Nr.79; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.798.

(62) Oftinger, I, sh.264-265; Keller/Gabi, sh.97; Deschenaux/Tercier, sh.205; Brehm, Umfang, sh.3; Tandoğan, Mesuliyet, sh.317; Saymen/Elbir, sh.498; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.798; BGE 81 II 512; 97 II 221; Y.İçt.Bir. K., 27.3.1957 t., E.1, K.3 (RG.22.6.1957 t., 9640 S.).

yapılabilir. Ancak, sebep sorumlusunun munzam kusuru (63) mevcutsa, hâkim, zarar görenin kusuru, umulmayan hal, zarar görenin zarara bedensel yatkınlığı gibi sebeplere dayanılarak ileri sürülen tazminatta indirim talebini reddedebilir (64).

II. ZARAR SORUMLUSUNUN MÜZAYAKA DURUMU

A. Genel Olarak

BK.m.44 f.II hükmüne göre, fail zarara ağır kusuru ile sebebiyet vermediği ve zararın tamamını tazmin etmek onu müzayaka durumuna düşürecek olduğu takdirde, hâkim, hakkaniyet gereği tazminatı indirebilir. Bu esas, hem kusur hem de sebep sorumluluğunda geçerlidir (65).

BK.m.44 f.II' hükmü hakkaniyet düşüncesine dayanmaktadır (66). Bu hükümle, bir felaket telafi edilirken, başka bir felakete yol açılmaması amaçlanmıştır (67). Ayrıca burada, zarar sorumlusunun tazminatı ödemesi halinde ekonomik sıkıntıya düşmesi ve bu suretle topluma yük olması ihtimali de gözönünde tutulmuştur (68).

Esas itibariyle, BK. m.44'ün 1. fıkrası gibi, 2. fıkrasında düzenlenen durum dahi, BK.m.43 f.I çerçevesinde bir indirim sebebi olarak dikkate alınabilir. Zira, tarafların ekonomik durumları, bu arada zarar sorumlusunun tazminat borcu dolayısıyla müzayakaya düşme tehlikesi, BK.m.43 f.I de öngörülen durum ve şartlar kavramına esasen dahildir (69). Bununla birlikte, BK.m.44 f.II'de pozitif hukuk olarak düzenlendiği için, "zarar sorumlusunun müzayaka durumunun",

(63) Sebep sorumlusunun kusuruna, onu sorumlu kılan objektif olaya ek olarak ortaya çıktığı için, munzam kusur (zusatzliche Verschulden) denilmektedir.

(64) Oftinger, I, sh.264-265; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, sh. 8; Keller/Gabi, sh.97; Keller/Landman, T.95 a.

(65) Oftinger, I, sh.262-263; Schwarz, sh.147; İmre, agt., sh.205.

(66) Oftinger, I, sh.273; Brehm, Art.44 Nr.67; İmre, agt., sh.205; Becker, Art.44 Nr.11; Tandoğan, Mesuliyet, sh.326.

(67) Bu amaç, Kaynak Kanununun meclis görüşmelerinde "Es soll nicht ein Unglück durch ein anderes Unglück geheilt werden (bir felaket diğer bir felaketle telafi edilmemelidir)" gereğiyle ifade edilmiştir (Oftinger, I, sh.271).

(68) Saymen/Elbir, sh.500-501.

(69) Brehm, Art. 43 Nr.62-69, Art.44 Nr.68; Aynı yazar, L'eten-due, sh.522; Becker, Art.43 Nr.10; Schwarz, sh.147.

BK.m.43 f.I anlamında bir durum ve şart olarak dikkate alınması, yani bu hüküm çerçevesinde bir indirim sebebi gibi uygulanması geçerli değildir. Buna göre, tazminat sorumlusunun zayıf ekonomik durumu, müzayaka seviyesinde olmadıkça bir indirim sebebi sayılmayacaktır. Ayrıca, zarar failinin ağır kusurlu olması halinde, tazminat dolayısıyla müzayaka durumuna düşme söz konusu olsa bile, tazminatta hiç bir indirim yapılmayacaktır (70).

BK.m.44 f. II'de öngörülen indirim sebebinin uygulanması, daha çok, failin hafif kusuruna rağmen tazminatta bir indirim yapılmasının haklı görülmediği kusur sorumlulukları ile sebep sorumluluğu halleri için önem taşımaktadır. Gerçekten, kusur sorumluluğunda zarar failinin hafif kusurlu olması, başlı başına bir indirim sebebidir. Fakat, failin hafif kusuruna rağmen tazminatta bir indirim yapılmasının haklı görülmemesi mümkündür. Keza, sebep sorumluluklarında da, sorumlunun kusurunun olmamasının veya hafif kusurlu bulunmasının bir indirim sebebi olarak gözönünde tutulması, kural olarak söz konusu değildir. İşte bu indirim sebebi, zarar failinin hafif kusurlu olduğu, fakat bu sebeple tazminatta indirim yapılmasının haklı görülmediği kusur sorumluluklarında ve özellikle, sorumlunun munzam kusurunun bulunmadığı veya hafif olduğu sebep sorumluluklarında, sorumlu kişinin tazminat dolayısıyla müzayakaya düşecek olması kaydıyla, geniş ölçüde uygulanabilecektir (71).

BK.m.44 f.II hükmü sosyal düşünce bakımından büyük önem taşımaktadır (72). Zira, modern hayatın gereği olarak çok defa, özellikle fazla varlıklı olmayan kimseler, meselâ ustalar, motorlu araç sürücüleri, her sınıf çalışanlar; hafif ihmalleriyle bazan olağanüstü ağırlıkta zararlara sebep olurlar. Bu arada zarar görenler de, çoğu zaman bunların hizmetinden yararlanan ekonomik durumu iyi kimselerdir. Böyle hallerde,

(70) Brehm, Art.43 Nr.69; Aynı yazar, L'etendue, sh.522-523; im Hof, sh.168.

(71) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.799; Schwarz, sh.147; Oftinger, I, sh.265.

(72) Schwarz, sh.146-147; Tandoğan, Mesuliyet, sh.326; Oftinger, I, sh.273.

zararı tazmin borcu, zarar failini kolayca ekonomik sıkıntıya düşürebilir, hatta bu yönden bir yıkıma dahi uğratabilir. Oysa varlıklı bir zarar gören, zararın tamamen tazmin edilmesinden o kadar etkilenmez. İşte hâkim, tazminat borçlusunu ekonomik yönden bir zarurete veya bir yıkıma düşmekten koruma imkânı veren bu hükümle, borcu, sorumlu için taşınabilir seviyeye indirebilecektir (73).

BK.m.44 f.II' de düzenlenen bu indirim sebebinin taşıdığı önem, bir yönden sorumluluk sigortalarına bağlı bulunmaktadır. Gerçekten, sorumluluk sigortasının toplumda yaygınlaşması oranında, bu indirim sebebi de öneminden kaybedecektir (74).

BK.m.44 f.II hükmü, gerek kusur gerekse sebep sorumluluklarında, hatta, aksine özel bir hüküm bulunmadıkça, değişik özel kanunlarda düzenlenen çeşitli sorumluluklarda uygulanabilecektir. Keza. BK.m.98 f.II uyarınca, akde aykırılıktan doğan zararların tazmininde de, bu indirim sebebinin uygulanması mümkündür (75).

B. BK.m.44 f.II Hükümünün Uygulanma Şartları

1. Zarar failinin ağır kusurunun bulunmaması

Bu hükme dayanarak tazminatta bir indirim yapılabilmesi için, her şeyden önce, zarar failinin zarara sebep olmada ağır kusurunun bulunmaması gerekir. Buna göre, zarar kast veya ağır ihmalle meydana getirildiği takdirde, tazminatta indirim yapılması mümkün değildir. Bu tarzda zarara sebebiyet verenler, müsamahaya layık sayılmamaktadır (76). Şu halde, zarar failinin hafif ya da orta ağırlıkta kusuru bulunduğu durumlarda, BK.m.44 f.II uyarınca tazminatta indirim yapılabilir (77).

(73) İmre, agt., sh.206; Keller,A.,sh.98.

(74) Oftinger,I, sh.272; Keller,A.,sh.98; Keller/Gabi, sh.100.

(75) Oftinger,I, sh.272.

(76) Schwarz, sh.147; Y.4.HD. 13.9.1976 t., E.5787, K.7457 (YKD.,1978, S.5 sh.707-708).

(77) Brehm, Art.44 Nr.69;Keller/Gabi, sh.100;Keller/Landman, T.100; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altöp, sh.798; BGE 100 II 332; 90 II 9; Y.15.HD.,15.5.1975 t., E.2622, K.2627

2. Zarar sorumlusunun tazminat dolayısıyla müzâyaka durumuna düşecek olması

Bu hükümle öngörülen indirim sebebinin uygulanabilmesi için, sorumlu kişinin zararın tamamını tazmin etmesi halinde müzâyaka durumuna düşecek olması da gerekir.

Esas itibariyle, sorumlunun müzâyaka durumuna düşmesini önlemek, maddi hukukun değil, en az seviyede kazancın veya ev eşyalarının haczedilmezliği gibi kurumlarıyla şekli hukukun konusudur (78). Bununla birlikte, bu hüküm ile zarar sorumlusu, şekli hukukun öngördüğü tedbirlere oranla daha fazla korunmuş olmaktadır (79). Gerçekten, borçlunun zaruri eşya ve kazancının haczedilmemesi gibi tedbirler, borçluyu müzâyaka durumuna düşmekten kurtarmak için yeterli olmayabilir.

Müzâyaka durumundan ne anlaşılması gerektiği, hâkimin takdirine (MK.m.4) bırakılmıştır (80). Bununla birlikte, müzâyaka durumunun söz konusu olabilmesi için, sorumlunun, tam tazminat ödemesi halinde sosyal yardıma muhtaç hale düşecek olması şart değildir (81). Buna karşılık, sorumlunun, tazminat borcu dolayısıyla geçici bir ekonomik sıkıntıya maruz kalacak olması, bir müzâyaka durumunun kabulü için yeterli değildir (82). Keza, zarar failinin, zararın tamamını ödemeye mahkum olması halinde, zaruri ihtiyaçları dışında kazancını tasarruf edemeyecek duruma düşecek olması da, müzâyakaya maruz kalma sayılmaz (83). Şu halde, müzâyaka durumunun söz konusu olabilmesi için, zarar sorumlusunun tazminat ödemesi ile fiilen bir ekonomik sıkıntıya düşme tehlikesinin bulunması, yani

(Karahasan, sh.972); 3.HD. 17.9.1962 t., E.7490, K.6668

(Olgaç, 1969, sh.307, Nr.35).

(78) Oftinger, I, sh.273; Keller/Gabi, sh.99; Keller/Landman, T.100.

(79) Keller/Gabi, sh. 99.

(80) Oftinger, I, sh.271; Brehm, Art.44 Nr.71; Keller/Gabi, sh. 100; İmre, agt., sh.206.

(81) Brehm, Art. 44 Nr.71; Oser/Schönenberger, Art.44 Nr.13.

(82) Brehm, Art.44 Nr. 71; Keller/Gabi, sh.100; Keller/Landman, T.100.

(83) Keller/Gabi, sh.100.

tazminat ödemesinin onu ciddi bir müzayakaya sokacağıının kuvvetle beklenir olması gerekir (84).

Sorumlu kişi bir kamu kuruluşu, meselâ bir belediye olduğu takdirde, onun müzayakaya maruz kalmasından söz edilerek tazminatta indirim yapılamaz (85).

Hâkim, sorumlunun zararın tamamını tazmin etmekle müzayaka durumuna düşüp düşmeyeceğinin tesbitinde, MK.m.315' deki "zarurete düşme" kavramı hakkında ortaya konulan ölçülere de başvurabilir. Zira, BK.m.44 f.II'deki müzayaka kavramı Medeni Kanunun söz konusu maddesindeki zaruret kavramıyla aynı anlamı haizdir (86).

3. Hakkaniyet tazminatta indirim yapılmasını gerektirmelidir

Hafif kusurlu sorumlunun tazminat dolayısıyla müzayakaya düşme tehlikesinin bulunması, tazminatta indirim yapılabilmesi için yeterli değildir; hakkaniyet ilkesi de böyle bir indirimi haklı göstermelidir (87).

Hâkim, BK.m.44 f.II'de öngörülen bu indirim sebebini uygularken, zarar görenin ekonomik durumunu da gözönünde bulundurmalıdır. Şayet zarar dolayısıyla zarar gören de müzayakaya maruz kalmış ise veya zaten ekonomik yönden zayıf durumdaysa; tazminat borçlusu zararın tamamını tazmine mahkum edilmesi halinde müzayakaya düşecek olsa bile, tazminatta bir indirim yapılmaması gerekir. Zira, hukukun koruması bakımından zarar gören, zarar failine tercih edilmelidir (88).

(84) Keller/Gabi, sh.100; Brehm, Art.44 Nr.70; BGE 90 II 14 80 II 250; 79 II 355; Y.3.HD. 17.9.1962 t., E.7490, K. 6668; 4.HD. 2.10.1958 t., E.7110, K.6148 (Olgaç, 1969, sh.307, Nr.35, 36).

(85) Tandoğan, Mesuliyet, sh.326.

(86) Von Tuhr/Peter, sh.105 Not 91; Oftinger, I, sh.272; Tandoğan, Mesuliyet, sh.326; Selçuk, sh.1879; Y.9.HD. 24.4.1967 t., E.1709, K.35461: "Müzayaka, Borçlar Kanununun 44. maddesindeki anlamıyla... Medeni Kanunun 315. maddesindeki zaruret anlamına gelir". (Karahasan, sh.973).

(87) Oftinger, I, sh.272.

(88) İm Hof, sh.169-170; Brehm, Art.44 Nr.78; Keller/Gabi, sh.100; Oftinger, I, sh.272; Deschenaux/Tercier, sh.208; Tandoğan, Mesuliyet, sh.326; Keller/Landman, T.100.

Keza, tazminat borçlusunun müzayaka durumu, tazminat ödemesi olmaksızın da söz konusu ise, yani sorumlu zaten ödemede acze düşmüşse, bu takdirde de tazminatta indirim yapılması doğru olmaz. Zira, artık bu durumda yapılacak bir indirim, sadece zarar görenin hacze veya iflas masasına iştiraktaki payını azaltır (89). Esasen, bu indirim sebebinin uygulanmasında, sorumlunun ekonomik sıkıntı içinde bulunması değil, fakat tazminat ödemesinin onu müzayaka durumuna düşürmesi hususu gözönünde tutulacaktır (90).

Yine, zarar görenin, zararın tazmin edilmesi için bir başkasına da başvurma imkânı varsa, bu durumda da tazminatta bir indirime gidilmemelidir. Bu cümleden olarak, zorunlu veya ihtiyari sorumluluk sigortası ya da diğer bir şekilde öngörülmüş bir teminat bulunduğu takdirde; müzayaka durumu, ancak sigortacı vb. tarafından temin edilen meblağ dışındaki kısım için söz konusu olabileceği için, temin edilen kısım dahilinde bir indirim yapılmamalıdır. Zira, meselâ sorumluluk sigortası bulunan zarar faili, başka hiç bir imkânı olmasa da, tam zararı karşılamak için gerekli malvarlığına sahip demektir (91). Şu halde, sorumluluk sigortasının toplumda yaygınlaşması oranında, BK.m.44 f.II'deki indirim sebebi de öneminden kaybedecektir (92).

Keza, tazminat sorumlusunun diğer sorumlulara rücu ederek ödediğini telafi edebileceği oranda, müzayaka durumuna düşme tehlikesi azalacaktır (93). Bununla birlikte, zararın tamamını ödemesi halinde müzayaka durumuna düşecek tazminat borçlusu için, iç ilişkide tanınan rücu hakkı yeterli bir teminat oluşturamaz. Gerçekten, ekonomik sıkıntı içinde bulunan ve zararın tamamını tazmin etmek zorunda kalan bir tazminat

(89) Brehm, Art.44 Nr.73; Keller/Gabi, sh.100; Oftinger, I, sh.271-272; Keller/Landman, T.100; BGE 52 II 451-457.

(90) Keller/Gabi, sh.100.

(91) Brehm, Art.44 Nr.72, Art.43 Nr.68; Oftinger, I, sh.272; Tandoğan, Mesuliyet, sh.326-327; Stark, Nr.377; Keller/Gabi, sh.100; Keller/Landman, T.100.

(92) Oftinger, I, sh.272; Keller/Gabi, sh.100; ayrıca bu hususta geniş bilgi için bkz. Oftinger, I, sh.37 vd.

(93) Keller/Gabi, sh.100; Keller, A., sh.98; BGE 90 II 14. (Oftinger, Bundesgerichtspraxis, sh.250-251).

borçlusu, rücu hakkından yararlanmadan önce müzayaka durumuna veya iflasa düşebilir. Bu bakımdan, BK.m.44 f.II'nin dayandığı hakkaniyet düşüncesine uygun çözüm, rücu hakkının bulunması dolayısıyla tazminatta indirim talebinin mutlaka reddedilmesi değil, fakat zarar sorumlusunun müzayaka veya iflas durumuna düşmesini önleyecek surette kabul edilmesidir (94).

Keza, zarar sorumlusunun mirascıları da BK.m.44 f. II hükmüne dayanamazlar; onlar lehine bu hüküm uygulanarak tazminatta indirim yapılamaz. Zira, onlar için mirası reddetme yolu açıktır (95).

BK.m.44 f.II hükmü ile hâkime, gerek müzayaka durumunun tesbitinde, gerekse indirim miktarının tayininde, MK.m. 4 çerçevesinde, takdir yetkisi tanınıyor. Bu itibarla hâkim, zarar failinin hafif kusuru bulursa ve tazminat borcu dolayısıyla müzayaka durumuna düşme söz konusu olsa dahi, indirim aleyhindeki durum ve şartları gözönünde bulundurarak indirim talebini reddedebilir (96).

Hâkim, BK.m.44 f.II uyarınca, müzayaka durumu dolayısıyla tazminatı indirebilir; fakat, BK.m.44 f.I'de öngörülen hükümden farklı olarak, tazminata hükmetmekten büsbütün vazgeçemez (97). Bununla birlikte, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, tazminat çok cüzi miktara indirilerek aynı amacın sağlanması mümkündür (98).

BK.m.44 f. II hükmüne dayanarak tazminatta indirim yapıldıktan sonra, tazminat borçlusunun ekonomik durumunun düzelmesi mümkündür. Meselâ, tazminat borçlusu miras yoluyla durumunu iyileştirmiş olabilir. Böyle bir durum ortaya çıktığında zarar görene yeni bir talep hakkının tanınıp tanınama-

(94) Gürkanlar, M., Bir Zarara Birlikte Neden Olan Birden Çok Kişinin Sorumluluğu, Ankara 1982, sh.96-97.

(95) Becker, Art. 44 Nr.11 ; BGE 61 II 235.

(96) Brehm, Art. 44 Nr.79.

(97) Becker, Art.43 Nr.10; Funk, F., (Çev. Veldet, H./Selek, C.H.), Borçlar Kanunu Şerhi, I, Umumi Hükümler, m.44 Nr.9.

(98) Selçuk, sh.1882.

yacağı, doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre (99), bu durumda, hakkaniyet gereği olarak yeni bir dava açılmasına, yani indirilmemiş tazminatla indirilmiş tazminat arasındaki farkın talep edilmesine müsaade olunmalıdır. Bizim de katıldığımız çoğunluğu oluşturan yazarlara göre ise (100), BK.m.44 f.II hükmüne dayanılarak tazminatta indirimle hükmedildikten sonra, tazminat borçlusunun ekonomik durumu düzelse bile; yeni bir dava açmasına kanuni bir temel bulunmamaktadır. Yalnız bedensel zararlar da hâkim; BK.m.46 f.II'ye dayanarak, kararını iki yıl içinde gözden geçirme hakkını saklı tutabilir ve bu süre içinde tazminat borçlusunun durumu iyileşirse, talebi üzerine zarar gören lehine yeniden tazminata hükmedebilir. Gerçi, bu indirim sebebi gereğince tazminatta indirimle hükmedilirken, kararın yeniden gözden geçirilme hakkının saklı tutulması ve tazminat borçlusunun ekonomik durumunda düzelse olduğunda da, zarar görenin buna dayanarak tazminat talebinde bulunabilmesi, hakkaniyete uygun bir çözümdür. Ancak, bunun kanuni bir temeli mevcut değildir. BK.m.46 f.II hükmü, sadece bedensel zararlara ilişkin mahkeme kararlarının, saklı tutulmaları halinde yeniden gözden geçirilebileceği ile ilgili istisnai bir hükümdür ve bu sebeple kıyas yoluyla uygulanması mümkün değildir (101). Bu bakımdan, hâkim tazminatı tayin ederken, zarar sorumlusunun ekonomik durumunun düzelse imkânını da gözönünde bulundurmalı ve durumun ileride iyileşme ihtimali varsa, tazminatta indirim yapmaktan kaçınmalıdır (102).

(99) Von Tuhr/Peter, sh.105; Becker, Art.44 Nr.11; Funk, m. 44 Nr.8; Arsebük, sh.148.

(100) Oftinger, I, sh.272; Tandoğan, Mesuliyet, sh.327; Brehm, Art. 44 Nr.77; Oser/Schönenberger, Art.44 Nr.14; Keller/Gabi, sh.100; Gürsoy, sh.366-367.

(101) Oser/Schönenberger, Art. 44 Nr.14.

(102) Brehm, Art. 44 Nr.77; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.800.

§ 9. ZARAR GÖRENE İLİŞKİN İNDİRİM SEBEPLERİ

I. ZARAR GÖRENİN RIZASI (103)

A. Genel Olarak

EK.m.44 f.I hükmüne göre, zarar görenin rızası, fiilin hukuka aykırılığını kaldırmadığı durumlarda (104) bir indirim sebebi teşkil eder (105).

(103) Bir indirim sebebi olarak zarar görenin rızası, bir kısım yazarlarca (meselâ bkz. Haberlin, sh.67-68; Keller/Gabi, sh.99; Keller/Landman, T.99; Tandoğan, Mesuliyet, sh.321), zarar görenin kusuru kavramı içerisinde, bunun özel bir hali olarak incelenmektedir. Buna karşılık diğer bir kısım yazarlar (meselâ bkz. Becker, Art. 44 Nr.1-2; Brehm, Art.44 Nr.6 vd.; Keller, A.,sh.99; Von Tuhır/Peter, sh.419; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.800-801) ise, bu indirim sebebinin zarar görenin kusuru kavramı dışında ele alıyorlar.

Esasen, zarar görenin rızası da, zarar görenin kusuru gibi, tazminatın indirilmesine veya tamamen kaldırılmasına imkân verdiği, yani aynı hukuki sonuca götürdüğü için; bu ayrım çok fazla bir önem taşımaz. Bununla birlikte, bu iki kavram arasında, hukuki nitelik yönünden, uygulamada da dikkate alınması gereken, bir fark vardır. Gerçekten, zarar görenin rızası, hukuki nitelik bakımından tek taraflı bir hukuki işlemdir ki, irade beyanına dayanır. Oysa zarar görenin kusuru, kural olarak (olumlu veya olumsuz) bir fiille, davranışa dayanmaktadır. O halde, zarar görenin rızasında, fiil ehliyeti, geçerlilik şartları gibi hukuki işlemle ilgili esaslar dikkate alınacak; zarar görenin kusurunda ise, kusurla ilgili kurallar kıyasen uygulanacaktır. Halbuki, zarar görenin kusuruna kıyasen uygulanması doktrin ve uygulamada kabul edilmiş bulunan, kusurun dereceleri, türleri, objektif kusur kavramı gibi kusurla ilgili genel kuralların zarar görenin rızasına uygulanması, bunun mahiyetine uymamaktadır. Meselâ, mağdur hastanın ricası üzerine hekimin zehirli ilaç vermesinde, zarar görenin kastından; düelloya razı olmasında, ihtimali kasıttan söz edilmesi (bkz. Schwarz, sh.143), bir hukuki işlem olduğu için, zarar görenin rızası kavramıyla bağdaşmamaktadır. Ayrıca, bir indirim sebebi olarak zarar görenin rızasında, hukuka aykırılık mevcuttur. Buna karşılık, zarar görenin kusurunda, kural olarak hukuka aykırılık unsuru bulunmamaktadır. Bu itibarla, çalışmamızın "zarar görene ilişkin indirim sebepleri" kısmında, zarar görenin rızasını, zarar görenin kusuru kavramından ayırarak incelemeyi tercih ettik.

(104) Maddenin Almanca metninde, rızanın zarara değil, fakat zarar verici fiille ilişkin olması gerektiği belirtilmiştir. Kanunun Fransızca metninde ve bundan iktibas edilmiş olan Borçlar Kanunumuzda bu açıklık yoktur. Fikrimizce, burada rıza, fiille ilişkin anlaşılmalıdır.

(105) Brehm, Art.44 Nr.6-7; Eren, Borçlar, sh.269-270; Tandoğan, Mesuliyet, sh.321; Becker, Art.44 Nr.1; Haberlin, sh.67.

Zarar görenin rızası, hukuki nitelik itibariyle tek taraflı bir hukuki işlem olduğu cihetle; bunun geçerliliği için, fiil ehliyetinin olması, irade sakatlığının bulunmaması ve rızanın hukuka ve ahlâka aykırı olmaması şarttır.(106). Rızadan her zaman rücu etmek mümkündür.

Rıza, zarar meydana gelmeden önce gösterilmiş olmalıdır. Haksız fiilin işlenmesinden sonra zarar gören tarafından rıza gösterilmesi, fiili hukuka aykırı olmaktan çıkarılmaz; bununla birlikte, sonraki rıza tazminat talebinden bir feragat sayılabilir (107).

Zarar görenin zarar verici fiile önceden rıza göstermesi halinde, kural olarak hukuka aykırılık ortadan kalkar. Özellikle, malvarlığı haklarının ihlaline rıza, fiilin hukuka aykırılık niteliğini ortadan kaldırır; böylece zarar faili sorumluluktan kurtulur (108).

Buna karşılık, kişilik haklarına verilecek zarara gösterilen rıza geçersizdir. Kanun, kişilik haklarından vazgeçmeyi kabul etmemiştir (MK.m.23, BK.m.20). Bu cümleden olarak, kişinin, yaşama hakkına veya bedensel bütünlüğüne zarar verici fiillere önceden razı olması, bu fiillerin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz (109).

İşte, zarar görenin rızası, fiilin hukuka aykırılığını kaldırmadığı bütün hallerde bir indirim sebebidir. BK.m.44 f.I hükmü ile, hâkime, zarar görenin rızası dolayısıyla tazminatı indirme veya tazminata hükmetmekten tamamen vazgeçme yetkisi verilmiştir.

(106) Von Tuhr/Peter, sh.419; Stark, Nr.290; Eren, Borçlar, sh. 269-270.

(107) Von Tuhr/Peter, sh.419; Eren, Borçlar, sh.271.

(108) Oser/Schönenberger, Art.44 Nr.2; Von Tuhr/Peter, sh. 419; Eren, Borçlar, sh.270-271; Brehm, Art.41 Nr.63.

(109) Von Tuhr/Peter, sh.419; Brehm, Art.41 Nr.63; Eren, Borçlar, sh.270; Haberlin, sh.67; Tandoğan, Mesuliyet, sh.31-32; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, sh.661-662.

Zarar görenin rızasının hukuka aykırılığı kaldırılması; özellikle yaşama hakkı ile bedensel bütünlüğü ihlal eden fiiller bakımından söz konusudur. Kişinin ölüme rıza göstermesi , her zaman geçersizdir (110). Meselâ, çaresiz ve çok acı veren bir hastalığa yakalanmış bir hastanın kendisine öldürücü iğne yapılmasını istemesi veya buna rıza göstermesi halinde, bu rıza kişilik haklarına aykırı olduğu için, MK. m.23 ve BK. m.20 uyarınca geçersizdir. Bu durumda hekimin müdahalesi, hukuka aykırı bir fiil oluşturur. Aynı şekilde, düello yapılmasına gösterilen rıza da, fiili hukuka aykırılıktan çıkarmaz. Keza, bedensel bütünlüğün ihlaline ilişkin bir rıza da, üstün bir düşünce veya makul bir amaçla haklı görülmedikçe geçersizdir (111)(112). Meselâ: Bir kimse,

(110) Keller/Gabi, sh.99; Eren, Borçlar, sh.270.

(111) Meselâ ameliyatta veya spor karşılaşmalarına katılmakta durum böyledir. Ancak tıbbi müdahale ve ameliyatlarda rızanın hukuka aykırılığı kaldırması için, hekimin hastayı, rızadan önce ameliyat veya müdahalenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterince aydınlatması ve bu konuda gerekli bilgiyi vermesi de gerekir. Ayrıca, ameliyat veya tıbbi müdahalenin gerektirdiği mesleki bilgi, dikkat ve özene uyulmuş olması da şarttır. Keza, spor karşılaşmalarında da, bedensel bütünlüğe verilen zararların hukuka aykırı sayılmaması için, sporun kurallarına uyulmuş olması gerekir (Keller/Gabi, sh.48; Eren, Borçlar, sh.270-271; Tandoğan, Mesuliyet, sh.32; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.662; Y.4.HD.7.3.1977 t., E.6297, K.1977 (Yayınlanmamış)).

(112) Türk Pozitif hukukunda 29.5.1979 t., ve 2238 sayılı, "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun", bu hususta bazı esaslar öngörmüş ve üstün ve makul bir amaç için bazı kişilik haklarının ihlaline rıza göstermenin geçerlilik sınırlarını tesbit etmiştir. Bu Kanunun, "Alınmayacak Organ ve Dokular" kenar başlığını taşıyan 8. maddesinde, organ vericinin hayatını kesin olarak sona erdirecek veya tehlikeye sokacak organ ve dokuların alınması yasaklanmıştır. Kanununun 6. maddesinde de, zarar görenin razi olmasının hukuka aykırılığı kaldırması için gerekli şekil şartları düzenlenmiştir. Kanun bundan başka, 7. maddesinde, tıbbi müdahaleyi yapacak hekimler için, hastaya ayrıntılı olarak bilgi verme ve ameliyat hakkında araştırma yapma yükümlülüğü getirmektedir. Ancak, gösterilen rıza, Kanununun 6. maddesine uygun değilse, hâkim, BK.m.44 f.I uyarınca tazminatı indirmek ya da tamamen kaldırmak yetkisine sahiptir.

Ameliyata rıza göstermenin hukuka aykırılığı kaldırılması bakımından Yargıtay'Dördüncü Hukuk Dairesinin, 7.3.1977 tarih 6297 esas ve 1977 karar no'lu kararında vurgulanan hususlar isabetlidir ve yukarıda belirtilen Kanuni düzenlemede öngörülen esaslara da benzer mahiyettedir: "Hastanın açık ya da zım-

dayanıklılığını göstermek için bir tanıdığından, bütün gücüyle kamına vurmasını istiyor ve fiil sonucunda şiddetli bir iç yaralanmaya maruz kalıyor; yine bir kadın, sakatlanmasına yol açacak kanuna aykırı bir kürtaja razı oluyor (113).

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

Zarar görenin rızası dolayısıyla tazminatın indirilmesi veya tamamen kaldırılması, her somut olaydaki durum ve şartlara göre kabul veya reddedilebilir (114).

Zarar görenin mümeyyiz küçük veya mahcur olması durumunda, rızası geçersiz olduğu için, malvarlığı haklarının ihlalinden doğan zararların tazmininde de, bu rıza, BK.m.44 f.I anlamında indirim sebebi oluşturacaktır (115). Gayrimümeyyiz küçük veya mahcur zarar görenin rızası ise, hiç bir hüküm ifade etmez (MK.m.15). Bununla birlikte, burada, BK.m.54 f.I hükmü kıyasen uygulanabilir ve hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde tazminat indirilir (116).

B. Medeni Kanununun 24. Maddesine, 4.5.1988 Tarih ve 3444 Sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikten Sonraki Durum (x)

Medeni Kanunumuzun 4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunla değişik 24. maddesinin 2. fıkrasında, kişilik haklarının ihlali bakımından bazı hukuka uygunluk sebepleri öngörülmüştür. Bu hükümde, kişilik haklarının ihlalini hukuka aykırı-

ni rızasının hukuksal yönden geçerli olabilmesi için, o kişinin sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bütün ayrıntıları ile bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması, iradesini baskı altında açıklamaması gerekir." (Yayınlanmamış).

(113) Keller/Gabi, sh.99; Eren, Borçlar, sh.270; Brehm, Art.44 Nr.7; Von Tuhr/Peter, sh.419; İnan, sh.258.

(114) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.800-801.

(115) Karahasan, sh.964; Selçuk, sh.1869; Y.4.HD. 21.5.1975 t., E.3055, K.6579 (Karahasan, sh.964); Karş. 4.HD.17.11.1977 t., E.567, K.11141 (Karahasan, sh.964).

(116) Oftinger, I, sh.271; Tandoğan, Mesuliyet, sh.325; Schwarz, sh.146; Selçuk, sh.1869.

(x) Medeni Kanunumuzdaki anılan değişiklik Tez'in yazılması bittikten sonra gerçekleştiği için, bu değişiklikte getirilen yeni hüküm, ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

lıktan çıkaran bazı durumlar , bu arada zarar görenin rızası olumsuz bir biçimde ifade edilmiştir. Buna göre; " şahsiyet hakkı ihlal edilenin rızasına... dayanmayan her tecavüz hukuka aykırıdır."(117) .

Bu hükümden, ilk bakışta, kişilik haklarına zarar görenin rızasının geçerli olduğu, yani rıza ile bu ihlalin hukuka uygun hale geldiği, dolayısıyla tazminat sorumluluğunun tamamen ortadan kalkacağı anlamı çıkmaktadır. Bununla birlikte, bu hükümden böyle geniş bir anlamın çıkarılması söz konusu olamaz. Özellikle yaşama ve sağlık hakkı ile bedensel bütünlüğün ihlaline rızanın, mutlak bir hukuka uygunluk sebebi sayılması mümkün değildir. Bu bakımdan, kanaatimizce, söz konusu değişikliğe rağmen; özellikle, maddi kişilik hakları da denilen yaşama ve sağlık hakkı ile bedensel bütünlüğün ihlaline rıza, kural olarak yine geçersiz sayılacak ve ancak EK.m.44 f.I uyarınca, tazminatın tayininde bir indirim sebebi olarak uygulanabilecektir. Bu sonuca, konuyu bir kaç yönden ele alarak varmak mümkündür:

1. Medeni Kanununun 24. maddesinde yapılan bu değişiklikte Kanun koyucunun amacının, İsviçre Medeni Kanununun bu hükmü karşılayan 28. maddesinde yapılan değişikliğe paralel bir düzenleme yapılması olduğu, gerek Kanun gerekçesinde, gerekse ilgili Kanunun Meclis müzakerelerinde vurgulanmıştır (118). Oysa, MK.m.24 f.II hükmü alınırken İMK. m.28 f.II

(117) MK. değişik m.24 f.II hükmünün tamamı aynen şöyledir: "Şahsiyet hakkı ihlal edilenin rızasına veya üstün nitelikte bir özel ya da kamu yararına veya kanunun verdiği bir yetkiye dayanmayan her tecavüz hukuka aykırıdır."

Medeni Kanunumuzun 28. maddesini karşılayan İsviçre Medeni Kanununun 28. maddesi, 1 Temmuz 1985 te yürürlüğe giren bir Kanunla değiştirilmiş idi. 4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunla 24. maddede bu değişikliğe paralel bir düzenleme yapılması amaçlanmıştır (Bu hususta bkz. ilgili Kanun gerekçesi, TBMM 18. Dönem S. Sayısı:25, 1/392).

İsviçre Medeni Kanununun, MK.m.24 f.II hükmünü karşılayan m.28 f.II hükmü aynen şöyledir: "Bir ihlal, mağdurun rızası veya üstün bir özel menfaat veya kamu yararı ya da kanunla haklı gösterilmedikçe, hukuka aykırıdır."

(118) Bu hususta bkz. ilgili Kanun gerekçelerini içeren 1/392 no'lu rapor (TBMM 18.Dönem, S. Sayısı:25) ve TBMM 4.5.1988 tarihli 64. Birleşimin tutanakları, özellikle Adalet Bakanı M.Oltan Sungurlu'nun Hükümet adına yaptığı konuşma (Yayınlanmamış ilgili Tutanaklar, sh.74-79, 132 vd.).

hükümü yanlış tercüme edilmiştir. Gerçekten, İMK. nun 28. madde 2. fıkrasındaki " Bir ihlal, mağdurun rızası ... ile haklı gösterilmedikçe hukuka aykırıdır" ifadesi, "... zarar görenin rızasına ... dayanmadıkça her tecavüz hukuka aykırıdır" şeklinde tercüme edilmiştir. Bu iki ifade arasında büyük farklılık olduğu açıktır. Zira, Kaynak Kanununun ilgili hükmünden, ihlalin, ancak zarar görenin rızasının haklı gösterdiği durumlarda hukuka uygun hale geleceği, aksi takdirde geçersiz sayılacağı, anlamı çıkmaktadır. Buna göre; ihlali hukuka aykırı olmaktan çıkaran rızalar olduğu gibi, ihlali hukuka aykırı olmaktan çıkarmayıp, sadece bir indirim sebebi oluşturan rızalar da vardır. Buna karşılık, Medeni Kanunumuzun değişik 24. maddesinin 2. fıkrasında, "muhalif-mefhumuyla" zarar görenin kişilik haklarının ihlaline rızasının, kesin olarak hukuka aykırılığı kaldıracağı anlamını veren mutlak bir ifade kullanılmıştır. Bu hüküm, Kanun Koyucunun İMK. m.28 f.II hükmüne paralel bir düzenleme getirme amacı da gözönünde bulundurularak, Kaynak Kanundaki gibi yorumlanmalıdır. Bu bakımdan, zarar görenin rızasının haklı gösterdiği durumlarda, kişilik haklarının ihlaline rıza geçerli sayılmalıdır.

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

Esasen, bu anlamda, söz konusu düzenleme ile, doktrin ve uygulamada benimsenmiş olan (119) ve bazı özel kanunlarda

(119) Bkz. yukarıda § 9, I, A.

da (120) kabul edilmiş bulunan, sadece ameliyat, organ nakli ve spor faaliyetleri gibi üstün bir düşünce ve makul bir amaç için ağır bedensel zararlara rıza göstermenin geçerli sayılacağı ilkesine dayanak olacak genel bir pozitif hukuk kuralı öngörülmüş olmaktadır.

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

3. Kaldı ki; Borçlar Kanununun 45. ve 46. maddelerinde, yaşama hakkının ve bedensel bütünlüğün ihlalinde doğan tazminat hakları özel hüküm olarak düzenlenmiştir. Keza, aynı Kanunun 44. madde 1. fıkrasının 1. cümlesinde de zarar görenin rızası bir indirim sebebi olarak öngörülmüştür. Anılan değişikliklerle birlikte bu hükümlerin, özellikle BK.m.44 f.I c.1 hükmünün aynen korunması da; MK.m.24 f.II' deki yeni hükümle, zarar görenin kişilik haklarının ihlaline rızasının mutlak anlamda geçerli olmasının amaçlanmadığını göstermektedir.

4. Kişilik haklarını üç grupta incelemek mümkündür (121):

a) Yaşama hakkı, bedensel bütünlük ve sağlık hakkı gibi maddi kişilik hakları;

b) Mürriyet, ticari itibar, şeref ve haysiyet gibi sosyal kişilik hakları;

c) isim, resim gibi duygusal kişilik hakları.

(120) Meselâ bkz. 29.5.1979 tarih ve 2238 sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun", m.7-9 (RG. 3.6. 1979 t. 16655 S.); 24.5.1983 tarih ve 2827 sayılı "Nüfus Planlaması Hakkında Kanun", m.4,5 (RG. 27.5.1983 t., 18059 S.).

(121) Bu hususta bkz. Eren, Borçlar, sh.172; Karş. Özsunay, E., Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 3. Baskı, İstanbul, 1977, sh.105 vd.; Zevkliler, A., Medeni Hukuk, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Diyarbakır, 1986, sh.330 vd.

Kanaatimizce, Medeni Kanunun değişik 24. madde 2. fıkrasında sözü edilen, zarar görenin ihlaline rızasının geçerli olduğu kişilik hakları, daha çok sosyal ve duygusal kişilik haklarıdır. Nitekim, anılan Kanun hükmünün TBMM'ndeki müzakerelerinde de, gerek Hükümet adına konuşan adalet Bakanı, gerekse diğer üyeler; daha çok, şeref ve haysiyetin basın hürriyetinin kötüye kullanılması suretiyle ihlalinin önlenmesi gereği üzerinde durmuşlardır (122).

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

Şu halde, MK.m.24 f.II'de getirilen yeni hüküm ile, Medeni Kanunumuzun özellikle maddi kişilik haklarının korunmasıyla ilgili sisteminde, esas itibariyle bir değişiklik yapılmamaktadır: Maddi kişilik haklarının ihlaline rıza, kural olarak geçersizdir; rızanın hukuka aykırılığı kaldırması istisnai durumlarda söz konusudur. Buna göre, yaşama hakkının ihlaline rıza, her zaman geçersizdir. Sağlık hakkı ile bedensel bütünlüğün ihlaline rıza ise, üstün bir düşünce veya makul bir amaç haklı göstermedikçe hukuka aykırılığı kaldırmayacaktır. Bu itibarla, MK.nun değişik m.24 f.II hükmüne rağmen, yaşama ve sağlık hakkı ile bedensel bütünlüğü ihlal eden fiillere zarar görenin rızası, kural olarak BK.m.44 f.I uyarınca indirim sebebi teşkil edecektir.

(122) Bkz. TBMM'nin 4.5.1988 tarihli 64. Birleşiminin tutanakları (Yayınlanmamış), sh.74 vd.
(122a) Karş. Raschein, sh.193-194.

C. Zarar Tehlikesini Göze Almak

Haksız fiilin meydana getirdiği zarar tehlikesinden kaçınması mümkün olan zarar görenin, bunu yapmayıp kendisini bu tehlikeye maruz bırakması halinde, "zarar tehlikesini göze alma" durumu söz konusu olur (123). Buna, Alman hukukunda "Handeln auf eigene Gefahr", Fransız hukukunda ise -tamamen aynı anlama gelmemekle birlikte- "acceptation de risque" denilmektedir. Bedensel zararlara maruz kalınmasına zımni rızayı kapsayan bu durumun bulunması halinde de, hükmedilecek tazminatta BK.m.44 f.I uyarınca indirim yapılması gerekir (124).

Yüksek zarar tehlikesini göze alma durumu, daha çok spor kazalarında söz konusu olur. Kişi, sert beden mücadelesine dayanan boks, güreş, Tekwan - do, futbol gibi spor alanlarında karşılaşmalara katılmakla; oyunun kuralları içinde kalınması kaydıyla, bedensel zararlara zımnen rıza göstermiş olur (125). Gerçekten, bir spor karşılaşmasında yaralanma vuku bulduğunda; - özellikle sporcuları koruma amacı güden - spor kurallarına uyulmuş ise, hiç bir hukuka aykırı fiil söz konusu olmaz, dolayısıyla herhangi bir tazminat yükümlülüğü de doğmaz (126)(127). Buna karşılık, zarar faili, oyunda söz konusu kurallara kusurlu olarak uymamışsa, bu durumda meydana gelen zarar için, BK.m.41 f.I uyarınca sorumlu olur. Ancak, bu durumda zarar görenin, diğer oyuncuların spor kurallarını ihlal edebileceğini hesaba katması gerektiği için; bedensel zarar tehlikesini göze alması dolayısıyla, zarar gö-

(123) Brehm, Art.44 Nr.9, Art.41, Nr.63 ; Stark, Nr.320, 293; Keller/Gabi, sh.98; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 808; Eren, Borçlar, sh.271; BGE 104 II 187 vd.

(124) Oftinger, I, sh.161; Brehm, Art.44 Nr.13; Keller/Gabi, sh. 98; Stark, Nr.322; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 808; BGE II 187 vd.; Tehlikeli olarak bilinen bir dağ

tırmanma müsabakasına katılan ve kılavuzun hafif ihmali yüzünden ağır bir yaralanmaya maruz kalan zarar görenin, tehlikeyi göze alması dikkate alınarak; tazminatta, % 25 civarında indirim yapılması uygundur.

(125) Brehm, Art.44 Nr.9; Stark, Nr.322; Eren, Borçlar, sh.271; Saymen/Elbir, sh.502.

(126) Yalnız bu kuralların BK.m.19 ve 20 ile uyum içinde olması gerekir.(Brehm, Art.44 Nr.12).

(127) Brehm, Art.44 Nr.12; Stark, Nr.322.

rene verilecek tazminat, BK.m.44 f.I çerçevesinde indirilir (128). Zarar failinin kusuru ne kadar hafifse, tehlikeyi göze alma dolayısıyla tazminatta indirim o ölçüde fazla yapılır. Ancak, bedensel zarar, ağır kusurlu olarak oyun kurallarının ihlalinin doğmuşsa, bu durumda tazminatta bir indirime gidilmemeli ve özellikle zarar görenin hiç bir kusuru olmayıp, zarar failinin kasıtlı bulunduğu durumlarda, tam tazminata hükmedilmelidir (129).

Zarar görenin bedensel zarar tehlikesini göze alması dolayısıyla tazminatta indirim yapılması, spor kazaları dışında, hareket aynı zamanda birlikte kusur oluşturmadıkça, doktrinde kabul edilmemektedir (130). Gerçi, çok az bir masraf veya küçük bir tedbirle, büyük bir tehlikeyi önemli ölçüde önleyebilecek olan fakat bundan kaçınan zarar görenin, kendi kusuru olmasa da, tazminatta bir indirim yapılmasına katlanması gerektiği düşünülebilir. Ancak, bir tehlikeyi göze alma, aynı zamanda zarar görenin kusuru olarak takdir edilemiyorsa, sırf genel kaza tehlikesi bulunduğundan dolayı, tazminat sorumluluğunu azaltmak doğru olmaz. Zira, hiç kimse-den, varlığına yönelik hukuka aykırı hareketlerin genel tehlikelerine karşı tedbir alması istenemez. Böyle bir durum, ancak, BK.m.43 f.I anlamında bir durum ve şart sayılarak, indirime esas alınabilir (131). Buna karşılık, normalin üstünde bir kaza tehlikesine rağmen, uygun tedbirleri almayarak kendini tehlikeye maruz bırakan zarar gören, aynı zamanda birlikte kusurlu sayılır (132). Gerçekten, meselâ, kayak yapılan ve kayakçıların her an kayıp geçebilecekleri bir yerde dururken bir kayakçının çarpması yüzünden yaralanan kişinin, yüksek kaza tehlikesini hesaba katması gerekir (133).

(128) Brehm, Art. 44 Nr.13; Stark, Nr.322; BGE 104 II 187 vd.

(129) Brehm, Art. 44 Nr.13.

(130) Brehm, Art. 44 Nr.14; Oftinger, I, sh.161.

(131) Brehm, Art.44 Nr.14-15.

(132) Brehm, Art.44 Nr.15; Stark, Nr.320.

(133) Misaldeki olaya benzer konulu bir Federal Mahkeme kararı için bkz. BGE 82 II 25 vd. (Oftinger, Bundesgerichtspraxis, sh.289-290, Nr.106, 4.).

Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi de, içkili veya çok yor-
gun ya da ehliyetsiz olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği
bir sürücü tarafından kullanılan bir taşıta binerek, norma-
lin üstünde bir tehlikeyi göze alan zarar görenin, bu hare-
ketini, her defasında birlikte kusur olarak takdir etmiştir
(134). Yargıtayımızın içtihadı da aynı yöndedir (135).

II. ZARAR GÖRENİN KUSURU

A. Kavram

Zarar görenin kusuru, BK.m.44 f.I'in en önemli uygu-
lanma durumunu oluşturur (136). BK.m.44 f.I gereğince, zara-
rın meydana gelmesinde, zarar verici fiil veya olay yanında,
kısmen zarar görenin kusuru da etkili olmuşsa, tazminat
indirilir (137). Eğer, zarar görenin kusuru, zarar verici
fiil veya olay ile zarar arasındaki illiyet bağıını kesecek
yoğunlukta bulunuyorsa, bu takdirde, hiç bir tazminat sorum-

(134) Bu hususta özellikle bkz. BGE 84 II 296 (1/3 indirim);
Ayrıca bkz. 91 II 221 (1/3 indirim); 79 II 397 vd.

(1/4 indirim); 58 II 139 (1/4 indirim); 40 II 279 (1/2
indirim): Bu karara konu olan olayda, aracın hareketin-
den önce sürücünün alkol aldığı hususunda dikkati çekildiği
ve başka bir araba ile yolculuk yapması tavsiye edildiği hal-
de, zarar gören yolcu, yolculuk yapmakta ısrar etmiştir.

(135) "Yolcu taşımaya elverişli olmayan araca binmek, BK,m
44 anlamında müterafık kusur sayılır": Y.15. HD.8.1.1975, t.,
E.1515, K.65 (Karahasan, sh.1016); Ehliyeti olmayan acemi
sürücüler'e görev verilmesi ve bunun sonucu olarak kamyonca ha-
sar meydana gelmesi olayında, istihdam edenin birlikte kusuru
vardır: 3.HD.22.11.1962 t., E.10698, K.8930 (Olgaç, 1969, sh.
302, Nr.18); Sarhoş sürücünün arabasına binmek birlikte kusur
oluşturur: 4.HD. 13.11.1984 t., E.1984/7485, K.8373 (Yayınlan-
mamış).

(136) Brehm, Art.44 Nr.16; Keller/Gabi, sh.97.

(137) Kaynak Kanununun m.44 f.I hükmü, eski İBK. nun 51. m. 2.
fıkrasında düzenlenmişti. Yalnız, eski İBK. m.51 f.II'de zarar
görenin birlikte kusurundan bahsedilmesine karşılık, Kaynak
Kanununun söz konusu hükmünde daha geniş bir ifade ile "zarar
görenin sorumlu olduğu durum ve şartlar" dan söz edilmekte-
dir. Bununla birlikte, İsviçre Kanun Koyucusunun, bununla eski
Kanun hükmünden farklı bir amaç taşımadığı, İBK. m.41 anlamın-
daki kusurdan farklı olduğunu vurgulamak için genel bir ifade-
yi tercih ettiği, İsviçre hukuk doktrininde kabul edilmekte-
dir (Bu hususta bkz. Von Tuhr/Peter, sh.108, Oser/Schönenberger,
Art. 44 Nr.1; Karş. Haberlin, sh.79-80). Bu ifadeyle her
şeyden önce, zarar görenin kusuru kastedilmektedir (Keller/
Gabi, sh.97; Keller/Landman, T.98).

luluğu söz konusu olmaz (138).

Sorumluluğun kusur veya sebep sorumluluğu olması ya da özel kanunlarda düzenlenmiş bulunması, zarar görenin kusurunun bir indirim sebebi olarak gözönünde tutulması bakımından bir farklılık teşkil etmez (139).

Zarar görenin kusuru, teknik anlamda bir kusur değildir. Zira kusur, bir kimsenin başkasına zarar veren kınanabilir bir davranışı, daha doğrusu bu davranışın hukuki niteliğidir. Zarar görenin kusurunda ise, zarar bizzat kusur sahibine aittir. Ve üçüncü kişilerin tazminat sorumluluğunu sonuç verecek davranışlarına karşı, kişinin kendini korumasını gerektiren genel bir hukuk ödevi yoktur. Bu itibarla, zarar görenin kusuru sayılan bir davranışta, kural olarak hukuka aykırılık unsuru mevcut değildir (140). Bununla birlikte, kimsenin kendini zarardan koruma ödevi bulunmadığı, mutlak bir şekilde ifade edilemez. Gerçekten, doktrin ve uygulamada, zarar görenin zararın artmasına mani olma yahut kısaca zararı azaltma ödevinin bulunduğu kabul edilmektedir (141). Meselâ, aracının hasara uğraması halinde, zarar görenin onu tamir ettirmeyi ihmal etmesi veya yangın başlangıcında itfaiyeye haber verilmemesi, bu ödevin ihlalidir. Keza, zararın olumsuz sonuçlarını azaltabilecek bir tedavi veya ameliyata razı olma ödevi de bu cümledendir (142).

Zarar görenin kusurunun indirim sebebi sayılması, dürüstlük ilkesine (MK.m.2) ve dolayısıyla ahlâki bir değer hükmüne dayanmaktadır. Buna göre, zarara uğramamak için gerek-

(138) Oftinger, I, sh.157; Tandoğan, Mesuliyet, sh.318; İm Hof, sh.199; Keller/Gabi, sh.98; Keller/Landman, T.98.

(139) Oftinger, I, sh.266.

(140) Oftinger, I, sh.158, 266; Von Tuhr/Peter, sh.108; Brehm, Art.44 Nr.18; Deschenaux/Tercier, sh.57; Haberlin, sh.55; Schwarz, sh.143; Gürsoy, sh.364-365; Arsebük, sh.142; Koziol, H., Österreichisches Haftpflichtrecht, Band. I, Allgemeiner Teil, Wien, 1973, sh.183-184; İm Hof, sh.205.

(141) Oftinger, I, sh.159, 266; Von Tuhr/Peter, sh.112-113; Keller/Gabi, sh.98; Keller/Landman, T.98; Tandoğan, Mesuliyet, sh.319; Eren, Borçlar, sh.224; İnan, sh.336; Koziol, sh.203, 205; Haberlin, sh.57-59; Arsebük, sh.142, 144.

(142) Von Tuhr/Peter, sh.112-113; Koziol, sh.203; Becker, Art. 44 Nr.5; Haberlin, sh.72-73.

li özeni göstermeyen veya zarar doğduktan sonra bunun artması için çaba harcamayan kimse, bu davranışının sonuçlarına katlanmalı ve bu davranışının zararın ortaya çıkmasına sebep olduğu oranda zararı üzerine almalıdır. Bir kimsenin kendi ihmali ve kusurunun sonuçlarına bizzat katlanmasından daha tabii bir şey yoktur (143). Gerçekten, kişinin kendi kusuruyla doğmasına veya artmasına sebep olduğu zararın ödettirilmesini istemesi, MK.m.2'de öngörülen dürüstlük ilkesine aykırı olur ki, bu da kendi kusurundan yararlanmak anlamına gelir. (144) (145).

Zarar görenin kusurunun, tazminatta indirim sebebi kabul edilmesi, dürüstlük ilkesine olduğu kadar, sosyal düşünceye ve kamu yararına da uygun düşmektedir. Gerçekten, kamu yararı, bir malın elden geldiği kadar zarardan korunmasını gerektirir. Kanun, sorumlunun bütün zararı tazmin etmekle yükümlü olacağını mutlak bir şekilde ifade etmiş olsaydı, hayatın devamı için gerekli şeylerin zarardan korunması için gerekli tedbirlerin ihmaline yol açmış olurdu. Bu ise, kamu yararına ve sosyal düşünceye aykırı düşerdi (146).

(143) Oftinger, I, sh.159,161; Tandoğan, Mesuliyet, sh.319; İnan, sh.336; Eren, Borçlar, sh. 224; Aynı yazar, Uygun İlliyet Bağı, sh.190; Arsebük, sh.142, 144.

(144) Kimse kendi kusurundan yararlanamaz: Y.4.HD. 13.3.1985 t. E.9973, K.2112 (YKD.1985, S.7 sh.978); 4.HD. 30.4.1984 t. E.3198, K.3471 (YKD.1984, S.7 sh.1028-1029); 4.HD. 26.2.1979 t., E.5666, K.2516 (YKD.,1980, S.1 sh.35-38); Ürünlerin sulanmamasıyla gerçekleşen zararı, zarar görenin, nasıl olsa işleyenden alabileceği düşüncesiyle giderilmesine çalışmamış olması, dürüstlük kuralına aykırı düşer: 4.HD. 16.9.1965 t., E.9858, K.4199 (Karahasan, sh.1020).

(145) Haberlin (sh.57-59), zarar görenin kusuru sayılan bir davranışın hukuk düzenince kınanmasını ve dolayısıyla bir indirim sebebi oluşturmamasını, hukuka aykırılık yerine, "düzene aykırılık (Ordnungswidrigkeit)" unsuruna dayandırmaktadır. Buna göre, zarar görenin kusuru, düzene aykırı bir iradeyi içerdiği ve düzeni ihlal ettiği için kınanacaktır. Hukuka aykırılık, pozitif hukuktaki davranış kurallarının ihlaliyle ortaya çıkar; düzene aykırılık ise, "iyi bir aile babasının" davranış tarzından ayrılınması halinde söz konusu olur. Esasen, zarar görenin kusurunda hukuk düzenince kınanan husus, mağdurun kendine zarar verici davranışı değil; bu davranışına rağmen tam tazminat istemesidir (Tandoğan, Mesuliyet, sh.319 Not.11).

(146) Von Tuhr/Peter, sh.108; Arsebük, sh.142, 144.

Zarar görenin kusurunun bir indirim sebebi veya tazminat sorumluluğundan kurtulma sebebi oluşturduğu durumlarda, zarar görenin kusuru deyimi yerine, birlikte (müterafık) kusur deyimi de kullanılmaktadır. Her iki durum için, zarar görenin kusuru deyimi tercih edilmelidir. Zira, bir defa, zarar görenin kusurunun illiyet bağına kestiği durumlarda; bu kusur, yalnız başına zararın sebebi sayıldığından, birlikte kusurdan söz edilemez. Diğer taraftan, birlikte kusur deyimi, yalnız kusur sorumluluklarında kullanılabilir; sebep sorumluluğu hallerinde kullanılmaz. Zira, sebep sorumluluğunda, sorumluluğun doğması için kusurun mevcut olup olmaması bir önem taşımaz. Zarar sorumlusunun kusurunun aranmadığı hallerde, zarar görenin kusuruna birlikte kusur denilmesine gerek yoktur (147)(148).

Doktrinde kabul edilen tanıma göre; zarar görenin kusuru, orta zekalı, normal ve makul bir insanın kendi menfaati gereği zarara uğramamak için kaçınacağı veya kaçınması gereken davranış tarzıdır (149). Başka bir ifadeyle, zarar görenin, üçüncü kişilere yöneltilmiş olsaydı ona sorumluluk isnat edilmesine sebep olacak olan davranışı, zarar görenin kusuru olarak kabul edilir (150).

Zarar görenin kusuru, gerçek anlamda bir kusur olmakla birlikte, hukuka aykırılık unsuru dışında, teknik anlamda kusura, her hususta benzerlik göstermektedir (151). Gerçek-

(147) Bu yüzden biz incelememizde, zarar görenin kusuru deyimini kullanmayı tercih etmekteyiz. Ancak, bazan, zarar görenin kusuru ifadesinin cümle yapısına uymadığı yerlerde (fakat yalnız kusur sorumluluklarına ilişkin olmak üzere), birlikte kusur deyimini kullanmaktayız. Doktrinde, zarar görenin kusuru deyimi karşılığı olarak "birlikte sebep olma", "müterafık sebep olma" deyimlerini kullanan yazarlar da vardır (Bkz. meselâ, Tekinay, Destek, sh.206; Saymen/Elbir, sh.501).

(148) Oftinger, I, sh.265 Not 16; Tandoğan, Mesuliyet, sh.319; İnan, sh.336; Eren, Borçlar, sh.244.

(149) Von Tuhr/Peter, sh.108; Tandoğan, Mesuliyet, sh.319; İnan, sh.336; Eren, Borçlar, sh.244; Y.4.HD. 12.4.1979 t., E.1978/8915, K.4956 (YKD., 1979, S.9 sh.1275).

(150) Koziol, sh.183; Eren, Borçlar, sh.244; Tandoğan, Mesuliyet, sh.320.

(151) Haberlin, sh.57; Oftinger, I, sh.158-159; Tandoğan, Mesuliyet, sh.319-320;

T. C.

Yükseköğretim Kurulu
Dokümantasyon Merkezi

ten, zarar gören, fail durumunda bulunsaydı, davranışı gerçek anlamda kusur oluşturacaktı (152). Zarar görenin kendisi için zararlı davranışının kusurlu olarak nitelendirilmesi, gerçek anlamda kusura ilişkin kuralların, zarar görenin kusuruna da kıyasen uygulanmasını mümkün kılar (153). Bu cümleden olarak, gerçek anlamda kusurda olduğu gibi, zarar görenin kusurunda da, zarar görenin hareketi ile zarar arasında uygun illiyet bağı aranacaktır.(154). Keza, kusurun türleri ve dereceleri hakkında genel olarak kabul edilen kavram ve esaslar, zarar görenin kusuru bakımından da geçerlidir (155). Gerçekten, zarar görenin kusurunda da, ağır ve hafif kusur ile kast ve ihmâl ayrımlarına yer verilir (156). Zarar gören, zararlı sonucu önceden tasavvur ve arzu etmişse, kast vardır. Meselâ, zarar görenin intihar etmek amacıyla kendini bir motorlu aracın altına atması sonucu ölmesinde veya sakatlanmasında, kasıtlı fiili söz konusudur. Zarar görenin kusuruna kast şeklinde nadiren rastlanır. Zarar görenin, zararlı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucu önlemek için durumun gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemesi halinde, ihmâli bir fiili söz konusu olur. Meselâ, dikkatsiz bir şekilde caddede karşıdan karşıya geçerken trafik kazasında yaralanan kimse, ihmâli bir harekette bulunmuştur. Zarar görenin ihma-

(152) Tandoğan, Mesuliyet, sh.319-320; Eren, Borçlar, sh.244.

(153) Oftinger, I, sh.158-159; Brehm, Art.44 Nr.18; Tandoğan, Mesuliyet, sh.319-320; İnan, sh.336.

(154) Haberlin, sh.56; İm Hof, sh.199; Oftinger, I, sh.266; Brehm, Art.44 Nr.19; BGE 101 II 257-265; Y.HGK. 22.2. 1984 t., E.4-652, K.132 (YKD., 1984, S.9 sh.1336); 4.HD. 12.4.1979 t., E.8915, K.4956 (YKD.1979, S.9 sh.1276); 4.HD. 31.3.1959 t., E.5331, K.2812 (Olgaç, 1969, sh.295, Nr.2).

(155) Oftinger, I, sh.160 vd.; Brehm, Art. 44 Nr.18; Tandoğan, Mesuliyet, sh.320; Eren, Borçlar, sh.244-245; Schwarz, sh.143.

(156) İsviçre hukukunda, gerçek kusurda olduğu gibi, zarar görenin kusurunda da, hafif kusur ve ağır kusur arasında bir de orta ağırlıkta kusur ya da orta kusur kavramına yer verilmektedir (Brehm, Art.43 Nr.79; Aynı yazar, Umfang, sh.3). Bu ayırım, hâkime daha geniş bir takdir alanı tanımak bakımından isabetlidir. Mesela, sorumlu kişinin tehlike sorumluluğuna tabi olması halinde, zarar görenin hafif kusuru tazminatta indirim yapılmasını haklı göstermez ise de, orta ağırlıkta kusur bunu sağlayabilir.

li de, ağır ihmâl ve hafif ihmâl olmak üzere ikiye ayrılır (157).

Zarar görenin kusurunda da gerçek anlamda kusurda olduğu gibi, objektifleştirilmiş ihmâl kavramı geçerlidir (158). Buna göre, zarar görenin kusuru değerlendirilirken, zarar görenin mensup olduğu çevredeki normal ve makul bir insanın benzer durum ve şartlar altında zararın doğmaması veya artmaması için alacağı tedbir ve göstereceği dikkat esas alınacaktır (159). Başka bir ifadeyle, zarar görenin ihmâlinin de ölçüsünü, "mücerret bir tipin", dikkatli ve makul bir insanın, Roma hukukundaki "iyi bir aile babasının" davranış tarzı oluşturmaktadır (160). Buna objektifleştirilmiş birlikte kusur da denilmektedir. Objektifleştirilmiş birlikte kusur ölçüsü, objektif ihmâl kavramına ilişkin esasların, burada da kıyasen uygulanmasını mümkün kılar (161). Burada, zarar görenin yeterli olmayan kavrama yeteneği gibi sübjektif durumlar gözönünde tutulmaz. Bununla birlikte, gerçek anlamda kusurda olduğu gibi, zarar görenin kusurunda da, istenilen dikkat ve özenin derecesi somut olaydaki durum ve şartlara göre takdir olunur. Buna göre, zarar görenin ihmâli objektifleştirilirken onun kültür, yaş, cinsiyet ve meslek yönünden mensup olduğu çevredeki normal, makul ve ortalama zeka yeteneğine sahip bir insanın davranışı ölçü alınacaktır. Makul ve normal insan tipi ölçü alınırken, yer, zaman, iklim gibi objektif şartlar da dikkate alınmalıdır. Buna karşılık, yorgunluk, dalgınlık, üzüntü, uykusuzluk gibi sübjektif durumlar gözönünde tutulmaz (162). Objek-

-
- (157) Geniş bilgi için bkz. yukarıda § 4, V, B, sh.33 vd.; ayrıca bkz. Oftinger, I, sh.160 vd.; Tandoğan, Mesuliyet, sh.45 vd.; Eren, Borçlar, sh.241 vd.,
- (158) Objektifleştirilmiş ihmâl kavramı hakkında bkz. yukarıda § 4, V, C, sh.36 vd.; Ayrıca geniş bilgi için bkz. Oftinger, I, sh.142 vd., 160; Tandoğan, Mesuliyet, sh.50 vd.
- (159) Oftinger, I, sh.266-267; Von Tuhr/Peter, sh.109 Not 9a; Eren, Borçlar, sh.245; Deschenaux/Tercier, sh.58-59.
- (160) Oftinger, I, sh.160; Von Tuhr/Peter, sh.109; Eren, Borçlar, sh.245; Tandoğan, Mesuliyet, sh.320.
- (161) Oftinger, I, sh.160.
- (162) Oftinger, I, sh.162, 266-267; Eren, Borçlar, sh.245.

tifleştirilmiş birlikte kusurun temelini ve sınırlarını da, keza dürüstlük ilkesi (MK.m.2) teşkil etmektedir (163).

Bununla birlikte, zarar gören, mesleği itibariyle zararı doğuran tehlikeye alışık veya kendisini ya da başkasını tehlikeden kurtarmak için ani karar vermek durumundaysa, zararın meydana gelmesindeki kusuru daha az şiddette takdir olunmalıdır. Meselâ, vagonları bağlamakla görevli demiryolcunun, vagonların arasında dikkatsizce dolaşması sonucu zarara uğramasında veya aniden beliren bir tehlikeden kurtulmak için bir kimsenin hareket halindeki araçtan atlamak suretiyle yaralanmasında, çoğu zaman zarar görenin kusurundan söz edilemez ya da çok hafif derecede söz konusu olur. Zira, bu gibi durumlarda bir insandan en uygun tarzda hareket etmesi beklenemez (164)(165). Bundan başka, çağımızın gençliğinin tehlikelere karşı aldırmaçlığı da gözönünde tutulmalı ve bu, zarara uğrayan çocukların ve gençlerin kusurlarınının daha az şiddetle takdiri yönünde değerlendirilmelidir (166). Gerçekten, teknolojik araçların doğurduğu tehlikelerin bir kısmını, çocukların üzerine yüklemeye, toplum hayatının icapları müsaade etmez (167). Keza, zarar görenin zarar verici olay karşısındaki haklı telaşı ve tehlikeye karşı doğru düşünebilmek için yeterli zamanın yokluğu da gözönünde bulundurulmalıdır (168). Bu sebeple; meselâ, korkutulan bir kimsenin yanlış bir hareketi, ona kusur olarak isnat edilemez.(169). Yine meselâ, gece vakti ani olarak karşısına çıkan bir aracın önünden donup kalarak kaçamayan

(163) Oftinger, I, sh.266-267.

(164) Zararın meydana gelmemesi için yeterli tedbirleri almaması veya bu hususta gerekli özeni göstermemesi, zarar görene kendi kusuru olarak isnad olunamıyorsa; bu durum, ancak BK.m.43 f.I anlamında bir durum ve şart olarak, sorumlu kişi lehine gözönünde tutulabilir (Oftinger, I, sh.266-267).

(165) Oftinger, I, sh.162; Tandoğan, Mesuliyet, sh.320.

(166) Oftinger, I, sh.162-163; Tandoğan, Mesuliyet, sh.320; BGE 66 II 114 vd. (Oftinger, Bundesgerichtspraxis, sh.241, Nr. 89, d).

(167) Oftinger, I, sh.162-163; BGE 89 II 56 (Kaneti, I, sh.121, Nr.112).

(168) Oftinger, I, sh.163; Tandoğan, Mesuliyet, sh.320.

(169) Becker, Art.44 Nr.4.

kimsenin tehlikeye karşı kusurlu hareketi mazur görülebilir (170). Bununla birlikte, bir yörede yerleşmiş bulunan bir takım kayıtsızca alışkanlıklara uygun hareket etmek, birlikte kusuru ortadan kaldırmaz (171)(172).

B. Zarar Görenin Kusuru Halleri

BK.m.44 f.I'e göre; zarar görenin "fili zararın ihdasına veya zararın tezayüdüne yardım ettiği ve zararı yapan şahsın hal ve mevkiini ağırlaştırdığı takdirde hâkim, zarar ve ziyan miktarını tenkis yahut zarar ve ziyan hükmünden sarfınazar edebilir." (173). Hükümün incelenmesinden anlaşılacağı gibi, burada, esas itibariyle zarar görenin kusuru olarak iki durum öngörülmektedir:

1. Zarar görenin zararın doğmasına iştirak etmesi;

(170) Yaya geçidi üzerinde bulunan ve bir aracın yaklaşması esnasında donup kalan mağdur yayanın, zararın doğmasında kusuru bulunmadığından, tazminatta indirim yapılması talebinin reddi gerekir: BGE 89 II 49 vd. Aniden bir köpeğin saldırmasıyla neye uğradığını şaşırarak ve telaşla bir çukura düşen zarar görenin, zararın meydana gelmesinde kusuru mevcut değildir; tazminatta indirim yapılmamalıdır: BGE 102 II 232-240.

(171) Tandoğan, Mesuliyet, sh.320

(172) Yanlış davranışın alışlagelmiş olması özür sayılmaz: BGE 87 II 184 (Kaneti, II, sh.122, Nr.77); Aynı yönde diğer bir karar için bkz. BGE 83 II 27: "...davalı köylerde römorkların okuna oturmanın âdet olduğunu ileri sürmektedir. Ancak durumun böyle olduğu kabul edilse bile, davalı sorumluluktan kurtulamaz: İşveren kötü bir âdete dayanamaz".(Kaneti, II, sh. 121, Nr.76).

(173) Kaynak Kanununun 44. madde 1. fıkrasında, "tazminat sorumlusunun durumunu diğer bir surette ağırlaştırdığı (die Stellung des Ersatzpflichtigen sonst erschwert haben)" ifadesi, hüküm içinde ayrı ve bağımsız bir şekilde, yani önceki iki duruma "veya" bağlacıyla bağlı olarak yer almışken; Borçlar Kanunumuzda aynı ifade, kasıtlı olmayarak, önceki ifadeye "veya" yerine "ve" bağlacıyla bağlanmıştır. Bunun, Kaynak Kanundaki gibi, diğer durumlardan ayrı bir ifade olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte, Oftinger'in isabetli olarak belirttiği gibi (Bd. I, sh.266), bu ifadenin, önceki iki durumdan ayrı bir anlamı söz konusu değildir. Nitekim, zarar görenin kusuruyla ilgili bu hüküm incelenirken genellikle, zarar görenin zararın doğmasına veya artmasına sebep olması şeklinde ayrılarak ele alınmaktadır (Bkz. Keller/Landman, T.98, Keller/Gabi, sh.98; Oser/Schönenberger, Art. 44 Nr.3; Karşı görüşte Brehm, Art. 44 Nr.61 vd.). Brehm'

2.Zarar görenin zararın artmasına sebep olması (174).

BK.m.44 f.I'e paralel bir hüküm, Alman Medeni Kanununun (BGB) 254. paragrafında yer almaktadır. Alman Medeni Kanununun bu hükmü, Eski İBK. nun m.51 f.II hükmünden esinlenerek düzenlenmiştir (175)(176).

1. Zarar görenin zararın doğmasına iştirak etmesi

Zarar gören, davranışıyla zarar verici olayın doğmasını kolaylaştırmış veya karşı tarafın fiilinin zarar verici sonuçlarını önlemeyi ihmal etmişse, böyle bir durum söz konusu olur (177).

Zarar görenin zararın doğmasına iştirak eden kusurlu

e göre, (Art.44 Nr.61), BK.m.44 f.I'de ayrıca anılan "veya tazminat sorumlusunun durumunu diğer bir surette ağırlaşma" durumunun, zararın doğmasına veya artmasına sebep olma yanında, çok cüzi de olsa, bağımsız bir anlamı vardır. (bununla ilgili bazı açıklamalar için bkz. Art. 44 Nr.61-64). (174) BK.m.44 f.I'i karşılayan İBK.m.44 f.I'in Almanca metninde, "zarar görenin sorumlu olduğu durum ve şartlar" dan, Fransızca metninde "zarar görenin sorumlu olduğu fiiller" den; Borçlar Kanunumuzun ilgili hükmünde ise, "mutazarrırın fiili"nden bahsedilmektedir. Türk Kanun Koyucusunun, bu biçimde ifade etmekle, Kaynak Kanuna göre hükmü daralttığı ve hüküm kapsamına giren, zarar görenin sorumlu olduğu durum ve şartları, onun fiilleriyle sınırlandırdığı kabul edilmelidir. Zira, durum ve şartlar kavramı, fiil kavramına göre daha geniştir. Metinde bir çeviri hatası olduğundan söz edilemez. Zira kavramlar değişmiştir. Bu itibarla, bu konuda, tamamen İsviçre doktrin ve uygulamasına dayanmak doğru olmaz. (Reisoğlu, sh.57; Karş. Tandoğan, Mesuliyet, sh.329; Karşı görüş için bkz. Gürsoy, sh.370).

(175) Guhl/Merz/Kummer, sh.93 vd.

(176) BGB § 254: "Zararın meydana gelmesinde zarar görenin kusuru da etkili olmuşsa, tazmin borcunu ve tazminatın kapsamını tayin, hal ve şartlara göre, taraflardan hangisinin zararın meydana gelmesinde daha çok rol oynadığının bilinmesine bağlıdır.

Zarar görenin kusuru, borçlunun ne bildiği ne de bilmesi gerektiği fevkalade önemli bir zararın doğma tehlikesine borçlunun dikkatini çekmeyi veya zararı önlemeyi ya da azaltmayı ihmal etmiş olmaktan ibaret ise, hüküm aynıdır. § 278 hükmü aynı şekilde uygulanır."

BGB § 278: "Borçlu kanuni temsilcisinin ve taahhüdünü yerine getirmek için istihdam ettiği kimselerin kusurlarından dolayı bizzat kendisi kusurluymuş gibi sorumlu olur." (177) Von Tuhr/Peter, sh.112; Haberlin, sh.71-72; Keller/Gabi, sh.97-98; Tandoğan, Mesuliyet, sh.321; Schwarz, sh.143-144; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.805-806.

hareketi, haksız fiilin işlenmesinden önce olabileceği gibi, haksız fiille aynı zamanda da vuku bulabilir.

Zarar görenin kusurunun zarar verici fiilden önce gerçekleşmesinin tipik misali, tahriktir. Meselâ, silahla yaralanma veya darp öncesinde, mağdurun, faile ağır biçimde hakaret etmesi halinde, zararın meydana gelmesine iştiraki söz konusu olur (178).

Önemli bir masraf veya tehlike olmadıkça, zarar gören, zararın meydana gelmesini önlemek için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür (179). Bu cümleden olarak, zarar görenin, sorumluyu, bilmediği ve de bilmesi gerekmediği fevkalade önemli bir zarar tehlikesinden haberdar etmeyi ihmal etmesinde, birlikte kusuru vardır (180). Zira, zarar failinin gerçek durumu bilseydi zararın doğmaması için daha fazla dikkat ve özen göstereceği kabul edilir (181). Meselâ, bir kimseye tevdi edilen zarfta büyük miktarda para bulunduğu söylenmiyor; temizleyiciye temizlenmek üzere verilen elbisenin, temizleyici tarafından bilinmeyen ve bilinmesi de gerekmeyen fakat zararın doğmasına yol açan bir özelliği hakkında bilgi verilmiyor; spor öğretmenine, özel ders alacak çocuğun kalp romatizması dolayısıyla mevcut olan rahatsızlığı bildirilmiyor (182). Keza, bir kimse evinin veya işyerinin kapısını ki-

(178) Haberlin, sh.71-72; Keller/Gabi, sh.97; Y.10.HD. 30.

11.1982 t., E.4327, K.5318 (YKD., 1983 S.9 sh.1327); 4. HD. 10.3.1975 t., E.1969, K.3027 (Karahasan, sh.1014).

(179) Becker, Art.44 Nr.5; Von Tuhr/Peter, sh.112; Koziol, sh.203; Keller/Gabi, sh.98; Keller/Landman, T.98.

(180) Von Tuhr/Peter, sh.112; Stark, Nr.319; Haberlin, sh.71-72; Tandoğan, Mesuliyet, sh.321; Schwarz, sh.144.

(181) Von Tuhr/Peter, sh.112; Federal Mahkeme bir kararında (BGE 46 II 116-120), otel müşterisini, kendisine ait seyahat çantasının özel değeri olduğu hususunda otelcinin dikkatini çekmediği için, içinde değerli eşya bulunan bu çantanın çalınmasında veya kaybolmasında birlikte kusurlu bulmuştur.

Aynı yönde başka bir kararı için bkz. BGE 109 II 234-237.

(182) Zarar görenin kusuru sayılan bu davranış, BGB § 254 f. II'de ifade edilmiştir: "Zarar görenin kusuru, borçlunun ne bildiği ne de bilmesi gerektiği fevkalade önemli bir zarar tehlikesine onun dikkatini çekmeyi... ihmal etmiş olmaktan ibaret ise, hüküm aynıdır.". BGB'nin bu hükmü, metninden ilk bakışta anlaşıldığı gibi sadece akdi ilişkide değil, tüm akit dışı sorumluluktan doğan zararlarda uygulanabilir (Lange, sh.

litlemeyi ihmal etmek suretiyle hırsızın işini kolaylaştırıyor (183). Bütün bu durumlarda, zarar verici olaydan önce vuku bulan zarar görenin kusuru mevcuttur.

Zarar görenin kusurlu davranışı, çoğunlukla, zarar verici olayla aynı zamanda vuku bulur. Bu cümleden olarak, trafik kazalarıyla meydana gelen zararlarda yeterli dikkat göstermemesi, zarar görene, kendi kusuru olarak isnat olunabilir. Meselâ, bir kimse yaya geçidi olmayan bir yerden geçerken, çok süratli giden bir araç tarafından çiğneniyor (184). Yahut zarar gören, gerekli dikkat ve özeni göstermeye-

sh. 336-337; Haberlin, sh.71). Meselâ, zarar failinin, değerini bilmediği ve bilmesi de gerekmediği değeri yüksek bir tabloyu atış eğitimi için nişan tahtası olarak seçmesinde, haksız fiilden doğan bir zarar söz konusudur. Ve bu durumda da, zarar gören tablo sahibinin, tablonun değeri üzerine zarar failinin dikkatini çekmemesi dolayısıyla, BGB. § 254 f. II hükmüne dayanarak tazminatta indirim yapılabilecektir (Haberlin, sh.71-72; Geniş bilgi için bkz. Lange, sh.336 vd.). (183) Tandoğan, Mesuliyet, sh.321; Schwarz, sh.144; Y.4.HD. 26.4.1965 t., E.4286, K.2187 (Olgaç, 1969, sh.304 Nr.22); Tabii, gerekli koruyucu tedbirleri almayarak hırsızın işini kolaylaştıran kimsenin ihmalinin, hırsızdan talep edilen tazminatın indirilmesinde esas alınması söz konusu olamaz (Bu hususta geniş bilgi için bkz. aşağıda § 9, II, E, 2.); fakat meselâ, sigortacıdan veya evi ya da işyerini korumakla yükümlü görevliden, uğranılan zarar dolayısıyla istenilen tazminatta gözönünde tutulabilir (Fezzioglu, sh.535). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında (26.2.1969 t., E.9-11, K.144), davalı gişe sorumlusuna, paraların korunması için bir kasa verilmemesi yanında, gişenin bulunduğu yerde çalınmanın önlenmesi için gerekli tedbirlerin de alınmamış olmasını, zarar görenin kusuru saymış ve tazminatta indirim yapılması talebini kabul etmiştir (Karahasan, sh.1018-1019). (184) Zarar görenin, dikkatsizliği sonucu ayağı vapurla iskele arasına sıkışıyor ve dört parmağı kesiliyor: Y.HGK. 31.3.1971 t., E.1969/T-512, K.209 (TİK. 1971/II sh.111); Zarara uğrayan aracın işaret vermeden durması: 4.HD.26.12.1957 t., E.3037, K.7655 (Olgaç, 1969, sh.302, Nr.20); Aracın durduğu yerin trafik kurallarına aykırı olması: 4.HD. 23.1.1957 t., E.5223, K.334 (Olgaç, 1969, sh.302 Nr.21); Çarpışma anında zarara uğrayan araç sürücüsünün sarhoş olması: HGK. 5.3.1952 t., E.3-265, K.61; 4.HD. 11.5.1951 t., E.4701, K. 3696 (Olgaç, 1969, sh.303 Nr.22,23); Zarara uğrayan otomobilin sürücüsü, aydınlatılmamış bir karayolu tüneline, sadece aracın kedi gözlerini yaktığı için geç farkettiği, bir işçi tarafından kullanılan ve ışıkları yanmayan tekerli bir silindir kompresörüne çarpıyor: BGE 88 II 131 (Oftinger, Bundesgerichtspraxis, sh.259-261 Nr.94); Tren henüz hareket halindeyken, çıkış kapıları açılıyor ve bir yolcu, trenin durmasını beklemeden dışarı atlayarak yaralanıyor: BGE 85 II 350 vd.

rek zararın doğmasına sebep oluyor (185). Keza, yasaklanmış alanlara veya başkasının mülküne girmek suretiyle zarara maruz kalınmasında, bu davranışı zarar görene, kendi kusuru olarak isnat edilir (186). Aynı şekilde, bir kimsenin, onu tehdit eden bir tehlikeden kaçmayarak zarara uğramasında da, birlikte kusuru söz konusudur (187) (188).

(185) Ölen işçinin, iş kazasının meydana gelmesinde kendi kusuru mevcut: Y.HGK. 27.10.1965 t., E.611/D-9, K.389 (Olgaç, 1969, sh.304, Nr.24); Kamyon sürme ehliyeti olmayan ace mi sürücüler'e görev verilmesi ve kaza sonucu kamyonda hasar meydana gelmesi olayında, istihdam eden idarenin birlikte kusuru vardır: 3.HD.22.11.1962 t., E.10698, K.8930 (Olgaç, 1969, sh.302 Nr.18); Dokuz katlı bir binanın sadece 25 cm yüksekliğinde bir korkulukla çevrilmiş terasındaki çimlerin biçilmesi sırasında, zarar görenin, dikkatsizliği sonucu aşağıya düşmesi: BGE 106 II 208-212; Bir çamaşır yıkama evinde kapaksız bir çamaşır sıkıcısına dikkatsizlik sonucu parmakların kaptırılması: 90 II 227 vd. (Kaneti, II, sh.129 vd. Nr. 80); İşletmenin civataları iyi sıkıştırmamış olması sebebiyle, bir çocuğun eliyle gevşetmesi sonucu elektrik direklerinin şiddetli fırtına sırasında devrilmesi: 90 II 9-14; Zarar gören işçi, işverene ait traktör römorkunda giderken, römorkun arka kapağının menteşelerinden çıktığını görüp aracı durdurması ve kapak ile uğraşmaktan kaçınması gerekirken; kapığı takmak istemesi ve dengesini kaybederek düşüp yaralanması: 89 II 118 vd. (Kaneti, II, sh.123-126, Nr.78); Zarar gören, römorkun oku üzerinde dengesiz durumda olduğunu bildiği ve düşmesi halinde aracın tekerlekleri altında ezileceğini bilmesi gerektiği halde, bu durumda yolculuk yapması ve düşüp yaralanması: 83 II 27 vd. (Kaneti, II, sh.120, Nr.76); Aydınlatılmamış ve parmaklıksız bodrum merdiveninde, zarar görenin, geceleyin, dikkatsizliği yüzünden düşmesi: 60 II 34-1-348; 55 II 80-87.

(186) Zarar gören, etrafı tel örgülerle çevrili ve girilmesinin yasak ve tehlikeli olduğu levhalarla belirtilen bir askeri bölgeye giriyor ve yapılan atışlar dolayısıyla zarara uğruyor: Y.4.HD. 24.1.1974 t., E.13148, K.268 (Karahasan, sh. 1017); Zarara uğrayan kimse, koyunlarını yasak olan demiryolu hattı boyunca otlattığı sırada, trenden ürken koyunlar hat üzerine çıkıyorlar ve telef oluyorlar: 4.HD.17.10.1966 t., E.1132, K.9013 (yayınlanmamış); Hayvanları zehirlenen zarar gören, sahibi tarafından korunmak üzere zehir atılmış bahçeye hayvanlarını sokuyor: 4.HD.10.7.1958 t., E.6571, K.4745 (Olgaç, 1969, sh.311 Nr.46); 4.HD. 13.3.1985 t., E.9973, K. 2112 (YKD., 1985, S.7 sh.975-979).

(187) Bkz. yukarıda § 9, I, C, sh.97 vd.

(188) Ölenin, uğradığı kaza sırasında, görünen bir tehlike durumundaki toprak kaymasının önünden kaçmaması: Y.4.HD.21.1.1957 t., E.5819, K.6595 (Olgaç, 1969, sh.299 Nr.11); Dokuz yaşındaki zarar görenin, arkadaşlarıyla ok atma oyununa katılması ve oyun sırasında yüzüne isabet eden bir ok ile bir

2. Zarar görenin doğmuş olan zararın artmasına sebep olması

Zarar görenin zararın artmasını önleyici tedbirler alması da, ona, bir ödev olarak yüklenmiştir. Gerçekten, dürüstlük kuralları gereğince, zarar gören, meydana gelen zararın en az seviyede kalmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün ihlali, zarar görenin kusuru olarak nitelendirilir (189) (190). Hatta, zarar görenin zararın sadece artmasına mani olması her zaman yeterli olmaz; aksine zararı azaltmakla yükümlü olduğu bazı durumlar da mevcuttur. Meselâ, çalışma gücünü azaltan bedensel zararlarda, belli şartların bulunması kaydıyla, bu zararı azaltıcı ameliyat veya tedavi yaptırmamak, zarar görenin kusuru olarak nitelendirilir (191) (192). Bununla birlikte, zararın artmasına mani olma ya da azaltma ödevinin varlığından mutlak bir şekilde bahsedilemez. Gerçekten, zararın önlenmesi için olsun, artmasına mani olunması için olsun, kimseden bunun için hayatını ve sağlığını tehlikeye sokması istenemez. Zarar görenden, ancak, normal ve makul bir insanın, hiç bir tazminat beklemiyor olsaydı benzer durum ve şartlarda alacak olduğu tedbirleri alması ve gösterecek olduğu çabayı göstermesi beklenebilir (193).

gözü sakatlanması: BGE 104 II 184 vd.; Bir hastanın sağlığının, hekim olmadığını bildiği bir kimsenin verdiği ilaçları alması yüzünden ağır şekilde bozulması: 56 II 371-375; Dağda, kayak yapılan, kayakçıların her an kayıp geçebilecekleri ve çarpışma tehlikesinin bulunduğu belli olan yerde lüzumsuz duran bir kimsenin, bir kayakçının dikkatsizliği yüzünden yaralanması: 82 II 32 (Kaneti, I, sh. 80 vd.).

(189) Brehm, Art. 44 Nr.50; Oftinger, I, sh.266; Haberlin, sh. 73; Von Tuhr/Peter, sh.112-113; Keller/Gabi, sh.98; Keller/Landman, T.98; Koziol, sh.203,205.

(190) Zarar görenin, zararı, nasıl olsa sorumludan alabileceği düşüncesiyle gidermeye çalışmaması, dürüstlük kurallarına aykırı düşer: Y.4.HD. 16.9.1965 t., E.9858, K.4199 (Karahasan, sh.1020).

(191) Brehm, Art.44 Nr.50; Von Tuhr/Peter, sh.112.

(192) Nitekim, BGB § 254 f.II c.2'de "...zararı önlemeyi ya da azaltmayı ihmal etmiş olmak" ifadeleriyle zararı azaltma yükümlülüğü öngörülmüştür (Geniş bilgi için bkz. Larenz, I, sh.497 vd.; Lange, sh.362 vd.).

(193) Oftinger, I, sh.267; Von Tuhr/Peter, sh.113; Tandoğan, Mesuliyet, sh.322; İm Hof, sh.205-206, Keller/Gabi, sh. 98; Keller/Landman, T. 98; Haberlin, sh.73.

Ayrıca, zarar görenin, zararın artmasına mani olmak veya azaltmak için almak zorunda olduğu tedbirler tesbit edilirken, somut olayın özellikleri de gözönünde tutulur.(194). Mağdur, zararın artmaması veya azalması için durum ve şartların gerektirdiği bütün tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu gereği yerine getirmeyen veya yetersiz tedbirler alan kişi, bu yüzden artan zarara katlanmalıdır (195). Gerçekten, uğranılan zararın artmasını önlemeye çalışmak, makul ve normal her insandan beklenen bir harekettir; bu normal davranıştan sapılmış ve bu yüzden zararın çoğalmasına sebep olunmuşsa, zarar failini, zararın bu artmış hali ile tamamından sorumlu tutmak, doğru olmaz (196).

Zarar görenin zararı ortadan kaldırmak veya azaltmak için alacağı makul tedbirlerin masrafları zarar sorumlusuna yüklenir; bu masraflar, tazminat borçlusunun sorumlu olduğu fiil veya olayların dolaylı sonucu sayılır. Zarar görenin zarardan kaçınmak için yaptığı masraflar, zararın esas kısmı olarak tazmin edilmelidir. Durum ve şartların alınmasını gerekli gösterdiği tedbirlerin etkisiz olduğu fiilen meydana çıksa, hatta bu tedbirler zararın çoğalmasına sebep olsa dahi, yine yapılan masrafların zarar görene ödenmesi gerekir (197).

Zarar görenin doğmuş olan zararın artmasına sebep olması konusunu, şeye ilişkin zararlar ile bedensel bütünlüğün ihlalinden doğan zararlar bakımından ayırarak incelemekte yarar vardır.

(194) Von Tuhr/Peter, sh.113; Deschenaux/Tercier, sh.58-59; Gürsoy, sh.365.

(195) Deschenaux/Tercier, sh.58-59.

(196) İm Hof, sh.200-201; Feyzioğlu, sh. 537.

(197) Von Tuhr/Peter, sh.113-114; Oftinger, I, sh.267-268; İm Hof, sh. 197; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 281-282, 289; Y.4.HD. 18.9.1979 t., E.5480, K.9818 (YKD., S.11, sh. 1576).

a) Şeye ilişkin zararlarda

Şeye ilişkin zararlarda, zarara uğrayan kişi, zararın artmasına mani olmak, yani zararı en az seviyede tutmak için, normal ve makul bir insanın, hiç bir tazminat beklemiyor olsaydı benzer bir durumda alacak olduğu tedbirleri almakla yükümlüdür (198); şayet zarar gören, bu normal davranıştan ayrılarak zararın artmasına sebep olmuşsa, bu hareketi birlikte kusur olarak nitelendirilir. Meselâ, evinde yangın çıkmasına sebebiyet verilen kimse, yangının söndürülmesi için gerekli çabayı göstermeli; bu cümleden olarak, itfaiyeye zaman geçirmeden haber vermeli ve gerekiyorsa değeri yüksek olanlardan başlamak üzere eşyayı kurtarmaya çalışmalıdır. Yoksa zarar gören, nasıl olsa bütün zararı zarar sorumlusundan alabileceği düşüncesiyle ihmalkâr davranırsa, bu hareketi birlikte kusur oluşturur. Yine meselâ, aracı zarara uğramış bir araç işleteni, imkânı bulunmasına rağmen, zamanında tamir ettirmemesi yüzünden artan zarara bizzat katlanmalıdır (199).

Bununla birlikte, zarar gören, zararın artmasına mani olmak için de olsa, hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak tedbirleri almak zorunda değildir. Meselâ, üçüncü bir kişinin kusuruyla yanmakta olan bir evin malikinden, evini kurtarmak için hayatını tehlikeye atması istenemez; kendisine ait bir şey başkasının köpeği tarafından telef edilmek tehlikesine maruz kalan malik, kendini ısırılmak tehlikesine sokmak zorunda değildir (200).

Yargıtayımızın kararlarında da, zarar görenin, zararın artmasına mani olma ödevi vurgulanmakta ve bu ödevin ihlali bakımından, genellikle, benzer bir durumda normal ve makul

(198) Oftinger, I, sh.267; Von Tuhr/Peter, sh.113; Brehm, Art. 44 Nr.50; Keller/Gabi, sh.98; Keller/Landman, T.98; Haberlin, sh.73; İm Hof, sh.205-206.

(199) Von Tuhr/Peter, sh.113; Brehm, Art.44 Nr.48; İm Hof, sh. 205-206.

(200) Von Tuhr/Peter, sh.113; Tandoğan, Mesuliyet, sh.322; Gürsoy, sh.365.

bir insandan beklenen hareket tarzı ölçü alınmaktadır; bu ortalama davranıştan ayrılan her hareket, zarar görenin kusuru olarak nitelendirilmektedir (201).

b) Bedensel bütünlüğün ihlalinde doğan zararlarda

Burada da, zarar görenden, benzer bir durumda normal ve makul bir insanın zararın artmaması veya azalması için alacağı tedbirleri alması beklenir (202). Bedensel bütünlüğün (203) ihlali sonucu ortaya çıkan ve çalışma gücünü azaltan bedensel zararlarda, haklı bir sebep olmaksızın, zararı azaltacak bir ameliyat veya tedaviye rıza gösterilmemesi ya da meslek değiştirmekten kaçınılması, birlikte kusur olarak nitelendirilir (204).

(201) Zarar görenin, davalıların, ihtamameyle dükkanı kendisine kiralamayacaklarını bildirmelerine rağmen, aynı işi yapabileceği bir dükkanı normal şartlarda kiralamak için gerekli özen ve çabayı göstermemesi : Y.13.HD. 14.3.1985 t., E.512, K.1684 (YKD.,1986, S.5 sh.698-700); Zarar görenin, zarar failinin balkonundan akan suların pastanesine yaptığı hasarı az bir masrafla kısa sürede giderebilmek imkânına sahip iken, bu yola başvurmuyup pastanesini 164 gün açmamış olması: 4.HD. 17.6.1982 t., E.5593, K.6289 (YKD.,1983, S.1, sh.45-46); Zarar gören idarenin, davalı şirket tarafından taahhüt edilen işlerin yapılabilmesi için yazılı olarak uyarılmasına ve hangardaki yanıcı ve parlayıcı maddelerin boşaltılması istenmesine rağmen, malzemenin tahliyesini ihmal ederek zararın çoğalmasına sebep olması: TD. 11.12.1972 t., E. 4549, K.5327 (RKD., 1973, S.9-10-11, sh.363-364); Zarara uğrayanın, kendisinin tedavide bulunduğu süre içerisinde tamiri biten taksisine bir sürücü bulmaya uğraşmaması : TD.20. 5.1971 t., E.2411, K.4051 (TİK. 1972/I, sh.141-142; Karahasan, sh.1017-1018); Zarar görenin, nasıl olsa zarar failince tazmin edileceği düşüncesiyle zararı azaltmaya çalışmaması: 13.4.1981 t., E.1981/5615, K.6259 (YKD.,1981, S.12, sh. 1584); 4.HD. 16.9.1965 t., E.9858, K.4199 (Karahasan, sh.1020); Kaza sonucu otobüsü zarar uğrayan zarar görenin, yeni bir araç alabilecek durumda olmasına rağmen, bu imkânlarını kullanmaması: 4.HD.30.1.1958 t., E.3403, K.554 (Olgaç, 1969, sh. 305 Nr.29); Değirmeni zarara uğrayan davacının, gerekli imkanlara sahipken değirmenini uzun süre tamir ettirmemesi: 4.HD. 23.3.1957 t., E.7757, K.1592 (Olgaç, 1969, sh.305 Nr.30).

(202) Von Tuhr/Peter, sh.113; Oftinger,I, sh.267; Tandoğan, Mesuliyet, sh.322; İm Hof, sh.205-206.

(203) Bedensel bütünlük kavramı, yalnız fiziksel bütünlüğü değil, ruhsal ve sinirsel bütünlüğü de kapsamaktadır (Eren, Hukuka Aykırılık Bağı, sh.481; İnan, sh.326-327; Oser/Schönenberger, Art.46 Nr.3; Becker, Art.46 Nr.1).

(204) Oftinger,I, sh.267; Brehm, Art.44 Nr.50; Tandoğan, Mesuliyet, sh.289.

(1) Zarar görenin meslek değiştirmekten kaçınması

Maruz maldığı sakatlık veya hastalık sonucu önceki mesleğini yürütemeyen mağdurun, durum ve şartlara göre başka bir meslekte çalışma imkânı varsa, buna rağmen meslek değiştirmekten kaçınması, birlikte kusur teşkil eder (205) (206). Bununla birlikte, meslek değiştirmekten kaçınmanın mağdura birlikte kusur olarak isnat edilebilmesi için, meslek değiştirmesinin ondan beklenebilir olması gerekir. Mağdurdan, meslek değiştirmesinin beklenip beklenemeyeceği tesbit edilirken, onun kişiliği, yetenekleri, toplumsal mevki, özellikle yeni mesleğe uyum yeteneği, yaşı, zekası gözönünde tutulmalıdır (207).

Zarar gören henüz genç ise veya tam eğitim çağı içinde bulunuyorsa, bu durumda, çoğunlukla, meslek seçiminde değişiklik yapması ondan istenebilir. Genç kişiler, yaşlılara göre daha kolay meslek değiştirebilirler. Bununla birlikte, yeni mesleğe uyum sağlanması veya yeteneklerinin geliştirilmesi için eğitim gerekli ise, buna ait masraflar karşılanmadıkça, meslek değiştirmekten kaçınma birlikte kusur oluşturmaz (208). Büyüklerde ise, meslek değiştirme, mağdurun yaşı, fizik gücü, yeteneği ve toplumsal mevki uygunsa beklenebilir. Bu bakımdan, yaşlı zarar görenlerin meslek değiştirmesi, çoğunlukla mümkün değildir veya artık onlardan bu, istenemez (209). Keza, mağdurun gücünü veya yeteneğini aşan,

(205) Mağdurun meslek değiştirmekten kaçınmasının, zararın tesbiti safhasında gözönünde tutulması ve yapabileceği yeni meslek dolayısıyla elde edebileceği kazancın, zarardan düşülmesi de mümkündür. Fakat, bu, zararın tesbiti ile ilgili bir sorun sayılmayıp tazminatın tayinine ilişkin bir husus olarak da kabul edilebilir; bu takdirde, söz konusu kaçınma, mağdurun birlikte kusuru sayılır. Uygulamada, genellikle, mağdurun meslek değiştirmekten kaçınmasının, zarar görenin kusuru olarak gözönünde tutulması tercih edilmektedir (Oftinger, I, sh.195 vd.; Tandoğan, Mesuliyet, sh.286 vd.).

(206) Oftinger, I, sh.198, 267; Tandoğan, Mesuliyet, sh.287-288.

(207) Tandoğan, Mesuliyet, sh.287; Brehm, Art.44 Nr.51.

(208) Tandoğan, Mesuliyet, sh.287; Brehm, Art.44 Nr.51

(209) Brehm, Art.44 Nr.51; Federal Mahkemenin 21.6.1957 tarihli ve tarafları Müller/Berset olan dava ile ilgili kararında, bir bacağı kaybeden 66 yaşındaki posta dağıtıcısından meslek değiştirmesinin beklenemeyeceğine hükmedilmiştir (Brehm, Art. 44 Nr. 51).

sağlığını tehlikeye sokan yahut toplumsal mevkiine uygun düşmeyen bir mesleğe girmesi beklenemez. Meselâ, bir sanatçıdan gece bekçisi olması istenemez, fakat bir büroda çalışması talep edilebilir (210). Bununla birlikte, çalışma gücünün azalmasından dolayı verilecek tazminatın, meslek değiştirmekten kaçınma sebebiyle indirilebilmesi için, zarar görenin söz konusu meslek bakımından gerekli nitelikleri taşıması ve ayrıca fiilen ve gerçekten böyle bir iş bulabileceğinin kesin olması gereklidir (211).

Şu halde, bedensel sakatlık veya hastalık yüzünden asıl mesleğini yürütmek imkânından yoksun kalan zarar görenin; yeteneğine uygun olan ve toplumsal mevkiine fazla aykırı sayılmayan bir başka işi yapabilecek durumda ise, bundan kaçınması ve nasıl olsa zarar sorumlusuna zararını tazmin ettireceği düşüncesiyle çalışmaktan tamamen vazgeçmesi, kendi kusuru sayılmalı ve bu sebeple tazminatta indirimle gidilmelidir.

(2) Zarar görenin ameliyata veya tedaviye rıza göstermemesi

Zarar görenin zararın sadece artmasına mani olması her zaman yeterli değildir; aksine zararı azaltmakla yükümlü olduğu bazı durumlar da mevcuttur. Böyle durumlarda, zarar görenin, normal ve makul bir insandan beklenen tedbirleri almaması, tazminatta indirim yapılmasını haklı gösteren bir sebep kabul edilir (212). İşte çalışma gücünün azalmasına yol açan bedensel zararlarda, mağdurun, durumunu iyileştirecek bir ameliyat veya tedaviden haklı bir sebebe dayanmaksızın kaçınması, zararı azaltma veya artmasına mani olma ödevinin ihlali olarak değerlendirilir ve zarar görenin kusuru olarak nitelendirilir (213)(214). Gerçekten, zarar gören, ameliyat

(210) Tandoğan, Mesuliyet, sh.287.

(211) BGE 89 II 222 vd. (Kaneti, I, sh.154-155, Nr.132).

(21) Brehm, Art.44 Nr.50; Haberlin, sh.73.

(21) Brehm, Art.44 Nr.50; Oftinger, I, sh.198-199, 267; Tandoğan, Mesuliyet, sh.284; Von Tuhr/Peter, sh.113.

(214) Bedensel zarar sebebiyle çalışma gücünden kısmen ya da tamamen yoksun kalanın, haklı bir sebebe dayanmaksızın, zararı azaltacak bir ameliyat veya tedaviye rıza göstermekten ka-

olmak suretiyle çalışma gücünü artırabileceği veya yeniden tamamen elde edebileceği halde, çalışma gücünden tamamen yoksun kalma dolayısıyla tazminat almak kendisine daha uygun ve külfetsiz geldiği için ameliyat olmaktan kaçındığı takdirde, zararı azaltma ya da zararın artmasına mani olma ödevini ihlal etmiş sayılmalı ve tazminat, zarara sebep olma oranında indirilmelidir (215).

Bununla birlikte, zarar görenden, zararı azaltmak için hayatını veya sağlığını tehlikeye sokacak bir ameliyat veya tedaviye razı olması beklenemez (216). Nitekim, Türk, İsviçre ve Alman hukuku uygulamasında, zarar görenin ameliyat olma ödevi oldukça sınırlı bir biçimde kabul edilmektedir. Buna göre, zarar görenden şu şartların bulunması kaydıyla ameliyat olması istenebilir (217): (a) Ameliyat zarar gören için hayati tehlike taşımamalıdır; (b) ameliyat, dayanılması güç bir acı ve ızdırap verici olmamalıdır; (c) ameliyatın mağdurun durumunu iyileştireceği, normal şartlarda kuvvetle beklenmelidir; (d) sorumlu kişi ameliyat masraflarını peşin olarak ödemelidir. Eğer mağdur, bu şartlar bulunmasına rağmen ameliyat olmaktan kaçınırsa, bu davranışı, aynen meslek değiştirmeyi haklı bir sebep olmaksızın reddetmede olduğu gibi, ona kendi kusuru olarak isnat edilir (218).

Şartlar arasında söz konusu olan, ameliyatın tehlike-

çınması, zararın tesbiti safhasında da dikkate alınabilir. Bununla birlikte, meslek değiştirmekten kaçınmada olduğu gibi, tedavi veya ameliyattan kaçınma yoluyla zararın artmasına sebep olunması durumunda da; doktrin ve uygulama, zarar görenin kusuru dolayısıyla tazminatta indirim yapılmasını tercih etmektedir (Bu hususta bkz. Oftinger, I, sh.202, 267; Tandoğan, Mesuliyet, sh.289, 322; Haberlin, sh.72-73).

(215) Von Tuhr/Peter, sh.113; Karş. Y.13.HD. 5.10.1981 t., E.1981/5615, K.6259 (YKD.,1981, S.12 sh.1584).

(216) Brehm, Art.44 Nr.50; Von Tuhr/Peter, sh.113; Oftinger, I, sh.267; Keller/Gabi, sh.98; Keller/landman, T.98.

(217) Oftinger, I, sh. 201-202; Brehm, Art.44 Nr.50; Von Tuhr/Peter, sh.113; Haberlin, sh.72-73; Tandoğan, Mesuliyet, sh.288; İnan, sh.337; Birsen, sh.205; Feyzioğlu, sh. 539-540; Lange, sh.363-364; BGE 42 II 247; 57 II 67; 61 II 130-133; Y.4.HD. 18.9.1979 t., E.5480, K.9818 (YKD., 1979, S.11 sh.1576).

(218) Oftinger, I, sh.202; Brehm, Art.44 Nr.50.

sizliği mutlak değil, nisbidir. Ameliyat, hayatın olağan akışına göre tehlikesiz olmalıdır (219). Ameliyatın tehlikesizliğinin tesbitinde, somut durum ve şartlar, özellikle mağdurun yaşı, beden yapısı gözönünde tutulmalıdır (220). Şüphesiz, zararı azaltma ödevi gerekçesiyle mağdurdan, hayatını tehlikeye sokacak bir ameliyata rıza göstermesi istenemez. Ancak, bazı kararlarında, bedensel zarar sebebiyle çalışma gücünden kısmen ya da tamamen yoksun kalanın, zararı azaltacak bir ameliyata rıza gösterme ödevi bulunduğunu kabul bakımından Yargıtayın, çekingen bir tutumu gözlenmektedir. Gerçekten, Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesinin 19.9.1980 tarihli bir kararına göre (221); "...Her ameliyatta ve olayda olduğu gibi bacak kemiği kırıklarına ilişkin bir ameliyatta her zaman belli bir oranda ölüm tehlikesi mevcuttur. Hiç bir hukuk düzeni, tazminat miktarını azaltmak amacıyla da olsa, mağduru ameliyat olmaya ve kendisini ölüm tehlikesine atmaya zorlayamaz. Bu durumda davacının ameliyat olmaması nedeniyle kendisinin zarar arttırıcı bir davranışta bulunduğunun kabulü ile indirim yapılması hukuk ve yasaya aykırı..." dir. Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi; bu kararda, her ameliyatın ölüm tehlikesi yaratacağını ve bu sebeple zarar görenden ameliyat olmasının beklenemeyeceğini kabul ettiğine göre; bedensel zararlarda ameliyat olmaktan kaçınmayı, şartları gerçekleşmediği için, tazminatta indirimi haklı gösteren bir sebep olmanın tamamen çıkarmış olmaktadır. Bu bakımdan, bu gerekçeye tam katılamıyoruz. Şüphesiz, konu, somut durum ve şartlara, özellikle mağdurun yaş ve sağlık durumu ile mevcut tıbbi imkânlara göre takdir edilmeli ve zarar görenin ameliyata rıza göstermemesi, ancak istisnai hallerde birlikte kusur sayılmalıdır. Bununla birlikte, mağdurun iyileşmeye çaba göstermesini sağlayacak bir yolun açık tutulması, hem mağdurun kişisel menfaati hem de kamu yararı açısından gereklidir. Bu itibarla, mağdurun durumunda normal şart-

(219) Oftinger, I, sh.202; Brehm, Art.44 Nr.50; Haberlin, sh.72.

(220) Haberlin, sh.72.

(221) Y.11.HD.19.9.1980 t., E.1980/3979, K.4046 (YKD., 1981, S.4, sn.460-461; YKD., 1982 S.2, sh.207-208).

larda bir iyileşme yapacağı kuvvetle beklenen ve hayatın olağan akışı içinde tehlikesiz olan bir ameliyattan kaçınmak, mağdura, birlikte kusur olarak isnat edilmelidir (222).

Ameliyat olma ödevi ile ilgili bu şartlar, olağan dışı tedavi usulleri için de geçerlidir. Olağan tedavilerde ise, zarar sorumlusunun tedavi masraflarını peşin olarak ödemesi kaydıyla, mağdurun tedaviye rıza göstermemesi, birlikte kusur olarak nitelendirilir (223).

Ameliyat ya da tedavi, beklenen sonucu vermese dahi, bunun gerektirdiği masraflara zarar sorumlusu katlanmak zordadır. Ameliyat, beklenen iyileşme yerine, mağdurun durumunun ağırlaşması veya ölümüyle sonuçlanmışsa; zarar sorumlusu, fiili veya sorumlu olduğu olay ile zarar arasındaki uygun illiyet bağı, hekimin veya bakıcıların kusuru yahut bir mücbir sebep yüzünden kesilmedikçe, bu ağırlaşma veya ölümden doğan zararı da ayrıca tazmin ile yükümlü tutulur (224).

C. Gayrimüeyyiz Zarar Görenin Objektif Bakımdan Kusurlu Davranışıyla Zararın Doğmasına İştirak Etmesi veya Artmasına Sebep Olması

Mağdurun, zararın meydana gelmesine sebep olması, zarar görenin kusurundan bahsedilebilmesi için yalnız başına yeterli değildir. Zarar görenin kusuru, ancak mağdurun temyiz kudretini haiz olduğu hallerde kabul edilebilir (225).

Temyiz kudreti ile kusur kavramı arasında yakın bir ilişki vardır. Medeni Kanunumuz, 13. maddesinde temyiz kudretini, olumsuz bir biçimde, "...makul surette hareket etmek

-
- (222) Brehm, Art.44 Nr.51; Haberlin, sh.72; Karş. Feyzioğlu, sh.540; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.803.
 (223) Oftinger, I, sh.202; Tandoğan, Mesuliyet, sh.288.
 (224) Oftinger, I, sh.202, 267-268; İm Hof, sh.197; Tandoğan, Mesuliyet, sh.289; Y. 4.HD. 18.9.1979 t., E.5480, K. 9818 (YKD., 1979, S.11, sh.1576).
 (225) Haberlin, sh.83; Oser/Schönenberger, Art.44 Nr.8; Oftinger, I, sh.165; Von Tuhr/Peter, sh.109; Koziol, sh.188; Eren, Borçlar, sh.245; Aynı yazar, Uygun İlliyet Bağı, sh.196-197; Deschenaux/Tercier, sh.58.

iktidarı..." olarak tanımlamıştır. Bununla birlikte, temyiz kudreti tanımlanırken, MK.m.13 yanında, MK.m.15'in de gözönünde tutulması gerekir (226). Temyiz kudretinin söz konusu olabilmesi için, kişinin, fiilinin mahiyetini ve sonuçlarını anlayabilecek ve bu anlayışa uygun olarak hareket edecek durumda bulunması gerekir (227). Başka bir ifadeyle, davranışlarının önemini hesaba katabilen ve iradesine etkili olmak isteyenlere karşı normal bir direnme gücü bulunan kimse mümeyyiz sayılacaktır (228).

Temyiz kudreti nisbi bir kavramdır. Bu itibarla, hâkimin, zarar görenin temyiz kudretini haiz olup olmadığını genel olarak değil, somut olayın özellikleri bakımından, yani o fiilin işlendiği anda içinde bulunulan durum ve şartlara göre tesbit etmesi gerekir (229). Bu hususta kişinin fikri ve zihni yeteneği, eğitimi, zarar verici fiilin veya olayın mahiyeti, tehlikenin kavranabilmesi gözönünde tutulur (230). Gerçekten, meselâ, bir şehir çocuğundan trafik tehlikelerine karşı bir köy çocuğuna oranla daha yüksek bir kavrayış derecesi beklenir. Buna göre, trafik kazasında mağdur olan bir köy çocuğunun mümeyyiz olup olmadığı incelenirken, daha müsamahalı karar verilecektir. Şayet mağdur küçük, trafik dersleri almışsa veya yerel trafiğin durumunu bilmesi gerekiyorsa, köy çocuğu da olsa, bu müsamaha gösterilmeyecektir (231). Bununla birlikte, Federal Mahkemenin bir kararında isabetli olarak belirttiği gibi (232), "temyiz kudreti ka-

-
- (226) Oftinger, I, sh.165; Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh.196; Stark, Nr.496.
- (227) Oftinger, I, sh.165; Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh.196; Tandoğan, Mesuliyet, sh.56.
- (228) BGE 90 II 9-14 (Oftinger, Bundesgerichtspraxis, sh.249 Nr.91, e).
- (229) Eren, Borçlar, sh.245,246; Oftinger, I, sh.154,165; Stark, Nr.497; Von Büren, B., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, sh.57 dn.75; Tandoğan, Mesuliyet, sh.57; BGE 44 II 449; 90 II 9 (Oftinger, Bundesgerichtspraxis, sh.249 Nr.91, e).
- (230) Tandoğan, Mesuliyet, sh.57.
- (231) Oftinger, I, sh.165-166; BGE 89 II 56 (Kaneti, I, sh.121-122 Nr.112); Y.4.HD.23.11.1976 t., E.10308, K.10207 (YKD., 1978, S.4 sh.539-540).
- (232) BGE 90 II 9 (Oftinger, Bundesgerichtspraxis, sh.249, Nr.91, e.).

rine olarak var sayılır; olmadığını ileri süren, iddiasını ispatlamak zorundadır.”

Şu halde, zarar gören temyiz kudretine sahip değilse, kural olarak, onun zararın meydana gelmesine sebep olan davranışı dolayısıyla tazminatta hiç bir indirim yapılmaz. Bununla birlikte, mağdurun temyiz kudretinin bulunmaması sebebiyle zararın tamamının tazminine hükmedilmesi haksız bir durum ortaya çıkarabilir. Bunun için, uygulamada, gayrimümeyyiz zarar görenin temyiz kudretini haiz olsaydı kendi kusuru sayılacak davranışı dolayısıyla, BK.m.54 f.I hükmünün kıyasen uygulanması ve hakkaniyet gerektiriyorsa tazminatta indirim yapılması kabul edilmektedir (233)(234). Hâkim, hakkaniyetin haklı gösterdiği durumlarda, gayrimümeyyiz zarar görenin doğmasına iştirak eden veya artmasına sebep olan fiili dolayısıyla, tazminatı uygun bir ölçüde indirebilecektir. Şu halde, gayrimümeyyizin hakkaniyet sorumluluğunu kabul hususunda ne kadar ileri gidilirse, gayrimümeyyiz zarar görenin davranışı dolayısıyla tazminatın indirimi de o kadar fazla önem kazanacaktır (235). Bununla birlikte, BK.m.54 f.I hükmünün burada kıyasen uygulanması hâkime, BK.m.44 f.I'de öngörülen tazminata hükmetmekten tamamen vazgeçme yetkisini vermemelidir (236).

(233) Oftinger, I, sh.166; Guhl/Merz/Kummer, sh.74-75; Von Tuhr/Peter, sh.109; Haberlin, sh.82-83; Stark, Nr.700; Keller/Gabi, sh.98; Keller, A., sh.106; Deschenaux/Tercier, sh.206; Tandoğan, Mesuliyet, sh.325; Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh.198; Koziol, sh.188; BGE 60 II 38 vd. (Oftinger, Bundesgerichtspraxis, sh.262 Nr.96); Y.4.HD. 11.3.1981 t., 1217 E., 3013 K. (YKD., 1981, S.11 sh. 1420); 4.HD.13.4.1976 t., E.1976/2237, K.3896 (İKİD., 1977, sh.5399-5400).

(234) Ancak, zarar görenin davranışı objektif olarak zarara sebebiyet verici nitelikte görünmüyorsa, BK.m.44 f.I uygulanmamalıdır. Meselâ, ansızın bir araç karşısına çıkan bir yaya-dan kazayı önleyici tedbirleri alması beklenemez. Böyle bir durumda, kazaya uğrayan bir gayrimümeyyizin davranışı dolayısıyla BK. m.54 f.I hükmüne kıyasen tazminatta indirim yapılması haklı görülemez (Tekinay, Destek, sh.208).

(235) Schwarz, sh.146.

(236) Oftinger, I, sh.114; Stark, Nr.336.

Tazminatta yapılacak indirimin belirlenmesinde, gayrimüeyyiz küçüğün olgunluk seviyesi, akıl hastasının gayrimüeyyizlik derecesi de dikkate alınır. Meselâ, sorumlunun hafif kusuru ve zarar gören gayrimüeyyiz küçüğün itatsizliği söz konusu ise, tazminat hakkaniyet gereği olarak indirilir (237).

Zarar gören ağır kusuruyla zarara sebebiyet vermişse, tazminat sorumlusu sorumluluktan kurtulur. Zira bu durumda, ilk sebebi teşkil eden zarar failinin fiili veya sorumlu olduğu objektif olay ile zarar arasındaki illiyet bağı kesilmiş olmaktadır (238). Ancak gayrimüeyyiz zarar görenin, temyiz kudretini haiz olsaydı kusurlu sayılacak bir davranışının, illiyet bağını kesmiş sayılıp sayılmayacağı, yani zarar failini sorumluluktan kurtarıp kurtarmayacağı, doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre (239), gayrimüeyyizinin temyiz kudretini haiz bir kişi yönünden kusur olarak nitelenebilen davranışı, zararın meydana gelmesi için yeterli yoğunluğa ulaştığı takdirde, illiyet bağını kesmiş kabul edilmelidir. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise (240), şayet zarar gören temyiz kudretini haiz değilse, onun böyle bir davranışı sorumluluktan kurtulma sebebi olamaz. Eren'in isabetli olarak belirttiği gibi (241), esasen "...tabii illiyet veya fiili - mantıki sebep kavramları yönünden kusurlu davranışla kusursuz davranış arasında bir fark yoktur. Ancak, burada, illiyet bağının kesilmemesi veya sorumluluktan kurtulmama sadece hukuki bir değer hükmü yönündendir...". Kaldı ki, gayrimüeyyiz zarar görenin davranışı mücbir sebep yoğunluğuna ulaştığı durumlarda, illiyet bağının kesilmesi söz konusu olabilir (242). Şu halde, zarar görenin gayrimü-

(237) Oftinger, I, sh.166.

(238) Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh.193; Tandoğan, Mesuliyet, sh.80-81.

(239) Oftinger, I, sh.113-114; Ayrıca diğer yazarlar için bkz. Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh.194 dn.186.

(240) Stark, Nr.701; Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh.194-197.

(241) Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh.197 dn.200.

(242) Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh.197; Maurer, T., Drittverschulden und Drittverursachung im Haftpflichtrecht, Bern 1974, sh.82.

meyyiz olması illiyet bağının kesilmesi için gerekli değer hükmünün verilmesine engel olur. Objektif olarak sorumlu olan kişiler, temyiz kudretinden yoksun olanların zarara uğrama tehlikesini de üzerlerine almalıdırlar (243).

Sorumluluk hukukunda bugün, gayrimüeyyiz zarar görenin objektif bakımdan kusurlu olarak nitelenebilen davranışı, sorumluluktan kurtulma sebebi olarak kabul edilmemektedir. Özellikle, tehlike sorumluluğu düzenleyen özel kanunlarda, zarar görenin sadece ağır kusurlu davranışı, illiyet bağını kesen bir sebep sayılmaktadır (244). Gayrimüeyyiz zarar görenin davranışı, illiyet bağını kesecek yoğunlukta olsa bile, kusurlu olarak nitelenemeyeceği için, bir sorumluluktan kurtulma sebebi oluşturmaz. Meselâ, hareket halindeki trenden temyiz kudretini haiz kişi atladığında, sorumluluk ortadan kalkar; buna karşılık, gayrimüeyyiz bir kişinin aynı davranışı böyle bir sonuç doğurmayacaktır (245).

Keza, temyiz kudretini geçici olarak kaybeden zarar gören bakımından da BK.m.54 f.II hükmü kıyasen uygulanabilir. Zarar gören temyiz kudretini kusuruyla geçici olarak kaybettiği, meselâ fazla alkol alarak sarhoş olduğu bir sırada, zararın doğmasına iştirak etmiş ya da artmasına sebep olmuşsa, bu takdirde davranışı ona birlikte kusur olarak isnat edilir (246). Yine kusuruyla temyiz kudretini geçici olarak kaybeden zarar görenin, bu durumda iken işlediği fiili, illiyet bağını kesecek yoğunlukta ortaya çıkmışsa, tazminat sorumlusu sorumluluktan kurtulabilir (247)(248).

(243) Stark, Nr.701.

(244) Nitekim 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunumuzda, zarar görenin sadece ağır kusurlu davranışı, diğer şartların da bulunması kaydıyla, bir sorumluluktan kurtulma sebebi olarak öngörülmüştür (Bkz. KTK.m.85 f.I).

(245) Maurer, sh.39; Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh.195-196; Oftinger, I, sh.165-166.

(246) Oftinger, I, sh.167; Tandoğan, Mesuliyet, sh.325; Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh.199; Haberlin, sh.82-83; Im Hof, sh.201.

(247) Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh.199.

(248) Tehlike sorumluluklarında genellikle sorumluluğun kalkması için aranan zarar görenin ağır kusuru şartı (KTK.m.85), geçici gayrimüeyyizlik durumunun meydana gelmesinde aranma-

Zarar görenin temyiz kudretini geçici olarak kendi kusuruyla kaybetmiş olduğunu ve zararın bu yüzden meydana geldiğini ispat, tazminat sorumlusuna düşer (249). Gerçi, BK.m.54 f.II bir kusur karinesi öngörüyor; fakat bu, münhasıran tazminat sorumlusunun gayrimümeyyizliği içindir. Temyiz kudretini geçici olarak kaybeden zarar görenin kusuru bakımından, bir vakıayı ileri sürenin onu ispat etmesi gerektiği genel ispat yükü kuralı (MK.m.6) geçerli olmalıdır. Zira, BK.m.54 f.II de genel ispat yükü kuralına bir istisna tanınması söz konusudur ve istisnalara kıyas yoluyla uygulanamaz (250).

Kanuni temsilcinin gözetim ödevini gereği gibi yerine getirmemesi de, gayrimümeyyiz zarar görene birlikte kusur olarak isnat olunamaz. Zira, kanuni temsilci, gözetim ödevi dolayısıyla gözetimi altındaki kişilerin davranışlarından sorumludur; fakat gözetim altında bulunanların, kanuni temsilcilerinin davranışlarından sorumluluğu söz konusu olamaz (251). Kanuni temsilcinin tazminat davasını mağdur adına açmış olması, durumu değiştirmez. Bu cümleden olarak, zarar failinin, meselâ gayrimümeyyiz küçüğe borçlu olduğu tazminat edimlerini, geçici olarak kanuni temsilci olan ana babaya ödeyecek olması, sonuca etkili değildir. Zira bu tazminat, ana babanın malvarlığından ayrı olan küçüğün malvarlığına girecektir. Bu itibarla, gözetimle yükümlü olanın bu ödevi ihlal etmesi dolayısıyla, mağdur adına talep edilen tazminatta indirim yapılması mümkün değildir. Böyle bir kusur ancak, gözetimle yükümlü olanın zarardan müteselsil sorumluluğunu sonuç verir. Başka bir ifadeyle, kanuni temsilcinin gayri mümeyyiz mağdurun zarara uğramasındaki gözetim kusuru, sadece

malıdır. Zira, meselâ KTK. m.85 f.I de anılan zarar görenin ağır kusuru, zararın meydana gelmesine ilişkindir. Oysa, BK. m.54 f.II deki kusur ise, gayrimümeyyizliğin ortaya çıkması ile ilgilidir (Oftinger, I, sh.167).

(249) Oftinger, I, sh.167; Stark, Nr.337; Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh.199; Karşı görüş için bkz. Tandoğan, Mesuliyet, sh.325.

(250) Oftinger, I, sh.167.

(251) Koziol, sh.198

üçüncü kişinin kusuru olarak kabul edilebilir (252). Bu sebeple, şayet kanuni temsilcinin zararın meydana gelmesindeki gözetim kusuru ağır olursa, illiyet bağı kesilmiş sayılacağından, zarar failinin tazminat sorumluluğu ortadan kalkar (253). Eğer bu kusur ağır değilse, yani illiyet bağını kesecek yoğunlukta gerçekleşmemişse, bu takdirde, sorumlu kişinin kanuni temsilciye karşı, zarardan müteselsil sorumluluk dolayısıyla, bir rücu hakkı söz konusu olur (BK.m.51) (254). Bununla birlikte, zarardan sorumluluk kusura dayanıyorsa; kanuni temsilcinin gözetim kusuru dolayısıyla zarar failinin kusuru daha hafif olarak nitelendirileceğinden, bu sebeple tazminatta indirim hükmedilmesi mümkündür (255). Ancak bunun için, ana babanın veya diğer gözetimle yükümlü kişilerin davranışının gerçekten kusurlu olması şarttır (256).

Kanuni temsilcinin gözetim kusurunun bulunup bulunmadığı, MK.m.320 hükmü çerçevesinde, somut durum ve şartlar, bu cümleden olarak küçüğün yaşı, karakteri, uğraştığı şeyin tehlikeliliği ve çocukların gözetiminde genel olarak beklenen icaplar gözönünde tutulmak suretiyle tayin edilir (257).

Şayet gayrimüeyyiz mağduru gözetmekle yükümlü bulunan kişiler, doğrudan doğruya kendilerine ait bir hakkı dava ederlerse, sorumlu kişinin haiz olduğu rücu hakkı oranında taleplerinde indirim yapılabilir. Meselâ, ana babanın, gayrimüeyyiz küçüğün ölümü yüzünden destekten yoksun kalma tazminatı istemeleri halinde; sorumlu kişinin, gözetim kusurlarına dayanarak ana babadan rücu yoluyla talep edebileceği miktar oranında, tazminatta indirim yapılabilecektir (258).

-
- (252) Oftinger, I, sh.167; Stark, Nr.338; Tandoğan, Mesuliyet, sh.325; Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh.199; Von Büren, sh.61; Becker, Art.44 Nr.14; Ünal, M., Aile Başkanının Sorumluluğu, Ankara 1979, sh.139; Y.4.HD. 2.10.1984 t., E.1984/6238, K.7225 (YKD., 1985, S.3 sh.188-191); 4.HD. 11.3.1981 t., E.1247, K.3013 (YKD., 1981, S.II sh.1421);
- (253) Stark, Nr.338; Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh.199.
- (254) Oftinger, I, sh.168; Stark, Nr.338; BGE 81 II 159.
- (255) Oftinger, I, sh.167-168; Tandoğan, Mesuliyet, sh.325.
- (256) Oftinger, I, sh.168; Ünal, sh.139.
- (257) Oftinger, I, sh.168.
- (258) Oftinger, I, sh.168; BGE 81 II 159.

D. Zarar Görenin Yardımcılarının ve Benzerlerinin Kusurlarıyla Zararın Doğmasına İştirak Etmeleri veya Artmasına Sebep Olmaları

Zarar görenin yardımcılarının zararın doğmasına iştirak eden veya doğmuş zararın artmasına sebep olan kusurları, zarar görenin kusuru gibi sayılır (259). Zira yardımcı kişiler, kendilerini istihdam edeni tehdit eden bir zararı önlemek veya meydana gelmiş bir zararı azaltmakla yükümlüdürler. Şayet onlar bu ödevlerini ihlal etmişlerse, bu takdirde bundan zarar faili sorumlu tutulamaz; aksine bunun sonuçlarına zarara uğramış olan istihdam eden katlanmalıdır (260). Gerçekten, yardımcı kişilerin başkalarına verdikleri zarardan istihdam edenin sorumlu tutulmasını haklı kılan sebepler, bu yardımcıların işlerini yaparken önleyebilecekleri veya önlemeleri gerektiği zararın, onları istihdam eden zarar görene yükletilmesini dahi haklı gösterir (261).

İstihdam eden mağdurun, çalıştırdığı adamların ve yardımcılarının kusurundan dolayı, lehine hükmedilecek tazminatın indirilmesine katlanması, aynı zamanda dürüstlük kuralınının (MK.m.2) da gereğidir (262). Bununla birlikte, zarar gören BK.m.55'e kıyasen kurtuluş delili getirirse, yardımcılarının kusuru dolayısıyla tazminatta indirim yapılamaz (263). Buna karşılık, zarar gören bir tüzel kişi ise, onun organlarının davranışı, MK.m.48'e kıyasen uygulanmasıyla, tüzel kişinin kusuru kabul edildiği için, zarar görene BK.m.55 anlamında bir kurtuluş delili getirme imkânının tanınması söz ko-

-
- (259) Oftinger, I, sh.163-164; Guhl/Merz/Kummer, sh.74; Von Tuhr/Peter, sh.109; Stark, Nr.341; Deschenaux/Tercier, sh.58; Tandoğan, Mesuliyet, sh.324; Gürsoy, sh.342-343; Lange, sh.333 vd.; Koziol, sh.197; BGE 61 II 187; 99 II 200; Y.TD.25.10.1971 t., E.4762, K.6491 (TİK., 1972/II, sh.133); 4.HD. 7.10.1986 t., E.1986/5949, K.6655; 4.HD. 24.1.1986 t., E.1985/8879, K.280; 4.HD. 8.3.1984 t., E.1984/1587, K.2136 (Bu kararlar yayınlanmamıştır).
- (260) Oftinger, I, sh.163-164; Deschenaux/Tercier, sh.58.
- (261) Von Tuhr/Peter, sh.109-110; Oftinger, I, sh.163-164; Koziol, sh.197; Gürsoy, sh.343.
- (262) Oftinger, I, sh.164; Gürsoy, sh.343.
- (263) Oftinger, I, sh.164; Tandoğan, Mesuliyet, sh.324; Gürsoy, sh.343.

nusu olamaz (264) .

Zarar görenin yardımcılarının davranışları, ilk sebebi arka plâna iterek, illiyet bağıni kesecek yoğunluğa ulaşmışsa, bu takdirde zarar sorumlusu sorumluluktan kurtulur (265) .

Zarar görenin yardımcılarının kusurları dolayısıyla tazminatın indirilmesi, BK.m.100'e kıyasen akdi sorumlulukta uygulanabileceği gibi (266), yardımcılarının fiillerinden sorumluluğa benzer hükümler getiren sebep sorumluluklarında da, MK.m.320, BK.m.56, ve m.58, KTK. m.85 f.IV'e kıyasen uygulanabilecektir (267) .

MK.m.320 gereğince, aile başkanı gözetimi altında bulunan kişilerin başkalarına verdiği zarardan kural olarak sorumludur. Keza, aile başkanının uğradığı zararda, gözetimi altında bulunan kişilerin davranışlarının da rolü olmuşsa, zararın tamamı zarar failine ödettilerilemez . Gerçekten, aile başkanını, gözetimi altındaki kişilerin başkalarına verdikleri zarardan sorumlu kılmayı gerektiren sebepler, kendi uğradığı zararın, onların davranışlarına düşen kısmına katlanmasını da haklı gösterir (268) .

Keza, zararın meydana gelmesine veya artmasına zarar görenin tutucusu olduğu hayvanın yeterli gözetilmemesi yol açmışsa, bu durumda zarar görene verilecek tazminatta indirim yapılabilecektir (269) . Meselâ, yetersiz gözetilen bir hayvanın bir aracın önüne çıkarak telef olması halinde, hayvanın tutucusu olan zarar gören, ancak indirilmiş bir tazminat elde eder (270) .

(264) Oftinger, I, sh.164.

(265) Eren, Uygun illiyet Bağı, sh.200; Oftinger, I, sh.117-118.

(266) Alman Medeni Kanunu'nun zarar görenin kusurunu düzenleyen 254. paragrafında, Borçlar Kanunumuzun 100. maddesini karşılayan 278. paragrafın bu konuda kıyasen uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir (Bu hususta geniş bilgi için bkz. Lange, sh.333, 370-371) .

(267) Von Tuhr/Peter, sh.109; Oftinger, I, sh.164; Brehm, Art. 44 Nr.37-40; Im Hof, sh.203-204.

(268) Karş. Von Tuhr/Peter, sh.109-110; Oftinger, I, sh.163-164; Gürsoy, sh.343; Koziol, sh.197.

(269) Von Tuhr/Peter, sh.109; Brehm, Art.44 Nr.38.

(270) BGE 85 II 243-247; Y.4.HD. 13.3.1985 t., E.9973, K.2112

Keza, zarar görenin sahibi bulunduğu bir yapı eserinin zarara uğramasında bu yapı eserinin hatalı yapımı veya eksik bakımı da rol oynamışsa, yine tazminatta indirim hükmedilebilecektir (271). Bununla birlikte Yargıtay, yapım hatasının veya bakım eksikliğinin yapı eserindeki zararın doğmasına ya da artmasına yol açmasını, tazminatta bir indirim sebebi kabul etmemektedir. Ve Yargıtay'ın bu içtihadı yerleşmiştir. Nitekim Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinin 14.1. 1975 tarih ve 9196 esas, 465 karar sayılı kararı bu yöndedir: "... Hükme dayanak tutulan (...) günlük bilirkişi raporuna göre davacılara ait binadaki hasarın doğuş nedeni davalılarca yapılan binanın yapılışı sırasında gerekli tedbirlerin alınmamış olmasıdır. Davacıların binası fenne aykırı yapılmış olsa dahi davalılar kendi binalarını yaptırmış olmasa idi yapının bu durumu ile tabii yaşantısını sürdüreceği düşünülmemek gerekir. Davacıların binasındaki hasara doğrudan doğruya davalıların bina yapmaları olayı yol açmıştır ve daha önce kendiliğinden hasara uğraması için bir neden gösterilmemiştir. Davalıların doğurdıkları zarar bakımından % 40 oranında indirim yapılmasına tazminat hukuku kuralları elverişli değildir..." (272). Aynı Dairenin son tarihli kararlarında da, zarara uğrayan yapı eserindeki yapım hatasının veya bakım eksikliğinin bir indirim sebebi sayılması reddedilmektedir (273).

(YKD., 1985, S.7, sh.978); Davacının öldürülmüş olan hayvanını başıboş bırakmak suretiyle davalının pancar ekili tarlasına girmesine sebebiyet vermesi kendi kusurunu oluşturur: Y.4. HD. 26.11.1984 t., E.1984/7597, K.866 (yayınlanmamış); Aynı yönde bir başka karar için bkz. 4.HD. 22.11.1984 t., E.1984/7608, K.8632 (yayınlanmamış).

(271) Brehm, Art.44 Nr.39.

(272) Karahasan, sh.1015; Aynı yönde başka bir kararı için bkz.

4.HD. 12.4.1979 t., E.8915 K.4556 (Karahasan, sh.1002-1003).

(273) Y. 4.HD. nin 5.3.1986 t. ve E.1986/998, K.1646 sayılı kararından: "...Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamasına göre davalının inşaata girişmemiş olması halinde davacının binasında böyle bir zarar meydana gelmeyecek, yapı tabii yaşantısına sürdüreceği ve davacının eskisi gibi binadan yararlanmaya devam etmesi mümkün olacak ise, davacıya ait binanın yapı tarzı ne olursa olsun onun tehlikeye maruz kalmasından ötürü doğan zararı davacı ödemekle yükümlüdür. Davacıya ait binanın eski olması Borçlar Kanununun 44. maddesinin birinci fıkraya hükmüne nazaran bir müterafık kusur dahi sayılmaz..." (yayınlanmamış);

Oysa, yapı eseri sahibini, yapıdaki bozukluğun veya bakımdaki eksikliğin başkalarına zarar vermesinden kusursuz olarak sorumlu tutmayı haklı kılan sebepler; onun, zarara uğrayan yapı eserindeki bu bozukluk veya eksikliğin zararın doğmasına ya da artmasına sebep olması oranında zarara katlanmasını dahi haklı gösterir. Gerçekten, yapıdaki bozukluk veya bakımdaki eksikliğin meydana gelmesinde rol oynadığı zararın tamamı zarar failine yükletilmemelidir. Şu halde, bir yapı eserinin zarara uğraması halinde, her şeyden önce bu yapı eserinde bakım bozukluğu (hatası) veya bakım eksikliği mevcut olup olmadığı, mevcutsa bununla zararın meydana gelmesi ya da artması arasında uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığı araştırılmalı, böyle bir bağın mevcudiyeti sabit görüldüğünde de, tazminatta indirim hükmelidir. Bu itibarla Yargıtay'ın yukarıda anılan kararlarına, özellikle gerekçesine katılamıyoruz.

Keza, KTK. m.85 f.IV hükmünün (274), kıyasen uygulanmasıyla; şayet zarar gören araç işleteninin yardımcıları, kusurlu davranışlarıyla zararın doğmasına veya artmasına sebep olmuşlarsa, zararın onların kusuruna isabet eden kısmı oranında tazminatta indirim yapılabilir (275) (276).

BK.m.56'ya kıyasen, zarar gören hayvan tutucusu bir kurtuluş delili getirebilir; bu durumda tazminatta bir indi-

Y. 4.HD.nin 10.4.1980 tarih ve E.1980/2322, K.4694 sayılı kararından : "...Mahkemece, binanın yapılmasındaki hata dolayısıyla davacının da %50 kusurlu bulunduğu esası benimsenmiş ve davacının gerçek zararından bu oranda indirim yapılmak suretiyle hüküm konulmuştur. Oysa, zarar, binanın mühendis yerine ustaya yaptırılmasından değil, Davalı Tuncer'in kullandığı kamyonla binaya çarpmasından meydana gelmiştir. Bu çarpma vuku bulmasa idi davacının, bu binadan eskisi gibi yararlanmaya devam etmesi mümkün olacaktı. Davacının zararı davalılara ait kamyonun çarpması sonucu meydana gelmiş bulunmasına ve çarpma fiilinde, davacıya atfı kabil bir kusurdan söz edilemeyeceği ne..." (yayınlanmamış).

(274) KTK.m.85 f.IV: "İşleten, aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan, kendi kusuru gibi sorumludur".

(275) Oftinger, I, sh.164-165.

(277) 14.10.1983 tarih ve 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 137. maddesinde, "müterafık kusur" kenar başlığı altın-

rim yapılmaz (277). Buna karşılık, zarar gören yapı eseri sahibinin ve araç işletenin kurtuluş delili getirmeleri söz konusu olamaz. Zira, kıyas yapılan hükümlerde kurtuluş delili getirilebilmesi öngörülmemiştir (BK.m.58, KTK.m.85 vd.) (278).

Zarar görenin kusuru, tazminat usulünde kural olarak, davacı sıfatıyla ortaya çıkan kişinin zararın meydana gelmesine veya artmasına sebep olan davranışdır. Bununla birlikte zarar görenin kusuru, onun tazminat talebini devrettiği kişiye, mirasçılara (279), destekten yoksun kalanlara (280) ve mağdura kanunen halef olan sigortacıya karşı (281) da ileri sürülebilir (282).

da, yardımcılarının kusuru dolayısıyla tazminatta indirim yapılabileceği, açıkça ifade edilmiştir: "İşleten, zararın doğmasına veya artmasına, zarara uğrayan veya adamlarının kusurlu davranışlarının yol açtığını ispat ettiği takdirde, tazminat borcundan tamamen veya kısmen kurtulur".

(277) Brehm, Art.44 Nr.42.

(278) Oftinger, I, sh.165; Kılıçoğlu, sh.19.

(279) Tazminatın tayininde miras bırakanın kusuru da bir indirim sebebi oluşturur: Y.9.HD.16.10.1979 t., E.11805, K.12844 (YKD., 1980, S.2 sh.235-236).

(280) Ölüm olayının vukua gelmesinde ölenin ağır kusuru mevcutsa, tazminat sorumlusunun sorumluluğu kalkar: Y.4.HD. 22.9.1976 t., E.8231, K.7867 (YKD., 1978, S.5 sh.709-710); Ölenin tahriki zararın doğmasına yardımcı olmuştur. Bu bakımdan, tazminatta indirim yapılması gerekir: 4.HD. 10.3.1975 t., E.1969, K.3027 (Olgaç, S., Kazai ve İلمي İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Genel Hükümler (1-60), Ankara 1976, sh.696, Nr.2); Mahkemece kabul edilen bilirkişi raporuna göre kusurun tamamı ölenedir. Buna rağmen davalının tazminat sorumluluğuna hükmedilmesi bozmayı gerektirir: Y.4.HD. 12.10.1973 t., E.1973/10957, K.8771 (yayınlanmamış).

(281) İşçi Sigortalarının rücu açtığı tazminat davalarında sigortalının birlikte kusuru sabit ise, Borçlar Kanununun 44. maddesi hükmüne göre tazminatta indirim yapılabilir: Y. İçt. Bir. Kar. 31.3.1954 t., E.17, K.10 (RG.1954, S.8755; Olgaç, 1969, sh.303, Nr.25); Ölen sigortalı işçinin iş kazasının meydana gelmesindeki kusurunun, Sosyal Sigortalar Kurumunun rücu açtığı tazminat davasında da dikkate alınması gerekir: Y.HGK., 27.10.1965 t., E.611/D-9, K.389 (Olgaç, 1969, sh.304 Nr.26); Sigortanın zarar görenin halefi olması, sigortalının zararından sorumlu olan davalının durumunu hukuken ağırlaştırmaz: 4.HD.5.11.1984 t., E.6092, K.8184 (YKD. 1985, S.4, sh.489-492).

(282) Oftinger, I, sh.270; Tandoğan, Mesuliyet, sh.325; İm Hof, sh.223-224; Oser/Schönenberger, Art.44 Nr.17; Becker, Art.44 Nr.13.

E. Zarar Görenin Kusurunun Hukuki Sonuçları

1. Genel olarak

Zararın meydana gelmesinde zarar görenin kusuru kabul edildiği takdirde, geriye tazminatta yapılacak indirimin oranını belirlemek kalıyor. Hâkim görüşüne göre, zarar görenin kusuru dolayısıyla tazminatta indirim, kural olarak, zarar görenin kusuru zarara sebebiyette hangi oranda rol oynamışsa, o oranda yapılmalıdır. Başka bir ifadeyle, meydana gelen zarar, zarar faili ile zarar gören arasında, fiillerinin zarara sebep olma derecesine göre paylaştırılır (283). Bu husustaki ölçü, kusura dayanan sorumlulukta kusurun derecesinden; sebep sorumluluklarında ise, sebebiyetin yoğunluğundan çıkıyor (284). Sebep sorumluluğunu gerektiren objektif olayın, zararın meydana gelmesinde çok yoğun rol oynadığı durumlarda, zarar görenin hafif kusuru hiç hesaba katılmayabilir veya çok düşük oranda bir indirimle yetinilir (285).

Bununla birlikte, zarar görenin kusuru ile zararın doğması veya artması arasında bir uygun illiyet bağı mevcut değilse, bu davranış bir indirim sebebi teşkil etmez (286).

Ayrıca, zarar görenin kusurunun, zarar failinin fiili veya sebep sorumluluğu oluşturan olay ile zarar arasındaki illiyet bağını kesecek yoğunluğa ulaştığı durumlarda, şüphe-

(283) Oftinger, I, sh.268; Tandoğan, Mesuliyet, sh.322-323; Deschenaux/Tercier, sh.205-206; Keller/Landman, T.98; İm Hof, sh.210-211; Gürsoy, sh.365; Larenz, I, sh.503-504; Koziol, sh.189; Karş. Stark, Nr.324-325.

(284) Oftinger, I, sh.268-269; Tandoğan, Mesuliyet, sh.323-324; Stark, Nr.331.

(285) Stark, Nr.331.

(286) İm Hof, sh.199; Haberlin, sh.56; Eren, Uygun illiyet Bağı, sh.192; Tandoğan, Mesuliyet, sh.322 dn.29; Ölenin devlet aracına binmesiyle ölümü arasında uygun illiyet bağı yoktur. Esasen, devlet araçlarına binme yasağı, herhangi bir tehlikeyi önlemek için değil, bunların yıpranmasına mani olmak amacıyla konulmuştur : Y.4.HD.31. 3.1959 t., E.5331, K.2812 (Olgaç, 1969, sh.296 Nr.2); Ayrıca bkz. Y.HGK., 4.11.1951 t., E.4/47, K.144 (Olgaç, 1969, sh.297 Nr.4); 3.HD. 18.4.1961 t., E.3207, K.2687 (Olgaç, 1969, sh.296 Nr.3); 4.HD. 4.12.1978 t., E.1985, K.13614 (Karahasan, sh.1007).

siz, tazminat sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Zira, böyle bir durumda zarar görenin kusurlu davranışı, zararlı sonucu doğurmaya elverişli fiil veya olayı ikinci plâna atmış ve yoğunluğu itibariyle zararlı sonucun uygun sebebi haline gelmiş olmaktadır (287). Meselâ, bir işçi işyerinde kullanılan demiryolu üzerine intihar etmek kasdıyla tren gelirken kendisini atıyor ve ölüyor. Burada işçinin bu kasıtlı davranışı, ilk sebeple zararlı sonuç arasındaki uygun illiyet bağıını kesmiştir. Zira bu davranışı, sorumluluğu işverene yükletilecek olayı ikinci plâna atmış ve ölümün tek uygun sebebinin oluşturmuştur (288). Özellikle sebep sorumluluklarında zarar görenin ağır kusuru, illiyet bağıını kesen bir durum olarak kabul edilmektedir (289).

BK.m.44 f.I hükmü zarar görenin kusurunun varlığı halinde, hâkime, tazminatta indirim yapabilme yanında, tazminata hükmetmekten tamamen vazgeçme yetkisi de tanımaktadır. Esas itibariyle, zarar failinin tamamen sorumluluktan kurtarılması, sadece, zarar görenin kusurunun zarar verici fiil veya olay ile zarar arasındaki uygun illiyet bağıını kesecek yoğunluğa ulaştığı durumlarda haklı görülebilir. Ancak bu, BK.m.44 f.I' de öngörülen hükme başvurulmaksızın da sorumluluktan kurtulmayı mümkün kılan bir yol olduğu için, ilgili fıkroda, zarar görenin kusurunun illiyet bağıını kesecek yoğunluğa erişmediği hallerin amaçlandığı kabul edilmelidir (290). Şu halde, zarar görenin kusuru dolayısıyla tazminata hükmetmekten tamamen vazgeçmenin haklı sayılabilmesi için, zarar görenin kusurunun, zarar verici fiil veya olayı tamamıyla geri plâna itmemeyle, yani illiyet bağıını kesmemekle birlikte, buna yakın yoğunlukta gerçekleşmiş olması aranma-

-
- (287) Eren, Uygun illiyet Bağı, sh.187-188; Maurer, sh.37; Oftinger, I, sh.121; Tandoğan, Mesuliyet, sh.80-81; Keller/Gabi, sh.33,98; Keller/Landman, T.98.
 (288) Eren, Uygun illiyet Bağı, sh.188-189.
 (289) Oftinger, I, sh.120; Tandoğan, Mesuliyet, sh.81; Eren, Uygun illiyet Bağı, sh.192.
 (290) Karş. Keller/Gabi, sh.98

lıdır. Meseââ, zarar görenin ağır kusuruna karşılık, zarar failinin hafif kusuru bulunduğu takdirde, hâkim, tazminata hükmetmekten tamamen vazgeçebilmelidir. Bu itibarla, zarar failinin kusuru ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunması halinde, istisnai durumlar dışında tazminata hükmetmekten tamamen vazgeçme haklı görülemez (291). Yargıtay da BK. m.44 f.I hükmüne dayanılarak tazminattan tamamen vazgeçilmesinin ancak istisnai durumlarda söz konusu olabileceğini kabul etmektedir. Nitekim Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinin 12.4.1984 tarih ve esas 3198, karar 3741 sayılı kararına göre (292); "...ortak kusurun varlığı halinde; hâkim, ortak kusurun tazminata etkisini başka bir anlatımla bunun bir tenkis sebebi mi yoksa zarar ziyan hükmünden tamamen sarfınazar edilecek bir sebep mi olduğunu takdir edecektir. Hâkim bu yolda takdir hakkını kullanırken hak ve adalete uygun bir sonuca varacak yol izlemelidir. Bunun için de; her şeyden evvel, maddenin amacının iyi bilinmesi gerekir. Türk Pozitif hukukunda Borçlar Kanununun 44/1. maddesinin (hiç kimse kendi kusurundan yararlanamaz) ilkesine dayandığı kabul edilmektedir. ... zarar gören kendi davranışıyla zarara neden olmuş ise, bu zararı başkası yüklenmemeli payı ayrılmak suretiyle zarar verenin sorumlu olacağı miktar tesbit edilmelidir ...

Maddenin bu amacı gözönüne alındığında; gerçek amacın, ortak kusur halinde zararın bu kusura isabet eden payının indirilmesi olduğu; zarardan^(x) tamamen vazgeçilmesinin ise, istisnai bir durum olduğu kabul edilmelidir... yapılacak değerlendirme sonucu, olayda ortak kusurun etki ağırlığı o derece olmalıdır ki, zarar verenin hukuka aykırı davranışını (illiyet bağını tamamen kesmemekle beraber) ikinci plâna itsin (293); istisnai amaç (tazminat hükmünden^(x) tamamen sarfınazar edilme

(291) Keller/Gabi, sh.33, 98; Oser/Schönenberger, Art.44 Nr.16 16; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.805.

(292) YKD. 1984, S.7 sh.1028-1029; Aynı yönde başka kararlar için bkz. Y.4.HD. 21.4.1986 t., E. 86/2787, K.3491 (yayınlanmamış); 4.HD. 11.12.1980 t., E.1980/11860, K.14434 (yayınlanmamış).

(293) Yalnız bu kararda, dn. 292'de anılan diğer kararlarda da (X) "tazminata hükmetmekten" olmalı.

si) hak ve adalete uygun hale gelsin."

Hâkim tazminatın kapsamını tayin etmekle yükümlü olduğu için, zarar görenin kusurunu kendiliğinden (re'sen) dikkate alabilir (294). Bununla birlikte, hâkim, tarafların kusur dereceleriyle zarara sebebiyetteki rollerini bilirkişi marifetiyle tesbit ettirmelidir (295). Yargıtay'ın içti-hadı da bu yöndedir (296).

2. Kusur sorumluluğunda

Kusur sorumluluğunda zarar görenin kusuru oranında tazminatta indirim yapılması, daha doğrusu zarar faili ile zarar gören zararın meydana gelmesinde hangi oranda kusurlu iseler, o ölçüde zararı yüklenmeleri gerekir (297). Roma ve Müsterek hukuklarından farklı (298), Alman ve Avusturya hu-

olduğu gibi, zarar görenin kusuru dolayısıyla tazminata hükmetmekten tamamen vazgeçmenin haklı sayılabilmesi için, zarar görenin kusurunun "zarar verenin hukuka aykırı davranışını (illiyet bağına tamamen kesmemekle birlikte) ikinci plâna" itmesinden söz edilmektedir. Bu ifade isabetli değildir. Zira, zarar görenin kusurunun zarar verici fiil veya olayı ikinci plâna itecek yoğunlukta gerçekleşmesi halinde illiyet bağına kesilmiş sayılacağı, doktrinde kabul edilmektedir (Bu hususta bkz. Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh.187-188; Tandoğan, Mesuliyet, sh.80; Keller/Gabi, sh.33-34; Oftinger, I, sh.111-112).

(294) Zarar görenin kusuru teknik anlamda bir def'i olmadığı için re'sen dikkate alınabilir (Von Tuhr/Peter, sh.111 dn.18).

(295) Saymen/Elbir, sh.507; Y.9.HD. 9.11.1982 t., E.1982/3363, K.3463 (YKD., 1983, S.4 sh.628-629).

(296) Y.HGK. 31.3.1971 t., E.1969/T-512, K.209 (TİK. 1972/I sh.136); HGK. 17.10.1970 t., E.966/4-1572, K.584 (TİK. 1971/I sh.125); 11.HD. 29.9.1983 t., E.1983/3156, K.3892 (YKD. 1984, S.1 sh.83).

(297) Oftinger, I, sh.268; Haberlin, sh.74-75; Deschenaux/Tercier, sh.205; Stark, Nr.328; Brehm, Art.44 Nr.20; Oser/Schönenberger, Art.44 Nr.16; Guhl/Merz/Kummer, sh.74; Von Tuhr/Peter, sh.111; Tandoğan, Mesuliyet, sh.323; Gürsoy, sh.365; Koziol, sh.189-190; BGE 83 II 27 (Kaneti, II, sh.122 Nr.76); 90 II 9 (Oftinger, Bundesgerichtspraxis, sh.250 Nr.91, e); Y.4.HD. 12.4.1984 t., E.3198, K.3741 (YKD. 1984, S.7 sh.1028); TD. 30.4.1971 t., E.1589, K.3457 (Karahasan, sh.1018).

(298) Müsterek hukukta, zarar faili kasıtlı zarar vermişse, zarar görenin ihmalinin tazminatın tayininde dikkate alınmayacağı, yani zararın tamamının tazmin edileceği; buna karşılık, hem zarar failinin hem de zarar görenin ihmalleri bulunuyorsa, bu iki ihmalin birbirini bertaraf edeceği ve böylece zararı tazmin sorumluluğunun ortadan kalkacağı esası kabul edilmiştir (Schwarz, sh.144-145; Von Tuhr/Peter, sh.109; Haberlin, sh.76).

kuklalarıyla benzer (299) bir düzenleme getiren Borçlar Kanunumuzun m.44 f.I hükmünün bu tarzda uygulanışı, hakkaniyet düşüncesine ve kusur ile tazminat arasında denge bulunması ilkesine de uygundur (300).

Buna göre, zarar faili ile zarar görenin zararın meydana gelmesine sebep olan davranışları karşılaştırılmalı ve sorumluluk kusurlarıyla orantılı olarak aralarında paylaştırılmalıdır. Meselâ, zarar failinin kusuru 2/3, zarar görenin kusuru 1/3 olduğu takdirde, zarar faili gerçek zararın 2/3 sini tazmin edecek, geriye kalan 1/3 ine ise zarar gören kendisi katlanacaktır; yani gerçek zararı karşılayan tazminatta, zarar görenin kusuru derecesi olan 1/3 oranında indirim yapılacaktır. Eğer her iki tarafın kusuru birbirine eşitse, tazminata yarı yarıya hükmedilecektir (301)(302).

(299) Alman hukuku uygulamasında, Alman Medeni Kanununun § 254 hükmü gereğince, zararın meydana gelmesinde zarar görenin kusurunun da etkili olduğu durumlarda, tazminat sorumluluğunun, tarafların kusur dereceleri gözönünde bulundurularak azaltılabileceği esası kabul edilmektedir (Larenz, I, sh.503-504; Lange, sh.384-390; Haberlin, sh.77-78; Karş. Stark, Nr.326).

Keza, Avusturya hukukunda da, Avusturya Medeni Kanununun (ABGB) zarar görenin kusuruyla ilgili genel hükmü olan 1304. paragraf gereğince, zararın meydana gelmesinde zarar görenin kusurunun da etkili olması halinde; kural olarak, zararı zarar faili ile zarar görenin kusurlarıyla orantılı olarak yüklenmesi esası benimsenmiştir (Koziol, sh.189-195; Haberlin, sh.76).

(300) Haberlin, sh.74; Stark, Nr.521.

(301) Oftinger, I, sh.268; Tandoğan, Mesuliyet, sh.323; Stark, Nr.328, 330; Haberlin, sh.74; Brehm, Art.44 Nr.20; Oser/Schönenberger, Art.44 Nr.16 Koziol, sh.189; Karş. Schwarz, sh.145.

(302) Doğru olmayan bonservise dayanarak çalıştırdığı ve yetersiz gözetimde bulundurduğu eleman yüzünden zimmete para geçirilmesi suretiyle zarara uğrayan istihdam edenin, % 50 kusuru sebebiyle tazminatta % 50 indirim : BGE 101 II 69-76; Bir öğrencinin vidayı gevşetmesiyle tesislerin arıza yapması yüzünden zarara uğrayan şirketin, bir öğrencinin elle gevşetebileceği şekilde tesis bırakmasında kendi kusuru bulunması dolayısıyla 5/6 indirim : 90 II 9 (Oftinger, Bundesgerichtspraxis, sh.250 Nr.91,e); Bir tarım makinesinde tehlikeli oturuş sebebiyle % 20 indirim : 89 II 222 (Kaneti, II, sh.126 Nr.79); Zarar faili ile zarar görenin kusurlarının eşit olması dolayısıyla gerçek zararı karşılayan tazminatın yarısına hükmedilmesi : 83 II 27 vd.(Kaneti, II, sh.122 Nr.76); BK.m. 44 f.I hükmünün gerçek amacının zarar görenin kusuru bulunduğu takdirde, zararın bu kusura isabet eden payının indirilme-

Zarar faili kasıtlı, özellikle cezai müeyyideyi gerektiren bir fiil ile zarar verdiği takdirde, zarar görenin hafif kusuru, esas itibariyle bir indirim sebebi olarak dikkate alınmaz (303). Gerçekten, kasıtlı olarak verilen zarar da, zarar görenin ihmali dolayısıyla indirim yapılması haklı görülemez. Zira, zarar görenin ihmalinin, failin kasıtlı fiili karşısında artık bir önemi kalmaz (304). Meselâ, hırsız, eşyasını çaldığı kimsenin ev kapısını kilitlemeyi ihmal etmesini, birlikte kusur olarak ileri süremez ve bu sebeple tazminatın indirilmesi gerektiğini iddia edemez (305). Bununla birlikte, kasıtlı fiil, ani ve şiddetli bir heyecan içerisinde işlenmişse, meselâ tahrik sonucu bir zarar verilmişse, burada bir indirime gidilmesi mümkündür (306). Diğer taraftan, zarar failinin kastına karşılık, zarar görenin de kastı mevcutsa; bu durumda, her iki tarafın aynı derecede hafif kusurunda olduğu gibi, tazminatta % 50 indirim yapılmalıdır (307). Ancak, kasıtlı hareket eden zarar failinin taz-

si olduğu kabul edilmelidir : 4.HD. 12.4.1984 t., E.3198, K. 3741 (YKD., 1984, S.7 sh.1028); Zararın meydana gelmesinde zarar görenin kusurunun da etki ettiği durumlarda, tazminattan, zarar görenin kusuru derecesinde indirim yapılması BK.m.44 f.I gereğidir : 4.HD.29.5.1974 t., E.5655, K.2869 (yayınlanmamış); Borçlar Kanununun 44. maddesi gereğince, zarar görenin kusuru oranında takdirenden indirim yapılması gerekir : TD. 11.12.1972 t., E.4549, K.5327 (RKD., 1973, S.9-10-11 sh.364); Ölen işçinin mahkemece kabul edilen iş kazasının meydana gelmesindeki kusur oranının tazminatın tayininde gözönünde tutulması gerekir : HGK., 27.10.1965 t., E.9/611, K.389 (Olgaç, 1969, sh.304 Nr.26); Zarar görenin % 25 kusuru tesbit edildiğine göre, gerçek zararı karşılayan tazminattan kusur oranı olan % 25 yerine % 50 indirim yapılması kanuna aykırıdır (Karahasan, sh.1018); Ayrıca bkz. 4.HD. 21.10.1982 t., E.7691, K.9277 (YASA H.D., 1982, S.11 sh.1508); 4.HD. 27.10.1982 t., E.8395, K.9539 (YASA H.D., 1982 S.12 sh.1638); 4.HD. 14.5.1984 t., E.4222, K.4686 (YASA H.D., 1984, S.10 sh.1481).

(303) Oftinger, I, sh.266; Brehm, Art.44 Nr.22; Guhl/Merz/Kummer, sh.74; Feyzioğlu, sh.535; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 323; Schwarz, sh.145; Von Tuhr/Peter, sh.110-111; Koziol, sh.189-190.

(304) Brehm, Art.44 Nr.22; Koziol, sh.189-190.

(305) Schwarz, sh.145; Feyzioğlu, sh.535; Koziol, sh.189-190.

(306) Von Tuhr/Peter, sh.111 dn.21; Y.4.HD. 10.3.1975 t., E.1969, K.3027 (Olgaç, 1976, sh.696, Nr.2); 3.HD. 12.10.1962 t., E.9004, K.7635 (Olgaç, 1969, sh.301 Nr.16).

(307) Tandoğan, Mesuliyet, sh.323; Koziol, sh.190; Schwarz, sh.145.

minat sorumluluğunun, zarar görenin ağır ihmali, hatta kas-
tı da bulunsa tamamen kaldırılması haklı görülemez (308).

3. Sebep sorumluluklarında

Zarar görenin kusuruyla ilgili genel hüküm, özellikle
le olağan sebep sorumlulukları olarak nitelendirilen, Borç-
lar Kanunumuzun 55, 56 ve 58. maddeleriyle Medeni Kanunumu-
zun 320. maddesinden doğan sorumluluklarda da uygulanabilir.
Bundan başka, çoğunlukla özel kanunlarla düzenlenen tehlike
sorumluluklarında da, aksine hüküm bulunmadıkça, uygulan-
abilecektir (309)(310). Bununla birlikte, sebep sorumlulukla-
rında, sorumluluk kusurdan bağımsız olarak doğduğu için, ta-
rafların kusurları gözönünde tutularak, kusurderecelerine gö-
re zararın paylaşılması söz konusu olamaz. Sorumluluk o-
luşturan objektif olay yanında zarar görenin kusuru da zara-
rın kısmi sebebini teşkil etmişse, zararın hangi oranda ob-
jektif olaya, hangi oranda zarar görenin kusuruna isabet et-
tiği araştırılır ve zarar, sebebiyet derecesiyle orantılı
olarak sebep sorumlusu ile zarar gören arasında paylaşılır
(311)(312). Başka bir ifadeyle, zarar görenin kusuru mey-

(308) Koziol, sh.190.

(309) Oftinger, I, sh.268-269; Haberlin, sh.78-82; Y.4.HD. 26.2.
1979 t., E.5666, K. 2516 (Karahasan, sh.1004).

(310) Bununla birlikte, tehlike sorumluluklarını düzenleyen
özel kanunlarda, çoğunlukla, BK.m.44 f.I'deki genel kuralın
dayandığı düşünceden kaynaklanan ve zarar görenin kusur dola-
yısıyla tazminatta indirim yapılmasını öngören özel hükümlere
yer verilmektedir. (Meselâ bkz. KTK. m.86 f.II). Ancak bu gibi
hükümlerin uygulanmasında da anılan genel hükümden yararlanı-
labilir (Haberlin, sh.79-80).

(311) Alman Medeni Kanununun Borçlar Kanunumuzun m.44 f.I hük-
münü karşılayan § 254 hükmünde de, tazminat tayin edilirken
esas itibariyle, tarafların zararın meydana gelmesine hangi
oranda sebep olduğunun gözönünde tutulması kabul edilmiştir
(Geniş bilgi için bkz. Larenz, I, sh.503-504).

(312) Oftinger, I, sh.268-269; Tandoğan, Mesuliyet, sh.324;
Deschenaux/Tercier, sh.205-206; Zarar gören arkadan yak-
laşarak kaçılmamak istediğinde, at çifte atarak onu yaralıyor.
1/3 indirim: BGE 40 II 260-264; Yüzme havuzunda yüzme bilmeyen-
ler için açık sınırlandıma işaretleri yok. Dikkatsiz yüzme
bilmeyenin kendi kusuru sebebiyle % 20 indirim : 64 II 198-199;
Aydınlatılmamış korkuluksuz bodrum merdiveninde geceleyin düşe-
rek yaralanma olayında zarar görenin kusuru sebebiyle % 50 ci-
varında indirim : 55 II 80-87; Yaya, yağmurlu bir gecede elve-

dana gelen zararın ne oranda kısmi sebebi olumşsa, tazminat o oranda indirilir (313). Şu halde, zarar görenin kusurunun sebep sorumluluğunu gerektiren olayla birlikte bulunması halinde, bir kusur ile bir durumun karşılaştırılması söz konusu olmaktadır. Zararın sebep sorumlusu ile zarar gören arasında paylaştırılmasında esas alınan orantı da, sorumluluk teşkil eden olay ile zarar görenin kusuru sayılan fiilin zarara sebebiyet vermeleri oranından çıkmaktadır (314).

Tehlike sorumluluklarında, zarar görenin kusuru dolaşısıyla yapılacak indirim miktarı tayin edilirken, tehlike

rişsiz yaya kaldırımı yerine cadde üzerinde yürüyor; çok süratli giden ve diğer bir otomobil tarafından farlarla gözleri köreltilen bir otomobil sürücüsü onu çığnıyor. Zarar görenin kusuru sebebiyle 1/4 indirim (Olayda her iki araç işleteninin müteselsil sorumlu olduğu şüphesizdir) : 63 II 342 vd.; 16 yaşındaki bir kızın kolu asansör duvarı ile çukur duvarı arasında kalıyor. Asansörün kazaya karşı güvenlik donanımı eksik. Zarar görenin dikkatsizliği yüzünden % 25 indirim: 91 II 201-212 (Oftinger, Bundesgerichtspraxis, sh.281 Nr.105,c); Karpıcı, gelişmek zorunda olduğu yüksek bir evin parmaklıksız düz çatısı üzerinden aşağıya düşüyor. Dikkatsizliği yüzünden 1/3 indirim : 106 II 208-212; Şehir girişindeki geçidin azami yüksekliği beyan edilmemiş olduğu için yük kamyonu zarara uğruyor. Zarar görenin kusuru yüzünden 1/3 indirim: 103 II 240-247; Caddeye yığılan kum engeline işaret konulmamıştı; özellikle gece aydınlatılmamıştı. Motorlu araç sürücüsünün dikkatsizliği yüzünden aracın uğradığı zararın tazmininde % 50 indirim : 84 II 265-266; Traktörün römorkuna binen işçi düşüyor. İşçinin kendi kusuru yüzünden % 30 indirim : 89 II 118 (Kaneti, II, sh.123 Nr.78); Aynı yönde 83 II 27 (Kaneti, II, sh. 120 vd. Nr.76); Sebep sorumluluklarında, tazminat miktarı olaya sebebiyet verme oranına göre tayin edilir : Y.22.5.1972 t., E.2090, K.2529 (TİK., 1972/II sh.131 Nr.1141); Vapura binmek isterken ayağının vapurla iskele arasına sıkışması sonucu dört parmağı kesilen mağdurun talep ettiği tazminatta, mağdurun kusuru oranında indirim yapılmalıdır : HGK., 31.3.1971 t., E. 1969/T-512, K.209 (TİK., 1971/II, sh.111); Zararın meydana gelmesinde zarar görenin de kusuru varsa, istihdam edenin sorumluluğundan zarar görenin kusur derecesine düşen kısmı indirilir, şayet ölen veya zarar gören tam kusurlu ise, tazminata hükmedilmez. Mahkemece kabul edilen bilirkişi raporunda ölenin % 100 kusurlu olduğu tesbit edildiğine göre, sorumlu Kurum tazminat ödemekle yükümlü tutulamaz : 4.HD. 22.9.1976 t., E.8231, K.7867 (YKD., 1978, S.4 sh.709-710; Karahasan, sh.1012); Zararın meydana gelmesinde zarar görenin kusuruna isabet eden kısımdan istihdam eden sorumlu tutulamaz: 4.HD. 29.5.1974t., E.5655, K.2869 (yayınlanmamış).

(313) Stark, Nr.331; Gürsoy, sh.365-366.

(314) Stark, Nr.331; Brehm, Art.44 Nr.27; Oftinger, I, sh.268-269.

sorumluluğu teşkil eden olayın tehlikelilik derecesi gözönünde bulundurulmalıdır. Bu itibarla, tehlike sorumluluklarında zarar görenin kusuru dolayısıyla yapılacak indirim, kusur ve olağan sebep sorumluluklarına oranla daha az olmalıdır (315). Keza, bu tür sorumluluklarda zarar görenin kusuru yüzünden tazmin talebinin tamamen reddedilmesi de haklı görülmez (316).

Şayet, zararın meydana gelmesindeki işletme tehlikesi, zarar görenin kusuru karşısında önemli ölçüde ağır basıyorsa, tazminatta hiç bir indirim yapılmayabilir (317). Buna karşılık, olayda, çok ağır olmayan işletme tehlikesiyle birlikte zarar görenin ağır kusuru varsa, kural olarak sorumluluğun tamamen kalkmasına hükmedilir (318)(319). Normal işletme tehlikesi, hafif ihmali ile eşit hesaba katılır. Bu bakımdan, tehlike sorumluluğundan doğan tazminat borcunda zarar görenin hafif ihmali dolayısıyla bir indirim yapılmamalıdır (320).

Türk pozitif hukukunda, motorlu araç işletenin sorumluluğu, esas itibariyle işletme tehlikesine dayanan bir tehlike sorumluluğu olarak düzenlenmiştir (KTK.m.85). Karayolları Trafik Kanunumuzda, zarar görenin kusuru dolayısıyla tazminatta indirim yapılabilmesi özel bir hükümle düzenlenmiştir. Gerçekten anılan Kanunun 86. maddesinin 2. fıkrasına göre; "Sorumluluktan kurtulamayan işleten, kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hâkim, durum ve şartlara göre tazminat miktarını indirebilir." Hükümün incelenmesinden anlaşılacağı gibi, hâkim, zarar görenin kusuru

(315) Brehm, Art.44 Nr.32; Koziol, sh.194.

(316) Koziol, sh.194.

(317) Koziol, sh.193; Keller,A., sh.250.

(318) Koziol, sh.193; Karş. Oftinger,I, sh.118-124; Maurer, sh.77; Tandoğan, Mesuliyet, sh.80-81.

(319) Esasen doktrinde, sebep sorumlulukları bakımından zarar görenin ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru ve mücbir sebeple birlikte illiyet bağıını kesen durumlar olarak kabul edilmektedir (Oftinger,I, sh.118-124; Maurer, sh.77; Tandoğan, Mesuliyet, sh.81; Adal, sh.104-105).

(320) Koziol, sh.194; Stark, Nr.331

dolayısıyla araç işletene hükmedilecek tazminatta, BK.m.44 f.I hükmünden farklı olarak, sadece indirim yapabilecektir; tazminata hükmetmekten tamamen vazgeçme yetkisini haiz bulunmamaktadır (321). Zarar görenin kusuru illiyet bağına kesecek ağırlıkta ise, araç işleten bunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir (322). Ancak, araç işletenin veya fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin kusuru varsa (munzam kusur), zarar görenin ağır kusuruna rağmen tazminatta indirim yapılabilir. Zira bu durumda illiyet bağı kesilmiş olmamaktadır (323). Su halde zarar görenin kusuru dolayısıyla tazminatta indirim, bu kusurun illiyet bağına kesecek yoğunlukta olmadığı hallerde söz konusu olabilecektir.

Şayet, sebep sorumlusunun zararın meydana gelmesinde munzam kusuru da varsa, sebep sorumluluğunu gerektiren olay yanında, bu kusurun zarara sebebiyette oynadığı rol de hesaba katılır (324). Sebep sorumluluğunda, sorumlu kişinin hiç bir kusuru bulunmasa da, esas itibarıyla bütün zararı tazmin ile yükümlüdür. Sebep sorumluluğunu gerektiren bir olayda, sorumlu kişinin ayrıca kusuru bulunsa dahi, zarardan fazla bir tazminat söz konusu olamayacağı için, bu kusur, kural olarak bir önem ifade etmez. Ancak, sebep sorumlusunun munzam kusuru, tazminatta indirim yapılmasını gerektiren bir sebebin bulunması halinde, önem kazanır. Bu cümleden olarak, zararın doğ-

(321) Kılıçoğlu, sh.47-48.

(322) Zarar görenin ağır kusuru dolayısıyla işletenin sorumluluktan kurtulması anılan Kanunun m.85 f.I hükmü ile düzenlenmiştir. Bilindiği gibi, zarar görenin kusuru dolayısıyla araç işletenin sorumluluktan kurtulabilmesi için, bu kusurun aracın işletilmesiyle zarar arasındaki uygun illiyet bağına kesecek, motorlu aracın işletme tehlikesini zararın meydana gelmesi bakımından ikinci plâna atacak yoğunlukta olması gerekir. Böyle bir durum ise, zarar görenin kusurunun ağır olması halinde söz konusu olur (Oftinger, II/2, sh.559; Eren, İşletenin Sorumluluğu, sh.210; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.725-727). KTK.m.85 f.I'e göre, araç işleten, kazada zarar görenin ağır kusuru bulunması halinde, kendisinin veya fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin bir kusuru bulunmaması ve araçtaki bir bozukluğun kazayı etkilemiş olmaması kaydıyla, sorumluluktan kurtulur (Geniş bilgi için bkz. Eren, İşletenin Sorumluluğu, sh.205 vd.; Kılıçoğlu, sh.34 vd.; Keller, A., sh.253-254).

(323) Keller, A., sh.253-254.

(324) Oftinger, I, sh.269; Tandoğan, Mesuliyet, sh.324; Deschenaux/Tercier, sh.205-206; Koziol, sh.194.

masında veya artmasında zarar görenin kusuru da rol oynamışsa; sebep sorumlusunun munzam kusuru, zarar görenin kusurunu ağırlığı oranında dengeler, yani kısmen ya da tamamen etkisiz kılar (325). Başka bir ifadeyle, sebep sorumlusunun munzam kusuru, zarar görenin kusurunun zarara sebebiyetteki payını derecesine göre belli bir oranda daha az gösterir (326). Meselâ, sebep sorumluluğunu gerektiren bir objektif olay sonucu meydana gelen zararda, zarar görenin kusuru % 50 oranında etkili olmuşsa, tazminattan yarı yarıya indirim yapılması gerekir. Buna karşılık, aynı olayda sebep sorumlusunun hafif munzam kusuru da mevcutsa, o zaman tazminatta 1/3 oranında indirim yapılması gerekir. Zira bu ikinci halde, zararın meydana gelmesine üç sebep iştirak etmiş oluyor: (1) Sebep sorumluluğunu gerektiren olay, (2) sebep sorumlusunun kusuru (munzam kusur), (3) zarar görenin kusuru. Zarar görenin kusurunun zarara sebebiyetteki payı, sebep sorumlusunun munzam kusurunun derecesiyle orantılı olarak azalıyor (327). Şu halde, sebep sorumluluğunda zarar görenin kusuruyla birlikte sebep sorumlusunun munzam kusuru da varsa, bu her iki kusurun dereceleri gözönünde tutulur: Sebep sorumlusunun munzam kusuru, derecesi oranında zarar görenin kusurunu dengeler, yani etkisiz kılar. Eğer sebep sorumlusunun kusuru, zarar görenin kusuruna eşit derecede ise, onu tamamen dengeleyeceği için, artık zarar görenin kusuru dolayısıyla tazminatta bir indirim yapılmaz (328).

(325) Oftinger, I, sh.269; Guhl/Merz/Kummer, sh.73; Keller/Gabi, sh.106; Keller/Landman, T.106-107; Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh.131-132; Karş. Stark, Nr.330.

(326) Oftinger, I, sh.269; Keller/Gabi, sh.106-107; Keller/Landman, T.107.

(327) Oftinger, I, sh.269; Keller/Gabi, sh.106; Tandoğan, Mesuliyet, sh.324; Karş. Stark, Nr.331-332.

(328) Oftinger, I, sh.264-265, 269-270; Keller/Landman, T.107; BGE 92 II 44; 95 II 580.

§ 10. TAKDİRE BAĞLI İNDİRİM SEBEPLERİ

I. GENEL OLARAK

BK.m.43 f.I gereğince hâkim, tazminatın kapsamını tayin ederken, diğer indirim sebepleri yanında, "hal ve mevkiin icabını" da gözönünde bulunduracaktır. Buna göre, somut olaydaki durum ve şartlar haklı gösteriyorsa hâkim, BK.nun 43 ve 44. maddelerinde açıkça anılan indirim sebeplerinden herhangi birisi mevcut olmasa bile, tazminatta indirim yapabilecektir. (329).

Bu guruptaki indirim sebepleri sayılı bazı hallerden ibaret değildir. Bunlar daha çok durum ve şartların gereğinden çıkarılan, hâkimin takdirine bırakılmış hususlardır. Hâkim, somut olaydaki herhangi bir durumun BK.m.43 f.I anlamında bir indirim sebebi teşkil edip etmediğini serbestçe takdir edecektir (330).

Durum ve şartlardan doğan takdire bağlı herhangi bir indirim sebebinin gözönünde tutulması, daha çok, olayda BK.m.44 anlamında bir indirim sebebi bulunmadığı ve kusurun derecesinin de tam tazminata hükmedilmesini gerektirdiği hallerde söz konusu olur (331).

BK.m.43 f.I'de anılan durum ve şartlar kavramı çok geniş anlamlı bir kavramdır ve esas itibarıyla, aynı maddede anılan kusurun derecesiyle 44. maddede hükme bağlanan indirim sebeplerini kapsayıcı mahiyettedir. Ancak, zarar failinin kusur derecesi ayrıca düzenlenmiş olduğu için, BK.m.43 f.I anlamında bir durum ve şart olarak incelenmez. Keza, 44. madde-

(329) İsviçre Borçlar Kanununun bu hükmü karşılayan m.43 f.I hükmü aynen şöyledir: "Hâkim vukua gelmiş zarar için tazminatın türünü ve kapsamını gerek durum ve şartlara, gerekse kusurun derecesine göre tayin eder." Görüldüğü gibi, Kaynak Kanununun anılan hükmünde "durum ve şartlardan (die Umstände)" bahsedilmektedir. Bu kavram Borçlar Kanunumuzun ilgili hükmünde "hal ve mevkiin icabı" şeklinde ifade edilmiştir. Biz incelememizde, takdire bağlı indirim sebeplerini genel olarak ifade için daha isabetli gördüğümüz durum ve şartlar deyimini kullanmayı tercih ettik.

(330) Oftinger, I, sh.283; İmre, agt., sh.206; İm Hof, sh.166; Brehm, Art.43 Nr.48; Keller/Landman, T.96 b.

(331) İm Hof, sh.182.

deki indirim sebepleri de, farklı hukuki sonucu içerecek biçimde özel olarak düzenlenmesi itibariyle, BK.m.43 f.I anlamında durum ve şartlara dahil sayılmazlar. Gerçekten, m.44 f.I'de öngörülen indirim sebepleri dolayısıyla hâkime, tazminatta indirim yapabilme yetkisi yanında, tazminata hükmetmekten tamamen vazgeçme yetkisi dahi tanınmıştır; m.44 f.II de ise, çok istisnai durumlarda nazara alınabilecek bir indirim sebebi öngörülmektedir (332).

Biraz önce belirtildiği gibi, somut olaydaki herhangi bir durumun BK.m.43 f.I anlamında bir indirim sebebi teşkil edip etmediğine, hâkim, serbet takdir yetkisini (MK.m.4) kullanarak karar verecektir. Keza, BK.m.43 f.I anlamında bir indirim sebebi sayılan bir durum ve şartın ne ölçüde bir indirimi gerektirdiğine karar vermek de hâkimin takdirine bırakılmıştır (333)(334). Zira, Borçlar Kanunumuz ile Medeni Kanunumuzda, "hal ve mevkiin icabı" gibi terim ve kelimelerle daima MK.m.4 ile hâkime tanınmış bulunan takdir yetkisine işaret edilmiş olmaktadır (335).

Hâkim bu hususta takdir yetkisini kullanırken hukukun genel kurallarını, özellikle hakkaniyet ilkesini esas alarak, somut olaydaki bütün durum ve şartlar bakımından en adil çözüme ulaşmağa çalışmalıdır (336). Gerçekten MK.nun 4. mad-

(332) Becker, Art.43 Nr.10; İm Hof, sh.164-165.

(333) Oftinger, I, sh.283; Brehm, Art.43 Nr.48; Keller/Landman, T.96 b; İm Hof, sh.166; Y.TD. 30.4:1971 t., E.1589, K.3457 (Karahasan, sh.1018); 4.HD. 13.3.1985 t., E.1984/9973, K.2112 (YKD., 1985, S.7 sh.978); 4.HD. 12.2.1985 t., E.1985/31, K.1028 (yayınlanmamış); 4.HD. 9.3.1981 t., E.1980/13898, K.2929 (yayınlanmamış).

(334) BK.m.43 f.I hükmü, durum ve şartları takdir etme hususunda hâkime sadece yetki vermiyor, aksine ona bu hususta ödev de yüklüyor: Hâkim tazminatta indirim yapılmasını gerektiren bir durum ve şartın bulunup bulunmadığını, varsa bundan dolayı ne ölçüde indirim yapabileceğini kendiliğinden (re'sen) incelemekle yükümlüdür (Brehm, Art.43 Nr.47; Karş. Özsunay, Giriş, sh.252-254).

(335) Edis, sh.203; Velidedeoğlu, H.V., Türk Medeni Hukuku, Umumi Esaslar, C.I cüz.1, 7. Baskı, Ankara 1968, sh.198-199; İmre, Z. Medeni Hukuka Giriş, 3.Baskı, İstanbul 1980, sh.201-202; Özsunay, Giriş, sh.251-252.

(336) Edis, sh.210-211; Velidedeoğlu, Umumi Esaslar, sh.200; İmre, Giriş, sh.200-201.

desinde öngörülen genel kurala göre; " Kanunun takdir hakkı verdiği ve icabı hale yahut muhik sebeplere nazaran hüküm vermekle mükellef tuttuğu hususlarda, hâkim, hak ve nısfet" çerçevesinde hükmetmekle yükümlüdür. Burada "hak ve nısfet" kavramlarıyla yazılı olmayan ve hakkaniyet kuralları denilen kurallara, kısaca hakkaniyete işaret edilmektedir (337).

Hakkaniyetin doktrindeki hâkim görüşü yansıtan bir tanımı şöyledir (338): "Hakkaniyet, bazı şartların ve çözümlerin önceden kesinlikle saptanmasının doğuracağı düşünülen sakıncalarını ortadan kaldırmak için hukuk kurallarının esnek veya eksik bırakıldığı hallerde etkisini gösteren ve belli somut olayların özelliklerine uygun kararlar verilmesini emreden kurallar bütünüdür." Tanımdan da anlaşılacağı gibi, hakkaniyet ilkesine uygun karar vermek, somut olaydaki bütün durum ve şartları ve olayın tüm icaplarını gözönünde tutmayı gerektirmektedir (339). Başka bir ifadeyle, hâkimin, takdir yetkisini kullanırken somut olaydaki bütün objektif durumları dikkate alması gerekir (340). Bu itibarla, tazminat tayin edilirken, BK.m.43 f.I anlamında durum ve şartlar olarak, özellikle tarafların ekonomik durumları, toplumsal mevkileri, aralarındaki ilişki gözönünde bulundurulmalıdır (341). Bu gibi durum ve şartlar tazminatta indirim yapılmasını haklı gösteriyorsa, hâkim, BK, 43 ve 44. maddelerde açıkça öngörülen indirim sebeplerinden birisi bulunmasa bile, tazminatta hakkaniyete uygun bir indirim yapabilir.

BK.m.43 f.I'deki bu hüküm, yalnız kusur sorumluluklarında değil, sebep sorumluluklarında da uygulanabilir. Hatta tehlike sorumluluklarında da, bu sorumluluğun düzenlendiği

(337) Edis, sh.209; Özsunay, Giriş, sh.248; Karş. Velidedeoğlu, Umumi Esaslar, sh.199-200; Zevkliler, A., Medeni Hukuk, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Diyarbakır 1986, sh.85-86.

(338) Edis, sh.210.

(339) Velidedeoğlu, sh.200.

(340) Özsunay, Giriş, sh.256; Zevkliler, sh.86.

(341) Karş. İmre, Giriş, sh.200-201.

kanundaki özel bir hükümle reddedilmedikçe, sorumluluk teşkil eden olaydaki durum ve şartlar gözönünde bulundurularak tazminatta indirim yapılabilecektir (342)(343).

BK.m.43 f.I hükmünde tazminat miktarının ne dereceye kadar indirilebileceği belirtilmiyor. Bununla birlikte, hâkimin bu hükme dayanarak tazminata hükmetmekten bütün bütün vazgeçmesi mümkün değildir. Zira bu hükümde, BK.m.44 f.I'den farklı olarak, tazminat talebinin tamamen reddedilmesinden bahsedilmiyor. Bu itibarla, Kanun Koyucunun BK.m.43 f.I hükmü ile tazminatta sadece indirim yapılabilmesini amaçladığı kabul edilmelidir (344).

Diğer taraftan, BK.m.43 f.I'de tazminatın kapsamı tayin edilirken somut olaydaki durum ve şartların da gözönünde tutulmasının emredilmesiyle, BK.m.43 ve 44'de anılan diğer indirim sebeplerinin katı ve şekli uygulanmasıyla ortaya çıkacak dengesizliklerin hakkaniyet ilkesine göre giderilmesi amaçlanmış olmaktadır (345). Meselâ, bir tehlike sorumluluğu sorumlu kişinin çok ağır bir tazminat yükümlülüğünü gerektirdiği takdirde, BK.m.43 f.I gereğince tazminat miktarında hakkaniyete uygun bir indirim yapılabilecektir (346).

Bununla birlikte, hâkim, BK.m.43 f.I gereğince tazminatta indirime hükmederken, değerlendirmelerini objektif olarak yapmalıdır; bunun için de takdir yetkisine dayanılarak verilen kararın gerekçelerinin de gösterilmesi gerekir. Yoksa, hâkimin sadece takdir yetkisine dayanarak hakkaniyete göre belli bir oranda indirime hükmettiğini belirtmesi yeterli değildir (347). Zira, hukuk sistemimizde, hâkimin takdir yet-

(342) Bununla birlikte, tehlike sorumluluğu düzenleyen kanunlarda genellikle tazminatın tayini ile ilgili genel kurallara atıf yapılmaktadır (Meselâ bkz. KTK,m.90).

(343) Brehm, Art.43 Nr.43; Oftinger, I, sh.274-275.

(344) Brehm, Art.43 Nr.49.

(345) Y. 4.HD. 25.3.1985 t., E.1985/1192, K.2685 (yayınlanmamış).

(346) Oftinger, I, sh.275.

(347) Oftinger, I, sh.275; Karş. Özsunay, Giriş, sh.256; Egger, m.4, Nr.14; İmre, Giriş, sh.203.

kisine dayanarak hakkaniyete göre verdiği hükümlerin de üst yargı organı olan Yargıtay tarafından denetlenmesi esası kabul edilmiştir (HUMK.m.428) (348). Yargıtay, takdir yetkisinin kanunun öngördüğü sınırlar içerisinde kullanılıp kullanılmadığını; indirim hakkındaki kararın kanunun amacıyla ve atıfta bulunduğu ilkelerle bağdaşıp bağdaşmadığını, objektif ölçülere dayanıp dayanmadığını, gösterilen gerekçeleri inceleyerek tesbit edecektir (349).

Hâkim, BK.m.43 f.I anlamındaki indirim sebeplerine dayanarak tazminatta indirim yapılmasını takdir ederken, hakkaniyet ilkesi (MK.m.4) yanında, dürüstlük (MK.m.2), adalet gibi hukukun genel kurallarından çıkan ilkeleri de gözönünde bulundurmalıdır (350).

BK.m.43 f.I anlamında bir indirim sebebinin bulunması halinde, tazminatta mutlaka indirim yapılması gerektiğinden söz edilemez. Somut olaydaki bir durum ve şartın BK.m.43 f.I anlamında bir indirim sebebi teşkil edip etmediğine karar vermek hâkimin takdirine bağlı olduğu gibi; bunun ne oranda bir indirimi gerektirdiği hususunda karar vermek dahi hâkimin takdirine bırakılmıştır (351).

BK.m.43 f.I anlamında indirim sebebi teşkil edecek durum ve şartların tümünün önceden tayin ve tesbiti mümkün değildir. Burada doktrin ve uygulamada hâkimin takdirine bağlı, yani BK.m.43 f.I anlamında indirim sebebi olarak kabul edilmiş olan önemli durum ve şartlar incelenecektir.

-
- (348) Edis, sh.212; Özsunay, Giriş, sh.257; İmre, Giriş, sh.203. Egger, m.4. Nr.15.
 (349) Edis, sh.213; İmre, Giriş, sh.203.
 (350) Keller/Landman, T.96 b; Tandoğan, Mesuliyet, sh.327; İnan, sh.337-338; Keller/Gabi, sh.96.
 (351) Oftinger, I, sh.283; Keller/Gabi, sh.96

II. TARAFLARIN EKONOMİK DURUMU

Tarafların ekonomik yönden güçlü veya zayıf olmaları, tazminat tayin edilirken BK.m.43 f.I gereğince gözönünde bulundurulması gereken bir durum ve şart teşkil eder (352).

A. Zarar Görenin Ekonomik Durumu

Zarar görenin oldukça yüksek bir gelire sahip bulunması halinde, hâkim, BK.m.43 f.I hükmüne dayanarak tazminatta indirim yapabilir (353).

Zarar görenin yüksek gelire sahip bulunmasının bir indirim sebebi olarak kabul edilmesine temel olan düşünce, bir zararın ekonomik etkilerinin varlıklı bir kişi için daha az yük teşkil edeceğidir (354). Esasen burada da, BK.m.44 f.II'ye hâkim olan ve "tazminat borçlu için bir yıkım olmamalıdır" şeklinde ifade edilen hakkaniyet düşüncesi geçerli oluyor (355).

Zarar görenin yüksek gelirinden bahsedebilmek için ne miktar bir gelirin bulunması gerektiği hususunda genel ve kesin bir ölçü koymak mümkün değildir (356). Gerçekten,

-
- (352) Oser/Schönenberger, Art.43 Nr.7; Oftinger, I, sh.273-274, 276; Von Tuhr/Peter, sh.105 Nr.89; Keller/Gabi, sh.101; Deschenaux/Tercier, sh.207-208; Funk, m.43 Nr.5; Tekinay, Destek, sh.214; Gürsoy, sh.367, 368; Y. 10. HD.18.4.1975 t., E.1307, K.2285 (Karahasan, sh.1001); HGK., 2.7.1969 t., E.969/9-452, K.655; 9.HD.2.6.1969 t. E.2934, K.6068 (Karahasan, sh.1001); 4.HD. 2.10.1984 t. E.5417, K.7216 (YKD., 1985, S.1 sh.32); 4.HD. 12.2.1985 t., E.1985/31, K.1028 (yayınlanmamış); Karş. Brehm, Art.43 Nr.62-65; İm Hof, sh.168-170.
- (353) Oftinger, I, sh.273; Keller, A, sh.102; Keller/Gabi, sh.101; Keller/Landman, T.101; Stark, Nr.379-388; Gürsoy, sh.367; Y.HGK. 2.7.1969 t., E. 969/9-452, K.655 (Karahasan, sh.1001); Ayrıca bu hususta bkz. yukarıda dn.352 de anılan kararlar; Karş. İm Hof, sh.168; Karşı görüş için bkz. Brehm, Art.43 Nr.62-69; Aynı yazar, Umfang, sh.6: Brehm, tarafların ekonomik durumunun, Kanun Koyucu açıkça öngörmedikçe, tazminatta indirim sebebi olarak dikkate alınmaması gerektiği görüşündedir.
- (354) Keller/Gabi, sh.101; Deschenaux/Tercier, sh.207-208.
- (355) Oftinger, I, sh.273; Stark, Nr.379, 387; 4.HD. 12.2.1985 t., E.1985/31, K.1028 (yayınlanmamış); 4.HD. 2.10.1984 t., E.5417, K.7216 (YKD.1985, S.1, sh.32).
- (356) Keller, A., sh.102.

burada zarar görenin gelirinin yüksekliği nisbidir ve bu, zarar failinin ekonomik durumuna oranla belirlenmelidir (357): Zarar görenin yüksek geliri dolayısıyla tazminatta indirim yapılabilmesi için, zarar görenin ekonomik durumunun, zararı zarar sorumlusuna göre çok daha kolay taşıyabilecek kadar iyi olması gerekli ve yeterlidir (358). Zarar görenin yüksek gelire sahip bulunmasının tazminatta indirim yapılmasını haklı göstermesi durumuna şöyle bir misâl verilebilir (359): Bir bankerin evinde pencere tamir eden bir gündelikçi, dikkatsizliği yüzünden merdivenden kayıyor ve düşme sırasında çok kıymetli bir vazoyu kırıyor. Böyle bir durumda zararın tazmini zarar failini, onun için ödenmesi çok güç bir borca sokacaktır. Oysa zarar gören bakımından bunu telafi etmek, çok basit bir olay durumunda kalıyor.

Bu indirim sebebinin kabul edilmesi, kişiye ilişkin zararlar da daha büyük önem kazanıyor. Zira, bedensel bütünlüğün ihlalden ve adam ölümünden doğan zararlar, mağdurun çok yüksek gelire sahip bulunması halinde olağanüstü miktarlara ulaşabilmektedir (360). Böyle durumlarda mağdurun yüksek geliri dolayısıyla tazminatta indirim yapılmasının, hakkaniyete uygun düştüğü kolayca teslim edilir. Bedensel zararlar da, zarar gören kendi işini gören bir kimseyse, çok defa bedensel zarara rağmen işini devam ettirebileceğinden, tazminatta bir indirim yapılabilir. Fakat uğranılan zarar, zarar görenin mesleğini yürütmesini engelleyici mahiyette ise, bu durumda işine bağlı yüksek gelirinden artık bahsedilemeyeceği için, tazminatta bir indirim yapılmamalıdır (361). Adam ölümünde, ölenin miras yoluyla destekten yoksun kalana geçen ve büyük ölçüde gelir getiren malvarlığı da, çoğu zaman yüksek gelir içinde sayılır (362).

(357) Oftinger, I, sh.273.

(358) Keller/Gabi, sh.101; Keller/Landman, T.101.

(359) Keller/Gabi, sh.101.

(360) Stark, Nr.380-382; Karş. Oftinger, I, sh.273; Gürsoy, sh.367.

(361) Stark, Nr.384.

(362) Stark, Nr.385.

Eğer zarar sorumlusu ile zarar görenin ekonomik durumları aynı seviyede ise, tazminatta bir indirim yapılmaz. Tarafların aynı durumda bulunmaları halinde, hukukun koruması bakımından zarar gören tercih edilmelidir (363).

Zarar faili zarara kasıt veya ağır ihmâl ile sebebiyet vermişse, BK.m.44 f.II'de olduğu gibi, burada da tazminatta indirim yapılmamalıdır (364).

Zarar görenin gelirinin normalin üstünde yüksek sayılıp sayılmayacağı, BK.m.43 f.I çerçevesinde bir indirim sebebi teşkil edip etmeyeceği ve nihayet ne oranda bir indirimi gerektireceği hususlarının tayini, hâkimin takdir yetkisine (MK.m.4) bırakılmıştır (365).

Zarar görenin çok düşük bir gelire sahip olması, esas itibariyle tazminatın tayininde rol oynamaz. Meselâ, birlikte kusur yüzünden indirilmesi gereken tazminatın, zarar gören yoksul olduğu için BK.m.43 f.I'e dayanılarak yükseltilmesi söz konusu olamaz. Zira tazminatın amacı, meydana gelen zararı telafi etmektir; toplumsal eşitliği sağlamak - ki bu kanun koyucuya düşer- bu amacın dışında kalır (366). Bununla birlikte, bazı durumlarda zarar görenin çok düşük geliri bulunması da tazminatın tayininde rol oynayabilir. Meselâ, bir zarar verici olayda, BK.m.43 f.I gereğince tazminatta indirim yapılmasını haklı gösteren başka durumlar mevcutsa, mağdurun çok az gelir sahibi olması gözönünde tutularak tazminatta indirim yapılmayabilir (367).

A. Zarar Sorumlusunun Ekonomik Durumu

Zarar sorumlusunun yüksek gelire sahip bulunması, kural olarak tazminatın tayininde hiç bir rol oynamaz (368). Bu-

(363) Keller/Gabi, sh.101; Keller/Landman, T.101.

(364) Oftinger, I, sh.273; Brehm, Art.43 Nr.69; Keller/Gabi, sh.101; Keller/Landman, T.101.

(365) Oftinger, I, sh.273; Keller/Landman, T.101; Keller/Gabi, sh.101; Keller, A., sh.102; Gürsoy, sh.367; Karş.Stark, Nr. 388.

(366) Brehm, Art.43 Nr.64.

(367) Karş. Brehm, Art.43 Nr.64-65.

(368) Brehm, Art.43 Nr. 66; Aynı yazar, Umfang, sh.6.

nunla birlikte, bu hal tazminatta indirim yapılmasını gerektiren BK.m.43 f.I anlamında herhangi bir durum ve şartla beraber bulunduğu takdirde, hâkim takdir yetkisine dayanarak, varlıklı zarar falinine yüklenecek tazminatta indirim yapılamaz (368).

Zarar sorumlusunun zayıf ekonomik durumu ise, BK.m.44 f.II'de bir indirim sebebi olarak özel surette düzenlenmiş olduğu için, BK.m.43 f.I anlamında bir durum ve şart olarak kabul edilemez. Bu itibarla, tazminat ödemesi yüzünden müzayaka durumuna düşeceği sabit olmadıkça, zarar sorumlusunun zayıf ekonomik durumu dolayısıyla tazminatta herhangi bir indirim yapılmayacaktır (369).

III. HATIR İÇİN YARDIMDA BULUNMA

Hatır için yardımda bulunma, BK.m.43 f.I çerçevesinde tazminatta indirim yapılmasını haklı gösteren bir durum ve şart sayılır.

Hatır için yardımda bulunma kavramı, bir kimsenin başka bir kişiye nezaket gereği olarak veya onu memnun etmek için bir iş yapmasını, bir fiil işlemlerini ifade eder (370). Eğer fail, zarara sebebiyet veren fiili, mağdurun hatırı için, onun yararına yapmışsa, BK.m.43 f.I gereğince tazminat indirilebilir (371). Başka bir ifadeyle, hatır için yardımda bulunma dolayısıyla tazminatta indirim yapılabilmesi için, zararın hatır için yardımda bulunulması sırasında meydana gelmiş olması, yardım için hukuken önem ifade eden bir karşılık, yani ücret istenilmemiş bulunması ve yardımın sadece zarar görenin yararına olarak yapılmış olması gerekir (372)(373).

(368a) Tekinay, Destek, sh.214; Karş. Brehm, Art. 43 Nr.65.

(369) Brehm, Art.43 Nr.69; İm Hof, sh.168; Oftinger, I, sh.276; Gürsoy, sh.368; Karş. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.872.

(370) Keller/Gabi, sh.102; Karş. Adal, sh.113.

(371) Oftinger, I, sh.275; Tandoğan, Mesuliyet, sh.327; Gürsoy, sh.367-368; Özsunay, İşletenin Sorumluluğu, sh.122; Adal, sh.113-114; İmre, agt., sh.206.

(372) Keller/Gabi, sh.102; Adal, sh.115.

(373) Şu halde, meselâ bir otomobil satın almayı düşünen bir

Aşağıda misallerde birer hatır için yardımda bulunma hali söz konusudur: Bir kimse, bir tanıdığına taşınmada yardım ederken dikkatsizliği yüzünden değerli bir eşyayı düşürerek ağır hasar görmesine sebep oluyor (374); bir yarış atı sahibi, atını karşılıksız olarak hatır için binici olan arkadaşına bırakıyor, at, sahibi tarafından yanlış eğitilmiş olduğu için binicisini düşürüyor ve bacağının kırılmasına sebep oluyor (375); bir araç sürücüsü, ücretsiz olarak birisini gezdirirken kaza yapıyor ve kazada o kişi de yaralanıyor (376); mali danışmanlık yapan bir kimse, ücretsiz olarak verdiği bilginin hatalı olması yüzünden kendisine bilgi verilenin zarar görmesine yol açıyor (377); tamir teknisyeni olmayan bir kimse komşusunun ricası üzerine yardım amacıyla, ücretsiz olarak bütan gazı ocağını tamir ederken yangın çıkmasına ve komşusunun zarara uğramasına sebep oluyor (378). Gerçekten hatır için yardımda bulunma, ücretsiz olarak sadece mağdurun yararına yapılmış olduğu için, bu yardım sırasında mağdurun yaralanması, ölmesi, eşyalarının zarara uğraması gibi hallerde, zarar failine zararın tamamını tazmin ettirmek haklı görülemez (379). Ücret ve menfaat karşılığı olan bir fiil ile karşılıksız ve hatır için yapılan bir fiil arasında ayırım yapılması hakkaniyet ilkesi gereğidir (380).

Bununla birlikte, hatır için yardımda bulunma dolayısıyla tazminatta indirim yapılabilmesi için, zarar failinin zararın meydana gelmesinde kastı veya ağır ihmali bulunmamış olmalıdır. Zira zarar failinin kasıt veya ağır ihmaliyle zarara sebebiyet vermesi halinde, artık hatır için yardımda bulunulmasından söz edilemez (381).

(374) Keller/Gabi, sh.102.

(375) Stark, Nr.390.

(376) Tandoğan, Mesuliyet, sh.327.

(377) BGE 57 II 81-90.

(378) Y.4.HD. 16.5.1977 t., E.9856, K.5867 (YKD.,1978, S.9 , sh.1462-1463).

(379) Tandoğan, Mesuliyet, sh.241.

(380) Y.4.HD. 7.4.1978 t., E.11685, K.4701 (Ank. Bar. D., 1979, S.3, sh.81); 4.HD. 6.10.1982 t., E.1982/6822, K.8540 (yayınlanmamış).

(381) Stark, Nr.389; Karş. Keller/Gabi, sh.102; Keller/Landman, T.102.

Gerek İsviçre Federal Mahkemesi (382) gerekse Yargıtay (383), hatır için yardımda bulunma sırasında meydana gelen zararlar için hükmedilecek tazminatta hâkimin, BK.m. 43 f.I'e dayanarak hakkaniyete uygun oranda indirim yapabileceğini kabul etmektedirler.

Hatır için yardımda bulunma hali özellikle sebep sorumluluklarında genel bir indirim sebebi olarak önem kazanmaktadır (384).

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunumuzun 87. maddesiyle hatır için yardımda bulunmanın iki özel şekli olan "hatır için taşıma" ve "aracın hatır için kullandırılması" durumlarında araç işletenin hukuki sorumluluğunu belirleyen bir hüküm sevk edilmiştir. Ancak bu maddede araç işletenin hukuki sorumluluğu özel hüküm olarak düzenlenmemiş, KTK.nun

(382) Atlı arabayla kaza. Hayvan tutucusunun karşılıksız iş görmesi dolayısıyla sebep sorumluluğuna (BK.m.56) rağmen, tazminatta indirim: BGE 52 II 451-457; Yanlış mali bilgi verilmesi yüzünden sebep olunan zarara karşılık, bu bilginin hatır için, ücretsiz verilmesi dolayısıyla tazminatta indirim : 57 II 81-90; Zarar verici fiilde hatır için yapma söz konusu olmadığından, indirimin reddi : 80 III 41-61; Zarardan sorumlu Kanton Veterinerlik Kuruluşu zarar görenin yararına iş görmüş olduğu için tazminatta hafif indirim : 89 I 483-497.

(383) Komşusunun ricası üzerine bütan gazı ocağını tamir ederken yangın çıkmasına sebebiyet veren fail, bu zarara hatır için, yalnız komşusunun yararını düşünerek, ücretsiz bir şekilde yardım etmek isterken yol açtığı cihetle, zararın tamamından sorumlu tutulmamalıdır; BK.m.43 f.I gereğince, tazminatın taktiren indirilmesi gerekir : Y.4.HD. 16.5.1977 t., E. 9856, K.5867 (YKD.,1978, S.9 sh.1462-1463); Hatır için taşımada yalnız yolcunun yararı söz konusu olduğu ve araç sahibi ivazsız hareket ettiği için BK.m.43 f.I gereğince zararın bir kısmının zarar gören yolcu üzerinde bırakılması gerekir: 4.HD. 25.4.1983 t., E.3462, K.4480 (YKD.,1984, S.4 sh.560-561); 4.HD. 4.5.1979 t., E.13373, K.5959 (Karahasan, sh.998); Bir ücret ve menfaat karşılığı olan taşıma ile ücretsiz ve hatır için yapılan taşımalar arasında hükmedilecek tazminatlar yönünden bir ayırım yapılması hakkaniyet gereğidir :4.HD. 7.4.1978 t., E.11685, K.4701 (Ank. Bar. D., 1979, S.3 sh.81); 4.HD. 6.10.1982 t., E.1982/ 6822, K.8540 (yayınlanmamış);Bu konuda başka kararlar için bkz. 4.HD. 15.12.1982 t., E.1982/ 9962, K.11496 (yayınlanmamış); 4.HD. 13.6.1983 t., E.1983/ 5421, K.6090 (yayınlanmamış); 4.HD.14.6.1984 t., E.1984/5220, K.5710 (yayınlanmamış); 4.HD. 30.9.1985 t., E.5569, K.7488 (yayınlanmamış); 4.HD.13.11.1984 t. E.7485,K.8373 (yayınlanmamış).

(384) Stark, Nr.398.

özellikle hukuki sorumlulukla ilgili hükümleri bakımından kaynak Kanunu teşkil eden İsviçre Karayolları Trafik Kanunundaki (SVG) düzenlemeye paralel olarak (385), genel hükümlere tabi tutulmuştur. KTK. m.87 f.I'deki hüküm aynen şöyledir: " Yaralanan veya ölen kişi, hatır için karşılıksız taşınmakta ise veya motorlu araç, yaralanan veya ölen kişiye hatır için karşılıksız verilmiş bulunuyorsa, işletenin sorumluluğu ... genel hükümlere tabidir." Görüldüğü gibi, bu hükme göre; hatır için taşınan veya araç hatır için kullanılan kimse ölmüş ya da yaralanmış ise, araç işleteni KTK. na göre tehlike sorumluluğu ilkesi gereğince kusursuz olarak değil, Borçlar Kanununun kusur sorumluluğu ile ilgili genel hükümlerine göre sorumlu tutulacaktır (386). Ve yine bahsedilen durumlarda hâkim, BK.m.43 f.I'deki genel kurala dayanarak araç işletenine yükletilecek tazminatta indirim yapabilecektir (387).

Hatır için yardımda bulunma dolayısıyla zarar failine hükmedilecek tazminatta ne oranda indirim yapılması gerektiğini, hâkim takdir yetkisine (MK.m.4) dayanarak kararlaştı-

(385) SVG eski 59. maddesinin 3. fıkrasında; "Yaralanan veya ölen kimse, hatır için karşılıksız taşınmış veya araç kendisine, hatır için karşılıksız bırakılmış bulunduğu takdirde; hâkim, tazminatı indirebileceği gibi, özel durumlarda tamamen kaldırılmasına da karar verebilir. Bu kural, zarar görenin beraberinde taşınan şeylere gelen zararlar için de geçerlidir." hükmü mevcuttu. Bu hüküm 20.3.1975 tarihli Kanunla yapılan değişiklik sırasında kaldırılmıştır. Ancak buna rağmen, ölen ya da yaralanan kişi ücretsiz taşınmakta veya araç kendisine karşılıksız kullanılmakta ise, BK.m.43 f.I'deki genel hükme dayanarak hâkim tazminatta indirim yapabilecektir (Oftinger, I, sh.275; Keller/Gabi, sh.101; Keller/Kandman, T. 102; Özsunay, İşletenin Sorumluluğu; Kılıçoğlu, sh.43).

(386) Eren, İşletenin Sorumluluğu, sh.164-165; Kılıçoğlu, sh. 43.

(387) Oftinger, I, sh.275; Karş. Özsunay, İşletenin Sorumluluğu, sh.122; Adal, sh.116; Kılıçoğlu, sh.43-44; Kılıçoğlu'na göre; "...yargıç sorumlu tutulan işletenle, yaralanan ya da ölen kişi arasındaki hatır taşımacılığını veya hatır için kullanılmayı gözönünde tutarak BK.m.44 gereğince hükmedeceği tazminat miktarından indirim yapabilir veya red edebilir." Kanaatimizce, araca ücretsiz binmek veya aracı karşılıksız kullanmak, zarar görenin kusurunu, bu cümleden olarak tehlikeyi göze alma halini teşkil etmedikçe, BK.m.44 hükmünün uygulanması söz konusu olamaz.

racaktır. Bu hususta somut olaydaki bütün durum ve şartlar gözönünde tutulmalıdır. Meselâ, hatır için yapılan fiilin tehlikeliliği ve failin hareketindeki diğerkâmlık derecesi dikkate alınabilir (388).

IV. UMULMAYAN HAL

Zararın doğmasında veya artmasında failin kusuru ya da sorumluluk teşkil eden olay ile birlikte etkili olan umulmayan hal de, BK.m.43 f.I anlamında bir durum ve şart kabul edilir ve hâkimin tazminatta indirim yapmasını mümkün kılar (389).

Umulmayan hal doktrinde çeşitli şekillerde tanımlanmıştır (390). Akit dışı sorumluluk açısından umulmayan halin genellikle kabul edilen bir tanımı şöyledir: Umulmayan hal, sorumlu kişiye isnat edilemeyen ve genel davranış kurallarından doğan bir ödevin ihlaline kaçınılmaz surette sebep olan olaydır (391).

Umulmayan halin mücbir sebepten farkı, umulmayan halde uygun illiyet bağının kesilmemesidir. Mücbir sebep zararın tek ve münhasır sebebini, umulmayan hal ise kısmi sebebini teşkil etmektedir (392). Mücbir sebep teşkil eden olay, umulmayan hale oranla daha büyük bir şiddetle (yoğunlukla) ortaya çıkar. Mücbir sebep, zararın meydana gelmesine kaçınılmaz surette yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan, sorumlu kişinin faaliyet ve işletmesine yabancı, olağanüstü

(388) Keller/Gabi, sh.102.

(389) Oftinger, I, sh.278; Stark, Nr.350; Keller/Gabi, sh.103; Brehm, Umfang, sh.4; Keller/Landman, T. 103; Tandoğan, Mesuliyet, sh.327; Gürsoy, 368; Deschenaux/Tercier, sh. 206.

(390) Umulmayan halin çeşitli tanımları için bkz. Eren, Uygun illiyet Bağı, sh.139; Keller/Gabi, sh.17, 102; Tandoğan, Mesuliyet, sh.461; İnan, sh.475; Erzurumluoğlu, E., Türk İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklene-meyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara 1970, sh.142.

(391) Eren, Uygun illiyet Bağı, sh.139; Erzurumluoğlu, sh.142; Karş. Tandoğan, Mesuliyet, sh.461.

(392) Eren, Uygun illiyet Bağı, sh.176-177; Deschenaux/Tercier, sh.206.

bir dış olaydır (393). Olağanüstü su taşması, yıldırım düşmesi, don, kasırga, deprem, savaş, ihtilal birer mücbir sebep sayılabilir. Buna karşılık, yağmur, dolu, yağması, yolun buzlanması birer umulmayan hal sayılır. Umulmayan hal mücbir sebep yoğunluğuna ulaştığı takdirde (394), zarar verici fiil veya olay ile zarar arasındaki illiyet bağını keser ve tazminat sorumluluğunun kalkmasına sebep olur (395).

Umulmayan hal, objektif ve nisbi bir kavramdır. Bir olayın umulmayan hal teşkil edip etmediği, daha doğrusu zarara kısmen sebep olmasının kaçınılmaz olup olmadığı, sorumlu kişinin sübjektif yetenekleri değil, aynı şartlar altında bulunması muhtemel normal ve makul bir insanın yetenekleri esas alınarak tayin edilir (396).

Bir indirim sebebi olarak umulmayan hal, kusur ve sebep sorumluluğunda ayrı ayrı incelenmelidir.

Kusur sorumluluğunda zarar failinin zarar verici kusurlu hareketine, sebep sorumluluğunda ise zararı meydana getiren objektif olaya, umulmayan bir hal de katılıp zararın doğmasına veya artmasına yardım ettiği takdirde, her iki durum itibarıyla zararı birden fazla sebepler meydana getirmiş olmaktadır. Zararın umulmayan hale isabet eden kısmından zarar failinin sorumlu tutulmaması hakkaniyet gereğidir. Bu itibarla, sorumlu kişiye yükletilecek tazminat tayin edilirken, zararın umulmayan hale isabet eden kısmının indirilmesi gerekir (397).

Kusur sorumluluğunda umulmayan hal dolayısıyla tazminatta indirim yapılması, esasen, tazminatın kapsamının kusurun derecesine göre tayin edilmesini öngören BK.m.43 f.I ge-

-
- (393) Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh.176; Aynı yazar, Borçlar, sh.216.
 (394) Mücbir sebep ve umulmayan hal kavramları hakkında geniş bilgi için bkz. Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh.139 vd; Erzurumluoğlu, sh.28 vd.
 (395) Tandoğan, Mesuliyet, sh.328-329.
 (396) Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh.143-144; Tandoğan, Mesuliyet, sh.462.
 (397) Oftinger, I, sh.278; Gürsoy, sh.368.

reğidir. Gerçekten BK.m.43 f.I hükmüyle, kusurun derecesi ile tazminatın kapsamı arasında ilke olarak bir denge, bir orantı bulunması gerektiği kabul edilmiştir. Zarar failinin zarar verici kusurlu hareketine katılan bir umulmayan hal, kusurun derecesine oranla çok büyük bir zararın doğmasına ve bu suretle kusur ile zarar arasındaki dengenin bozulmasına sebep olur. Bu durum hâkime, tazminatta hakkaniyete uygun ölçüde indirim yapma imkânı verir. Bu bakımdan, kusur sorumluluğunda umulmayan hal sebebiyle tazminatta indirim, kusurun derecesiyle tazminatın kapsamı arasında ilke olarak bulunması gereken denge (orantı) dikkate alınarak yapılır (398).

Umulmayan hal bazan zarar failinin kusurunu daha hafif gösterebilir. Meselâ, bir bisiklet sürücüsünün, yarış pistinin buzlu olması sebebiyle kayarak yaya kaldırımına devrilmesi ve bu arada bir seyircinin yaralanmasına sebep olması olayında; şayet sorumlu kişi bakımından mevsim ve hüküm süren hava durumu itibariyle kaza yerindeki buzlanma bir umulmayan hal teşkil ediyorsa, kusur hafif olarak nitelendirilir ve sorumluluk azaltılabilir (399). Ancak, böyle durumlarda, umulmayan halin bir yandan kusurun derecesine göre tazminat tayin edilirken dikkate alınması, öte yandan bir tazminat indirim sebebi olarak gözönünde tutulması anlamsız olur. Bu itibarla, umulmayan halin zarar failinin kusurunu hafif gösterdiği durumlarda, kusurun hafifliği bir indirim sebebi olarak gözönünde bulundurulmuşsa, umulmayan hal dolayısıyla ayrıca indirim yapılmamalıdır (400).

Sebep sorumluluklarında, ancak sorumluluk teşkil eden olayın kapsamadığı bir umulmayan hal indirim sebebi olarak dikkate alınabilir. Başka bir ifadeyle, bu tür sorumluluklarda indirim sebebi olarak bir umulmayan halin söz konusu olabilmesi için, umulmayan hal olarak nitelendirilen olayın, sebep sorumluluğunu gerektiren objektif olayın dışında, bu olaya yabancı bir durum olması gerekir (401). Zira, sebep sorumluluk-

(398) Oftinger, I, sh.278; Stark, Nr.353; Keller/Gabi, sh.103.

(399) Keller/Gabi, sh.103; Stark, Nr.353-354.

(400) Keller/Gabi, sh.103; Stark, Nr.353-354.

(401) Oftinger, I, sh.279; Stark, Nr.355; Keller/Gabi, sh.104;

larında sorumlu kişi, sorumluluk teşkil eden olayla ilgili umulmayan halin sonuçlarını da karşılamakla yükümlüdür (402). Esasen, sebep sorumlulukları bir bakıma umulmayan hallerden sorumluluktur (403). Meselâ, kış mevsiminde bir evin çatısından kayan karlar, yolcusu yakın bir dükkandan sigara satın almak istediği için evin önünde tesadüfen duran bir otomobilin üzerine düşerek üst kaportayı eziyor ve sürücünün de yaralanmasına sebep oluyor. Burada karların kayması evin bakım eksikliğinden ileri gelmişse, BK.m.58'e göre evin maliki zararın tamamından sorumludur. İşte bu umulmayan hal, yapı eseri sahibinin sorumluluğunu gerektiren olayın kapsadığı bir durumdur; yani, burada sorumluluğu teşkil eden olayın dışında, bu olaya yabancı bir umulmayan hal söz konusu değildir (404). Yine meselâ, bir motorlu araç sürücüsü, yolun buzlu olması veya frenlerin patlaması yüzünden fren yapamazsa, bu sebeple meydana gelen zarar dolayısıyla doğacak sorumlulukta bir azaltma yapılmaz. Zira KTK.m.85 ile öngörülen sorumluluk, motorlu aracın işletilmesi dolayısıyla gerçekleşen bu gibi umulmayan halleri de kapsamaktadır (405).

Şu halde, sebep sorumluluklarında bir indirim sebebi olarak dikkate alınabilecek umulmayan haller, sorumluluğu gerektiren olayın dışında bulunan, bu olaya yabancı olan ve sorumlu kişiye de isnat edilemeyen objektif durumlardır.

Sebeb sorumluluğu teşkil eden olay kapsamına girmeyen umulmayan haller, nadiren vuku bulur. Bu itibarla, umulmayan hal, özel bir türü olan zarar görenin bedensel yatkınlığı dışında, sebep sorumlulukları bakımından tazminatın indiriminde fazla rol oynamaz (406).

Keller/Landman, T.103; Deschenaux/Tercier, sh.207; Tan-
ğan, Mesuliyet, sh.328; Gürsoy, sh.369.

(402) Tandoğan, Mesuliyet, sh.328.

(403) Stark, Nr.355; Oftinger,I, sh.19; Tandoğan, Kusura Da-
yanmayan, sh.12.

(404) Stark, Nr.356.

(405) Oftinger,I, sh.279; Keller/Gabi, sh.104; Keller/Landman,
T.103.

(406) Stark, Nr. 357

BK.m.43 f.I anlamında bir indirim sebebi oluşturan umulmayan hal dolayısıyla hâkim, takdir yetkisini kullanarak hakkaniyete uygun bir indirim hükmdebilecektir. Ancak hâkimin bu takdir yetkisini objektif olarak kullanması gerektiğine göre, indirim miktarının takdirinde esas alınacak objektif bir ölçünün belirlenmesi gerekir. Oftinger'in de isabetli olarak belirttiği gibi (407), umulmayan hal sebebiyle yapılacak indirim oranı takdir edilirken, umulmayan halin zarara sebebiyetteki payı esas alınmalıdır: Zararın ne oranda zarar failinin kusuruna veya sorumluluğu gerektiren objektif olaya ve ne oranda umulmayan hale isabet ettiği gayet hassas bir şekilde tesbit edilmeli ve zararın umulmayan hale düşen kısmı oranında tazminat indirilmelidir (408).

Ancak uygulamada bu hususta fazla ayrıntılı inceleme yapılmadığı ve genellikle tazminatta yapılacak indirim miktarının yuvarlak bir rakamla yaklaşık olarak tayin edildiği gözlenmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi, umulmayan hal dolayısıyla tazminatta BK.m.43 f.I çerçevesinde hakkaniyete uygun bir indirim yapılmasını kabul etmektedir (409). Yalnız Federal Mahkeme, umulmayan hal sebebiyle sorumluluğun azaltılmasında, umulmayan halin zarara sebebiyetteki payı oranından değil, uygun illiyet nazariyesinden hareket etmektedir (410) ve Mahkemenin bu yöndeki içtihadı yerleşmiştir. Buna göre; zarar faili, ancak olayların olağan akışı içinde ve hayat tecrübeleri-

(407) Oftinger, I, sh.279.

(408) Karş. Stark, Nr.373-375.

(409) Nitekim Federal Mahkeme, bir kararında (BGE 57 II 110-111), bir kadının kömür zehirlenmesi sonucu banyoda boğulması olayında, sobanın iyi tecrit edilmemiş olması dolayısıyla sorumlu olan bina sahibine yükletilecek tazminatın, olağanüstü soğukun gazın bacadan çıkmasına engel olmasını gözönünde bulundurarak yaklaşık % 30 oranında indirilmesine hükmetmiştir. Federal Mahkemenin umulmayan hal sebebiyle tazminatta indirim hükmettiği diğer kararları için bkz. 45 II 310-315; 46 II 128-130; 47 II 425-431; 89 I 483-497.

(410) Oftinger, I, sh.279-280; Keller, A., sh.101.

ne göre meydana geleceği düşünülebilen sonuçlardan sorumlu tutulur (411).

Yargıtayımız da, zararın meydana gelmesinde umulmayan halin (412) etkili olduğu durumlarda tazminatta BK.m.43 f.I çerçevesinde hakkaniyet ilkesine göre indirim yapılmasını kabul etmekte, fakat bu hususta, umulmayan halin zarara sebebiyetteki payından mı, yoksa uygun illiyet nazariyesinden mi hareket edilmesi gerektiğini net bir şekilde ortaya koymamaktadır (413).

Fikrimizce, umulmayan hal dolayısıyla tazminatta yapılacak indirimde, umulmayan halin zarara sebebiyetteki payının esas alınması tercih edilmelidir. Zira, her olayda uygunluğu tesbit edebilmek uygulamada kolay değildir.

Eğer farklı kişilerin sorumlu olduğu sebep sorumluluğunu gerektiren iki olay, birlikte bir zarara sebep olursa;

(411) BGE 80 II 348-353 (Oftinger, Bundesgerichtspraxis, sh. 262-263, Nr.97); 66 II 173.

(412) Yargıtay kararlarında, umulmayan hal karşılığı olarak bir çok değişik deyimlerin kullanıldığı görülmektedir: "Kaçınılmaz olay": HGK. 25.5.1968 t., E.9/110, K.343 (Olgaç, 1976, sh.688, Nr.13); "gayriyakabili içtinap bir olay": HGK. 1.2.1969t. E.968/9-58, K.87 (Karahasan, sh.1002); "kaçınılmaz kaza" : 9.HD. 1.2.1972 t., E.17301, K.21975 (TİK., 1972/I sh.138); "kaçınılmazlık durumu": 10.HD. 18.4.1975 t., E.1307, K.2285 (Karahasan, sh.1001); "kötü rastlantı" : 10.HD. 4.2.1977 t., E. 5616, K.730 (Karahasan, sh.1000). Buraya alınan kararlardan sonuncusu dışında diğerlerinde umulmayan hal karşılığı olarak anlam itibariyle "kaçınılmazlık" deyimini kullanılmaktadır ki, bu deyim, umulmayan halin unsurlarından birisini ifade eder; Bu bakımdan isabetli değildir. Sonuncu karardaki "kötü rastlantı" deyimini anlam itibariyle doğru sayılabilirse de; deyim birliğinin sağlanması bakımından, doktrinde çoğunluk tarafından benimsenmiş olan "umulmayan hal" deyiminin kullanılması yerinde olur.

(413) Y.HGK. 25.5.1968 t., E.9/110, K.343 (Olgaç, 1976, sh.688, Nr.13); HGK. 1.2.1969 t., E.968/9-58, K.87 (Karahasan, sh.1002); 9.HD. 1.2.1972 t., E.17301, K.21975 (TİK., 1972/I, sh.138); 10.HD. 18.4.1975 t., E.732, K.2290; 10.HD. 18.4.1975 t., E.1307, K.2285 (Karahasan, sh.1001); 10.HD. 4.2.1977 t., 5614, K.730 (Karahasan, sh.1000); 9.HD.15.3.1978 t., E.3230, K.3755; 9.HD. 9.3.1978 t., E.3001, K.3620 (Karahasan, sh.998); 9.HD. 6.11.1978 t., E.13157, K.1385 (YKD., 1979, S.3 sh.365-366); 10.HD. 11.5.1981 t., E.2465, K.3038 (YKD., 1981, S.9 sh.1153-1154); 9.HD.31.10.1983 t., E.6805, K.8720 (YKD., 1984, S.4 sh.582).

sorumlulardan hiç biri zarar gören aleyhine, zararın meydana gelmesine iştirak eden diğer sebep dolayısıyla bir tazminat indirimi yapılmasını ileri süremez. Böyle durumlarda, genellikle sorumlu kişilerin zararın tamamından müteselsilen sorumlulukları söz konusu olur (414). Meselâ, yol üzerine uzanmış yatan bir köpek, motorlu araç sürücüsünün sakınmasına ve bir bisikletliye çarpmasına yol açıyor. Bu olayda, gerek köpeğin tutucusu için motorlu araç sürücüsünün hareketi, gerekse motorlu araç sürücüsü için köpeğin hareketi, mağdur bisiklet sürücüsüne ödenmesi gereken tazminatta bir indirimi haklı gösteren umulmayan hal olarak dikkate alınmaz (415).

V. ZARAR GÖRENİN BEDENSEL YATKINLIĞI

Ölen veya yaralanan kişinin zarara bedensel yatkınlığı, zararın meydana gelmesini kolaylaştırmış veya artmasına sebep olmuş olabilir.

Bedensel yatkınlık; insan bedeninin, doğuştan olan veya sonradan çıkan bir hastalık, eksiklik, gizli veya açık bir hastalık yüzünden zarar görmeye olağanüstü elverişliliğini veya zarar verici fiil ya da olaylara normalin üstünde ağır tepki gösterme eğilimini ifade eder (416). Tanımdan da anlaşılacağı gibi, bedensel yatkınlık kavramı, sadece beden yapısına bağlı bozuklukları değil, hastalıklardan doğan anormallikleri de kapsamaktadır (417). Keza, zarar görenin fiziksel yapısındaki anormallikler yanında; ruhsal, sinirsel bozuklukluklar da bedensel yatkınlık kavramına dahildir (418).

Bedensel yatkınlık, zararın meydana gelmesini kolaylaştırabilir veya artmasına sebep olabilir. Meselâ, sağlıklı bir insanın ölümüne yol açmayacak hafif bir yaralanma, kan

(414) Stark, Nr.360; Keller/Gabi, sh.104.

(415) Stark, Nr.361-362.

(416) Eren, Hukuka Aykırılık Bağı, sh.485; Karş. Oftinger, I, sh.102; Stark, Nr.364; Keller/Gabi, sh.104; Keller/Landman, T.104; Keller, A., sh.56; Tandoğan, Mesuliyet, sh.327.

(417) Stark, Nr.365.

(418) Brehm, Art.44, Nr.54,59; Keller/Gabi, sh.104; BGE 80 II 348-353; 102 II 41 vd.; Karş. Oser/Schönenberger, Art.44 Nr.12; Karşı görüş için bkz. Stark, Nr.368; Stark'a göre;

pihtılaşmaması hastalığı (hemofili) bulunan bir kişinin ölümüne sebep oluyor (419); basit bir ameliyat, kalbindeki tümörün dolaşım yetersizliğine sebep olması yüzünden, mağdurun ölümüne yol açıyor (420); mağdurun ruhsal rahatsızlıklara yatkınlığı yüzünden, zarar failinin otomobiliyle çarpması bir sinir hastalığı oluşturuyor (421); ameliyat edilen kadın hastanın çenesine tedavi gereği uygulanan röntgen ışınları, bu hastanın cildinin ışınlara aşırı duyarlı olması sebebiyle yüzde sabit, ağır izler bırakıyor (422); ağrı kesiciye karşı allerjisi dolayısıyla basit bir tıbbi müdahale mağdurun ölümüne yol açıyor (423). Bu gibi durumlarda, bedensel yatkınlık BK.m.43 f.I anlamında bir indirim sebebi teşkil eder.

Buna karşılık, zararın meydana gelmesinde genel bir elverişlilik teşkil etmeyen basit bedensel bozukluklar, bir indirim sebebi sayılamaz. Bu itibarla, meselâ, yaşlı insanların uzun bir tedavi sürecini gerektiren zayıf kemik yapıları veya genel durumları, tazminatta indirim yapılmasını haklı kılmaz (424).

Bedensel yatkınlık zarar görenin kusuru sayılmaz. Zira, bu duruma maruz kalmak, kişinin iradesinden bağımsız bir olaydır; zarar görene hiç bir surette bir kusur olarak isnat edilemez. Bundan dolayı, mağdurun zarara bedensel yatkınlığı, BK.m.44 f.I anlamında değil, fakat BK.m.43 f.I çerçevesinde bir indirim sebebi teşkil eder (425).

sinirsel bozukluklara ruhsal eğilim, bedensel yatkınlık kavramı içinde incelenmemelidir. Zira bu alan çok karmaşıktır.

(419) Y.4.HD.5.11.1984 t., E.1984/6092, K.8184 (YKD., 1985, S.4, sh.489-492).

(420) Y.HGK. 24.6.1964 t., E.508/D-4, K.481 (Olgaç, 1969, sh. 288 Nr.18).

(421) BGE 80 II 348-353; 96 II 392-397.

(422) Y.4.HD. 17.12.1976 t., E.1976/692, K.11046 (YKD., 1978, S.4 sh.544-545).

(423) BGE 66 II 165-174.

(424) Brehm, Art.44 Nr.57.

(425) Stark, Nr.366; Von Tuhr/Peter, sh.108-109; Oser/Schönenberger, Art. 44 Nr. 12; Eren, Hukuka Aykırılık Bağ, sh. 485-486; İm Hof, sh.191; Y. HGK. 24.6.1964 t. E.508/D-4, K.481 (Olgaç, 1969, sh.288 Nr.18); 4.HD. 5.11.1984 t., E.1984/6092, K.8184 (YKD., 1985, S.4 sh.489-492); Karşı görüş için bkz. Becker, Art.44 Nr.5; Brehm, Art.44 Nr.55-57.

Esasen bedensel yatkınlık, insan davranışından bağımsız bir durum olduğundan, umulmayan halin bir türü olarak da incelenebilir. Bu bakımdan, umulmayan hal ile ilgili olarak belirtilen hususlar, esas itibariyle bedensel yatkınlık hakkında da geçerlidir (426). Bu cümleden olarak, bedensel yatkınlık hem kusur sorumluluğunda, hem de sebep sorumluluklarında bir indirim sebebi olarak uygulanır (427). Hatta bedensel yatkınlık; umulmayan hal sayılan diğer durumlardan farklı olarak, daima sebep sorumluluğunu gerektiren olayın dışında bir durum teşkil ettiği için, sebep sorumluluklarında mutlaka bir indirim sebebi olarak gözönünde bulundurulur (428).

Mağdurun zararın doğmasına veya artmasına yardım eden bedensel yatkınlığı, doktrin ve uygulamada, BK.m.43 f.I gereğince tazminatta indirim yapılmasını haklı gösteren bir durum ve şart kabul edilmektedir (429). Gerçekten, zarar görenin bedensel yatkınlığı yüzünden, zarar verici fiil veya olayın sonuçları olağanüstü ağırlıkta ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda zararın tamamından zarar failini sorumlu tutmak, çoğu zaman hakkaniyete uygun düşmez.

Zarar görenin bedensel yatkınlığı dolayısıyla tazminatta yapılacak indirim, esas itibariyle hâkimin takdirine bırakılmıştır. Hâkim, hakkaniyet ilkesinin gerektirdiği ölçüde tazminatta indirime hükmedebilecektir. Ancak, hâkim, tazminatta indirimi takdir ederken, bedensel yatkınlığın zarara sebebiyetteki payını gözönünde tutmalıdır. Buna göre, zarar görenin bedensel yatkınlığının ne oranda zararın kısmi sebebi

-
- (426) Eren, Hukuka Aykırılık Bağı, sh.485; Oftinger, I, sh.280; Stark, Nr.369.
- (427) Oftinger, I, sh.280; Keller/Gabi, sh.104; Keller/Landman, T.104; Stark, Nr.369; Eren, Hukuka Aykırılık Bağı, sh.485; Gürsoy, sh.369.
- (428) Keller/Gabi, sh.104-105; Keller/Landman, T.104; Stark, Nr.370.
- (429) Oftinger, I, sh.280; Stark, Nr.369; Keller/Gabi, sh.104-105; Keller/Landman, T.104; Tandoğan, Mesuliyet, sh.327-328; Eren, Hukuka Aykırılık Bağı, sh.485-486; Gürsoy, sh.369; BGE 57 II 52; 66 II 173; 80 II 348 vd. (Oftinger, Bundesgerichtspraxis, sh.262-263, Nr.97); 102 II 41 vd. Y.4.HD. 5.11.1984 t., E.6092, K.8184 (YKD., 1985, S.4 sh.489-492); Y.HGK. 24.6.1964 t., E.508/D-4, K.481 (Olgaç, 1969, sh.288, Nr.18).

olduğu hassas bir şekilde tesbit edilmeli ve bu oranda tazminatta indirim yapılmalıdır (430).

İsviçre Federal Mahkemesi, genel olarak umulmayan hal oluşturan durumlarda olduğu gibi, mağdurun bedensel yatkınlığı dolayısıyla sorumluluğun azaltılmasında da, bedensel yatkınlığın zarara sebebiyetteki payı oranından değil, uygun illiyet nazariyesinden hareket etmektedir (431) ve Mahkemenin bu yoldaki içtihadı yerleşmiştir. Buna göre, zarar faili, ancak olayların olağan akışı içinde ve hayat tücrübelerine göre meydana geleceği düşünülebilen sonuçlardan sorumlu tutulabilir (432).

Yargıtay ise, zararın meydana gelmesinde mağdurun bedensel yatkınlığının etkili olduğu durumlarda, tazminatta BK. m.43 f.I çerçevesinde hakkaniyete göre indirim yapılmasını kabul etmekte; fakat bu hususta, bedensel yatkınlığın zarara sebebiyetteki payından mı, yoksa uygun illiyet nazariyesinden mi hareket edilmesi gerektiğini pek açık ortaya koymamaktadır (433).

Fikrimizce, tazminatta yapılacak indirimde bedensel yatkınlığın zarara sebebiyetteki payı esas alınmalıdır. Zira sorumluluğun azaltılmasında uygun illiyet nazariyesini uygulamak, yani her somut olayda uygunluğu tesbit etmek kolay değildir.

Bedensel yatkınlık bir indirim sebebi olarak uygulanırken bir hususa dikkat edilmelidir: Zarar görenin çalışma

(430) Oftinger, I, sh.279-280; Aynı yazar, Bundesgerichtspraxis, sh.262, Nr.97 (Einführung).

(431) Oftinger, I, sh.279-280; Keller, A., sh.101; Eren, Hukuka Aykırılık Bağı, sh.486.

(432) BGE 80 II 348 (Oftinger, Bundesgerichtspraxis, sh.262-263); 66 II 173.

(433) Y.HGK. 24.6.1964 t., E.508/D-4, K.481 (Olgaç, 1969, sh. 288 Nr.18; 4.HD. 5.11.1984 t., E.6092, K.8184 (YKD.

1985, S.4 sh.489-492); "...Zarar görenin dış etkilere hassas vücut yapısı ve kalp hastalığı, Borçlar Kanununun 43. maddesi uyarınca özel durum sayılarak hak ve adalete uygun bir miktarın tazminatta indirim sebebi kabul edilmelidir."; 4.HD. 12. 11.1984 t., E.1984/7228, K.8290 (yayınlanmamış).

gücünü sürekli kaybetmesi veya ekonomik geleceğinin sarsılması ya da destekten yoksun kalınması hallerinde, ölenin veya yaralananın bedensel yatkınlığı, zarar tesbit edilirken gözönünde bulundurulmuşsa, aynı durum tazminatın tayininde tekrar bir indirim sebebi olarak dikkate alınamaz (434).

VI. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN KUSURU

Üçüncü kişi kavramı, zarar gören ve zarar faili ile bunların, fiillerinden sorumlu olduğu kişiler, bu cümleden olarak yardımcı kişi, müstahdem, MK.m.320'ye göre aile başkasının gözetimi altındaki kişiler ve araç işleteninin, aracın kullanılmasında görevlendirdiği ve fiillerinden sorumlu olduğu sürücü ve yardımcıları dışında kalan kişileri ifade eder (435).

Zarar görenin kusurunun aksine, üçüncü kişinin kusuru, teknik anlamda kusurdur. Zira üçüncü kişinin kusurunda kusurlu fiili işleyenin kendisi değil, başkası zarar görmektedir. Teknik anlamda kusurla ilgili esaslar, bu cümleden olarak, kusurun türleri, dereceleri, objektif kusur kavramı, üçüncü kişinin kusurunda da aynen geçerlidir (436) (437).

Üçüncü kişinin kusuru illiyet bağına kesecek yoğunlukta bulunduğu takdirde, zarar faili sorumluluktan kurtulur. İlliyet bağına kesilmiş sayılması için, üçüncü kişinin kusurunun, uygun illiyet yönünden zararın tek ve münhasır sebebi olarak gözükmesi, ilk sebebi arka plâna atacak yoğunlukta gerçekleşmiş olması gerekir (438). Meselâ, eczacının yanlış olarak hazırladığı ilacı içen hasta ölmeden, mirascısı tarafından öldürülürse, sorumlu olan eczacı değil, mirascıdır (439).

(434) Oftinger, I, sh.280; Stark, Nr.371; Gürsoy, sh.369; BGE 66 II 165-174; Karş. Brehm, Art.44 Nr.58.

(435) Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh.204; Aynı yazar, Borçlar, 228; Stark, Nr.343; Oftinger, I, sh.282; Gürsoy, sh.343.

(436) Kusurla ilgili esaslar hakkında bkz. yukarıda § 4, V, sh. 32 vd.

(437) Oftinger, I, sh.169; Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh.204.

(438) Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh.201-202; Oftinger, I, sh. 121; Adal, sh.106; Tandoğan, Mesuliyet, sh.80-81.

(439) Saymen/Elbir, sh.506.

Özellikle sebep sorumluluklarında, mücbir sebep ile zarar görenin kusuru yanında, üçüncü kişinin kusuru da illiyet bağı-
nı kesen sebepler olarak gözönünde bulundurulur (440). Sebep sorumluluklarında, genellikle üçüncü kişinin kusurunun illi-
yet bağı-
nı kesmiş sayılması için, zarar görenin kusurunda olduğu gibi, ağır olması şartı konulmaktadır (441). Nitekim, motorlu araç işletenin hukuki sorumluluğunu düzenleyen 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununda, üçüncü kişinin kusurunun, aracın işletilmesi ile doğan zarar arasındaki illiyet bağı-
nı kesmiş sayılması için ağır olması şartı aranmıştır (m.86 f.I) (442).

İlliyet bağı-
nı kesecek yoğunluğa ulaşmayan üçüncü ki-
şinin kusuru, genellikle zararın doğmasını kolaylaştırmış veya artmasına sebep olmuş, yani meydana gelen zararın kısmi sebebi-
ni oluşturmuş olur. Bununla birlikte, zararın kısmi sebebini teşkil ettiği durumlarda üçüncü kişinin kusuru dolayısıyla tazminatta indirim yapılması, kural olarak söz konusu olamaz. Zira hukuk sistemimizde, zararın meydana gelmesinde kusuru bu-
lunan üçüncü kişinin, esas zarar faili ile birlikte mütesilsilen sorumlu olması esas kabul edilmiştir. Tazminat sorumlulu-
ğunun birinci derecede sorumlu kişi ile üçüncü kişi arasında paylaşılması, bir iç ilişki olup bunlar arasında bir rücu hakkına konu teşkil eder (BK.m.50) (443). Bu ilke, Alman ve

(440) Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh.201-210; Oftinger, I, sh. 121-123; Stark, Nr.216 vd.

(441) Oftinger, I, sh.121; Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh.202; Aynı yazar, İşletenin Sorumluluğu, sh.211.

(442) KTK'nun m.86 f.I hükmü aynen şöyledir: "İşleten, kendi-
sinin veya eyleminden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulun-
maksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın kazanın...bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini is-
pat ederse, sorumluluktan kurtulur." Bu hükme göre, üçüncü kişi-
nin sadece ağır kusuru illiyet bağı-
nı kesmiş sayılacaktır. Bu-
nunla beraber, işletenin veya fiillerinden sorumlu olduğu kim-
selerin kusuru bulunması ya da araçtaki bir bozukluğun kazayı etkilemiş olması halinde, kaza bir üçüncü kişinin ağır kusu-
rundan ileri gelse bile, işletenin sorumluluğu kalkmayacaktır. Zira, bu durumda artık üçüncü kişinin kusurunun illiyet bağı-
nı kestiğinden söz edilemez (Eren, İşletenin Sorumluluğu, sh.205-
212; Kılıçoğlu, sh.40-42).

(443) Oftinger, I, sh.281; Stark, Nr.345; Keller/Gabi, sh.98; Keller/Landman, T.98; Keller, A., sh.103; Gürsoy, sh.370;

Avusturya hukuklarında da kabul edilmiştir (BGB § 340 f.I, ABGB § 1302)(444). Gerçekten zarar sorumlularından hiçbiri sorumlu olduğu tazminatın indirilmesi için diğerinin kusuruna dayanamamalıdır (445).

Üçüncü kişinin kusurunun bir indirim sebebi teşkil etmemesi kuralı, sebep sorumluluğunda mutlak surette geçerlidir (446). Nitekim meselâ, KTK.nun 86. maddesinde, araç işleteni bakımından tazminatta indirim sebebi olarak sadece zarar görenin kusuru öngörülmüştür. Bu hükme göre de, araç işleten, zararın meydana gelmesinde üçüncü kişinin kusuru bulunmasına dayanarak tazminatta indirim yapılmasını isteyemeyecektir. Gerçekten, KTK.m.86 hükmü gereğince, üçüncü kişinin kusuru ağır değilse veya ağır olmasına rağmen illiyet bağının kesilmiş sayılması için gereken diğer şartlardan biri eksikse; üçüncü kişi, doğan zarardan araç işleten ile birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır (447)(448). Şu halde, sebep sorumluluğunda, üçüncü kişinin illiyet bağını kesmeyen kusuru, hiçbir zaman bir indirim sebebi teşkil etmeyecek, sadece birinci derecede sorumlu kişinin rücu hakkına esas olacaktır.

Buna karşılık, üçüncü kişinin kusuru, kusur sorumluluğunda bir indirim sebebi teşkil edebilir. Kusur sorumluluğunda, üçüncü kişinin kusuru, eğer bunula zarar failinin kusuru daha hafif görünüyorsa, bir indirim sebebidir (449). Zira Borçlar Kanunumuz, m.43 f.I hükmüyle, kusur sorumluluğu bakı-

(444). Oftinger, I, sh.281 dn.91.

(445) Deschenaux/Tercier, sh.203.

(446) Oftinger, I, sh.281; İmre, agt., sh.204.

(447) Kılıçoğlu, sh.42; Adal, sh.107.

(448) KTK. 88. maddesiyle bir trafik kazasından dolayı sorumlu tutulabilen birden fazla kişinin müteselsil sorumluluğu ile ilgili olarak özel bir hüküm getirmiştir. Kazada üçüncü kişinin kusuru bulunması halinde, değişik sebeplerle birden fazla kişinin aynı zarardan sorumluluğu söz konusu olur. Böyle bir durumda araç işletenin sorumluluğu sebep sorumluluğu olup Kanuna, kusurlu davranışıyla zararın meydana gelmesine iştirak eden üçüncü kişinin sorumluluğu ise, haksız fiille dayanır. Araç işleten ile üçüncü kişinin sorumluluğu BK.m.51'deki genel hüküm gereğince eksik teselsül olmasına karşılık; Kanun Koyucu, KTK.m.88 hükmü ile bu genel kuraldan ayrılarak tam teselsülü kabul etmiştir (Kılıçoğlu, sh.42).

(449) İmre, agt., sh.204.

mından kusurun derecesi ile sorumluluk, daha doğrusu tazminatın kapsamı arasında bir denge bulunmasını ilke olarak benimsemiştir (450). İşte üçüncü kişinin kusuru, birinci derecede sorumlu zarar failinin kusurunu hafif gösterdiği oranda, tazminatta indirim yapılabilecektir (451). Meselâ, bir bisikletli tehlikeli bir durum yaratıyor ve diğer bir bisikletli bu yüzden hatalı manevra yaparak bir başkasını yaralıyor. Burada, birinci bisikletlinin (üçüncü kişi) kusuru diğer bisikletlinin (davalı) kusurunu daha hafif gösterdiği için, hâkim, BK.m.43 f.I gereğince, kusurun hafif olmasını gözönünde bulundurarak tazminatta indirime hükmedebilecektir (452)(453).

Esasen, kusur sorumluluğunda da üçüncü kişinin kusurunun, doğrudan doğruya bir indirim sebebi olarak kabul edilip uygulanması söz konusu olmamaktadır. Bu itibarla, üçüncü kişinin kusurunun, kusur sorumluluğundan doğan tazminatta indirim sebebi teşkil etmesi, müteselsil sorumluluk ilkesine gerçek bir istisna sayılmamalı; aksine bunun, hâkime, BK.m. 43 f.I hükmü gereğince kusurun hafifliğini gözönünde bulundurarak tazminatta indirim yapmasına dolaylı olarak imkân verdiği kabul edilmelidir (454). Brehm'in yerinde olarak belirttiği gibi (455), zararın meydana gelmesine kusuruyla iştirak eden üçüncü kişi, çocuklarının trafik kazasıyla zarar görmesinde gözetim kusuru olan ana - baba veya ailesi yaralanan motorlu araç işleteni gibi, zarar failinin ödeyeceği tazminat-

(450) Bkz. yukarıda § 7, I, sh.74 vd.

(451) Oftinger, I, sh.281-282; Tandoğan, Mesuliyet, sh.329; Deschenaux/Tercier, sh.203-204; Stark, Nr.347; Keller, A. sh.103.

(452) Oftinger, I, sh.281.

(453) Federal Mahkeme, bir kararında (BGE 59 II 37-43), yanlış bir tedavi ile bir çocuğun hastalıklı durumunu ağırlaştıran fizik tedavcinin tazminat sorumluluğunun, çocuğun sağlık durumu ve hastalığının mahiyeti hakkında yeterli bilgiyi vermemiş olan babasının (üçüncü kişi) kusuru yüzünden azaltılmasını kabul etmiştir. Keza bkz. BGE 97 II 221-228: Zarar failinin hafif kusuru sebebiyle tazminatta bir indirim yapılması, üçüncü kişinin kusurlu davranışıyla failin işlenmesine etki ettiği takdirde de söz konusu olabilir.

(454) Oftinger, I, sh.281-282; Stark, Nr.347-348; Karş. Tandoğan, Mesuliyet, sh.329; Deschenaux/Tercier, sh.203-204.

(455) Brehm, Art.43 Nr.87; Aynı yazar, Umfang, sh.4.

tan dolaylı da olsa yararlanıyorsa, bu takdirde üçüncü kişinin kusuru sebebiyle tazminatta bir indirim haklı görülür. Bunun dışındaki durumlarda, müteselsil sorumluluk ilkesi, üçüncü kişinin kusuru dolayısıyla tazminatta indirim yapılmasına üstün tutulmalıdır.

Üçüncü kişinin kusurunun söz konusu olabilmesi için, üçüncü kişinin, temyiz kudretini haiz olması gerekir. Bu itibarla, gayrimüeyyiz bir üçüncü kişinin davranışı, üçüncü kişinin kusuru sayılmaz. Hukuk sistemimizde, gayrimüeyyiz üçüncü kişinin objektif bakımdan kusur olarak nitelendirilebilen davranışı dolayısıyla tazminat sorumluluğunun kalkması veya azalması kural olarak söz konusu olamaz; sorumlu, zararın meydana gelmesine etki eden bu gibi durumların tehlikesini de taşımaktadır (456). Bununla birlikte, şartları mevcut olduğu takdirde, BK.m.54 f.I ve II hükümleri burada da uygulanabilir: Gayrimüeyyizinin davranışıyla zararlı sonuç arasında uygun illiyet bağı bulunuyorsa, hakkaniyetin gerektirdiği hallerde, sorumlu kişi, gayrimüeyyiz üçüncü kişiye rücu edebilir veya onun davranışı dolayısıyla tazminatta indirim yapılmasını isteyebilir (457).

(456) Oftinger, I, sh.282; Geniş bilgi için bkz. Eren, Uygun illiyet Bağı, sh.204 vd.

(457) Oftinger, I, sh.169, 282; Karş. Eren, Uygun illiyet Bağı, sh.260.

VII. ZARAR GÖRENİN SORUMLU OLDUĞU İŞLETME TEHLİKESİ

Eğer zarar verici olayda zararın meydana gelmesine zarar görenin sorumlu olduğu işletme tehlikesi (458) de yardım etmişse, bu takdirde tazminatta zarar faili lehine indirim yapılabilir (459) (460). Gerçekten, zarar görenin sorum-

(458) İşletme tehlikesi, nicelik veya nitelik olarak ağır zarar verme eğiliminden dolayı kanunen kendisine tehlike sorumluluğu bağlanan faaliyet ve işletmelerin özel tehlikeliliğidir (Oftinger, I, sh.20-21; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, sh. 26; Koziol, sh.199-200; Keller/Landman, T.105 a). Türk hukukunda, yalnız motorlu araç işleteni bakımından tehlike sorumluluğu öngörülmüştür. Bu itibarla, Hukukumuzda, zarar görenin sorumlu olduğu işletme tehlikesi sadece zarar gören araç işleteni bakımından söz konusu olabilir (bkz. KTK. m.85 f.I, m.88 f.II) (Eren, İşletenin sorumluluğu, sh.160; Kılıçoğlu, sh.4). (459) İsviçre hukukunda zarar görenin sorumlu olduğu işletme tehlikesi, BK.m.44 f.I anlamında bir indirim sebebi kabul edilmektedir (Oftinger, I, sh.328-329; Von Tuhr/Peter, sh.109; Keller/Gabi, sh.105; Keller/Landman, T.105 a; Brehm, Art.44 Nr.41). Zira, İsviçre Borçlar Kanununun, Borçlar Kanunumuzun m.44 f.I hükmünü karşılayan aynı numaralı maddesinde "zarar görenin sorumlu olduğu durum ve şartlardan (Umstände, für die er einstehten muss)" bahsedilmektedir ve zarar görene isnat edilebilen işletme tehlikesi de, zarar görenin sorumlu olduğu bir durumdur. Buna karşılık, Borçlar Kanunumuzun m.44 f.I hükmünde, indirim sebebi teşkil eden durumlar, zarar görenin zararın doğmasına veya artmasına yardım eden fiillerine hasredilmiştir. Şu halde, Borçlar Kanunumuza göre, zarar görenin sorumlu olduğu bütün durum ve şartlar değil, sadece zararın doğmasına veya artmasına sebep olan fiili, m.44 f.I anlamında bir indirim sebebi teşkil edecektir. Bu itibarla, zarar görenin sorumlu olduğu işletme tehlikesi, tazminatta indirim yapılmasını haklı gösteren BK.m.43 f.I anlamında bir durum ve şart sayılabilir. (Bkz. yukarıda § 9, II, sh.106 dn.174).

Esasen, zarar görenin sorumlu olduğu işletme tehlikesinin BK.m.44 f.I yerine, BK.m.43 f.I anlamında bir indirim sebebi sayılması, uygulama bakımından fazla bir önem taşımaz. Gerçi m.44 f.I anlamında bir indirim sebebi sayılması halinde, tazminatta indirim yapılması yanında, tazminata hükmetmekten tamamen vazgeçilmesi de mümkün olacaktır. Ancak, indirim sebebi teşkil eden durumla zarar arasında uygun illiyet bağı bulunduğu sürece, m.44 f.I hükmüne dayanılarak tazminat sorumluluğunun tamamen kaldırılmasının çok istisnai durumlar dışında söz konusu olmadığı (bkz. yukarıda § 9, II, E, sh.131 vd.) gözönünde tutulduğunda; bunun uygulama bakımından önemli bir fark ifade etmeyeceği kolayca teslim edilecektir.

(460) Keller/Gabi, sh.105; Keller/Landman, T.105a; Brehm, Art. 44 Nr.41; Oftinger, I, sh.329.

lu olduğu işletme tehlikesi, zararın kısmi sebebini oluşturmuşsa, bu durumda zararın tamamının zarar failine yükletilmesi doğru olmaz. İşletme tehlikesinin doğurduğu zararlardan işletenin sorumlu tutulmasını haklı kılan sebepler; zarar gören işletenin, sorumlu olduğu işletme tehlikesi dolayısıyla meydana gelmesinde rol oynadığı zararın bir kısmına kendisinin katlanmasını dahi haklı gösterir (461).

Zarar görenin sorumlu olduğu işletme tehlikesi, bir indirim sebebi olarak özellikle karşılıklı zarar verme durumlarında önem kazanmaktadır (462). Bununla birlikte, zararın meydana gelmesinde rol oynadığı bütün olaylarda, bu işletme tehlikesi, bir indirim sebebi olarak dikkate alınabilir (463).

Zarar görenin sorumlu olduğu işletme tehlikesi dolayısıyla hâkim, takdir yetkisine dayanarak (MK.m.4) tazminatta hakkaniyete uygun gördüğü ölçüde indirim yapabilir. Bununla birlikte, tazminatta yapılacak indirim takdir edilirken, zarar görenin sorumlu olduğu işletme tehlikesinin zarara sebebiyetteki payı gözönünde tutulmalıdır: Zararın meydana gelmesinde hangi oranda zarar failinin fiilinin, hangi oranda işletme tehlikesinin rol oynadığı gayet hassas bir şekilde tesbit edilmeli ve işletme tehlikesinin rolü oranında tazminat indirilmelidir. Başka bir ifadeyle, zarar görenin sorumlu olduğu işletme tehlikesinin kısmi sebebi olduğu oranda zarar, zarar gören üzerinde bırakılmalıdır (464). Meselâ, cadde üzerinde dikkatsizce yürüyen bir yaya, bir otomobilin sert fren yaparak yoldan çıkmasına ve bir duvara çarpmasına sebep oluyor. Otomobil sürücüsünün yayaya karşı ileri sürdüğü tazminat talebi, otomobilin işletme tehlikesinin, zararın meydana gelmesindeki payı oranında indirilir (465).

(461) Karş. Von Tuhr/Peter, sh.109-110; Oftinger, I, sh.282-283; Koziol, sh.199-200.

(462) Geniş bilgi için bkz. Oftinger, I, sh.315 vd.; Deschenaux/Tercier, sh.227 vd.

(463) Keller/Gabi, sh.105; Keller/Landman, T.105a.

(464) Keller/Gabi, sh.105; Keller/Landman, T.105a; Oftinger, I, sh.328-329.

(465) Keller/Landman, T.105a,

Sorumlu olduğu işletme tehlikesi yanında zarar görenin, kusuru da mevcutsa; kusur ve tehlike sorumluluklarının birlikte, zarar faili için daha şiddetli sorumluluk getirmesine kıyasen, zarar görenin aleyhine tazminat o oranda daha çok indirilir (466).

Zarar görenin sorumlu olduğu işletme tehlikesinin bir indirim sebebi olarak dikkate alınabilmesi için, bunun ile zararın doğması ya da artması arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Şayet bu işletme tehlikesi, zararın ilk sebebini arka plâna atacak yoğunlukta gerçekleşmişse, bu takdirde, ilk sebepten sorumlu olan kişi sorumluluktan kurtulur (467).

VIII. TAKDİRE BAĞLI DİĞER İNDİRİM SEBEPLERİ

A. Zararın Önceden Kestirilemeyecek Miktarda Olması

Bu durum, genellikle, zarar failinin kusurunun hafif olmasına karşılık, zararın çok yüksek miktarda ortaya çıkması halinde söz konusu olur. Bu indirim sebebi, kusur ile tazminat arasında bir denge, bir orantı bulunması gerektiği düşüncesine dayanıyor. Bu itibarla, zararın önceden kestirilemeyecek miktarda olması dolayısıyla tazminatta indirim yapılması, ancak kusur sorumluluğunda mümkündür (468). Bununla birlikte, böyle bir durum sebebiyle tazminatta indirim yapılması, kusur sorumluluğunda; zarar failinin hafif kusuru ile umulmayan hal, mağdurun zarara bedensel yatkınlığı ve zayıf illiyet bağı durumlarından birisinin, indirim sebebi olarak dikkate alınmasıyla karışabilmektedir. Başka bir ifadeyle, kusur sorumluluğu bakımından zararın kestirilemeyecek miktarda ortaya çıkması, genellikle bu ifade edilen durumlarda söz konusu olmaktadır (469). Bu itibarla, bu ünvan altında indirim yapılmasına çoğu zaman ihtiyaç kalmaz; hâkim, zarar failinin hafif kusuru,

(466) Koziol, sh.200.

(467) Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh.200.

(468) Brehm, Art.43 Nr.61; Oser/Schönenberger, Art.43 Nr.6; Im Hof, sh.183,

(469) Karş. Oftinger, I, sh.278, 281-282; Oser/Schönenberger, Art.43 Nr.6; BGE 61 II 85.

zarar görenin bedensel yatkınlığı veya zayıf illiyet bağı durumlarından birine dayanarak tazminatta indirim esasen hükmedebilir. Keza, kusur sorumluluğunda; zararın kestirilemeyecek miktarda ortaya çıkmış olması dolayısıyla tazminatta yapılacak bir indirimin, kusur ile tazminat arasında bir denge, orantı bulunması genel ilkesine dayandırılarak takdir edilmesi de her zaman mümkündür (470)

B. Zayıf İlliyet Bağı

Hâkim, her somut olayda zarar verici fiil veya olay ile zarar arasında uygun illiyet bağı mevcut olup olmadığını incelemek zorundadır. Ancak zarar verici fiil veya olay ile zarar arasında uygun illiyet bağı mevcut olmakla birlikte, yoğunluk bakımından bu sebep - sonuç ilişkisi çok zayıf bulunuyorsa; hâkim bunu BK.m.43 f.I anlamında bir durum ve şart kabul edebilecek ve tazminatta hakkaniyete uygun bir indirim yapabilecektir (471). Zayıf illiyet bağı dolayısıyla tazminatta indirim yapılması, hem kusur sorumluluğunda, hem de sebep sorumluluklarında, mümkündür (472).

Gerçekten, illiyet bağının bulunması ile bulunmaması arasındaki sınır çok net değildir. Bu yüzden, somut olayla yüz yüze olan hâkimin, illiyet bağının mevcut olmakla birlikte, yoğunluk bakımından çok zayıf olduğu durumlarda, BK.m.43 f.I hükmüne dayanarak tazminatta indirim yapabilmesine müsaade edilmelidir. Bu, hakkaniyete daha uygun karar verilmesini mümkün kılacaktır (473). Nitekim Federal Mahkeme de zayıf illiyet bağına dayanılarak BK.m.43 f.I gereğince tazminatta indirim yapılmasını kabul etmektedir (474).

-
- (470) Karş. Stark, Nr.520; Brehm, Art.43 Nr.61; Keller/Landman, T.94; Oser/Schönenberger, Art.43 Nr.3; İm Hof, sh. 183, 189-190, 193; Oftinger, I, sh.263-265; Keller, A., sh.102.
- (471) Brehm, Art.43 Nr.53; Aynı yazar, Umfang, sh.4-5; Oftinger, I, sh.282; Keller, A., sh.102; İm Hof, sh.183-184.
- (472) Brehm, Art.43 Nr.54.
- (473) Brehm, Art.43 Nr.54; Aynı yazar, Umfang, sh.5; Karş. Oftinger, I, sh.107; Von Tuhr/Peter, sh.105; Keller, A. sh.51.
- (474) BK.nun 56. maddesine dayanan sorumlulukta, zayıf illi-

Bununla birlikte, zayıf illiyet bağı, genellikle zarar verici fiil veya olaya bir umulmayan halin veya mağdurun bedensel yatkınlığının ya da üçüncü kişinin kusurunun iştirak etmesi halinde söz konusu olur (475). Böyle durumlarda tazminatta indirim, esasen bu sebeplerden birisine dayanılarak da yapılabilecektir (476). Keza kusur sorumluluğunda da, zayıf illiyet bağı çok defa zarar failinin hafif kusuruna karşılık zarar miktarının çok yüksek olması halinde söz konusu olur. Böyle bir durumda da, tazminatta yapılacak indirimin, zayıf illiyet bağına (477) veya kusur ile tazminat arasında bir denge bulunması ilkesine ya da zararın önceden kestirilemeyecek miktarda olmasına dayandırılması da mümkündür (478). Şu halde, yalnız zayıf illiyet bağına dayanılarak, yani bu ünvan altında tazminatta indirim yapılması nadiren söz konusu olabilir.

C. Kişisel Tanışıklık

Zarar gören ile sorumlu kişi arasında kişisel tanışıklığın bulunması, tazminatta indirim yapılmasını haklı gösteren bir durum ve şart sayılabilir (479). Şayet taraflar arasındaki kişisel tanışıklık, ayrıca hatır için yardımda bulunma durumu olarak gözönünde tutulmuşsa, bir indirim sebebi olarak tekrar hesaba katılmamalıdır (480). Fakat, eğer zarar failinin sorumluluk sigortası mevcut olup, tazminattan dolayı olarak kendisi de yararlanabiliyorsa, bu takdirde kişisel tanışık-

yet bağı sebebiyle % 30 indirim: BGE 57 II 36; Zarar görenin kusuruyla birlikte, talihsiz durumların ortaya çıkmasıyla illiyet bağının zayıflaması yüzünden % 40 indirim: 60 II 416; Zarar failinin ağır olmayan kusuru ile çok yüksek miktardaki zarar arasında zayıf illiyet bağı bulunması yüzünden tazminatta indirim: 60 II 85.

(475) Oftinger, I, sh.278-282; Karş. İmre, agt., sh.207.

(476) Nitekim Federal Mahkemenin umulmayan hal veya bedensel yatkınlık dolayısıyla tazminatta yapılacak indirim miktarına uygun illiyet ölçüsünden hareketle takdir ettiğini ve bu içtihadın yerleşmiş bulunduğunu yukarıda belirtmiştik (Bkz. § 9, IV, V, sh.157, 162).

(477) Nitekim Federal Mahkeme, bir kararında (BGE 60 II 85), zarar failinin ağır olmayan kusuru ile çok yüksek miktardaki zarar arasında zayıf illiyet bağı bulunduğu gerekçesiyle tazminatta indirim yapılmasını kabul etmiştir.

(478) Karş. Brehm, Art, 43 Nr.54.

(479) Brehm, Art.43 Nr.59; Aynı yazar, Umfang, sh.5.

(480) Brehm, Art.43 Nr.60.

lık dolayısıyla bir indirim, herhalde haklı görülür. Meselâ, sorumluluk sigortası bulunan bir otomobilcinin, kendi karısının ve çocuğunun yaralanmasına sebebiyet vermesinde böyle bir durum söz konusudur (481).

D. Zarar failinin zararın doğmasını veya artmasını önlemek için kendisinden beklenenden fazla tedbir almış ve fakat buna rağmen zararın meydana gelmiş bulunması da, BK.m. 43 f.I anlamında bir durum ve şart kabul edilebilir ve buna dayanarak tazminat indirilebilir (482).

(481) Brehm, Art.43 Nr.60; Aynı yazar, Umfang, sh.5.
(482) Oser/Schönenberger, Art.43 Nr.8; Oftinger,I, sh.276;
Tandoğan, Mesuliyet, sh.327.

D Ö R D Ü N C Ü B Ö L Ü M

MADDİ TAZMİNAT DAVASINDA YARGILAMA USULÜ

§ 11. MADDİ TAZMİNAT DAVASININ TARAFLARI

I. DAVACILAR

A. Genel Olarak

Maddi tazminat davasını açma hakkı kural olarak zarar verici fiil veya olaydan doğrudan zarar gören kimseye veya onun kanuni haleflerine aittir. Zarar verici fiil veya olaydan dolayısıyla zarar görenler, maddi tazminat talebinde bulunamazlar (1). Meselâ, haksız fiil sonucu sakatlanmış veya ölmüş bir kimsenin iş ortağının veya onun bu yüzden alacağını tahsil edemeyen alacaklılarının, uğradıkları zarar için tazminat talep etme hakları yoktur. Zira, bu kimselerin haksız fiil yüzünden uğradıkları zarar, dolayısıyla zarardır.

Bununla birlikte, Hukukumuzda bu kuralın bir istisnası BK.m.45 f.II hükmü ile öngörülmüştür: Ölenin desteğinden yoksun kalanlar, ölüm sonucu uğradıkları zararın (dolayısıyla zarar) tazmini için dava açabileceklerdir.

Maddi tazminat talep hakkı, başkasına devredilebilen, ondan vazgeçilebilen bir haktır. Bu itibarla, bu hak, manevi tazminattan farklı olarak, davanın açılmasından önce veya sonra başkasına temlik edilebilir. Bu takdirde, bu hakkı temellük edenler, tazminat davası açabilirler (2). Keza, mağdurun ölümü halinde bu hakkın, mirasçılar tarafından talep edilmesi mümkündür. Ayrıca, mağdurun borcu dolayısıyla maddi tazminat talep hakkının haczedilme imkânı da vardır (3).

(1) Deschenaux/Tercier, sh.161; Feyzioğlu, sh.700-704; Gürsoy, sh.350.

(2) Saymen/Elbir, sh.524; İnan, sh.321.

(3) Gürsoy, sh.350; Aynı Yazar, Haksız Eylem (Fiil) den Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku), AHFD., 1974, S.1-4, sh.153.

B. Zarar Gören

Zarar verici fiil veya olaydan doğrudan zarar gören kimse, yani mağdur, kural olarak maddi tazminat davasını açabilecek ilk kişidir. Gerçekten, haksız fiil dolayısıyla sorumlu kişi ile zarar gören arasında hukuki bir ilişki (borçluluk - alacaklılık ilişkisi) doğmaktadır. Sorumlu kişi zararın tazmininden ibaret olan bu borcunu zarar görenin talebi üzerine yerine getirmese, alacaklı durumunda olan zarar gören, uğradığı zararın tazminine hükmedilmesi için dava açar.

Zarar gören reşit ve mümeyyiz ise, maddi tazminat davasını bizzat açar. Fakat zarar gören mümeyyiz küçük veya mahcur ise, maddi tazminat isteme hakkı kişiye bağlı haklardan olmadığından, tazminat davası zarar görenin kanuni temsilcisi tarafından açılabilir (4). Keza, mağdurun gayrimümeyyiz olması durumunda da, kanuni temsilcileri onun adına hareket edebilirler (5).

C. Zarar Görenin Ölmesi Halinde Mirascıları

Burada zarar verici fiil veya olay sonucunda ölen bir kimsenin mirascıları ile zarar verici fiil veya olaydan herhangi bir zarara uğrayan, fakat sonradan başka bir sebeple ölen bir kimsenin mirascılarını ayılmak gerekir (6).

1. Zarar verici fiil veya olay sonucu ölen kimsenin mirascıları

Ölenin mirascıları, BK.m.45 hükmü gereğince şahsen uğradıkları maddi zararların tazminini bizzat isteyebilirler. Burada mirascıların maddi tazminat talep hakları, miras yoluyla kendilerine geçmemekte, aksine miras bırakanlarının ölümü dolayısıyla şahısları adına bir hak olarak doğmaktadır (7).

(4) Feyzioğlu, sh.700; Saymen/Elbir, sh.521.

(5) Deschenaux/Tercier, sh.161.

(6) Feyzioğlu, sh.701.

(7) Feyzioğlu, sh.701.

Keza, ölüm sonucu ölenin desteğinden yoksun kalanlar da, BK. m.45 f.II gereğince tazminat talebinde bulunabileceklerdir. Doktrinde destekten yoksun kalma tazminatı adı verilen bu talep hakkı, doğrudan doğruya destekten yoksun kalanın şahsında doğan bir hak olup, mirasçılık sıfatına bağlı değildir (8).

2. Zarar görenin uğradığı zarar sebebiyle bizzat isteyebileceği tazminat hakkının mirasçılara geçmesi

Maddi zarar malvarlığında bir azalma meydana getirdiğinden, mağdur dava açmadan önce ölmüş olsa dahi mirasçılar, mağdur sıfatıyla değil fakat mirasçı sıfatıyla ve halefiyet yoluyla, mağdur yerine maddi tazminat davası açabilirler. Bu talep hakkı, mağdurun hayatta iken bu tazminattan feragat etmemesi veya sulh olmaması ve de zamanaşımına uğramaması kaydıyla aynen mirasçılara geçer (9).

D. Tazminat Talep Hakkı Kendilerine Devredilenler

Kural olarak bütün alacakların devir ve temlik mümkündür (BK.m.162). Alacak hakkının akitten veya haksız fiilden ya da başka bir sebepten doğması bu kuralı değiştirmez. Ancak, mahiyeti gereği manevi tazminat gibi alacaklar devredilemez. İşte maddi tazminat talep hakkı da, herhangi bir alacak gibi üçüncü bir kişiye hayatta devredilebilir. Zira böyle bir talep hakkı, malvarlığına dahil bir alacak niteliğindedir ve para ile ifade edilebilen bir değerdir. Bu itibarla herhangi bir alacak gibi temlik edilebilir (10).

Maddi tazminat talep hakkının temlik halinde temellük edenler, zarar sorumlusuna karşı maddi tazminat talebini ileri sürebilirler (11).

(8) İnan, sh.330; Saymen/Elbir, sh.524.

(9) Saymen/Elbir, sh.524; Feyzioğlu, sh.701; Deschenaux/Tercier, sh.161.

(10) Saymen/Elbir, sh.525.

(11) İnan, sh.321; Saymen/Elbir, sh.525.

E. Sigortacı

Zarar görene ödemede bulunan sigortacının, ona halef olarak, zarar sorumlusuna karşı tazminat davası açıp açamaya-
cağı, sigortanın türüne göre incelenmelidir.

Mal sigortalarında, halefiyet ilkesi kabul edilmiş-
tir (12). Gerçekten, TTK. m.1301 hükmüne göre; "sigortacı si-
gorta bedelini ödedikten sonra hukukan sigorta ettiren kimse
yerine geçer. Sigorta ettiren kimsenin vaki zarardan dolayı
üçüncü şahıslara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin etti-
ği bedel nisbetinde sigortacıya intikal eder... Sigortacı za-
rarı kısmen tazmin etmiş ise sigorta ettiren kimse kalan kıs-
mından dolayı üçüncü şahıslara karşı haiz olduğu müracaat hak-
kını muhafaza eder." Bu hüküm gereğince, sigortacı kendisini
zarara karşı sigorta ettirmiş olan zarar görene, sigorta po-
liçesi gereğince ödediği tazminat oranında sigortalının yeri-
ne geçer; bu bir kanuni halefiyettir (13). Denizcilik riziko-
larına karşı sigortada da benzeri hükme rastlanmaktadır (TTK.
m.1361).

Buna karşılık, can sigortalarında halefiyet ilkesi
benimsenmemiştir (14). Kaza sigortası dolayısıyla sevkedilmiş
olan TTK.m.1338 hükmüne göre; "üçüncü şahsın kusuru neticesin-
de vukua gelen kazalardan dolayı sigorta ettirenin sigortacı-
dan tazminat alması, sigorta ettirenin üçüncü şahsa müracaat
hakkını iskat etmez. Üçüncü şahıs, sigorta ettirenin sigorta-
sı nazara alınmaksızın bütün zarar ve ziyanını tazminle mükel-
lef tutulur." Aynı ilkenin can sigortalarında da evleviyetle
uygulanması gerekir. Çünkü can sigortalarında, sigorta değe-
rinin sigorta bedeline eşit olması gerekli değildir. Bu iti-
barla, butür sigortalarda sigorta ettiren, hem sigortacıdan
hem de Borçlar Kanunu hükümlerine göre sorumlu olan kimseden
tazminat isteyebilir (15). Fakat sigortacı, mal sigortaların-
da olduğu gibi, zarar görene ödediği tazminat oranında, zarar

(12) Bozer, A., Sigorta Hukuku, Ankara 1981, sh.106 vd.

(13) Saymen/Elbir, sh.522-523; Ayrıca geniş bilgi için bkz.
Bozer, sh.116 vd.

(14) Bozer, sh.107.

(15) Bozer, sh.107.

sorumlusuna rücu hakkını haiz bulunmamaktadır (16).

Diğer taraftan Sosyal Sigortalar Kurumu, iş kazaları dolayısıyla ödediği tazminat için mağdur sigortalıya halef olmakta ve bu oranda işverene rücu edebilmektedir (17). Şu halde, Sosyal Sigortalar Kurumu, sigortalının sahip olduğu hak ve yetkilerle kayıtlı olarak, zarar sorumlusu veya işveren aleyhine tazminat ve rücu davası açabilecektir (18).

II. DAVALILAR

A. Zarar Sorumlusu

Tazminat davası herşeyden önce uygulanacak sorumluluk kuralının öngördüğü kişiye karşı açılır. Buna göre, davalı, haksız fiil faili (BK.m.41) veya kanunun kendisine sebep sorumluluğu yüklediği kişi olabilir (BK.m.55,56,58, MK.m.320, 656, KTK.m.85) (19). Bu, zarar sorumlusu ile zarar gören arasında kanundan doğan alacaklılık - borçluluk ilişkisinin tabii bir sonucudur.

Zarardan sorumlu kişiler birden fazla olduğu takdirde, aralarında tam ya da eksik teselsül söz konusu olur. BK. 50 ve 51. maddelerde öngörülen müteselsil sorumluluk ilkesi gereğince, zarar gören tazminat davasını bunların hepsine açabileceği gibi, içlerinden birine karşı da açabilir.

B. Zarar Sorumlusunun Mirasçıları

Tazminat davası açılmadan veya açılıp da sonuçlanmadan önce davalı durumunda bulunan zarar sorumlusu ölmüş bulunursa, zarar gören, davasını, zamanaşımı süresi içinde olmak kaydıyla, ölenin mirasçılara karşı açabilir veya devam ettirebilir. Burada, külli halefiyet ilkesi gereğince tazminat borcunun tamamı mirasçılara geçmektedir (MK.m.539) (20). Bunun-

(16) Bozer, sh.107; Feyzioğlu, sh.703.

(17) Bkz. 596 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu m.26.

(18) Feyzioğlu, sh.703-704.

(19) Saymen/Elbir, sh.523-524; Deschenaux/Tercier, sh.161; Feyzioğlu, sh.704.

(20) Feyzioğlu, sh.705; Saymen/Elbir, sh.523-524.

la birlikte, mirasçılarının mirası reddetmeleri halinde, tazminat davasının onlara karşı açılması veya açılmış bulunan davanın takip edilmesi mümkün olmaz. Buna karşılık, mirasın "resmi tasfiye" veya "defter tutma usullerinden biri tarzında kabulünde mirasçılarının sorumlulukları mutlak olmaktan çıkmış ve tasfiye sonucu veya defter muhteviyatı ile kayıtlı bir şekilde bürünmüş olacağından, tazminat davası, mirası bu tarzda kabul edenler aleyhine açılabilirse de, tazminat alacaklısının eline geçebilecek şey sınırlı ve belirli bir miktardan ibaret kalabilir."(21).

§ 12. TAZMİNATIN TAYİNİNDE ROL OYNAYAN İNDİRİM SEBEP- LERİNİN DAVADA İLERİ SÜRÜLMESİ

I. TAZMİNATTA İNDİRİM TALEBİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Tazminat sorumlusuna karşı, haksız fiil veya sorumluluk doğuran olayın zararlı sonuçları gözönünde tutularak yöneltilecek bir tazminat talebinde, sorumlunun indirim sebeplerini ileri sürmesi, maddi hukuk açısından bir itiraz teşkil eder (22). Zira bu durumda talep edilen hakkın iddia edilen sınırlar içinde doğmadığı ileri sürülmüş olmaktadır (23).

Tazminatta indirim talebinin itiraz olarak nitelendirilmesi, özellikle usul hukukunda büyük önem taşır. Davada itiraz teşkil eden bir savunmanın mutlaka davalı tarafından ileri sürülmesi gerekli değildir. Hâkim, kendisine sunulan dava malzemesinden, yani davacı veya davalının bildirdiği vakialardan bir itiraz sebebinin varlığını öğrenirse, bunu kendiliğinden (re'sen) dikkate almakla yükümlüdür (24). Bu itibarla, hâkim, tazminatta indirim yapılmasını gerektiren bir sebebin varlığını tesbit ederse; davalı ileri sürmemiş olsa bile, bu-

(21) Feyzioğlu, sh.705.

(22) Von Tuhr/Peter, sh.111, dn.18: Zarar görenin kusuru teknik anlamda bir def'i olmadığı için, mahkemece re'sen dikkate alınır.

(23) Von Tuhr/Peter, § 3, IV; KURU, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, 4.Baskı, Ankara 1980, sh.1217-1218; Bilge, N./Önen, E. Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3.Baskı, Ankara 1978, sh.453-454.

(24) Kuru, sh.1218; Bilge/Önen, sh.454.

nu gözönünde bulundurmak zorundadır.

Diğer taraftan, Borçlar Kanunumuz 43, maddesiyle hâkime, bütün durum ve şartları, yani indirim sebeplerini gözönünde tutarak tazminatı tayin etmesini, aynı zamanda bir ödev olarak yüklemiştir (25). Bu itibarla, hâkim, somut olayda tazminatta indirim yapılmasını gerektiren bir indirim sebebi bulunup bulunmadığını kendiliğinden araştırmalı ve varsa indirim sebebi teşkil eden fiil veya olayın zararın meydana gelmesindeki rolünü de dikkate alarak tazminatı tayin etmelidir.

Ancak, her ne kadar usul hukukunun genel ilkeleri gereğince hâkim, itiraz sebeplerini kendiliğinden (re'sen) gözönünde tutmakla yükümlü ise de, dava dosyasından anlaşılmayan bir hususu re'sen araştıramaz (26).

II. TAZMİNATTA İNDİRİM TALEBİNE BAĞLANAN SONUÇLAR

A. İspat Yükü

İndirim sebeplerinin varlığını ispat yükü, bunları ileri süren tarafa, yani davalıya düşer. Bu husus, bir vakıadan kendi lehine haklar çıkararak tarafı, o vakıayı ispat etmekle yükümlü tutan genel kuralın (MK.m.6) bir sonucudur. Bununla birlikte, davalının, ileri sürdüğü indirim sebeplerini ispat ile yükümlü olması, davacıyı, sorumluluğun şartlarını ispat yükünden kurtarmaz; davacı bu durumda da sorumluluğun bütün unsurlarını ispat etmek zorundadır (27).

(25) Y.4.HD. 13.3.1985 t., E.9973, K.2112 (YKD., 1985, S.7, sh.978); 11. HD. 29.9.1985 t., E.1983/3156, K.3892 (YKD., 1984 S.1 sh.83); Karş. 9.HD. 9.11.1982 t., E.1982/3363, K.3463 (YKD., 1983 S.4 sh.629); 4.HD. 26.12.1957/ t., E.3037, K.7655 (Karahasan, sh.1021).

(26) Kuru, II, sh.1222-1223, 1279.

(27) Yalnız sebep sorumluluklarında kusur sorumluluğunun bir şartı olmadığı için, sebep sorumluluklarından tazminat davalarında davacının, kusurun varlığını ispat etmesi, haliyle gerekmez. Ancak, ileri sürülen indirim sebeplerine, meselâ zarar görenin kusuruna karşı sebep sorumlusunun munzam kusuru bulunduğu iddia ediliyorsa, bunun da davacı tarafından ispat edilmesi lazım gelir.

B. İndirim Sebeplerinin İleri Sürülmesinin Savunmanın Genişletilmesi ve Değiştirilmesi Yasağı Açısından İncelenmesi

Dava dilekçesi kendisine tebliğ olunan davalı, cevap dilekçesinde indirim sebeplerini ileri sürmemişse veya hiç cevap vermemişse; davanın sonraki safhalarında tazminatın indirimini talep edip edemeyeceği sorunu ile karşılaşılır.

Süresinde cevap dilekçesi vermeyen davalı, davayı ve dava dilekçesinde iddia edilen vakıaları inkar etmiş sayılır (28). Süresinde cevap dilekçesi vermediği için davayı inkar etmiş sayılan davalı, sadece davacının ilgili dava dilekçesinde bildirdiği vakıaların doğru olmadığını ispat için karşı delil gösterebilir (29). Esasen süresinde verdiği cevap dilekçesinde, davacının bildirdiği vakıaları inkar etmekle yetinen davalı ile, süresinde cevap dilekçesi vermeyen davalı arasında bir fark yoktur. Şu halde her iki durumda da davalının inkar savunmasını genişletmesi, savunmayı genişletme yasağına tabidir. Davalı bundan sonra, davacının muvafakatı olmaksızın def'ide bulunamayacağı gibi; maddi hukuk anlamında itirazlarını haklı gösterecek vakıaları da ileri süremez (30). Keza, davalı cevap dilekçesi vermekle birlikte, bu dilekçesinde bildirdiği ve savunmasına esas yaptığı vakıaları, daha sonra davacının muvafakatı olmaksızın genişletemez veya değiştiremez (31).

Bununla birlikte, dava dosyasından anlaşılabilen itiraz sebeplerinin davalı tarafından sonradan ileri sürülmesi, HUMK.m.202 f.II anlamında savunmayı genişletme değildir. "Çünkü hâkim dava dosyasından anlaşılın itiraz sebeplerini kendiliğinden gözetmekle yükümlüdür." Buna göre hâkim, tarafların dilekçelerinden, beyanlarından ve dosyaya ibraz edilen belge-

(28) Kuru, II, sh.1273.

(29) Kuru, II, sh.1276.

(30) Kuru, II, sh.1277-1278.

(31) Kuru, II, sh.1245-1246.

lerden anlaşılabilen itiraz sebeplerini re'sen gözönünde bulunduracaktır (32). Bu itibarla, davalının, gerek cevap dilekçesi vermediği gerekse cevap dilekçesinde itiraz sebeplerini ileri sürmemiş olduğu durumlarda, mahkemenin re'sen dikkate alması gereken hususlar hakkında itirazda bulunması mümkündür. Tazminatın tayininde rol oynayan indirim sebeplerini de hâkim, görevi gereği kendiliğinden gözönünde bulundurmakla yükümlü olduğundan; davalı, cevap dilekçesi vermemiş veya dilekçesinde indirim sebeplerini ileri sürmemiş olsa bile, dava sırasında tazminatta indirim yapılmasını talep edebilecektir. Şu halde,, savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı, tazminatta indirim sebeplerinin ileri sürülebilmesi açısından herhangi bir etki doğurmaz.

(32) Y. HGK.nun 17.5.1974 t., E.1971/4-703, K.543 sayılı kararında dahu husus açık bir şekilde ifade edilmiştir. HGK. na göre: " Usulün 202. maddesi hükmünce davalı cevap dilekçesinde savunmasını bildirmek zorundadır. Cevap dilekçesini verdikten sonra davacının muvafakatı olmadıkça savunmasını genişletemez veya değiştiremez. Savunmada ileri sürülen hususların def'i veya itiraz niteliğinde bulunması Usulün az önce söz edilen maddesinde yer alan savunmanın genişletilmesi yasağı ilkesinin uygulama alanını tespit yönünden önemlidir. Bir hakkın doğumuna engel olan veya o hakkı sona erdiren olayların ileri sürülmesi yani itirazda bulunulması da kuşkusuz def'iler gibi savunma vasıtalarındandır. Ancak bir def'i ileri sürülme dahi hâkim dava dosyasından bu def'inin varlığını öğrense bile onu re'sen gözönünde tutamaz; halbuki bir itiraz davalı tarafından ileri sürülme dahi hâkim dava dosyasından onun varlığını öğrenirse itirazı davadan el çekinceye kadar re'sen nazara almak zorundadır. Bu açıklamalardan çıkarılması gereken sonuca göre def'iler hakkında, koşulları gerçekleştiği takdirde savunmanın genişletilmesi yasağı uygulanabileceği halde itirazlar hakkında bu yasak uygulanmaz. Zira hâkim, az önce belirtildiği gibi itirazları re'sen dikkate almak durumundadır" (YKD., 1975, S.7 sh.10-12).

§ 13. MADDİ TAZMİNAT DAVASINDA GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

I. YETKİLİ MAHKEME

Yetki, bir davaya hangi yerdeki mahkeme tarafından bakılacağını ifade eder. Buna yer itibariyle yetki de denilmektedir (33).

Her dava gibi, akit dışı sorumluluktan doğan maddi tazminat davasında da kural olarak davalının ikametgahı mahkemesi yetkilidir (HUMK. m.9). Bununla birlikte Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuz yetki bakımından bazı istisnalar öngörmüş ve bu istisnalar arasında haksız fiillere de yer vermiştir. Gerçekten HUMK. m.21'e göre, bir haksız fiilden doğan dava o fiilin işlendiği (vuku bulduğu) yer mahkemesinde de açılabilir. Bu yetki, kesin değildir (34). Kanunda haksız fiilden doğan davalardan bahsedilmekle birlikte; bu kural, tüm akit dışı sorumluluktan doğan davalarda uygulanır (35). Yalnız, Karayolları Trafik Kanunumuz 110. maddesiyle yetkili mahkeme hususunda özel bir hüküm getirmektedir. Buna göre; "Motorlu araç kazalarından dolayı hukuki sorumluluğa ilişkin davalar, sigortacının merkez veya şubesinin veya sigorta sözleşmesini yapan acentanın bulunduğu yer mahkemelerinden birinde açılabileceği gibi, kazanın vukubulduğu yer mahkemesinde de açılabilir." Şu halde, trafik kazalarından doğan zarara ilişkin tazminat davası, davalının ikametgahı mahkemesinde veya kazanın vuku bulduğu yer mahkemesinde açılabileceği gibi, "sigortacının merkez veya şubesinin veya sigorta sözleşmesini yapan acentanın bulunduğu yer mahkemelerinden birinde" dahi açılabilecektir. Kanaatimizce, KTK.m.110 ile öngörülen mahkemelerin yetkisi de kesin değildir; bu hüküm, delillerin toplanması, takdir edilmesi hususunda veya davanın süratle hükme bağlanabilmesi bakımından en uygun yer mahkemesini belirlemeye yöneliktir (36).

(33) Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.I, 4. Baskı, Ankara 1979, sh.260-261; Bilge/Önen, sh.178.

(34) Kuru, I, sh.321.

(35) Bilge/Önen, sh.198; İnan, sh.343.

(36) Karş. Bilge/Önen, sh.198; Kuru, I, sh.321, 350.

HUMK.m.21' deki haksız fiilin vuku bulunduğu yer ifadesi açık değildir. Bunu, "haksız fiilin işlendiği veya haksız fiilin tamamlandığı, sonucun meydana geldiği yer " olarak anlamak gerekir (37).

HUMK. m.21'deki yetki kuralı, yalnız zarar sorumlusuna karşı değil, onun kanuni haleflerine karşı açılacak tazminat davaları için de uygulanmalıdır. Keza, zarar sorumlusunun mirasçılara karşı açılacak davalarda da haksız fiilin vukuca geldiği yer mahkemesi yetkili sayılmalıdır. Bunun gibi, haksız fiilden zarar görenin kanuni haleflerinin açacakları davalarda da HUMK. m.21'deki yetki kuralı uygulanır (38).

II. GOREVLİ MAHKEME

Görev, bir davaya o yerdeki hukuk mahkemelerinden hangisi tarafından bakılacağını ifade eder. Buna konu itibarıyla yetki de denilmektedir (39).

Akit dışı sorumluluktan doğan davalar bakımından görevli mahkeme, kural olarak hukuk mahkemeleridir. Ancak zarar verici fiil, aynı zamanda bir suç teşkil ediyor ve mağdur ceza mahkemesinde şahsi dava açmış veya kamu davasına müdahale etmiş bulunuyor ise, ceza mahkemesi sanığı mahkum ettiği takdirde ayrıca maddi tazminat talebi hakkında da karar verir (CUMK. m.358 f.I, 365 f.II)(40). Bununla birlikte, zararın tesbitine ilişkin araştırmaların yargılamanın uzamasına ve hükmün gecikmesine sebep olacağı anlaşılırsa, mahkeme, tazminat davasının hukuk mahkemesinde açılmasına karar verebilir (CUMK. m.358 f.II). Ceza hâkimi tazminat talebini ancak hükmün gecikmemesini sağlamak düşüncesiyle hukuk mahkemesine havale edebilir; yoksa, hüküm gecikmeyecekse, tazminat talebi hakkında da karar vermek zorundadır (41). Diğer taraftan, ceza mahkemesi ancak mahkumiyet halinde maddi tazminata da karar verebilir; beraat halinde tazminatın hukuk mahkemesinde talep edilmesi-

(37) Kuru, I, sh.319; Karş. Bilge/Onen, sh.199.

(38) Kuru, I, sh.320.

(39) Kuru, I, sh.132; Bilge/Onen, sh.148.

(40) Kunter, N., Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1978, Nr.110,120; Tandoğan, Mesuliyet, sh.345-346.

(41) Tandoğan, Mesuliyet, sh.345-346.

ne de karar vermelidir (42). Ceza mahkemesi beraat kararı vermişse, tazminata hükmedemez. Ceza mahkemesi beraat kararı ile birlikte, tazminatın reddine de hükmetmişse, hüküm kesinleşmemiş olmak şartıyla, mağdur hukuk mahkemesine tazminat davası açabilir (43).

Hukuk mahkemelerinden hangisinin tazminat davasına bakmakla görevli olduğu, kural olarak dava olunan meblağın miktarına göre belirlenecektir.

Buna göre, dava olunan meblağ 500.000- ₺ nin altında ise dava sulh hukuk mahkemesinde; 500.000- ₺ dan fazla ise asliye hukuk mahkemesinde görülür (HUMK.m.8).

Bundan başka, Ticaret Kanununda düzenlenen haksız rekabet, çatma gibi haksız fiillerden doğan davalar ticaret mahkemesinde görülür (TTK.m.4 b.1; m.4 f.I; m.21 f.I) (44).

Nihayet, zararın devlet organlarının hizmet kusurundan doğduğu hallerde, maddi tazminat davası idari yargı mercilerine (idare mahkemesi, Danıştay) açılır. Ancak, devletin bir tüzel kişi olarak, sırf kişisel kusuru söz konusu ise, bundan doğan zarar dolayısıyla açılacak tazminat davası için "adliye mahkemeleri" görevlidir (45).

(42) Kunter, Nr.110, 120; Tandoğan, Mesuliyet, sh.346; Feyzi-
oğlu, sh.449.

(43) Tandoğan, Mesuliyet, sh.346; İnan, sh.343; Feyzioğlu, sh.
449.

(44) Tandoğan, Mesuliyet, sh.346; İnan, sh.344.

(45) İnan, sh.344; Kişilerin kusurlarına dayanan tazminat da-
valarının yargılama yeri adli mahkemelerdir. Ancak, idarenin
işlem ve eylemlerine karşı açılan davalara idari yargı yerin-
de bakılır: Y.3.HD. 20.3.1972 t., E.1061, K.940 (RKD., 1972,
S.6, sh.240-241); İdari mahkeme kararının uygulanmaması sırf
kişisel kusur teşkil eder ve dava kişi aleyhine açılabilir:
4.HD. 27.2.1986 t., E.1986/1268, K.1841 (YKD., 1986, S.6 sh.
796; Ayrıca bkz. Y. İçt. Bir. Kar. 22.10.1979 t., E.7, K.2
(YKD., 1980, S.4 sh.465).

§ 14. MADDİ TAZMİNAT DAVASININ CEZA DAVASIYLA İLİŞKİSİ

I. BAĞIMSIZLIK İKESİ

Haksız fiil dolayısıyla açılan tazminat davaları, bu haksız fiilin aynı zamanda bir suç teşkil ettiği durumlarda ceza davalarıyla ilişkili olabilmektedir. Ancak maddi tazminat davasının ceza davasıyla ilişkisi özellikle, ceza davasında tazminat talebinde bulunulmadığı ya da bulunulup da hukuk mahkemesine havale edildiği hallerde söz konusu olur. Acaba hukuk hâkimi, haksız fiile dayanan bir tazminat davasında, karar verirken, ceza hukukundaki hükümlerle ve ceza hâkiminin kararıyla ne derecede bağlıdır?

Cezai ve hukuki sorumluluklar arasında sorumluluğun amacı, şartları, delillerin takdiri gibi bir çok yönlerden önemli farkların bulunması, hukuk hâkiminin, ceza hukuku kuralları ve ceza hâkiminin kararlarıyla bağlı olmaması esasının, yani bağımsızlık ilkesinin kabulünü gerektirmiştir (46). Borçlar Kanunumuzda da bu ilke, 53. madde ile açıkça benimsenmiştir.

BK.m.53 hükmüne göre, hukuk hakiminin ceza hukuku kuralları ve ceza hâkimi kararlarıyla bağlı olmaması üç yönden incelenebilir:

A. Hukuk hâkimi kusurun varlığını araştırırken veya temyiz kudretini takdir ederken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili kurallarıyla bağlı değildir. Zira bir defa, ceza hukukunda ihmal kavramı, borçlar hukukunda olduğu gibi objektifleştirilmemiştir. Diğer taraftan, özel hukukta, ceza hukukundan farklı olarak, temyiz kudreti için asgari bir yaş sınırı belirlenmemiştir (47).

(46) Deschenaux/Tercier, sh.174; İnan, sh.344-345; Ayrıca cezai ve hukuki sorumluluklar arasındaki farklılıklar hakkında geniş bilgi için bkz. Feyzioğlu, sh.442-444.

(47) Tandoğan, Mesuliyet, sh.350; İnan, sh.345; Y.HGK. 23.1.1985 t., E.1983/10-372, K.21 (YKD.,1985, S.9 sh.1286-1287).

B. Hukuk hâkimi, kusurun varlığını araştırırken veya temyiz kudretini takdir ederken, ceza mahkemesinde verilen beraat kararı ile bağlı değildir (48). Gerçekten meselâ, ceza hukukuna göre 11 yaşını aşmadığı için cezai ehliyeti olmaması veya isnat edilen suçun unsurlarının tamamının olayda bulunmaması sebebiyle beraat eden fail, borçlar hukuku bakımından hem bir haksız fiil işlemiş hem de sorumluluk için gerekli temyiz kudretini haiz görülmüş olabilir. Yine meselâ, ceza mahkemesince fail hakkında delil yetersizliğinden dolayı beraat kararı verilmiş olması da mümkündür (49).

Failin bir af kanunu dolayısıyla cezalandırılmaması, tazminat talep hakkını ortadan kaldırmaz. Diğer taraftan, ceza mahkemesi, cezai mahkumiyetle birlikte tazminata da hükmettikten sonra, âf kanunu çıkmış olsa bile, hükmün tazminat ile ilgili kısmı yine uygulanabilir (50).

C. Hukuk hâkimi kusurun ağırlığını takdir ve zararın miktarını tesbit bakımından da ceza mahkemesinin mahkumiyet kararıyla bağlı değildir. Bu durum Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında, kusurun ağırlığını takdir bakımından şöyle ifade edilmiştir: "Hukuk mahkemesi ceza mahkemesinin kesinleşen mahkumiyet kararında sabit görülen olaylarla Borçlar Kanununun 53 nci maddesi uyarınca bağlı ise de, sabit olaylara göre yaralanmaya sebebiyet verdiği kabul edilen davalının ve olaydan zarar görenin ve davalıyı çalıştıran davalı müessesenin kusur derecelerini ve Borçlar Kanununun 44 üncü maddesinin uygulama yeri olup olmadığını tesbit etmek gerekir." (51). Şu halde ceza mahkemesinde, bir üçüncü kişinin

(48) Tandoğan, Mesuliyet, sh.350-351; İnan, sh.345; Y.2.HD. 27.9.1976 t., E.1976/4884, K.6456 sayılı kararından: "...ceza mahkemesinin... maddi olayı tesbit etmeyen beraat kararı hukuk hâkimini bağlamaz." (YKD., 1978, S.5 sh.691-692).

(49) Feyzioğlu, sh.445; Y. 4.HD. 28.3.1983 t., ve E.1983/1066, K.3329 sayılı kararından: " ceza mahkemesi... beraat verirken belirli bir maddi olguyu, olayın davalılar tarafından işlenmediğini tesbit etmemiş; karar yeterli delil bulunmadığından oluşturulmuştur. Bu bakımdan... kararın... hukuk hâkimini bağlayacağı dahi düşünülemez." (YKD. 1983, S.7 sh.984).

(50) Tandoğan, Mesuliyet, sh.351.

(51) Y.HGK. 20.3.1968 t., E.9/678, K.157 (RKD., 1968, S.7-8, sh.124).

veya zarar görenin tahriki dolayısıyla cezadan indirim yapılmış olması; hukuk hâkiminin tazminatta indirim hükmünü gerektirmez (52). Hukuk hâkimi zarar failinin ve zarar görenin kusur derecelerini ceza hâkiminin kararıyla bağlı olmaksızın araştırmalı ve BK.m.43 f.I veya m.44 f.I hükümleri gereğince tazminatta indirim yapılması gerekip gerekmediğine karar vermelidir (53).

II. BAĞIMSIZLIK İKESİNİN İSTİSNALARI

ilke olarak bağımsız olmakla birlikte hukuk hâkimi, bazı hallerde ceza hukuku kuralları ve ceza hâkiminin kararları ile bağılıdır:

A. Ceza mahkemesinin maddi olayların varlığının veya yokluğunun tesbiti ile ilgili kararları, hukuk hâkimini bağlar (54). Zira, ceza mahkemeleri delilleri tesbit ve araştırmak bakımından hukuk mahkemelerine göre daha geniş imkânlarla sahiptir (55). Özellikle zarar failinin kimliğini tesbit husundaki ceza mahkemesi kararına hukuk hâkimi uymak zorundadır (56). Keza, ceza hâkiminin, yaptığı inceleme ve soruşturma sonunda, suçun sanık tarafından işlenmediğine kesin olarak kanaat getirdiği için verdiği beraat kararı, hukuk hâkimini bağlar (57).

(52) Y.HGK. 14.4.1954 t., E.4/56, K.56 (Olgaç, 1969, sh.306, Nr.32); HGK. 20.3.1968 t., E.9/678, K.157 (RKD., 1968, S.7-8, sh.122-124).

(53) Karş. Tandoğan, Mesuliyet, sh.352; İnan, sh.345; Y. 4. HD. 9.12.1949 t. ve E.9275, K.6531 sayılı kararından: " Ceza mahkemesi kararında Ceza Kanunu m.51 gereğince olayda zarar görenin tahriki bulunduğu kabul edilmiş olmasına nazaran, bu cihet incelenerek BK.m.44 gereğince indirimi gerektirecek bir müterafık kusurun olup olmadığının araştırılması doğru değildir." (Olgaç, 1969, sh.306, Nr.34).

(54) Tandoğan, Mesuliyet, sh.353; İnan, sh.345; Feyzioğlu, sh.446; Y.HGK. 11.12.1985 t., E.9-199, K.1054 (YKD., 1987, S.6 sh.824-825).

(55) Y.HGK. 16.9.1981 t., E.1979/17-131, K.587 (YKD., 1982, S.1, sh.14-15).

(56) İnan, sh.345; Tandoğan, Mesuliyet, sh.353; Ceza mahkemesinin uyumsuzluk konusu bir olayın varlığına ve haksız fiilin sanık tarafından işlendiğine ilişkin maddi sebebiyet durumunu tesbit eden kesinleşmiş hükmü, hukuk hâkimini bağlar :Y.HGK. 16.9.1981 t., E.1-131, K.587 (YKD., 1982, S.1 sh.13-14).

(57) Y. 2.HD. 27.9.1976 t., E.1976/4884, K.6456 (YKD., 1978 S.5, sh.691-692).

B. Ceza mahkemesinin fiilin hukuka aykırılığını tesbit eden mahkumiyet kararı hukuk hâkimini bağlar (58). Zira ceza hukuku kuralları bakımından suç sayılan fiiller, esas itibariyle, borçlar hukuku bakımından da hukuka aykırı sayılır. Ceza hâkimi fiilin suç teşkil ettiğine karar vermişse artık aynı fiilin hukuka aykırılığı hukuk hâkimi tarafından araştırılmayacaktır (59). Yalnız burada ihlal edilen ceza hukuku kuralının, kamu yararı yanında ferdi menfaati de koruyan bir kural olması gerekir (60). Ayrıca hukuka aykırılıkta Borçlar Kanununun aradığı özelliklerin dikkate alınması gerekir. Bu cümleden olarak, borçlar hukuku anlamında meşru müdafaa kavramının kapsamı, mala karşı tecavüzleri de içine aldığı için, ceza hukukundaki meşru müdafaa kavramından daha geniştir (61). Meselâ, Ceza Kanunu bakımından mala tecavüze karşı yapıldığı için hukuka aykırı sayılan bir müdafaa, BK.m.52 f. III hükmü gereğince meşru sayılacak ve tazminat sorumluluğunun kalkmasına sebep olacaktır. Keza ceza hukukundaki ıztırar hali kavramı (TCK.m.49 b.3) özel hukuktakinden daha dar bir anlamı haiz olup, bu durumun varlığı halinde cezai sorumluluk kalkmaktadır; buna karşılık, BK.m.52 f.II gereğince, ıztırar halinde başkasına zarar veren, bunu tazminle yükümlü tutulabilir (62).

Bundan başka, ceza mahkemesinin kusurun ve temyiz kudretinin olayda varlığını tesbit eden mahkumiyet kararının da hukuk hakimini bağlaması gerekir. Zira, ceza hukukundaki kusur ve temyiz kudreti kavramları, özel hukuktakinden daha dardır (63). Şu halde, mahkumiyet kararının bağlamadığı alan, be-

(58) Tandoğan, Mesuliyet, sh.353-354; İnan, sh.345; Y. 4.HD. 13.3.1980 t. ve E.1279, K. 3256 sayılı kararından: Hukuk hâkimi "ceza hâkiminin tesbit ettiği maddi vakıalarla ve özellikle fiilin hukuka aykırılığı konusu ile tamamen bağlıdır." (YKD. 1982, S.1, sh.31).

(59) Tandoğan, Mesuliyet, sh.354; Oser/Schönenberger, Art.53, Nr.9; Feyzioğlu, sh.448.

(60) Tandoğan, Mesuliyet, sh.354; İnan, sh.345.

(61) İnan, sh.345; Tandoğan, Mesuliyet, sh.354.

(62) Tandoğan, Mesuliyet, sh.350.

(63) Tandoğan, Mesuliyet, sh.352; Karş. Feyzioğlu, sh.446; Y. 10.HD. 22.12.1981 t., E.1981/6065, K.6678 (YKD., 1982, S.3, sh.358 vd.).

Şu halde, mahkumiyet kararının bağlamadığı alan, be-
raat kararına göre daha azdır ve daha çok kusurun ağırlığını
taktır ve zarar miktarını tayin ile sınırlıdır (64). Nitekim
Yargıtay da, ceza mahkemesinin maddi olayları tesbit eden,
bu cümleden olarak illiyet bağının varlığını kabul eden mah-
kumiyet kararının hukuk hâkimini bağlayacağını hükme bağlamış-
tır (65). Gerçekten Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesinin 26.11.
1984 tarih ve 5785 esas, 5810 karar sayılı kararında; bu sonu-
ca, BK.m.53 hükmünün "genel yorumundan ve özellikle son cümle-
sinin karşı anlamından " gidilebileceği belirtilmektedir (66).

Ceza davasında tazminat talebinde de bulunulması üze-
rine ceza hâkimi, zarar failini tazminata da mahkum etmişse,
zarar gören artık hukuk mahkemesine ayrıca tazminat davası a-
çamaz. Ceza hâkiminin tazminat talebini reddetmiş ve hükmün
kesinleşmiş olması halinde de sonuç aynıdır; yani zarar gören
artık yeniden tazminat davası açamaz (67).

(64) Tandoğan, Mesuliyet, sh.352.

(65) HGK. 23.1.1985 t., E.1983/10- 372, K.2 (YKD., 1985, S.9
sh.1286-1287); HGK. 16.9.1981 t., E.1-131, K.587 (YKD.
1982, S.1 sh.13-14); 11.HD.26.11.1984 t., E.1984/5785,
K.5810 (YKD., 1985, S.3 sh.379-381); 4.HD. 13.3.1980 t.,
1279 E., 3256 K. (YKD., 1982, S.1, sh.29-32).

(66) YKD., 1985, S.3, sh.379-381.; Aynı görüş için bkz. Feyzi-
oğlu, sh.446; Karşı görüş için bkz. Deschenaux/Tercier,
sh.174.

(67) İnan, sh.345; Feyzioğlu, sh.449; Tandoğan, Mesuliyet,
sh.354-355.

§ 15. MADDİ TAZMİNAT DAVALARINDA ZAMANAŞIMI

Zamanaşımı, bir hakkın belli bir süre kullanılmaması yüzünden dava edilebilmesinden yoksun kalınmasını ifade eder. Bu itibarla zamanaşımı, hakkı sona erdirmeyip sadece onun dava edilebilme niteliğini ortadan kaldırır ve dolayısıyla onu "eksik bir borç" haline dönüştürür (68).

Akit dışı sorumluluktan doğan maddi tazminat davaları, zamanaşımı süresi bakımından, esas itibariyle BK.m.60'daki genel kurallara tabidir (69)(70). Bundan başka, aynı tür davalar için TTK.m.62 ile KTK. m.109 da da hükümler bulunmaktadır. Burada bir hak düşürücü süre değil, gerçek anlamda zamanaşımı süresi söz konusu olduğundan, Borçlar Kanununun zamanaşımı süresinin kesilmesi ve durmasıyla ilgili genel hükümleri (BK.m.132 vd.) aynen uygulanır.(71).

Zamanaşımı def'i HUMK. nun 187. maddesinde yer alan ilk itirazlardan değildir; bu sebeple her zaman ileri sürülebilir. Ancak zamanaşımı def'inin esasa cevap süresi geçtikten sonra ileri sürülebilmesi için, karşı tarafın muvafakatı şarttır. Zira, davalının sonradan bu def'iyi ileri sürmesi HUMK.m.202 f.II'de öngörülen savunmayı genişletme yasağına tabidir (72).

(68) Feyzioğlu, sh.707; Deschenaux/Tercier, sh.162; Y.4.HD. 30.4.1975 t., E.2095, K.5718 (YKD., 1976, S.5, sh.629); 4.HD. 23.1.1981 t., E.1980/11363, K.451 (YKD., 1981, S. 10, sh.1268).

(69) Zira, BK.m.60 hükmü, haksız fiil sorumluluğu dışında Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda düzenlenmiş tüm sebep sorumluluklarından doğan tazminat davalarında uygulanır. Keza aynı hüküm, özel kanunların açıkca bu hükme atıfta bulunduğu veya özel bir hükmün getirilmediği tehlike sorumlulukları hakkında da uygulanır (Deschenaux/Tercier, sh.163; Feyzioğlu, sh.708).

(70) Tandoğan, Mesuliyet, sh.358-359; İnan, sh.346; Feyzioğlu, sh.708.

(71) Deschenaux/Tercier, sh.162.

(72) Kuru, II, sh.1216-1217, 1322; Y.2.HD.10.5.1983 t., E.1983/2631, K.4244 (YKD., 1984, S.2, sh.206); 4.HD.22.11.1983 t., E.1983/9302, K.9770 (YKD., 1984, S.9 sh.1365); 13.HD. 4.3.1983 t., E.1982/8879, K.1508 (YKD., 1984, S.7 sh. 1067); 1.HD. 9.9.1980 t., E.1980/9988, K.10357 (YKD., 1981, S.4 sh.408-409).

Borçlar Kanunumuz 60. maddesinde, tazminat davaları için üç tür zamanaşımı süresi kabul etmiştir. Bunlar; "kısa zamanaşımı ", "uzun zamanaşımı " ve "ceza davası zamanaşımı" dır.

I. KISA ZAMANAŞIMI

BK.m.60 f.I hükmüne göre, maddi tazminat davasının zararın ve tazminat sorumlusunun (73) öğrenildiği tarihten başlayarak bir yıl içinde açılması gerekir. Karayolları Trafik Kanunu bu süreyi motorlu araç kazalarından doğan maddi zararlar için iki yıl olarak kabul etmiştir (74) .

Kanun koyucu, kısa zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için hem zararın hem de tazminat sorumlusunun öğrenilmiş olmasını şart kılmakla zarar gören lehine hareket etmiştir. Gerçekten, zarar görenin zararı öğrenmekle birlikte zarardan sorumlu kişiyi tesbit edememesi her zaman söz konusu olabilir (75) .

Zarar görenin davayı açabilmek için gerekli esas unsurları öğrenmiş bulunması ve davayı açarken tazminini istediği zarar yönünden kendisini haklı gösterecek güvenilir bilgilere sahip olması, zamanaşımının başlaması bakımından yeterlidir; yoksa zararın tüm kapsam ve miktarının öğrenilmiş olması şart değildir (76) . Bununla birlikte zarar verici fiil veya olaydan, daha sonra, ancak sonradan vuku bulan durumların sonucu olarak başlangıçta öngörülemeyen yeni zararlar

(73) BK.m.60 f.I metninde "zarara ve failine ittıla" dan söz edilmektedir; oysa Kaynak Kanunda (İBK.m.60 f.I), doğru olarak, "zarara ve tazminatla yükümlü olan kişiye ittıla" denilmiştir.

(74) Y.10.HD. nin 4.12.1984 t. ve E.1984/4021, K.16138 sayılı kararından: " Zamanaşımı süresinin BK.nun 60. maddesine nazaran uzun tutulmasının amacı karayollarında seyreden araç sürücüleri ile sahiplerini dikkate sevk etmek ve zarar görenleri korumak içindir." (YKD.,1985, S.4 sh.525).

(75) Feyzioğlu, sh.708.

(76) Becker, Art.60 Nr.6; Feyzioğlu, sh.710; Deschenaux/Tercier, sh.164; BGE 82 II 43 (Kaneti, I, sh.185 Nr.167); Y.4.HD. 22.1.1981 t., E.1980/12753, K.415 (YKD.,1982, S.1, sh.34); Ayrıca bkz. 4.HD. 12.7.1972 t., E.8565, K.6819 (RKD. 1973/II, S.2 sh.202) .

meydana gelirse; bu takdirde yeni bir zarar söz konusu olup, bu zarar yeni bir tazminat hakkının doğmasını ve dolayısıyla yeni bir zamanaşımı süresinin başlamasını gerektirir (77).

Kısa zamanaşımının başlaması için tazminat sorumlusunun kesin olarak öğrenilmiş olması da gereklidir. Bu sebeple, zarar görenin şu ya da bu kişinin sorumlu kişi olduğunu sadece tahmin etmesi halinde, tazminat sorumlusunu öğrenmiş olma şartı gerçekleşmez (78).

II. UZUN ZAMANAŞIMI

BK.m.60 f.I hükmüne göre, zarar görenin dava hakkı zararı doğuran fiil veya olayın vukuundan itibaren on yıl geçmekle herhalde zamanaşımına uğrar. Şu halde, zarar gören zararı ve tazminat sorumlusunu zararın vukuundan itibaren on yıl içinde öğrenmediği için dava açamamış, fakat bu süre geçtikten sonra öğrenmiş bulunursa, artık dava açma hakkı zamanaşımına uğramış olacaktır.

On yıllık zamanaşımı süresi, zararı doğuran fiil veya olayın meydana geliş tarihinde başlar. Zarar daha sonra meydana gelmiş olsa bile, bu sürenin başlangıcı zararı doğuran fiil veya olayın vuku bulduğu gündür (79).

TTK.m.62'de ticari haksız rekabet için uzun zamanaşımı üç yıl olarak kabul edilmiştir. KTK. m.109 f.I'de ise, bu süre on yıl olarak tesbit edilmiştir.

III. CEZA DAVASI ZAMANAŞIMI

BK.m.60 f.II gereğince, haksız fiil aynı zamanda bir suç teşkil ediyorsa, maddi tazminat talep hakkı ceza davası

(77) Feyzioğlu, sh.710; Y.4.HD. 22.1.1981 t., E.1980/12753, K.415 (YKD., 1982, S.1 sh.34).

(78) Feyzioğlu, sh.712; Deschenaux/Tercier, sh. 165; Karş. Becker, Art. 60 Nr.9; BGE 82 II 43 (Kaneti, I, sh.185 Nr. 167).

(79) Feyzioğlu, sh. 713.

nın daha uzun olan zamanaşımına tabi olur. Ceza davasının daha uzun olan zamanaşımı süresini, BK. m.60 f.I' deki kısa ve uzun zamanaşımı sürelerinin her ikisinin geçmiş olması halinde dahi ileri sürmek mümkündür (80).

Ceza davası zamanaşımının uygulanabilmesi için, fail hakkında ceza kovuşturması yapılmış olması veya ceza davası açılmış bulunması şart olmayıp, haksız fiilin ceza hukuku bakımından suç teşkil etmesi yeterlidir. Bu itibarla, takibi şikayete bağlı suçlarda, şikayet süresinin geçirilmiş olması dolayısıyla ceza davasının açılmaması, bu davaya ait ceza zamanaşımının tazminat davasına uygulanmasına engel değildir (81).

Ceza davası zamanaşımı tazminat sorumlusunun mirasçılara karşı da uygulanır. Haksız fiil faili aleyhine açılmış olan ceza davası, onun ölümü halinde düşer; mirasçılara karşı ceza kovuşturması söz konusu olamaz. Ancak ölen failin mirasçıları aleyhine tazminat davası açılabilir. İşte bu durumda dahi tazminat davasının zamanaşımı, daha uzun olan ceza davası zamanaşımı süresidir (82).

Buna karşılık, cezayı gerektiren fiil, af kanununun kapsamına girmiş bulunursa, bu takdirde fiil suç niteliğini kaybetmiş olur. Bu sebeple artık böyle bir haksız fiil dolayısıyla açılacak tazminat davası hakkında, BK.m.60 f.I'deki bir yıllık zamanaşımının uygulanması gerekir (83).

(80) Tandoğan, Mesuliyet, sh.361.

(81) Tandoğan, Mesuliyet. sh.364; Tekinay, Destek, sh.121; Deschenaux/Tercier, sh.168; Y.4.HD. 23.6.1983 t., E.1983/5841, K.6468 (YKD., 1983, S.10 sh.1473); HGK. 18.11.1981 t., E.1979/4-231, K. 744 (YKD., 1982, S.6 sh.766).

(82) Feyzioğlu, sh.717; Y.4.HD.8.7.1986 t., E.1986/4736, K. 5453 (YKD., 1986, S.11, sh.1622).

(83) Y. İçt. Bir. Kar. 7.12.1955 t. E.17 K.26 : " Cezayı müstelzim haksız fiil, Af Kanunu ile cezai mahiyet ve vasfını kaybederse, bu fiillerden doğan tazminat davalarında cezai zamanaşımı değil, BK.m.60 'ta derpiş edilen hukuki zamanaşımı tâtbiik edilir." (Ad. D. 1956, sh.387); Davanın af kanunu dolayısıyla ortadan kaldırılmasına ilişkin kararın kesinleştiği gün, aynı zamanda suç teşkil eden haksız fiilden dolayı tazminat davası açılması gereken zamanaşımının başlangıç günüdür: Y.11.HD. 7.3.1980 t., E.1980/1509, K.1582 (YKD., 1981, S.5 sh.605-607).

S O N U Ç

Hukuk düzeninin öngördüğü genel ödevlerin ihlal edilmesi suretiyle başkasına zarar verilmesi halinde, ihlal edenin akit dışı sorumluluğu söz konusu olur. Geniş anlamda haksız fiil sorumluluğu olarak da ifade edilen akit dışı sorumluluk, Borçlar Kanunumuzun 41 vd. maddelerinde düzenlenmiş olup, hem kusur hem de sebep sorumluluğunu içine alan bir kavramdır.

Hukuk sistemimizde kusur sorumluluğu ilke olarak kabul edilmekle birlikte, Borçlar Kanunu ile Medeni Kanunda bazı önemli sebep sorumluluklarına da yer verilmiştir (BK.m.55, 56, 58; MK.m.320).

Teknik anlamda zarar malvarlığındaki azalmayı, tazminat ise zararın ne ölçüde zarar sorumlusuna yükletilebileceğini, yani zarardan sorumluluğun kapsamını ifade eder. Maddi tazminatın esas amacı, maddi zararın ortadan kaldırılması, zarar görenin ekonomik durumunun mümkün olduğu kadar eski haline getirilmesidir. Bu itibarla tesbit edilen zarar, tazminatın azami miktarını oluşturur. Tazminatın, zararı telafi etme amacı yanında zararın meydana gelmesini önleme amacı da mevcuttur.

BK.m.43 f.I ile maddi tazminatın türünü tayin hususu isabetli olarak hâkimin takdirine bırakılmıştır. Bu hükümle hâkime, somut olaydaki bütün durum ve şartları gözönünde tutarak amaca en uygun bir tazmin şekline hükmetme inkânı verilmiş olmaktadır. Bazı istisnai durumlar dışında aynen tazmin ya imkânsız ya da amaca elverişsiz bulunduğu için genellikle nakden tazmin yolu tercih edilir. Nakdi tazminata da irat veya sermaye şeklinde hükmedilebilir. İrat şeklinde tazmin, özellikle bedensel bütünlüğün ihlali sonucu çalışma gücünün kaybedilmesi veya ekonomik geleceğin sarsılması ya da adam ölümü halinde destekten yoksun kalınması gibi ileride devam edecek veya artacak periyodik zararların mahiyetine daha uygun düşmektedir. Bununla birlikte, paranın sürekli değer kaybetmesi, tazminat borçlusunun iratlar için gerekli teminatı

gösterememesi, irat tazminatının tarafları sürekli birbirine bağlaması ve bunun özellikle zarar verici olay sonucu ortaya çıkan sinirsel veya ruhsal rahatsızlığı olumsuz yönde etkilemesi gibi sakıncaları, tazminat için irada hükmedilirken mutlaka gözönünde bulundurulmalıdır. Bu sakıncalardan birinin veya bir kaçının somut olayda söz konusu olması halinde, sermaye şeklinde tazmin tercih edilmelidir. Ayrıca, tazminatın sermaye şeklinde (toptan) ödenmesi halinde mağdurun bununla sürekli gelir sağlayacağı bir iş kurması veya zarar verici olaydan sonra ortaya çıkan olumsuz durumu düzeltmesi mümkün görünüyorsa, toptan aldığı parayı faydasız elden çıkaracağı bir bilgisizlik veya tecrübesizlik hali ile sabit olmadıkça, sermaye şeklinde tazmine hükmedilmesi isabetli olur.

İratların sermayeye çevrilmesi, yani sermayeleştirme konusu, uygulamada önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Devamlı sakatlık veya adam ölümünden doğan zararlarda olduğu gibi, zararı gelecekteki periyodik kayıpların oluşturduğu durumlarda, toptan ödenecek para miktarının tesbiti için, uygun irat miktarı ve iradın devam edeceği kabul edilen süre esas alınır. Bedensel bütünlüğün ihlali sonucu çalışma gücünün kaybından veya ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlarda, iradın devam edeceği süre belirlenirken, zarar görenin ekonomik faaliyette bulunabilme süresi, yani iş görebilme çağı da gözönünde tutulmalıdır. Destekten yoksun kalma zararında ise, sermayeleştirme için esas alınacak irat süresinin tesbitinde bir taraftan desteğin iş görebilme çağı, diğer taraftan tazminat alacaklısının bakım ihtiyacının devam edeceği muhtemel süre hesaba katılacaktır. İsviçre hukuku uygulamasında iradların sermayeleştirilmesinde Stauffer/Schaetzle'nin ortalama ömür ve iş görebilme çağı cetvelleri kullanılmaktadır. Memleketimizde de iradların sermayeleştirilmesinde ülke istatistiklerine göre hazırlanmış bu tür cetvellerin uygulanması, tazminata hükmederken hakkaniyete daha uygun karar verilebilmesi bakımından zaruridir.

Türk-İsviçre Borçlar Kanunu Sisteminde, zararın tesbiti ve tazminatın tayini safhaları birbirinden ayırt edil-

miştir. Borçlar Kanunumuzun tazminatın tayini ile ilgili 43 ve 44. maddelerinin kenar başlıkları farklı amaçları vurgulayacak biçimde ifade edilmiş olmakla birlikte, her iki hüküm beraber indirim sebeplerini düzenlemektedir. Esasen zarar failinin hafif kusuru halinde tazminat indirilebileceğine göre, kusurun derecesinin de bir indirim sebebi teşkil ettiğini ifade etmek yanlış olmaz. İndirim sebepleri tam hesaplanmış zararı karşılayan tazminattan, yani nazari tazminattan indirim yapılmasını haklı gösteren durum ve şartları ifade eder.

Borçlar Kanunumuz, 43. madde 1.fıkrası hükmüyle, Alman hukukundan farklı olarak, tazminatın zarar failinin kusur derecesine göre kademelendirilmesini ilke olarak benimsemiştir. Kanun Koyucu bu hükümle, özellikle hafif kusurla kusursuzluk arasında son derece belirsiz bir sınırın bulunması olgusunu gözönünde tutmuştur. Ayrıca tazminat sorumluluğunun kusurun ağırlığına göre kademelendirilmesi adalet duygusuna da uygun düşmektedir. Bununla birlikte, tazminatın kusurun derecesine göre tayin edilmesi ilkesi, failin hafif kusurlu olduğu her durumda tazminatta indirim yapılmasını zaruri kılmaz. Hâkim somut olaydaki diğer durum ve şartları gözönünde bulundurarak hafif kusura rağmen zarar failini zararın tamamını tazmine mahkum edebilir.

Zarar sorumlusunun müzayaka durumu dolayısıyla tazminatta indirim yapılmasını öngören BK.m. 44 f. II hükmü, hakkaniyet düşüncesine dayanmaktadır. Bu hükümle, bir felaket telafi edilirken başka bir felakete yol açılmaması amaçlanmıştır. BK.m. 44 f. II'de öngörülen indirim sebebinin uygulanması, daha çok failin hafif kusuruna rağmen tazminatta bir indirim yapılmasının haklı görülmediği kusur sorumlulukları ile sebep sorumluluğu halleri için önem taşımaktadır. BK.m. 44 f.II hükmüne dayanarak tazminatta indirim yapıldıktan sonra, tazminat borçlusunun ekonomik durumunun düzelmesi halinde, müzayaka durumu dolayısıyla yapılan indirimin talep edilmesi hakkaniyete uygun olmakla birlikte, bunun kanuni bir temeli bulunmamaktadır. BK.m.46 f.II hükmü sadece beden-

sel zararlara ilişkin mahkeme kararlarının, saklı tutulmaları halinde yeniden gözden geçirilebileceği ile ilgili istisnai bir hüküm olduğundan, kıyas yoluyla uygulanması mümkün değildir.

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

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

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

Zarar görenin kusuru BK.m.44 f.I hükmünün en önemli uygulanma durumunu oluşturur. Zarar görenin kusuru teknik anlamda bir kusur değildir. Zira kusur, bir kimsenin başkasına zarar veren kınanabilir bir davranışı, daha doğrusu bu davranışın hukuki niteliğidir. Zarar görenin kusurunda ise zarar bizzat zarar sahibine aittir.

Zarar görenin kusurunun indirim sebebi sayılması, dürüstlük ilkesine (MK.m.2) ve dolayısıyla ahlâki bir değer hükmüne dayanmaktadır. Gerçekten kişinin kendi kusuruyla sebep olduğu zararın tazminini istemesi kendi kusurundan yararlanmak olur ki, bu da dürüstlük ilkesine aykırı düşer. Bu itibarla, zarar gören davranışıyla zararın doğmasına veya artmasına sebep olmuşsa, zarar sorumlusu aleyhine hükmedilecek tazminatta indirim yapılır.

Zarar görenin kusuru gerçek anlamda bir kusur olmamakla birlikte, gerçek anlamda kusura ilişkin kurallar, bu cümleden olarak kusurun türleri, dereceleri, kusurun objektifleştirilmesi ile ilgili esaslar, zarar görenin kusuruna da kıyasen uygulanır. Zarar görenin zararın meydana gelmesine veya artmasına mani olma ödevinin ihlalinde objektif ölçü esas alınır; Zarar görenden, normal ve makul bir insanın hiçbir tazminat almayacak olsaydı benzer durum ve şartlarda alacak olduğu tedbirleri alması ve gösterecek olduğu çabayı göstermesi beklenir. Bununla birlikte, zarar görenden zararın meydana gelmesine veya artmasına mani olmak için hayatını ve sağlığını tehlikeye sokması istenemez. Zarar görenin kusuru, ancak mağdurun temyiz kudretini haiz olduğu hallerde söz konusu olabilir. Bununla birlikte, BK.m.54 f.I hükmünün böyle bir durumda kıyasen uygulanması mümkündür.

Zarar görenin yardımcılarının ve benzerlerinin zararın doğmasına iştirak eden veya artmasına sebep olan davranışları, aynen zarar görenin kusuru gibi tazminatta indirim yapılmasını haklı gösteren bir sebep sayılır.

Zarar görenin kusuru dolayısıyla tazminatta yapılacak indirimde ölçü olarak; zarar görenin kusurlu sayılan davranışının, kusur sorumluluğunda kusur derecesi, sebep sorumluluğunda ise zarara sebebiyetteki payı esas alınır.

BK.m.43 f.I gereğince hâkim, somut olaydaki durum ve şartlar haklı gösteriyorsa, BK.nun 43 ve 44. maddelerinde açıkça anılan indirim sebeplerinden herhangi birisi mevcut olmasa bile, tazminatta indirim yapabilir. Takdire bağlı indirim sebepleri de denilen bu indirim sebepleri, daha çok

durum ve şartların gereğinden çıkarılan, hâkimin takdirine bırakılmış hususlardır. Durum ve şartlardan doğan takdire bağlı herhangi bir indirim sebebinin gözönünde tutulması, daha çok, olayda BK.nun 43 ve 44. maddelerinde anılan diğer indirim sebeplerinden birisinin bulunmadığı hallerde söz konusu olur. Somut olaydaki bir durum ve şartın bir indirim sebebi teşkil edip etmediğine karar vermek hâkimin takdirine bırakılmış olduğu gibi, bunun tazminatta ne oranda indirimi gerektirdiği hususunda karar vermek dahi hâkimin takdirine bırakılmıştır.

Maddi tazminat davası açma hakkı, kural olarak zarar verici fiil ve olaydan doğrudan doğruya zarar gören kimseye veya haleflerine aittir. Yalnız BK.m.45 f.II'de bunun bir istisnası öngörülmüştür.

Tazminat davası her şeyden önce uygulanacak sorumluluk kuralının öngördüğü kişiye karşı açılır. Buna göre, davalı haksız fiil faili veya kanunun kendisine sebep sorumluluğu yüklediği kişi olabilir. Ayrıca, külli halefiyet ilkesi gereğince tazminat borcunun tamamı mirasçılara geçtiği için, zarar sorumlusunun ölümü halinde tazminat davası mirasçılara karşı da açılabilir.

Tazminat davasında sorumlunun indirim sebeplerini ileri sürmesi maddi hukuk açısından bir itiraz teşkil eder. Hâkim somut olayda bir tazminat indirim sebebi bulunup bulunmadığını kendiliğinden (re'sen) araştırmak zorundadır. Ayrıca dava dosyasından anlaşılan indirim sebeplerinin davalı tarafından sonradan ileri sürülmesi, savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi sayılmaz.

Akit dışı sorumluluktan doğan tazminat davasında, davalının ikametgahı mahkemesi yanında haksız fiilin vuku bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir.(HUMK.m.9,21). Görevli mahkeme ise kural olarak hukuk mahkemeleridir. Ancak, haksız fiil aynı zamanda bir suç teşkil ediyor ve mağdur ceza mahkemesinde şahsi dava açmış veya kamu davasına müdahale etmiş bulunuyorsa; ceza mahkemesi sanığı mahkum ettiği takdirde, ayrıca maddi tazminat talebi hakkında da karar verir. Hukuk

mahkemelerinden hangisinin tazminat davasına bakmakla görevli olduğu, kural olarak dava olunan meblağın miktarına göre belirlenecektir (HUMK.m.8) .

Hukuk hâkimi, haksız fiile dayanan bir tazminat davasında karar verirken ceza hukuku kurallarıyla ve ceza hâkiminin kararlarıyla kural olarak bağılı değildir. Ancak, ceza mahkemesinin maddi olayların varlığının veya yokluğunun tesbiti ile ilgili kararları, fiilin hukuka aykırılığı ile kusurun ve temyiz kudretinin varlığını tesbit eden mahkumiyet kararları hukuk hâkimini bağlar.

Akit dışı sorumluluktan doğan maddi tazminat davaları, zamanaşımı süresi bakımından esas itibariyle BK.m.60'daki genel kurallara tabidir. Ayrıca aynı tür davalar için TTK.m.62 ile KTK.m.109'da da hükümler bulunmaktadır. Burada bir hak düşürücü süre söz konusu olmadığı için, BK.nun zamanaşımının kesilmesi ve durması ile ilgili genel hükümleri (BK.m.132 vd.) aynen uygulanır.

T. C.

**Yükseköğretim Kurulu
Dokümantasyon Merkezi**

EK: 1

Piccard'ın Gelecekteki Ortalama Ömür Cetveli

Yaş	Ömür	Yaş	Ömür	Yaş	Ömür	Yaş	Ömür	Yaş	Ömür
0	66,36	20	50,16	40	31,88	60	15,69	80	5,24
1	67,81	21	49,24	41	30,98	61	15,00	81	4,92
2	67,06	22	48,33	42	30,09	62	14,33	82	4,62
3	66,20	23	47,41	43	29,21	63	13,67	83	4,33
4	65,30	24	46,50	44	28,33	64	13,03	84	4,07
5	64,38	25	45,59	45	27,45	65	12,40	85	3,82
6	63,45	26	44,67	46	26,59	66	11,79	86	3,60
7	62,51	27	43,76	47	25,73	67	11,20	87	3,39
8	61,56	28	42,84	48	24,88	68	10,62	88	3,20
9	60,60	29	41,93	49	24,05	69	10,06	89	3,03
10	59,64	30	41,01	50	23,22	70	9,53	90	2,86
11	58,68	31	40,09	51	22,41	71	9,01	91	2,70
12	57,72	32	39,17	52	21,61	72	8,51	92	2,55
13	56,76	33	38,25	53	20,83	73	8,03	93	2,41
14	55,80	34	37,34	54	20,06	74	7,57	94	2,28
15	54,84	35	36,42	55	19,30	75	7,13	95	2,16
16	53,89	36	35,51	56	18,55	76	6,71	96	2,04
17	52,95	37	34,59	57	17,82	77	6,31	97	1,93
18	52,01	38	33,69	58	17,10	78	5,93	98	1,82
19	51,08	39	32,78	59	16,39	79	5,57	99	1,71

Kaynak: Piccard, Sh. 133, T.1.

Stauffer/Schaetzle'nin Gelecekteki Ortalama Ömür Cetveli

Yaş	Erkek	Kadın	Yaş	Erkek	Kadın	Yaş	Erkek	Kadın	Yaş	Erkek	Kadın
0	67,84	73,95	25	46,62	51,99	50	24,06	28,25	75	7,50	9,40
1	69,06	74,85	26	45,65	51,00	51	23,24	27,47	76	7,05	8,84
2	68,30	74,08	27	44,68	50,00	52	22,43	26,59	77	6,60	8,31
3	67,51	73,22	28	43,72	49,01	53	21,64	25,71	78	6,22	7,79
4	66,68	72,33	29	42,76	48,03	54	20,85	24,85	79	5,83	7,30
5	65,81	71,41	30	41,80	47,04	55	20,07	23,99	80	5,45	6,83
6	64,92	70,48	31	40,85	46,07	56	19,30	23,14	81	5,11	6,38
7	64,01	69,55	32	39,91	45,09	57	18,55	22,30	82	4,77	5,95
8	63,09	68,61	33	38,97	44,12	58	17,80	21,47	83	4,45	5,54
9	62,15	67,66	34	38,04	43,15	59	17,07	20,65	84	4,16	5,15
10	61,21	66,71	35	37,12	42,19	60	16,35	19,84	85	3,88	4,78
11	60,26	65,76	36	36,20	41,24	61	15,65	19,04	86	3,65	4,41
12	59,31	64,80	37	35,29	40,29	62	14,96	18,25	87	3,41	4,11
13	58,35	63,83	38	34,39	39,34	63	14,28	17,48	88	3,20	3,80
14	57,39	62,86	39	33,50	38,40	64	13,62	16,71	89	3,03	3,52
15	56,42	61,88	40	32,61	37,47	65	12,98	15,97	90	2,86	3,25
16	55,44	60,91	41	31,73	36,54	66	12,35	15,24	91	2,70	3,01
17	54,46	59,92	42	30,85	35,62	67	11,74	14,52	92	2,55	2,78
18	53,49	58,94	43	29,98	34,70	68	11,14	13,82	93	2,41	2,57
19	52,50	57,95	44	29,12	33,78	69	10,56	13,13	94	2,28	2,40
20	51,52	56,96	45	28,26	32,86	70	10,00	12,46	95	2,16	2,26
21	50,54	55,97	46	27,40	31,95	71	9,47	11,81	96	2,04	2,12
22	49,56	54,97	47	26,56	31,04	72	8,94	11,18	97	1,93	2,00
23	48,58	53,98	48	25,72	30,14	73	8,45	10,57	98	1,82	1,88
24	47,60	52,98	49	24,88	29,24	74	7,96	9,97	99	1,71	1,76

Kaynak: Stauffer/Schaetzle, sh. 56, T. 14.

EK: 3

Türkiye Ölüm Oranları Cetveli

<u>Yaş</u>	<u>Erkek</u>	<u>Kadın</u>	<u>Yaş</u>	<u>Erkek</u>	<u>Kadın</u>	<u>Yaş</u>	<u>Erkek</u>	<u>Kadın</u>	<u>Yaş</u>	<u>Erkek</u>	<u>Kadın</u>
0	61,39	63,60	25	41,40	44,11	50	19,86	21,64	75	5,67	4,70
1	61,47	63,57	26	40,47	43,21	51	19,11	20,78	76	5,32	4,30
2	60,99	63,24	27	39,54	42,30	52	18,37	19,94	77	4,98	3,93
3	60,42	62,78	28	38,62	41,39	53	17,65	19,10	78	4,66	3,58
4	59,78	62,22	29	37,70	40,49	54	16,94	18,27	79	4,36	3,25
5	59,09	61,59	30	36,79	39,58	55	16,24	17,45	80	4,08	2,95
6	58,35	60,90	31	35,88	38,67	56	15,56	16,64	81	3,81	2,67
7	57,57	60,16	32	34,97	37,76	57	14,89	15,85	82	3,55	2,42
8	56,77	59,38	33	34,07	36,85	58	14,24	15,06	83	3,31	2,18
9	55,94	58,57	34	33,18	35,94	59	13,60	14,30	84	3,08	1,97
10	55,09	57,74	35	32,29	35,03	60	12,98	13,54	85	2,87	1,77
11	54,23	56,89	36	31,40	34,12	61	12,37	12,81	86	2,67	1,59
12	53,35	56,01	37	30,53	33,22	62	11,78	12,09	87	2,48	1,43
13	52,47	55,13	38	29,65	32,31	63	11,21	11,39	88	2,30	1,29
14	51,57	54,23	39	28,79	31,40	64	10,65	10,71	89	2,14	1,16
15	50,66	53,33	40	27,93	30,50	65	10,11	10,05	90	1,98	1,05
16	49,75	52,41	41	27,08	29,60	66	9,59	9,41	91	1,84	0,94
17	48,84	51,49	42	26,24	28,70	67	9,08	8,79	92	1,71	0,84
18	47,92	50,57	43	25,41	27,80	68	8,60	8,19	93	1,58	0,75
19	46,99	49,64	44	24,59	26,91	69	8,12	7,62	94	1,47	0,64
20	46,06	48,70	45	23,77	26,02	70	7,67	7,07	95	1,36	0,50
21	45,13	47,76	46	22,97	25,13	71	7,24	6,55	96	1,26	
22	44,20	46,82	47	22,18	24,25	72	6,82	6,05	97	1,16	
23	43,26	45,92	48	21,39	23,37	73	6,42	5,57	98	1,06	
24	42,33	45,02	49	20,62	22,50	74	6,03	5,12	99	0,97	

Kaynak: Öcal, sh. 45 vd. T. 3 ve 4

EK: 4

P.M.F. Ortalama Ömür Cetveli

<u>Yaş</u>	<u>Ömür</u>	<u>Yaş</u>	<u>Ömür</u>	<u>Yaş</u>	<u>Ömür</u>	<u>Yaş</u>	<u>Ömür</u>	<u>Yaş</u>	<u>Ömür</u>
0	56,64	21	44,59	42	27,95	63	12,97	84	3,71
1	60,60	22	43,83	43	27,18	64	12,34	85	3,49
2	60,58	23	43,05	44	26,40	65	11,75	86	3,30
3	59,97	24	42,27	45	25,64	66	11,17	87	3,12
4	59,22	25	41,49	46	24,87	67	10,51	88	2,97
5	58,41	26	40,70	47	24,12	68	10,05	89	2,83
6	57,57	27	39,90	48	23,36	69	9,50	90	2,71
7	56,71	28	39,10	49	22,62	70	8,98	91	2,62
8	55,83	29	38,32	50	21,88	71	8,47	92	2,55
9	54,93	30	37,50	51	21,15	72	7,98	93	2,48
10	54,03	31	36,70	52	20,42	73	7,54	94	2,45
11	53,11	32	35,90	53	19,70	74	7,08	95	2,40
12	52,19	33	35,10	54	18,98	75	6,88	96	2,35
13	51,28	34	34,29	55	18,28	76	6,25	97	2,31
14	50,37	35	33,49	56	17,82	77	5,86	98	2,24
15	49,49	36	32,69	57	16,90	78	5,50	99	2,13
16	48,62	37	31,90	58	16,10	79	5,15	100	2,00
17	47,78	38	31,10	59	15,55	80	4,85	101	1,79
18	46,96	39	30,31	60	14,89	81	4,52	102	1,58
19	46,15	40	29,73	61	14,23	82	4,22	103	1,50
20	45,90	41	28,73	62	13,59	83	3,95	104	1,25

Kaynak: Sosyal Sigortalar Kurumu Kaynakları

T. C.
Yükseköğretim Kurulu
Dokümantasyon Merkezi