

11964

346.03
Nom
1996



Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi

Yrd. Doç. Dr. Haluk N. NOMER
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Prof. Dr. Fahrettin ARAL ailesinin
Galatasaray Üniversitesi'ne
 armağanıdır.
İstanbul 1996

Yayın No : 675
Hukuk Dizisi : 271



Galatasaray Üniversitesi Kütüphanesi



0154214

1. Bası - Aralık 1996 - İSTANBUL

*Merhum Hocam Prof. Oğuzman'ın
Aziz Hatrasına*

ISBN 975-486-570-1

Beta BASIM-YAYIM DAĞITIM A.Ş.
Himaye-i Etfal Sok. Talas Han No: 13/15
Cağaloğlu-İSTANBUL

Tel : (0-212) 511 54 32 - 511 36 50 - 528 13 20
Fax : (0-212) 513 87 05

Dizgi - Baskı - Cilt: Beta Basım A.Ş.



Önsöz

Trafik kazaları ile iş kazalarının sıkça görüldüğü ülkemizde, tazminatın belirlenmesi bir çok davaya konu olmaktadır. Uygulamadaki bu yoğunluk beraberinde çözüm bekleyen çeşitli hukukî sorunları da getirmektedir.

Uygulamada tazminat belirlenirken çoğunlukla bilirkişilerden yararlanılmaktadır. Bilirkişiler tarafından kusur dağılımı adı verilen bir paylaşırma yapılmakta ve hâkimler buna uygun olarak zararı taraflar arasında paylaşırılmaktadırlar. Yapılan bu paylaşırmada hangi esaslardan hareket edildiği konusunda bir açıklık yoktur. Daha ziyade bilirkişilerin takdiri rol oynamaktadır. Oysa burada belirli esaslardan hareket etmek gereği vardır. Konunun bilirkişilerin takdirine bağılı kılınmaktan kurtarılıp belli bir takım temel prensiplere bağlanması gerekmektedir. Borçlar Kanunumuz, düzenleme tarzına uygun olarak bu konuda da genel prensipleri koymakla yetinmiş, ayrıntıya girmekten kaçınmıştır.

Esasen zarar ve tazminat konusu bir çok problemi bünyesinde barındıran ve doktrinde de yoğun tartışmalara sebep olan bir konudur. Özellikle Alman hukukunda bu konuda geniş bir literatür bulunmaktadır. Türk hukukunda bu konuların yeterince işlenmemiş olması, uygulamanın işini bir kat daha zorlaştırmaktadır. Bu konuların doktrin tarafından daha ayrıntılı şekilde incelenmesi uygulamaya yardımcı olacaktır. Konunun bu alandan seçilmesindeki gaye de, uygulamanın belirli temel prensipleri benimseyip bunlardan hareket etmesine yardımcı olmaktır.

Bu çalışma doktora tezi olarak hazırlanmış ve 11.7.1996 tarihinde başarı ile savunulmuştur. Tezin hazırlanması safhasında çalışmamı titiz bir şekilde inceleyip yardımlarını esirgemeyen değerli hocam Prof. Dr. Mustafa Dural'a teşekkürü bir borç bilirim.

Fransızca tercümelerimde, yoğun çalışmalarına rağmen, bana yardımcı olan kıymetli dostlarım Doç. Dr. Saibe Oktay ile Av. Eftychios D. Horiatakis'e minnet duygularımı burada da ifade etmek isterim.

Son olarak tezimi kısa sürede ve en iyi bir şekilde yayına hazırlayan Beta Yayınevi'ne ve Kemal Peköz'e teşekkür ederim.

İstanbul, 1.11.1996

Dr. Haluk N. Nomer

İçindekiler

Önsöz	III
İçindekiler	V
Kisaltmalar	XII
Giriş	1
Birinci Bölüm	
Zarar Kavramı	
§ 1. Zarar kavramına ilişkin genel bilgiler.....	5
§ 2. Zarar kavramına ilişkin görüşler	6
I. Tabii zarar görüşü	6
II. Menfaat teorisi (fark teorisi)	8
A. Genel olarak	8
B. Zararın belirlenme anı bakımından.....	9
1. Usul hukuku açısından	9
2. Maddî hukuk açısından	11
III. Tabii zarar görüşü ile menfaat teorisinin değerlendirilmesi.....	16
IV. Normatif zarar görüşü	16
A. Genel olarak	16
B. Alman uygulamasında normatif zarar	17
1. Kullanma imkânının kaybı dolayısıyla uğranılan yararlanma zararları.....	17
a) Genel olarak	17
b) Konuya ilişkin olarak ileri sürülen teoriler	18
aa- Ticarileştirme teorisi	18
bb- İhtiyaç teorisi.....	19
cc- Beklentinin akamete uğraması teorisi.....	21
c) Değerlendirme.....	22
2. İşgöremezlik halinde, ücretin ödenmesine devam edilmesine rağmen doğan zararlar.....	25

3. Evli kadının ev işlerini göremeyecek hale gelmesinden doğan zararlar	27
4. Seyahatin beklendiği gibi geçmemesinden doğan zararlar	30

İkinci Bölüm

Tazminat Kavramı ve Tazminatın Gayesi

§ 1. Kavram	33
§ 2. Gaye	33
I. Zararın telâfisi gayesi	33
II. Doktrinde tazminatın gayesi kapsamında görülen diğer haller	34
A. Hakkın devam ettirilmesi gayesi	34
B. Cezalandırma (yaptırım uygulama) gayesi	34
C. Önleme gayesi	35

Üçüncü Bölüm

Tazminatın Belirlenme Tarzı ve Türleri

§ 1. Tazminatın belirlenme tarzı (aynen tazmin-nakden tazmin)	37
§ 2. Türleri	39
I. Genel Olarak	39
II. Nakden tazminde	40
III. Aynen tazminde	43
A. Eski hale getirmenin bizzat sorumlu kişi tarafından yapılması halinde	43
1. Şeye gelen zararlarda	43
2. Kişiye gelen zararlarda	45
B. Eski hale getirmenin sorumlu kişi tarafından üçüncü bir kişiye yaptırılması halinde	45
1. Şeye gelen zararlarda	45
2. Kişiye gelen zararlarda	45
C. Eski hale getirmenin bizzat zarar gören tarafından yapılması halinde	46
1. Şeye gelen zararlarda	46
2. Kişiye gelen zararlarda	47
D. Eski hale getirmenin zarar gören tarafından üçüncü bir kişiye yaptırılması halinde	47

1. Şeye gelen zararlarda	47
2. Kişiye gelen zararlarda	48
§ 3. Hakimin takdir yetkisi	48
I. Genel olarak	48
II. Tazminatın belirlenme tarzının tayininde	49
III. Tazminat türünün tayininde	51
§ 4. Tazminat olarak ödenen parada zarar görenin tasarruf yetkisi	53
§ 5. Eski hale getirmenin mümkün olmaması veya zarar görenin tamire niyetinin bulunmaması halinde tazminatın belirlenmesi	57
I. Alman hukukunda ileri sürülen görüşler	58
A. Objektif imkânsızlık halinde	58
B. Sübjektif imkânsızlık halinde	58
1. Şeye gelen zararlarda	58
2. Kişiye gelen zararlarda	59
II. Değerlendirme	60

Dördüncü Bölüm

Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Dikkate Alınacak Hususlar

§ 1. Genel olarak	63
§ 2. Zarar verenin kusurunun ağırlığı	69
I. Kusur prensibinin tarihi gelişimi	69
II. Kusurun ağırlığının tazminat yükümlülüğüne etkisi	72
A. Kusur sorumluluğunda	72
B. Kusursuz sorumluluklarda	76
1. Genel olarak	76
2. Başkasının fiilinden sorumlulukta	77
a) Sorumlu kişinin kusurunun etkisi	77
b) Fiili dolayısıyla sorumlu olunan kişinin kusurunun etkisi	78
c) İhlâl edilen özen yükümünün ağırlık derecesinin etkisi	78
III. Yardımcı kişinin kusurunun sorumlu kişiye izafe edilmesi	79
§ 3. Zarar görene izafe edilebilen hallerin zararın doğumunda etkisinin bulunması	81
I. Genel olarak	81
II. Zarar görene izafe edilebilen bazı haller	83

A. Zarar görenin kusuru	83
1. Hukukî niteliği	84
a) Zarar görenin kendisine zarar verici davranışta bulunmasının hukuka aykırı olup olmadığı	84
b) Zarar görenin, kendisine zarar verici davranışta bulunmasından ötürü kusurlu sayılabiliş sayılamayacağı	86
2. Kusurun objektifleştirilmesine ilişkin görüşlerin uygulanabilirliği	87
3. Zarar görenin kusurunun tazminatın belirlenmesindeki rolü	90
a) Kanunun öngördüğü sistem ile uygulamanın takip ettiği yöntem	90
b) Alman hukukundaki düzenleme	90
c) Türk hukukunda takip edilmesi gereken yöntem	93
aa- Genel olarak	93
bb- Kusur sorumluluğunda	95
cc- Kusursuz sorumluluk hallerinde	97
aaa) Genel olarak	97
bbb) Munzam kusurun bulunması halinde	99
4. Zarar görenin kusurlu sayılabileceği bazı özel haller	101
a) Zarar görenin rızası	101
aa- Rızanın hukukî niteliği	101
bb- Geçersiz rızanın indirim sebebi teşkil edebileceği	103
b) Tehlikeye atılmak	106
c) Zararın doğmasına veya artmasına engel olacak tedbirleri almamak	110
B. Üçüncü kişinin kusuru	114
1. Genel olarak	114
a) Kural olarak üçüncü kişinin kusurunun indirim sebebi teşkil etmemesi	114
b) Üçüncü kişinin kusurunun tazminat yükümlülüğüne etkide bulunduğu haller	116
aa- Üçüncü kişinin kusurunun illiyet bağıını kesmesi	116
bb- Üçüncü kişinin kusurunun zarar görene izafe edilmesi	116
cc- Üçüncü kişinin kusurunun, sorumlu kişinin kusurunu hafifletmesi	116
dd- Üçüncü kişinin kusurunun illiyet bağıını gevşetmesi	117
2. Yardımcı kişinin davranışları	119
a) Genel olarak	119
b) BK 55 ve BK 100 hükmünün kıyasen uygulanması	120

c) Motorlu araç sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin davranışları	123
3. Kanunî temsilcilerin davranışları	124
4. Çocuğun davranışları	126
C. Zarar gören yönünden sebep sorumluluğuna yol açan haller	128
1. Genel olarak	128
2. Temyiz kudretine sahip olmayan zarar görenin davranışları	128
3. Zarar görenin müstahdeminin davranışları	129
4. Zarar görenin idaresi altındaki hayvanın hareketleri	129
5. Zarar görene ait yapı eserindeki bakım eksikliği veya bozukluk	130
6. Zarar gören ev reisinin riyaseti altında bulunan kimselerin davranışları	130
7. Zarar gören tarafından motorlu bir aracın işletilmesi	130
a) Genel olarak	130
b) Kusur esasına dayanan sorumluluklarda	131
c) Olağan sebep sorumluluklarında	132
d) Tehlike sorumluluklarında	133
aa- İşletenlerin munzam kusurlarının bulunması halinde	134
bb- Sadece davacı veya davalı tarafında yer alan işletenin munzam kusurunun bulunması halinde	135
cc- İşletenlerin munzam kusurlarının bulunmaması halinde	137
8. Zarar görenin işyeri çalıştırması	137
§ 4. Beklenmedik olaylar	138
I. Beklenmedik olay kavramı	138
II. Beklenmedik olay türleri	139
A. Herhangi bir kimsenin şahsından kaynaklanmayan olaylar	139
B. Bünyenin zarar görmeye elverişliliği	143
C. Üçüncü kişinin kusursuz davranışları	147
1. Kusur esasına dayanan sorumluluk ile olağan sebep sorumluluklarında	149
2. Tehlike sorumluluklarında	149
§ 5. Tarafların sosyal ve iktisadî durumları	150
I. Genel olarak	150
A. Zarar görenin sosyal ve iktisadî durumu	151
B. Sorumlu kişinin sosyal ve iktisadî durumu	151
II. Sorumlu kişinin müzayakaya düşecek olması (BK 44/II)	151

§ 6. Zarar miktarının olağanüstü ölçüde büyük olması	156
§ 7. Zararın hatır işlemi veya zarar görene yardım sırasında meydana gelmiş olması	160
I. Hatır işlemi kavramı	160
II. Tazminat mükellefiyetine etkisi	164
§ 8. İktisadî hayattaki gelişmelere engel olunmaması gereği	168

Beşinci Bölüm

Zarardan Birden Fazla Kimsenin Sorumlu Olması Halinde Tazminatın Belirlenmesi

§ 1. Genel olarak	169
§ 2. Birlikte sorumlu olanlar ile zarar gören arasındaki ilişkide tazminatın belirlenmesi	176
§ 3. Sorumlular arasındaki ilişkide (iç ilişki) zararın yükünün paylaşılması	182
I. BK 50 hükmünün uygulama alanına giren hallerde	183
II. BK 51 hükmünün uygulama alanına giren hallerde	185
A. Hukukî sebeplerin farklı olması halinde	185
B. Hukukî sebeplerin aynı olması halinde	193
1. Birlikte sorumlu olanların birinci sırada yer almaları halinde	193
a) Birlikte sorumlu olanların haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olmaları halinde	193
b) Olağan sebep sorumluluğu uyarınca sorumlu olan kimsenin kusur esasına göre sorumlu olan kimse ile birlikte birinci sırada yer alması halinde	194
c) Olağan sebep sorumluluğu uyarınca sorumlu olan birden fazla kimsenin birinci sırada yer alması halinde	194
d) Tehlike esasına göre sorumlu olan kimsenin kusur esasına göre sorumlu olan kimse ile birlikte birinci sırada yer alması halinde	194
e) Tehlike esasına göre sorumlu olan kimsenin olağan sebep sorumluluğu uyarınca sorumlu olan kimse ile birlikte birinci sırada yer alması halinde	195
f) Tehlike esasına göre sorumlu olan birden fazla kimsenin birlikte birinci sırada yer alması halinde	195
2. Birlikte sorumlu olanların ikinci sırada yer almaları halinde	197
3. Birlikte sorumlu olanların üçüncü sırada yer almaları halinde	199

a) Genel olarak	199
b) Birden fazla olağan sebep sorumluluğunun veya birden fazla tehlike sorumluluğunun birleşmesi halinde	199
c) Olağan sebep sorumluluğu ile tehlike sorumluluğunun birleşmesi halinde	200

Altıncı Bölüm

Tazminatın Ödenme Şekli

§ 1. Genel olarak	203
§ 2. Sermaye şeklindeki ödemenin hesaplanma yöntemi	204
§ 3. İrat şeklindeki ödemeye ilişkin özellikler	208
I. Tazminat borçlusunun teminat gösterme yükümlülüğü	208
II. İradın takasa konu olamaması	210
III. İrada ilişkin zamanaşımı	210
IV. İradın değişen şartlardan etkilenmemesi	211
§ 4. İrat ve sermaye şeklindeki ödemenin lehine ve aleyhine söylenebilecekler	211
I. İrat şeklindeki ödemenin lehine söylenebilecekler	211
II. İrat şeklindeki ödemenin aleyhine söylenebilecekler	212
III. Sermaye şeklindeki ödemenin lehine söylenebilecekler	212
IV. Sermaye şeklindeki ödemenin aleyhine söylenebilecekler	213

Yedinci Bölüm

Tazminat Miktarına Uygulanacak Faiz

§ 1. Tazminat miktarına uygulanan faizin hukukî niteliği	215
§ 2. Faizin işlemeye başlayacağı an	219
Sonuç	235
Zusammenfassung	227
Yararlanılan Kaynaklar	229

Kısaltmalar

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
ABGB	: Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Art.	: Artikel
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bağ-Kur K	: 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Bundesgerichtsentscheidungen
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BJM	: Basler Juristische Mitteilungen
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
c.	: Cümle
Diss.	: Dissertation
dn.	: Dip notu
EHG	: Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Schifffahrtsunternehmen und der Post vom 28. März 1905
Einl.	: Einleitung
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
İKİD	: İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi
İşK	: 1475 sayılı İş Kanunu
İYUK	: 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu
JdT	: Journal des Tribunaux
KHG	: Kernenergiehaftpflichtgesetz vom 18. März 1983
krş.	: Karşılaştırınız
KTK	: 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu
LwG	: Bundesgesetz über die Förderung der Landwirtschaft und die Erhaltung des Bauernstandes vom 3. Oktober 1951
m.	: Madde
MK	: 743 sayılı Türk Medenî Kanunu
n.	: Kenar numarası

N.	: Randnote
NF	: Neue Folge
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
OLGE	: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
OR	: Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911
Pra.	: Die Praxis; 1992 yılından önce (81 inci cilde kadar): Praxis des Bundesgerichts
RG	: Resmî Gazete
RGZ	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Sem. Jud.	: La Semaine Judiciaire
SJK	: Schweiz. Juristische Kartothek
SJZ	: Schweizerische Juristen-Zeitung
SSK	: 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu
SVG	: Bundesgesetz über den Strassenverkehr vom 19. Dezember 1958
TCK	: 765 sayılı Türk Ceza Kanunu
TD	: Ticaret Dairesi
TTK	: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TSHK	: 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu
UVG	: Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981
vd.	: Ve devamı
VersR	: Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung
Vorbem.	: Vorbemerkung
VVG	: Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908
Yarg.	: Yargıtay
Yasa HD	: Yasa Hukuk Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZBJV	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZGP	: Zivilprozeßordnung
ZPO	: Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZSR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Giriş

Tazminatın belirlenmesi konusu, sorumluluk hukukunun önemli bölümlerinden birini teşkil etmektedir. Sorumluluk hukuku, birbirine bağlı bir dizi konuyu bünyesinde barındırmaktadır. Esas itibarıyla sorumluluk hukukunun özünde yatan problem şudur; Bir kimse, herhangi bir olay sonucu zarara uğradığı zaman, bu zarar onun üzerinde mi kalmalıdır, yoksa bu zarar bir başkası tarafından tazmin mi edilmelidir?¹. Eğer cevap olumluysa, yani bir başkası zararı tazmin etmelidir sonucuna varılıyorsa, o takdirde şu sorulara da cevap bulmak gerekir; Zarar ne kadardır? Zarar nasıl tazmin edilmelidir? Zararın ne kadarı tazmin edilmelidir? İşte bütün bu konular geniş anlamda sorumluluk hukukunun² kapsamında yer almaktadır.

Bu izahtan da anlaşılacağı gibi, zararın tazmininde çeşitli aşamalardan geçilmektedir. İlk aşama, zararın bir başkası tarafından karşılanıp karşılanmayacağına, başka bir ifade ile zarardan sorumlu olanların bulunup bulunmadığının tesbiti aşamasıdır. Kanun koyucu, çeşitli sorumluluk sebepleri ihdas etmek suretiyle hangi şartlar altında, bir kimşenin bir başkasının uğramış olduğu zarardan sorumlu olacağını belirlemiştir. Sorumlu veya sorumluların tesbitinden sonraki aşama, zararın belirlenmesi aşamasıdır. Bundan sonra gelen son aşama ise tazminatın belirlenmesi, yani sorumlu kişinin zararı ne şekilde ve ne miktarda telâfi edeceğinin belirlenmesi aşamasıdır³.

Tezin ana konusunu, zararın belirlenmesinden sonraki bu son aşama, yani zararın ne şekilde ve ne miktarda telâfi edileceği hususu teşkil etmektedir. Zararın ve tazminatın belirlenmesi konuları, BK 41'i takip eden maddelerde düzenlenmiştir. Bu düzenlemede BK 41'de yer alan

¹ Oftinger/Stark, I, § 1, N. 10; Koziol, 1.

² "Sorumluluk hukuku" tâbiri özellikle sebep sorumluluğu ön planda olmak üzere akit dışı sorumluluk hukukunu ifade etmek üzere dar anlamda da kullanılmaktadır (Eren, II, 2-3; Keller/Gabi-Bolliger, 2; Oftinger/Stark, I, § 1, N. 5; Örnek olarak bkz. Deutsch, 1; Deschenaux/Tercier, 2).

³ Tazminatın belirlenmesi safhasını zararın belirlenmesi safhasından kesin çizgilerle ayırmak gerektiği hususunda bkz. Oftinger/Stark, I, § 2, N. 80-81; Brehm, Art. 43, N. 29, 30; Stark, Skriptum, N. 312; Bunun pratik önemi bakımından bkz. Keller, A., II, 26 ve aşağıda dördüncü bölüm, § 4, II, B'nin son paragrafı.

genel haksız fiil sorumluluğu⁴ esas alınmıştır. Bununla birlikte, bu konuları bütün sorumluluk halleri açısından düzenleyen genel hükümler bulunmadığından, BK 41'i takip eden maddelerdeki hükümler (BK 42-49) aynı zamanda genel hüküm vazifesi görmektedirler. Başka bir ifade ile bu hükümler bünyelerine uygun düştüğü oranda diğer sorumluluk hallerine de uygulanırlar.

Bu hükümler öncelikle Medenî Kanunda ve Borçlar Kanununda yer alan sorumluluk hallerine uygulanırlar. Esasen Medenî Kanunumuzda genel kısım bulunmadığından, Borçlar Kanunundaki genel hükümlerde yer alan temel prensipler, Medenî Kanunda yer alan medenî hukuk ilişkilerinde de geçerlidirler. Bu husus MK 5'de sadece akitlerin kuruluşuna (BK 1-40), ifasına (BK 67-108) ve sona ermesine (BK 113-140) ilişkin hükümler için belirtilmiştir. Borçlar Kanununda yer alan genel nitelikteki diğer hükümler, bu arada ikinci fasılda yer alan sorumluluğa dair hükümler için de aynı esas geçerlidir⁵.

BK 41/I'de yer alan genel nitelikteki haksız fiil sorumluluğu dışında, Borçlar Kanunu ile Medenî Kanunda yer alan sorumluluk halleri şunlardır:

- Gene kusur esasından hareket eden özel haksız fiil sorumluluğu halleri (Örnek olarak MK 84; 143/I; 304; 409; 649; 680; 908);
- Akdî ilişkiden kaynaklanan sorumluluklar (Örnek olarak BK 96; 102);
- Akde dayanmayan sorumluluklardan objektif sorumluluk halleri (Örnek olarak BK 54/I, 55, 56, 58, MK 320, 656);
- Culpa in contrahendo sorumluluğu (BK 26, 31/II, 39);
- Ahlâka aykırılıktan doğan sorumluluk (BK 41/II);
- Hukuka uygun davranışlardan doğan sorumluluk (BK 52/II);
- Vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluk (BK 411).

Sözgeçen hükümler (BK 42-49), özel hüküm bulunmadıkça, Medenî Kanun ile Borçlar Kanununun dışında, diğer kanunlarda yer alan sorumluluk hallerine de -meselâ Çevre Kanunu, m. 28-⁶ kıyasen uygulanırlar.

⁴ Haksız fiil sorumluluğu kavramının muhtevasına, bazı yazarlar tarafından objektif sorumluluk halleri de dahil edilmekte iken (Örnek olarak bkz. v. Tuhr/Peter, 407; Oğuzman-Öz, 461), bazı yazarlar kavramın muhtevasını kusur sorumluluğu ile sınırlandırmaktadırlar (Örnek olarak bkz. Oftinger/Stark, I, § 1, N. 112; Kaneti, Hukuka Aykırılık, 3 vd.; Kaneti, Sempozyum, 31; Tandoğan, Mesuliyet, 9; Eren, II, 29). Bu bir terminoloji sorunudur (Oftinger/Stark, I, § 1, N. 112).

⁵ Oğuzman-Öz, 2; v. Tuhr/Peter, 4; Friedrich, Art. 7, N. 37; Deschenaux, 58; MK 5 hükmünün geniş yorumlanması hususunda oybirliği bulunduğu dair bkz. Kocayusufoğlu, § 1, n. 2.

⁶ Bkz. dördüncü bölüm, § 8.

Doktrin⁷ ve uygulamada⁸ hâkim olan görüş de, genel nitelikteki bu hükümlerin bütün sorumluluk hallerinde uygulama alanı bulacağıdır. Bazı sorumluluk halleri için bu husus zaten özel olarak kanunda belirtilmiştir (BK 98/III⁹; KTK 90).

Tezde BK 41'de yer alan genel haksız fiil sorumluluğuna ilâve olarak objektif sorumluluk hallerinin, tazminatın belirlenmesi açısından taşıdıkları özelliklere de değinilecektir. Bunun yanında, birden fazla sorumlunun bulunması halinde tazminatın nasıl belirleneceği konusu izah edilirken, gerektiği oranda diğer sorumluluk halleri açısından da durum incelenecektir.

Başlı başına bir inceleme konusu teşkil eden manevî tazminat, bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır. Sadece maddî zararın tazmini tezin konusunu teşkil etmektedir. Ancak şu kadarını belirtelim ki, BK 43/I ve 44 hükümleri kıyasen manevî tazminatın belirlenmesinde de uygulama alanı bulurlar¹⁰. Bundan dolayı zarar görenin kusuru manevî tazminatın belirlenmesinde zarar görenin aleyhine dikkate alınabilir¹¹.

Sonuç olarak, tezde, geniş anlamda haksız fiil sorumluluğunda maddî zararın ne şekilde tazmin edileceği ve tazminatın kapsamının ne olacağı konusu incelenecektir. Tezin ana konusu bu olmakla beraber, zarar ile tazminat arasındaki yakın bağ dikkate alınarak ilk bölümde zarar kavramı üzerinde durulacaktır.

⁷ BK 41 ve devamında yer alan hükümlerin medenî hukuk ilişkilerine uygulanacağı hususunda bkz. Gmür-Hafter, Art. 7, N. 3 b; Reichel, Art. 7, N. 2; Egger, Art. 7, N. 4; Krş. Friedrich, Art. 7, N. 38; Borçlar hukukundaki genel hükümlerin bütün medenî hukuk ilişkilerine uygulanacağı hususunda bkz. Friedrich, Art. 7, N. 43 vd.; Özel olarak BK 42 ve devamında yer alan hükümler bakımından bkz. Kaneti, Hukuka Aykırılık, 3; Häberlin, 80, 85-86; Becker, Art. 44, N. 12 vd.; Oftinger/Stark, I, § 6, N. 3; § 7, N. 9; Genel hükümlerde yer alan sorumluluğa ilişkin kavram ve kuralların kamu hukukundaki tazminat alacakları dahil geniş bir uygulama alanı bulunduğu hususunda ayrıca bkz. Oftinger/Stark, I, § 1, N. 8; İdare aleyhine açılan tazminat davalarına örnek olarak bkz. BGE 112 Ib 454 (= Pra. 77, Nr. 153); 112 Ib 331; 71 I 57.

⁸ BK 44 bakımından, BGE 64 II 439; BK 43 ve 44'ün Borçlar Kanununda yer almayan sorumluluklara uygulanmasına örnek olarak bkz. BGE 80 III 53 (İflâs masası memurlarının sorumluluğu -SchKG 5); BGE 84 II 264 ve Yarg. 4. HD, 23.3.1987, 594/2132 (YKD 1987/7, 1005) (Kötü niyetli zilyedin tazminat borcu -MK 908); BGE 79 II 355 (= Pra. 43, Nr. 16) (Ev reisinin sorumluluğu -MK 320); 110 II 40 ve Yarg. HGK, 26.11.1980, 4-624/2478 (YKD 1981/3, 274) (Devletin tapu sicillerinin tutulmasından doğan zararlardan sorumluluğu -MK 917/I); Yarg. İBK, 24.12.1973, 4/6 (RG 14800) (5953 sayılı Kanun m. 14/II). Borçlar Kanununda yer alan sorumluluk halleri (BK 55, 56, 58) için bkz. Keller, A., I, 160, 170, 190-191; Ayrıca bkz. Yarg. 4. HD, 13.3.1985, 9973/2112 (YKD 1985/7, 975); Selçuk, 1722.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gauch/Schleup, N. 2798; Brehm, Art. 43, N. 38 vd.; Brehm, SJK, N. 5; OR-Schnyder, Art. 43, N. 6; Art. 44, N. 1; BK 44/II'deki gibi özel indirim sebeplerinin akdî tazminat yükümlülüklerine uygulanmayacağı görüşünde bkz. Oftinger/Stark, I, § 7, N. 9; Aksi yönde, Serozan, İfa Engelleri, § 16, n. 8; BK 50 ve 51 hükümlerinin de akdî sorumlulukta uygulama alanı bulacağı hakkında bkz. BGE 119 II 131; 115 II 45; Yarg. 15. HD, 22.9.1976, 2191/3070 (YKD 1977/9, 485).

¹⁰ Yarg. 4. HD, 2.10.1984, 6238/7225 (YKD 1985/2, 188); Yarg. HGK, 4.4.1979, 4-23/369 (YKD 1980/4, 485); Karahasan, I, 834; Oftinger/Stark, I, § 8, N. 31.

¹¹ BGE 117 II 50 (= Pra. 81, Nr. 140); 116 II 733 (= Pra. 80, Nr. 116); 93 II 94 (= Pra. 57, Nr. 21).

Birinci Bölüm

Zarar Kavramı

§ 1. Zarar Kavramına İlişkin Genel Bilgiler

Zarar kavramı Borçlar Kanununda tarif edilmiş değildir. Bu durum gerek Medenî Kanunun gerek Borçlar Kanununun genel olarak konuları ele alış tarzına uygun düşmektedir. Mümkün mertebe tanım verilmekten kaçınılmış, kavramların izahı doktrine bırakılmıştır. Esasen zarar kavramı doktrinde üzerinde çok tartışılan ve çok şey söylenen konulardan birisidir. Öyle ki, Alman Medenî Kanunu dahi zarar kavramını tanımlamaktan kaçınmıştır.

Zarar sözü, kelime anlamı itibariyle, bir eksilmeyi, ziyanı veya kaybı ifade eder. Bu eksilmesinin nasıl meydana geldiğinin önemi yoktur. Şu var ki, her türlü eksilme tazminata konu olmaz.

Yıldırım düşmesi, deprem gibi tabiat olayları neticesi meydana gelen zararlar tazminata konu olmazlar, meğer ki önceden bu tip rizikolar bir başkası -özellikle sigortacılar- tarafından üstlenilmiş olsunlar.

Fedakârlığın denkleştirilmesi prensibi¹ bir yana bırakılırsa, hukuka uygun fiiller sonucu meydana gelen zararlar da tazminata konu olmazlar (örnek olarak bkz. BK 52/1).

Aynı şekilde hak sahibinin rızasına dayanan eksilmeler de tazminata konu olmazlar. Bir hakkın bağışlama sebebiyle temlik; bir şeyin hak sahibinin rızasına uygun şekilde tüketilmesi, yok edilmesi, kullanılması tazminata konu olmaz. Aslında bunlar da geniş anlamda birer zarardır, ancak hak sahibinin rızasına dayandıklarından haksız fiil sorumluluğuna yol açmazlar ve dolayısıyla da tazminata konu olmazlar².

¹ Bkz: İlhan Uluslan, Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi, İstanbul 1977.

² Oftinger/Stark, § 2, N. 8; Baskın görüş, hak sahibinin rızasına dayanan eksilmelerin zarar teşkil etmeyeceği yönündedir; Oğuzman-Öz, 491; Eren, II, 42; Hatemi, Sorumluluk Hukuku, § 4, n. 1; Feyzioğlu, I, 472; Tunçomağ, 446; Önen, 132; v. Tuhr/Peter, 84; Oftinger, I, 54; Merz, OR, 223, dn. 139; Keller/Gabi-Bolliger, 9; Gauch-Schleup, N. 2624; Deschenaux/Tercier, 20; Zarar, arzu edilmeyen malvarlığı eksilmesidir (BGE 116 II 444; 115 II 481; 104 II 199); v. Tuhr'a göre istenilerek yapılan masrafların gavesine ulaşmaması da zarar teşkil eder. Bkz. aşağıda dn. 44.

Doktrinde, vücut bütünlüğü ihlâlâ uğrayan kimsenin kendi iradesi ile yaptığı tedavi masraflarının onun açısından zarar teşkil edeceği kabul edilmektedir. Zira tedavi masrafları zarar görenin iradesi hilafına ortaya çıkan ihtiyaç ve zaruretlere icabı yapılmış olup, gerçekte zarar gören böyle bir masraf yapmayı istememiş, onu önceden tasarlamamıştır³. Doktrinde hâkim olan bu görüşün aksine, yapılan masraflar değil, vücutta meydana gelen olumsuz yöndeki değişikliğin kendisi zararı teşkil eder. Masraf, zararın telâfisi için yapılır⁴.

Bir kimsenin, bilerek veya bilmeyerek kendisine zarar vermesi de tazminata konu olmaz⁵.

Tazminata konu olan zararlar, prensip olarak hukuka aykırı fiil veya olaylar neticesinde ortaya çıkan zararlardır. Uygun illiyet bağı ve normun koruma amacı gibi teoriler, tazminata konu olan zararın çerçevesini belirlemeye yönelik teorilerdir⁶.

Tazminata konu olan zarar, tazmin edilebilecek zarardır, tazmin edilmesi gereken zarar değildir⁷. Zira, ilerde izah edileceği gibi, sorumlu kişi, zararın belirli bir miktarını tazmin etmekle yükümlü tutulabilir, hattâ hâkim zararın hiç tazmin edilmemesine de karar verebilir (BK 43, 44).

§ 2. Zarar Kavramına İlişkin Görüşler

Bir eksilmeyi, olumsuz yönde bir değişikliği ifade ettiğine göre, zarar, bir karşılaştırmanın sonucudur. İki durum karşılaştırılmakta ve aradaki fark veya olumsuz yöndeki değişiklik zararı oluşturmaktadır. Tazminata konu olan zararın tesbitinde, sorumluluğu doğuran olayın gerçekleşmesinden sonraki durum ile bu olay olmasaydı içinde bulunulacak olan durum karşılaştırılır. Durumlardan ilki gerçek (fiili) durumdur, ikincisi ise farazî (fiktif) bir durumdur. Aradaki fark zarardır. Üzerinde tartışılan husus, karşılaştırılan durumların neye ilişkin olduğudur. Bu bölümde, bu konuda savunulan belli başlı görüşler üzerinde durulacaktır⁸.

I. Tabii Zarar Görüşü

Alman doktrininde bir kısım yazar, zararın günlük dildeki anlamın

³ v. Tuhr/Peter, 84; Keller/Gabi-Bollinger, 9; Deschenaux/Tercier, 20.
⁴ Bkz. aşağıda § 2, I ve üçüncü bölüm, § 2, III, D, 2.
⁵ Merz, OR, 223, dn. 139.
⁶ Bkz. Atamer, 39 vd.
⁷ Larenz, SchuldR I, 427; Schaer, N. 331.
⁸ Bu konuda savunulan görüşlere toplu bir bakış için bkz. Magnus, Schaden und Ersatz, 11 vd.; Lange, Schadensersatz, 27 vd.

dan hareketle izah etmektedir. Onlara göre zarar, bir kimsenin hayat-tayken sahip olduğu maddî (ve manevî) varlıklarda meydana gelen eksilme veya değişikliklerdir⁹. Zarar kavramı bakımından bu eksilme veya değişikliğe kimin veya neyin sebep olduğunun önemi yoktur.

Bu görüşe göre, zarar belirlenirken, ilk planda malvarlığı değil, doğrudan doğruya ihlâlâ uğrayan hak konusu varlığın kendisi ve onda meydana gelen olumsuz değişiklik dikkate alınmalıdır. Sorumluluğu doğuran olay sebebiyle hak konusu varlıkta meydana gelen somut değişiklik zarardır. Başka bir ifade ile, sorumluluğu doğuran olay gerçekleşmeseydi hak konusu varlığın içinde bulunacağı durumla, şimdiki durumu arasındaki fark zarardır.

Örnek olarak trafik kazası sonucu araçta meydana gelen somut değişiklik zarardır ve bunun telafisi aracın eski haline getirilmesi (aynen tazmin)¹⁰ yoluyla olur. Aracın tamir edilmesi bir aynen tazmin yoludur. Bununla kaza sonucu araçta meydana gelen somut değişiklik giderilmeye çalışılır. Zarar kavramı ancak bu şekilde izah edildiği takdirde aynen tazmin kavramı bir anlam kazanır¹¹. BGB § 249'da aynen tazmine nakden tazmine nazaran öncelik tanınmış olması da zararın bu şekilde izahına haklılık kazandırmaktadır.

Diğer taraftan malvarlığında eksilme meydana gelmemesine rağmen, hak konusu varlıkta meydana gelen bir değişiklik zarar olarak ortaya çıkabilir. Örnek olarak bir kimsenin aracı, rızası hilafına istemediği bir renge boyandığı takdirde, aracın ve dolayısıyla malvarlığının değerinde azalma meydana gelmiş olmasa dahi bir zarardan söz etmek mümkündür¹². Zira hak konusu varlıkta, hak sahibi açısından olumsuz yönde bir değişiklik meydana gelmiştir ve bunun telâfisi gerekmektedir. Bunun telâfisi ise aynen tazmin yoluyla olur. Ya araç sorumlu kişi tarafından eski rengine boyanır ya da bunun için gerekli masraf sorumlu kişi tarafından araç sahibine ödenir.

⁹ Bu görüşün esaslarını ortaya koyan ve görüşün önde gelen temsilcilerinden birisi Hans Albert Fischer'dir. Bkz. Fischer, 1 vd.: Bu görüş son zamanlarda fazla taraftar toplayamamıştır. Taraftarları arasında Werner (Staudinger-Werner, § 249, Vorbem. 9) ile Grunsky'yi sayabiliriz (MünchKomm-Grunsky, § 249, Vorbem. 7). Son olarak Larenz, farazî illiyete ilişkin görüşünü bu düşüncelere dayandırmaktadır (SchuldR I, 523). Tabii zarar kavramı ile amaçlanan hak konusu olabilecek şeylerin güvence altına alınmasıdır; öncelikle korunacak olan onlardır (Bkz. ikinci bölüm, dn. 3). Bununla birlikte Larenz, tabii zarar kavramının hukuk düzeni tarafından olduğu gibi alınmadığı, bunun içine hukukî değerlendirmelerin de girdiğini belirtmektedir (SchuldR I, 427).

¹⁰ Bkz. aşağıda üçüncü bölüm, § 1.

¹¹ Staudinger-Medicus, § 249, N. 6.

¹² Staudinger-Medicus, § 249, N. 8; v. Tuhr/Peter, 116, dn. 13; Lange, Schadensersatz, 44: Boyacı verilen rengi değiştirdiği takdirde, boyadığı yeri yeniden boyamalıdır; Ayrıca bkz. Fischer, 27; Diğer bir örnek, malikin, kendi arazisine yapılan yapının, masraflı binayı yapana ait olmak üzere sökülmesini isteyebilmesidir (MK 648/II) (Bkz. üçüncü bölüm, dn. 30).

Hile yoluyla yapılan akdin iptal edilebilir olması da aynı esasa dayanır¹³.

II. Menfaat Teorisi (Fark Teorisi)

A. Genel Olarak

Zararın ne olduğu hususunda bugün baskın olan görüş, Mommsen tarafından ortaya atılan menfaat veya fark teorisidir¹⁴. Bu görüşe göre, zarar verici olay neticesi hak konusu varlıkta meydana gelen olumsuz yöndeki değişiklikten ziyade, malvarlığında meydana gelen eksilme esas alınmalıdır. Zarar verici olay neticesinde bir kimsenin malvarlığında meydana gelen eksilme zarardır. Başka bir ifade ile, hak konusu varlıkta meydana gelen değişiklik değil, bundan dolayı, değer itibariyle¹⁵ malvarlığında meydana gelen eksilme, zarardır. Örnek olarak bir şeyin artık kullanılması mümkün olmayacak şekilde tahrip edilmesi halinde, o şeyin değeri miktarında malvarlığında azalma meydana gelir. Azalan bu değer miktarı zararı teşkil eder.

Malvarlığında bir eksilme meydana gelip gelmediğinin tesbiti için bir karşılaştırma yapılır. Malvarlığının zarar verici olay neticesinde aldığı durum ile zarar verici olay gerçekleşmeseydi malvarlığının içinde bulunacağı durum karşılaştırılır, aradaki fark zararı belirlir¹⁶. Bu farkı Mommsen "menfaat" olarak nitelendirmiş ve öğretisine "menfaat teorisi"

¹³ Fischer, 29; Staudinger-Medicus, § 249, N. 9.

¹⁴ Tandoğan, Mesuliyet, 64, 252-253; Eren, II, 39; Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Altop, 548; Oğuzman-Öz, 491; Hatemi, Sorumluluk Hukuku, § 4, n. 5; Karahasan, I, 432; Karahasan, Sorumluluk, 80, 170; Reisoğlu, 132; Önen, 132; Yarg. 4. HD, 29.5.1989, 662/4892 (YKD 1989/11, 1554); Yarg. 4. HD, 4.7.1983, 6000/6724 (YKD 1983/12, 1745); Yarg. 4. HD, 20.6.1983, 4487/6299 (YKD 1983/11, 1618); Yarg. 4. HD, 13.2.1984, 477/1249 (YKD 1984/6, 870); Yarg. 4. HD, 20.9.1982, 6043/7949 (YKD 1983/1, 46); Yarg. 4. HD, 12.1.1982, 13394/274 (YKD 1982/5, 645); Yarg. 4. HD, 11.3.1982, 1406/2552 (YKD 1982/8, 1102); Yarg. 4. HD, 12.12.1979, 9779/13899 (YKD 1980/10, 1343); Yarg. 4. HD, 29.12.1978, 3173/15053 (YKD 1979/8, 1127).

İsviçre hukukunda, Merz, OR, 186; Stark, Skriptum, N. 41, 4; OR-Schnyder, Art. 41, N. 2; Otfinger/Stark, § 2, N. 9; Keller, A., II, 22; Keller/Gabi-Bolliger, 8; Keller/Syz, 12; Brehm, Art. 41, N. 70; v. Tuhr/Peter, 84; Becker, Art. 41, N. 6; Oser/Schönenberger, Art. 43, N. 14; Stauffer-Schaetzle-Schaetzle, Barwerttafel, N. 536 vd.; Deschenaux/Tercier, 19-20; BGE 118 II 179; 116 II 444; 115 II 481; 104 II 199; 97 II 176; 87 II 291 (= Pra. 51, Nr. 29); 76 II 297; 71 II 89; 64 II 138.

Alman hukukunda, Lange, Schadensersatz, 45; Larenz, SchuldR I, 480; Esser/Schmidt, 172; Palandt-Heinrichs, § 249, Vorbem. 2, b; Soergel-Mertens, § 249, Vorbem. 43; Alman Federal Mahkemesi de esas olarak fark teorisinden hareket etmektedir: BGHZ 27, 183; 71, 240; 75, 371; 98, 221.

¹⁵ Yarg. 4. HD, 20.9.1982, 6043/7949 (YKD 1983/1, 46); Zarar, para ile değerlendirilebilen farkı ifade eder; Aynı görüşte, Karahasan, Sorumluluk, 80; BGE 116 II 445; Zarar, malvarlığında hesaben meydana gelen azalmadır.

¹⁶ Mommsen, I.

ismini vermiştir. Bu görüş "fark teorisi" olarak da anıldığı gibi, farkın tesbiti bir faraziyeyle dayandığından "fark faraziyesi"¹⁷ olarak da anılmaktadır.

B. Zararın Belirlenme Anı Bakımından

Fark teorisinde, zararın tesbiti için bir karşılaştırmanın yapılması gerektiğine göre, burada bir problemle karşılaşmaktadır. O da şudur; Zararın tesbiti için yapılacak karşılaştırma hangi an esas alınarak yapılacaktır? Başka bir ifade ile, karşılaştırma, malvarlığının hangi andaki gerçek ve farazî durumları dikkate alınarak yapılacaktır?¹⁸

Bu problemin çözümünde usul hukuku ve maddî hukuk bakımından ikili bir ayırım yapmak gerekir.

1. Usul Hukuku Açısından

Maddî hukuk bakımından zararın, hangi an esas alınarak tesbit edileceği problemi ile usul hukuku bakımından zarar tesbit edilirken, hangi ana kadar gerçekleşmiş olayların dikkate alınacağı hususu birbirine karıştırılmamalıdır.

Usul hukuku bakımından kural olarak hüküm anına kadar gerçekleşmiş olan olaylar hükme esas teşkil ederler. Başka bir ifade ile, hüküm anında¹⁹ dosyada mevcut olan bütün olaylar, daha doğrusu vakalar hâkim tarafından dikkate alınırlar. Zararın hüküm anına göre tesbit edilmesi gerektiği prensibi ile ifade edilmek istenen budur²⁰. Örnek olarak mağdurun ölümü halinde dul kalan eşin yeniden evlenmesi, destekten yoksun kalma zararının tesbitinde dikkate alınır²¹. Buna mukabil

¹⁷ Heck, § 11, N. 4.

¹⁸ Tabii zarar görüşünden hareket edildiğinde böyle bir problemle karşılaşılmaz. Zarara uğrayan şeyin eski haline getirilme anı esas alınarak zararın miktarı tesbit edilir (Bkz. üçüncü bölüm, § 2, III, D. 1).

¹⁹ Hüküm anı, usul hukuku bakımından yeni vakaların getirilmesinin caiz olduğu ve bunların dikkate alınabileceği son anı (son sözlü duruşma) ifade eder [Guhl/Merz/Koller, 73; Keller/Syz, 72; Bu anlamda, Otfinger/Stark, I, § 6, N. 21; BGE 77 II 153; 97 II 134 (= Pra. 60, Nr. 209); 99 II 216 (= Pra. 63, Nr. 30)]; Türk usul hukuku bakımından da hüküm anı, hâkimin, yargılamanın sona erdiğini bildirerek kararını tefhim ettiği ana tekâbül eder (HUMK 381/I). Dava açıldıktan sonra ortaya çıkan ve dava sebebinin ortadan kaldıran yeni vakaların hüküm anına kadar ileri sürülebilmesi, savunmanın genişletilmesi yasağını ihlâl etmez (Kuru, II, 1194, 1270).

²⁰ Keller/Gabi-Bolliger, 73; Keller/Syz, 72; Brehm, Art. 42, N. 7; Honsell, 58; Bu anlamda, Otfinger/Stark, I, § 6, N. 21; Ayrıca bkz. aşağıda dn. 27'de yer alan yazarlar.

²¹ Tandoğan, Mesuliyet, 307; Karahasan, I, 718; Otfinger/Stark, I, § 6, N. 324; BGE 35 II 162; 31 II 288; Yarg. 4. HD, 25.5.1976, 5263/5405 (YKD 1978/5, 700); Desteğin ölümünden hemen sonra, fakat hüküm anından önce, aynı olayın etkisiyle desteğini kaybeden kimsenin de ölmesi, o kimseye ait zararın belirlenmesinde dikkate alınır. Fakat bu ölüm olayı desteğini kaybeden diğer zarar görenler bakımından dikkate alınmaz. Zira zarar, zarar verici olay olmasaydı içinde bulunulacak duruma göre belirlenmektedir [Yargıtay bu hususu gözden kaçırmıştır; Yarg. 10. HD, 10.2.1987, 448/615 (YKD 1987/6, 898); Karşı oy yazısı bu bakımdan isabetlidir].

hüküm anından sonra gerçekleşen olaylar dikkate alınmazlar. Meselâ evlenme ihtimali zayıf gözükken dul eşin, beklenenin aksine hüküm anından hemen sonra evlenmesi halinde, zararın buna göre yeniden hesaplanarak hükmün düzeltilmesi imkânı bulunmamaktadır²².

Bu kurala, yani hükmün verilmesinden sonra olayların önceden tahmin edilemeyecek tarzda veya tahmin edilenin dışında gelişmesinin dikkate alınmayacağı prensibine, Borçlar Kanununun 46 ıncı maddesinin ikinci fıkrasında bir istisna getirilmiştir. Kanunun ifadesi ile, eğer hükmün suduru esnasında kâfi derecede kanaat ile cismanî zararın neticelerini tayin etmek mümkün değil ise -meselâ uygulanan tedavinin işgöremezlik oranını değiştirip değiştirmeyeceği şimdiden tahmin edilememekteyse-, hükmün tefhimi tarihinden itibaren iki sene zarfında hâkimin tetkik salâhiyetini muhafaza etmeye hakkı vardır. Bu süre zarfında açılacak davada hâkim, zarar miktarını yeniden tesbit eder ve ona göre önceki hükmü düzeltir. Hâkimin saklı tutma kaydı bulunmadıkça, ek dava açma imkânı da bulunmamaktadır²³. Bu halde, beklenenin aksine tedavi neticesinde işgöremezlik oranında azalma olduğu iddiası ile sorumlu kişi zararın yeniden belirlenmesini talep edemeyeceği gibi, beklenmedik şekilde tedavi sonrası işgöremezlik oranının artması halinde de zarar gören zararın yeniden belirlenmesini talep edemez²⁴.

Şu var ki, beklenmedik şekilde ortaya çıkan ve zarar verici olayla uygun illiyet bağı içindeki ilâve zararlar için, saklı tutma kararı bulunmasa dahi, yeniden dava açılabilir²⁵. Örnek olarak zarar verici olay sebebiyle bir gözü görmez hale gelen kimsenin, bu sebeple açtığı tazminat davası sonuçlandıktan sonra, aynı olayın etkisiyle ikinci gözü de gör-

²² Oflinger/Stark, I, § 6, dn. 28; Stark, Probleme der Vereinheitlichung, 81, dn. 179; Olayların yapılan tahminler doğrultusunda gelişmemesinin iade-i muhakeme sebebi teşkil edemeyeceği hususunda bkz. Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Alttop, 654; Türk hukukunun aksine. Alman hukukunda, kesin hükümden sonra değişen şartların dikkate alınması mümkün olabilmektedir (ZPO § 323; ZPO § 767; Bkz. Üstündağ, 703; MünchKomm-Grunsky, § 249, Vorbem. 129; Lange, Schadensersatz, 46). Bizde buna ilişkin bir hüküm bulunmasına rağmen, Karşlı, Alman hukukundaki esasların Türk hukuku bakımından da geçerli olduğu görüşündedir (Karşlı, 171 vd.).

²³ Oğuzman-Öz, 559; Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Alttop, 618; Oflinger/Stark, I, § 6, N. 223, 225.

²⁴ Stauffer-Schaetzle-Schaetzle, Barwerttafeln, N. 598.

²⁵ Oğuzman-Öz, 537, 559; Oflinger/Stark, I, § 6, N. 236; 20.12.1983 tarih ve 4/17 sayılı Anayasa Mahkemesi kararının gerekçe kısmı (RG 18604);

Yargıtayın yerleşmiş uygulamasına göre, kesin hükümden sonra çıkartılan yasalar gereği Sosyal Sigortalarn yaptığı ödemelerdeki artışlar için, Kurum ikinci bir rücu davası açabilir [Yarg. İBK, 1.7.1994, 3/3 (RG 22439); Yarg. HGK, 15.3.1995, 10-800/166 (YKD 1995/9, 1351); Yarg. HGK, 30.5.1986, 10-855/607 (YKD 1987/2, 176); Yarg. 10. HD, 30.4.1985, 2528/2714 (YKD 1985/8, 1193); Yarg. 10. HD, 5.2.1974, 5286/2171 (İKİD 1975/ 3888)]. Söz konusu uygulamanın kesin hüküm müessesesi ile bağdaşmadığı hususunda bkz. Tuncay, 247; Nomer, SSK 26 Uyarınca Tekrardan Rücu, 21; Yukarıda sözü geçen 4/17 sayılı Anayasa Mahkemesi kararının gerekçe kısmı.

mez hale gelirse, bu kimse bundan doğan ek zararlarının tazminini zarar verenden talep edebilir. Şu kadar ki, eğer gelecekte bu nevi ek zararların ortaya çıkabileceği önceden davanın açılması sırasında tahmin edilebiliyorsa, zarar görenin ek zararların tazminini talep edebilmesi, açacağı ilk davada buna ilişkin talep hakkını saklı tutmuş olmasına bağlıdır²⁶.

2. Maddî Hukuk Açısından

Usul hukuku bakımından benimsenen zararın tesbitinde hüküm anının esas alınacağı prensibi, maddî hukuk bakımından belirleyici değildir²⁷. Başka bir ifade ile, son sözlü duruşma anına kadar bilinen olayların dikkate alınacak olması, zararın kapsamının da o ana göre belirleneceği anlamına gelmez²⁸. Maddî hukuk bakımından mesele ayrıca incelenmelidir.

Çeşitli örneklerle sorunu daha açık olarak ortaya koyabiliriz:

v. Tuhr/Peter'in verdiği örnek şudur²⁹: Hukuka aykırı bir fiille bir kimsenin elinden hisse senetleri alınmıştır. Hisse senetlerinin hangi andaki değeri tazmin edilmelidir? Malikin elinden alındığı günkü mü, yoksa hüküm anındaki değeri mi tazmin edilmelidir?

Alman uygulamasını sıkça meşgul eden diğer bir örnek de şudur³⁰: Motorlu bir araç kaza neticesi hasar görmüştür. Tamir masrafları sorumlu kişi tarafından karşılanmıştır. Fakat tamire rağmen aracın değerinde azalma olmuştur³¹. Aracın tamir görmüş hali ile hiç kazaya uğramasaydı içinde bulunacağı hal arasındaki değer farkı tazmin edilecektir. Söz konusu karşılaştırma hangi ana göre yapılmalıdır?

Enflasyonun etkisi bir yana bırakılacak olursa, her yeni modelin piyasaya çıkışıyla veya eskime ve kullanma dolayısıyla aracın değeri gün geçtikçe azalacak ve sonunda hurda değerini alacaktır. Aracın değeri bu şekilde devamlı olarak değiştiğinden tesbit anı önem taşımaktadır. Aracın kaza anındaki mi, hüküm anındaki mi, yoksa tamirden sonraki du-

²⁶ Bkz. Üstündağ, 159; Kuru, I, 966 vd., 1072/167; Keller/Syz, 73, 87.

²⁷ Staudinger-Werner, § 249, N. 24; v. Maydell, 321; Lange, Schadensersatz, 269; Esser/Schmidt, 173.

²⁸ BGHZ 27, 183.

²⁹ Bkz. v. Tuhr/Peter, 123 ve aşağıda dn. 34.

³⁰ Bkz. aşağıda dn. 35.

³¹ Azalma aracın değiş-dokuş değerinde olmuştur (Bkz. üçüncü bölüm, § 2, II). Başka bir ifadeyle azalan, aracın ticarî değeridir ("merkantiler Minderwert"). Bu kavram için bkz. Stark, Skriptum, N. 149.

Tamir sırasında araca yeni parça takılmış olması, her zaman aracın ticarî değerinin artması sonucunu doğurmaz. Yeni parça takılmış olsa dahi, aracın tamir görmüş olması çoğu zaman aracın ticarî değerinin azalmasına yol açar. Bizdeki sigorta uygulamasında değer takdirleri yapılırken bu husus yeterince dikkate alınmamaktadır.

rumu mu esas alınmalıdır? Bu arada araç satılmışsa, satım günü veya satış parası mı esas alınmalıdır?

Kanaatimce sorunu şu şekilde çözmek gerekir: Zarar verici olay neticesinde hak konusu varlıkta olumsuz yönde bir değişiklik meydana gelmektedir. Bu durum aynı zamanda hak sahibinin malvarlığında azalmaya yol açmaktadır. Örnek olarak antika bir vazo kırılmıştır. Vazonun kırılması ile birlikte vazonun sahibinin malvarlığı, vazonun değeri kadar azalmıştır. Fakat aynı anda vazonun değeri miktarında bir tazminat alacağı doğmuş ve malvarlığında meydana gelen eksilmenin yerini almıştır. Bu itibarla, fark teorisinden hareket edildiğinde, zararın tesbitinde esas alınacak an, tazminat alacağının doğduğu, yani hak konusu varlıkta değişikliğin meydana geldiği an olmalıdır³².

Hak konusu varlığın değerindeki azalma yanında kazanç kayıpları da söz konusu olabilir. Bu tip zararlar zarar verici olaydan, hattâ hüküm anından sonra da gerçekleşebilirler³³. Bunların miktarı, zarar verici olay gerçekleşmeseydi, muhtemelen kazancın elde edileceği an esas alınarak tesbit edilir. Aynı şekilde cismanî zararlar da zarar verici olay olmasaydı gelecekte elde edilmesi muhtemel olan gelirler, elde edilecekleri dönemler esas alınmak suretiyle tesbit edilirler. Gelir ne zaman elde edilecek idiyse, zarar da o anda meydana gelir. Onun içindir ki, gelecekte gerçekleşecek zararların önceden tazmininde iskonto problemi ile karşılaşılacaktır.

Bu çözümü, verdiğimiz örneklerle uygularsak, birinci örnekte hisse senedinin hak sahibinin elinden alındığı an malvarlığında eksilme meydana gelmiş ve tazminat alacağı hisse senedinin o andaki değeri üzerinden doğmuştur. Bunun yanında, sonradan hisse senedinin değeri artmışsa ve hisse senedi sahibi bu artış sırasında hisse senedini satacak idiyse, o takdirde meydana gelen değer artışı kazanç mahrûmiyeti olarak sorumlu kişiden talep edilebilir³⁴.

³² Bkz. üçüncü bölüm, § 2. II.

³³ Malvarlığında gelecekte azalma meydana geleceği yeterli kesinlikle tahmin edilebiliyorsa, zararın hesabında bu azalma da dikkate alınır (BGE 116 II 444; 88 II 509; Keller/Gabi-Bolliger, 73; Keller/Syz, 73; v. Tuhr/Peter, 124; Oser/Schönenberger, Art. 43, N. 19; Guhl/Merz/Koller, 68; Lange, Schadensersatz, 46; Deutsch, 441); Kişiyeye gelen zararlar bakımından bkz. BK 45, 46. Zararın miktarının da kesin olarak tahmin edilebilir olması gerekmez (BGE 86 II 45 vd.; 95 II 262). Hâkim olayların olağan akışına göre, zarar miktarını takdir eder (BK 42/II). Gerekliyorsa, cismanî zararlar bakımından, kararında zarar miktarını iki sene zarfında gözden geçirme yetkisini saklı tutabilir (BK 46/II).

³⁴ v. Tuhr/Peter, hangi anın esas alınacağı hususunda, hisse senedi elinden alınan kişinin tercihine bakılacağı görüşündedir (v. Tuhr/Peter, 123); Brehm de prensipte v. Tuhr/Peter'in görüşüne katılmakla birlikte, davalıya iki hususta isbat hakkının tanınması gerektiği görüşündedir. Davalıya, eğer senedin değeri sonradan artmışsa, hisse senedi sahibinin, senet elinden alınmamış olsaydı dahi, senedi bu artıştan önce satacak olduğunu veya senedin değeri sonradan düşmüşse, senedi düşüşten sonra

İkinci örnekte ise, karşılaştırma aracın tamir edilmiş hali ile zarar verici olay olmasaydı, aracın içinde bulunacağı hal arasındaki farka dayanmaktadır. Burada, malvarlığındaki eksilme, hasar görmüş aracın tamir edilmesi ile birlikte belirgin hale gelmektedir. Bu itibarla aracın tamir görmüş olmasından doğan değer eksikliği aracın tamir edildiği ana göre tesbit edilmelidir³⁵. Araç henüz tamir edilmemişse, hüküm anı esas alınmalıdır. Eğer arada araç tamir edilmeden satılmışsa, zarar tamir masrafı artı tamir sebebiyle doğan değer eksikliği şeklinde belirlenmez³⁶. Zira araç satılmış olduğundan, zarar görenin, aracı tamir ettirmesi söz konusu değildir. Zarar, kaza anında aracın değerinde meydana gelen eksilmeye göre belirlenir.

Federal Mahkeme ise fark teorisine sadık kalarak zararın tarifini verirken, malvarlığının *şimdiki* durumu ile zarar verici olay meydana gelmeseydi içinde bulunacak olduğu durum arasındaki farkın zararı teşkil ettiğinden bahsetmektedir³⁷. Şimdiki durum ile kastedilen, malvarlığının hüküm anındaki (daha doğrusu zararın -uygulamada bilirkişiler tarafından- tesbit edildiği andaki) durumudur³⁸. Bu ifadenin arkasında yatan düşünce şu olsa gerektir; Zarar gören, zarar verici olay hiç ger-

da muhafaza edecek olduğunu ispat hakkı tanınmalıdır (Brehm, Art. 42, N. 7). İfa imkânsızlığına ilişkin olarak İsviçre Federal Mahkemesi de aynı sonuca varmıştır (BGE 109 II 477). Federal Mahkemeye göre, zarar gören, ya ifa anının -oysa zarar edimin imkânsız hale gelmesi ile birlikte doğmuştur- ya da hisse senedinin değeri hüküm anına kadar artmışsa, hüküm anının esas alınmasını isteyebilir. Kanaatimce, burada, kazanç mahrûmiyetinin ifa anına göre belirlenebilmesi, vaktinde senetler teslim edilmiş olsaydı, alacaklının muhtemelen senetleri elinden çıkaracak olmasına bağlıdır (Bkz. Guhl/Merz/Koller, 73; Oğuzman-Öz, 528, dn. 233).

³⁵ Alman Federal Mahkemesi önce, aracın değerinin devamlı değişme göstermesi sebebiyle zarar miktarının belirlenebilir olmadığına karar vermiştir. Tamir görmüş olmasından dolayı aracın değerinde meydana gelen azalma (merkantiler Minderwert), ancak araç satılınca belirlenebilir hale gelir. Bu sebeple satımdan önce tesbit davası ile yetinilmelidir (BGHZ 27, 183 vd.). Daha sonra Federal Mahkeme görüşünü değiştirmiş, zarar görenin aracını satmayıp kullanmaya devam etmesi halinde de söz konusu tazminata hükmedilebileceğini kabul etmiştir (BGHZ 35, 396; 45, 212). Tamirden doğan değer eksikliği aracın tamirden sonra ilk trafığe sokulduğu ana göre hesap edilecektir (BGH NJW 1967, 552). Fark teorisinde, zararın, hüküm anına göre hesap edileceği kabul edildiğinden, bu içtihat ile pratik zorunluluklardan dolayı fark teorisinden ayrılmış olunmaktadır (BGH NJW 1967, 552; Lange, Schadensersatz, 269). İsviçre Federal Mahkemesi de aynı yönde karar vermiştir. BGE 64 II 138-139; Tamirden sonra davacının 20 000 km gitmiş olması zararın belirlenmesinde önem taşımaz. Keller, burada, değer eksikliğinin aracın kazadan önceki değerinin (Zeitwert) yüzde bir kaçına tekabül edeceği görüşündedir (Keller, A., II, 93).

³⁶ Bkz. üçüncü bölüm, § 5.

³⁷ BGE 116 II 444; 115 II 481; 104 II 199; 97 II 176; 87 II 291 (= Pra. 51, Nr. 29); 64 II 138; Aynı yönde, Merz, OR, 186; Oftinger/Stark, § 2, N. 9; Stark, Skriptum, N. 4; Stauffer-Schaetzle-Schaetzle, Barverttafeln, N. 536; Oğuzman-Öz, 528-529, 546, dn. 319; Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Altop, 602; Tandoğan, Mesuliyet, 265; Feyzioğlu, I, 559-560; Denktaş'te de bu ana itibar edilmelidir (Akünal, 147-148).

³⁸ Oftinger/Stark'a göre (Oftinger/Stark, § 2, N. 9, dn. 12), malvarlığının şimdiki durumu sözü ile ifade edilen, zarar verici olay sonrası tesbit edilen malvarlığı durumudur.

çekleşmeseydi hangi durumda olacak idiyse o duruma sokulmalıdır. Bu ise ancak hüküm anının esas alınmasıyla mümkündür. Ancak bu durumda, zarar verici olayın bütün olumsuz sonuçları bertaraf edilmiş olur. Oysa zarar verici olayın bütün olumsuz sonuçlarını bertaraf etmek için zararın tesbiti anı olarak hüküm anını kabul etmek zorunluluğu bulunmamaktadır. Her olumsuz sonuç, ortaya çıktığı an itibariyle zararın belirlenmesine konu olur³⁹.

Hüküm anındaki malvarlığı durumlarının esas alınacağı kabul edildiği takdirde, bunun tabii sonucu olarak zarar miktarının o ana kadar azalıp çoğalması söz konusu olacaktır⁴⁰. Eğer hüküm anında zarar halâ mevcutsa, o takdirde zararın tazminine gidilebilecektir⁴¹.

Fark teorisinin kurucusu Mommsen de hüküm anının esas alınacağı görüşündedir⁴². Şu kadar ki, eğer zarar gören kimse, zarara uğrayan şeyi satacak idiyse (bu durum özellikle yetiştirilen ürünlerde söz konusu olur), o takdirde o şeyin muhtemel satış günü ve o günkü satış fiyatı esas alınır⁴³.

Bu görüş, yani malvarlığının farazî ve gerçek durumu ile bunlar arasındaki farkın hüküm anına göre belirlenmesi görüşü kabul edildiği takdirde, çözümü güç problemler ile karşılaşılacaktır.

Üzerinde durulan örneklerden biri, devri mümkün olmayan bir tiyatro biletinin haksız fiil sonucu çalınması veya kullanılmaz hale getirilmesidir. Böyle bir olay olmasaydı dahi, temsil zamanının geçmesiyle birlikte tiyatro bileti değerini kaybedecekti. Bundan dolayı, temsil zamanından sonra zararın tesbiti söz konusu olduğu takdirde, malvarlığında eksilme yoktur mu denecektir?⁴⁴

³⁹ Zararın meydana geldiği an esas alındığı takdirde, sonraki zararların temerrütten doğan zarar olarak tazmin edilebileceği hususunda bkz. Staudinger-Werner, Art. 249, N. 17.

⁴⁰ v. Tuhr/Peter, 123; Bu durumda zarar gören için elverişli olan an esas alınmalıdır (Oftinger/Stark, I, § 6, N. 380); Tahrip olunan şeyin değeri devamlı değişme içindeyse, özellikle enflasyon sebebiyle artmaktaysa, hüküm anındaki değeri esas alınmalıdır (v. Maydell, 325; Staudinger-Werner, Art. 249, N. 26; Esser/Schmidt, 174; Aynı yönde, Keller, A., II, 91). Genel olarak zararın azalıp artabileceği hususunda bkz. Lange, Schadensersatz, 47.

⁴¹ v. Tuhr/Peter, 123, dn. 48; v. Tuhr/Peter'in verdiği örnekte hayvanın yaralanması dolayısıyla açılan dava görülürken hayvan iyileşmiştir. Tabii zarar görüşü bakımından, tazminata konu olan zarar, hak konusu varlıkta (hayvanda) meydana gelen değişiklikten ibarettir. Bu tip zararlarda olumsuz değişiklik varlığını sürdürdüğü müddetçe tazminatın söz konusu olabileceği tabiidir.

⁴² Mommsen, 218.

⁴³ Mommsen, 218-219.

⁴⁴ v. Tuhr'un ortaya koyduğu beklentinin akamete uğraması teorisine ("Frustrationstheorie") göre masraflar belli bir gayeye ulaşmak için yapılır. Bu gayeye ulaşılmasına engel olunursa, boşa giden masraflar (örnekte, tiyatro biletini satın almak için ödenen para) zarar teşkil eder -veya zarara eş tutulurlar- [v. Tuhr, I, 320,

Aracın tamir görmesi sebebiyle değerinde eksilme meydana gelmesi örneğinde de aynı problem söz konusudur. Hasar görmeseydi dahi aracın değeri zaman geçtikçe azalacak ve sonunda hurda değerini alacaktı. Buna rağmen, zarar, aracın hüküm anındaki değerine göre mi belirlenmelidir?⁴⁵

Bir diğer problem, zarar verici olaydan sonra gerçekleşen olayların farazî malvarlığının belirlenmesinde dikkate alınıp alınmayacakları hususunda ortaya çıkmaktadır. Örnek olarak bir kimse havaalanına giderken trafik kazası sonucu ölmüştür. Bu kimsenin bineceği uçak da düşmüş ve kurtulan olmamıştır. Zararın tesbit edildiği an esas alındığında, trafik kazası olmasaydı dahi bu kimsenin öleceği faraziyesinden (farazî illiyet) hareket edilecekti ve sonuçta destek yardımı alanların farazî malvarlıkları ile gerçek malvarlıkları arasında bir farkın, yani zararın bulunmadığı sonucuna varılacaktı⁴⁶. Oysa benimsediğimiz çözüme⁴⁷ göre trafik kazasının gerçekleşmesi ile birlikte malvarlığında azalma meydana gelmiş ve tazminat alacağı doğmuştur⁴⁸.

Sonuç olarak zararın hüküm anı esas alınarak tesbit edilmesi söz konusu değildir. Malvarlığında eksilme hangi anda gerçekleşmişse, za-

dn. 33a; v. Tuhr/Peter, 84, dn. 10; Aynı görüşte, Oftinger, I, 58 (Aksi yönde, Oftinger/Stark, I, § 2, N. 57); Keller/Gabi-Bolliger, 9; Merz, OR, 196; Esser/Schmidt, 183 vd.; Larenz, Nutzlos gewordene Aufwendungen, 151 vd., özellikle 161 vd. (daha sonra bu görüşünü çok sınırlamış; SchuldR I, 503); Deutsch, 446; Tandoğan, Mesuliyet, 277; Görüşün eleştirisi için bkz. aşağıda IV, B, 1, b, cc).

"Hakkın takip edilmesi" görüşünden (bkz. ikinci bölüm, dn. 3) hareket eden Neuner'e göre, haksız fiile maruz kalan şeyin (örnekte tiyatro biletinin) objektif değeri herhâlükârda tazmin edilmelidir (Neuner, 307).

Zeuner'e göre, malvarlığında yer alan şeyler aynı zamanda tüketmeye ve keyif almaya hizmet ederler. Malvarlığında meydana gelen eksilme, bu gayeye ulaşamadandan, zarar veren lehine kapanmış sayılmamalıdır (Zeuner, 389).

Ticarileştirme teorisine göre de ("Kommerzialisierungstheorie") (bkz. aşağıda IV, B, 1, b, aa), bileti kullanma imkânının kaybı, zarar teşkil eder (Bkz. MünchKomm-Grünsky, § 249, Vorbem. 17).

Ayrıca bkz. aşağıda dn. 81. Şunu da ilave etmek gerekir ki, eğer biletin sahibi tiyatroya gitmek niyetinde değildiyse veya tiyatroya gitmesi imkân dahilinde değildiyse, o takdirde bilet sahibi uğramış olduğu zararın tazminini isteyememelidir. Zira bu zararın tazmini, tazminat yükümlülüğünü koyan normun koruma amacına ters düşer.

⁴⁵ Bkz. yukarıda dn. 35.

⁴⁶ Bkz. Larenz, SchuldR I, 524; Lange, Schadensersatz, 179; Esser/Schmidt, 229.

⁴⁷ Bkz. yukarıda dn. 32.

⁴⁸ Farazî sebebin varlığının sorumluluğu kaldırmayacağı hususunda bkz. v. Tuhr/Peter, 92; Brehm, Art. 41, N. 149; v. Büren, 72 vd.; Becker, Art. 41, N. 14; Oser/Schönenberger, Art. 41, N. 90; Zararın doğduğu anda kendini belli etmemiş farazî sebebin zararın belirlenmesinde etkisi yoktur (Weber, S., 77); Aynı yönde, Oftinger/Stark, I, § 6, N. 12b; Alman hukukunda da sonradan ortaya çıkan farazî sebebin sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı görüşü hâkimdir (Bkz. v. Caemmerer, 21; Lange, Schadensersatz, 192; Staudinger-Medicus, § 249, N. 100; MünchKomm-Grünsky, § 249, Vorbem. 84; Esser/Schmidt, 230); Sonraki farazî sebebin dikkate alınması gerektiği yönünde, Kramer, Kausalität, 303 vd. Eğer farazî sebep dolayısıyla zarar meydana gelmiş olsaydı, doğan zarardan kimseyi sorumlu tutmak mümkün olmayacaktı idiyse, o takdirde farazî sebebin dikkate alınması gerektiği hususunda bkz. Nomer, Farazî illiyet, 417 vd.

rar da o an itibariyle tesbit edilir, o andaki farazi ve gerçek malvarlığı durumları karşılaştırılır⁴⁹.

III. Tabii Zarar Görüşü ile Menfaat Teorisinin Değerlendirilmesi

Aslında tabii zarar görüşü ile menfaat veya fark teorisi, zararı değişik açılardan ele almış, fakat zararın diğer açıdan da ele alınacağı vakıasını reddetmemişlerdir. Nitekim Fischer, tabii zarar görüşünün aynen tazmin için geçerli olduğunu, nakden tazmin için menfaat teorisine başvurulacağını kabul etmiştir⁵⁰. Diğer taraftan Mommsen eserinde, zarar verici olay neticesinde malvarlığından eksilen şeyin aynen tazmin edilmesi halinde, değer belirlemeye gerek olmadığını belirtmiştir⁵¹.

Dolayısıyla zararın iki görünüş şeklinin olduğunu söylemek mümkündür⁵². Birincisi hak konusu varlığın kendisinde meydana gelen değişikliktir. Bu değişiklik aynı zamanda malvarlığının değer itibariyle azalmasına da yol açar. Bu da zararın diğer bir veçhesidir. Birincisi aynen tazmine, ikincisi nakden tazmine konu olur. Hâkim hangi tazmin suretinin somut olayın durumuna uygun düştüğünü takdir eder (BK 43/I, MK 4) ve kararını o yönde verir.

Aynen tazmine karar verilse dahi, diğer açıdan da değerlendirme yapılır. Zira aynen tazmin, her zaman malvarlığının değerinde meydana gelen azalmayı kapamaya yetmez. Örnek olarak hasara uğrayan motorlu aracın tamir suretiyle aynen tazmininde, aracın tamire rağmen değerinde meydana gelen azalma, nakden tazmine konu olur. Bunun gibi, kazanç kayıpları ve artan ihtiyaçlar da, ancak malvarlığının değer itibariyle incelenmesi sonucu zarar kalemi olarak ortaya çıkarlar⁵³.

Zararın ancak bu şekilde izahı, nakden tazmin ve aynen tazmin ayırımına⁵⁴ bir anlam kazandıracaktır.

IV. Normatif Zarar Görüşü

A. Genel Olarak

Normatif zarar kavramının ortaya çıkışında Alman uygulamasının önemli rolü olmuştur. Prensipde fark teorisine sadık kalan Alman uygulaması, fark teorisine göre malvarlığında bir eksilme bulunmamasına rağmen, belirli tip olaylarda, zararın mevcudiyetini kabul etmiştir.

49 Yargıtayın müstakar içtihadı bu yöndedir (bkz. üçüncü bölüm, dn. 16).

50 Fischer, 26.

51 Mommsen, 13.

52 Bkz. Zeuner, 382 vd.

53 Zararın denkleştirilmesi kurumunun da ancak fark teorisi ile izah edilebileceği hususunda bkz. Akünal, 52 vd.

54 Bkz. üçüncü bölüm, § 1.

Bu içtihadın temel dayanağı şu düşüncede yatmaktadır: Zarar kavramının muhtevasının belirlenmesi, hukukî bir değerlendirme ile olur. İktisadi bakımdan malvarlığında bir azalma söz konusu olmasa dahi, hukukî değerlendirme ile tazminata konu olabilecek bir zararın bulunduğu sonucuna varılabilir. İşte bu anlamda zarar, normatif zarardır⁵⁵. Bu yolla, şimdiye kadar malvarlığı unsuru kabul edilmeyen şeyler de iktisadi hayattaki gelişmeler dikkate alınarak malvarlığı unsuru olarak kabul edilebilirler⁵⁶.

Alman hukukunda kural olarak manevî zararların tazmininin mümkün olmaması (BGB § 253), zarar kavramının bu şekilde genişletilmesinde etkili olmuştur⁵⁷. Zarar kavramı genişletilmek suretiyle, manevî zarar olarak tazmin edilemeyen belirli kalemler maddî tazminatın kapsamı içine dahil edilmek istenmiştir.

Bu konu Alman doktrininde geniş şekilde işlenmiş ve uygulamanın getirdiği çözümlerin belirli bir hukukî temele oturtulmasına çalışılmıştır. Sadece bir Alman Federal Mahkeme kararında⁵⁸, bu konuda görüş beyan eden 30'dan fazla yazara atıf yapılmıştır. Bu bölümde, yalnızca Alman uygulamasının fark teorisinden ayrıldığı belirli tip olaylara kısaca değinilip, Türk hukuku bakımından böyle bir yola gitmenin gerekli olup olmadığı hususu üzerinde durulacaktır.

B. Alman Uygulamasında Normatif Zarar

1. Kullanma İmkânının Kaybı Dolayısıyla Uğranılan Yararlanma Zararları

a) Genel Olarak

Bu tip zararlar özellikle taşıt araçlarının hasara uğraması halinde söz konusu olmaktadır⁵⁹. Bir kimsenin kendisine ait ve günlük hayatta

55 Bkz. Mertens, 50 vd.; Larenz, SchuldR I, 426 vd.; Fark teorisinin belirli tip olaylar bakımından yetersiz kaldığı yolunda bkz. Serozan, Tendenzen, 450; Schaer, N. 234 vd.; Normatif zarar kavramını ilk ortaya atan Neuner'dir (Neuner, 277).

56 Gauch/Schleup, N. 2640.

57 Burcuoğlu, Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Altıp'da, 548, dn. 3.

58 BGHZ 98, 212.

59 Taşıt araçları dışındaki şeylerin kullanılma imkânının kaybında Federal Mahkeme tazminata hükmetmekte çekingen davranmaktadır. Malvarlığı zararının kabul edilmediği kararlara örnek olarak bkz. BGHZ 63, 393 (kürk paltı); 76, 179 (yüzme havuzu); 86, 128 (ev gibi döşenmiş römork); 89, 60 (motorbot); BGH NJW 1993, 1793 (garaj); Hukuk Genel Kurulu (Großer Senat für Zivilsachen) şöyle bir prensip kararına varmıştır; Ancak bir kimsenin kendi ekonomik hayatını idame ettirmesine mahsus olup bu gayeye tahsis edilen ve o kimsenin devamlı tasarrufu altında bulunan şeyler - meselâ maliki tarafından kullanılan ev- hakkında yararlanma zararı söz konusu olabilir (BGHZ 98, 222); Hukuk Genel Kurulunun bu kararından sonraki durum için bkz. MünchKomm-Grünsky, § 249, Vorbem. 18c.

da kendisinin kullandığı aracı hasara uğrarsa ve tamir süresince bu kimse başka bir araç kiralar veya toplu ulaşım araçlarından faydalanırsa, bunlar için yapmış olduğu masraflar zarar teşkil eder. Bu hususta tereddüt yoktur⁶⁰. Zira bu masrafların tutarı kadar malvarlığında azalma meydana gelmiştir. Normatif zarar kavramına gitmeye gerek yoktur.

Buna mukabil, araç sahibi, aracını kullanma imkânını kaybetmesine rağmen, bunun telâfisi için herhangi bir masraf yapmazsa, meselâ işine yürüyerek giderse, fark faraziyesine göre zarardan bahsedilemesi gerekir. Zira masraf yapılmadıkça malvarlığında eksilme meydana gelmemiş olacaktır. Hukukî yolların netice verip vermeyeceğinden şüphe duyup veya başka bir sebeple ikame araç kiralamayan kimsenin tazminat talebinde bulunamamasını adaletsiz bulan Alman Federal Mahkemesi, böyle bir masraf yapılmış olmasa dahi, bir zararın varlığını kabul etmiştir⁶¹. Şu şartla ki, kullanma imkânının kaybının aracın maliki bakımından "hissedilebilir" olması gerekir⁶². Araç maliki zaten aracını kullanmayacak idiyse veya kullanamayacak durumda ise -meselâ seyahate çıkacaktır veya ehliyetini kaybetmiştir veya hastadır- hissedilebilir bir kayıptan söz edilemez. Araç malikinin başka bir aracı kullanma imkânı mevcutsa, gene zararın hissedilebilir olduğundan bahsedilemez⁶³. Federal Mahkeme uzun süreden beri aynı yönde karar vermektedir, öyle ki istikrâr kazanan kararların bir örf ve âdet hukuku yarattığından dahi bahsedilebilmektedir⁶⁴.

b) Konuya İlişkin Olarak İleri Sürülen Teoriler

aa- Ticarileştirme Teorisi

Alman Federal Mahkemesinin kararlarında, ticarileştirme teorisi diye Türkçeye çevirebileceğimiz görüş ("Kommerzialisierungstheorie") etkili olmuştur⁶⁵. Buna göre, bir şeyin malvarlığını teşkil eden unsurlardan

⁶⁰ Oğuzman-Öz. 548; Tandoğan, Mesuliyet, 282; Eren, II, 320, dn. 67; Yarg. 4. HD. 20.9.1977. 7970/8528 (YKD 1978/11, 1806); Yarg. 4. HD. 25.9.1986. 5934/6538 (Karahasan, II, 725); Larenz, SchuldR I, 496; Oftinger/Stark, I, § 6, N. 372-373; Merz, OR, 196; Keller, A., II, 94; Merz, Probleme des Haftpflichtrechts nach SVG, 112 vd.; St. Gallen Kanton Mahkemesi kararı, SJZ 64 (1968), Nr. 119, 205;

Cenevre İstinaf Mahkemesi kararı, Sem. Jud. 97 (1975), 81; Aracın tamire değmeyecek şekilde hasara uğraması halinde, yeni bir araç almak için, normalde, bu durumun anlaşılmasından itibaren 10-15 günlük bir süreye ihtiyaç vardır. Kaza anından bu sürenin sonuna kadar geçecek zaman süreci içinde kiralanmış araç için yapılan masraf tazmin edilmelidir.

⁶¹ BGHZ 40, 346; 45, 213.

⁶² BGHZ 40, 353; 45 II 219; 56 II 216; BGH NJW 1968, 1778; Ayrıca bkz. Palandt-Heinrichs, § 249, Vorbem. 3, a, cc.

⁶³ BGH NJW 1976, 286.

⁶⁴ Palandt-Heinrichs, § 249, Vorbem. 3, b, aa.

⁶⁵ Bkz. yukarıda dn. 61, 62 ve 63'deki kararlar.

olup olmadığının tesbitinde, o şeyin para ile satın alınıp alınmayacağına bakılır. Eğer o şey para ile satın alınabiliyorsa malvarlığına dahildir ve onun ihlâli malvarlığında zarara (maddî zarara) yol açar. Bir aracın kullanılma imkânını da para ile elde etmek mümkün olduğuna göre soyut olarak bu imkânın kaybı malvarlığında bir eksilmeye yol açar. Bu zararın miktarının tesbitinde ise, araç kiralamaya mahsus pazarda, zarara uğrayan araca benzer bir aracı kiralamak için ödenmesi gereken meblâğdan hareket edilir⁶⁶.

Bu görüş doktrinde eleştirilmiştir⁶⁷. Bir şeyin malvarlığında yer alabilmesi için, onun para karşılığı elde edilebilir olması yeterli değildir, ayrıca onun kişilik alanına dahil olmaması gerekir⁶⁸. Eğer para ile elde etme kriteri yeterli görülürse, maddî zarar ve manevî zarar ayırımı ortadan kalkar, zira bu anlamda her şeyi para karşılığı elde etmek mümkündür⁶⁹.

Federal Mahkeme de verdiği prensip kararında, para karşılığı elde edilebilen her şeyin ihlâlinin malvarlığı zararına yol açmayacağı sonucuna varmıştır⁷⁰. Ancak normatif ve iktisadî bakımdan yapılacak değerlendirme haklı kılıyorsa, fark teorisinin düzeltilmesi yoluna gidilir.

Doktrinde, Alman uygulamasına dayanak olmak üzere iki görüşten daha yararlanılmaktadır: İhtiyaç teorisi ve beklentinin akamete uğraması teorisi.

bb- İhtiyaç Teorisi

İhtiyaç teorisine ("Bedarfstheorie") göre⁷¹, zarardan bahsedebilmek için malvarlığında azalmanın gerçekleşmiş olmasına gerek yoktur. Masraf yapmak ihtiyacının doğması yeterlidir. Nitekim, eski hale getirmek için gerekli masrafın -meselâ tamir masrafı- ödenmesine hükmedildiği

⁶⁶ Eş değerdeki aracın kira ücretinden, işletme geliri ve genel giderler payı çıkarılmakta, ayrıca kalandan aracın kullanılmamasından dolayı araç sahibinin yaptığı tasarruf indirilmektedir (Larenz, SchuldR I, 495). Sonuçta geriye kira parasının ortalama % 30'u kalmaktadır (Kötz, Deliktsrecht, N. 498; Ayrıca bkz. MünchKomm-Grünsky, § 249'a ek).

⁶⁷ Şeyin kendi değerinin yanında, kullanılabilir olmasından doğan ikinci bir değeri yoktur (Larenz, SchuldR I, 500; Tolk, 95; Löwe, Schadenersatz bei Nutzungsentgang, 309); Kommerzialisierungstheorie ile bağlantı içinde bulunan, "zarar görenin tasarruf etmesi, zarar verene yarar sağlamamalıdır" düşüncesi tazminat hukukuna yabancıdır (Staudinger-Medicus, § 253, N. 20); Bu teori hukuka güveni sarsar (Tolk, 120); Federal Mahkemenin bu teoriye bağlı kalarak çeşitli olaylarda verdiği sonuçlar tatmin edici değildir (Knobbe-Keuk, 403); Ayrıca bkz. aşağıda c.

⁶⁸ Lange, Schadenersatz, 51 vd.; Larenz, SchuldR I, 486.

⁶⁹ Lange, Schadenersatz, 252-253; Aksi yönde, MünchKomm-Grünsky, § 249, Vorbem. 12b.

⁷⁰ BGHZ 98, 212, 222; Bkz. yukarıda dn. 59.

⁷¹ Zeuner, 395 vd.

takdirde, zarar görenin bu parayı tamir için kullanması gerekmemektedir. Aynı şekilde cismanî zararlarda sürekli masraf yapmak ihtiyacının ortaya çıkması halinde, ilerisi için gerekli olan masraflar tazmin konusu olmaktadır, fakat tazminat olarak ödenen paranın sonradan bu masraflar için kullanılıp kullanılmadığına bakılmamaktadır. Önemli olan masraf yapmak ihtiyacının doğmuş olmasıdır. Bundan dolayı, meselâ parasızlık sebebiyle ilaç alamamış kimse için, vaktiyle kullanılması gereken ilacın parasına hükmedilmelidir⁷². Bu görüşü, motorlu araçların hasara uğraması haline uygularsak, tamir süresince benzer bir aracı kiralama ihtiyacının doğmuş olması, zararın varlığı için yeterli sayılacaktır.

Bu görüş isabetli değildir⁷³. Şöyle ki, tabii zarar görüşüne göre, hak konusu varlıkta meydana gelen olumsuz yöndeki değişikliğin kendisi zarardır ve bunun telâfisi değişikliğin giderilmesi için gereken masrafın zarar görene ödenmesi ile olur. Başka bir ifade ile, eski hale getirme ihtiyacı, zararın bir sonucudur, yoksa zararın kendisi değil⁷⁴. Diğer taraftan, eğer hak konusu varlığın ihlâlîne rağmen masraf yapmak ihtiyacı sonradan ortadan kalkmışsa veya zarara uğrayan şeyi eski haline getirmek imkânsızsa veya zarar görenin böyle bir niyeti yoksa, tazminat (aynen tazmin) da söz konusu olmaz⁷⁵. Netice itibarıyla, hak konusu varlıktaki değişikliğin yanında, bu değişiklik sebebiyle zarar görenin malvarlığının da olumsuz yönde etkilenmiş veya etkilenecek olması gerekir⁷⁶. Yoksa sadece ihtiyacın bir kere doğmuş olması, tazminat yükümlülüğünün doğumu veya devamı için yeterli değildir. Hükmedilen tazminatın, sonradan gerekli masrafın yapılması için kullanılıp kullanılmadığına bakılıp bakılmayacağı ise ayrı bir konudur⁷⁷.

⁷² Alman Federal Mahkemesinin bu yönde kararları mevcuttur; RGZ 148, 70; 151, 300; BGH NJW 1958, 627; İhtiyaçların karşılanamamasından (tedavinin uygulanamamasından) doğan zararlar, temerrüdün sonuçlarıdır. Bunlar da ayrıca tazmin edilirler (RGZ 151, 303-304). Doğru olanı, sadece tedavinin gereği gibi yürütülmemesinden doğan zararların telâfi edilmesi gerektiğidir (bkz. üçüncü bölüm, dn. 100); Bir başka kararında, Federal Mahkeme, ihtiyacın mevcudiyetine rağmen çağrılmayan yangın söndürme botuna ilişkin muhtemel masrafın, tazminat konusu yapılamayacağı sonucuna varmıştır (VersR 1970, 121).

⁷³ Honsell, 58, 67; Bu teori, zarar görenin zenginleşmesine yol açar (Staudinger-Medicus, § 249, N. 131).

⁷⁴ Bu anlamda, Mertens, 163-164; Zarara uğrayan şeyin eski haline getirilmesi için gerekli masrafın sorumlu kişi tarafından zarar görene nakden ödenmesini düzenleyen BGB § 249/c. 2 hükmünün gayesi, eski hale getirmeyi kolaylaştırmak, eski hale getirmenin bizzat zarar gören tarafından yapılmasını sağlamaktan ibarettir, buradan masraf yapmak ihtiyacının doğmasının zarar teşkil edeceği anlamı çıkarılamaz (Lange, Schadensersatz, 282; Keuk, 221-222); Ayrıca bkz. üçüncü bölüm, § 4.

⁷⁵ Örnek olarak, hasara uğrayan aracın tamir edilmeden atılması veya üçüncü bir kişiye temlik halinde tazminat aynen tazmin esasına göre belirlenemez (bkz. üçüncü bölüm, § 5. II); Zeuner'in imkânsızlık halinde eski hale getirmek için gerekli masrafa hükmedilemeyeceği hususunu gözden kaçırdığı hususunda bkz. Keuk, 219 vd.

⁷⁶ Schaer, N. 239; Keller/Gabi-Bolliger, 9.

⁷⁷ Bkz. üçüncü bölüm, § 4.

cc- Beklentinin Akamete Uğraması Teorisi

Beklentinin akamete uğraması (sonuç vermemesi) teorisine göre ("Frustrationstheorie"), giderler belli bir gaye ile yapılır. Bu gayeye ulaşılmasına engel olunması halinde, boşa giden giderler zarar teşkil eder veya zarara eş tutulurlar⁷⁸. Bu görüş aracın kullanılma imkânının kaybı haline de uygulanmaktadır. Aracın kullanılır halde bulunması gayesiyle bir takım giderler yapılmaktadır. Aracı kullanma imkânının kaybı halinde, araçtan yararlanmak gayesiyle yapılan bu giderlerin (vergi, sigorta ücreti, garaj kirası) boşa gitmesi zarar teşkil eder⁷⁹.

Bu görüş, çeşitli açılardan eleştirilmiştir. Bir kere, belirtilen bu giderler, zarar gören kişinin iradesi ile yapılmışlardır ve bu hususta zarar verici olayın bir etkisi olmamıştır. Başka bir ifade ile, zarar verici olayla masrafın yapılması arasında illiyet bağı bulunmamaktadır⁸⁰.

İhlâl uğrayan, hak konusu şey veya doğrudan doğruya hakkın kendisidir⁸¹. Bu itibarla zarar, o şeyin veya hakkın objektif değerine göre belirlenmelidir, yoksa yapılan masrafa göre değil⁸². Tiyatro bileti örneğinde, tiyatro biletinin karşılıksız olarak iktisap edilmesi halinde de, biletin objektif değerine göre tazminat talebinde bulunulabilmelidir⁸³.

⁷⁸ Bu görüşü benimseyenler için bkz yukarıda dn. 44.

⁷⁹ Oftinger, I, 257 (Aksi yönde, Oftinger/Stark, I, § 6, N. 376); Larenz, Nutzlos gewordene Aufwendungen, 162; Farklı gerekçeyle, Larenz, SchuldR I, 501; Löwe, Schadensersatz bei Nutzungsentgang, 307 vd. ve Gebrauchsmöglichkeit einer Sache, 701 vd.; Esser/Schmidt, 190; Mertens, 159, dn. 59; Bu yolla kullanma kaybının en az değeri tesbit edilir (Daha sonra bu görüşten hareket etmiyor, Soergel-Mertens, § 249, N. 97 vd.);

Lange bu görüşten hareket etmemekle birlikte, tamir süresinde yapılması gereken masrafların tazmin edilmesi gerektiği görüşündedir. Zira bu masraflar, aracın tamirinden sonra da kullanılabilmesi için yapılması zorunlu masraflardır (Schadensersatz, 285);

Hukuk politikası olarak boşa giden masrafların zarar kavramı içine sokulmaması gerektiği görüşünde, Gauch-Schleup, N. 2672; Aynı yönde, Merz, Probleme des Haftpflichtrechts nach SVG, 114; Sem. Jud. 97 (1975), 81; Kararda alt mahkeme, tamir süresinde ödenen park ve garaj ücretinin tazminata konu olamayacağına karar vermiştir. Konu, ilgili Kantonun üst mahkemesi önüne gelmemiştir; Alman Federal Mahkemesi de bu teoriyi prensip olarak reddetmiştir (BGHZ 65, 174);

Seyahatin beklenenden kötü geçmesi halinde de bu görüşten yararlanılmaktadır (bkz. aşağıda dn. 137).

⁸⁰ Stark, FS Keller, 315; Bu anlamda, Brehm, Art. 41, N. 83.

⁸¹ Bkz. MünchKomm-Grunsky, § 249, Vorbem. 12d; Tiyatro bileti örneğinde (bkz. yukarıda dn. 44) ihlâl edilen hak, bilette mündemiç olan alacak hakkı değil, bilet üzerindeki mutlak hak olmak gerekir. Zira, BK 41/II hükmü bir tarafa bırakılacak olursa, sırf alacak haklarının ihlâli, tazminata yol açmaz (Aksi yönde, Burcuoğlu, 173; Ayrıca aşağıda dn. 136'nın son paragrafı).

⁸² Stark, FS Keller, 315.

⁸³ MünchKomm-Grunsky, § 249, Vorbem. 17; Lange, Schadensersatz, 52; Mertens, 154, dn. 42; Larenz'e göre karşılıksız iktisap halinde zarar, bileti bağışlayanda doğar, zira onun yaptığı masraf boşa gitmiştir. Buna rağmen, bağışlanan, bağışlayanın zararını sorumlu kişiden talep edebilmelidir (Larenz, Nutzlos gewordene Aufwendungen, 168).

Diğer yandan, sırf zarar görenin iradesine dayanan giderleri, sorumlu kişiye yüklemek adaletsiz sonuçlar doğurabilir. Bir pop konseri için çok uzun bir yolu taksi ile kat' eden kimse, konser mahalline geldiği sırada kazaya uğrayıp, konseri kaçırdığı takdirde, sırf kendi kaprisi sebebiyle yaptığı taksi masrafını bu görüşe göre kazaya yol açan üçüncü kişiden isteyebilecektir⁸⁴.

Ayrıca bu görüş, sözleşmenin geçerli olduğuna güvenilerek yapılan giderlerin menfi zararın kapsamına dahil olmasından esinlenilerek ortaya atılmıştır⁸⁵. Haksız fiilden doğan zararlarda, taraflar arasında bir güven ilişkisi mevcut değildir⁸⁶. Dolayısıyla, menfi zarara kıyasen bir sonuca varmak isabetli değildir⁸⁷. Masrafa rağmen, bundan umulan gayeye ulaşılamamasının ancak manevî bakımdan bir etkisi olabilir⁸⁸.

c) Değerlendirme

Bizim hukukumuz bakımından konuyu genel olarak ele aldığımızda, Alman hukukunda ileri sürülen görüşlerin temelde bizim pozitif hukukumuzla bağdaşmadığı görülecektir. Borçlar Kanunumuzun zarar olarak kabul ettiği şey, malvarlığında meydana gelen eksilmelerdir ve ancak bu tip zararlar maddî tazminatın konusunu teşkil ederler (örnek olarak bkz. BK 45, 46). Zarara uğrayan şeyin veya hakkın maddî değeri yanında bir de kullanma değeri bulunmamaktadır. Dolayısıyla aracın kullanılmaz hale gelmesi veya belli bir süre kullanılmaması halinde, kullanma imkânından mahrûm kalınmasından dolayı tazminata hükmedilmesi, zarar görenin zenginleşmesine yol açar⁸⁹.

Maddî zararların tazmini yanında, hukuka aykırı eylem veya olay neticesi sıkıntı, acı veya üzüntü çeken kimse, bundan dolayı şartları gerçekleştiği takdirde manevî tazminat talebinde bulunabilir. Alman hukukunda, önemli istisnaları bulunmasına rağmen, kural olarak manevî

zararların tazmin edilmesi kabul edilmemişken (BGB § 253), Türk hukukunda kural, manevî zararların tazmini yönündedir (BK 49). Bu itibarla akla, aracın kullanılmaması sebebiyle mahrûm kalınan zevk ve rahatlık için manevî tazminata hükmedilip hükmedilemeyeceği sorusu akla gelecektir. Hemen belirtelim ki, aracın kullanılmamasından dolayı zevkten mahrûm kalınması veya sıkıntıya düşülmesi tek başına manevî tazminat talebi için yeterli değildir. Zira manevî tazminat talep etmek hakkı, esas itibarıyla kişilik hakkına yönelik tecavüzler için tanınmıştır (BK 49)⁹⁰. Diğer taraftan, kısa süreli ve fazla rahatsızlık verici olmayan durumlarda, içine düşülen sıkıntının, manevî zarar derecesine ulaştığından da söz edilemez⁹¹. Manevî tazminat için gerekli şartların gerçekleşmemesine rağmen, sırf aracı kullanma imkânının kaybından dolayı maddî tazminata hükmedilmesi ise maddî zarar - manevî zarar ayırımı ile bağdaşmaz⁹².

Normatif zarar kavramı, olması gereken hukuk (de lege ferenda) bakımından değerlendirilmelidir. Malvarlığında eksilmelerin meydana gelmemesine ve manevî tazminat için aranan şartların da gerçekleşmemesine rağmen, genel olarak bir şeyin kullanılmaması ayrı bir zarar kalemi olarak kabul edilip, tazminata konu olmalı mıdır?⁹³

Burada öncelikle belirtilmesi gereken husus şudur; Günlük hayatta karşılaştığımız her olumsuz durum için tazminat davası açmak imkânımız bulunmamaktadır. Hattâ bir takım teoriler yoluyla tazminata konu olan zararlara belirli sınırlamalar getirilmeye çalışılmaktadır⁹⁴. Hâkim hâl ve durumu değerlendirip, tazminat yükümlülüğünde indirime gidebilmektedir (BK 43, 44). Başka bir ifadeyle, karşılaşılan her olumsuz durumun tazminata konu olması mecburiyeti bulunmamaktadır. Toplum hayatı içinde yaşayan insanlar, karşılaştıkları olumsuzlukların bir kısmına da kendileri katlanmak durumundadırlar⁹⁵.

Kullanma imkânının kaybının zarar olarak kabul edilmesinin teme-

⁸⁴ Lange, Schadensersatz, 257; Staudinger-Medicus, § 249, N. 128; Veya zarar gören, hastanede yattığı sürece oturamadığı evin kirasını ve diğer bütün yan giderleri bu görüşe göre sorumlu kişiden talep edebilecektir (Palandt-Heinrichs, § 249, Vorbem. 3, d, bb; Aynı yönde, Honsell, 65); Bu görüşü savunan yazarlar da, belirli sınırlamalar getirme gereği duymuşlardır (Bkz. Lange, Schadensersatz, 255).

⁸⁵ v. Tuhr, I, 320, dn. 33a.

⁸⁶ Lange, Schadensersatz, 254; Guhl/Merz/Koller, 63; Bkz. Serozan, Tendenzen, 473.

⁸⁷ Güven ilişkisinden doğan menfi zararda, zarar görenin menfaati, sözleşme ilişkisine girmeden önceki duruma gelmek yönündedir. Bu sebeple boşa giden giderler menfi zararın kapsamında görülmüştür. Burada ise zarar görenin menfaati giderler ile amaçlanan gayenin gerçekleşmesi yönündedir (Keuk, 248-249; Tolc, 110; Aynı yönde, Honsell, 66).

⁸⁸ Bu anlamda, Brehm, Art. 41, N. 83.

⁸⁹ Normatif zarar görüşünün prensip itibarıyla zenginleşme yasağına aykırı düştüğü hakkında, Serozan, 476 (Bununla birlikte Serozan, normatif zarar gibi yeni eğilimlerden yanadır, bkz. aşağıda dn. 103); Zarar görenin, aracını kullanamaması sebebiyle uğrayacağı kazanç kaybı ile başka bir araç için yapacağı masrafların zarar teşkil edeceğinde ise tereddüt yoktur.

⁹⁰ Bu anlamda, Oftinger, I, 58; Ayrıca bkz. Hatemi, Sorumluluk Hukuku, § 10, n. 19 vd.; Yarg. 4. HD, 20.12.1993, 3625/14984 (YKD 1994/6, 895); Yarg. 4. HD, 12.10.1987, 8444/7377 (Uygur, 482); Yarg. 4. HD, 15.9.1983, 6358/7408 (YKD 1984/10, 1491); Gauch-Schleup, N. 2663; Zürich İstinaf Mahkemesi kararı, SJJZ 36 (1939/40), 32; Belirli hallerde manevî tazminat istenebilmesinin hukuk güvenliğinin gereği olduğu hususunda, BGE 87 II 290 = Pra. 51, Nr. 29.

⁹¹ Bu anlamda, Keller, A., II, 95; Merz, OR, 196.

⁹² Stark, Skriptum, N. 41e; Oftinger/Stark, I, § 2, dn. 76; Merz, Probleme des Haftpflichtrechts nach SVG, 113.

⁹³ Bu haller tazminata konu olacak iseler, o takdirde özellikle zarar miktarının hesaplanmasında karşılaşılabilecek zorlukları aşmak bakımından, manevî zararın kapsamının genişletilmesi yolu tercih edilmelidir (Bkz. Hohloch, 424; Örnek olarak bkz. BGB § 651f/II; Aksi yönde, Gauch-Schleup, N. 2663).

⁹⁴ Bkz. yukarıda dn. 6.

⁹⁵ Stark, FS Keller, 320; Stark, ZSR 105/II, 587-589; Bu anlamda, Oftinger/Stark, I, § 2, N. 59; Honsell, 65.

linde, özellikle motorlu araçları kullanma imkânının iktisadî hayatta ekonomik bir değere sahip olmasından hareket edilmektedir. Neyin iktisadî hayatta ekonomik bir değere sahip olduğu neyin sahip olmadığı önceden kolayca tahmin edilebilecek bir husus değildir. Diğer taraftan iktisadî hayatta ekonomik bir değere sahip olan her şeyin kaybı da zarara yol açmamaktadır. Örnek olarak zaman ve işgücü de iktisadî hayatta ekonomik değere sahip olan şeylerdir⁹⁶. Eğer bir şeyi kullanma imkânının kaybı zarar olarak kabul edilecekse, soyut olarak bir kimsenin zamanının boşa geçmesi veya bir kimsenin çalışma imkânından mahrûm kalmasının da zarar kavramının kapsamına sokulması gerekecektir. Oysa yapılan "hukukî değerlendirme" sonucu, ne zaman kaybı⁹⁷ ne de işgücü kaybı⁹⁸ zarar kavramının kapsamında görülmüştür. İşgücünün kaybı değil, işgücü kaybı dolayısıyla malvarlığında meydana gelen eksilme zarar teşkil etmektedir (BK 46/II). Normatif zarar çerçevesinde neyin zarar kavramı içine girip neyin girmeyeceğinin önceden yeterli kesinlikle bilinmemesi ve iktisadî bakış açısından malvarlığı unsuru olarak kabul edilecek şeylere ne miktarda değer biçileceğinin önceden kestirilememesi, hukuka güveni sarsacaktır⁹⁹.

Diğer taraftan, bir şeyi veya hakkı kullanma imkânının kaybının zarar teşkil etmesi, haksız fiil sonucu o şeyin zarar görmüş veya hakkın ihlâl edilmiş olmasına bağlı tutulmaktadır. Yoksa bir kimsenin özgürlüğünün elinden alınması sonucu, o kimsenin o şeyi veya hakkı kullanma imkânından mahrûm kalması zarar teşkil etmemektedir¹⁰⁰. Oysa, kullanma imkânının iktisadî hayatta değer taşıdığından hareket edildiğinde, kullanma imkânının her türlü kaybında tazmini gerekli bir zararın doğduğu kabul edilmek gerekirdi¹⁰¹. Bu sefer de, meselâ bir süre hastanede yatmak zorunda kalan zarar gören, bu süre zarfından kullanmak imkânından mahrûm kaldığı bütün şeyler için tazminat talebinde bulunabilecekti¹⁰².

Sonuç olarak, bir şeyi veya hakkı kullanma imkânından mahrûm kalmak tek başına tazminata konu olabilecek bir zarar kalemi teşkil et-

96 Gauch-Schleup, N. 2661, 2662.

97 Bkz. aşağıda dn. 132.

98 Mahkeme içtihadının ve doktrindeki çoğu yazarın görüşünün bu yönde olduğu hususunda bkz. Lange, Schadenersatz, 382; MünchKomm-Grunsky, § 249, Vorbem. 23, dn. 74; Aksi yönde MünchKomm-Grunsky, § 249, Vorbem. 24.

99 TolK. 120; Normatif zararın kabulünün keyfilige yol açacağı görüşünde. Öz, 292, dn. 102.

100 Larenz, SchuldR I, 502; Staudinger-Medicus, § 253, N. 30; BGHZ 55, 148-149; 63, 203; Aksi yönde, Grunsky, 83 vd.; Bu yazara göre, boş zamanı geçirmek için yapılan giderlerin haksız fiil sonucu boşa gitmesi -meselâ zarar gören bu süre zarfında hastanede yatmak zorunda kalmıştır- maddî zarar teşkil eder.

101 Gauch-Schleup, N. 2658; Larenz, Nutzlos gewordene Aufwendungen, 157.

102 Keller, A., II, 25.

memelidir. Nitekim İsviçre hukukunda da normatif zarar kavramı karşısında çoğunlukla olumsuz yönde görüş belirtilmektedir¹⁰³.

2. İşgöremezlik Halinde, Ücretin Ödenmesine Devam Edilmesine Rağmen Doğan Zararlar

Borçlar Kanununun 328 ile 337 inci maddesi ile İş Kanununun 45 inci maddesi hükümlerine göre belirli şartlarla geçici bir süre işgöremez hale gelen işçi, ücretini almaya devam eder. Eğer işçi, üçüncü bir kişinin sorumlu olduğu bir olay neticesinde bu hale düşmüşse, söz konusu üçüncü kişinin sorumlu olduğu bir zarardan söz etmek mümkün müdür? Zira işçi işgöremez halde bulunmasına rağmen ücretini almaya devam ettiğinden, malvarlığında bir eksilme meydana gelmez. O halde, fark faraziyesine göre, zarardan ve tazminattan söz edilememesi gerekir.

Kanunun, ödemedede bulunan kişiye, zararı veren üçüncü kişiye karşı rücu imkânı tanınması halinde mesele kalmaz. Bu halde, işçinin işgöremez halde bulunmasına rağmen ona ücretini ödeyen işveren, ödediği miktarı üçüncü kişiye tazmin ettirebilir. Böylece ücretin ödenmeye devam edilmiş olmasından haksız fiil işleyen kimse istifade etmiş olmaz. Kanunda bu imkân tanınmamışsa ne olacaktır?

Alman İmparatorluk Mahkemesine göre¹⁰⁴, ücreti ödemeye devam eden işverenin, işçinin işgöremez hale gelmesinden sorumlu olan kimseye rücu edebilmesine imkân sağlayan bir kanun hükmü bulunmaktadır. Ücreti ödemeye devam eden işveren ile işçinin işgöremez hale gelmesinden sorumlu olan kimse arasında BGB § 421 anlamında bir müteselsil sorumluluk söz konusu değildir. Burada gerçek olmayan bir

103 Stark, FS Keller, 321; Stark, Skriptum, N. 41 e. 148; Oftinger/Stark, I, § 2, N. 56; § 6, N. 574; II/1, § 16, dn. 19; § 23, dn. 148; Keller, A., II, 24-25, 95; Gauch-Schleup, N. 2640 vd.; Gauch, SJZ 79, 276; Merz, Probleme des Haftpflichtrechts nach SVG, 113; Bréhme, Art. 41, N. 80 vd.; İsviçre Federal Mahkemesi de normatif zarar görüşünü benimsememiştir; BGE 115 II 481; Sadece fransızca konuşan Kantonlarda yararlanma kaybindan dolayı tazminata hükmedildiği hususunda, Schaer, N. 204, dn. 27; Neuchâtel Kantonu Hukuk Mahkemesinin bu görüşten harekei eden bir karar için bkz. JdT 1984 I 444; Kararda aracı kullanma imkânından mahrûmiyet zarar olarak kabul edilmiştir. Zarar miktarı belirlenirken, benzer bir aracın kiralama ücretinin % 40 ilâ 50'si esas alınır. Aracın tamamen kullanılmaz hale gelmesi halinde, yeni bir araç almak için 10-15 gün gereklidir. Sigorta şirketi ödeme yapmakta gecikmiş ise bu sebeple geçen süre de dikkate alınır.

Türk hukukunda Öz, normatif zarar görüşünü eleştirirken (Öz, 292 ve dn. 102; Aynı yönde, Oğuzman-Öz, 493-494); Burcuoğlu, getirilen eleştirileri kabul etmekle birlikte iktisadî hayattaki gelişmelerin normatif zarar görüşünden hareket etmeyi gerektirdiği fikrindedir (Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Altop, 553; Burcuoğlu, 163 vd.); Serozan da, normatif zarar gibi yeni eğilimlerden yanadır (Bkz. Serozan, Tendenzen, 447 vd.; Yeni Eğilimler 171 vd.); Buna mukabil, hasara uğrayan araç yerine başka bir araç temin edilip bunun için masraf yapılmadıkça, "araç yoksunluğu zararından" söz edilemeyeceği hususunda bkz. Yarg. 4. HD, 31.1.1989, 10804/704 (Uygur, 390).

104 RGZ 92, 401, 405.

müteselsil sorumluluk vardır, ancak bu hal kanunda düzenlenmiş değildir¹⁰⁵. Kanunda rücu hakkı tanınmış olmadığından, işveren diğer sorumluya rücu edemez.

Alman Federal Mahkemesi ise farklı bir yol takip etmiştir. Federal Mahkemeye göre, ücretin ödenmeye devam edilmesi halinde dahi, işgöremezlik süresi içinde ödenen ücretler tutarında işçinin zararı doğar¹⁰⁶. Şu var ki, bunun tazminini sorumlu kişiden zarar gören talep edemez. BGB § 255 veya 281 hükmüne göre, doğan tazminat alacağına, zarar gören tarafından, kendisine ücreti ödeyen kimseye temlik edilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁷.

Federal Mahkeme, kararlarında farklı gerekçelere dayanmıştır. Federal Mahkeme ücretin veya maaşın ödenmeye devam edilmesine rağmen, zararın doğacak olmasını, önceleri zararın denkleştirilmesi kurumu ile izah etmeye çalışmıştır¹⁰⁸. Zarara uğrayan kişinin, haksız fiil dolayısıyla elde ettiği yararların zararın hesabında dikkate alınıp alınmayacağına hukukî bir değerlendirme yapılarak karar verilir¹⁰⁹. Federal Mahkeme, işgöremezlik halinde elde edilen ücret veya maaşın zararın hesabında dikkate alınmaması gerektiği sonucuna varmıştır. Buna göre, yapılan ödemeye rağmen, hukuken zarar görenin malvarlığında bir azalmanın meydana geldiği kabul edilir.

Daha sonra Federal Mahkeme tazminat talebinin varlığını normatif zarar kurumuna dayandırmıştır¹¹⁰. Bunun anlamı, gerçekte malvarlığında bir azalma meydana gelmemiş olmasına rağmen, hukuken bir zararın mevcut olduğunun kabul edilmiş olduğudur.

İsviçre ve Türk hukukları bakımından böyle bir yol takip etmeye ihtiyaç yoktur. Borçlar Kanununun 51 inci maddesi bu hali kapsamına almaktadır. Bu hükme göre, sözleşmeden veya kanundan dolayı zararı karşılamakla yükümlü olan kimse, kural olarak ödediği miktarın tamamı için haksız fiil sorumlusuna rücu edebilir. Ödenmeye devam eden ücret veya maaşları da bu hüküm anlamında kanun uyarınca zararın telâfisi olarak görmek mümkündür¹¹¹. Bu takdirde, ücreti veya maaşı

ödemeye devam eden kimse, BK 51'deki sıralamada üçüncü sırada yer alır. Buna mukabil, işgöremezlik halinde ücret, ferdi veya toplu sözleşme uyarınca ödeniyorsa, işveren ikinci sırada yer alır¹¹². İşçinin veya memurun, işgöremezlikten doğan zararı, ücretin veya maaşın ödenmeye devam edilmesi ile karşılanmış olduğundan, onun, kendisinin işgöremez hale gelmesinden sorumlu olan kişiden tazminat talep etmeye hakkı yoktur¹¹³.

İş kazası ve meslek hastalığı sigortasının kapsamına giren bir zarar söz konusu ise, o takdirde Sosyal Sigortalar Kurumundan geçici işgöremezlik ödeneği alınır. Bu ödenek kazancın ancak bir kısmını karşılar (SSK 89)¹¹⁴. Sosyal Sigortalar Kanununda, zararı karşılayan kuruma, işverene ve üçüncü kişilere rücu etmek imkânı tanınmıştır (m. 26/I). İsviçre hukukunda, bundan ayrı olarak işverene de, ödediği primler için sorumluya rücu etmek imkânı tanınmıştır (UVG 41). Sosyal Sigortalar Kanunundaki bu hüküm mevcut olmasaydı dahi, Sosyal Sigortalar Kurumu, BK 51/II hükmü uyarınca zarardan sorumlu olan kimselere rücu edebilirdi¹¹⁵.

3. Evli Kadının Ev İşlerini Göremeyecek Hale Gelmesinden Doğan Zararlar

Almanya'da 1958'de yürürlüğe giren "Eşit Haklar Yasası"ndan önce, ev işleriyle uğraşan evli kadının, yaralanma veya ölüm sebebiyle ev işlerini göremez hale gelmesi halinde, kocanın, ev işlerinin görülmesi için kendisinin yaptığı masraflar dolayısıyla BGB § 845 uyarınca sorumlu kişiden tazminat talep etmek hakkının bulunduğu kabul edilmekteydi¹¹⁶. Zira bu hükme göre, kanun uyarınca ev işlerini görmek zorunda olan kişinin ölmesi veya yaralanması halinde, bu hizmeti talep etmek hakkına sahip olanın tazminat talep etmeye hakkı vardır.

Eşit Haklar Yasasının yürürlüğe girmesinden sonra, artık kocanın BGB § 845 anlamında ev işlerinin görülmesini talep etmek hakkının ol-

rücu BK 51/II'deki sıralamaya tâbi değildir. İşveren herkesten sonra gelmeli, yani en son sırada yer almalıdır (Arbeitgeber, 287). Buna mukabil Szöllösy, ödenmeye devam eden ücretin zararın tazmini anlamına gelmeyeceği ve bu itibarla rücu imkânının bulunmadığı görüşündedir (zur Lohnfortzahlung, 342, 345);

Akunal'a göre de, ödenmeye devam edilen ücret, zararın tazmini anlamına gelmez. BK 51/II uygulama alanı bulmaz. İşçi, imkânsızlaşan edimi yerine, üçüncü kişiye karşı sahip olduğu tazminat alacağını işverene devretme borcu altına girer (Akunal, 170 vd.).

112 Kuhn, Lohnfortzahlungspflicht, 137.

113 Widmer, Arbeitgeber, 283-284; Oftinger, I, 182; v. Büren, 77 vd.; Kuhn, Lohnfortzahlungspflicht, 134.

114 Kazancın geri kalan kısmı işverence karşılanır (Bkz. Çelik, 262). İsviçre'deki durum için bkz. Oftinger/Stark, I, § 10, N. 127 vd.

115 Bkz. beşinci bölüm, § 3, II, A.

116 Magnus, Schaden und Ersatz, 241 vd.; Wilts, 2156.

105 Sonradan getirilen kanunî düzenlemeler için bkz. Kötz, Deliktsrecht, N. 510; Lange, Schadensersatz, 527.

106 BGHZ 7, 30; 21, 112; 42, 76; 43, 378.

107 Bkz. Larenz, SchuldR I, 537.

108 BGHZ 7, 30, 49; Aynı yönde, BGHZ, 21, 122.

109 Bkz. Serozan, Tendenzen, 464.

110 BGHZ 43, 378, 381; Bkz. Keuk, 39.

111 Tandoğan, Mesuliyet, 388; Oftinger, I, 351; Kuhn, Lohnfortzahlungspflicht, 133 vd.; Honsell, 88 (Yazar, kıyasen bu sonuca varmaktadır); v. Büren, ödenmeye devam eden ücret veya maaşın, rücuda ikinci sırada yer alacağı görüşündedir; Eren de, ödenmeye devam edilen ücretin, zararın telâfisine yönelik bir edim olduğu görüşündedir (Eren, II, 314-315);

Widmer'e göre, yapılan ödeme, zararın tazmini anlamına gelmez. Bu bakımdan

madığı görüşü ağırlık kazanmıştır¹¹⁷. Koca, sorumluluğu doğuran olayın doğrudan muhatabı olmadığı için, tazminat talep edebilmesi bir kanun hükmünün mevcudiyetine bağlıdır. BGB § 845'e dayanılmamasına rağmen, evli kadının ölümü halinde, BGB § 844/II hükmü, sağ kalan kocaya bu imkânı tanımaktadır. Kadının yaralanması ve bu sebeple ev işlerini görememesi halinde durum ne olacaktır? Koca ev işlerinin görülmesi amacıyla yapmış olduğu masrafları sorumlu kişiden talep edebilecek midir? Bunu sağlayacak bir hüküm kanunda bulunmamaktadır. Bu itibarla koca tazminat talebinde bulunamaz. Kadının ise, eğer masrafları bizzat kendisi yapmamışsa fark nazariyesine göre malvarlığında azalma olmadığından, zararının bulunmadığı sonucuna varılacaktır. Böylece masrafların yapılmasına yol açan kimse sorumluluktan kurtulmuş olacaktır.

Federal mahkeme, bu hukukî duruma rağmen, ev işlerinin görülmesi için masraf yapılmasına yol açan kişiye sorumluluktan kurtulma imkânı tanımamıştır. Federal mahkemeye göre, evli kadının da, masrafları bizzat kendisinin yapmış olup olmadığına bakılmaksızın, tazminat alacağı bulunmaktadır¹¹⁸. Daha sonra Hukuk Genel Kurulu (Großer Senat für Zivilsachen) verdiği bir kararda, normatif zarar düşüncesinden hareketle, masrafları bizzat kendisinin yapmış olup olmadığına bakılmaksızın, tazminat talep etmek hakkının münhasıran evli kadına ait olduğunu belirtmiştir¹¹⁹.

Bizim hukukumuz bakımından yine farklı bir yol takip etmek mümkündür. Mevcut hukukumuza göre "Eve kadın bakar" (MK 153). Yani ev işlerinin görülmesi kadına aittir. Evli kadının ölümü halinde, BK 45/II uyarınca koca ev işlerini gören karısının bu desteğini kaybettiğini ileri sürerek tazminat talebinde bulunabilir¹²⁰. MK 153 hükmü mevcut olmasaydı dahi, evli kadının fiilen ev işlerini görmekte ve ileride de görecek olması, kocanın, karısının ölümü halinde destekten yoksun kalmış sayılması için yeterli olacaktır¹²¹.

117 Bkz. Wlts. 2156.

118 BGHZ 38. 55.

119 BGHZ 50, 304; Ayrıca bkz. BGHZ 59, 172; Yaralanan eş gerçekten ev işlerini görecekti idiyse tazminata hükmedilir (BGH NJW 1974, 41; 1974, 1651).

120 Kadının ev işleri ile getirdiği katkı eşinden aldığı edimleri aştığı takdirde, kadının kocasına destek olduğundan bahsedilebilir [Bkz. BGE 108 II 434 (= Pra. 72, Nr. 54); 101 II 257 (= Pra. 64, Nr. 239); Oftinger/Stark, I, § 6, N. 285]; Bakım harcamalarından kurtulmak suretiyle kocanın elde ettiği yararın mahsup edileceği hususunda ayrıca bkz. Yarg. 4. HD, 22.9.1987, 5458/6726 (Uygur, 595).

121 Destek kaybindan dolayı tazminat talep edebilmek için, talepte bulunanın, mağdur ölmeseydi ondan fiilen yardım alacak olması, gerekli ve yeterlidir, kanundan doğan bir bakım yükümlülüğünün bulunması gerekmez [Yarg. HGK, 25.5.1984, 9-301/619 (YKD 1986/5. 629); Yarg. 9. HD, 8.3.1984, 1330/2509 (YKD 1984/9, 1381); Yarg. 4. HD, 20.3.1986, 1585/2553 (YKD 1986/7, 958); Yarg. HGK, 21.4.1982, 4-1528/412 (YKD 1982/8. 1076); Oğuzman-Öz, 540; Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Altop, 621; Eren, II, 339; Tekinay, Destekten Yoksun Kalma, 16, 20; BGE 114 II 146; 112 II 92; 111 II 299; BGE 101 II 257 = Pra. 64, Nr. 239; Keller/Syz, 91; Oftinger/Stark, I, § 6, N. 264; Stauffer-Staeffer-Staeffer, Barwerttafel, N. 765].

Evli kadının yaralanması halinde ise, ev işlerinin görülmesi için masrafları bizzat kadın yapmışsa, mesele yoktur, kadın doğan zararını talep edebilir. Eğer masraflar koca tarafından yapılmışsa, o takdirde malvarlığında azalma kocada gerçekleşmiş olur. Haksız fiil neticesi üçüncü kişilerin uğradıkları dolaylı zararlardan (yansıma zarar) haksız fiil faili sorumlu olmaz¹²². Buradan hareketle kocanın yaptığı masraflar için tazminat talep etmek hakkının bulunmadığı sonucuna ulaşılabildi.

Kanaatimce durumu farklı şekilde değerlendirerek kocanın yapmış olduğu masrafları sorumlu kişiye tazmin ettirmek mümkündür. Şöyle ki, evli kadın, çalışma gücünü kaybetmesi sonucu kendi üzerine düşen işleri göremez hale gelmiştir. Bu işlerin görülmesi için masraf yapmak ihtiyacı doğmuştur. Bu masrafı karısı yerine koca yapmış olabilir. Koca, aslında karısının üzerine düşen bir vazifeyi yerine getirmiştir. MK 151/III hükmüne göre, karı-koca birbirine yardım etmekle yükümlüdür. Koca, kanunî vecibesi olarak karısı yerine yaptığı masrafları BK 51/II hükmü uyarınca sorumlu kişiden talep edebilir¹²³.

Eğer yaralanmaya ve bu sebeple doğan işgöremezlik haline rağmen, zarar gören ek bir masraf yapmamışsa, o takdirde malvarlığında eksilme meydana gelmiş olmadığından, onun zarara uğradığından söz edilemez¹²⁴. Doktrinde kadının ev işlerini göremez hale gelmesinin tazminat talebi için yeterli olduğu, masraf yapmış olup olmamasına bakılmaması gerektiği görüşü kabul edilmektedir¹²⁵. Uygulamada da diğer aile fertlerinin yardımı dolayısıyla tazmini gereken bir zararın söz konusu olma-

122 v. Tuhr/Peter, 432-433.

123 Oftinger, I, 352; (BK 51 hükmünün ancak kıyasen uygulanabileceği görüşünde, Oftinger/Stark, I, §10, N. 133); BGE 99 II 223'deki kararda, alt mahkeme, evli kadının yaralanması dolayısıyla kocanın yapmış olduğu harcamaları, kanundan doğan, eşlerin birbirlerine yardım etmesi yükümlülüğüne dayandırmıştır;

Sorumlu kişiye başvurma imkânının varlığının, aile hukukundan doğan infak ve yardım yükümlülüklerinin doğumuna engel olacağı görüşü için bkz. Oftinger/Stark, I, § 10, N. 134 (Krs. Oftinger, I, 236); Kanaatimce, incelediğimiz olay bakımından, bir kimsenin haksız fiile maruz kalan eşine -sorumlu kişiye başvurma imkânı var diye- yardım etmek yükümlülüğünün bulunmadığını savunmak zordur.

124 Zarar, yapılan net masrafa göre belirlenmelidir (BGE 113 II 350); Bu yönde, Brehm, Art. 46, N. 118.

125 Oftinger, I, 207; Stark, Skriptum, N. 68a; Weiß, 112; Stauffer-Schaetzle-Schaetzle, Barwerttafel, N. 700 vd.; Buna göre zarar, evli kadının gördüğü ev işinin değerine göre belirlenir (Oftinger/Stark, I, § 6, N. 157); Oysa zarar, bu işin görülmemesinden dolayı evli kadının malvarlığında meydana gelen eksilmeden ibarettir;

Gautschi, SJZ 37, 118; Ev işleri, koca tarafından sağlanan bakım ve iaşenin karşılığıdır. Evli kadının ev işlerini görememesine rağmen kocanın onun bakım ve iaşesini sağlamaya devam etmesi, sorumlu kişinin tazminat ödemekten kurtulmasına yol açmamalıdır;

Yardımda bulunan eş veya çocuklar için yansıma zararı söz konusu olmaz (Stauffer-Schaetzle-Schaetzle, Barwerttafel, N. 704).

dığı savunmasının dinlenmeyeceği kabul edilmektedir¹²⁶. Bu görüşün hukukî dayanağı zararın denkleştirilmesi kurumu olabilir. Üçüncü kişilerin yardımları zararın telafisi için yapılmış sayılmayıp, haksız fiil neticesi elde edilen yarar olarak kabul edilebilirler. Bu anlamda, üçüncü kişilerce gönüllü olarak yapılan yardımlar denkleştirme kapsamına da girmezler. Dolayısıyla üçüncü kişilerin yardımına rağmen, zararın varlığından söz edilebilir¹²⁷. Şu var ki, karı koca arasında ve ana baba ile çocuk arasında kanundan doğan birbirlerine yardım etmek yükümlülüğü vardır (MK 151/III, 260). Usul ve fûru ile kardeşler arasında, zaruret halinde olana, gene kanundan doğan yardım etmek borcu vardır. (MK 315). Kanun icabı yapılan yardımların hukuken de zararı telâfi ettiği kabul edilir. Zarar gören zararı telâfi edilmiş olduğundan artık sorumlu kişiden tazminat talep edemez. Kanun icabı yardımda bulunan aile bireyleri ise, yukarıda da belirttiğimiz gibi, yaptıkları yardım dolayısıyla BK 51/II hükmü uyarınca sorumlu kişiye rücu edebilirler.

4. Seyahatin Beklenenden Kötü Geçmesinden Doğan Zararlar

Alman Federal Mahkemesi, konuya ilişkin kararlarında, seyahat sözleşmesinin kötü veya hiç ifa edilmemesi dolayısıyla bundan beklenen huzurun, keyfin, dinlenmenin elde edilememesini maddî zarar olarak kabul etmiştir¹²⁸. Burada da Federal Mahkeme ticarileştirme teorisinden¹²⁹ ("Kommerzialisierungstheorie") hareket etmiştir. Buna göre, tatil süresinin kendisi malvarlığının bir unsurunu teşkil eder. Zira bu süre, belli bir işte çalışmak suretiyle veya başka yoldan bir masraf yapılarak

¹²⁶ BGE 99 II 224: Olayda, yaralanan eş ev işlerini göremez hale gelmiştir. Diğer eş (koca) bu işler için zaman ayırmıştır. Bu süre için dışardan yardımcı tutulmuş olsaydı ona ne kadar ücret ödenecek idiyse, o ücret esas alınarak zarar belirlenmelidir. Zararın miktarını kesin olarak tesbit etmek mümkün olmadığından, hâkim zarar miktarını. OR 42/II (BK 42/II) uyarınca tâyin eder;

BGE 69 II 334: Kaza dolayısıyla yapılan yolculuklar için. davalının akrabaları tarafından ödenen paralar da tazmin edilmelidir;

BGE 57 II 102: Dışarda çalışmayan, ekonomik durumu iyi olan bir ev hanımı için de çalışma gücünün kaybindan dolayı tazminat ödenmesi gerekir.

Farklı yönde. BGE 101 II 257 = Pra. 64, Nr. 239: Kararda, 12 ve 10 yaşlarında kız çocuklarının ev işlerine yardımcı olacakları dikkate alınmıştır; Aile efradının ev işlerine yardımcı olmasının dikkate alınabileceği fikrinde. Brehm, Art. 46, N. 118; BGE 117 II 624.

Kadının ev işleri için ayırdığı sürenin somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirlenmesi gerekmekte ise de, Federal Mahkeme, normalde ev işleri için haftada 36 saat çalışmayı esas almaktadır (BGE 117 II 623); Ev işleri için gerekli çalışma süresi için ayrıca bkz. BGE 108 II 434 = Pra. 72, Nr. 54.

¹²⁷ Akünal, 181; Bu hususta yardımda bulunan üçüncü kişinin iradesinin belirleyici olduğu hususunda bkz. Tandoğan, Mesuliyet, 269; Oftinger/Stark, I, § 6, N. 75; Yarg. 4. HD, 4.7.1983, 6000/6724 (YKD 1983/12, 1745); Yarg. 4. HD, 4.7.1983, 6000/6724 (Karahasan, II, 749) ve Yarg. HGK, 3.12.1986, 740/1014 (Karahasan, II, 745).

¹²⁸ BGHZ 63, 98; 77, 124; BGH NJW 56, 1235; 82, 1522.

¹²⁹ Bkz. yukarıda § 2. IV. B, 1. b. aa.

kazanılmıştır¹³⁰. Bu itibarla, bu sürenin amacına uygun şekilde değerlendirilemeden geçmesi, maddî zarar teşkil eder. Burada zararın miktarı, yeni bir tatil süresinin elde edilmesi için gereken masrafa göre belirlenir¹³¹.

Buna mukabil, boş zamanın (meslekî faaliyetin dışında kalan zamanın) kaybı, maddî zarar olarak kabul edilmemiştir¹³².

Federal Mahkemenin kararlarını dikkate alan Alman kanun koyucusu, seyahatten beklenen keyfin alınamaması halinde tazminat ödenmesi gerektiğine dair bir hükmü (BGB § 651f/II), seyahat sözleşmesini düzenleyen hükümler arasına koymuştur. Doktrinde bir kısım yazar bu hükmün, manevî zararların tazminini kabul etmeyen BGB § 253 hükmüne getirilen bir istisna olduğu görüşünü savunmuşlardır. Başka bir ifade ile, seyahatten beklenen keyfin alınamaması, getirilen hüküm ile, tazmini mümkün olan manevî zararlar kapsamına alınmıştır¹³³.

Bizim hukukumuzda ise, borca aykırılık halinde de manevî zararların tazmini mümkün olduğundan (BK 99/III atfıyla BK 49), şartları gerçekleşmişse, seyahatten beklenen keyfin alınamaması sebebiyle manevî tazminat davası açılabilir akla gelebilir. Şu var ki, daha önce de belirttiğimiz gibi, manevî tazminat davası esas itibarıyla kişilik haklarının tecavüze uğraması halinde söz konusu olur¹³⁴. Dolayısıyla kişilik haklarının ihlâli söz konusu olmadıkça, sırf akde aykırılıktan kaynaklanan manevî tatminsizlik, tazmine konu olmaz.

Tazminat ancak genel kurallar çerçevesinde istenebilir. Seyahat sözleşmesinin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesine rağmen, seyahati öngördüğü şekliyle gerçekleştirmek isteyen kimse, bu amaçla ilâve masraf yaparsa, yaptığı bu ilâve masrafları müsbet zarar olarak sözleşmenin karşı tarafından talep edebilir (BK 96)¹³⁵. Yoksa, seyahatten beklenen keyfin alınamaması tek başına, bir maddî zarar teşkil etmez¹³⁶.

¹³⁰ BGHZ 63, 104.

¹³¹ BGHZ 63, 104; Ayrıca bkz. BGH NJW 1982, 1522-1523.

¹³² BGHZ 106, 32; Alman hukukunda baskın görüşün bu yönde olduğu hususunda bkz. Lange, Schadensersatz, 384-385; Aksi yönde, Grunsky, 76 vd.; İsviçre hukukunda da boş zamanın malvarlığı unsuru teşkil etmeyeceği savunulmaktadır; Stark, FS Keller, 312; Gauch-Schleup, N. 2660; Oftinger/Stark, I, § 2, N. 58.

¹³³ Larenz, SchuldR I, 505; Palandt-Heinrichs, § 249, Vorbem. 3. h. aa; Esser/Schmidt, 198; Staudinger-Medicus, § 253, N. 48.

¹³⁴ Bkz. yukarıda dn. 90 ve aşağıda dn. 136'nın birinci paragrafında yer alan yazar ve kararlar; Ayrıca, Hatemi, Sorumluluk Hukuku, § 10, n. 18; Tatilin beklenildiği gibi geçmemesinin, kişilik hakkının ihlâli olarak görülemeyeceği hususunda, Roberto, 151.

¹³⁵ Honsell'e göre de, konser veya seyahat için tekrardan masraf yapılmışsa, bunlar illiyet bağı içindedir ve tazmin edilmelidirler (Honsell, 65).

¹³⁶ Tatil süresinin beklenildiği gibi geçmemesinden ötürü tazminat talep edilemeyeceği görüşü için bkz. Frank, 160; Oftinger/Stark, I, § 2, N. 56; Gauch, ZSR NF 105/II, 569; Gauch-Schleup, N. 2661; Aynı yönde, Merz, OR, 197; BGE 115 II 481; Zürich

İsviçre Hukukunda, seyahat için yapılan masrafların boşa gitmesinin zarar teşkil edeceği görüşü savunulmuştur¹³⁷. Zarar kavramı, boşa giden masrafları da kapsayacak şekilde genişletilmemelidir. Bu konu üzerinde yukarıda durmuştuk¹³⁸. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüşe iltifat etmemiştir¹³⁹.

İstinaf Mahkemesi, 2. Hukuk Dairesi kararı, ZR 83 (1984), 40, Nr. 12; Zürich Ticaret Mahkemesi kararı, SJZ 86 (1990), Nr. 4, 32; Zürich Mahalli Mahkemesi kararı, SJZ 77 (1981), Nr. 30, 165; Vaud Hukuk Mahkemesi kararı, JdT 1985 I 430, Nr. 48;

Keller, burada seyahatin tekrarlanması için gerekli "masrafın" BK 46/I uyarınca talep edilebileceği görüşündedir (Keller, A., II, 25); Roberto'ya göre, seyahat sözleşmesinde alacaklının manevî menfaati, boşa giden masraflar esas alınarak hesap edilir. Sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde, alacaklı, edimin yerine getirilmemesinden dolayı, sözleşmeden beklediği manevî menfaati talep eder (Roberto, 166 vd.);

Türk hukukunda, Burcuoğlu, haksız fiil neticesi ayağı kırılan kimsenin, boşa giden tatil masrafını ve kayak hocasından geri alamadığı parayı, haksız fiil failinden talep edebileceği görüşündedir (Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Altıp, 558); Boşa giden uçak bileti parası bakımından aynı görüşte, Burcuoğlu, 173; Oğuzman-Öz'e göre de yolculuk için alınan biletin ücreti, otel rezervasyon ücreti, tatil imkânının haksız fiil sonucu ortadan kalkması halinde maddî zarar teşkil eder (Oğuzman-Öz, 494); Ayrıca krş. yukarıda dn. 81.

¹³⁷ Girsberger, 62-64; Zürich İstinaf Mahkemesi, 1. Hukuk Dairesi kararı, SJZ 77 (1981), Nr. 17, 79; Zürich İstinaf Mahkemesi, 3. Hukuk Dairesi kararı, SJZ 79 (1983), Nr. 57, 341; Zürich Mahalli Mahkemesi kararı, SJZ 86 (1990), Nr. 45, 218.

¹³⁸ Bkz. yukarıda § 2. IV. B, 1, b, cc.

¹³⁹ BGE 115 II 481.

İkinci Bölüm

Tazminat Kavramı ve Tazminatın Gayesi

§ 1. Kavram

Tazminat sözü kelime anlamı itibariyle tazmin sözünün çoğuludur. Tazmin sözü, bir kimsenin uğramış olduğu zararın bir başkası tarafından giderilmesini ifade eder. Tazminat sözü de aynı anlamda gelir. Bununla birlikte, tazminat sözü, bir başkasının zararını gidermek için gerekli olan edimi ifade etmek üzere de kullanılmaktadır.

Tezde tazminat sözü duruma göre her iki anlamda da kullanılmıştır. Tazminatın belirlenmesi derken, zararın giderilmesi için gerekli olan edimin nitelik ve niceliğinin tesbiti ifade edilmek istenmektedir. Buna karşılık, tazminatın gayesi derken, tazminat sözü, bir başkasının zararını gidermek anlamına kullanılmıştır.

§ 2. Gaye

Kanunda yer alan sorumluluk sebeplerinden birinin şartları gerçekleştiğinde, sorumlu tutulan kişi için, bir başkasının uğramış olduğu zararını tazmin etmek yükümlülüğü doğar. Kanunun bir kimseyi, başkasının uğramış olduğu zararını tazmin etmekle yükümlü tutmasındaki gaye nedir? Bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

I. Zararın Telâfisi Gayesi

Doktrindeki hâkim olan görüşe göre, tazminat yükümlülüğünün ilk plandaki gayesi, bir kimsenin uğramış olduğu zararın bir başkası tarafından giderilmesini (telâfi edilmesini) sağlamaktan ibarettir¹.

¹ Oğuzman-Öz, 548; Eren, II, 27, 348; Tandoğan, Mesuliyet, 315; Reisoğlu, 167; Mertens, 93; Larenz, SchuldR I, 424; Lange, Schadensersatz, 9; Deutsch, 73; Deschenaux/Tercier, 178; Honsell, 9.

II. Doktrinde Tazminatın Gayesi Kapsamında Görülen Diğer Haller

A. Hakkın Devam Ettirilmesi Gayesi

Hakkın devam ettirilmesi ("Rechtsfortsetzungsgedanke") veya hakkın takip edilmesi ("Rechtsverfolgungsgedanke")² görüşüne göre³, tazminat, çoğu hallerde, kaybedilen veya ihlâlâle uğrayan hakkın (veya sözleşme ihlâllerinde bir alacağın elde edilmesine yönelik menfaatin) telâfisini amaçlamaktadır. Başka bir ifade ile, tazminat alacağı, ihlâl edilen hakkın (veya ifa edilmeyen alacağın) yerine geçmektedir. İhlâl edilen hak veya hak konusu şey (veya ifa edilmeyen alacak), bir anlamda tazminat alacağının içinde varlığını sürdürmektedir⁴. Dolayısıyla zarar esas itibarıyla, ihlâlâle uğrayan şeyin objektif değerinden ibarettir⁵. Bu görüşe göre, isbatı halinde, ihlâl edilen şeyin objektif değerinin üzerindeki zararlar da fark nazariyesi çerçevesinde tazminata konu olurlar⁶.

Bu görüşe karşı şu denebilir; Tazminat yükümlülüğünün doğumu için bir hakkın ihlâl edilmiş olması yeterli olmayıp bir de zararın doğmuş olması gerekir⁷. Ayrıca, ihlâlâle uğrayan şeyin objektif değerinin üzerindeki zararlar da tazminatın kapsamında yer almaktadırlar. Bütün bunlar göstermektedir ki, amaç ihlâl edilen hakkın devam ettirilmesinden ziyade, doğan zararın telâfisisidir.

B. Cezalandırma (Yaptırım Uygulama) Gayesi

Doktrinde tartışma konusu olan hususlardan birisi de, tazminat hukukunun önleme veya cezalandırma (yaptırım uygulama) fonksiyonunun bulunup bulunmadığıdır⁸.

² Görüşün asıl temsilcisi olan Neuner'in "hakkın takip edilmesi" tâbirini kullanmasına rağmen, "hakkın devam ettirilmesi" tâbirinin daha isabetli olduğu hakkında bkz. Larenz, SchuldR I, 425; Lange, Schadensersatz, 11.

³ Neuner, 291 vd.; Neuner, normatif zarara ilişkin görüşlerini (bkz. birinci bölüm, dn. 44). Larenz ise, farazi illiyete ilişkin görüşlerini bu düşünceye dayandırmaktadır; Şeye gelen zararlarda, doğrudan şeyin kendisine gelen zararlar herhâlükârda tazmin edilmelidirler (Larenz, SchuldR I, 525). Zarar verici olayın gerçekleşmesiyle birlikte doğan alacak zarara uğrayan şeyin yerine geçmiştir. Bu alacak sonradan meydana gelen olaylar sebebiyle ortadan kalkmaz. Doğrudan şeyin kendisine gelen zararlar ile diğer zararlar arasında yapılan bu ayırma kanunda yer verilmiş olmadığı hususunda bkz. MünchKomm-Grünsky, § 249, Vorbem. 81; Lange, Schadensersatz, 183 vd.; Esser/Schmidt, 230.

⁴ Larenz, SchuldR I, 425.

⁵ Herhâlükârda şeyin objektif değeri tazmin edilmelidir (Neuner, 307; Bkz. birinci bölüm, dn. 44).

⁶ Neuner, 296, 307.

⁷ Lange, Schadensersatz, 12.

⁸ Larenz, SchuldR I, 423 vd.; Mertens, 93 vd.; Lange, Schadensersatz, 8 vd.; Deutsch, 71, 73 vd.; Eren, II, 27 vd.

Sorumluluğun kurulmasında prensip olarak kusurun bir şart olarak aranması ve bizim hukukumuzda tazminat miktarının kusurun ağırlığına göre belirlenmesi, kusurlu hareketiyle hukuka aykırı davranan kimsenin, kınanacak bu davranışı sebebiyle cezalandırıldığı izlenimini uyandırmaktadır⁹. Böyle olmakla beraber, tazminat hukukunun tâli de olsa bir cezalandırma gayesinden hareket ettiği söylenemez¹⁰. Cezalandırma, ceza hukukunu ilgilendiren bir husustur. Ceza hukukunda suç işleyen davranışı esas alınır ve ceza doğrudan doğruya suçu işleyen kişiye verilir. Ceza olarak, suçu işleyen kimsenin mağdur lehine bir edimde bulunmasına hükmedilemez. Tazminat hukukunda ise zarar görenin durumu esas alınır ve onun uğramış olduğu zararını bir başkası tarafından karşılanıp karşılanmayacağı hususu üzerinde durulur. Failin davranışı ne kadar kınanacak bir davranış olursa olsun, bu davranış bir zarara sebebiyet vermedikçe tazminat yükümlülüğünün doğduğundan bahsedilemez¹¹.

Kusurun, sorumluluğun doğumunda ve tazminatın tayininde bir rol oynamasının anlamı ise şudur: Amaç zararın telâfisisidir, ancak doğan zararın bir başkası tarafından karşılanması, bunu haklı kılacak bir sebebin varlığını gerektirmektedir. Kınanacak bir davranışta bulunmak, doğan zararın üstlenilmesi hususunda genel sebep olarak kabul edilmiştir. Kusurun buradaki rolü budur¹².

C. Önleme Gayesi

Önleme fonksiyonu ise, kusur sorumluluğunun yanında özellikle tehlike sorumlulukları bakımından söz konusu olmaktadır. Tehlike sorumlulukları sebebiyle işletme sahiplerinin daha tedbirli davranacakları düşünülebilir¹³. Şu var ki, bu sorumlulukların ilk defa ortaya çıkışında hareket noktası, sosyal bakımdan zayıf olanları koruma düşüncesi olmuştur. Yani, sosyal bakımdan zayıf olanların uğradıkları zararların, sosyal bakımdan güçlü olanlarca karşılanması gaye edinilmiştir¹⁴. Ken-

⁹ Bkz. v. Tuhr/Peter, 104; Eren, II, 28.

¹⁰ Larenz, SchuldR I, 423; Lange, Schadensersatz, 12; Mertens, 95 vd.; Becker, Art. 43, N. 2; Honsell, 9; Mertens'e göre önleme ve cezalandırma (yaptırım uygulama) tazminatın tâli gayeleridir (109 vd.).

¹¹ Oser/Schönenberger, Art. 43, N. 2; Aynı yönde, OR-Schnyder, Art. 43, N. 1.

Fesih hakkını kötüye kullanan işverenin, zarar şartına bağlı olmaksızın ödediği ke-sin ve götürü kötüniyet tazminatı, aslında bir tazminat değil, medenî cezadır (İşK 13/IV; Aynı şekilde, Sendikalar Kanunu, m. 30) (M. Kemal Oğuzman, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955, 282; Sarper Süzek, İş Akdinin Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976, 163).

¹² Bkz. Larenz, SchuldR I, 424; Koziol, I-2.

¹³ Oftinger, I, 45-46; Larenz, SchuldR I, 423; Eren, II, 28.

¹⁴ Tandoğan, Kusura Dayanmayan, 12 vd.; Schwarz, 101 vd.; Ayrıca bkz. dördüncü bölüm, dn. 37.

di yararına, başkaları için tehlike arzeden bir işe girişen kimse, bu işle uğraşmasına izin verilmiş olsa dahi, başkalarına verdiği zararları kusur şartı aranmaksızın karşılamalıdır. Bunun bir yan etkisi olarak işletme sahiplerinin daha etkili önlemler alacak olması, bu hükümlerle güdülen asıl gayenin zararın telâfisi olduğu gerçeğini değiştirmez¹⁵. Kazaları önleyici tedbirlerin alınmasını sağlamak, esas itibarıyla kamu hukukunu ilgilendiren bir husustur. Diğer yandan hukukî sorumluluk sigortasının yaygınlaşması, söz konusu yan etkinin gücünü azaltmaktadır¹⁶. Buna mukabil, hukuk normlarının iktisadi açıdan analizini yapan görüşe göre, tazminat yükümlülüğünü getiren normlarla amaçlanan, doğması muhtemel zararların önlenmesidir veya önlenmesi olmalıdır¹⁷.

Üçüncü Bölüm

Tazminatın Belirlenme Tarzı ve Türleri

§ 1. Tazminatın Belirlenme Tarzı (Aynen Tazmin-Nakden Tazmin)

Tazminat, zarar verici bir olayın zarar gören açısından doğurduğu olumsuz sonuçların giderilmesini amaçlar. Bu yolla zarar gören, olumsuz sonucun gerçekleşmesinden önce hangi durumda ise, o duruma sokulmaya çalışılır. Bu itibarla tazminat talebi, geniş anlamda bir eski hale getirme (eski hale iade, "Wiederherstellung") talebidir¹.

Eski hale getirilecek durum neye ilişkindir? Zarar kavramını izah ederken belirttiğimiz gibi, zararın iki görünüş biçimi söz konusudur. Zarar olarak hak konusu varlıktaki olumsuz değişiklikten hareket edildiği takdirde, tazminat, hak konusu varlıktaki fiili değişikliğin giderilmesi yoluyla onun eski haline sokulmasını amaçlar. Hasar gören aracın tamir edilmesi gibi. Tazminatın bu şekilde belirlenmesini ifade etmek üzere tabii yoldan eski hale getirme ("Naturalrestitution")², tabii yoldan yeniden yaratma ("Naturalwiederherstellung")³ veya tabii yoldan tazmin ("Naturalersatz")⁴ tâbirleri kullanılmaktadır⁵. Türk hukukunda yerleşmiş olan "aynen tazmin" sözü ile aslında ifade edilmek istenen budur. Aynen tazmin ile, zarar verici olaydan önceki fiili durumun aynısı yaratılmaya çalışılır.

Buna mukabil, zarar olarak malvarlığındaki değer azalması esas alındığında eski haline getirilen, değer itibarıyla malvarlığının bütünüdür⁶. Zarar verici olay neticesi meydana gelen azalma telâfi edilerek, malvarlığı eski haline getirilmektedir. Malvarlığındaki değer eksikliği belli bir para birimi ile ifade edilmekte ve çoğunlukla bu değer eksikliği

¹⁵ Önleme fonksiyonu, tazminat hukukunun arzu edilen bir yan üründür (Larenz, SchuldR I, 423; Lange, Schadensersatz, 10); Mertens'e göre tâli gayedir (Mertens, 109).

¹⁶ Oftinger, I, 46-47; Lange, Schadensersatz, 10; Larenz, SchuldR I, 423.

¹⁷ Bkz. Kötz, Ziele des Haftungsrechts, 643 vd.; Ayrıca bkz. dördüncü bölüm, § 2, II, A.

¹ Degenkolb, 15 vd.; Bu anlamda, Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Altop, 581; Feyzioğlu, I, 553.

² Degenkolb, 16; v. Tuhr/Peter, 114; OR-Schnyder, Art. 43, N. 3; Becker, Art. 43, N. 5.

³ Burckhardt, 491.

⁴ OR-Schnyder, Art. 43, N. 3; Guhl/Merz/Koller, 75.

⁵ Merz, OR, 192.

⁶ Tandoğan, Mesuliyet, 253; Yarg. 4. HD, 13.2.1984, 477/1249 (YKD 1984/6, 870) ve Yarg. 4. HD, 23.5.1978, 5699/6860 (YKD 1979/4, 482); Tazminatın amacı, malvarlığının eski duruma getirilmesidir.

bir miktar paranın ödenmesi suretiyle telâfi edilmektedir. Bu sebeple malvarlığının değer itibariyle eski haline getirilmesine nakden tazmin ("Geldersatz")⁷ denmektedir.

Şu halde nakden tazmin ve aynen tazmin ayırımı, zararın bir miktar paranın ödenmesi yolu ile mi yoksa başka bir şekilde mi tazmin edileceği ayırımına dayanmamaktadır⁸. Bu ayırım, tazminatın, zararın hangi görünüş şekli dikkate alınarak gerçekleştirileceği ayırımına dayanmaktadır. Eğer zarara uğrayan şeyin fiilî durumu esas alınacaksa aynen tazmin, yok eğer malvarlığındaki değer eksilmesi esas alınacaksa nakden tazmin söz konusu olur. Aynen tazmin esasından hareket eden mahkeme, bir miktar paranın ödenmesine de hükmedebilir. Bu para, zarara uğrayan şeydeki fiilî değişikliğin giderilmesi için gerekli masrafa tekâbül eder. Bu haldeki "nakdî tazminat" ile nakden tazmin esasından hareketle hükmedilen nakdî tazminat birbirlerinden farklı şeylerdir⁹.

Genel olarak tazminat davaları eski hale getirme davası niteliğini taşıdıkları halde, BGB § 249/ c. 1'de aynen tazmine ilişkin olarak şöyle bir ifadeye yer verilmiştir; Zararı tazmin ile yükümlü olan kimse, sorumluluğu doğuran olay gerçekleşmeseydi, hangi durumda bulunulacak idiyse, o durumu yaratmalıdır. Başka bir ifade ile, tazminatın gayesi, zarar verici olay gerçekleşmeseydi, zarar gören hangi durumda bulunacak idiyse o durumun yaratılmasını sağlamaktır. Bu ifade tarzı yanıltıcıdır. Zira bu ifadeden, yaratılacak olan durumun, zarar verici olay olmasaydı *şu anda* içinde bulunulacak olan durum olduğu anlamını çıkarmak mümkündür¹⁰. Oysa yaratılacak olan durum, zararlı sonucun doğmasından önceki (eski) durumdur. Zararın ve tazminatın belirlenmesinde, olumsuz sonuç hangi anda doğmuşsa, o an esas alınır. Bu itibarla bu ifadeyi şu şekilde anlamak gerekir; Tazminatın gayesi, zarar verici olayın etkisiyle olumsuz sonucun gerçekleşmesinden önce, o şey veya malvarlığı hangi durumda idiyse o durumun yaratılmasını sağlamaktır.

⁷ Degenkolb, 16; v. Tuhr/Peter, 114.

⁸ Türk hukukunda ayırım çoğunlukla buna göre yapılmaktadır. Yani, zarar bir miktar para ödemek suretiyle tazmin ediliyorsa nakden tazmin, başka bir şekilde tazmin ediliyorsa aynen tazmin söz konusudur. Bkz. Oğuzman-Öz, 549; Tandoğan, Mesuliyet, 253 vd.; Hatemi, Sorumluluk Hukuku, § 9, n. 26-27; Tekinay, ayırım doğrudan tazmin tarzına dayandırmamıştır. Bkz. Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Altıp, 581; İsviçre hukukunda da ayırım tazmin tarzına göre yapılmaktadır; Zarara uğrayan şeyin yenisinin alınması veya tamiri bizzat sorumlu tarafından veya masrafları ona ait olmak üzere gerçekleştiriliyorsa, aynen tazmin söz konusu olur (OR-Schnyder, Art. 43, N. 3; Keller/Gabi-Bolliger, 113; Oftinger/Stark, I. § 2, dn. 121).

⁹ Nitelikim Alman hukukunda, şeyin eski haline getirilmesi için hükmedilen nakdî tazminat (BGB § 249/ c. 2) ile malvarlığının değer itibariyle eski hale getirilmesi amacıyla hükmedilen nakdî tazminat (BGB § 250/ c. 2; § 251) ayrı hükümlerde düzenlenmiştir. Söz konusu nakdî tazminatların birbirinden farklı oldukları hususunda bkz. Larenz, SchuldR I, 468.

¹⁰ Larenz, SchuldR I, 471.

Bu itibarla, haksız fiil sonucu bir şey tahrip edildiği takdirde, o şeyin tahrip edildiği andaki durumu esas alınmalı ve şeyin o andaki durumu tekrardan yaratılmaya çalışılmalıdır. Örnek olarak üç yaşındaki bir inek öldürülmüşse, o takdirde beş yıl sonra hâkim davayı hükme bağlarken tazminat olarak sekiz yaşındaki bir ineğin değil, gene üç yaşında aynı türden bir ineğin teslimine -veya bu özelliklere sahip bir ineği satın almak için gerekli paranın ödenmesine- hükmetmelidir.

Nakden tazminde de durum aynıdır. Burada da dikkat edilecek nokta, zararın ve tazminatın malvarlığında eksilmenin meydana geldiği ana göre belirleneceğidir. Örnek olarak, bir yük taşıma aracı hasara uğratılmıştır. Bu yüzden araç sahibi taşıma yapamamış ve elde edeceği kardan mahrum kalmıştır. Zarar verici olay olmasaydı, zarar gören bu kârı elde edecekti ve malvarlığı o miktarda artacaktı. O halde zarar gören, hangi anda bu kârı elde edecek idiyse, o anda bu kârı elde etseydi hangi durumda olacak idiyse, o duruma getirilmelidir. Cismanî zararlarda da, gelir kaybına uğrayan kimse, zarar verici olay olmasaydı, hangi anda o geliri elde edecek idiyse, o anda o geliri elde etseydi hangi durumda bulunacak idiyse o duruma getirilmelidir.

§ 2. Türleri

I. Genel Olarak

Tazminatı belirlerken hâkimin ilk yapacağı şey yukarıda belirttiğimiz aynen tazmin - nakden tazmin yollarından birini tercih etmektir¹¹. Başka bir ifade ile hâkim, öncelikle, zarar olarak, malvarlığındaki eksilmeyi mi, yoksa hak konusu varlıktaki değişikliği mi esas alacağı hususunda bir karara varacaktır. Daha sonra hâkim, zararın ne şekilde telâfi edileceğine karar verecektir. Teorik olarak hâkim tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesine hükmedebileceği gibi, sorumlu kişiyi bir şeyi vermekle veya bir şey yapmakla da yükümlü kılabilir.

Tekrar vurgulamak gerekir ki, aynen tazmin veya nakden tazmin ayırımı, doğrudan doğruya zararın ne şekilde tazmin edileceğini belirlemeye yönelik bir ayırım değildir. Aynen tazmini tercih eden hâkim, tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesine hükmedebileceği gibi sorumlu kişiyi bir şey yapmaya da mahkûm edebilir. Herhâlükârda amaç ihlâle uğrayan hak konusu varlığın eski haline getirilmesidir. Nakden tazminde ise amaç malvarlığını eski haline getirmektir. Bu da genellikle bir miktar paranın ödenmesi ile olur. Ancak bundan başka bir yolla da

¹¹ Hâkimin bu konuda takdir yetkisini kullanırken nelere dikkat edeceği hususunda bkz. aşağıda § 3.

malvarlığının eski haline getirilmesi söz konusu olabilir. Tazminat türleri başlığı altında, zararın hangi şekillerde tazmin edilebileceği hususu üzerinde durulacaktır.

II. Nakden Tazminde

Eğer tazminat, malvarlığında meydana gelen değer eksikliği esas alınarak belirlenecek ise (nakden tazmin), söz konusu değer eksikliğinin telâfisi esas itibarıyla bir miktar paranın zarar görene ödenmesi yolu ile gerçekleşir.

Şeye gelen zararlarda, tahrip edilen şeyin objektif değerinin¹² sorumlu kişi tarafından bir miktar para ile karşılanmasına hükmedilir. Şeyin objektif değeri, o şey satılsaydı elde edilmesi muhtemel olan paraya tekabül eder. Objektif değer belirlenmesinde hasar anı esas alınır¹³. Özellikle gayrimisli şeylerde şeyin fiilen eski haline getirilmesi (aynen tazmin) mümkün olmadığından¹⁴ bu yola başvurulacaktır. Hasara uğrayan şeyin eski hale getirilmesi aşırı masrafı gerektiriyorsa¹⁵ veya üçüncü bir kişiye temlik edilmesinden ötürü veya başka bir sebepten o şeyi eski hale getirmek artık mümkün değilse, gene tazminat hasara uğrayan şeyin, hasara uğradığı andaki, daha doğrusu hasara uğradığı andan önceki zamandaki ("Zeitwert") objektif değerine göre belirlenir¹⁶.

¹² v. Tuhr/Peter, 116; Merz, OR, 194; BGE 64 II 138; Tandoğan, Mesuliyet, 273; Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Altıp, 584; Karahasan, I, 648.

¹³ Bkz. birinci bölüm, dn. 32; Motorlu araçlarda tamir sebebiyle doğan değer eksikliği bakımından, aracın tamirden sonraki değerine itibar edileceği hususunda bkz. birinci bölüm, dn. 35.

¹⁴ Bkz. aşağıda dn. 41.

¹⁵ Bkz. aşağıda dn. 63.

¹⁶ Stark, Skriptum, N. 139; Yarg. 4. HD, 2.4.1984, 2713/3298 (Uygur, 394); Yarg. 4. HD, 19.11.1979, 10740/12706 (Karahasan, II, 730); *Zararın meydana geldiği günkü durum gözetilerek zararın giderilmesi gerekir*;

Yarg. İBK, 12.3.1930, 6/27 (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk Bölümü, Cilt: I, Ankara 1978, 86); Tarlada yağın ve demet halinde istihlak edilen mahsülün tazmininde, *istihlak edildiği tarihteki değeri* esas alınır;

Ağaçların kesilmesi halinde, ağaçların rayiç değeri tazmin edilmelidir. Bu değer, ağaçların bulunduğu yerin ağaçlı değeri ile ağaçsız değeri arasındaki farka tekabül eder [Yarg. 4. HD, 25.2.1988, 589/1834 (Karahasan, II, 742); Yarg. 4. HD, 28.2.1984, 668/1950 (Uygur, 367); Yarg. 4. HD, 13.2.1984, 477/1249 (YKD 1984/6, 870); Yarg. 4. HD, 20.10.1982, 8378/9139 (YKD 1983/1, 49); Yarg. 4. HD, 23.5.1978, 5699/6860 (YKD 1979/4, 483); Yarg. 4. HD, 23.5.1979, 3004/6907 (Karahasan, II, 645); Yapılacak hesaplamada *eylemin gerçekleştiği an* esas alınır; Yarg. 8.12.1965, 4-291/448 (Karahasan, II, 647)]; Bir süre sonra kesilmek üzere dikilen kavak ve söğüt ağaçları Yargıtaya menkul hükmünde sayıldıklarından bunlar bakımından durum özellik taşımaktadır [Bkz. Yarg. 4. HD, 5.11.1979, 11122/12075 (Uygur, 360)];

Yarg. 4. HD, 3.11.1978, 1268/12585 (Karahasan, II, 732); Ağaç sökülmesi, hayvan öldürülmesi ve benzeri olaylarda, *zarar eylemin işlendiği anda* malvarlığında gerçekleşen değer eksikliğine göre takdir edilmelidir. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadı bu yöndedir;

Nakden tazmine konu olan, gelir ve kazanç kayıpları da, genellikle bir miktar paranın ödenmesi yoluyla tazmin edilirler¹⁷.

Aynı neviden bir şeyi, zarara uğrayan şeyin yerine ikame etmek mümkün ise, o takdirde malvarlığındaki eksilmeye göre (nakden tazmin) değil, ikame şeyin satın alınabilmesi için şu anda gerekli olan paraya¹⁸ (aynen tazmin) hükmedilmesi tercih edilmelidir¹⁹. Uygulama aksi yöndedir²⁰.

Nakden tazmin bahsinde ele alınması gereken diğer bir hal, zarar görenin, sorumlu kişinin kusuru sebebiyle üçüncü kişiye karşı borç al-

Yarg. 4. HD 12.1.1982, 13394/274 (YKD 1982/5, 645): Davacıların isteyebileceği zarar, haksız eylemin işlenmesinden önce taşınmazın *olay tarihindeki* çayır olarak değeri ile düşük kaliteli mer'a olarak gerçek sürüm değeri arasındaki farktan ibarettir; Aynı yönde, Yarg. 4. HD, 11.3.1982, 1406/2552 (YKD 1982/8, 1102);

Taşınmaz üzerindeki mülkiyet hangi anda kaybedilmiş ise, taşınmazın o andaki değeri esas alınmalıdır [Yarg. 4. HD, 16.7.1986, 5041/5727 (Uygur, 552)]; Tapunun iptaline ilişkin kararın kesinleştiği anın dikkate alınmasını benimseyen Yargıtay kararı [Yarg. 4. HD, 17.4.1989, 10335/3626 (YKD 1989/9, 1242)] isabetli değildir.

Zararın denkleştirilmesinde elde edilen yararların değeri de olay tarihine göre tesbit edilir [Yarg. 4. HD, 15.4.1986, 1322/3306 (Uygur, 376)]; Ayrıca bkz. aşağıda dn. 20'deki Yarg. 4. HD'nin 3284/3922 sayılı kararı.

İmkânsızlık halinde zararın tesbitine ilişkin olarak bkz. § 5 II; Ayrıca bkz. fark teorisinde zararın belirlenme anı (birinci bölüm, § 2, II, B, 2).

¹⁷ Bkz. altıncı bölüm.

¹⁸ Bkz. aşağıda dn. 42.

¹⁹ Bkz. aşağıda § 3, II.

²⁰ Uygulamanın, zarar olarak sadece olay anındaki değer eksikliğini kabul etmesinin temelinde eski hukukun yattığı (bkz. Mecelle, 891) ve bu uygulamaya devam edilmesinin isabetli olmadığı hususunda bkz. Postacıoğlu, 209 vd.; Tazminatın gayesi tekrardan eski hali yaratmak (réparation) olmalıdır (Postacıoğlu, 204 vd.).

Yarg. 4. HD, 8.12.1987, 7082/9038 (Karahasan, II, 632): Taşınmazdan kum ve çakıl çekip çıkarılmıştır. Taşınmazın tekrardan kum ve çakıl ile doldurulması için gerekli paranın ödülmesi yerine, taşınmazın değerinde meydana gelen değer eksikliği tazmin edilmelidir. Aynı yönde, Yarg. 4. HD, 19.11.1987, 6597/8462 (Uygur, 541);

Yarg. HGK, 26.6.1985, 925/607 (Karahasan, II, 652); Yarg. 4. HD, 23.12.1982, 7190/11637 (YKD 1983/4, 520): Koyunların malvarlığından çıktığı andaki gerçek sürüm değerleri esas alınır;

Yarg. 4. HD, 19.4.1982, 3284/3922 (YKD 1982/7, 935): Öldürülen ineğin, haksız fiil tarihindeki sürüm değerinden, elde edilen (hayvanın eti, derisi gibi) yararların gene haksız fiil tarihindeki sürüm değeri düşülerek zarar miktarı tesbit edilir;

Nakden tazmin yolu tercih edildiğinde, koyun veya ineğin gelecekte getireceği kardan mahrum kalınması da ayrıca tazminata konu olur [Yarg. 4. HD, 18.12.1984, 9369/9456 (Karahasan, II, 654); Yarg. HGK, 26.6.1985, 925/607 (Karahasan, II, 652)]. 4. dairesinin kararında, kâr mahrumiyeti olarak belirlenen zarar tutarından, fiili zarara yürütülen faiz miktarının düşülmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu görüş isabetli değildir;

Yarg. 13. HD, 27.12.1988, 6846/6479 (YKD 1990/6, 877): Davacının zararı malvarlığında eksilmenin meydana geldiği müsadere tarihindeki aracın sürüm değerine göre belirlenmelidir;

Yarg. 13. HD, 1986, 2211/2704 (Karahasan, II, 781): Eşyalar aynen iade edilemediği takdirde, bunların dava tarihindeki değerleri istenebilir;

Yargıtay'ın farklı yönde bir kararı için bkz. Yarg. 4. HD, 11.4.1986, 1384/3982 (Karahasan, II, 663): Şeyin eski hale getirilmesi mümkün olduğu takdirde zarar, eski hale getirme masraflarıyla sınırlıdır.

tına girmesi halidir. Bu durumda hâkim, borcun sorumlu kişi tarafından üstlenilmesine veya onun tarafından ifa edilmesine (bu borçtan borçluyu kurtarmasına) hükmedebilir²¹. Örnek olarak, BK 28/II uyarınca üçüncü kişinin hilesine maruz kalan kişinin yaptığı akit, eğer diğer taraf bunu bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa, bağlayıcıdır. Bu durumda hâkim, tazminat olarak, hileye başvuran üçüncü kişinin, hileye maruz kalan tarafa ait borcu üstlenmesine²² veya ifa etmesine hükmedebilir. Bunun için, alacaklının, borçluyu, alacağını takip etmekle tehdit etmiş olmasına veya takibe başlamış olmasına ihtiyaç yoktur²³. Burada bir miktar paranın ödenmesi dışında bir tazmin tarzı söz konusu olduğu dikkate alınarak, bu konu aynen tazmin başlığı altında incelenmektedir. Oysa kabul ettiğimiz görüş uyarınca aynen tazmin - nakden tazmin ayırımı zararın ne şekilde tazmin edileceği hususuna ilişkin bir ayırım değildir. Burada hâkimin verdiği hüküm, malvarlığında meydana gelen azalmanın giderilmesine yöneliktir. Dolayısıyla konunun nakden tazmin bahsinde incelenmesi gerekir.

Benzer bir durum mahkeme ilâmının ilânında söz konusudur. Özellikle ticarî itibara tecavüz ve haksız rekabet (BK 48; TTK 61) hallerinde ilâmın ilânına hükmedilmesi, zararın aynen tazminine örnek olarak gösterilmektedir²⁴. Aslında burada ne nakden tazmin ne de aynen tazmin söz konusudur. Burada söz konusu olan, hukuka aykırı tecavüzün veya sona eren hukuka aykırı tecavüzün devam eden etkisinin bertarafıdır²⁵. Bu sayede, ileride doğması muhtemel zararların da önüne geçilmiş olunmaktadır²⁶. İleride zararın doğması ihtimalinin ortadan kalkması, tecavüz devam etseydi, doğması muhtemel olan zararların tazmin edildiği anlamına gelmez²⁷.

²¹ v. Tuhr/Peter, 115. dn. 4, ayrıca bkz. aynı yazar, § 15 I. dn. 11; Tandoğan, Mesuliyet, 254; BGE 116 II 446.

²² Oğuzman-Öz, 550.

²³ BGE 116 II 445; Aksi yönde, Becker, Art. 97, N. 35; BGE 37 II 227.

²⁴ Oğuzman-Öz, 549, dn. 337; Eren, II, 365; Brehm, Art. 43, N. 21; v. Tuhr/Peter, 115; Becker, Art. 43, N. 5; Oser/Schönenberger, Art. 43, N. 10; OR-Schnyder, Art. 43, N. 4; BGE 56 II 37; 82 II 361; 52 II 357.

²⁵ Bkz. Kocayusufoğlu, Sempozyum, 168, dn. 66; Keller/Gabi-Bolliger, 117; Jäggi, 251a vd.; İsviçre Federal Mahkemesi eski kararlarında, sona eren tecavüzler bakımından tazminatın dışında hükmün ilânı yoluna başvurulamayacağı görüşündeydi (BGE 48 II 16; 45 II 106; 42 II 600; 40 II 163); Daha sonra Federal Mahkeme, hukuka aykırı durumun bertarafı gayesiyle, hükmün ilânı yoluna başvurulabileceğini ve bunun tazminat talebi için aranan şartlara tâbi olmadığını kabul etmiştir (BGE 93 II 270; 92 II 269; 84 II 588; 84 II 577; 79 II 329; 67 II 59). Federal Mahkeme kişilik hakkına tecavüz ile ilgili kararlarında da aynı sonuca varmıştır (BGE 104 II 234; 104 II 2; 103 II 166; 101 II 187-188; 100 II 180; 95 II 499). Daha sonra bu içtihadı uygun olarak Kanuna (ZGB) 28a maddesi ilâve edilmiştir. Ayrıca bkz. aşağıda dn. 27.

²⁶ Brehm, Art. 43, N. 21; Fehr, 296; Keller/Gabi-Bolliger, 117; Hükmün ilânı dolayısıyla, eylemin bundan sonraki olumsuz etkisinin önlenmiş olacağı yolunda, BGE 92 II 269; 84 II 588; 79 II 329.

²⁷ Müdahalenin men'i (tecavüzün sona erdirilmesi) davası da, tazminat davası gibi eski durumun yeniden yaratılmasını amaçlayan bir dava olmakla birlikte, bunların konu-

III. Aynen Tazminde

Eğer tazminat, hak konusu varlıkta meydana gelen değişiklik esas alınarak belirlenecek ise²⁸ (aynen tazmin), bu değişikliğin kimin tarafından eski haline getirileceği hususu, tazmin tarzının tayininde belirleyici rol oynar. Burada dörtlü bir ayırım yapabiliriz.

A. Eski Hale Getirmenin Bizzat Sorumlu Kişi Tarafından Yapılması Halinde

1. Şeye Gelen Zararlarda

İkame şeyin bizzat sorumlu kişi tarafından tedarik edilip zarar görene teslim ve temlik²⁹ veya zarara uğrayan şeyin bizzat sorumlu kişi tarafından tamir edilmesi veya başka bir suretle eski haline getirilmesi bu hale ilişkin örneklerdir³⁰. Hasara uğrayan şeyin sorumlu kişi tarafından tamir edilmesine hükmedilmesinde çekingen davranılmalıdır. Sorumlu kişinin tamir konusunda ehliyetli³¹ ve tamiratyapmaya hazır olması ve zarar görenin de buna razı olması³² halinde bu yola başvurulabilir. Za-

ları farklıdır. Biri hukuka aykırı durumun kaldırılmasını diğeri malvarlığında meydana gelen eksilmenin telâfisini amaçlar (Fehr, 300-301); Genel olarak tecavüzün sona erdirilmesi davası ile tazminat davasının ayrı şeyler olduğu hakkında bkz. v. Tuhr/Peter, 440-441; Allg. Teil, II/2, 478; Oftinger/Stark, I, § 2, dn. 140; Kişilik haklarına tecavüz halinde hukuka aykırı tecavüzün devam eden etkisinin bertarafını amaçlayan hükmün ilânı kurumunun tazminat davasının yanında ayrıca düzenlenmiş olması (MK 24a; BK 49/III) da, her iki kurumun birbirinden farklı şeyler olduğunu göstermektedir (bkz. Oğuzman; Tandoğan'a Armağan, 19 vd.); Alman hukukunda önceleri tecavüzün sona erdirilmesi davası tazminat hukukuna dayandırılmıştır (bkz. v. Tuhr, II/2, 478; Ayrıca bkz. Fehr, 297).

²⁸ Hâkimin hangi hallerde aynen tazmin esasından hareket etmesinin uygun olacağı hususunda bkz. aşağıda § 3, II.

²⁹ Oser/Schönenberger, Art. 43, N. 10;

Yarg. 4. HD, 23.3.1987, 594/2132 (YKD 1987/7, 1005): Emsalini dışardan temin etmek mümkün ise, çalınan altın eşyanın aynen tazminine hükmedilebilir;

BGE 110 II 187-188 = Pra. 73, Nr. 178: Kararda, davalı bankanın, tazminat olarak 1 kilogramlık 10 adet külçe altın teslim etmeye mahkûm edilmesinin somut olayın durumuna uygun düştüğü sonucuna varılmıştır;

BGE 80 II 390: Federal Mahkeme, kaynağın akışına engel olunmasından dolayı uğranılan zararın bir miktar su verilerek tazmininin mümkün olduğuna karar vermiştir.

³⁰ BGE 107 II 139-140: Federal Mahkeme, tazminat olarak, zarara uğrayan taşınmazın eski haline getirilmesine hükmetmenin mümkün olduğuna karar vermiştir (ZGB 679/MK 656); BGE 100 II 142-143: Kararda, parselin temizlenip kullanılabilir hale getirilmesine karar verilebileceği sonucuna varılmıştır (OR/BK 58);

Başkasının arsasına izinsiz olarak yapılan binanın, arsa sahibi tarafından masrafı binayı yapan kimseye ait olmak üzere yıkılmasının talep edilmesi de (MK 648/II), müdahalenin men'i talebinden ziyade bir aynen tazmin talebidir (Bu anlamda, Oğuzman/Seliçi, 448, dn. 576; Oser/Schönenberger, Art. 43, N. 10).

³¹ Keller/Gabi-Bolliger, 117; Oftinger/Stark, I, § 2, N. 96.

³² Tandoğan, Mesuliyet, 256.

rar gören, rızası hilafına, sorumlu kişi ile ilişkisini devam ettirmek zorunda bırakılmamalıdır³³.

Diğer bir örnek, zarar görenin haksız fiil sonucu mülkiyetini kaybettiği³⁴ şeyin, sorumlu kişi tarafından yeniden zarar görene teslim ve temlik edilmesidir. Bu konuda verilen örnek şudur: (A) taşınır malını (B)'ye satmış, fakat henüz teslim etmemiştir. Bundan haberdar olan (C), (B)'ye zarar vermek kasdıyla, (A)'yı malı kendisine satıp devretmesi hususunda ikna etmiştir. (C), BK 41/II uyarınca (B)'ye verdiği zarardan sorumludur. Hâkim tazminat olarak (C)'yi, satın aldığı malı (B)'ye teslim ve temlik etmeye mahkûm edebilir³⁵. Bu halin dışında, sorumlu kişiye ait belirli bir şeyin zarar görene teslim ve temlikine hükmedilemez³⁶. Hâkim ancak hasara uğrayan şeyin bir benzerinin (aynı neviden bir şeyin) teslim ve temlikine hükmedebilir.

İsviçre hukukunda taşınmazlar bakımından farklı bir çözüme varılmaktadır. Buna göre, hâkim, aynen tazmin olarak sorumlu kişiye ait taşınmazın zarar görene aidiyetine karar veremez³⁷. İsviçre Federal Mah-

³³ Schwarz, 133; Bkz. aşağıda dn. 74, 84.

³⁴ Mülkiyet hakkı bâki kaldığı sürece zilyedliğin kaybı zarar teşkil etmez. O şey tazminat davası ile değil, mülkiyet hakkına veya zilyetliğe dayanan istihkak davası ile geri alınır (v. Tuhr/Peter, 85, dn. 16; Aksi yönde, Schwarz, 135; Eren, II, 362; Oser/Schönenberger, Art. 43, N. 10). Bunun içindir ki, iadede tazminat hükümlerine göre indirim söz konusu olmaz (v. Tuhr/Peter, 85, dn. 16). Şu var ki, şeyin hâlihazırda kimde olduğu belli değilse ve bu sebeple şeyin iadesi istenemiyorsa, o takdirde malik, şeyi rızası hilafına kendisinden alan kimseye karşı, o şey malvarlığından çıkmış gibi, tazminat davası açabilmelidir. Bir görüşe göre, malik üçüncü kişiye karşı haiz olduğu menkul davasını (MK 901) dava açtığı kimseye, yani hırsıza temlik etmelidir (Oğuzman-Öz, 547). Bu takdirde hırsız zilyedliği kazandığı anda mülkiyeti de iktisap eder (v. Tuhr/Peter, 121, dn. 39 ve Supplement, dn. 38). Menkul davası yerine, mülkiyete dayanan istihkak davasının da devredilebileceği savunulmaktadır (v. Tuhr/Peter, 85, dn. 16; Aynı yönde, Homberger, Art. 924, N. 4). Bu husus tartışmalıdır (Bkz. Stark-Sachenrecht, Art. 924, N. 9). Kanaatimce hırsıza böyle bir avantaj sağlamaya gerek yoktur. Şayet malik sonradan şeyi geri almaya muvaffak olursa, o takdirde hırsız malike ödediği tazminatı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebilir.

Zilyed olunan şeyde meydana gelen hasar, zilyedi için değil maliki için zarar teşkil eder (Aksi yönde, Yarg. 3. HD, 23.11.1989, 1911/8897; Yarg. 4. HD, 6.7.1988, 4039/6859 [Karahasan, II, 408]); Buna mukabil zilyedliğin kaybı veya şeyde meydana gelen hasar dolayısıyla zilyedin uğradığı kazanç kaybı, onun açısından zarar teşkil eder.

³⁵ Oftinger, I, 68, dn. 64; Eren, II, 364, dn. 178; Kocayusufpaşaoğlu, § 2, n. 20; Karahasan, Sorumluluk, 152; Oğuzman-Öz'e göre, bu sonuca ancak ahlâka aykırı şekilde sözleşme yapmaktan kaçınan kimsenin sözleşme yapmak mecburiyetinde bırakılması ile varılabilir (Oğuzman-Öz, 551 ve dn. 344); Yargıtay bir kararında, kiraladığı dükkan haksız fiil sonucu elinden alınan kimsenin, BK 41/II uyarınca sorumlu olan yeni kiracıdan dükkanın kendisine iade edilmesini isteyebileceğine karar vermiştir [Yarg. 13. HD, 7.12.1981, 7372/7937 (YKD 1982/8, 1141)]; Aynı yönde, Yarg. 13. HD, 15.4.1993, 1993/3207 (Karahasan, Sorumluluk, 151)).

³⁶ Oğuzman-Öz, 550-551; Hatemi, Sorumluluk Hukuku, § 9, n. 27.

³⁷ BGE 50 II 381; Becker, Art. 43, N. 5; Hâkim, sorumlu kişiye ancak mülkiyetin nakli borcunu yükleyebilir; Brehm, Art. 43, N. 19.

kemesinin kararına göre, ZGB 665/I (MK 642/I) uyarınca mülkiyetin alacaklıya aidiyetine karar verilebilmesi için, mevcut bir iktisap sebebinin bulunması gerekir. Hâkim önceden mevcut olmayan bir iktisap sebebini yaratıp sonra buna dayanarak mülkiyetin alacaklıya aidiyetine karar veremez. Oysa, burada hâkimin doğrudan doğruya iktisap sebebi yaratması söz konusu değildir. Tazminat alacağı, zararın meydana gelmesiyle birlikte doğmuştur. Hâkim sadece bu alacağın içeriğini belirlemektedir. Bu belirlenen içerik, sorumluluğun doğduğu andan itibaren hüküm ifade eder. Nitekim, hâkim, nakdî tazminata hükmettiğinde, tazminat miktarına hüküm anından öncesi için faiz işletilebilmektedir. Tazminatın içeriğinin en erken hüküm anında kesinlik kazanmasından, sorumlu kişi lehine bir sonuç çıkarılmamalıdır. Hâkim, tazminat olarak sorumluya ait bir taşınmazın zarar görene aidiyetine karar verebilmelidir.

2. Kişiye Gelen Zararlarda

Sorumlu kişi hekim olup da, kendi ihtisas sahasına giren konularda bizzat, cismanî zarara uğrayan kimseyi tedavi ederse³⁸, zarar verici olay neticesi zarar görenin vücudunda meydana gelen olumsuz değişikliklerin, sorumlu kişi tarafından eski haline getirilmesi söz konusu olur.

B. Eski Hale Getirmenin Sorumlu Kişi Tarafından Üçüncü Bir Kişiye Yaptırılması Halinde

1. Şeye Gelen Zararlarda

Sorumlu kişi, hasara uğrayan şeyi üçüncü bir kişinin eliyle tamir ettirmeyi üstlenebilir. Bu takdirde, tamirci ile sorumlu kişi arasındaki ilişkide zarar gören yer almaz, üçüncü kişidir³⁹. Hasara uğrayan şeyin gereği gibi tamir edilmemesinden, tamir sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça, tamirci değil, sorumlu kişi zarar görene karşı sorumlu olur (BK 111/II).

2. Kişiye Gelen Zararlarda

Sorumlu kişi, zarar görenin tedavisinin, meselâ tanıdığı bir hekim eliyle veya sahibi bulunduğu klinikte⁴⁰, yürütülmesini üstlenebilir. Bu takdirde, sorumlu kişi ile hekim arasında, tam üçüncü kişi lehine bir hukukî ilişkinin kurulduğundan bahsedilebilir (BK 111/II).

³⁸ Brehm, Art. 43, N. 5; Keller, A., II, 36.

³⁹ Brehm, Art. 43, N. 20.

⁴⁰ Keller/Syz, 110.

C. Eski Hale Getirmenin Bizzat Zarar Gören Tarafından Yapılması Halinde

1. Şeye Gelen Zararlarda

Şeye gelen zararlarda eski hale getirmenin bizzat zarar gören tarafından yapılması, çeşitli durumlarda söz konusu olabilir. Bunlardan biri zarar görene ait bir şeyin tamamen tahrip veya yok edilmesi halidir. Bu durumda, zarar gören, tamamen tahrip veya yok edilen şey misli eşyadan ise⁴¹, bunun yerine bir benzerini satın alıp, bunun için ödediği paranın tazminini sorumlu kişiden talep edebilir. Zarar gören, o şeyin bir benzeri kendisinde zaten mevcut ise, yenisini satın almak yerine, mevcudu kaybettiği şeyin yerine ikame edebilir. Bu takdirde, ikame şeyin, zarar görenin malvarlığı açısından taşıdığı değere (objektif değerine) bakılır. Yani zarar gören bu şeyi satacak olsaydı kaç paraya satabilecek idiye, o miktar para tazminata esas olur. İkame şey zarar görende mevcut olmayıp zarar gören de henüz bu şeyi satın almamışsa, tazminat olarak ödenen paranın muhtemelen zarar görenin eline geçeceği anda, ikame şey, muhtemelen kaç paraya satın alınabilecek ise, o miktar paranın ödenmesine hükmedilir⁴².

Diğer bir hal, hasara uğrayan şeyin bizzat zarar gören tarafından tamir edilmesi veya edilecek olmasıdır. Bu takdirde, sorumlu kişi, zarar görenin bu iş için yapmış veya yapacak olduğu masrafları (malzeme masrafı gibi) ödemeye mahkûm edilir. Bunun yanında zarar görenin, hasara uğrayan şeyi eski haline getirmek için harcadığı emeğin değerinin de sorumlu kişi tarafından karşılanması gerekmektedir⁴³. Zira, zarar görenin sadece emek harcamış olması, malvarlığının azalmasına yol açmaz⁴⁴. Fakat zarar gören bu süre zarfında gelir kaybına uğramışsa, bunun tazminini talep edebilir.

⁴¹ Zarara uğrayan şeyin yerine aynı nev'i ve miktarda yenisini ikame etmek ancak misli şeyler için söz konusu olur (Larenz, SchuldR I, 472); Yarg. 15. HD, 6.4.1988, 2698/1768 (Uygur, 553); Altın misli eşyadandır, aynen iadeye hükmedilebilir;

Kullanılmış şeylerin zarara uğramasına ilişkin olarak bkz. Larenz, SchuldR I, 478 vd.; Oftinger/Stark, I, § 6, N. 363; Merz, OR, 195; v. Tuhr/Peter, 118; Keller, A., II, 90-91; Guhl/Merz/Koller, 76; Kullanılmaz hale gelen motorlu araçlar bakımından, Merz, Probleme des Haftpflichtrechts nach SVG, 110 vd.

⁴² İkame şey için gereken meblâğın ("Anschaffungswert" = "sağlama değeri") zarar teşkil edeceği hususunda bkz. Oğuzman-Öz, 547; Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Alttop, 584; Eren, II, 322; Karahasan, I, 650; Oftinger/Stark, I, § 6, N. 360; Keller/Gabi-Bolliger, 99;

Zarar görene ait bir sebepten dolayı gecikme söz konusu olmadıkça, karar anının esas alınacağı yolunda, Szöllösy, die Teuerung, 20;

Yargıtaya göre, satın alınacak ikame şeyin -olayda aracın- olay günündeki rayic değeri esas alınmalıdır [Yarg. 4. HD, 25.5.1976, 4466/5235 (Yargı 1977/10, 30)].

Krş. nakden tazminatta zararın belirlenme anı, yukarıda dn. 16.

⁴³ Aksi yönde, Brehm, Art. 43, N. 18; Krş. aşağıda dn. 96.

⁴⁴ Serozan'a göre, harcadığı emek dolayısıyla zarar görenin malvarlığında azalma meydana gelmemiş olduğundan, burada normatif zarar söz konusudur (Serozan, Tendenzen, 470).

2. Kişiye Gelen Zararlarda

Kişiye gelen zararlarda, eski hale getirmenin bizzat zarar gören tarafından yapılması, zarara uğrayan kimse hekim ise söz konusu olur. Zarar gören hekim olup da, uygulanması gereken tedavi kendi ihtisas sahasına giriyorsa ve tedavi için başka bir hekime başvurması gerekmiyorsa, o takdirde zarar görenin kendi tedavisi için yapmış olduğu masraflar (ilaç masrafı gibi) tazminatın konusunu teşkil ederler. Bunun yanında, zarar gören, kendi kendisini tedavi etmesinden dolayı, normalde hastalarından aldığı tedavi ücretini sorumlu kişiden talep edemez. Zarar gören hekim ancak, kendi tedavisi ile uğraşması sebebiyle hastalarına bakamamışsa, bundan dolayı uğradığı gelir kaybının tazminini talep edebilir⁴⁵.

D. Eski Hale Getirmenin Zarar Gören Tarafından Üçüncü Bir Kişiye Yaptırılması Halinde

1. Şeye Gelen Zararlarda

En sık rastlanan örneklerden birisi hasara uğrayan şeyin zarar gören tarafından tamir ettirilmesidir. Trafik kazalarında zarar gören önce aracını tamir ettirmekte, daha sonra yaptığı masrafları⁴⁶ sorumlu kişiden talep etmektedir.

Tazminat alacağı, masrafın yapıldığı anda, yani malvarlığında eksilmenin meydana geldiği anda değil, şeyde olumsuz değişikliğin meydana geldiği anda, yani verdiğimiz örnekte tamir ihtiyacının doğduğu anda doğmuştur⁴⁷. Bu itibarla, zarar gören henüz hasar gören şeyi tamir ettirmeden de muhtemel tamir masrafını sorumlu kişiden talep edebilir. Bu takdirde hasara uğrayan şeyin tamir edileceği ana itibar edilir⁴⁸. Şu kadar ki, tamirin gecikmesinde zarar görenin kusuru varsa, gecikmeden dolayı artan masraf dikkate alınmaz⁴⁹. Ayrıca, zarar gören, sonra-

⁴⁵ Bkz. Keller, A., II, 36.

⁴⁶ Zarar gören, hasara uğrayan şeyi, meselâ bir dostuna karşılıksız olarak tamir ettirmişse, malvarlığında eksilme meydana gelmemiş olur, dolayısıyla tazminata konu olabilecek bir zararın varlığından söz edilemez. Zarar görenin hasara uğrayan şeyi kendisinin tamir etmesi haline ilişkin olarak bkz. yukarıda C, I,

⁴⁷ Bkz. tabii zarar kavramı, birinci bölüm, § 2, I.

⁴⁸ Szöllösy, die Teuerung, 21; Hüküm anının esas alınacağı görüşünde, Tandoğan, Mesuliyet, 266; Karahasan, I, 621; Oftinger/Stark, I, § 6, N. 381;

Yargıtay eski hale getirme için gerekli giderin de olay anına göre tesbit edilmesi ve tesbit edilen miktara gene olay tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerektiği görüşündedir. [Örnek olarak bkz. Yarg. 4. HD, 21.10.1982, 8517/9322 (Karahasan, II, 765); Yıkılan duvarın eski hale getirilmesi için gerekli masraf, zararın gerçekleştiği ana göre tesbit edilmelidir; Yarg. 4. HD, 25.5.1976, 4466/5235 (Yargı 1977/10, 30): Hasara uğrayan aracı tamir ettirmek için gerekli masraf, olay gününe göre tesbit edilmelidir; Ayrıca bkz. Yarg. 4. HD, 24.6.1986, 4356/5018 (YKD 1986/12, 1769).

⁴⁹ Tandoğan, Mesuliyet, 266; Oftinger/Stark, I, § 6, N. 381; Bkz. BGE 70 II 94.

dan tamir sırasında çıkacak aksaklıklardan dolayı ilâve bir tazminat talebinde bulunamaz, meğer ki zarar verici olay ile uygun illiyet bağı içinde başka bir arıza tamir sırasında ortaya çıkmış olsun.

2. Kişiye Gelen Zararlarda

Cismanî zararlarda da benzer bir durum söz konusudur. Vücut bütünlüğünün ihlâli sonucu bunda meydana gelen olumsuz değişikliğin kendisi, zararı teşkil eder⁵⁰. Örnek olarak bir kimsenin ayağının kopması zarardır. Zira o kimsenin, sahip olduğu bir (manevî) varlıkta (vücudunda) eksilme meydana gelmiştir. Bir kısım yazara göre, bu tip zararlarda aynen tazmin çoğu zaman imkânsızdır⁵¹. Çıkan gözü eski haline getirmek imkânı yoktur. Oysa, vücut bütünlüğünde meydana gelen olumsuz değişikliğin eski haline getirilmesi (mağdurun tedavi edilmesi) aynen tazminden başka bir şey değildir⁵². Vücut bütünlüğünde meydana gelen değişikliğin tam olarak eski haline getirilememesi, bu sonucu değiştirmez. Kaldı ki, organ nakillerindeki gelişme dikkate alınırca, kaybedilen organın yerine yenisinin ikamesi söz konusu olabilmektedir.

Sorumlu kişi, vücut bütünlüğünün eski haline getirilmesi için yapılması gereken masrafı karşılamalıdır. Bu masrafın önceden yapılmış olması şart değildir⁵³. Masraf yapma ihtiyacının mevcudiyeti tazminat talebinde bulunmak için kâfidir⁵⁴. Henüz masraf yapılmamışsa, tedavinin yapılacağı ana itibar edilir⁵⁵.

§ 3. Hakimin Takdir Yetkisi

I. Genel Olarak

Tazminatın ne şekilde belirleneceği ve zararın ne tarzda tazmin edileceği hususunda hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. BK 43/I uyarınca hâkim, hal ve mevkiin icabına ve kusurun ağırlığına göre taz-

⁵⁰ Bkz. tabii zarar kavramı, birinci bölüm, § 2, I. Vücutta değişikliğin meydana gelmesi ile birlikte zarar da doğmuş olur. Şu var ki, ancak bu zarardan malvarlığı etkilendiği takdirde, yani masraf yaparak bu zararı gidermek söz konusu ise, sorumlu kişiden bu masrafı karşılaması beklenir. Başka bir ifade ile, zarar görenin malvarlığı etkilenmediği sürece, tazmini gereken bir zararın varlığından söz edilemez (Brehm, Art. 41, N. 76; Ayrıca bkz. birinci bölüm, dn. 76).

⁵¹ Eren, II, 364; Tandoğan, Mesuliyet, 256; Schwarz, 133; Ataay, 106.

⁵² Merz, OR. 193; Nitekim, BGB § 249/c. 2'de kişiye gelen zararların eski hale getirilmesinden bahsedilmektedir.

⁵³ Oftinger/Stark, I, § 6, N. 113; Honsell, 66.

⁵⁴ Bkz. aşağıda § 4, dn. 77; Ayrıca bkz. birinci bölüm, § 2, IV, B, 1, b, bb.

⁵⁵ Szöllösy, die Teuerung, 21.

minatın suretini tâyin eder. Burada hâkim, önce zararın görünüş biçimlerinden hangisinin (malvarlığındaki eksilme veya hak konusu varlıktaki fiili değişiklik) esas alınacağına ve daha sonra da buna bağlı olarak zararın ne şekilde tazmin edileceğine karar verir.

Hâkim, takdir yetkisini kullanırken ne davacının ne de davalının talep ettiği tazmin tarzı ile bağlıdır⁵⁶. Buna mukabil taraflar anlaşarak tazmin tarzını belirlemişlerse, buna hakimin uyması gerekir. Başka bir ifade ile, taraflar arasında anlaşma olmadığı takdirde tazmin şeklini hâkim tâyin eder⁵⁷. Doktrinde aksi görüş de savunulmaktadır⁵⁸. Buna göre, hâkim tarafların arzusuyla bağlı değildir. Kanaatimce, sadece hâkimin takdir yetkisi bulunduğuna işaret etmek isteyen BK 43/I hükmünden bu sonucu çıkarmak mümkün değildir. Aksi görüş, zarar göreni korumak düşüncesine de dayandırılmaz. Tazminat alacağından ibra anlaşması yoluyla feragat etmek her zaman mümkün iken, tarafların tazminatın tarzı üzerinde tasarruf edemeyeceklerini savunmak güçtür. Kaldı ki, usul hukukunda hâkim olan tasarruf ilkesi uyarınca, tarafların dava ve dava konusu üzerinde tasarruf yetkileri bulunmakta ve hâkim tarafların talepleri ile bağlı bulunmaktadır⁵⁹. Tarafların anlaşması konusunda bir sınırlama getiren KTK 111/II hükmü dahi sadece bir iptal hakkı tanımış olup, yetersiz veya fahiş tazminat miktarını içeren anlaşmaya taraflar razı oldukları takdirde, mahkeme safhasında hâkim re'sen anlaşmayı geçersiz kılamamaktadır.

II. Tazminatın Belirlenme Tarzının Tayininde

Hâkim ilk önce, zararın hangi görünüm şekli esas alınarak tazminatın belirleneceğini takdir edecektir. Örnek olarak, haksız fiil sonucu bir motorlu araç hasara uğramış veya tamamen kullanılmaz hale gelmiştir. Zarar, araçtaki fiili değişikliğe göre mi, yoksa bu sebeple malvarlığında değer itibariyle meydana gelen eksilmeye göre mi tesbit edilecektir.

Alman hukukunda aynen tazmine öncelik tanınmıştır (BGB § 249)⁶⁰. Eski hale getirme imkânsız ise veya alacaklının zararının giderilmesinde yetersiz kalıyorsa (BGB § 251/I) veya uygun bir mehil içinde gerçekleşmemişse (BGB § 250), ancak o takdirde sorumlu kişi alacaklının zararını nakden tazmin yoluyla karşılamalıdır.

Türk hukukunda somut olayın durumuna hangisinin uygun düşe-

⁵⁶ Oğuzman-Öz, 549; Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Altıp, 581; Oftinger/Stark, I, § 2, dn. 119; OR-Schnyder, Art. 43, N. 1.

⁵⁷ v. Tuhr/Peter, 114; Feyzioglu, I, 552; Oğuzman-Öz, 549, dn. 338.

⁵⁸ OR-Schnyder, Art. 43, N. 1; Bkz. altıncı bölüm, § 1.

⁵⁹ Kuru, II, 1320.

⁶⁰ Kişiye ve şeye gelen zararlarda, zarar gören, eski hale getirme yerine, bunun için gerekli olan paranın ödenmesini talep edebilir (BGB § 249/c. 2).

ceğini, takdir yetkisi çerçevesinde hâkim belirleyecektir (BK 43/I; MK 4). Genellikle "hal ve mevkiin icabı", şeydeki fiilî değişikliğin esas alınmasını gerektirir⁶¹. Zira zarar görenin menfaati bu yöndedir. O, tekrardan aynı nitelikte bir şeyi, verdiğimiz örnekte aracı, kullanma imkânına sahip olmayı ister. Bu da aracın tamiri veya benzer bir aracın zarar görene verilmesi ile, yani "aynen tazmin" yoluyla gerçekleşir. Buna mukabil bir süre sonra satmak üzere elinde bulundurduğu aracı kullanılmaz hale gelen kimsenin -meselâ oto galericisinin- menfaati kendisine yeni bir aracın verilmesinde değil de, bu sebeple malvarlığında meydana gelen azalmanın telâfisinde, yani zararın "nakden tazmini" yönündedir. Aracın muhtemel satış fiyatı tazmin edilmelidir⁶².

Hâkim BK 43/I uyarınca tazminatın şeklini belirlerken kusurun ağırlığını da dikkate alacaktır. Kusurun ağırlığı, özellikle, aynen tazmin ile nakden tazmin arasında, sorumlu kişiye yüklenen külfet bakımından bir fark bulunuyorsa önem taşır⁶³. Örnek olarak sahibi için manevî bir değer⁶⁴ taşıyan hatıra eşyası haksız fiil sonucu tahrip olmuş veya bir ev hayvanı yaralanmıştır. Hatıra eşyasının tamiri veya hayvanın tedavi masrafı, hatıra eşyasının veya hayvanın değerinin üzerinde olabilir.

⁶¹ Guhl/Merz/Koller, 76; Yargıtay uygulaması farklı yöndedir (bkz. yukarıda dn. 20).

⁶² Larenz, SchuldR I, 487; Merz, OR, 195, dn. 27.

⁶³ Şeyin eski haline getirilmesi aşırı masrafı gerektirmediği takdirde, bunun için gerekli olan paranın ödenmesine hükmedilebilir (v. Tuhr/Peter, 115-116; Bak. Schwarz, 133); BGB § 251/II, c. 1'e göre, eğer eski hale getirme ancak orantısız ölçüde masraf yapılması ile mümkün ise, o takdirde sorumlu kişi zarar görenin zararını nakden tazmin edebilir; BGH NJW 1984, 1244: Gerekli masrafın orantısız ölçüde olup olmadığı hususunda sınırlı dürüstlük kuralı (BGB § 242) çizer; Motorlu araçlarda, tamir masrafı, ikame araç için gerekli masrafı % 30 oranında aşıyorsa, orantısız ölçüde olduğu kabul edilir (bkz. Staudinger-Medicus, § 251, N. 21; MünchKomm-Grunsky, § 249, N. 7a); BGH NJW 1984, 1243: Orantısız ölçüde masraf yapılması gerekiyorsa, ödenecek tazminat şeyin değeri ile sınırlıdır;

Yargıtay eski hale getirme için gerekli masrafa göre belirlenen tazminatın, zarara uğrayan şeyin (olayda taşınmazın) rayiç değerini aşamayacağı görüşündedir. Bkz. Yarg. 4. HD, 13.10.1986, 6348/7007 (Uygur, 372); Yarg. 4. HD, 24.6.1986, 4356/5018 (YKD 1986/12, 1769); Yarg. 4. HD, 20.2.1985, 9997/1316 (Uygur, 559); Yarg. HGK, 3.10.1984, 4-857/783 (Uygur, 371); Yarg. 4. HD, 12.1.1982, 13394/274 (YKD 1982/5, 645); Yarg. 4. HD, 11.3.1982, 1406/2552 (YKD 1982/8, 1102); Yarg. 4. HD, 12.12.1979, 9779/13899 (YKD 1980/10, 1344); Yarg. 4. HD, 29.12.1978, 3173/15053 (YKD 1979/8, 1127);

Yargıtay uygulamasına göre, motorlu araçlara gelen zararlar da, önce eski hale getirme giderleri ile olay tarihi itibarıyla değer eksikliği tesbit edilir, daha sonra bunlardan hangisi az ise ona hükmedilir [Yarg. 4. HD, 23.2.1984, 1095/1761 (Karahasan, II, 728); Yarg. 4. HD, 23.3.1979, 12036/3992 (Karahasan, II, 730)]; Aynı yönde, Oftinger/Stark, I, § 6, N. 366; Özel durumlarda istisna yapılabileceği hususunda bkz. aynı yazar, dn. 552.

⁶⁴ Maliki için manevî değer taşıyan bir şeyin tamiri (veya bir hayvanın tedavisi), malik için manevî bir tazmin de sağlar (Affektionsinteresse); Bkz. Oetker, 347; Deutsch, 451; BGH NJW 1984, 1243; BGH NJW 1984, 1244: Buna imkân sağlayan BGB § 251/II hükmü, prensip olarak manevî tazminatı kabul etmeyen BGB § 253 hükmüne getirilen istisnalardan birisidir.

Bu takdirde, hâkim, sorumlu kişinin kusurunu da dikkate alarak ya hatıra eşyasının tamirine veya hayvanın tedavi edilmesine (aynen tazmin) ya da hatıra eşyasının tahribi veya hayvanın sakat kalması sebebiyle malvarlığında meydana gelen değer eksikliğinin giderilmesine⁶⁵ (nakden tazmin) hükmeder. Hâkim tarafların malî durumlarını da dikkate alır⁶⁶.

Hâkim, takdir yetkisi çerçevesinde karma bir usule de başvurabilir⁶⁷. Aynen tazmin, yani fiilî durumun eski haline getirilmesi, her zaman zarar göreni tam olarak tatmin etmeye yetmez. Meselâ tahrip olan araç ne kadar iyi tamir edilirse edilsin, tamir gördüğü için değerinde azalma olacaktır. O takdirde hâkim, hem aracın tamiri için gerekli masrafların ödenmesine (aynen tazmin) hem de tamire rağmen aracın değerinde meydana gelen azalmanın tazminine (nakden tazmine) hükmeder⁶⁸. Her iki halde de bir miktar paranın ödenmesi söz konusu olsa dahi, bunların dayandıkları esas, daha doğrusu telâfisini hedefledikleri zarar tipi farklıdır.

Zarar verici olayın sebebiyet verdiği çeşitli zarar kalemlerinden her biri için, ayrı bir tazminat şekline başvurmak da mümkündür. Örnek olarak, hasar gören aracın tamiri -veya tamir için gerekli paranın ödenmesi- yanında (aynen tazmin), aracın tamir süresince kullanılmaması sebebiyle mahrûm kalınan kârın veya bu sebeple yapılan masrafların başka bir aracın kiralanması gibi- tazminine (nakden tazmin) hükmedilebilir⁶⁹.

III. Tazminat Türünün Tayininde

Hâkim, tazminatın hangi zarar tipi esas alınarak belirleneceğine karar verdikten sonra, zararın ne şekilde tazmin edileceğine karar verir. Hâkim nakden tazmin yolunu seçtiği takdirde, bir problemle karşılaşmaz, malvarlığındaki değer eksikliği bir miktar paranın zarar görene verilmesi ile karşılanır.

Buna mukabil aynen tazmin yolu seçildiğinde durum özellik taşır.

⁶⁵ Bkz. yukarıda, § 2. II.

⁶⁶ v. Tuhr/Peter, 114-115.

⁶⁷ Oğuzman-Öz, 549; Eren, II, 364; Brehm, Art. 43, N. 21.

⁶⁸ Oftinger/Stark, I, § 6, N. 370; Guhl/Merz/Koller, 76; Brehm, Art. 41, N. 77; Oğuzman-Öz, 548; Eren, II, 323-324; Tandoğan, Mesuliyet, 281; Yarg. 4. HD, 19.11.1990, 762/8642 (Karahasan, II, 656); Yarg. 4. HD, 11.2.1988, 8157/1337 (Uygur, 384); Yarg. 4. HD, 23.2.1984, 1095/1761 (Karahasan, II, 728); Ayrıca bkz. birinci bölüm, § 2, II, B. 2.

⁶⁹ Tandoğan, Mesuliyet, 256; Oftinger/Stark, I, § 2, N. 100.

Hekimin tıbbî müdahale sırasında hastasının vücudunda yol açtığı zararı sonradan gene tıbbî bir müdahaleyle gidermesi, aynen tazmindir. Hekimin, ayrıca işgöremezlikten dolayı hastasının uğradığı gelir kaybını tazmin etmesi ise nakden tazmindir (OR-Schnyder, Art. 43, N. 4).

Zarar verici olay sonucu ortaya çıkan fiili durumu sorumlu kişi, bizzat kendisi veya kendisinin tuttuğu kimseler eli ile eski haline getirebileceği gibi, gerekli masrafları ödemek suretiyle, eski durumun bizzat zarar gören veya onun seçeceği üçüncü bir kişi tarafından yaratılması imkânını da sağlayabilir. Roma hukukunda ve müşterek hukukta tazminat sadece bir miktar paranın ödenmesi yoluyla gerçekleştirilmekteydi⁷⁰. Alman hukukunda ise hak konusu varlıktaki değişikliğin prensip olarak sorumlu kişi tarafından eski haline getirilmesi esas kabul edilmiştir (BGB § 249/ c. 1). Fakat bu prensibin önemli istisnaları bulunmaktadır (BGB § 249/ c. 2; § 250). Borçlar Kanunumuz ise bu konuda herhangi bir sınırlama getirmemiş, zararın ne şekilde tazmin edileceğinin tayinini, tamamen hâkimin takdirine bırakmıştır.

Uygulamada, aynen tazminde, eski hale getirmek için gerekli masrafin sorumlu kişi tarafından karşılanması yolu tercih edilmektedir⁷¹. Başka bir ifade ile, hâkim aynen tazmine karar verse dahi, nakden tazminde olduğu gibi bir miktar paranın ödenmesine hükmetmektedir. Trafik kazası sonucu hasar gören araç genellikle bizzat araç sahibi tarafından tamir ettirilmekte, daha sonra sorumlu kişiden tamir masrafı talep edilmektedir. Hâkim, aracın bizzat sorumlu kişi tarafından veya onun seçeceği kimseler vasıtasıyla ve masrafı da sorumlu kişiye ait olmak üzere tamir edilmesine hükmetmemektedir.

Uygulamada tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesine hükmedilmesinin sebebi, para ödenmesi dışında bir şeyin verilmesi veya yapılmasına hükmedildiğinde bir takım zorluklarla karşılaşılacak olmasıdır. Bu konuda şunları söylemek mümkündür;

1° Zararın, bir miktar paranın ödenmesi suretiyle tazmin edilmesine karar verilmesi, tazminatın belirlenmesinde kolaylık sağlar⁷². Bu sayede BK 43 ve 44 hükümleri uyarınca indirim yapılması mümkün olur⁷³. Bunun yanında, zararın denkleştirilmesinin, yani zarar verici olay sebebiyle zarar görenin elde ettiği yararların mahsubunun hesabın yapılmasında kolaylık sağlanmış olur.

2° Tazminat olarak, bir miktar paranın ödenmesi dışında bir şeye hükmedildiği takdirde, zarar gören ile sorumlu kişi arasındaki ilişkinin uzaması söz konusu olur. Örnek olarak, hasar gören aracın sorumlu kişi tarafından tamir edilmesi veya ettirilmesine hükmedildiğinde, zarar

⁷⁰ Merz, OR, 192, dn. 21; v. Tuhr/Peter, 114.

⁷¹ Uygulamada para ile giderim yoluna başvurulduğu hususunda bkz. Karahasan, Sorumluluk, 95; İsviçre uygulamasının da bu yönde olduğu hususunda bkz. Oftinger/Stark, I, § 10, N. 96; İstisnai nitelikteki bazı kararlar için bkz. yukarıda dn. 29, 30; Doktrinde de nakdi ödemeye öncelik tanınmaktadır: Brehm, Art. 43, N. 5, 22; OR-Schnyder, Art. 43, N. 2; Becker, Art. 43, N. 3; v. Tuhr/Peter, 115.

⁷² Brehm, Art. 43, N. 22; v. Tuhr/Peter, 115.

⁷³ Merz, OR, 193; Keller/Syz, 109.

gören ile sorumlu kişi bir süre daha ilişki içinde kalacak ve bu arada yeni ihtilâfların doğması -tamir gereği gibi yapılmamıştır, gibi- ihtimali ortaya çıkacaktır. İhtilâfi en çabuk şekilde kesin bir sonuca bağlamak daha isabetlidir⁷⁴.

3° Bir miktar paranın ödenmesine hükmedildiğinde bunun icrası problem yaratmayacaktır⁷⁵. Buna mukabil, para ödenmesi dışında bir şeye hükmedildiğinde ve sorumlu kişi bunu yerine getirmede, sorumlu kişiyi cebren belli bir şekilde davranmaya zorlamak imkânı yoktur. Sorumlu kişi ikame şeyi almaya veya hasar gören şeyi tamir etmeye mahkûm edilmişse ve bu borcunu yerine getirmiyorsa, yapılacak şey İİK 30 uyarınca işin başkasına yaptırılması için gerekli paranın sorumlu kişiden talep edilmesidir. Bunun yerine baştan tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesine hükmedilmesi, zarar görenin daha kısa bir süre içinde tatmin edilmesini sağlar⁷⁶.

§ 4. Tazminat Olarak Ödenen Parada Zarar Görenin Tasarruf Yetkisi

Tazminat, bazan, zarar görenin belli bir şekilde hareket edeceği tahmin edilerek belirlenir. Örnek olarak, trafik kazası sonucu aracı hasara uğrayan kimseden, normal şartlar altında aracını tamir ettirmesi beklenir. Zarar gören kimse, önce aracını tamir ettirip, daha sonra sorumlu kişiden tazminat talep edebileceği gibi, aracını tamir ettirmeden de tamir için gerekli masrafın tazminini sorumlu kişiden talep edebilir. Aynı şekilde cismanî zarara uğrayan kimse, sürekli bakıma ve belirli ilaçları kullanmaya ve belirli dönemlerde belirli tedavi araçlarını almaya muhtaç ise, henüz bunlar için masraf yapmadan, ileride yapacağı muhtemel masrafların tazminini sorumlu kişiden talep edebilir (BK 46/1)⁷⁷.

Her iki örnekteki gibi, henüz bilfiil masraflar yapılmadan, zarar görenin bu masrafları yapacağı tahmin edilerek, sorumlu kişi tazminata mahkûm edilmişse, o takdirde ortaya şöyle bir problem çıkmaktadır; Zarar gören eline geçen bu parayı, söz konusu masraflar için kullanmak zorunda mıdır? Yani zarar gören tazminat olarak aldığı parayla

⁷⁴ Bkz. yukarıda dn. 33, aşağıda dn. 84.

⁷⁵ Brehm, Art. 43, N. 22; v. Tuhr/Peter, 115.

⁷⁶ Oftinger/Stark'ın tavsiyesine göre, hâkim para ödenmesi dışında bir şeyin verilmesi veya yapılmasına hükmederken, bir süre tayin etmeli ve o süre içinde ifanın gerçekleşmemesi ihtimalinde ödenecek nakdi tazminatı (OR 98/I; BK 97/I) da hükmünde belirtmelidir (Oftinger/Stark, I, § 2, N. 98).

⁷⁷ Yarg. 4. HD, 21.2.1980, 12840/2233 (YKD 1981/4, 432); Yarg. 4. HD, 16.10.1979, 6080/11427 (Yasa HD, 1979/11, 1710-1711); Gelecekte kullanılacak ilaçların bedeli tazmin edilmelidir; Yarg. 4. HD, 27.3.1979, 13013/4136 (YKD 1980/2, 210); Estetik ameliyatı için gerekli giderleri önceden tesbit etmek mümkündür; Yarg. 4. HD, 2.10.1986, 6103/6707 (Karahasan, II, 641); Kırılan dişlerin tedavisi henüz yapılmamış olmasına rağmen, ödetme kararı verilmelidir.

aracını tamir ettirmeli veya tedavisi için gerekli masrafı yapmalı mıdır? Meselâ ikinci örnekte zarar gören tazminat olarak aldığı parayı kendi tedavisi için kullanmayıp başka bir gaye için kullanabilir mi? Veya aynı örnekte, belirli bir süre yaşayacağı tahmin edilen zarar görenin, hüküm verilmesinden hemen sonra ölmesi halinde, onun tedavisi için ödenen paranın bu amaçla kullanılması imkânı ortadan kalkar. Bu para külli haleflere mi kalmalıdır?

Bu problemin çözümünde öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, zarar gören tazminat olarak ödenen parayı aldığı anda, bu para onun malvarlığına dahil olur. Kural olarak herkes kendi malvarlığına dahil olan unsurlarda serbestçe tasarrufta bulunabilir. Dolayısıyla zarara uğrayan kimse tazminat olarak aldığı parayı dilediği gibi kullanmakta serbesttir. Dilerse aracın tamirinde veya kendi tedavisinde kullanır dilerse kullanmaz. Bu hususta zorlayıcı tedbir almak imkânı yoktur. Bununla birlikte acaba zarar görenin tazminat olarak aldığı parayı dilediği gibi kullanabilmesi, tazminat hukuku açısından ne gibi sonuçlar doğuracaktır?

Eğer tazminat, gelir kaybının tazmininde olduğu gibi, doğrudan doğruya malvarlığındaki eksilmenin giderilmesini hedef almaktaysa, zarar görenin tazminat olarak aldığı parada dilediği gibi tasarruf edebileceğinde tereddüt yoktur⁷⁸. Yukarıda da belirtildiği gibi, problem, ihlale uğrayan hak konusu varlığın zarar gören tarafından eski haline getirileceği düşüncesinden hareketle ödenen parada, zarar görenin serbestçe tasarruf edebilip edemeyeceği hususundadır.

Hâkim olan kanaat, genel olarak zarar görenin tazminat olarak aldığı parayı dilediği gibi kullanabileceği yönündedir⁷⁹. Bu görüşün isabetli olup olmadığının tesbiti için, tazminat olarak ödenen paranın hangi ga-

⁷⁸ BGE 108 II 427-428 = Pra. 72, Nr. 30.

⁷⁹ Tandoğan, Mesuliyet, 256-257, 281; Eren, II, 364; v. Tuhr/Peter, 116; Merz, OR, 193, 195; Brehm, Art. 43, N. 6; Keller, A., II, 92; OR-Schnyder, Art. 43, N. 2; Lange, Schadensersatz, 227; Larenz, SchuldR I, 469; Palandt-Heinrichs, § 249, 2, a, bb; Münch-Komm-Grünsky, § 249, N. 17; Soergel-Mertens, § 249, N. 22; Staudinger-Medicus, § 249, N. 226; BGHZ 66, 241; 76, 221; 81, 391; BGH NJW 1982, 1865; 1985, 2469; 1989, 3009; Hâkim görüşün aksine, zarar görenin tasarruf serbestisi bulunmadığı görüşünde, Köhler, 349 vd.

Kişiyeye gelen zararlar ile sahibi için manevî bir değer taşıyan şeylere -meselâ tarihî ve edebî eserler ile hayvanlara- gelen zararlar ise, eski hale getirme için ödenen parada zarar görene tasarruf serbestisi tanınması, manevî tazminata cevaz vermeyen BGB § 253 hükmü ile bağdaşmaz nitelikte görülmektedir (bkz. aşağıda dn. 89 ve 91).

v. Tuhr/Escher'e göre, OR 98 (BK 97) uyarınca ödenen para, cebri icraya yönelik bir tedbir niteliği taşır. Bu itibarla, bu parada zarar gören dilediği gibi tasarruf edemez, bu parayı hükümde belirtilen şekilde kullanmalıdır (v. Tuhr/Escher, 91; 101, dn. 54). Bu hüküm, yapma borcunun ifa edilmemesinden doğan zararın özel bir tarzda tazmini olarak görülür ise (Oğuzman-Öz, 317), o takdirde genel olarak tazminat olarak ödenen paralar hakkında varılan çözüm tarzı BK 97 uyarınca ödenen paralar hakkında da geçerli olacaktır.

ye ile ödendiğine bakmak gerekir. Alman hukukunda bu konuya ilişkin BGB § 249/ c. 2 hükmü dolayısıyla doktrinde ileri sürülen görüşler yol gösterici niteliktedirler.

BGB § 249/ c. 2'ye göre, şeye veya kişiye gelen zararlardan dolayı tazminat ödenmesi lazım geliyorsa, o takdirde alacaklı, hak konusu varlığın eski haline getirilmesi yerine, bunun için gerekli paranın kendisine ödenmesini talep edebilir⁸⁰. Yazarlar, Medeni Kanunun hazırlık çalışmaları sırasında bu hükme ilişkin olarak söylenen sözleri kendilerine dayanak yapmaya çalışmaktadırlar. Hazırlık çalışmaları sırasında hükümün getirilmesindeki gayeye ilişkin olarak bir kaç husus üzerinde durulmuştur⁸¹.

İlk olarak şu denmektedir; Birçok durumda tazminat alacaklısının menfaatine uygun düşen, hasara uğrayan şeyin eski haline getirilmesinden ziyade, o şeyin yerine bir yenisinin ikame edilmesidir. Bu sebeple, alacaklıya sadece eski hale getirmeyi talep etmek hakkı tanınmamalıdır. Bunun anlamı, zarar görenin bir tercih hakkının bulunduğudır. Eski hale getirmek için gerekli olan parayı alan zarar gören, isterse bu parayı şeyin eski haline getirilmesi için harcar isterse hasar gören şeyi verip yerine yenisini alır. Aslında, hasar gören şeyin verilip yerine yenisinin alınması da eski halin yaratılmasından başka bir şey değildir. Bu bakımdan buradan çıkan sonuç, kanaatimce de, zarar görenin tazminat olarak aldığı parayı dilediği gibi kullanabilecek olduğu⁸² değil, tam aksine bu parayı şu veya bu şekilde eski halin yaratılması için kullanacak olduğudur⁸³.

Hazırlık çalışmalarında belirtilen ikinci husus şudur; Çoğunlukla eski hale getirme, hasar gören şeyin borçlunun veya onun tarafından seçilen iş erbabının hâkimiyeti altına girmesini gerektirir. Duruma göre alacaklıdan buna rıza göstermesini beklemek âdil bir çözüm tarzı olmayabilir⁸⁴. Buna ilâve olarak, eski hale getirmenin başarılı olup olmadığı ve bunun alacaklı tarafından tazminat edimi olarak kabul edilmesi gerekli gerekmediği hususunda çok kolay ihtilâf çıkabilir⁸⁵. Bu itibarla, zarar görene, eski hale getirmenin bizzat kendisi tarafından gerçekleştirilebilmesi imkânının tanınması gerekir.

⁸⁰ Sorumlu kişi, zarar gören, hasara uğrayan şeyi eski haline getirmeye niyetli olsun veya olmasın, şeyin eski hale getirilmesi için "gerekli" masrafı tazmine borçlanmıştır (Bkz. Larenz, SchuldR I, 469; Palandt-Heinrichs, § 249, 2, a, bb).

⁸¹ Mugdan, 513.

⁸² Bu görüşte, Medicus, 355.

⁸³ Köhler, 364.

⁸⁴ Köhler, 349; MünchKomm-Grünsky, § 249, N. 13; Staudinger-Medicus, § 249, N. 231; Lange, Schadensersatz, 225; Larenz, SchuldR I, 468; Merz, OR, 193; v. Tuhr/Peter, 116.

⁸⁵ Köhler, 349.

Bütün bu söylenenler de göstermektedir ki, hasara uğrayan şeyin eski haline getirilmesi için gerekli olan masrafın tazmini, zarar görenin bu masrafı yapacağı düşüncesine dayanmaktadır. O halde, zarar gören aldığı parayı eski hale getirme için kullanmamışsa, bu parayı sorumlu kişiye geri mi ödemelidir? Ya da zarar gören bu parayı eski hale getirme için kullanmış ve eski hale getirilmeden sonra para artmışsa bunu sorumlu kişiye iade mi etmelidir? Buna karşılık eski hale getirme tahmin edilenden pahalıya mâl olmuşsa eksik kalan kısım sorumlu kişi tarafından ikmâl mi edilmelidir?

Bu sorulara bizim hukukumuz bakımından verilecek cevap olumsuzdur⁸⁶. Zira bu hususta usulî bir engel mevcuttur. O da "kesin hüküm" kurumudur. Bu kurum ile ihtilâfların kesin ve nihai bir sonuca ulaştırılması amaçlanmaktadır. Ödenen paranın gerçekten eski hale getirme için kullanılıp kullanılmadığının ve kullanıldı ise bu amaçla yapılan masraflara yetip yetmediğinin sonradan yeni bir davaya konu edilmesi kesin hüküm kurumunun varlığı ile bağdaşmaz. Sadece zarar verici olayla uygun illiyet bağı içinde sonradan ortaya çıkan ilave zararlar yeni bir tazminat davasına konu olabilirler⁸⁷.

Söz konusu usulî engel dolayısıyla, tazminat olarak ödenen paranın gayesine uygun şekilde, yani hasara uğrayan şeyin eski haline getirilmesi için kullanılıp kullanılmadığı, sonradan dava konusu yapılamamaktadır. Buna rağmen bu usulî engel, tazminat hukuku açısından önemli bir problem yaratmaz. Eski hale getirmenin gerçekleşmemesi halinde, zarar görenin, tazminat olarak aldığı para miktarınca zenginleştiğinden bahsetmek kolay değildir. Zira, aldığı parayı başka amaçla kullanan zarar gören, bunun sonuçlarına da kendisi katlanmak durumundadır⁸⁸. Zarar görenin, hasara uğrayan aracını tamir ettirmemesi kendi aleyhinedir. Eğer zarar gören aracını tamir ettirmeden bir başkasına satmışsa, karşılığında muhtemelen, aracını tamir ettirseydi elde edeceği paradan daha azını elde etmiştir. Veya kendi tedavisi için ödenen parayı başka amaçla kullanan kimse, bunun olumsuz sonuçlarına kendisi katlanacaktır. Ödenen tazminat, bu olumsuz sonuçların karşılığı olarak görülebilir.

⁸⁶ Zarar görenin tasarruf serbestisi bulunduğunu kabul eden baskın görüş bakımından da sonuç aynıdır (Örnek olarak, Lange, Schadensersatz, 47); Hâkim görüşüne katılmayan Köhler ise ödenen paranın eski hale getirme için kullanılıp kullanılmadığının araştırılması gerektiği görüşündedir (Köhler, 362-363): Aksi halde zararın telâfisi tesadüfe kalmıştır. Tazminat ödenmeden zarar gören ölürse, ameliyat parası ödenmeyecek, yok eğer tazminat ödendikten sonra, fakat ameliyattan önce zarar gören ölürse, ödenen para geri alınamayacak mıdır? Bu paranın BGB § 812/I hükmü uyarınca (ikinci cümledeki ikinci şık: gayeye ulaşılamamasından -sebebin gerçekleşmemesinden- doğan sebepsiz zenginleşme) geri alınabilmesi lazımdır. Fakat şeye gelen zararlar da, BGB § 251/I'den doğan talep (nakden tazmin talebi) mahsup edilir.

⁸⁷ Bkz. birinci bölüm, dn. 25.

⁸⁸ MünchKomm-Grunsky, § 249, N. 17b; Lange, Schadensersatz, 228, dn. 93.

Manevî zararların tazminine kural olarak cevaz vermeyen Alman hukukunda ise farklı bir görüş savunulmaktadır. Denmektedir ki, zarar görene tanınan bu serbestti, insanları, kendi tedavileri için ödenen parayı, bu amaçla kullanmaktan kaçınıp, kendi sağlıklarını tehlikeye atarak başka amaçla kullanmalarına sevk edecektir. Tazminat olarak ödenen parayı, bu sefer başka amaçla kullanmanın yaratacağı olumsuz sonuçların karşılığı olarak görmek, manevî tazminata cevaz vermeyen BGB § 253 hükmü ile bağdaşmaz niteliktedir⁸⁹.

Üzerinde durulan diğer bir örnek de şudur: Tarihi veya edebî değere sahip olan bir şey veya sahibi için manevî bir değer taşıyan bir şey hasara uğradığında bunun tamir masrafı kendi değerinin üzerinde olsa dahi, o şeyin tamiri için gerekli paranın ödenmesine hükmedilebilir. Böyle bir durumda, zarar gören o şeyi tamir ettirmeyip aldığı parayı başka amaçla kullanırsa, zarar görenin zenginleştiğinden bahsedilebilir mi? Hasar gören şeyin tamiri aynı zamanda manevî tatmin de sağlar⁹⁰. Hasar gören şeyin tamir edilmemesi zarar görende manevî tatminsizliğe yol açabilecektir. Bu durumda tazminat olarak ödenen paranın manevî tatminsizliğin bertarafına yaradığından hareket edilebilir mi? Kanaatimce, kural olarak sadece kişilik hakkının ihlâli halinde manevî tazminata cevaz veren BK 49 hükmü dikkate alındığında, bu soruya verilecek cevap olumsuz yönde olmalıdır⁹¹. Kaldı ki, zarar görenin hasara uğrayan şeyi tamir ettirmemesi, onun o şeyin hasara uğraması dolayısıyla manevî açıdan bir zarara uğramadığını da gösterir. Bu itibarla, tamir masrafının, hasara uğrayan şeyin değerini aşması halinde, hâkim, zarar gören hasara uğrayan şeyi tamir ettirdikten sonra tazminata hükmetmelidir.

§ 5. Eski Hale Getirmenin Mümkün Olmaması veya Zarar Görenin Tamire Niyetinin Bulunmaması Halinde Tazminatın Belirlenmesi

Zarar görenin tazminat olarak aldığı parada dilediği gibi tasarruf edebilmesi akla diğer bir soruyu getirmektedir. Tamir için ödenen parayı zarar gören dilediği gibi kullanabilmektedir. O halde zarar görenin, hasara uğrayan şeyi tamir etmeye niyeti yoksa veya tamir etmek imkânı mevcut değilse -meselâ zarar gören hasara uğrayan aracı tamir ettirmeden satmıştır-, bu takdirde tazminat olarak gene tamir için gerekli olan paraya hükmedilebilir mi? Para ödendikten sonra zarar gören bunu di-

⁸⁹ MünchKomm-Grunsky, § 249, N. 18; Soergel-Mertens, § 249, N. 22; Lange, Schadensersatz, 228; BGHZ 97, 19.

⁹⁰ Bkz. yukarıda dn. 64.

⁹¹ Kırılan tarihi veya edebî bir eserin tamiri için ödenen paranın bu amaçla kullanılmamasının BGB § 253 hükmüne ters düşeceği hususunda, Lange, Schadensersatz, 229.

lediği gibi kullanabildiğine göre, para ödenmeden tamir imkânının ortadan kalkması veya zarar görenin tamire niyetinin bulunmaması, tazminatın tamir masrafına göre belirlenmesine engel olmamalı mıdır?

Buradaki problemin özü şudur; Tazminatın, hasara uğrayan şeyi eski hale getirmek için gerekli masrafa göre belirlenmesi, aynen tazmin esasından hareket edildiği anlamına gelir. Eğer imkânsızlık veya zarar görenin niyeti dolayısıyla aynen tazmin esasından hareket edilemeyeceği kabul edilirse, o takdirde tazminat, şeyin hasara uğramasından dolayı malvarlığında meydana gelen eksilmeye göre, yani nakden tazmin esasından hareketle belirlenecektir.

I. Alman Hukukunda İleri Sürülen Görüşler

Alman hukukunda bu konuda çeşitli ayrımlar yapılarak çözüme ulaşılmaya çalışılmıştır. Birinci ayırım, imkânsızlığın, subjektif veya objektif imkânsızlık olup olmamasına dayanmaktadır.

A. Objektif İmkânsızlık Halinde

Eğer objektif imkânsızlık söz konusuysa, yani zarar görenin tercihinden kaynaklanmayan, herkes için geçerli bir imkânsızlık söz konusuysa, tazminat eski hale getirme masrafına göre belirlenmez (BGB § 251/I)⁹². Örnek olarak, hasara uğrayan araç sonradan yok olmuştur veya sürekli tedavi ve bakıma muhtaç olan zarar gören hükümden önce ölmüştür. Bu hallerde, tazminat, aracın tamiri veya tedavi ve bakım için gerekli masrafa göre belirlenmez. Hasara uğrayan araç bakımından, BGB § 251/I uyarınca nakden tazmin yoluna gidilir⁹³, yani aracın kazaya uğramasından önceki ve sonraki değeri arasındaki fark talep edilir⁹⁴.

B. Subjektif İmkânsızlık Halinde

Eğer subjektif imkânsızlık söz konusuysa, yani zarar görenin tercihinden kaynaklanan bir imkânsızlık söz konusuysa gene ikili bir ayırıma gidilmektedir.

1. Şeye Gelen Zararlarda

Eğer imkânsızlık zarar görenin tercihinden kaynaklanıyorsa, bu durum, tazminatın, şeyin eski haline getirilmesi için gerekli masrafa göre belirlenmesine engel teşkil etmez. Örnek olarak, zarar gören hasara uğ-

⁹² MünchKomm-Grunsky, § 249, N. 14; Köhler, 360; Lange, Schadensersatz, 229; BGHZ 66. 243.

⁹³ MünchKomm-Grunsky, § 249, N. 14; Köhler, 360.

⁹⁴ Köhler, 360.

rayan aracı tamir ettirmeden satmış veya yeni aldığı aracın bedeline mahsuben başkasına temlik etmişse, aracın zarar gören tarafından tamir ettirilmesi imkânsız hale gelmiştir (subjektif imkânsızlık). Buna rağmen, tazminat tamir için gerekli masrafa göre belirlenir⁹⁵. Zira tazminat olarak ödenen parada zarar gören dilediği gibi tasarruf etmek yetkisine sahiptir. Tazminat olarak ödenen parayı alıp, aracı tamir ettirmeden başkasına temlik edebilecek olan zarar gören, bunun yerine bu parayı almadan önce de aracı tamir ettirmeden başkasına temlik edebilmelidir. Hattâ, aracı başkasına tamir ettirecek yerde, bizzat kendisi tamir etmişse⁹⁶ veya tanıdığı bir kimseye ücretsiz veya düşük ücretle tamir ettirmişse⁹⁷, gene tazminat, araç normal şartlar altında bu işin ehli bir tamirciye kaçta tamir ettirilebilecek idiye o miktara göre belirlenmelidir⁹⁸.

2. Kişiye Gelen Zararlarda

Alman hukukunda mânevî zararların tazminine kural olarak cevaz verilmemesi sebebiyle (BGB § 253), kişiye gelen zararlarda farklı sonuca varılmaktadır. Zarar görene sağlığı için gerekli masrafı yapıp yapmamak hususunda tercih hakkı tanınmamaktadır⁹⁹. Dolayısıyla, artık masraf yapmaya ihtiyaç kalmamışsa veya zarar görenin bu masrafı yapmaya niyeti yoksa, tazminat tedavi masrafına göre belirlenmez.

Zarar gören sıhhatine kavuşması için gerekli masrafları zamanında

⁹⁵ MünchKomm-Grunsky, § 249, N. 15; Staudinger-Medicus, § 249, N. 221; Medicus, 355; Soergel-Mertens, § 249, N. 27;

Motorlu araçlar bakımından bu görüşü benimseyen Federal Mahkeme (BGHZ 66, 239; BGH NJW 1985, 2469), taşınmazlar bakımından aksi görüşü benimsemiştir. Federal Mahkemeye göre, hasar gören evin tamirden önce satılması halinde, eski hale getirme için gerekli olan paraya hükmedilemez (BGHZ 81, 385; BGH NJW 1993, 1793); Hasar gören evler ile motorlu araçlar arasında ayırım yapılmasının isabetli olmadığı hususunda bkz. MünchKomm-Grunsky, § 249, N. 15a; Larenz, SchuldR I, 470;

Sübjektif imkânsızlık halinde de eski hale getirme için gerekli masrafa hükmedilememesi gerektiği görüşünde, Köhler, 361 vd.; Schiemann, Argumente und Prinzipien, 216 vd.; Esser/Schmidt, 191; Larenz, SchuldR I, 471; Lange, Schadensersatz, 231.

⁹⁶ BGHZ 61, 56; Staudinger-Medicus, § 249, N. 232; MünchKomm-Grunsky, § 249, N. 19; Köhler'e göre, zararın belirlenmesinde, meslek icabı bu işte çalışan bağımlı kişinin aldığı ücret esas alınmalıdır (Köhler, 353); Krş. yukarıda, § 2, III, C, 1.

⁹⁷ Köhler'e göre, üçüncü kişinin edimi zararın denkleştirilmesi çerçevesinde değerlendirilmelidir (Köhler, 358).

⁹⁸ Federal Mahkeme, zarar görenin hasara uğrayan aracının yerine aldığı ikame araç bakımından da benzer sonuca varmıştır (BGH NJW 1982, 1865). Karara konu olan olayda, özel kişiden alınan ikame araç için katma değer vergisi ödenmemiştir. Buna rağmen Federal Mahkeme, araç tacirden alınsaydı katma değer vergisi dahil ne kadar mal olacak idiye, o miktar paranın tazminata esas teşkil etmesi gerektiğine karar vermiştir.

⁹⁹ Bkz. yukarıda dn. 89; Medicus, kişiye gelen zararlarda önceden gerekli tedavi masrafına hükmedilmemesi gerektiği görüşünü, tedavi masrafının önceden yeterli kesinlikle tesbit edilemeyeceğine dayandırmaktadır (Staudinger-Medicus, § 249, N. 227).

yapmamışsa ve bu masrafların yapılması imkânı ortadan kalkmışsa, gene sonuç aynıdır¹⁰⁰. Zarar gören hergün alması gerekli ilaçları alamamışsa, tazminat bu kullanılmamış ilaçlar için gerekli masrafa göre belirlenemez. İlaçların zamanında alınamamasından doğan zararlar tazmin konusu olurlar¹⁰¹. Zarar gören, gerekli ilaçları satın alabilecek durumda olmasına rağmen bunları satın alıp kullanmazsa, o takdirde bu durum zarar görenin kusuru olarak tazminatın belirlenmesinde dikkate alınır¹⁰².

II. Değerlendirme

Alman hukukunda savunulan görüşler, tazminat alacaklısının tercih hakkı bulunduğundan hareket etmektedirler. Buna göre, zarar gören, dilerse aldığı parayı eski hale getirmek için kullanır dilerse kullanmaz. Oysa kabul ettiğimiz görüş uyarınca, verilen para, zarar görene bu konuda bir serbesti tanımak için verilmemektedir. Amaç, zarar görene, eski hale getirmenin bizzat kendisi veya seçeceği kimseler eli ile yapılabilmesi imkânını tanımaktır¹⁰³. Bu itibarla, ister sübjektif imkânsızlık ister objektif imkânsızlık söz konusu olsun, zarar görenin hak konusu varlığı eski haline getirmesi mümkün değilse veya böyle bir niyeti yoksa, tazminat, hem kişiye hem de şeye gelen zararlarda, eski hale getirmek için gerekli masrafa göre belirlenemez¹⁰⁴.

Hasar gören şeyi tamir etmek imkânı mevcut değilse veya zarar görenin tamir ettirmeye niyeti yoksa, tazminat malvarlığındaki azalmaya

¹⁰⁰ Köhler, 355 vd.; Staudinger-Medicus, § 249, N. 227; Medicus, 356; Aksi yönde, MünchKomm-Grünsky, § 249, N. 16; Stuttgart Eyalet Mahkemesi kararı, NJW 1976, 1797; Kocası uzman doktor olan zarar görenin tedavi süresince evinde kalması halinde, hastane masrafına hükmedilemez; Federal Mahkemenin aksi yöndeki kararları için bkz. birinci bölümü, dn. 72.

¹⁰¹ Staudinger-Medicus, § 249, N. 227.

¹⁰² Bkz. dördüncü bölüm, § 3, II, A, 4. c.

¹⁰³ Bkz. yukarıda § 4.

¹⁰⁴ Araç tamir edilmeden bağışlanmışsa, tamir parasına hükmedilemez (Yarg. 4. HD, 23.3.1976, 1711/3047 (Karahasan, II, 734);

İsviçre hukukunda aksi görüş savunulmaktadır; Oftinger/Stark, I, § 6, N. 367; § 2, N. 27; Merz, Probleme des Haftpflichtrecht nach SVG, 112; BGE 116 II 445; Zarar görenin eski hale getirmeyi isteyip istemediği veya bunu yapabilecek durumda olup olmadığı önemsizdir; JdT 1964 I 454; Malik onarımdan vazgeçse bile, onarım masrafının ödenmesi gerekir; Winterthur Mahalli Mahkemesi kararı, SJZ 60 (1964), Nr. 140, 207; Hasara uğrayan aracın satılmış olmasına rağmen, mahkeme tamir masrafını esas alarak tazminata hükmetmiştir.

¹⁰⁵ Aslında her iki yol arasında pratik bakımdan fazla bir fark yoktur. Bir kere, aracın değerindeki azalmanın tesbitinde, yapılması gerekli tamir masrafı belirleyici rol oynamaktadır (Keuk, Vermögenschaden und Interesse, 221). Diğer taraftan, tamir masrafına göre tazminat belirlendiği takdirde dahi (aynen tazmin), buna ilâve olarak aracın tamirden sonra düşen değeri de dikkate alınmaktadır (nakden tazmin) (Köhler, 369).

göre (nakden tazmin) belirlenir¹⁰⁵. Hasara uğrayan araç hükümden önce tamir edilmeden satılmışsa veya karşılıksız olarak üçüncü bir kişiye temlik edilmişse, aracın kazadan önceki ve sonraki değeri arasındaki farka hükmedilir¹⁰⁶. Zarar gören, hasara uğrayan aracın yerine yeni bir araç almış ve onun bedeline mahsuben hasara uğrayan aracı vermişse, burada yine fiilî durumun eski hale getirilmesi (aynen tazmin) söz konusudur. Zarar, (benzer niteliklere sahip) ikame aracın değerinden, hasara uğrayan aracın değeri çıkarılmak suretiyle tesbit edilir¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Bkz. yukarıda § 2, II.

¹⁰⁷ Bkz. yukarıda § 2, III, C, 1.

Dördüncü Bölüm

Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Dikkate Alınacak Hususlar

§ 1. Genel Olarak

Tazminatın belirlenmesi demek, giriş bölümünde de belirtildiği gibi, zararın ne kadarının sorumlu kişi tarafından karşılanacağını ne kadarının ise zarar görenin üzerinde kalacağını belirlenmesi demektir. Bu bölümde, tazminat belirlenirken, hangi hususlara dikkat edileceği, sorumlu kişinin, hangi hallerde zararın tamamını veya büyük bir bölümünü, hangi hallerde daha ufak bir kısmını karşılaması gerektiği veya hangi hallerde zararı karşılamasına hiç gerek bulunmadığı konusu incelenecektir. Tarafların kendi aralarında yapacakları bir anlaşma ile (sulh anlaşması) tazminat miktarını belirlemeleri konumuzun dışındadır.

Tazminat belirlenirken, daima göz önünde bulundurulacak iki temel prensip bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, zararın miktarının, tazminatın üst sınırını teşkil ettiği¹. Bu prensip, tazminat ile güdülen gayenin tabii bir sonucudur. Tazminatın gayesi uğranılan zararın telâfisi olduğuna göre, tazminatın miktarı, zararın miktarını aşamaz.

İkinci temel prensip, sorumlu kişinin ilk planda zararın tamamından² sorumlu olduğudur³. Başka bir ifade ile, kural, zararın tamamının sorumlu kişi tarafından karşılanmasıdır. Ancak çoğu olayda, somut ola-

¹ Oğuzman-Öz, 548; Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Altıp, 583; Eren, II, 347; Tandoğan, Mesuliyet, 315; Tiftik, 61; Oftinger/Stark, I, § 7, N. 1; § 2, N. 79; Guhl/Merz/Koller, 62; Brehm, Art. 43, N. 25; Becker, Art. 43, N. 2; Merz, OR, 214; Brehm, SJK, N. 2; Keller/Gabi-Bolliger, 101; v. Büren, 53; Deschenaux/Tercier, 178; Yarg. 4. HD, 12.1.1982, 13394/274 (YKD 1982/5, 645); Yarg. 4. HD, 11.3.1982, 1406/2552 (YKD 1982/8, 1102).

² Bazı sorumluluk halleri için miktar itibariyle sınırlamalar getirilmiştir. Örnek olarak akdi sorumlulukta, BK 478, 481; Taşıma sözleşmelerinden doğan sorumluluklara ilişkin sınırlamalar (Hava taşımalarında taşıyanın sorumluluğunun sınırlandırılması hususunda bkz. TSHK 124; Deniz taşımalarında, TTK 1114); 5584 sayılı Posta Kanunu, m. 50; Nükleer tesislerin verdiği zararlardan sorumluluğa ilişkin tasarıdaki sınırlamalar (Bkz. Oğuzman-Öz, 631).

³ Oftinger/Stark, I, § 7, N. 1; Guhl/Merz/Koller, 78; Merz, 214; Keller/Gabi-Bolliger, 101; Tandoğan, Mesuliyet, 315.

yın özellikleri zararın bir kısmının zarar görenin üzerinde kalmasını, hattâ bazan sorumlu kişinin tazminat ödeme yükümlülüğünden tamamen kurtulmasını haklı kılabilir. Böyle durumlarda, hâkim tazminat yükümlülüğünde indirim gider. Tazminatın belirlenmesi, bir anlamda tazminat yükümlülüğünde ne oranda indirim gidileceğinin belirlenmesi demektir⁴.

Hâkim, tazminat yükümlülüğünde indirim gidilip gidilmeyeceğini, gidilecekse hangi oranda gidileceğini belirlerken, olayın özelliklerinin indirimi haklı kılıp kılmadığı hususunda bir değerlendirme yapacaktır. Bu noktada, olayın hangi özelliklerinin hâkim tarafından dikkate alınacağı problemi ortaya çıkmaktadır. BK 43/1 ve 44'de bazı münferit haller sayılmakla birlikte, BK 43/1'de hâkimin "hal ve mevkiin icabına" göre karar vereceği şeklinde geniş bir ifadeye de yer verilmiştir. Bunun sebebi somut olayda hangi özelliklerin tazminat yükümlülüğünde indirim gidilmesini haklı kılacağı, önceden soyut ve genel bir hükümlle belirlenmesinin güçlüğüdür. Kanun koyucu burada soyut ve genel bir düzenleme getirmekten kaçınarak, somut olayın özelliklerinin hâkim tarafından değerlendirilmesini istemiştir⁵. Hâkim, MK 4'de yer alan takdir yetkisini kullanarak hükümdede yer alan bu boşluğu dolduracak, yani somut olayda "hal ve mevkiin icabı" sözünün kapsamına hangi özelliklerin girdiğini tesbit edecektir⁶. Gene hâkim, takdir yetkisine dayanarak, tesbit ettiği özelliklerin, tazminat yükümlülüğünde hangi oranda indirim gidilmesini haklı kıldığını tayin edecektir⁷. Gerek dikkate alınacak özelliklerin tesbiti gerek yapılacak indirimin tayini yetkisi münhasıran hâkime aittir (BK 43, MK 4)⁸.

Hâkimin tazminat miktarını belirlerken dikkate alacağı hususların tamamını "hal ve mevkiin icabı" veya "somut olayın özellikleri" veya "taz-

⁴ Keller, A., 123.

⁵ Somut olayın özelliklerini dikkate almak suretiyle, hakkaniyete uygun bir sonuca varabilecek durumda olan hâkimdir (Bluntschli, 69; Buckhardt, 501; Oftinger/Stark, I, § 7, N. 5a).

⁶ Hâkim, hâl ve mevkiin icabına göre indirim yaparken, sadece 43 üncü maddeyi zikretmekle yetinmemeli, somut olayın hangi özelliğini veya özelliklerini dikkate aldığını belirtmelidir (Brehm, Art. 43, N. 36; BGE 84 II 12).

⁷ Hâkim, tazminat yükümlülüğünde indirim gidilip gidilmeyeceğini takdir ederken, tarafların somut olayın özelliklerine ilişkin beyanları ile bağlıdır (HUMK 236/I). Şu var ki, mahkeme dışında yapılan beyanlar hâkimi bağlamazlar, yani beyanda bulunan aleyhine kesin delil teşkil etmezler (HUMK 236/IV).

⁸ Somut olayın özelliklerini değerlendirecek olan hâkim, ilk derece mahkemesi hâkimidir. Kusurun ağırlığı bir vakıya değildir, bir değerlendirmedir. Fakat bu değerlendirme vakularla o kadar içli dışlıdır ki, bu değerlendirmeyi esas itibarıyla yapacak olan ilk derece mahkemesi hâkimidir (Larenz, SchuldR I, 292, dn. 43; Bu anlamda, BGE 95 II 132 = Pra. 58, Nr. 134); Böyle olmakla beraber bu değerlendirme üst mahkemenin denetimi dışında değildir [BGE 113 II 328; Tiftik, 143; Örnek olarak, BGE 111 II 90 = Pra. 74, Nr. 155; Yarg. 10. HD, 23.3.1995, 2698/2906 (YKD 1995/6, 902); Yarg. 10. HD, 1.10.1985, 4618/4932 (YKD 1986/2, 227); Yarg. 10, 30.9.1986, 4453/4793 (YKD 1987/1, 61)]; Hâkime ait takdir yetkisinin Yargıtayın denetimine tâbi olduğu hususunda bkz. Yarg. 4. HD, 19.12.1979, 11135/14236 (YKD 1981/4, 423).

minat yükümlülüğünde indirim sebepleri" gibi genel bir başlık altında toplamak mümkündür. Buna mukabil kanunun düzenlemesine bakıldığında, üç ayrı halin söz konusu olduğu görülmektedir. Bunlar BK 43'de yer alan "hal ve mevkiin icabı" ve "kusurun ağırlığı" ile BK 44'de "indirim sebepleri" başlığı altında yer alan hallerdir.

Aslında gerek "kusurun ağırlığı", gerek "indirim sebepleri" başlığı altında yer alan halleri "hal ve mevkiin icabı" başlığı altında toplamak mümkündür. "Kusurun ağırlığının", "hal ve mevkiin icabı" yanında ayrıca belirtilmesi, kusurun tazminattaki rolü konusundaki tarihi gelişmelere dayandırılabilir. BK 43'deki düzenleme, mehz İsviçre Borçlar Kanununa, esas itibarıyla 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanununun 51 inci maddesinden aktarılmıştır. Söz konusu kanun, tazminatın kusurun ağırlığına göre belirlenmesi esasını kabul eden ilk kanunlardan birisidir. Bu hususun vurgulanması amacıyla "hal ve mevkiin ("Umstände") icabı" yanında "kusurun ağırlığı" ibaresine ayrıca yer vermek gereği duyulmuştur. Nitekim Zürich Medeni Kanununda (das zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch, 1854/1856), borca aykırılıktan doğan tazminat alacağına ilişkin 999 uncu paragrafta, sadece "hal ve mevkiin ("Umstände") icabı" tâbirine yer verilmiş olmasına rağmen, kusurun ağırlığının da bu tâbirin kapsamında dikkate alınacağı, kanunun redaktörü Bluntschli tarafından hazırlanan maddelere ilişkin notlarda belirtilmiştir⁹. 999 uncu paragrafta ilişkin not ve kanunda yer alan diğer bazı hükümler, daha sonra, eski Borçlar Kanununun hazırlanışında etkili olmuşlardır¹⁰.

Böyle olmakla beraber, kanunun, özellikle mehz kanunun metni, "hal ve mevkiin icabı" ile "kusurun ağırlığının" birbirlerinden farklı ve bağımsız hususlar olduğu anlamını çıkarmaya elverişli şekilde kaleme alınmıştır¹¹. Mehz kanuna göre hâkim hem "hal ve mevkiin icabını" hem de "kusurun ağırlığını" dikkate alacaktır. Bundan hareketle bu iki hal arasında bir ayırım yapılmaya çalışılmıştır. Hal ve mevkiin icabı ("Umstände") kavramının kapsamına giren haller, zarar verici olayın meydana gelmesinde etkili olan ve dış dünyaya yansıyan objektif unsurlardır. Kusur ise subjektif unsurdur. Zarar verici olayın meydana gelmesinde fiilen rol oynayan faktörlerden birisi değildir. O halde, hâkim, kural olarak, zarar verici olayın meydana gelmesinde etkili olan objektif nitelikteki faktörleri değerlendirerek tazminatı belirler. Bunun dışındaki haller, değerlendirmede dikkate alınmazlar¹².

⁹ Bluntschli, 68-69.

¹⁰ Guhl, 11; Burckhard, 499; BGE 32 II 465; Ayrıca bkz. aşağıda dn. 48.

¹¹ Hattâ, Honsell'e göre kusurun ağırlığının dikkate alınması tazminatın belirlenmesi safhasından ayrı tutulmalıdır (Honsell, 72).

¹² Kusurun ağırlığının "hâl ve mevkiin icabı" ("Umstände") tabirinin kapsamına girmediği ve bu tabirin BK 43'de dar anlamda kullanıldığı hususunda bkz. Im Hof, 164-165; Subjektif unsur - objektif unsur şeklinde bir ayırıma gidilmesinin temelinde subjektif unsur kabul edilen kusurun ağırlığının tazminatın belirlenmesinde rol oynamasını eleştirmek yatmaktadır (Guhl, 28, dn. 47; Ayrıca bkz. aşağıda § 2. I).

Objektif unsur - sübjektif unsur şeklindeki bu ayırım, fazla taraftar bulmamıştır¹³. Bu ayırma karşı olanların da belirttiği gibi, hal ve mevkiin icabı kapsamında değerlendirilen haller arasında, tarafların ekonomik durumları, zararın, mağdura yapılan yardım sırasında gerçekleşmiş olması gibi sübjektif unsurlar da yer almaktadır. Başka bir ifade ile, böyle bir ayırımın pratik bir sonucu olmayacaktır. Hâkim, zarar verici olayın meydana gelişinde fiilen etkisi bulsun veya bulunmasın, somut olayın bütün özelliklerini, tazminatı belirlerken, dikkate alacaktır.

BK 44'de yer alan "indirim sebepleri" hakkında da şunları söylemek mümkündür; BK 44/I'de belirtilen haller, eski İsviçre Borçlar Kanununda yer almamaktaydı. Bunlar 1905 tarihli kanun tasarısı ile madde metnine eklenmişlerdir (m. 1059/III). Gerekçe olarak bunların uygulamada sıkça rastlanan haller olması gösterilmiştir¹⁴. Başka bir ifade ile BK 44'de indirim sebebi olarak gösterilen haller, aslında "hal ve mevkiin icabı" kapsamına dahil olup da uygulamada sıkça rastlanılan hallerden ibarettirler¹⁵. 44 üncü maddenin ikinci fıkrası ise maddeye daha sonraki tasarıda eklenmiştir¹⁶.

Diğer taraftan BK 44'de yer alan hallerin "indirim sebebi" başlığı altında toplanması da yanlıştır. Zira sadece bu haller değil kusurun ağırlığı ile hâl ve mevkiin icabı kapsamına dahil diğer haller de aslında birer indirim sebebidirler. Hâkim bütün bu sebepleri dikkate alarak tazminat yükümlülüğünde indirime gidilip gidilmeyeceğine karar vermektedir.

Sonuç olarak, hâkimin tazminatı belirlerken dikkate alacağı hallerin hepsini "hâl ve mevkiin icabı" veya "indirim sebepleri" veya "somut olayın özellikleri" şeklinde genel bir başlık altında toplamak mümkündür¹⁷.

Hâkim, herhangi bir hali, hâl ve mevkiin icabı çerçevesinde, tazminat yükümlülüğünde indirime gidilmesini haklı kılar nitelikte gördüğü

¹³ Bkz. Guhl, 28. dn. 47, 31.

¹⁴ Botschaft des Bundesrates, 15.

¹⁵ İm Hof'a göre, kanun koyucunun bu hükmü getirmekteki gayesi, "hâl ve mevkiin icabı" ibaresinin kapsamına giren bu hallerde, hâkime, davalıyı tazminat yükümlülüğünden tamamen kurtarmak yetkisini tanımaktır (İm Hof, 167); Aynı yönde, Becker, Art. 43, N. 10.

¹⁶ Oser/Schönenberger, Art. 44, N. 1 ve 13.

¹⁷ Dikkate alınacak hallerin "tenkis sebepleri" başlığı altında toplanmasına örnek olarak bkz. Oğuzman-Öz, 551, 552; Guhl/Merz/Koller, 77; v. Büren, 53; Buna mukabil bazı yazarlar OR/BK 44'de sayılan halleri "hal ve mevkiin ('Umstände') icabı" başlığı altında incelemişlerdir. Örnek olarak Oser/Schönenberger, Art. 43, N. 5; Aynı yönde Brehm, Art. 44, N. 4; "Hâl ve mevkiin icabı" kavramının, BK 43/I'deki kusurun ağırlığı ile BK 44'deki indirim sebeplerini kapsamına alacak genişlikte olduğu hususunda bkz. Tiftik, 141.

takdirde, tazminatı belirlerken bu hali dikkate almamazlık edemez¹⁸. Ancak bu, hâkimin o indirim sebebi dolayısıyla tazminat yükümlülüğünde indirime gitmek mecburiyetinde olduğu anlamına gelmez. Zira olayın başka bir özelliği (örneğin failin ağır kusuru), o indirim sebebi (örneğin mağdurun müterafik kusuru) dolayısıyla indirim yapılmasına engel olabilir¹⁹. Hâkim bütün bu hususlara kararında değinmelidir²⁰.

Yukarıdaki izahattan da anlaşılacağı gibi, olayın özelliklerinden bir kısmı, sorumlu kişi lehine etkide bulunabileceği gibi bir kısmı da onun aleyhine etkide bulunabilir. Ancak şu unutulmamalıdır ki, olayın somut özelliklerine ilişkin değerlendirme temelde sorumlu kişi lehine yapılmaktadır²¹. Zira sorumlu kişi, zaten ilk planda zararın tamamını karşılamakla yükümlüdür ve tazminat miktarı da hiçbir şekilde zarar miktarını aşmamaktadır. Başka bir ifade ile, sorumlu kişinin aleyhine olan özelliklerden dolayı (örneğin failin kasdı veya ağır kusurunun bulunması halinde) zarardan fazla miktarda tazminata hükmedilememektedir²². Hâkim, sorumlunun lehine ve aleyhine olan özellikleri tartarak, ancak tazminat yükümlülüğünde bir indirime gidilip gidilmeyeceğine karar verebilir.

Hâkim, olayın bütün özelliklerini bir arada değerlendirir ve neticede tazminat yükümlülüğünde indirime gidilip gidilmeyeceğine karar verir. Başka bir ifade ile, hâkim zararın ne kadarının sorumlu kişi tarafından karşılanması gerektiğini belirler. Zararın % 30 veya % 80'i sorumlu kişi tarafından karşılanacaktır, gibi. Hâkim, tazminat miktarını bu şekilde bir defada belirler, yani önce bir tazminat miktarı belirlenip bunda bir indirim yapılması söz konusu değildir²³. Yapılan indirim tazminat yükümlülüğündedir. Tazminat yükümlülüğünde belirli oranda (% 70, % 10 gibi) indirim yapılır. Bunun anlamı bu oranda, zararın, zarar görenin üzerinde kaldığı, geri kalanın ise sorumlu kişi tarafından karşılanması gerektiğidir. Tazminat miktarı, sorumlu kişiye düşen oranın, zarar miktarı ile çarpılması sonucu bir defada bulunur. Borçlar Kanunumuzun 44 üncü maddesinin "tazminatın tenkisi" şeklindeki başlığı bu itibarla, mehz kanuna uygun olarak "tazminat mükellefiyetinin tenkisi" (tazminat yükümlülüğünde indirim yapılması) şeklinde anlaşılmalıdır.

¹⁸ OR-Schnyder, Art. 43, N. 7; Hâkim, tazminata etki edecek hususları re'sen dikkate alır (Oftinger/Stark, I, § 7, N. 7; BGE 111 II 161; Zarar görenin kusuru bakımından, v. Tuhr/Peter, 111, dn. 18; Hâl ve mevkiin icabı bakımından, Brehm, Art. 43, N. 47; OR-Schnyder, Art. 43, N. 1; BK 44/II'deki halin hâkim tarafından re'sen dikkate alınıp alınmayacağı hususunda bkz. § 5, II).

¹⁹ Oğuzman-Öz, 551; BGE 111 II 443; Kararda ağır münzam kusur dolayısıyla zarar görenin kusuru dikkate alınmamıştır; Ayrıca bkz. aşağıda dn. 175, 176.

²⁰ Oftinger I, 262; İndirim için sebep gereklidir ve her sebep gerekçelendirilmelidir.

²¹ Guhl, 41.

²² Keller/Gabi-Bolliger, 112; v. Büren, 59; Keller/Syz, 108; Bkz. yukarıda dn. 1.

²³ Keller/Gabi-Bolliger, 102; Keller/Syz, 97.

Hâkim, BK 44/I'de yer alan sebeplerin mevcudiyeti halinde, tazminat yükümlülüğünde indirimde gidebileceği gibi tazminata hükmetmekten sarfınazar da edebilir, yani hâkim tazminata hiç hükmetmeyebilir de. Burada teorik açıdan şuna dikkat etmek gerekir ki, zarar görenin veya üçüncü kişinin kusuru veya mücbir sebep illiyet bağıni kesecek yoğunluktaysa, haksız fiil sorumluluğunun şartları gerçekleşmiş olmayacağından baştan itibaren sorumluluk kurulmuş olmaz, dolayısıyla hâkimin BK 44/I uyarınca tazminata hükmetmekten vazgeçmesi söz konusu olmaz. Diğer taraftan zarar görenin ağır kusurunun illiyet bağıni kesecek yoğunluğa ulaşmadığı ve dolayısıyla sorumluluğun kurulduğu kabul edildikten sonra, aynı sebebe dayanarak hâkimin BK 44/I uyarınca tazminata hükmetmekten vazgeçmesine ise nadir olarak rastlanır²⁴.

Bu açıdan, hâkimin dilerse illiyet bağıinin kesildiğinden hareket ederek dilerse BK 44/I hükmünden yararlanarak tazminata hükmetmeyebileceği yolundaki İsviçre Federal Mahkemesi kararı²⁵ isabetli değildir. Kaldı ki, söz konusu Federal Mahkeme kararında, rücu davası açan sigorta şirketinin prim alacaklarını takip etmemesi illiyet bağıni kesecek nitelikte ağır kusurlu bir davranış olarak kabul edilmiştir. Oysa bir kimsenin kendi hakkını takip etmemesi hukuka aykırı ve kusurlu bir hareket tarzı olarak görülemeyeceği gibi, prim alacaklarının takip edilmemesi dolayısıyla aracın trafiğe çıkma imkânını elde etmesinin de illiyet bağıni kesecek yoğunlukta görülmesi isabetli değildir²⁶.

Diğer taraftan, BK 43/I'de hâkime tazminata hükmetmekten vazgeçmek yetkisi tanınmamış olmasının²⁷ büyük bir pratik önemi bulunmamaktadır. Zira üçüncü kişinin kusurunun veya beklenmeyen olayın, zararın meydana gelişinde oynadığı rolün ağırlığına göre, hâkim, illiyet bağıinin bu sebeple kesilmiş olduğundan hareketle tazminata hükmetmemek imkânına her zaman sahiptir²⁸.

²⁴ Tiftik, 133; Yarg. 19.1.1987, 8089/252 (Karahasan, II, 815); Yarg. 4. HD, 30.4.1984, 3198/3471 (YKD 1984/7, 1027); Yarg. HGK, 18.4.1986, 4-767/437 (Karahasan, II, 796); Yarg. 4. HD, 11.12.1980, 11860/14434 (Uygur, 560); Oftinger, I, 263; Keller, A., 127; Keller/Syz, 100; Hâkimin BK 44/I uyarınca tazminata hükmetmekten sarfınazar edebileceğine ilişkin Federal Mahkeme kararları: BGE 84 II 264; 83 II 140; 69 II 399.

²⁵ BGE 92 I 538.

²⁶ Kararın isabetli olmadığı hususunda bkz. Huber, 529; Brehm, Art. 44, N. 20; Keller, A., I, 82; Oftinger, I, 80.

²⁷ Kanun koyucunun BK 43/I'deki hallerde sadece indirimi göz önünde bulundurduğu anlaşılıyor (Bu yönde, OR-Schnyder, Art. 43, N. 5; Bkz. yukarıda dn. 15). İsviçre uygulamasında da, bugüne kadar BK 43/I hükmüne dayanılarak tazminat yükümlülüğünün tamamen kaldırılması yoluna gidilmediği hususunda bkz. Brehm, Art. 43, N. 49; Brehm, SJK, N. 4; Türk hukuku bakımından aynı görüşte, Tiftik, 142; Zarar görenin kusuruna ilişkin olarak özel bir düzenleme getiren KTK 86/II hükmünde de BK 44/I'den farklı olarak, hâkime tazminata hükmetmekten vazgeçme yetkisi tanınmıştır (Tiftik, 138).

²⁸ Bkz. aşağıda § 4, II, B.

Hâkimin tazminat miktarını belirlemesi ile, tazminat borcunun muhtevası da kesinlik kazanır. Hâkim, talep olunan miktarla sınırlı olarak bu borcun ödenmesine hükmeder. Uygulamada, davacının talep ettiği miktar, tazminat miktarında yapılan indirim oranında indirimde tâbi tutulmakta ve hâkim bu indirilmiş miktarla sınırlı olarak tazminata hükmetmektedir²⁹. Buradaki düşünce şudur; Talep edilen miktar, zararın tamamını ifade etmektedir. Zararın bir kısmı zarar görenin üzerinde kaldığında, talep edilen miktar da o oranda azalmış olacaktır. Hâkim talepten fazlaya hükmedemeyeceğinden (HUMK 74), azalmış talep miktarıyla bağlıdır. Hâkimin hangi oranda indirim yapacağını önceden bilemeyecek durumda olan zarar göreni mağdur durumda bırakan bu içtihat isabetli değildir. Talep, zararın tamamen karşılanmasına değil, tazminat borcunun ödenmesine ilişkindir. Dolayısıyla, tazminat borcunun miktar olarak hâkimin kararıyla kesinlik kazanmasının, talep edilen miktara bir etkisinin bulunmaması gerekir.

Bundan sonraki paragraflarda, tazminat belirlenirken dikkate alınması gereken belli başlı özellikler üzerinde durulacaktır. Hâkimin dikkate alacağı özellikler bunlarla sınırlı değildir. Somut olayın durumuna göre, hâkim bunlara yenilerini ekleyebilir (BK 43/I)³⁰.

§ 2. Zarar Veren Kusurunun Ağırlığı

I. Kusur Prensibinin Tarihi Gelişimi

Kusurun ağırlığının tazminatın belirlenmesinde rol oynaması 19 uncu yüzyılda kusur kavramının detaylı şekilde incelenmesine yönelik çalışmaların bir sonucudur. Bu çalışmalar, bir kısmı kusur sorumluluğunun lehine bir kısmı ise aleyhine bazı sonuçlar doğurmuştur³¹.

²⁹ Yarg. 4. HD, 3.10.1989, 2656/7354; Yarg. 4. HD, 27.3.1979, 12975/4139; Yarg. 4. HD, 7.11.1978, 7283/12532; Yarg. 4. HD, 13.10.1978, 13186/11390; Yarg. HGK, 9.11.1977, 15-138/838 (Karahasan, II, 819-821).

³⁰ Zarar gören ile sorumlu kişi arasında özel bir ilişkinin bulunması -örnek olarak sorumlu kişinin tanıdık veya akraba olması- bazı yazarlarca indirim sebebi olarak kabul edilmektedir (Schaer, N. 323; Brehm, 43, N. 59; Tiftik, 164). Kanaatimce, tanışıklık veya akrabalık tek başına indirim için yeterli bir sebep olarak kabul edilmemelidir.

Gene bazı yazarlarca, sorumlu kişinin zararın doğmasına engel olmak için veya zararın artmaması için, gerekenden fazla tedbir almış olması, indirim sebebi olarak kabul edilmektedir (Tiftik, 164; Tandoğan, Mesuliyet, 327; Oftinger/Stark, I, § 7, N. 71). Belirtilen indirim sebebi sadece zarar verici olaydan sonra alınması gereken tedbirler bakımından söz konusu olabilir. Zira önceden gerekli tedbirlerin alınmış olması, zaten kusur sorumluluğu ile olağan sebep sorumluluklarında, sorumluluğun doğumuna engel olur. Tehlike sorumluluklarında ise, gerekli tedbirin alınmış olması, sorumluluğun doğumuna engel olmayacağı gibi, tazminat yükümlülüğünde indirimde de yol açmaz. Sadece tehlike esasına göre sorumlu olan kimsenin durumunun ağırlaşmasını sağlar.

³¹ Detaylı bilgi için bkz. Hedemann, 81 vd.

Kusur, hukuka aykırı bir davranışta bulunan kimse hakkında yürütülen değer yargısıdır³². Gerekli iradeyi göstermeyerek hukuka aykırı bir davranışta bulunmak kınanmayı gerektirir. Bir kimsenin bilerek ve isteyerek hukuka aykırı davranması (kast) veya gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek hukuka aykırı bir sonucun doğumuna yol açması (ihmal), o kimsenin kınanmasını gerektirir, başka bir ifade ile o kimse hakkında kusurlu olduğu değerlendirilmesi yapılır.

19 uncu yüzyılda sorumluluk hukukundaki temel prensip, bugün dahi temel prensip olma vasfını devam ettiren "kusur prensibi" idi³³. Yani, 19 uncu yüzyılda da sorumluluk için failin kusurunun bulunması gerektiği esası kabul edilmekteydi. Aksi halde insanlar çekingen hale gelir ve insanlar arasındaki ilişkiler, alış-veriş hayatı bundan olumsuz yönde etkilenirdi. İnsanlara hareket serbestisi tanınmalıydı³⁴. Bununla birlikte Roma Hukukundan kaynaklanan bazı kusursuz sorumluluk halleri de bulunmaktaydı; Aile reisinin sorumluluğu, hayvanların verdiği zararlardan sorumluluk ve bina sahiplerinin sorumluluğu gibi³⁵. Kusur prensibinin etkisiyle önceleri bu haller dahi kusur sorumluluğu çerçevesinde izah edilmeye çalışılmıştır³⁶.

19 uncu yüzyılda ekonomik ve sosyal gelişmelerin ve özellikle endüstri devriminin etkisi ile yeni bir düşünce, sosyal düşünce ortaya çıkmıştır³⁷. Buna göre zayıf durumda olan korunmalıdır. Bu düşüncenin etkisiyle özel kanunlarla kusursuz sorumluluk halleri getirilmeye başlanmıştır³⁸. Bu sorumluluk halleri, tehlike yaratan işletmeleri işletenlerin, bu işletme sebebiyle doğacak zararlardan kusursuz sorumlu olmaları esasından (tehlike esası) hareket etmekteydi.

Kusur prensibinin aleyhine bu gelişmeler olurken, diğer yandan kusurun muhtevası daha yakından incelemeye alınmıştır. Hafif ihmâl, ağır ihmâl, kast ayırımı belirginleşmiştir. Gerçi bu ayırım Roma Hukukunda da vardı (dolus, culpa-lata, culpa levis). Ancak bu ayırımın tazminatın belirlenmesinde bir rol oynaması söz konusu değildi. En hafif kusur da-

32 Bkz. aşağıda dn. 115.

33 İmre, 17 vd.

34 Hedemann, 83 vd.; Guhl, 6.

35 Bruckhardt, 533 vd.; Hedemann 86; Guhl, 6.

36 Kusursuzluğun isbatı sorumluluktan kurtulmak için yeterli kabul ediliyordu, bkz. Wattenwyl, 84; Ayrıca bkz. Tandoğan, Kusura Dayanmayan, 53. dn. 1; 123. dn. 1; 139. dn. 3 ve 4.

37 Oftinger, Der soziale Gedanke, 545 vd.; İmre, 44 vd.

38 İsviçre'de 1875 yılında demiryolu işletenleri, 1902 yılında elektrik tesisatı işletenleri için Federal Kanunla tehlike sorumluluğu konulmuştur; Ayrıntılı bilgi için bkz. Hedemann, 88 vd.; Hareket serbestisi gereği kusursuz sorumluluk prensibi yumuşatılmıştır; Zarar verenin ve üçüncü kişinin ağır kusuru ve mücbir sebep hallerinde sorumluluk söz konusu değildir. Ayrıca azamî sorumluluk miktarları getirilmiştir. Bkz. Hedemann, 97-98.

hi sorumluluğun kurulmasına yetiyordu ve hafif kusuru olan dahi, zararın tamamını karşılamak zorunda kalıyordu. Diğer taraftan, zarar görenin kusuru, failin kusurunu ortadan kaldırıyor (kompanse ediyor) ve bu sefer zarar gören hiç tazminat alamıyordu. Daha doğrusu, hangi tarafın kusuru daha ağırsa zararın yükünü o taşıyordu. Her iki tarafın da eşit ağırlıkta ihmali varsa, gene sorumluluk söz konusu olmamaktaydı. Karşılıklı olarak kusurların tartılması sonucu tazminata hükmedilmesi söz konusu değildi³⁹.

Bu durum adil görülmemiş ve doktrinde tazminatın kusurun ağırlığına göre belirlenmesi gerektiği ve bu arada zarar görenin kusuru varsa karşılıklı kusurların tartılması gerektiği görüşü ağırlık kazanmıştır⁴⁰. Hafif kusurla tam tazminata hükmedilmesi, insanlarda korkuya sebep olur, insanlar arasındaki ilişkileri olumsuz yönde etkiler⁴¹.

Bu görüşe karşı eleştiriler de gelmiştir⁴²; Kusur, sübjektif unsurdur, zararın büyüklüğüne objektif olarak etkide bulunmamıştır. Bu sebeple dikkate alınmamalıdır. Ayrıca kusurun ağırlığının dikkate alınması, kusurun bulunmaması halinde dahi sorumluluğu kabul eden hakkaniyet prensibi ile bağdaşmaz. Bir diğer eleştiri de şudur; Kusurun ağırlığının dikkate alınması, ceza hukuku ile özel hukuk ayırımına ters düşer⁴³. Bu eleştirilere karşı şunlar söylenmiştir⁴⁴; Zararın belirlenmesi ile tazminatın belirlenmesi ayrı şeylerdir. Tazminat belirlenirken, zararın meydana gelişinde objektif olarak etkide bulunmamış sübjektif unsurlar da dikkate alınırlar. Bunu engellemek için bir sebep bulunmamaktadır. Kusurun ağırlığının dikkate alınması hakkaniyet prensibine de aykırı düşmez, tam aksine her iki prensip de temelde aynı düşünceden hareket etmektedir⁴⁵. Son olarak, kusurun ağırlığının dikkate alınması, ceza hukuku esaslarının özel hukuka sokulması anlamına gelmez. Kusurun ağırlığı dikkate alınsa dahi, tazminatın gayesi zararın telâfisidir, yoksa failin cezalandırılması değildir⁴⁶.

Baskın görüşün etkisiyle önce Prusya Medeni Kanunu (Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, I, § 5, 288; § 6, 12) kusurun ağırlığına göre tazminatta bir derecelendirme yapmış⁴⁷, daha sonra

39 Bkz. Häberlin, 47 vd., özellikle 49-50; Hedemann, 102 vd.; Keller, R., 3 vd.; Müsterek hukuk için bkz. Guhl, 62 vd.

40 Bluntschli, § 999, 68-69; Jhering, 215.

41 Hedemann, 100.

42 Bkz. Guhl 42 vd.

43 Aynı yönde, Die Motive zum deutschen BGB II, 17.

44 Bkz. Guhl, 42 vd.

45 Oser/Schönenberger, Art. 43, N. 2; Bkz. aşağıda dn. 51.

46 Guhl, 51, dn. 66; Bkz. ikinci bölüm, § 2. I.

47 Akde aykırılıktan doğan sorumluluğa ilişkin olarak Fransız Medeni Kanunu da kusurun ağırlığına göre tazminatta derecelendirme yapmıştır (Code civil, m. 1150); Benzer bir hüküm Eski İsviçre Borçlar Kanununda da mevcuttu (eski OR 116; Bkz. Oser/Schönenberger, Art. 43, N. 17).

Avusturya Medeni Kanunu (§ 1304) ve 1881 tarihli Eski İsviçre Borçlar Kanunu (m. 51)⁴⁸ bu prensipten hareket etmişlerdir⁴⁹. Bu prensip daha sonra yeni İsviçre Borçlar Kanununa, oradan da iktibas yoluyla bizim Borçlar Kanunumuza aktarılmıştır.

Aynı yüzyılda, kusur prensibi aleyhine diğer bir gelişme ise hakkaniyet sorumluluğunun ortaya çıkması olmuştur⁵⁰. Kusur prensibine böylece iki yönlü bir elastikiyet sağlanmıştır⁵¹. Temyiz kudreti bulunmayan kimse, kusuru bulunmamasına rağmen hakkaniyet gereği tazminat ödemekle yükümlü tutulabildiği gibi, hafif kusuru bulunan kimse de hakkaniyet gereği daha az tazminat ödemekle yükümlü tutulabilecektir.

Kusur kavramının içeriğine ilişkin detaylı çalışmalar, ilk başta bu şekilde kusur sorumluluğu lehine gelişme göstermişse de daha sonra ihmalin objektifleştirilmesi⁵² görüşünün ortaya çıkması ile aleyhe bir gelişme göstermiştir.

II. Kusurun Ağırlığının Tazminat Yükümlülüğüne Etkisi

A. Kusur Sorumluluğunda

BK 43/I'e göre, hâkim tazminat miktarını kusurun ağırlığına göre belirleyecektir⁵³. Bununla kastedilen matematik kurallarına göre bir orantının yapılmasıdır. Başka bir ifade ile, kusurun ağırlığı ne kadarsa, zarar da o oranda tazmin edilecektir⁵⁴. Kast veya ağır kusur halinde zararın tamamı tazmin edilecek, buna mukabil hafif veya orta kusur ha-

⁴⁸ Eski İsviçre Borçlar Kanununda kusurun ağırlığının dikkate alınmasında Zürih Medeni Kanununun ilgili hükümleri etkili olmuştur (§ 1833, 1847) (Oser/Schönenberger, Art. 43, N. 2); Ayrıca bkz. yukarıda dn. 10.

⁴⁹ Guhl, 10 vd.; Hedemann 100 vd.; Tarihi gelişme için bkz. BGE 32 II 465; Häberlin, 77; Alman hukukunda, tazminatın, failin kusurunun ağırlığına göre belirlenmesi kabul edilmemişken, karşılıklı kusurların tartılması söz konusu olabilmektedir. İlk tarafta müterafik kusura ilişkin madde metninde (Entwurf I, § 222) açıkça kusurdan bahsedilmesine rağmen, kanunlaşan metinde (BGB § 254/I) sebebiyet vermeden bahsedilmektedir. Maddenin gerekçesine göre, bunun sebebi: kusursuz sorumluluk hallerinde de, zarar görenin kusurunun dikkate alınmasını sağlamaktır (Prot. 1, 300); Bkz. Hedemann, 104, dn. 1; Doktrinde delege ferenda olarak kusurun ağırlığının tazminatın belirlenmesinde rol oynaması gerektiği savunulmaktadır (Bkz. aşağıda dn. 468).

⁵⁰ Bkz. Hedemann, 107 vd.

⁵¹ Guhl, 43.

⁵² Bkz. aşağıda § 3. II. A. 2.

⁵³ Madde metninde geçen hata sözü kusur ("faute", "Verschulden") olarak anlaşılmamıştır.

⁵⁴ Bkz. yukarıda dn. 40; OR 43'ün bu esastan hareket ettiği hususunda; OR-Schnyder, Art. 43, N. 7; Oftinger/Stark, I, § 7, N. 11; Guhl, 8; Becker, Art. 43, N. 8; Guhl/Merz/Koller, 78; BGE 32 II 465 (eski OR 51); 38 II 478 (eski OR 51); 53 II 430; 59 II 370; Buna mukabil, kusur ile tazminat arasında kesin bir orantının kurulamayacağı görüşünde, Deschenaux/Tercier, 204; Merz, OR, 220; Tiftik, 90; Bkz. aşağıda dn. 67.

linde, hâkim önce kusurun ağırlığının derecesini, takdir yetkisine dayanarak tayin edecek ve daha sonra o oranda tazminat miktarını düşük belirleyecektir.

BK 43/I'de tazminatın kusurun ağırlığına göre belirleneceği belirtilmekle yetinilmiş, kusurun ağırlığı konusunda derecelendirme yapılmamıştır. Dolayısıyla, kusuru, hafif kusur ve ağır kusur diye iki dereceye ayırıp, ancak hafif kusur halinde hâkimin indirimde gideceğini söylemek⁵⁵ yanıltıcıdır. Zira hayat tecrübelerine göre, kusuru her zaman kolayca bu iki sınıftan birine sokmak mümkün olmaz⁵⁶. Orta kusur diyebileceğimiz bu hallerde de, tazminat, kusurun ağırlığına göre belirlenir, yani tazminat yükümlülüğünde indirim söz konusu olabilir.

Fakat bu şekilde bir orantıya uygulamada tesadüf etmek hemen hemen imkânsızdır. Zira hâkimin tazminatı belirlerken dikkate alacağı hususlar sadece zarar verenin kusurunun ağırlığından ibaret değildir⁵⁷. Bütün hususlar birlikte ele alınıp bir sonuca varılacaktır. Özellikle zarar görenin kusuru, kusursuz sorumluluğa yol açan olaylar ile beklenmedik olayların, zararın doğumundaki etki oranları (sebebiyet verme oranları), zarar verenin kusurunun yanında belirleyici rol oynamaktadırlar.

Bu itibarla zarar verenin ağır kusuru bulunmasına rağmen, olayın diğer özellikleri, tazminat miktarında indirimde gidilmesini haklı kılabilir⁵⁸. Özellikle failin kasdı varsa şu iki husus belirleyicidir⁵⁹. Birincisi, failin kasdı haksız fiile mi yöneliktir, yoksa zararın kendisine mi? Eğer haksız fiilin kendisine ise, umulmadık ölçüde zararın doğmuş olması indirime gidilmesini haklı kılabilir⁶⁰. İkincisi, fail haksız fiili kendi menfa-

⁵⁵ Keller, A., I, 125; Keller/Gabi-Bolliger, 103, Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Alttop, 496; Aynı yönde Merz, OR, 218; BGE 92 II 240; 91 II 297; 87 II 375-376; 82 II 31.

⁵⁶ BGE 100 II 337 = Pra. 64, Nr. 67; Zürih Kantonu İstinaf Mahkemesi kararı, SJZ 71 (1975), Nr. 149, 351; Karara konu olan olayda kusur ne hafif ne de ağırdır; İhmâli ağır, orta ve hafif olarak üçe ayıran yazarlara örnek olarak, Eren, II, 123; Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Alttop, 592; Guhl/Merz/Koller, 78, 182; Honsell, 76; Staudinger-Medicus, § 254, N. 93; Soergel-Mertens, § 254, N. 112; Aynı yönde, Yarg. 9. HD, 4.11.1985, 7797/10089 (YKD 1986/5, 681); Üçlü ayırım yerine daha detaylı bir ayırım dahi yapılabileceği hususunda bkz. Deschenaux/Tercier, 55.

Bir kısım yazar orta kusur ayırımına karşı çıkmaktadır; Oftinger/Stark, I, § 10, N. 105; Brehm, Art. 43, N. 79; OR-Schnyder, Art. 43, N. 7; Kılıç, 92; Brehm'e göre (Brehm, SJK, N. 3) hafif kusur - ağır kusur şeklinde ayırıma gitmenin amacı, kusurun bulunup bulunmadığı tartışmaya açık durumlarda, sorumluluğu kabul edip indirimde gitmek imkânını hâkime tanımaktır.

⁵⁷ Guhl, 38; Guhl/Merz/Koller, 78; Bu anlamda, Oğuzman-Öz, 552-553.

⁵⁸ Brehm, Art. 43, N. 75; OR-Schnyder, Art. 43, N. 7; Sorumlu kişinin ağır kusuruna rağmen OR 44/I uyarınca indirime gidilmesinin mümkün olduğu hususunda bkz. BGE 80 III 62-64; 61 II 236; 68 II 285; 92 II 242; BK 44/II'deki indirim sebebinden ise ancak ağır kusuru bulunmayan sorumlu yararlanabilir.

⁵⁹ Kasta ilişkin bu ayrımlar için bkz. Lange, Schadensersatz, 613, 617.

⁶⁰ Bkz. aşağıda § 4 ve krş. § 6.

ati için mi işlemiştir, yoksa başkasının menfaati için mi? Eğer fail haksız fiili başkasına, özellikle zarar görene iyilik yapmak, onu zor durumdan kurtarmak gayesiyle işlemişse, bu durum indirim sebebi teşkil edebilir. Örnek olarak ötenazi durumunda, failin kasdı bulunmasına rağmen, zarar görenin rızası sebebiyle tazminat yükümlülüğünde indirimle gidilebilir (BK 44/I)⁶¹. Fakat bazı durumlarda, zarar verenin ağır kusurunun bulunması, onun indirim sebeplerinden yararlanmasına engel olur⁶². Örnek olarak, sorumlu kişinin suç teşkil eden hareketi, zarar görenin kusurunun dikkate alınmasına engel olur⁶³, meğer ki zarar görenin tahriki söz konusu olsun⁶⁴. Özellikle, zarar veren, zarar görenin ihmali görüp bundan faydalanarak ona zarar vermişse, zarar görenin kusuru dolayısıyla indirimle gidilmesini isteyemez⁶⁵.

Diğer taraftan, zarar verenin hafif kusuru bulunmasına rağmen, olayın diğer özellikleri tazminat miktarında indirim yapılmamasını veya daha az oranda yapılmasını gerektirebilir. Örnek olarak failin ekonomik durumu iyi olmasına rağmen zarar görenin ekonomik durumu kötü ise ve sorumluluğu doğuran olay umulmadık ölçüde zarara sebep olmuşsa, hâkim tazminat yükümlülüğünde daha az oranda indirimle gidilebilir⁶⁶.

Sonuç olarak, kusurun hafif olması sebebiyle, hâkimin o oranda indirim yapmak mecburiyeti vardır, meğer ki, olayın diğer özellikleri buna engel teşkil etsin. Olayın başka bir özelliği engel olmadıkça, hâkim ku-

⁶¹ Hâberlin, zarar verenin ister kasdı bulunsun ister ihmali, kasdı bulunan zarar görenin tazminat alamayacağı görüşündedir (Hâberlin, 80). Oysa zarar görenin rızası, kasdın özel bir türü olmasına rağmen, indirim sebebi teşkil eder (bkz. aşağıda dn. 196).

⁶² Zarar verenin ağır derecedeki kusuru karşısında zarar görenin hafif derecedeki kusurunun dikkate alınmayabileceği hususunda bkz. aşağıda dn. 159.

⁶³ Oftinger/Stark, I, § 7, N. 13, dn. 29; Oser/Schönenberger, Art. 44, N. 16; OR-Schnyder, Art. 43, N. 7; Guhl/Merz/Koller, 81; Merz, OR, 227;

Parayı zimmetine geçiren işçi, yeterli güvenlik önleminin alınmamış olduğunu ileri süremez [v. Tuhr/Peter, 111, dn. 20; Aynı yönde, Graubünden Kanton Mahkemesi kararı, SJZ 59 (1963), Nr. 84, 140]; Dolandırıcı, zarar görenin dikkatsizliğini indirim sebebi olarak ileri süremez (BGE 68 II 286-287); Hırsız, girdiği evin kapısının kilitlememiş olduğunu ileri süremez (Tandoğan, Mesuliyet, 323; Schwarz, 145); Buna mukabil Federal Mahkeme, hileye maruz kalanın kusurunun dikkate alınabileceği sonucuna varmıştır (BGE 61 II 236); Bazı durumlarda her iki tarafın da suç teşkil eden bir hareketi söz konusu olabilir. Örnek olarak izinsiz olarak taşınmazına sokulan hayvanları öldürme kasdı ile taşınmazı zehir dökülmesi halinde, somut olayın durumuna uygun münasip bir indirim yapılabilir [Bkz. Yarg. 4. HD, 13.3.1985, 9973/2112 (YKD 1985/7, 975)].

⁶⁴ Yarg. 4. HD, 11.12.1980, 11860/14434 (Uygur, 560); Zarar görenin sorumlu kişiye önceden küfretmiş olması [Yarg. 4. HD, 15.6.1989, 2317/5424 (Karahasan, II, 791)] veya onu dövmüş olması [Yarg. 4. HD, 28.1.1988, 7956/917 (Karahasan, II, 194)] tahrik kabul edilip BK 44/I uyarınca indirimle gidilebilir.

⁶⁵ Hâberlin, 80.

⁶⁶ Bkz. aşağıda § 5. I. A.

surun hafifliği sebebiyle gerekli indirimi yapmak zorundadır⁶⁷. Eğer hâkim kusurun hafif olduğuna kanaat getirmiş ve buna rağmen tazminat yükümlülüğünde o oranda indirimle gitmiyorsa, bunu haklı kulan sebepleri kararında belirtmelidir.

Burada dikkat edilecek husus, kusurun sübjektif bir niteliğe sahip olduğudur. Kusurun ağırlık derecesi, eylemin zararın meydana gelişindeki etkisinden bağımsızdır. Aynı davranış, bir kimse bakımından ağır kusur teşkil edebilecekken, diğer bir kimse bakımından hafif kusur teşkil edebilir. Örnek olarak yetişkin bir kimsenin davranışı ağır kusur teşkil edebilecekken, aynı şeyi bir çocuğun yapması halinde, çocuğun hafif kusuru bulunduğu bahsedilebilir⁶⁸. Burada önemli olan nokta, eylemde bulunan kişinin, yaptığı hareketin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörebilmesi ve kavrayabilmesi derecesidir. Bu değerlendirme, somut olayın özellikleri dikkate alınarak yapılır⁶⁹. Bu değerlendirme yapılırken, çocukların genellikle tehlikeyi yeterince görememeleri veya görseler dahi bundan kaçınmak hususunda yeterli iradeye sahip olmadıkları hususu gözden uzak tutulmamalıdır⁷⁰.

Bu noktada, Amerikan hukukundan aktarılan bir görüşe de değinmek gerekir. Hukukun iktisadî açıdan analizi adını taşıyan bu görüş, hukuk düzenini iktisadî bakış açısına göre yönlendirmek istemektedir⁷¹. Sorumluluk hukukunda gaye, kaynak kaybını önlemek veya enza indirmek olmalıdır. Bunun için, zararın önlenmesi için yapılması gereken masraflar ile, doğması muhtemel zararlar karşılaştırılır. Eğer muhtemel zararın miktarı, o zararı önlemek için yapılması gereken

⁶⁷ Bu yönde, OR-Schnyder, Art. 43, N. 7; Oser/Schönenberger, Art. 43, N. 3; Keller/Gabi-Bolliger, 103; Kusurun hafifliğine rağmen tam tazminata hükmedilmesi kanunun hükmü ile bağdaşmaz (BGE 32 II 466); Farklı yönde, Oftinger/Stark, I, § 7, N. 12; Kanun koyucunun BK 43/I hükmünü getirmekteki gayesi, hafif ihmalle ağır bir tazminat yükünün altına girilmesine engel olmak veya kusurun bulunup bulunmadığı hususunda tereddüte düşülen hallerde hakkaniyete uygun bir çözüm getirme imkânını hâkime vermektir. Bunun dışında hâkimin hafif kusur halinde indirim yapmak mecburiyeti bulunmamaktadır.

⁶⁸ Brehm, SJK, N. 9; Brehm, Art. 43, N. 77; Stark, Skriptum, N. 337a; N. 501; Guhl/Merz/Koller, 80; Merz, OR, 229; Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Altıp, 591;

Federal Mahkeme sorumlu kişinin çocuk olması dolayısıyla indirimle gidilebileceğini kabul etmektedir [BGE 111 II 89 (= Pra. 74, Nr. 155); 104 II 188 (= Pra. 67, Nr. 234); 102 II 367-368; 100 II 337 (= Pra. 64, Nr. 67); 90 II 13 vd. (= Pra. 53, Nr. 57); 82 II 31; 66 II 201; 63 II 61; 62 II 316; Zürich Kantonu İstinaf Mahkemesi kararı, SJZ 71 (1975), Nr. 149, 351-353]; Zarar gören çocuk ise, onun kusuru da bir yetişkine nazaran daha hafif olarak değerlendirilir (BGE 116 II 422; 41 II 226).

⁶⁹ BGE 43 II 208; Bkz. Uster Mahallî Mahkemesi kararı, SJZ 63 (1967), Nr. 123, 238.

⁷⁰ Oftinger/Stark, I, § 5, N. 151; BGE 102 II 367-368; 66 II 201; 66 II 117; 63 II 61; Çocuklar, tabiri caizse "sınırlı temyiz kudretine" sahiptirler. Sınırlı temyiz kudreti indirim sebebidir (Bucher, Art. 19, N. 399); Zarar görenin de temyiz kudreti sınırlı olabilir. O takdirde, onun kusuru da normalden daha az oranda indirimle sebep olur (Bucher, Art. 19, N. 380).

⁷¹ Bkz. Oftinger/Stark, I, § 1, N. 51 vd.

masraftan fazla ise, o takdirde önleyici tedbirlere başvurulmalıdır. Buna mukabil, yapılması gereken masrafın tutarı, zararın miktarını aşılırsa, o takdirde masraf yapmaktan kaçınılmalıdır. Bu görüşün konumuzu ilgilendiren sonucu şu olmaktadır; Eğer doğması muhtemel zararın miktarı, onu önlemek için yapılması gerekli masraftan az ise, o takdirde bu masrafı yapmaktan kaçınmak, yani zararın doğmasını önlemeye yönelik tedbirleri almaktan kaçınmak kusur teşkil etmez, yani gerekli tedbiri almaktan kaçınan kimse, doğacak zarardan sorumlu tutulmaz⁷². Bu anlayış, aşırı masraf gerektiren hallerde, insanları tedbir almaktan kaçınmaya özendirilecektir. Kanaatimce, sırf iktisadî açıdan olaylara bakan bu görüşe karşı çekimsiz davranmak gerekir. Özellikle kişiye gelen zararlar bakımından, iktisadî açıdan bir değerlendirme yapmak insanlık onuru ile bağdaşmaz⁷³. Ölmeleri iktisadî açıdan bir kayıp teşkil etmeyecek kişilerin -örnek olarak yaşlıların- kazaya marûz kalmalarını önleyecek tedbirleri almamak bu görüşe göre kusur teşkil etmeyecektir. Bu görüşe taraftar olanlar, bu sakıncayı gidermek ve rizikonun gerçekleşmesine mani olmak veya en azından gerçekleşme ihtimalini azaltmak gayesiyle, kişiye gelen zararlar bakımından zarar verenin Devlete -özel bir sandığa- bir miktar para ödemesi önerisinde bulunmaktadırlar⁷⁴.

B. Kusursuz Sorumluluklarda

1. Genel Olarak

Objektif sorumluluk hallerinde sorumluluğun doğumu için sorumlu kişinin kusurunun bulunması bir şart olarak aranmamaktadır. Bunun tabii bir sonucu olarak, sorumlu kişinin sorumluluğunun derecesi, kusurunun ağırlığına bağlı değildir⁷⁵. Sorumlu kişi hiç kusuru bulunmasa dahi, zararın tamamından sorumlu olduğuna göre, hafif veya ağır kusuru bulunduğu hallerde evleviyetle zararın tamamından sorumlu olacaktır. Sorumlu kişinin kusurunun bu bakımdan tazminatın belirlenme-

⁷² Önleyici tedbirler için gerekli masraf (M), muhtemel zararın (Z), zararın doğması ihtimali (q) ile çarpımından az ise (M < Zq), ihmalden bahsedilebilir (Bkz. Schäfer/Ott, 97; Schulz, 613-614).

⁷³ Bu anlamda, Oftinger/Stark, I, § 1, N. 66.

⁷⁴ Bkz. Oftinger/Stark, I, § 1, dn. 95; Adams, 174 vd.; Schäfer/Ott, 124-125; Kötz, Ziele des Haftungsrechts, 655-656.

⁷⁵ Tandoğan, Mesuliyet, 317; Oğuzman-Öz, 552, dn. 351; Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Alttop, 592; Eren, II, 350; Yarg. İBK, 27.3.1957, 1/3 (RG 9640); Yarg. 19. HD, 17.5.1993, 3224/3814 (YKD 1994/1, 102); [Aksi yönde, Yarg. HGK, 1.2.1969, 58/87 (ABD 1973/2, 319)]; Oftinger/Stark, I, § 7, N. 12a; Brehm, Art. 43, N. 41; Brehm, SJK, N. 12; Merz, OR, 221; Keller/Gabi-Bolliger, 103; OR-Schnyder, Art. 43, N. 8; Oser/Schönenberger, Art. 43, N. 4; Becker, Art. 43, N. 17; Keller, A., I, 124; Desche-naux/Tercier, 205; BGE 97 II 228; 70 II 94; 81 II 516; 45 II 85; 60 II 156; 35 II 189; Ayrıca bkz. aşağıda dn. 274'deki İsviçre Federal Mahkemesi kararları; İsviçre Federal Mahkemesinin bu prensibe ters düşen kararları da bulunmaktadır: BGE 52 II 457; 71 I 60; 41 II 500.

sinde bir etkisi bulunmamaktaysa da, başka açılardan önemli rolü bulunmaktadır. Şöyle ki;

1° Hafif dahi olsa sorumlu kişinin munzam kusurunun bulunması, onun indirim sebeplerinden yararlanmasına engel olur veya yararlanma derecesini azaltır⁷⁶. Munzam kusurun hafifliği oranında, sorumlu kişinin indirim sebeplerinden yararlanma ihtimali ve oranı artar⁷⁷. Munzam kusur, özellikle, zarar görenin kusuru ve beklenmedik olay sebebiyle yapılacak indirimlerde sorumlu kişinin aleyhine dikkate alınır. Karşılıklı kusurların tazminat yükümlülüğüne etkisi incelenirken, munzam kusur üzerinde ayrıca durulacaktır⁷⁸.

2° Tehlike sorumluluklarında, işletenin munzam kusuru, onun mücbir sebebe veya zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusuruna dayanarak sorumluluktan kurtulmasına engel olur (Örnek olarak, KTK 86/I).

3° Birden fazla sorumlunun bulunması halinde iç ilişkide (Örnek olarak, BK 55/II; KTK 88) ve karşılıklı sorumlulukta (Örnek olarak, KTK 89) zararın yükü paylaşılırken, kusurun ağırlığı önemli rol oynar. Bu konu da ileride incelenecektir⁷⁹.

2. Başkasının Fülinden Sorumlulukta

a) Sorumlu Kişinin Kusurunun Etkisi

Başkasının füllerinden sorumluluğa ilişkin hükümlerde (MK 320; BK 55) ve aynı şekilde hayvanların verdiği zarardan sorumluluğa ilişkin hükümlerde (BK 56), sorumluluğun kusura dayanmadığı, yani sorumlu kişinin kusurunun bulunmasının gerekmediği kabul edilmektedir⁸⁰. Bu hükümlerle, kişilere objektif özen yükümü yüklenmiştir. Kişiler, kusurları bulunmadan bu yükümleri ihlâl etmiş olsalar dahi, doğan zarardan sorumludurlar. Çoğunlukla objektif özen yükümünün ihlâl edilmesi, sorumlu kişinin kusuruna dayansa da, böyle olması şart değildir. Burada önem taşıyan nokta, gerekli özeni göstermekle yükümlü olan kişinin, kusuru bulunmasa dahi -örneğin temyiz kudretini kaybetmiştir-, özen

⁷⁶ Munzam kusur, indirim sebebini kısmen veya tamamen nötralize eder (Keller/Syz, 99; BGE 111 II 443; 69 II 333); Bkz. aşağıda dn. 171.

⁷⁷ Brehm, Art. 43, N. 43; Guhl/Merz/Koller, 79.

⁷⁸ Bkz. aşağıda § 3, II, A, 3, c, cc, bbb.

⁷⁹ Bkz. aşağıda § 3, II, C, 7, d ve beşinci bölüm, § 3.

⁸⁰ Yarg. İBK, 27.3.1957, 1/3 (RG 9640) (BK 55); Yarg. 4. HD, 9.2.1988, 10718/1285 (YKD 1988/8, 1074); Yarg. 4. HD, 18.3.1980, 2696/3507 (YKD 1980/12, 1601); Tandoğan, Kusura Dayanmayan, 53 vd., 123 vd., 139 vd.; Oğuzman-Öz, 564, 576; Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Alttop, 503, 513; Eren, II, 162, 186, 194; Oftinger/Stark, II/1, § 20, N. 2 (OR 55); § 21, N. 3 (OR 56); § 22, N. 67 (ZGB 333); BGE 50 II 493 (OR 55); 56 II 287 (OR 55); 88 II 135 (OR 55); 103 II 24 = Pra. 66, Nr. 161 (ZGB 333).

yükümünü yerine getirememesinden doğan zararı karşılayacak olmasıdır. Sorumlu kişinin munzam kusuru, onun kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulmasına engel olur. Bunun yanında, genel olarak munzam kusurun etkisi hakkında yukarıda 1° ve 3° altında söylenenler burada da geçerlidirler.

b) Fiili Dolayısıyla Sorumlu Olunan Kişinin Kusurunun Etkisi

Bir kimse, bir başkasının fiili dolayısıyla sorumlu tutuluyorsa, fiili dolayısıyla sorumlu olunan kişinin kusurunun bulunup bulunmaması, tazminatın belirlenmesinde rol oynayacak mıdır? Cevap olumludur.

İstihdam edenin sorumluluğu bakımından (BK 55), sorumluluğun doğumu için müstahdem kusurunun bulunması bir şart olarak aranmamaktadır⁸¹. Bu kişinin kusuru varsa ne olacaktır? Bu kusur sorumlu kişinin kusuru gibi dikkate alınacak mıdır? Cevap şu olmalıdır; Sorumlu kişi, bu kişilerin eylemlerinden sorumlu olduğu gibi, bu kişilerin kusurlarından da sorumlu olmalıdır. Başka bir ifade ile, BK 55 uyarınca sorumlu olan kişiye, müstahdem kusuru da izafe edilmelidir. Burada dikkat edilecek husus, müstahdem kusurunun istihdam edenin munzam kusuru gibi değerlendirilecek olmasıdır⁸². Bu itibarla, müstahdem kusurunun hafifliği, istihdam eden açısından indirim sebebi teşkil etmez. Müstahdem kusuru bulunmasa dahi zararın tamamından sorumlu olan istihdam eden, müstahdem hafif kusuru bulunması halinde evleviyetle zararın tamamından sorumludur⁸³. Sonuç olarak, ne istihdam edenin⁸⁴ ne de müstahdem kusurunun hafifliği BK 43/I uyarınca indirim sebebi olarak dikkate alınır⁸⁵.

Aynı şekilde ev reisinin sorumluluğunda da (MK 320), ev reisinin sorumluluğuna yol açan kimsenin kusuru, ev reisinin munzam kusuru gibi dikkate alınmalıdır⁸⁶.

c) İhlâl Edilen Özen Yükümünün Ağırlık Derecesinin Etkisi

Üzerinde durulan diğer bir nokta, ihlâl edilen objektif özen yükümü-

⁸¹ Oftinger/Stark, II/1. § 20. N. 97 ve dn. 80'deki diğer yazarlar ile İçtihadı Birleştirme Kararı; BGE 50 II 494; 56 II 287; 57 II 45; 88 II 135.

⁸² Oftinger/Stark, II/1. § 20. N. 156; Bu anlamda, Oftinger/Stark, I. § 7. N. 12a; BGE 88 II 135; 95 II 97; 97 II 345.

⁸³ Oftinger/Stark, I. § 7. N. 12a; OR-Schnyder, Art. 43, N. 8; Oser/Schönenberger, Art. 55, N. 20.

⁸⁴ Bkz. yukarıda dn. 75.

⁸⁵ v. Tuhr/Peter, 448; Oftinger/Stark, II/1. § 20, N. 156; Keller, A., I. 159-160; v. Büren, 255; Oser/Schönenberger, Art. 55, N. 20, 25; Afsi görüşte, Becker, Art. 55, N. 15.

⁸⁶ Meister/Oswald, 100; Buna mukabil, Federal Mahkemenin ZGB 333'e göre sorumlulukta OR 43'ün uygulama alanı bulacağına ilişkin bir kararı için bkz. BGE 49 II 446.

nün ağırlığına göre tazminat yükümlülüğünde indirime gidilip gidilemeyeceğidir. Burada, kusurun derecelendirilmesine kıyasen, objektif özen yükümünde bir derecelendirme yapılmaktadır. Objektif özen yükümündeki derecelendirme, yüküm ihlallerinin yarattığı, zararın doğması veya artması tehlikesinin ağırlığına göre yapılmaktadır.

Bazı yazarlarca objektif özen yükümünün ağırlığına göre indirime gidilebileceği savunulmuştur⁸⁷. Bu görüş, objektif özen yükümü getiren hükümlerin, kusur esasına dayanmadıkları görüşü ile çelişmektedir. Özen yükümünde bir derecelendirme yapıldığı takdirde, söz konusu hükümler, özen yükümünü ihlâl edenin temyiz kudretinin yokluğunu bir tarafa bırakırsak, kusur sorumluluğu tesis eden hükümler haline geleceklerdir. İhlâl edilen özen yükümünün ağırlığına bağlı olarak kusurun ağırlığı da artmaktadır. Dolayısıyla, objektif özen yükümünün ağırlığına göre tazminatın belirlenmesi, tazminatın kusurun ağırlığına göre belirlenmesi anlamına gelecektir⁸⁸.

Yukarıdaki gerekçeye ek olarak, kanunun lafzı da, ihlâl edilen özen yükümünün ağırlığının dikkate alınmasına müsait değildir. Kanun, sorumluluğu doğuran olay olarak objektif özen yükümünün ihlâlini göstermemiştir. Kurtuluş kanıtı ile ilgili olarak objektif özen yükümünden bahsetmiştir. Sorumluluğu doğuran olay, eylemlerinden sorumlu olunan kişinin üçüncü kişiye zarar vermesidir. Sorumluluğu doğuran olayın gerçekleşmesine rağmen, kendisine özen yükümü yüklenen kişi kurtuluş kanıtını getiremezse, zararın tamamından sorumlu olur. Dolayısıyla, istihdam edenin ufak bir tedbiri almaktan kaçınması sonucu müstahdem, üçüncü bir kişiye zarar verirse, istihdam eden, alması gerektiği tedbirin ufak bir tedbirden ibaret olduğunu ileri sürüp, indirime gidilmesini talep edemez. Şu var ki, ufak bir tedbirin alınmaması sebebiyle bir zararın doğması, çoğu zaman zarar görenin kusuru veya beklenmedik olay gibi başka faktörlerin de araya girmesini gerektirir. İstihdam eden bunlar dikkate alınarak indirime gidilmesini isteyebilir.

III. Yardımcı Kişinin Kusurunun Sorumlu Kişiye İzafe Edilmesi

Yardımcı kişilerin davranışlarının yardımcı kişiyi kullanan kimseye izafe edilebileceği, bir borç ilişkisinde yardımcı kişi kullanan borçlu açısından BK 100'de belirtilmiştir. Yardımcı kişi kullanan borçlu, ifa yardımcısının davranışını kendisi yapmış olsaydı borç ilişkisine göre kusurlu sayılacak idiyse, doğan zarardan sorumludur⁸⁹. Burada ispat

⁸⁷ Im Hof, 230 vd.; Wattenwyl, 128; Portmann, Organ und Hilfsperson, 134; Guhl, 109.

⁸⁸ Oser/Schönenberger, Art. 43, N. 4; Becker, N. 43, N. 10; Oftinger/Stark, I. § 7, N. 12a, dn. 23.

⁸⁹ OR-Wiegand, Art. 101, N. 13; Gauch/Schleup, N. 2854; Bucher, 353; Becker, Art. 101, N. 14, 15; BGE 113 II 426 (= Pra. 79, Nr. 109); 92 II 18.

külfeti yardımcı kişi kullanan borçluya aittir (BK 96). İfa yardımcısı kullanan borçlu, ifa yardımcısının davranışının borç ilişkisine aykırı düşmediğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir⁹⁰. İfa yardımcısının davranışı mevcut borç ilişkisi açısından hafif kusur olarak değerlendiriliyorsa, tazminat yükümlülüğünde indirimle gidilebilir (BK 98/II, 43/1)⁹¹.

Zarar, zarar gören ile yardımcı kişiyi kullanan sorumlu arasındaki mevcut bir borç ilişkisinden kaynaklanmıyorsa, durum ne olacaktır? Bu takdirde de, yardımcı kişinin davranışı, sorumlu kişiye izafe edilebilecek midir? Cevap olumludur. Yardımcı kişinin kusuru, tazminat belirlenirken yardımcı kişiyi kullanan kişinin kusuruymuş gibi değerlendirilir⁹². Herhangi bir gaye için üçüncü bir kişinin yardımına müracaat eden kimseye, o kişinin kusuru izafe edilmelidir. Başka bir ifade ile, kendi menfaati için üçüncü bir kişiden istifade eden bir kimse, o kişinin yol açtığı olumsuz sonuçlara da kendisi katlanmalıdır.

Yardımcı kişi kullanan kimse, kendi sorumluluğu hangi esasa dayanıyorsa, yardımcı kişinin davranışlarından da o esasa göre sorumlu olur. Kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu olan kimse bu çerçevede yardımcı kişinin davranışlarından sorumludur ve yardımcı kişinin kusuru ona -munzam kusur olarak- izafe edilir.

Dolayısıyla, kanunen yüklenen özen yükümünün yerine getirilmesinden doğan sorumluluklarda (MK 320, BK 55, 56), kendisine yüklenen özen yükümünün yerine getirmesi işini yardımcısı vasıtasıyla yürüten kimse, yardımcı kişinin özen yükümünü yerine getirmemesinden -bunda kendisinin ve yardımcı kişinin kusuru bulunmasa dahi- sorumludur⁹³. Buna göre, müstahdemini seçme, ona talimat verme ve onu denetleme işini yardımcı kişiye tevdi eden istihdam eden, yardımcı kişinin gerekli dikkat ve özeni göstermemesinden sorumludur⁹⁴. Hayvan idare eden, hayvanların başkasına zarar vermemesi için gerekli önlemleri alması ve gerekli dikkat ve özeni göstermesi için bir başkasını görevlendirmişse, o takdirde o kimsenin gerekli dikkat ve özeni göstermemesinden sorumludur⁹⁵. Ev reisi, kendisine düşen gözetim vazifesinin yerine getirilmesi işini bir başkasına devretmişse, örnek olarak çocuğa bakması için eşini veya akrabasını görevlendirmişse, ev reisi o kişinin gerekli dikkat ve özeni göstermemesinden sorumludur⁹⁶. İstihdam eden, hay-

⁹⁰ v. Tuhr/Escher, 129; OR-Wiegand, Art. 101, N. 13; BGE 117 II 67 (= Pra. 81, Nr. 81); 113 II 426 (= Pra. 79, Nr. 109).

⁹¹ Gauch/Schleup, N. 2857; v. Tuhr/Escher, 129; BGE 92 II 240; 91 II 297; 82 II 534; 70 II 221; 46 II 130.

⁹² Stark, Skriptum, N. 329; Oftinger/Stark, I, § 7, N. 44.

⁹³ Stark, Skriptum, N. 837; Oftinger/Stark, II/1, § 21, N. 91; § 22, N. 102.

⁹⁴ Stark, Skriptum, N. 837.

⁹⁵ Yarg. 4. HD, 6.2.1996, 9668/908 (YKD 1996/5, 713).

⁹⁶ Stark, Skriptum, N. 678, 837; Oftinger/Stark, II/1, § 22, N. 102. Meister-Oswald, 60; v. Wattenwyl, 97; Kellr, A., I. 138; Egger, Art. 333, N. 14; BGE 103 II 30 (= Pra. 66,

van idare eden veya ev reisi, yardımcı kişiyi seçmede, ona talimat vermede ve onu denetlemede gerekli özeni göstermiş olduğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz.

Motorlu araç işletenin ve işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğunda (KTK 85/I) da aynı prensip geçerlidir. Aracın işletilmesine yardımcı olan kişilerin kusurları motorlu aracın işletenine ve işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibine -kendi munzam kusurlarıymış gibi- izafe edilir (KTK 85/V)⁹⁷. Aynı şekilde, devlet daireleri ile olan ilişkilerinde yardımcı kişi kullanan özel kişilere, yardımcı kişinin kusuru izafe edilir⁹⁸.

§ 3. Zarar Görene İzafe Edilebilen Hallerin Zararın Doğumunda Etkisinin Bulunması

I. Genel Olarak

Sorumluluk denince, bununla kastedilen, bir kimsenin başkasının uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olmasıdır. Buna mukabil, bir kimse kendisine verdiği zarardan sorumlu değildir. Bir kimsenin kendi kendisine tazminat ödemekle yükümlü olması düşünülemez. Hattâ, hukuk düzeni kural olarak bir kimsenin kendi kendisine zarar verici davranışta bulunup bulunmamasıyla da ilgilenmez. Bir kimsenin kendisine zarar verici davranışta bulunması hukuka aykırı değildir⁹⁹.

Şu var ki, zarar görenin fiili veya genel olarak ona izafe edilebilen bir takım olaylar, sorumluluğu doğuran olayın yanında, zararın doğumunda veya artmasında rol oynamış olabilirler. Bu olaylar başkasına zarar vermiş olsaydılar, zarar gören bu zarardan sorumlu olacaktı. Başkasının zarara uğramasına sebebiyet verselerdi, zarar görenin sorumlu olmasına yol açacak nitelikteki bu olaylar, bizzat zarar görenin uğradığı zararın doğumunda veya artmasında etkili olmuşlarsa durum ne olacaktır? Zarardan sorumlu olan kişi, doğan zararın tamamını karşılamak zorunda kalacak mıdır, yoksa tazminat yükümlülüğünde bir indirimle gidilebilecek veya tazminat yükümlülüğü tamamen ortadan kaldırılabilecek midir? Bu paragrafta incelenecek olan konu budur.

Nr. 161); 79 II 263-264 (= Pra. 42, Nr. 194) (Karar, çocuk yurdu idarecisi iki rahibenin davranışları ile ilgilidir); Graubünden Kanton Mahkemesi kararı, SJZ 44 (1948), Nr. 35, 109; Zürich Kantonu İstinaf Mahkemesi kararı, ZR LVI (1957), 156, Nr. 93; Aksi yönde, BGE 70 II 136; Graubünden Kanton Mahkemesi kararı, SJZ 41 (1945), Nr. 117, 260; Portmann, Organ und Hifsperson, 59.

⁹⁷ Bkz. aşağıda § 3, II, B. 2. c.

⁹⁸ İşlerini bir avukat veya aelade bir temsilci vasıtasıyla yürüten bir kimseye, hem bu kimselerin hem de bu kimselerin yardımcılarının kusurları izafe edilir; Bkz. BGE 107 Ia 169; 96 I 164; 94 I 251; 87 IV 150; 78 IV 133.

⁹⁹ Bkz. aşağıda dn. 109.

BK 44/I hükmünde zarar görenin fiilinden söz edilmiş ve bunun hangi durumlarda indirim sebebi olarak dikkate alınacağı belirtilmiştir. Oysa zarar görene izafe edilebilen haller, sadece onun fiillerinden ibaret değildir. Mehaz kanun isabetli olarak, "zarar gören tarafından üstlenilen (veya zarar görenin sorumlu olduğu) durumlar" ("Umstände, für die er einstehten muss", "des faits dont elle est responsable") şeklinde geniş bir ifade kullanmıştır. BK 44/I hükmü de bu şekilde geniş yorumlanmalıdır. Buna göre zarar görene izafe edilebilen durumlar, zarar görenin kendisi değil de bir başkası zarara uğramış olsaydı zarar görenin sorumlu olmasına yol açacak durumlardır¹⁰⁰. Zarar gören, kendi uğradığı zarar için bir başkasına tazminat davası açtığında, bu durumlar zarar görenin kendisine karşı BK 44/I anlamında indirim sebebi teşkil ederler.

Zarar görene izafe edilen hallerin tazminatın belirlenmesinde rol oynayabilmesi, kanunun ifadesi ile, bunların "zararın ihdasına veya zararın tezayüdüne yardım" etmesine "ve zararı yapan kişinin hal ve mevkii"ni" ağırlaştırmasına bağlıdır. Metindeki "ve" sözü mehazdaki gibi "veya diğer bir surette" şeklinde anlaşılmalıdır¹⁰¹. Buna göre zarar görene izafe edilen hallerin üç türlü etkisi bulunmaktadır;

1^a Zarar görene izafe edilen haller zararın doğumunda etkili olmuş olabilirler. Örnek olarak dikkatsizce yola fırlayan yayaya, yoldan geçen bir araç çarpmıştır. Aracın işleteni KTK 85/I hükmüne göre sorumludur. Zararın doğumunda aracın işletilmesinin yanında, yayanın dikkatsiz davranışı da etkili olmuştur.

Zarar görene izafe edilen ve zararın doğumunda etkili olan olaylar doğrudan doğruya zararın doğumu anında ortaya çıkabilecekleri gibi, önceden de mevcut olabilirler¹⁰². Zarar görenin rızasında veya sorumlu kişiyi tahrik etmesinde veya tehlikeye atılmada (içkili kişinin aracına binilmesi gibi) durum böyledir.

2^o Zarar görene izafe edilen haller, sorumluluğu doğuran olayın gerçekleşmesinden sonra da ortaya çıkabilirler, bu yolla zararın artmasına yol açarlar. Zarar görenin gerekli tedaviden kaçınmasında durum böyledir. Bu takdirde, zarar gören sadece meydana gelen artış bakımından kusurludur¹⁰³. Fakat her zaman artan zararın miktarını tesbit etmek

¹⁰⁰ v. Tuhr/Peter. 109; Stark, Skriptum, N. 1034; Keller, A., I, 127; Merz, OR, 223, dn. 139; Alman hukuku bakımından aynı yönde, Keller, R., 102; Tiftik, BK 44/I hükmünün geniş yorumlanması yerine, zarar görenin fiili dışındaki hallerin BK 43/I'deki hâl ve mevkii icabı ibaresinin kapsamı içinde görülmesi gerektiği kanaatinde (Tiftik, 113, dn. 175; Zarar görene ait işletme tehlikesi bakımından, Tiftik, 161, dn. 462).

¹⁰¹ Tiftik, 112, dn. 174.

¹⁰² Bkz. Häberlin, 71.

¹⁰³ Häberlin 72.

kolay değildir. Gerekli tedaviden kaçınan veya hekimin tavsiyelerine uymayan zarar görenin sağlığına uzun sürede kavuşması halinde, zararın artış miktarını kesin olarak belirleme imkânı yoktur. Hâkim, olayların olağan akışını dikkate alarak BK 42/II uyarınca artan zararı tesbit eder.

3^o Mehaz kanun "diğer bir surette" zarardan sorumlu olan kişinin durumunun ağırlaşmasından bahsetmektedir. Bizim kanunumuzdaki ifade ile de kastedilen budur. Fakat ilk iki hal sorumlu kişinin durumunu ağırlaştırın hemen hemen bütün halleri kapsamaktadır¹⁰⁴. Bu başlık altında şu haller düşünülebilir¹⁰⁵:

a) İsbatın güçleştirilmesi: Zarar gören, zarara yol açan olay dolayısıyla sağladığı yararların isbatını güçleştirir veya imkânsız hale sokarsa, hâkim BK 42/II uyarınca elde edilen yararların miktarını tayin eder. Fakat bunun için gerekli veriler de ortadan kaldırılmışsa, hâkim bu durumu "sorumlunun durumunun kötüleştirilmesi" olarak değerlendirip, tazminat yükümlülüğünde indirime gidebilir.

b) Rücü imkânının zorlaştırılması: Rücü için gerekli isbat araçlarını zarar gören saklamamışsa, rücü imkanı bulunan, fakat bu sebeple rücü edemeyen sorumlunun tazminat yükümlülüğünde indirime gidilebilir.

II. Zarar Görene İzafe Edilebilen Hallerin Başlıcaları

A. Zarar Görenin Kusuru

Zarar görene izafe edilebilen hallerin tesbitinde esas itibariyle başkasına verilen zarardan sorumluluğu düzenleyen hükümler bize yol gösterici olacaktır. BK 41/I'de yer alan genel kurala göre, hukuka aykırı bir fiille ve kusurlu olarak başkasına verilen zarardan, fail sorumludur. Bu hükmü zarar görenin davranışlarına uygularsak¹⁰⁶, zarar gören, kendi fiiliyle, bilerek ve isteyerek veya gerekli dikkat ve özeni gösterme-

¹⁰⁴ OR-Schnyder, Art. 44, N. 7; Bu ifadenin özel bir anlamı bulunmadığı yolunda, Oftinger/Stark, I, § 7, N. 14; Aynı yönde, Tiftik, 112, dn. 174.

¹⁰⁵ Brehm, Art. 44, N. 61 vd.; Brehm'in belirttiği hallerden birisi de, zarar görenin, kendisini sigorta ettirmek mecburiyeti olmasına rağmen bunu yapmayarak, sorumlu kişinin sigortacıya rücü etmek imkânını bertaraf etmesi halindedir. Bu durumda hâkim, sorumlu kişinin durumunun kötüleştirildiğinden hareketle tazminat yükümlülüğünde indirime gidebilir. Türk hukukunda kanun icabı sorumlu olanın sigortacıya rücü etmek imkânının bulunup bulunmadığı hususunda bkz. beşinci bölüm, dn. 93.

¹⁰⁶ Guhl/Merz/Koller, 79; Merz, OR, 223; Stark, Skriptum, N. 317;

Sadece zarara sebep olmak, indirim sebebi teşkil etmeye yetmez (Häberlin, 56); Temyiz kudretine sahip olmayan zarar görenin davranışı, istisnaen indirim sebebi teşkil edebilir (BK 54'e kıyasen; Bkz. aşağıda C. 2); Kınanmayı gerektirmeyen bir davranış tarzı kusur olarak kabul edilemez (bkz. aşağıda A, 2 ve A, 4, b).

yerek, uğramış olduğu zararın doğumuna veya artmasına katkıda bulunmuşsa, onun bu hareketi sebebiyle hâkim, BK 44/I uyarınca tazminat yükümlülüğünde indirimine gidebilir. Bunun için zarar görenin kusuru ile zarar ya da zararın artması arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir¹⁰⁷.

Örnek olarak bir yayanın beklenmedik şekilde caddeyi geçmeye çalışması üzerine bir aracın kendisine çarpması halinde; Bir araçta yolculuk edenlerin, zorunlu olmasına rağmen, emniyet kemerlerini bağlamaları üzerine uğradıkları trafik kazası sonucu yaralanmaları halinde; Yanıcı, patlayıcı veya parlayıcı bir madde bulunduran kimsenin gereken tedbiri almaması dolayısıyla bir başkasının dikkatsiz davranışı yüzünden zarara uğraması halinde durum böyledir. Bu kimselerin zarara uğramasında kendi davranışlarının da katkısı bulunmaktadır.

1. Hukukî Niteliği

Hukukî nitelendirme bakımından iki husus üzerinde durulmaktadır. Birincisi bir kimsenin kendisine zarar verici davranışta bulunması hukuka aykırı mıdır? İkincisi, birincisi ile bağlantılı olarak, bir kimsenin kendisine zarar verici harekette bulunmasından dolayı kusurlu olduğundan bahsedilebilir mi? Başka bir ifade ile "zarar görenin kusuru" ifadesi, teknik açıdan isabetli midir?

a) Zarar Görenin Kendisine Zarar Verici Davranışta Bulunmasının Hukuka Aykırı Olup Olmadığı

Hukuka aykırılıktan bahsedebilmek için bir hukukî yükümlülüğün mevcudiyeti ve bunun ihlâl edilmiş olması gerekir. Oysa hukuk düzeni bir kimsenin kendisine zarar verip vermemesiyle prensip olarak ilgilenmemektedir¹⁰⁸. Dolayısıyla bir kimsenin kendisine zarar vermesi esas itibarıyla hukuka aykırı değildir¹⁰⁹. Sarhoş birinin aracına binen kimse-

¹⁰⁷ Tandoğan, 322, dn. 29; Yarg. 4. HD. 4. HD. 4.12.1978, 1985/13614 (Karahasan, II, 806); Yarg. 4. HD. 8.7.1968, ?/5848 (Karahasan, II, 700); Brehm, Art. 44, N. 19; Becker, Art. 44, N. 8; Keller/Gabi-Bolliger, 103; Oftinger/Stark, I, § 7, N. 14; 101 II 76 (Pra. 64, Nr. 170); 99 II 312; 79 II 397; 47 II 407; Zarar görenin kusuru ile zarar arasında illiyet bağının bulunması gerektiği hususunda ayrıca bkz. 101 II 265 = Pra. 64, Nr. 239.

¹⁰⁸ Häberlin, 59; MK 23 ve BK 19/II'de, kişiler, bir başkası ile yapacakları hukukî işlemler sonucu kişiliklerinin tecavüze uğramasına karşı korunmuşlardır. Buna mukabil, kişiler, kendi kişiliklerine doğrudan doğruya zarar vermelerine karşı korunmamışlardır.

¹⁰⁹ Häberlin, 55-56; Brehm, Art. 44, N. 18; v. Tuhr/Peter, 108; Honsell, 73; Tiftik, 107; BK 44/I uyarınca yapılacak indirimde hukuka aykırılığın varlığı aranmaz (Oser/Schönenberger, Art. 44, N. 5; Becker, Art. 44, N. 2); Burada hukukî değil, etik bir yükümlülüğe aykırılık vardır (Häberlin, 57); Guhl, düzene aykırılıktan bahsetmektedir (Guhl, 81 vd.); Becker de, düzene aykırı veya doğru olmayan davranıştan bahsetmektedir (Art. 44, N. 3).

nin hukuka aykırı davrandığından söz edilemez. Buna mukabil zarar görenin davranışı hukuka aykırı da olabilir. Örnek olarak trafik kaidelerine aykırı hareketi neticesi zarara uğrayan kimsenin bu davranışı hukuka aykırıdır¹¹⁰. Hemen belirtelim ki, zarar görenin davranışının hukuka aykırı olup olmamasının, yapılacak indirim bakımından önemi bulunmamaktadır.

Hukuk düzeni, kural olarak bir kimsenin kendisine zarar vermesi ile ilgilenmemekle birlikte, bu durum aynı zamanda bir başkasının durumunu da ağırlaştırıyorsa hukuk düzeni bununla ilgilenmektedir. Nitekim BK 44/I, hâkimin tazminatı belirlerken bu durumun sorumlu kişi lehine dikkate alınacağını belirtmiştir. Acaba bu hükümle zarar görene, zarar verenin durumunu ağırlaştırmamak hususunda bir yükümlülük yüklenmiş ve bunun müeyyidesi mi belirtilmiştir¹¹¹, yoksa zarar görenin böyle bir yükümlülüğü yoktur, ancak kendisine zarar vermesi halinde hukuken daha elverişsiz duruma düşecektir, o halde sorumlu kişiye karşı elverişsiz duruma düşmek istemiyorsa, kendisine zarar vermemelidir, şeklinde mi düşünülmelidir? Bu ikinci durumda bir hukukî yükümlülüğün değil belki bir "kölfe"ten ("Obliegenheit") bahsetmek mümkündür¹¹².

Kölfe'nin özelliği, bu şekilde nitelenen davranışın edasının talep ve dava edilememesi ve aksine davranış halinde tazminat talebinde bulunulmamasıdır. Tek müeyyide, kölfete uymayan kimsenin, hukuken daha elverişsiz bir konuma gelmesidir¹¹³. Bunun tipik örneği ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümlerde yer alan muayene ve ihbar süreleridir. Bu sürelere uymak yükümlülüğü yoktur. Satıcı süresinde muayene ve ihbarın yapılmasını talep ve dava edemez. Fakat bu süreler kaçırılırsa alıcı elverişsiz bir konuma gelir, zira artık ayıp sebebiyle -gizli ayıp olmadıkça- hukukî talepte bulunamaz (BK 198). Buna mukabil satıcı hukuken daha elverişli bir konuma girmiş olur.

Kanunun, zarar görenin zararın doğumuna veya artmasına katkıda bulunan davranışına bir hukukî sonuç bağlamış olması, hukukî bir yükümlülüğün varlığını gerektirmez. Bu itibarla burada kölfetin (Obliegenheit) söz konusu olduğunu kabul eden görüşe üstünlük tanımak gerekir¹¹⁴. Zarar gören tedavi olmak zorunda değildir, böyle bir

¹¹⁰ Becker, Art. 44, N. 2; Larenz, SchuldR I, 540.

¹¹¹ Bkz. Häberlin, 60-61.

¹¹² Türk hukukunda "Obliegenheit" ("incombances") kavramına karşılık olarak "kölfet" (Kocayusuşpaşaoğlu, § 2, n. 48) veya "gerekli davranış" (Oğuzman-Öz, 14) ibareleri kullanılmaktadır.

¹¹³ Kramer, Allgemeine Einleitung, N. 113; v. Tuhr/Peter, 12; Schönenberger/Jäggi, Art. 1, Vorbem. 78.

¹¹⁴ Kocayusuşpaşaoğlu, § 2, n. 48; Oğuzman-Öz, 14-15; Stark, Skriptum, N. 319; Kramer, Allgemeine Einleitung, N. 114; Honsell, 73; Buna mukabil bazı yazarlar "zararı azaltma yükümlülüğü"nü varlığından bahsetmektedirler (Örnek olarak Oftinger, I, 267; Brehm, Art. 44, N. 50).

yükümlülüğü yoktur. Bununla birlikte, tazminat alacağını tamamen veya kısmen düşeceğini göze almalıdır. Başka bir ifade ile, tedavi olmasının sonuçlarına kendisi katlanmalıdır. Bunun yükünün tamamını sorumlu kişiye yükleyemez.

b) Zarar Görenin, Kendisine Zarar Verici Davranışta Bulunmasından Ötürü Kusurlu Sayılabiliş Sayılamayacağı

Zarar görenin, kendisinin uğramış olduğu zararın doğumuna veya artışına katkıda bulunmuş olması hukuka aykırı görülemeyince, zarar görenin kusurundan da bahsedilememek gerekir. Zira kusur, ancak hukuka aykırı fiil ile zarara sebep olan kişi hakkında yürütülen bir değer yargısıdır¹¹⁵. Ancak hukuka aykırı davranan kişi, bu davranışından ötürü kınanabilir. Bununla birlikte, kusur hakkında söylenenler kıyasen zarar görenin teknik anlamda kusurlu sayılmayan davranışları hakkında da geçerlidir¹¹⁶.

Dolayısıyla, uygulamada ve doktrinde sıkça kullanılan "zarar görenin kusuru" sözü teknik anlamda kusuru ifade etmemektedir. Bunun yanında "müterafik (birlikte) kusur" ("Mitverschulden") tâbiri de kullanılmaktadır. Bu tâbir, zarar görenin kusurunun dikkate alındığı bütün halleri kapsamına almadığından yetersiz kalmaktadır¹¹⁷. Zira kusursuz sorumluluk halleri dikkate alındığında, sorumlu kişinin mutlaka kusurunun bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla zarar görenin kusurunun bulunması, her zaman "müterafik kusurun" bulunduğu anlamına gelmez.

Sonuç olarak, bir kimsenin kendisine zarar vermesi hukuka aykırı

Alman hukukunda zarar görenin, BGB § 254 uyarınca tazminatta indirimde yol açan davranışlardan kaçınmak hususunda bir "Obliegenheit"inin bulunduğu görüşü savunulmaktadır; Larenz, Allg. Teil, 205-206; SchuldR I, 540, dn. 2, 543; MünchKomm-Grünsky, § 254, N. 2; Schmidt, 109 vd.; Deutsch, 319 (Şu var ki, Deutsch, Obliegenheit'in düşük yoğunlukta yükümlülük olduğu görüşünden hareket etmektedir); Bir kısım yazar ise burada ne bir hukuki yükümlülüğün ne de teknik anlamda bir "Obliegenheit"nin bulunduğu görüşündedir (Lange, Schadensersatz, 552-553; Esser/Schmidt, 258-259); Son olarak bir kısım yazar, zarar görenin BGB § 254'e aykırı davranışlarının teknik anlamda hukuka aykırılık teşkil edeceği ve zarar görenin kusurundan bahsedilebileceği görüşünü paylaşmaktadırlar (Soergel-Mertens, § 254, N. 4; Venzmer, 99 vd.).

¹¹⁵ v. Tuhr/Peter, 108; Allg. Teil, II/2, 493; Eren, Uygun İlişyet, 189; Kusur, başkasının zarara uğramasına yol açan davranışa ilişkin bir nitelendirilmedir [Larenz, SchuldR I, 540; Oftinger, I, 158; Tandoğan, Mesuliyet, 318; Tiftik, 107; Yılmaz, 24; BGE 69 II 414; Yarg. 4. HD, 24.9.1984, 6027/6856 (YKD 1985/1, 27)]. Bunun sebebi ancak başkasına zarar vermenin hukuka aykırı olmasıdır (Häberlin, 55; Becker, Art. 44, N. 2); Buna mukabil, hukuka aykırılık ile kusurun birbiriyle bağlantılı şeyler olmadığı görüşünde, Oftinger/Stark, I, § 5, N. 140; Brehm, Art. 44, N. 18.

¹¹⁶ Oftinger, I, 158; Deschenaux/Tercier, 58; Tandoğan, Mesuliyet, 319-320; Tiftik, 110.

¹¹⁷ Oftinger/Stark, I, § 7, N. 13, N. 27; Tiftik, 109.

değildir ve o kimse bu sebeple kusurlu sayılamaz. Buna rağmen, zarar görenin kendisine zarar veren davranışları, tazminatın belirlenmesinde sorumlu lehine indirim sebebi olarak dikkate alınmaktadır. Zarar görenin kendisine zarar veren davranışlarının indirim sebebi olarak kabul edilmesinin temelinde dürüstlük kuralı (MK 2) yatmaktadır¹¹⁸. Bir kimsenin, kendisinin zarara uğramasında katkısı bulunduğu halde, sorumlu kişiden tam tazminat istemesi dürüstlikle bağdaşmaz (venire contra factum proprium, çelişkili davranış yasağı).

2. Kusurun Objektifleştirilmesine İlişkin Görüşlerin Uygulanabilirliği

Zarar görenin zararın doğumuna veya artmasına katkıda bulunmasının, teknik anlamda kusurlu bir hareket tarzı olarak görülememesine rağmen, genel olarak kusur hakkında söylenenlerin zarar görenin kusuru bakımından da geçerli olacağını yukarıda belirtmiştik. Burada üzerinde durulması gereken nokta kusurun objektifleştirilmesine ilişkin görüşlerin zarar görenin kusuru bakımından ne oranda uygulama alanı bulacağıdır.

İhmalin objektifleştirilmesi görüşü, son zamanlarda oldukça taraftar toplamıştır¹¹⁹. Burada problem şudur; İhmal gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesidir. Acaba somut olayda gerekli dikkat ve özenin gösterilip gösterilmediği hususu araştırılırken, fiili işleyen kimsenin şahsî özellikleri, yetenekleri dikkate alınacak mıdır? Yoksa objektif olarak normal şartlar altında bir kimseden beklenen dikkat ve özenin gösterilmemesi ihmâlin varlığı için yeterli mi sayılacaktır? İhmalin objektifleştirilmesi görüşüne göre, fiili işleyen kimsenin mensup olduğu insan grubuna (aynı meslek, aynı yaş grubundaki insanların) normal şartlarda, somut

¹¹⁸ Tandoğan, Mesuliyet, 319; Tunçoğlu, 485; Karahasan, I, 792; Yılmaz, 25; Yarg. 4. HD, 30.4.1984, 3198/3471 (YKD 1984/7, 1027) (Kararda MK 2 yerine sehven BK 2 yazılmıştır); Yarg. 4. HD, 26.2.1979, 5666/2516 (YKD 1980/1, 36); Yarg. 4. HD, 4.12.1978, 1985/13614 (Karahasan, II, 806); Häberlin, 51, 62; Guhl, 61 vd.; Oser/Schönenberger, Art. 44, N. 3; Burckhard, 500; Merz, Art. 2, N. 556; Oftinger/Stark, I, § 5, N. 139; Honsell, 73; BGE 64 II 436;

Alman hukukunda, Schmidt, 109 vd.; Palandt-Heinrichs, § 254, I, a; Keller, R., 22 vd.; BGHZ 34, 363; BGH NJW 82, 168; Alman hukukunda dürüstlük kuralının işleyebilmesi için mevcut bir güven ilişkisi arandığından (bkz. BGB § 242), bir kısım yazar BGB § 254'ün dürüstlük kuralı ile izahına karşı çıkmaktadırlar; Örnek olarak bkz. Larenz, SchuldR I, 541; Soergel-Mertens, § 254, N. 4; Lange, Schadensersatz, 548.

¹¹⁹ Türk hukukunda, İmre, 28 vd.; Tandoğan, Mesuliyet, 50 vd.; Eren, II, 120; Aksi görüşte, Oğuzman-Öz, 508;

İsviçre hukukunda, Oftinger, I, 142 vd. (Teorik olarak aslında subjektif kriterin kabul edilmesi gerekirdi, Oftinger/Stark, I, § 5, N. 63 vd.); Merz, OR, 218; Stark, Skriptum, N. 476 vd.; Guhl/Merz/Koller, 181; Keller/Gabi-Bolliger, 58; Gauch/Schleup, N. 2748; Oser/Schönenberger, Art. 41, N. 65; Becker, Art. 43, N. 93 vd.

olay karşısında nasıl davranacağı dikkate alınır. Örnek olarak mesleğe yeni atılan bir doktor yeni çıkan ve yaygın olarak kullanılan bir tedavi aracını, hastasında kullanmamıştır. Veya bir sürücü, ağır duyduğu veya çok yorgun olduğu için tren düdüğünü duyamamıştır. Buna rağmen örneklerdeki kişilerin özel durumları dikkate alınmaz ve kendilerinden objektif olarak beklenen dikkat ve özeni gösteremediklerinden ihmalleri olduğu sonucuna varılır.

İhmâlin objektifleştirilmesi görüşüyle varılan sonuçla ihmâlin objektifleştirilmesini kabul etmeyen görüşle varılan sonuç bir noktaya kadar birleşmektedir. Nitekim doktorun hastasına ilaç tavsiye etmeden önce gerekli araştırmayı yapmaması ihmâldir veya az duyan kişinin veya yorgun olan kişinin araç kullanması ihmâldir. Yorgun olduğunu veya kulaklarının az duyduğunu bilen ve bu durumda araç kullanmanın tehlikeli olduğunu idrak eden bir kimsenin araç kullanması kınanmayı gerektiren bir davranıştır. Şu var ki, bir kimse kendi özel durumunun farkında ve bunu bilebilecek durumda değilse, o kimse kınanamaz. Örnek olarak, duymakta zorluk çektiğinin farkında olmayan ve bunu normal şartlar altında öğrenmesi kendisinden beklenilemeyen bir kimse, korna sesini duymamışsa ne olacaktır? Objektif görüşe göre, kınanacak bir davranışta bulunmuş olmamasına rağmen bu kimse "kusurlu" sayılacaktır. Bu görüş sorumluluğun doğumu için kusuru bir şart olarak arayan kanunun sistemiyle bağdaşmamaktadır¹²⁰.

Kanunun sistemini zorlayan ihmâlin objektifleştirilmesi görüşü, sorumluluğun kurulması aşamasını göz önünde bulundurmaktadır. Bunun dışında, yani tazminat belirlenirken karşılıklı olarak kusurların tartışılması aşamasında failin şahsî özelliklerinin dikkate alınacağı kabul edilmektedir. Alman hukukunda savunulan görüş budur. Sorumluluğun kurulması safhasında dikkate alınmayan şahsî özellikler, BGB § 254 uyarınca karşılıklı kusurlar tartışılırken, dikkate alınacaklardır¹²¹.

¹²⁰ Oğuzman-Öz, 508; Kaneti, Hukuka Aykırılık, 28; Aynı yazar, Sempozyum, 53; Kusunur, faille ilişkin sübjektif bir değerlendirmedir [Yarg. 4. HD, 24.9.1984, 6027/6856 (Karahasan, Sorumluluk, 155)]; İhmâl şeklindeki kusur irade eksikliğine dayanır; Bkz. v. Tuhr/Peter, 430; Allg. Teil, II/2, 489; Häberlin, 42 vd.; Egger, Art. 18, N. 5; Yarg. 4. HD, 13.3.1989, 10059/2236 (Karahasan, II, 576); Yarg. 4. HD, 13.9.1988, 4147/7408 (YKD 1989/1, 31); Yarg. 4. HD, 1.4.1985, 1308/3036 (YKD 1985/8, 1166).

¹²¹ Deutsch, 281, 325; Larenz, SchuldR I, 550; Lange, Schadensersatz, 613; Staudinger-Medicus, § 254, N. 94; Soergel-Mertens, § 254, N. 112; Aksi yönde, Venzmer, 33, 144; MünchKomm-Grunsky, § 254, N. 61;

İsviçre ve Türk hukukları bakımından, zarar görenin ihmâlinin olup olmadığının objektif kıstasa göre belirlenmesi gerektiği görüşü savunulmaktadır [Bkz. Oftinger/Stark, I, § 5, N. 146; Deschenaux/Tercier, 58; Tandoğan, Mesuliyet, 320; Tunçoğmağ, 485; Tiftik, 110; Yarg. 19.1.1987, 8089/252 (Karahasan, II, 815); Yarg. HGK, 18.4.1986, 4-767/437 (Karahasan, II, 796); Yarg. 4. HD, 30.4.1984, 3198/3471 (YKD 1984/7, 1027)]; BK 44 anlamında kusur, akli başında (makûl) bir kimsenin

Başka bir ifadeyle, ihmâlin objektifleştirilmesi görüşünden hareket edilse dahi, bu görüşün tazminatın belirlenmesi safhasında uygulanması söz konusu olmamaktadır.

Buna göre, zarar görenin işitme zorluğu çekmesine rağmen, bunu bilebilecek durumda olmaması, tazminatın belirlenmesi safhasında zarar görenin aleyhine indirim sebebi olarak dikkate alınmayacaktır. Buna mukabil, bu durumun, bünyenin zarar görmeye elverişli olmasındaki gibi, zarar görenin hukukî sahasında ortaya çıkan beklenmedik bir olay olarak dikkate alınması düşünülebilir.

Diğer bir mesele, tıbbî müdahaleye rıza konusunda ortaya çıkmaktadır. Örnek olarak, zarar gören ameliyat olmaktan çok korkan birisidir ve norkoz altına yatmak istememektedir. Veya zarar gören dinî inancı sebebiyle kan nakline yanaşmamaktadır. Normal şartlar altında, makûl ve mantıklı düşünen bir insandan beklenen, onun tehlikesi olmayan ve tedavi için gerekli olan tıbbî müdahaleye rıza göstermesidir¹²². Özel sebeplerle buna yanaşmayan kimse BK 44/I anlamında kusurlu sayılmalı mıdır veya bu kimsenin kusuru daha hafif olarak değerlendirilebilir mi? Verilecek cevap şu olmalıdır; Bu kimse duruma göre kusurlu sayılmamalı veya kusuru daha hafif olarak değerlendirilmelidir¹²³. Zarar görene ait özel sebeplerden dolayı, sorumlu kişi elverişli bir konuma gelmemelidir. Zarar gören özel sebeplerden dolayı tıbbî müdahaleye razı olmuyorsa, bunun sonuçlarının tamamına veya bir kısmına sorumlu kişi katlanmalıdır¹²⁴. Ayrıca, bir kimsenin vücut bütünlüğüne müdahale edilmesi, o kişinin kişiliği ile yakından alakalı bir konudur¹²⁵. Dolayısıyla, kişinin tıbbî müdahaleye rıza göstermemesi sebebiyle indirime gidilirken, o kişinin özel durumlarının dikkate alınması özel bir önem taşımaktadır¹²⁶.

kendi çıkarı için sakınacağı veya sakınması gerekli olan düşüncesiz bir hareket tarzıdır [Yarg. 4. HD, 26.2.1979, 5666/2516 (YKD 1980/1, 36); Yarg. 4. HD, 12.4.1979, 8915/4956 (YKD 1979/9, 1275); 4. HD, 26.2.1979, 5666/2516 (Karahasan, II, 802); Yarg. 4. HD, 4. HD, 4.12.1978, 1985/13614 (Karahasan, II, 806); Objektif kıstaslardan yararlanılsa dahi, ihmâl şeklindeki kusur irade eksikliğine dayanır [Yarg. 4. HD, 24.9.1984, 6027/6856 (YKD 1985/1, 27); Yarg. 4. HD, 11.3.1981, 1247/3013 (Karahasan, II, 588)].

¹²² Bkz. aşağıda 4. c.

¹²³ Dinî sebeplerle tıbbî müdahaleye razı olmamanın sonuçlarına sorumlu kişinin katlanması gerektiği hususunda, Oftinger/Stark, I, § 6, dn. 283.

Özel bir sebepten dolayı kendisinden tedaviye rıza göstermesi beklenmeyen bir kimsenin yaralanması halinde, bunun ağır sonuçlar doğuracağı hayatın olağan akışına uygun düştüğünden, zarar görenin tedaviye rıza göstermemesi dolayısıyla artan zarar ile yaralama eylemi arasında uygun illiyet bağı mevcut sayılır, illiyet bağı kesilmiş olmaz. Yapılan ex post değerlendirme hususunda bkz. aşağıda dn. 400.

¹²⁴ Şu kadar ki, zarar görenin kaçındığı tıbbî müdahale için gerekli olan muhtemel masraflar zararın kapsamında yer almazlar (Bkz. üçüncü bölüm, § 5, I, B, 2).

¹²⁵ v. Tuhr/Peter, 113.

¹²⁶ Deutsch, zarar görenin tedavi konusundaki irade eksikliğinin nadir olarak indirime

3. Zarar Görenin Kusurunun Tazminatın Belirlenmesindeki Rolü

a) Kanunun Öngördüğü Sistem ile Uygulamanın Takip Ettiği Yöntem

Borçlar Kanunumuzun sorumluluğa ilişkin hükümleri, daha önce de belirtildiği gibi, 19 uncu yüzyılda kusurun sorumluluk hukukundaki rolü konusundaki gelişmelerin bir ürünüdür. Buna göre, tazminat, zarar verenin kusurunun ağırlığına göre belirlenir (BK 43/I). Eğer zarar görenin de kusuru varsa, bu takdirde karşılıklı kusurlar tartılır (BK 44/I). Başka bir ifade ile hâkim her iki tarafın da kusurlarının ağırlığını dikkate alarak tazminat yükümlülüğünde uygun bir miktar indirim yapılabilir. Kusursuz sorumluluk hallerinde de zarar görenin kusuru indirim sebebi olarak dikkate alınır¹²⁷.

Aynı zarardan birden fazla kimsenin sorumlu olmasındaki gibi, zarar görenin kusurunun bulunduğu olaylarda da zarara birden fazla kimse sebep olmuştur¹²⁸. Nasıl ki zarara birlikte sorumlu olanlar arasında rücu yoluyla zararın yükü paylaşılıyorsa, zarara birlikte sebep olan zarar gören ile zarar veren arasında da zararın yükü paylaşılır. Şu farkla ki, aynı zarardan farklı hukukî sebeplere göre birden fazla kimsenin sorumlu olduğu hallerde, kural olarak zararın yükünün tamamını kusuru bulunan sorumlu taşıırken (BK 51/II), zarar görenin kusurunun bulunması, kusuru bulunmayan sorumlu kişiyi sorumluluktan kurtarmaz¹²⁹, meğer ki zarar görenin ağır kusuru sebebiyle illiyet bağı kesilmiş olsun.

Uygulamanın karşılıklı kusurların tartılması esasından biraz farklı bir yol izlediği söylenebilir. Uygulamada kusur dağılımı adı verilen bir paylaşım yapılmaktadır¹³⁰. Kusur, bu paylaşımada, zararlı sonu-

yol açacağı görüşündedir (Deutsch, 326); Yargıtay bu konuda daha da ileri gitmektedir; Her ameliyatta belli bir oranda ölüm tehlikesi mevcuttur. Hiçbir hukuk düzeni, tazminat miktarını azaltmak amacıyla da olsa, mağduru ameliyat olmaya ve kendisini ölüm tehlikesine atmaya zorlayamaz [Yarg. 11. HD, 19.9.1980, 3979/4046 (YKD 1981/4, 460 veya YKD 1982/2, 207)]. Kanaatimce her ameliyatta az veya çok ölüm tehlikesinin mevcut olması, indirime gidilmesine engel olmak için yeterli bir sebep değildir (Aynı yönde, Tiftik, 121). Ayrıca zarar göreni ameliyattan kaçınmaya sevkeden dinî inanç gibi özel bir sebebin bulunması gereklidir.

127 Zarar görenin kusurunun indirime yol açabileceği, KTK 86/II'da özel olarak belirtilmiştir. İşletenin tâbi olduğu esaslara göre sorumlu olan mali sorumluluk sigortacısı da, zarar görenin kusuruna dayanarak indirime gidilmesini isteyebilir [Yarg. 19. HD, 18.10.1993, 11495/6741 (YKD 1994/7, 1128)]; Ayrıca bkz. beşinci bölüm, dn. 81.

128 Hâberlin, 73 vd.

129 Aksi yönde. Hâberlin, 82.

130 Guhl/Merz/Koller, 80; Deschenaux/Tercier, 205; Örnek olarak, Yarg. 9. HD, 23.3.1995, 2698/2906 (YKD 1995/6, 902); Yarg. 9. HD, 5.5.1992, 2806/5015 (YKD 1992/10, 1557); Yarg. 9. HD, 3.12.1987, 10381/10626 (YKD 1988/6, 794); Yarg. 10. HD, 30.9.1986, 4453/4793 (YKD 1987/1, 61); Bkz. aşağıda dn. 140'ın sonundaki İsviçre Federal Mahkemesi kararları; Ayrıca bkz. beşinci bölüm, § 2.

cun meydana gelmesinde rol oynayan kişiler ve bu kişilerden bağımsız olaylar arasında taksim edilmektedir. Örnek olarak zarar verene % 30, zarar görene % 30, zararın doğumunda rol oynayan beklenmedik olaya % 40 pay verilmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, burada söz konusu olan bir kusur dağılımı değildir. Zira kusur her sorumlu ve zarar gören hakkında ayrı ayrı değerlendirme konusu olur. Herkes kendi davranışı dolayısıyla kendisi kusurludur. Sorumlular ve zarar gören arasında paylaşımaya konu olabilecek ortak bir kusur söz konusu değildir.

Diğer taraftan bu paylaşım sadece karşılıklı kusurların tartılmasına da dayanmamaktadır. Beklenmedik olaylara da kusur dağılımında yer verilmesi bunu göstermektedir. Bir tabiat olayına kusur izafe etmek imkânı yoktur. O halde buradaki paylaşım hangi esasa dayanmaktadır? Burada, zararlı sonucun doğumunda rol oynayan faktörlerden her birinin, zararlı sonucun doğumunda diğerlerine nazaran ne oranda rol oynadığına bakılmaktadır. Başka bir ifade ile hangi olay zararlı sonuca daha ziyade sebebiyet vermiştir, sorusuna cevap aranmaktadır. Verdiğimiz örnekte, zararlı sonuca, % 30 oranında zarar verenin kusuru, % 30 oranında zarar görenin kusuru ve % 40 oranında beklenmeyen olay sebebiyet vermiştir.

Uygulamada yapılan paylaşımın kusura ilişkin bir paylaşım olmadığı şu örnek açıkça göstermektedir; Bir Yargıtay kararına konu olan olayda 6 yaşındaki çocuğa yapılan paylaşımada % 50 pay verilmiştir. Oysa olayda çocuğun temyiz kudreti yoktur ve bu sebeple hakaniyet gerektirmedikçe sorumlu tutulamaz¹³¹. Bu da göstermektedir ki, yapılan paylaşımada, kusurdan bağımsız olarak davranışların zarara sebep olmadıkları oranlarına bakılmaktadır.

b) Alman Hukukundaki Düzenleme

Zarar görenin kusurunu düzenleyen Alman Medenî Kanununun 254 üncü paragrafında, bizde uygulamanın takip ettiği yöntemle benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, tazminat miktarı olayın özelliklerine göre, ama özellikle zarara daha ziyade hangi tarafın sebebiyet verdiğine bakılarak belirlenir. İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarında karşılıklı kusurların tartılması esasları getirilmişken, Alman Medenî Kanunu sebebiyet verme derecesine öncelik tanımıştır.

İsviçre hukukçuları tarafından, gerek eski İsviçre Borçlar Kanunu gerekse yeni İsviçre Borçlar Kanununun konuya ilişkin düzenlemesinin, Alman Medenî Kanununun bu düzenlemesine nazaran daha isabetli ol-

131 Yarg. 4. HD, 13.4.1976, 2237/3896 (YKD 1977/9, 1224); Ayrıca bkz. aşağıda dn. 140'ın sonu.

duğu söylenmiştir. Zira, denmektedir ki, zararlı sonucun doğumunda rol oynayan sebepler arasında, zarara sebebiyet vermeleri açısından bir derecelendirme yapmak imkânı yoktur¹³². Sebeplerden herbiri zararlı sonucun olmazsa olmaz şartını teşkil eder. Bir olay, ya zarara sebep olmuştur ya da olmamıştır. Bu açıdan zarara sebebiyet veren olaylar arasında derecelendirme yapılamaz. Sebepler birlikte, zararın tümünün meydana gelmesine sebep olmuşlardır¹³³.

Şu var ki, Alman hukukunda, sebebiyet verme derecesine verilen anlam bundan farklıdır. Sebebiyet verme derecesi, davranışın yarattığı tehlikenin ağırlık derecesini ifade eder. Bunu başka şekilde de ifade etmek mümkündür; Sebebiyet verme derecesi, davranışın zararı doğurma ihtimalinin derecesidir veya davranışın zarar vermeye uygunluk derecesidir, yani davranışın genel olarak zarar vermeye elverişliliğinin derecesidir¹³⁴. Taraflardan hangisi diğerine nazaran o zararı doğurmaya daha elverişli bir davranışta bulunmuşsa, zararın yükü de o oranda onun üzerinde kalmalıdır. Yani somut olayda davranışlardan hangisinin fiilen zarara daha ziyade sebep olduğu değil, genel olarak davranışların o zararı vermeye elverişlilik dereceleri esas alınır. Davranışlardan hangisinin fiilen zarara daha ziyade sebep olduğu konusunda bir derecelendirme yapılamayacağı hususunda Alman hukukunda da görüş birliği vardır¹³⁵. BGB § 254 uyarınca tazminat miktarı belirlenirken, zarar vermeye elverişlilik derecelerinin dikkate alınacağı hususu ise gerek Alman doktrininde¹³⁶ gerek Alman mahkeme uygulamasında¹³⁷ kabul edilmiş olan görüştür.

¹³² Häberlin, 69, 77; Guhl, 93 vd., özellikle 97 vd.; v. Tuhr/Peter, § 14, dn. 19; Stark, Skriptum, 324 vd., 993; Oftinger/Stark, I, § 7, N. 24; Krş. Oftinger, I, 269; dn. 37.

¹³³ Buna paralel olarak, BK 50-51'de, birden fazla sorumlu bulunduğu takdirde, herbir sorumlunun zarar görene karşı zararın tamamından sorumlu olacağı esası benimsenmiştir. Bu esas, illiyet bağına ilişkin görüşlere de uygun düşmektedir (v. Tuhr/Escher, 2; BGE 58 II 441). Zararın doğumunda rol oynayan bir olay dolayısıyla sorumlu olan kimse, o olayın uygun illiyet bağı içindeki bütün sonuçlarından sorumludur. Bu itibarla, zarar görenin kusurunun indirim sebebi dikkate alınması pozitif bir düzenlemeye dayanır, uygunluk prensibinin bir sonucu değildir (Brehm, Art. 44, N. 17; Portmann, Gegenseitige Schädigung, 8; Aksi yönde, Oftinger, I, 97, 99). Buna mukabil, eğer sorumluluğu doğuran olaylar birlikte zararın tamamına yol açmış olmayıp, herbiri zararın bir kısmına sebep olmuşlarsa, o takdirde müteselsil sorumluluk illiyet bağına ilişkin görüşlerle izah edilemez (Stark, Entlastungsgründe, 65; Bkz. beşinci bölüm, dn. 17).

¹³⁴ Bkz. Rother, 793, dn. 2.

¹³⁵ Bkz. aşağıda dn. 136'da belirtilen yazarlar; Alman hukukunda aksine bir görüş savunan kimsenin bulunmadığı hususunda bkz. Rother, 793.

¹³⁶ Lange, Schadenersatz, 608 vd.; Larenz, SchuldR I, 549; Staudinger-Medicus, § 254, N. 92; MünchKomm-Grünsky, § 254, N. 60; Soergel-Mertens, § 254, N. 111; Palandt-Heinrichs, § 254, 4, a, aa; Esser/Schmidt, 267 vd.; Venzmer, 133 vd.; Buna mukabil sadece karşılıklı kusurların tartılması gerektiği görüşünde, Rother, 793 vd.

¹³⁷ BGH NJW 63, 1449; 83, 622; 94, 379.

Alman hukukunda, tazminat belirlenirken, sebebiyet verme oranının yanında kusurun ağırlığı da dikkate alınmaktadır¹³⁸. BGB § 254'de kusurun ağırlığından açıkça bahsedilmiş olunmasa dahi, paragrafta geçen "durumun özellikleri" ("Umstände") ibaresi, kusurun ağırlığının dikkate alınmasına imkân tanımaktadır¹³⁹.

c) Türk Hukukunda Takip Edilmesi Gereken Yöntem

aa- Genel Olarak

Türk hukukunda kusurun ağırlığının yanında, sebebiyet verme oranına bakılacak mıdır? Kanunda açıkça belirtilmiş olmasa dahi, zarara sebebiyet veren olayların, zarar vermeye elverişlilikleri dikkate alınmalıdır. Sorumluluğun kurulması aşamasında, uygun illiyet bağı teorisi uyarınca, sorumluluğu doğuran olayın zararı doğurmaya elverişli olup olmadığına bakılmaktadır. Tazminatın belirlenmesi safhasında da, zarar gören ile zarar verenin davranışları arasında, zararı doğurmaya elverişlilikleri açısından bir karşılaştırma yapılmasına bir engel bulunmamaktadır. Tam aksine, BK 43/I'deki hâl ve mevkiin icabı ibaresi buna imkân tanımaktadır. İsviçre doktrininde bu görüş savunulduğu gibi, Federal Mahkemenin de bu yönde kararları mevcuttur¹⁴⁰. Keza, Avusturya Medeni Kanununda bir açıklık olmamasına rağmen (ABGB § 1304), Avusturya hukuku bakımından dahi zarara sebebiyet verme oranlarına bakılacağı kabul edilmektedir¹⁴¹.

Böylece zararın doğumunda rol oynayan faktörleri birlikte ele alıp değerlendirmek imkânı doğacaktır. Zarara yol açan sadece sorumlu ki-

¹³⁸ Larenz, SchuldR I, 550; Hâkim görüş, kusurun ağırlığının ikinci derecede dikkate alınacağı yolundadır; Bkz. Lange, Schadenersatz, 612; Staudinger-Medicus, § 254, N. 93; Soergel-Mertens, § 254, N. 112; MünchKomm-Grünsky, § 254, N. 61; Esser/Schmidt, 267; Sebebiyet verme oranlarının, kusur oranlarına göre düzeltilmesi söz konusudur (Lange, Schadenersatz, 612, dn. 476; Soergel-Mertens, § 254, N. 112).

¹³⁹ Ayrıca bkz. yukarıda dn. 49.

¹⁴⁰ Oftinger/Stark, I, § 7, N. 23-24; Oftinger, I, 320, dn. 22; Merz, OR, 225; Keller, A., I, 126; Sebep olma oranı dışında bir kriter bulunması gerektiği görüşünde, Stark, Skriptum, N. 325;

BGE 83 II 414: Kararda, davalının kusuru daha ağır olmasına rağmen, zarar görenin kusurunun kazaya sebebiyet verme bakımından daha etkili olduğu gerekçeyle zararın yükü yarı yarıya paylaştırılmıştır;

BGE 91 II 212: Federal Mahkemeye göre, manzam kusur dolayısıyla, zarar görenin kusuru sebep olarak daha az önem taşır;

Federal Mahkeme kararı, ZR LIV (1955), 29, Nr. 7: Kararda, zararın yükü sebebiyet verme oranlarına göre taraflar arasında pay edilmiştir;

Federal Mahkemenin, kusurun taraflar arasında bölüştürülmesinden bahseden kararları bulunmaktadır (Örnek olarak BGE 83 II 414; 60 II 421). Ashında bu, karşılıklı kusurlu davranışların zarar vermeye elverişlilik oranlarının tesbitinden başka bir şey değildir (Oftinger, I, 268).

¹⁴¹ Bkz. Koziol, 244.

şinin veya zarar görenin kusurlu hareketleri değildir, bunun yanında kusursuz sorumluluğa yol açan bir takım olaylar veya herhangi bir kimseye izafe edilemeyen beklenmedik olaylar da zararın doğumunda rol almış olabilirler. Bütün bunları birlikte ele alıp tazminatı belirlemek, ancak hukukî bir değerlendirme ile mümkün olabilir. Bu değerlendirmede yararlanılacak kriter ise, her bir olayın diğerine nazaran zarar vermeye ne oranda elverişli olduğudur¹⁴².

Zararın paylaşılmasında, pasta benzetmesinden yararlanılabilir¹⁴³. Zarar, taraflar arasında paylaşılması gereken bir pastadır. Bu pasta, önce zarara yol açan faktörler arasında pay edilir. Bu paylaşımada duruma göre, sorumlu kişiye, zarar görene ve beklenmedik olaya bir pay verilir. Daha sonra bu paylaşımada esas alınarak sorumlu kişinin zarar görene karşı zararın ne kadarından sorumlu olduğu tayin edilir.

Sonuç olarak, zarara yol açan olayların o zararı doğurmaya elverişli olup olmadıkları veya ne oranda elverişli oldukları, çeşitli açılardan değerlendirme konusu olmaktadır. Şöyle ki:

1° İlk olarak sorumluluk kurulurken, sorumluluğu doğuran olayın, genel olarak o zararı doğurmaya elverişli olup olmadığına bakılır. Eğer cevap olumluysa, o olayın, zararın uygun sebebi olduğundan, yani zarar verici olay ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunduğu bahsedilir. Ancak bu takdirde sorumluluk kurulmuş olur.

2° Olaylardan birinin elverişli (uygun) sebep olma bakımından ağırlık derecesi (yoğunluğu) diğerlerini önemsiz hale getiriyorsa, önemsiz hale gelen olaylar ile zarar arasındaki illiyet bağının kesildiğinden söz edilir¹⁴⁴. Bu takdirde, önemsiz hale gelen olaylar dolayısıyla sorumluluk söz konusu olmaz. İlliyet bağını kesecek yoğunlukta zarar vermeye elverişli olan olay, üçüncü kişinin veya zarar görenin ağır kusuru veya bir mücbir sebep olabilir.

3° Son olarak tazminatın belirlenmesi safhasında da, zararın doğumunda rol oynayan olayların zarar vermeye elverişlilikleri dikkate alınır. Bunlar karşılaştırılarak zararın yükü taraflar arasında bölüştürülür.

Burada şunu vurgulamak gerekir ki, zarara yol açan olayların zarar vermeye ne oranda elverişli oldukları, hâkimin yapacağı hukukî bir değerlendirme ile tesbit edilir¹⁴⁵. Tabii bilimlerin veya belli istatistiklerin

¹⁴² Oftinger/Stark, I, § 9, N. 24.

¹⁴³ Keller, A., I, 344; Stark, Skriptum, N. 331; Oftinger/Stark, I, § 9, N. 12 vd. ve N. 13, dn. 15; Bu paylaşımada varsa beklenmedik olaya da pay ayrılacağı hususunda, Oftinger/Stark, I, § 9, dn. 29.

¹⁴⁴ Oftinger/Stark, I, § 3, N. 135; BGE 116 II 524.

¹⁴⁵ Larenz, SchuldR I, 549; Yapılacak hukukî değerlendirmede, sorumluluk sebeplerinden herbirinin, tazminat hukuku bakımından taşıdığı ağırlık tesbit edilecektir (Oftinger/Stark, I, § 9, N. 24, 30).

yardımıyla bir sonuca ulaşmak imkânı yoktur¹⁴⁶. Sarhoş bir kimsenin aracına binen ve trafik kazası sonucu yaralanan bir kimsenin davranışının, kendisinin zarara uğramasında ne oranda etkili olduğunu bilimsel yöntemlerle tesbit etmek imkânı yoktur. Burada hâkim vicdanî kanaatine göre, tazminat yükümlülüğünde uygun bir indirim gidecektir (BK 43/I, MK 4)¹⁴⁷. Uygulamada hâkimler, bilirkişi raporlarını kararlarına dayanak yapmaktadırlar. Böylece hâkimin takdir yetkisinin yerine bilirkişinin takdir yetkisi geçmiş olmaktadır. Özellikle trafik ve iş kazalarında, bazı teknik konularda bilgi almak üzere bilirkişilerin yardımına başvurulabilirse de¹⁴⁸, neticede tazminatın miktarını hâkim belirlemelidir¹⁴⁹.

bb- Kusur Sorumluluğunda

Kusur sorumluluğunda, karşılıklı kusurların ağırlıkları tartılıp değerlendirildikten sonra, genellikle kusurlu davranışların zarar vermeye elverişlilikleri hususunda ikinci bir değerlendirme yapmaya gerek kalmaz¹⁵⁰. Çünkü kusurun ağırlığı ile zarara elverişlilik arasında çoğu zaman doğru bir orantı bulunmaktadır¹⁵¹. Başka bir ifade ile, davranışın zarar doğurmaya elverişliliği arttıkça, o davranışta bulunanın kusuru

¹⁴⁶ Portmann, Gegenseitige Schädigung, 19; Zararın paylaşılmasına ilişkin hazırlanan tabloların ancak yol gösterici olabileceği hususunda bkz. Lange, Schadensersatz, 611.

¹⁴⁷ Haksız fiil bir ceza davasına konu olmuş ise, hukuk hâkimi ceza mahkemesinin kusura ilişkin tesbitleri ile de bağlı değildir (MK 53).

¹⁴⁸ Hekimin sorumluluğunda, kusurun ağırlığı tesbit edilirken, bilirkişi raporlarının önemli rol oynadığı hakkında bkz. BGE 108 II 428 = Pra. 72, Nr. 30.

¹⁴⁹ Yargıtayın görüşü esas itibarıyla aksî yöndedir; Yarg. 10. HD, 18.4.1995, 1350/3776 (YKD 1995/9, 1402); Yarg. 9. HD, 23.3.1995, 2698/2906 (YKD 1995/6, 902); Yarg. 10. HD, 29.4.1993, 7579/4474 (YKD 1993/12, 1827); Yarg. 19. HD, 19.3.1993, 7821/2193 (YKD 1993/9, 1382); Yarg. 9. HD, 6.10.1992, 5642/10922 (YKD 1993/4, 532); Yarg. 4. HD, 21.10.1991, 8857/8988 (YKD 1992/1, 54); Yarg. 10. HD, 11.2.1990, 5521/1070 (YKD 1991/6, 875); Yarg. 4. HD, 1.4.1985, 1308/3036 (YKD 1985/8, 1166); Yarg. 3. HD, 31.10.1979, 6260/6521 (YKD 1980/2, 207); Yarg. 3. HD, 31.10.1978, 6260/6521 (Karahasan, II, 593); Yarg. 4. HD, 6.2.1974, 526/498 (Karahasan, II, 606); Aynı yönde, Tiftik, 134; Yılmaz, 26;

Yargıtayın görüşü HUMK 275/c. 2 ile bağdaşmamaktadır; Zira tazminat yükümlülüğünde yapılacak indirimin oranının belirlenmesi, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan bir konudur ve bu sebeple hâkim bu konuda bilirkişi dinleyememelidir. Kusurun bulunup bulunmadığına ilişkin bilirkişi raporuna itibar edilmemesine örnek olarak bkz. Yarg. 13. HD, 14.3.1983, 7237/1783 (YKD 1983/7, 1036); Yargıtayın bilirkişiyi başvurulamayacağına belirten kararları da bulunmaktadır. Bkz. Yarg. 4. HD, 16.6.1986, 3849/4732 (YKD 1986/11, 1619); Yarg. 4. HD, 14.11.1985, 7369/9399 (YKD 1986/4, 509); Tazminat kapsamının belirlenmesi hâkime ait bir görevdir [Yarg. 4. HD, 13.3.1985, 9973/2112 (Karahasan, II, 796)].

¹⁵⁰ Kusur sorumluluğunda karşılıklı kusurların tartılacağı hususunda, OR-Schnyder, Art. 44, N. 4; Brehm, Art. 44, N. 20; Stark, Skriptum, N. 328; Oftinger/Stark, I, § 9, N. 25a.

¹⁵¹ Stein, Haftungskompensation, 90.

da o nisbette ağırlaşmaktadır. Dolayısıyla ayrı ayrı iki açıdan yapılan değerlendirmeler çoğu zaman aynı neticeyi vereceklerdir¹⁵².

Tazminatın belirlenmesi safhasında kusurun ağırlığı failin özelliklerine göre belirlenmektedir¹⁵³. Bu bakımdan somut olayda kusurun ağırlığı ile kusurlu davranışın zararı doğurmaya elverişliliği arasında doğru bir orantı bulunmayabilir. Örnek olarak küçük bir çocuğun kırmızı ışıkta karşıdan karşıya geçmesi halinde, aynı davranışı bir yetişkinin yapması haline nazaran kusur daha hafif olarak değerlendirilebilir. Davranış ve onun yarattığı tehlike aynı kalmakla beraber, kusurun ağırlığı aynı kalmamaktadır¹⁵⁴. Böyle bir durumda da öncelikle karşılıklı kusurların tartılması yoluna gidilir. Bunun yanında hâkim, kusurlu davranışların zarar vermeye elverişliliklerini de dikkate alabilir ve kusuru hafif olan kimseye düşen payı yükseltebilir.

Aynı derecedeki karşılıklı kusurlar birbirini itfa etmezler (kompanse etmezler). Zarar gören ile zarar verenin kusurlarının ağırlıkları birbirlerine denkse zararın yükünün yarısı zarar görenin, yarısı zarar verenin üzerinde kalır, yani sorumlu kişi zarar miktarının yarısını karşılamakla yükümlü tutulur¹⁵⁵.

Kusurlardan birinin diğerine nazaran ağır olması, bu sebeple illiyet bağı kesilmiş olmadıkça, hafif olan kusurun dikkate alınmasına engel olmaz¹⁵⁶. Zarar görenin kusuru, zarar verenin kusuruna nazaran daha hafifse, o oranda zarardan ona düşen pay azalır. Buna mukabil, zarar verenin kusuru, zarar görenin kusuruna nazaran daha hafifse, o oranda zarardan zarar görene düşen pay artar¹⁵⁷. Şu kadar ki, olayın diğer özelliklerini de dikkate alan hâkim, duruma göre, taraflardan birinin hafif derecedeki kusurunu zararın paylaşılmasında dikkate almayabi-

152 Larenz, SchuldR I, 549; Staudinger-Medicus, § 254, N. 93; Venzmer'e göre de, zarara elverişlilik oranları ile kusur oranları çakıştığında, ikinci bir değerlendirme yapmaya gerek kalmamaktadır (Venzmer, 133); Sebebiyet verme oranlarına bakılmaması gerektiği görüşünü savunan Rother, uygulamada da sadece kusurun ağırlığına bakıldığını belirtmektedir (Rother, 797-798; Bkz. yukarıda dn. 136).

153 Kusurun objektifleştirilmesi görüşüne taraftar olanlar arasında da hâkim olan kanaat, karşılıklı kusurlar tartılırken şahsî özelliklerin dikkate alınacağıdır (Bkz. yukarıda dn. 121).

154 Lange, Schadensersatz, 611; Bkz. yukarıda § 2, II, A; BGE 79 II 69 = Pra. 42, Nr. 106; Bir buz hokeyi karşılaşmasını tehlikeli yerde durup seyrederken zarara uğrayan kadının kusuru hafiftir. Zarar gören devamlı buz hokeyi karşılaşmalarına gelen bir kimse olsaydı, durum değişirdi.

155 Brehm, Art. 44, N. 20; Stein, Haftungskompensation, 68; Stark, Skriptum, N. 330; v. Büren, 62; Oftinger/Stark, I, § 9, dn. 36; Örnek olarak bkz. BGE 101 II 76; Kusurların birbirini götürmesinin adil bir çözüm tarzı olmadığı hususunda bkz. Meier, 164 vd.

156 Bu anlamda, Brehm, Art. 44, N. 20.

157 BGE 56 II 283; Zarar görenin ağır kusuruna rağmen, tazminata hükmedilebilir; BGE 116 II 524; Zarar görenin veya üçüncü kişinin kusurunun zarar vereninkinden fazla olması, illiyet bağının kesilmesini zorunlu kılmaz.

lir. Zarar görenin ağır kusuru bulunması halinde, BK 44/I uyarınca hâkim zarar verenin hafif kusurunu hiç nazara almayarak tazminata hükmetmekten kaçınabilir¹⁵⁸. Sorumlu kişinin ağır kusuru bulunması halinde de, bu hükme kıyasen, zarar görenin hafif kusuru dikkate alınmayabilir¹⁵⁹.

Birden fazla kişi karşılıklı olarak birbirlerine kusurlu davranışlarıyla zarar vermiş iseler, o takdirde de kusurların birbirini kompanse etmesi söz konusu olmaz. Karşılıklı zarar verme halinde, zarar görenlerden herbirinin ayrı bir tazminat alacağı vardır ve herbiri için tazminatın miktarı tarafların kusurlarının ağırlıkları dikkate alınarak ayrıca belirlenir¹⁶⁰. Karşılıklı tazminat alacaklarının birbirini tamamen itfa etmesi¹⁶¹ ancak tazminat alacaklarının miktar itibarıyla birbirine eşit olması halinde söz konusu olabilir. Bunun gerçekleşme ihtimali ise oldukça zayıftır. Zarar görenlerin uğradıkları zararın miktarı çoğu kez birbirinden farklı olduğundan, karşılıklı kusurların ağırlıkları birbirine eşit olsa dahi, tazminat miktarları birbirinden farklı olacaktır.

cc- Kusursuz Sorumluluk Hallerinde

aaa) Genel Olarak

Zarar vermeye elverişlilik bakımından yapılan değerlendirmenin önemi kendisini kusursuz sorumluluk hallerinde göstermektedir. Kusursuz sorumluluk hallerinde sorumlu kişinin munzam kusuru bulunmadığı takdirde, karşılıklı olarak kusurların tartılması söz konusu olmaz. Sebep sorumluluğunu doğuran olayın zarar vermeye elverişliliği ile zarar görenin kusuru arasında, elma ile armut misali, karşılaştırma yapmaya imkân yoktur¹⁶². Bir karşılaştırmanın yapılabilmesi için ortak bir paydanın bulunması gerekir. Buradaki karşılaştırma, sorumluluğa yol açan olayın zararı doğurmaya elverişliliği ile zarar görenin kusurlu davranışının zararı doğurmaya elverişliliği arasında yapılır¹⁶³.

158 BGE 92 I 538 (Karar hakkında bkz. yukarıda dn. 25); 53 II 377.

159 Zarar görenin kusurunun, zarar verenin ağır kusurunun yanında dikkate alınmayacak kadar az olabileceği hakkında bkz. BGE 80 III 64. Ayrıca bkz. yukarıda dn. 19 ve 62.

160 Oftinger/Stark, I, § 9, N. 25; v. Tuhr/Peter, 111, dn. 23; Becker, Art. 44, N. 9; BGE 60 II 201.

161 Burada kasdedilen, taraflardan birinin takas beyanı ile karşılıklı olarak alacakların sona ermesidir. Karşılıklı zarar vermede takas için bkz. Yarg. 4. HD, 17.4.1980, 8998/5070 (YKD 1981/5, 571).

162 Dunz, 2133; Sorumluluk sebebi ile indirim sebebinin karşılaştırılması, bunlar aynı türden iseler mümkündür (Oftinger/Stark, I, § 7, N. 5, 5a).

163 Oftinger, I, 268; v. Büren, 61; Bu anlamda, Oğuzman-Öz, 555; Tiftik, 136-137; BGE 91 II 212; Federal Mahkeme kararı, ZR LVI (1955), 29, Nr. 7; Hâkimin, sebep sorumluluğuna yol açan olay ile zarar görenin kusurunun ağırlığını, yani aslında karşılaştırılması mümkün olmayan iki hususu karşılaştıracığı görüşünde, Brehm, Art. 44, N. 27.

Bu noktada önemli bir problemle karşılaşmaktadır. Genel olarak kusursuz sorumluluğa yol açan olaylar mı zarar vermeye daha ziyade elverişlidirler, yoksa kusurlu davranışlar mı? Daha önce de belirttiğimiz gibi, burada hukukî bir değerlendirme söz konusudur. Kanundaki hükümler bize yol gösterici olabilir. BK 51/II'deki sıralama dikkate alındığında, birlikte sorumlu olanlar arasında zararın yükü netice itibariyle kusuru dolayısıyla sorumlu olan kişinin üzerinde kalmaktadır. Olağan sebep sorumlulukları dikkate alınarak getirilen bu hükümden çıkan sonuç şudur: Sebep sorumluluklarının getirilmesindeki gaye, zarar görene elverişli bir durum yaratmak, onun zararının karşılanmasında kolaylık sağlamaktır. Bununla birlikte, zarardan asıl sorumlu olan kimse, kusurlu davranışta bulunan, yani kusur esasına göre sorumlu olan kimse dir¹⁶⁴. Sebep sorumlusu, ödediği tazminatın tamamını rücu yoluyla bu kimseden isteyebilir. Bunun anlamı, kanun koyucunun, asıl sorumluluk kaynağı olarak kusur esasına dayanan sorumluluğu öngörmüş olmasıdır. Temel prensip, kınanması gereken bir davranışta bulunan, yani kusuruyla bir kimseye zarar veren kimsenin sorumlu olmasıdır¹⁶⁵.

Buradan hareket edildiğinde varılacak sonuç, yapılacak paylaşımda prensip olarak kusurlu davranışlara, kusursuz sorumluluğa yol açan olaylara nazaran daha büyük bir payın verilmesi gerektiğidir. Başka bir ifade ile, kusurlu davranışlar, sebep sorumluluklarında sorumluluğu doğuran olaylara nazaran daha ziyade zarara sebep olurlar. Bunlar arasında meselâ 1'e 2 (1:2) oranının varlığından hareket edilebilir¹⁶⁶. Buna göre, sebep sorumluluklarında zarar görenin kusuru bulunduğu, kaba bir hesaplama, zararın yükünü, 1/3 oranında sorumlu kişi, 2/3 oranında zarar gören taşır, yani sorumlu kişi zararın 1/3'ünü karşılamalıdır. Fakat hemen belirtmek gerekir ki, bu oranlar kesin değildir. Bu oranları vermekteki gaye, hareket noktası olarak hâkime yol gösterici olmaktır. Esas olan somut olayın özellikleridir. Sebep sorumluluğunu doğuran olayın zararı doğurmaya elverişliliğinin büyüklüğüne veya zarar görenin kusurunun ağırlığına göre bu oran zarar görenin lehine veya aleyhine değişebilir. Örnek olarak zarar görenin hafif kusuru bulunması halinde, duruma göre zararın 1/2 veya 1/3'ü zarar görenin üzerinde kalabilir¹⁶⁷.

¹⁶⁴ OR 51'in ortaya çıkışına ilişkin bilgiler de bunu doğrulamaktadır. Bu madde kanuna eklenirken bina malikinin durumu göz önünde bulundurulmuştur. Kusuru bulunmamasına rağmen sorumlu olan bina malikine (OR 58), sigortacıya ve kusurlu kişiye rücu edebilme imkânını sağlamak ve böylece zararın yükünü onun üzerinde bırakmamak amaçlanmıştır. Bkz. Brühlmann, 105 vd.; Hartmann, 43 vd.; Stucki, 72 vd.; Widmer, Regressordnung, 275.

¹⁶⁵ Widmer'e göre, kusur sorumlulukları ile kusur esasına dayanmayan sorumluluklar, zararın paylaşılmasında eşit ağırlıkta dikkate alınmalıdır. BK 51/II'deki düzenleme isabetli değildir (Widmer, Regressordnung, 269 vd., 289 vd.).

¹⁶⁶ BGE 113 II 331; Keller, A., I, 347; Stein, Haftungskompensation, 80; Bir genelleme yapılamayacağı görüşünde, Oftinger/Stark, I, § 7, N. 24.

¹⁶⁷ Oftinger/Stark'a göre, hafif kusura, sebep sorumluluğunu doğuran sebebe nazaran daha az ağırlık verilmelidir (Oftinger/Stark, I, § 7, N. 24).

Tehlike sorumluluklarında da 1'e 2 oranından hareket edilemez. Tehlike sorumluluklarında sorumluluğu doğuran olayın zararı doğurmaya elverişliliği, olağan sebep sorumluluklarına nazaran daha fazladır. Bu itibarla tehlike sorumluluklarında, zarar görenin kusurunun daha az oranda indirime yol açacağı kabul edilebilir¹⁶⁸. İşletme tehlikesi arttıkça, kusurlu davranış karşısında ona düşen pay da o nisbette artar¹⁶⁹. Karayolları Trafik Kanununda, işletenler ve işletenlerin bağlı oldukları teşebbüs sahipleri arasındaki iç ilişki ile bizzat işletenlerden birinin veya onunun bağlı olduğu teşebbüs sahibinin zarar görmesi halini düzenleyen hükümlerde (KTK 88, 89) kusurun ağırlığına öncelik verilmiş olması durumu değiştirmez. Tehlike sorumluluklarında 1'e 1 (1:1) oranının varlığından hareket edilebilir¹⁷⁰. Buna göre, tehlike sorumluluklarında zarar görenin kusuru bulunduğu, kaba bir hesaplama, zararın yükünü, 1/2 oranında sorumlu kişi, 1/2 oranında zarar gören taşır, yani sorumlu kişi zararın 1/2'sini karşılamalıdır.

bbb) Munzam Kusurun Bulunması Halinde

Sebep sorumluluğu uyarınca sorumlu olan kişinin buna ilâve olarak kusuru bulunuyorsa, paylaştırmada bu da dikkate alınır. Yani paylaştırmada sorumlu kişiye düşen pay munzam kusurun ağırlığına bağlı olarak artar.

Burada öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, karşılıklı kusurların birbirini götürmesi (kompanse veya nötrale etmesi) ve böylece, kusursuz sorumlu olan kişinin tam tazminat ödemek zorunda kalması söz konusu değildir¹⁷¹. Nitekim, kusur sorumluluğunda, tarafların eşit ağırlıkta-

BGE 116 II 428: BK 58 uyarınca sorumluluğa ilişkin olan kararda, zarar görenin hafif kusuru dolayısıyla uygulamada 1/4 ilâ 1/3 oranı arasında indirime gidildiği belirtilmiştir.

BGE 103 II 246 (= Pra. 67, Nr. 68): BK 58 uyarınca sorumluluğa ilişkin olan kararda, zarar görenin kusuru dolayısıyla 1/3 oranında indirime gidilmiştir. Karar için ayrıca bkz. aşağıda dn. 345;

BGE 91 II 212: BK 58 uyarınca sorumlulukta, sorumlu kişinin munzam kusuru bulunmamasına rağmen, zarar görenin hafif kusuru 1/4 oranında indirime yol açmıştır;

BGE 60 II 348: Kiralanan yapı eserindeki bozukluktan sorumlulukta (OR 58 veya OR 254 vd.), zarar görenin kusuru dolayısıyla 1/4 oranında indirim yapılmıştır.

¹⁶⁸ Brehm, Art. 44, N. 32.

¹⁶⁹ Stein, Haftungskompensation, 97.

¹⁷⁰ Olağan sebep sorumluluklarına, tehlike sorumluluklarına verilen ağırlığın yarısını vermek gerekir (Oftinger/Stark, I, § 7, N. 24; Ayrıca bkz. aşağıda dn. 345 ve beşinci bölüm, dn. 133). Bu hesaba göre, olağan sebep sorumlulukları ile kusurlu davranışlar arasında 1'e 2 oranı geçerli olduğundan (yukarıda dn. 166), tehlike sorumlulukları ile kusurlu davranışlar arasında da 1'e 1 oranı geçerli olmak gerekir.

¹⁷¹ Doktrinde ve uygulamada geçen, munzam kusurun zarar görenin kusurunu kompanse edeceği şeklindeki ifadeyi (Merz, OR, 221, 225; Guhl/Merz/Koller, 80; BGE 116 II 428; 116 II 737; 111 II 443; 95 II 580; 92 II 44), munzam kusurun, zarar görenin kusurunun etkisini azaltacağı şeklinde anlamak gerekir (Bkz. Oftinger, I, 269;

ki kusurları birbirini götürmemektedir. Böyle olsaydı sorumlu kişi, kusuru bulunmasına rağmen tazminat ödemekten kurtulurdu. Oysa kusurların eşit ağırlıkta olması halinde; sorumlu kişi zararın % 50'sini karşılamak zorunda kalmaktadır¹⁷². Zarar görenin kusurlu davranışının da zararın meydana gelmesinde rol oynamış olması, zararın bir kısmının onun üzerinde kalmasını haklı kılar¹⁷³. Sorumlu kişinin munzam kusurunun bulunması, zarar görenin kusurlu davranışının zararın meydana gelmesinde daha az oranda rol oynamış olduğu anlamına gelir¹⁷⁴. Dolayısıyla, zararın yükü paylaşılırken, zarar görene düşen pay, munzam kusur sebebiyle azalmış olur¹⁷⁵. Duruma göre, sebep-sorumlusunun munzam kusurunun ağırlığı veya sebep sorumluluğuna yol açan olayın yoğun etkisi, zarar görenin hafif kusurunun paylaşımında dikkate alınmamasına da yol açabilir¹⁷⁶.

Zarara elverişlilik bakımından genel olarak kusursuz sorumluluğa yol açan haller ile kusurlu davranışlar arasında 1'e 2 oranının kabul edilebileceğini belirtmiştik. Zarar görenin kusuru yanında sorumlu kişinin de munzam kusuru bulunuyorsa, o takdirde zarardan sebep sorumluluğuna düşen pay azalır. Kaba bir hesapla her bir kusurlu davranışa iki birim, kusursuz sorumluluğa yol açan olaya ise bir birim verilebilir (2:2:1). Sorumlu kişi, sebep sorumluluğuna düşen hisseyi (1/5) alacağı gibi, kusurlu davranışlara düşen hisseyi (4/5) zarar gören ile paylaşır¹⁷⁷. Aslında böyle kesin rakamlarla önceden taraflara düşen payları tesbit etmek mümkün değildir. Zira kusurların ağırlıkları ile kusursuz sorumluluğa yol açan olayın zarara elverişliliği her somut olay

Keller/Gabi-Bolliger, 112; Krş. Honsell, 75). Karşılıklı olarak kusurların birbirini götürmesi söz konusu değildir [Oftinger/Stark, I, § 7, N. 21; § 9, N. 16 vd.; Stark, Skriptum, N. 330; Keller, A., I, 346-347; Oswald, 15 vd.; Deschenaux/Tercier, 206 (Yazar, olağan sebep sorumluluklarında pratik düşüncelerle sadece karşılıklı kusurlara bakılabileceği görüşündedir); Yılmaz, 72; BGE 113 II 328; BGE 91 II 218 = Pra. 55, Nr. 37; 84 II 296; Örnek olarak, BGE 97 II 346-347]; Aksi görüşte, Tiftik, 140.

172 Bkz. yukarıda dn. 155.

173 Zarar görenin kusuru, zararın doğmasında rol oynayan faktörlerden birisidir ve sorumlu kişinin kusuru var diye yok farzedilemez (Stark, Skriptum, N. 330).

174 Oftinger, I, 269; BGE 91 II 212.

175 Munzam kusur halinde OR 44/I uyarınca daha az indirim yapılacağı hususunda bkz. Keller, A., I, 160, 190; Keller/Syz, 103; BGE 92 II 44; Munzam kusurun zarar görenin kusurunun etkisini azaltacağı yolunda, BGE 69 II 333; 88 II 135; 95 II 97; 97 II 345; 102 II 261; Munzam kusurun zarar görene ait işletme tehlikesinin etkisini azaltacağı hususunda, BGE 108 II 58; BGE 111 II 443-444; Kararda, davalının ağır munzam kusuru dolayısıyla, zarar görenin kusuru dikkate alınmamış ve beklenmedik olay sebebiyle de düşük oranda indirim yapılmıştır; Ayrıca bkz. yukarıda § 2, II, B, 1.

176 Oftinger/Stark, I, § 7, N. 27; Stark, Skriptum, N. 331; Keller/Gabi-Bolliger, 112; OR-Schnyder, Art. 44, N. 4; Zürich İstinaf Mahkemesi Kararı, ZR 83 (1984), Nr. 45, 125; Zarar görenin kusuruna düşük pay düşüldü takdirde, bunun dikkate alınmaması yolunda kesin bir kural getirilemez (Brehm, Art. 44, N. 34); Bkz. BGE 111 II 443 (Karar için bkz. bir önceki dipnotu); Ayrıca bkz. yukarıda dn. 19.

177 OR-Schnyder, Art. 44, N. 4; Stark, Skriptum, N. 329.

bakımından ayrıca değerlendirme konusu olacaktır. Bununla birlikte hesaplama yöntemini daha iyi anlaşılır hale getirmek için şöyle bir örnek verebiliriz; Trafik kurallarına riayet etmeksizin seyreden bir at arabası, trafik işaretlerine dikkat etmeksizin karşıdan karşıya geçmekte olan bir yayaya çarpar. At arabasının sürücüsü ile yayanın kusurları eşit ağırlıktadır. Yaralanan yayanın, BK 56 anlamında atları idare eden aleyhine açtığı tazminat davasında, tazminat şu şekilde belirlenir:

Hayvanı idare eden, kusursuz sorumluluğa düşen 1/5 hisseyi alacağı gibi, munzam kusuru sebebiyle kusurlu davranışlara düşen 4/5 hissenin 1/2'sini de alır. Kusurlu davranışlara düşen 4/5 hissenin geri kalanını ise zarar gören üstlenir. Buna göre;

Hayvan idare edenin toplam payı = $1/5 + (4/5 \times 1/2) = 1/5 + 2/5 = 3/5$,

Yayanın payı = $4/5 \times 1/2 = 2/5$ 'dir.

Örnekte yayaya çarpan bir at arabası değil de, aşırı süratle seyreden bir motorlu araç olsaydı, işletme tehlikesi sebebiyle, kusursuz sorumluluğa düşen pay artardı. Tehlike sorumluluklarında 1'e 1 oranından hareket edilebileceğini belirtmiştik. Kaba bir hesapla bu sefer hem kusurlu davranışların her birine bir birim, hem de tehlike sorumluluğuna yol açan olaya bir birim verilebilir (1:1:1). Tekrar belirtelim ki, bu oranlar hâkime yol gösterici olmak üzere verilmiş oranlar olup somut olayın durumuna göre değişme gösterebileceklerdir. Sorumlu kişi, sebep sorumluluğuna düşen hisseyi (1/3) alacağı gibi, kusurlu davranışlara düşen hisseyi (2/3) zarar gören ile paylaşacaktır. Kusurlar birbirine denk olduğunda, neticede zararın yükü ($1/3 + 1/3 =$) 2/3 oranında işletenin, 1/3 oranında zarar görenin üzerinde kalacaktır¹⁷⁸.

4. Zarar Görenin Kusurlu Sayılabileceği Bazı Özel Haller

a) Zarar Görenin Rızası

aa- Rızanın Hukukî Niteliği

Hukuk düzeni, kişilerin iradesine önem vermiş, onlara belirli bir hâ-

178 Federal Mahkeme, motorlu araç işletenin sorumluluğuna ilişkin bir kararında, tarafların karşılıklı ağır kusurlarını dikkate alarak, tazminat yükümlülüğünde 1/3 oranında indirimle gidilmesine karar vermiştir (BGE 91 II 218 = Pra. 55, Nr. 37). Bu oran, verdiğimiz örnekteki orana tekabül etmektedir; Federal Mahkemenin, tren işletmesinin kusursuz sorumluluğuna ilişkin başka bir kararında, zarar görenin kusuru, ağırlaşmış tehlike ile sorumlu kişinin hafif kusuru karşısında 1/2 oranında indirimle yol açmıştır (BGE 69 II 333). Federal Mahkemenin eser sahibinin sorumluluğuna ilişkin bir kararında zarar görenin kusuru sebebiyle 1/3 oranında indirimle gidilmiştir (BGE 106 II 212 = Pra. 70, Nr. 56); Tren işletmesinin sorumluluğuna ilişkin bir başka kararda, işletme tehlikesi, olayda önemli rol oynamadığı gerekçesiyle dikkate alınmamıştır (BGE 84 II 384 = Pra. 48, Nr. 7).

kimiyet alanı tanımıştır. Kişiler bu çerçevede kendi menfaatleri veya kendilerinin tesbit ettiği gayeler doğrultusunda iradelerini kullanabilirler. Kişilerin sahip olduğu haklar, onların hâkimiyet alanını belirler. Hâkimiyet alanındaki değişiklikler, kural olarak sadece o kişinin iradesi ile gerçekleşebilir. Bu durum, hukuk düzeninin teminatı altındadır. Hukuk düzeni bu hususta, hak sahibine koruma sağlar. Söz konusu hukukî koruma sadece, istenmeyen ihlaller içindir. Hakkı ihlâl edilen hak sahibi bu korumadan yararlanmak istediği zaman, bu koruma kendisine sağlanır¹⁷⁹.

Hak süjesi (kişi), kendisine tanınan bu irade serbestisi (muhtariyeti) çerçevesinde, sahip olduğu hakların mukadderatını tayin eder. Onlara hukukî işlem yoluyla etkide bulunabilir. Tasarruf işlemi diye nitelendirilen işlemler sayesinde, sahip olduğu bir hakka doğrudan etkide bulunabilir, onu başkasına temlik edebilir, sınırlandırabilir veya muhtevasını değiştirebilir. Kişiler eylemleriyle de sahip oldukları haklara etkide bulunabilirler. Hatta, başkalarının eylemleriyle haklarının ihlâl edilmesine rıza gösterebilirler. Örnek olarak bir kimse kendisine ait bir şeyi yok edebileceği gibi, başkasının bunu yapmasına da izin verebilir.

Bir kimsenin başkalarının kendi hukuk alanına müdahale etmesine rıza göstermesinin¹⁸⁰ hukukî sonucu, hukuk düzenince kendisine sağlanan korumanın kalkmasıdır¹⁸¹. Tartışılan husus, hakkın ihlâlüne yönelik eylem için verilen rızanın, hukukî sonuç düşünülerek verilip verilmemesidir. Başka bir ifade ile, eyleme rıza gösteren kimse, bu rızayı hukuk düzenince sağlanan korumayı kaldırmak gayesi ile mi vermiştir, yoksa bunu hiç düşünmeden mi vermiştir? Birinci halde bir hukukî işlem, ikinci halde hukukî işlem benzeri bir fiil söz konusu olur. Zarar verici eyleme rızadan bahseden mehaz kanun (OR 44/I) birinci görüşü, zarara rızadan bahseden Borçlar Kanunumuz (BK 44/I) ikinci görüşü destekler niteliktedir. Kanaatimce, hakkını ihlâlâ yönelik eyleme rıza gösteren kimsenin, bunun hukukî sonucunu da arzu ettiğinden hareket etmek daha isabetlidir¹⁸². Hukukî işlem benzeri fiillere de hukukî işlemlere ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanacağından¹⁸³ tartışmanın pratik bir önemi bulunmamaktadır¹⁸⁴.

179 Kaneti, Hukuka Aykırılık, 227; Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Altıp, 489.

180 Sorumsuzluk anlaşmalarının da, duruma göre, haksız fiil sorumluluğu bakımından rıza beyanı gibi etkide bulunacağı kabul edilebilir (Bkz. Akman, Sorumsuzluk, 116 vd.; BGE 60 II 345).

181 Eren, II, 150.

182 İsviçre hukukunda hâkim görüş, rızanın hukukî işlem niteliğinde olduğudur; v. Tuhr/Peter, 419; OR-Schnyder, Art. 52, N. 8; Oftinger/Stark, II/1, § 16, N. 243; Türk hukukunda, Eren, II, 150; Oğuzman-Öz, 478; Aksi yönde, Kaneti, Hukuka Aykırılık, 227; Çilingiroğlu, 44.

183 Kocayusufpaşaoğlu, § 9, n. 3; Oğuzman, Temel Kavramlar, 100.

184 İsviçre ve Türk hukuklarında, mümeyyiz küçükler ile kısıtlıların münhasıran şahsa

bb- Geçersiz Rızanın İndirim Sebebi Teşkil Edebileceği

Hak süjesinin (kişinin), kendisine tanınan irade serbestisi çerçevesinde verdiği rıza, yukarıda belirttiğimiz gibi hukukî korumayı kaldırır. Bunun anlamı, hukukî sahası ihlâl edilen kimsenin, ihlâl edene karşı herhangi bir hukukî talepte bulunamayacağıdır. Hukuk düzeni, kural olarak, hak sahibinin rızası dışında yapılan hak ihlallerini yasaklamıştır, bunlar hukuka aykırıdır. Dolayısıyla rıza, hukuka aykırılığı engelleyen sebeplerden birisidir¹⁸⁵.

Hak süjesine tanınan irade serbestisi belirli sınırlamalara tâbidir¹⁸⁶. Bazı haklar üzerinde doğrudan hukukî işlem yoluyla serbestçe tasarrufta bulunulamayacağı gibi, başkalarının eylem yoluyla bunları ihlâl etmesine rıza gösterilmesi de hukukî korumayı kaldırmaz. Rıza beyanı, hakka doğrudan etkide bulunan tasarruf işlemleri gibi, BK 19, 20 ve MK 23'teki sınırlamalara tâbidir. Başka bir ifade ile rıza, kanuna ve ahlâka ve kişilik haklarına aykırı olmadığı sürece geçerlidir, yani hukuka aykırılığa engel olur¹⁸⁷. Örnek olarak, kişiler kendi hayatları, vücut tamlıkları ve sağlıkları üzerinde diledikleri gibi tasarruf edemezler. Tasarruf yetkileri kendilerine zarar vermemek şartına bağlıdır¹⁸⁸. Bu itibarla, bir kimsenin kendi hayatının sona erdirilmesine veya tıbbî müdahale dışında bir uzvunun kesilmesine rıza göstermesi, kişilik hakkına aykırı olduğundan geçersizdir ve hukukî korumayı ortadan kaldırmaz.

Hukuka aykırılığa engel olan geçerli rıza, hukukî korumayı kaldıracığından, eylemde bulunan, eylem dolayısıyla doğan zarardan sorumlu olmaz. Sorumluluk kurulmadığından, tazminat yükümlülüğünde indirim problemi ile de karşılaşmaz. Buna mukabil, kanuna veya ahlâka veya kişilik haklarına aykırı olduğu için hukuka aykırılığa engel olmayan rıza, hukukî korumayı kaldırmaz. Rızası bulunmasına rağmen zarar gören, tazminat talebinde bulunabilir. Bu takdirde zarar görenin vermiş olduğu rıza, indirim sebebi teşkil eder. Dolayısıyla BK 44/I'de in-

bağlı haklara ilişkin olarak verdikleri rıza beyanının geçerliliği, MK 16/II hükmü uyarınca kanunî temsilcilerinin muvafakatına tâbi değildir. Rıza beyanının hukukî niteliği bakımından kabul edilecek görüş ne olursa olsun varılacak sonuç budur. Bu itibarla tartışmanın İsviçre ve Türk hukukları bakımından önemi bulunmamaktadır (Nägeli, 100). Mümeyyiz küçükler ile kısıtlıların tıbbî müdahaleye rıza göstermeleri bakımından da kanunî temsilcilerin muvafakatına ihtiyaç yoktur. Veli veya vasinin muvafakatını arayan Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 70. maddesinin rolü hakkında bkz. Çilingiroğlu, 55.

185 Kişilik haklarının ihlâli bakımından, MK 24/II.

186 Vücut bütünlüğüne yapılacak müdahalelerde rızaya ilişkin kanunî düzenlemeler için bkz. Oğuzman-Öz, 479. dn. 32.

187 Brehm, Art. 44, N. 6; MK 24/II hükmünden, rıza beyanının mutlak bir hukuka uygunluk sebebi olduğu anlamı çıkarılamaz (Dural, 147; Aksi yönde, Tekinay, Gerçek Kişiler, 259; Hatemi, Kişiler, 104-105; Arpacı, 141-142).

188 Dural, 102-103.

dirim sebepleri arasında sözü edilen rıza, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayan rızadır¹⁸⁹.

Rızanın geçerli olabilmesi, sadece içerik bakımından kanuna veya ahlâka veya kişilik haklarına aykırı olmamasına değil, hukuki işlemler için aranan diğer geçerlilik şartlarının da mevcut olmasına bağlıdır¹⁹⁰. Daha açık bir ifadeyle, rıza beyanında bulunan kimse bu beyanda bulunmaya ehil olmalıdır (MK 15/I, 16/II); Rıza beyanı hata, hile veya ikrah sebebiyle iptal edilmemiş olmalıdır (BK 31); Rıza beyanı kanunen aranan şekil şartına uygun olarak verilmiş olmalıdır (BK 11/II). Bu şartlardan enaz birisi eksik olduğu takdirde, rıza beyanı geçerli değildir. Bununla birlikte bu rıza, indirim sebebi teşkil eder, yeter ki rızada bulunanın temyiz kudreti mevcut olsun¹⁹¹. Örnek olarak Tababet ve Şua-batı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 70 inci maddesinin ikinci cümlesine göre, büyük cerrahî ameliyatlarda rızanın yazılı şekilde açıklanması gerekir. Yazılı şekilde açıklanmayan rıza geçerli değildir ve hukuka aykırılığa engel olmaz. Bununla birlikte bu rıza, indirim sebebi teşkil eder¹⁹².

Tıbbî müdahale için verilen rızanın geçerli olabilmesi, ayrıca kendisine tıbbî müdahalede bulunulacak kişinin hekim tarafından aydınlatılmış olmasına bağlıdır¹⁹³. Hekim tarafından yeterli şekilde aydınlatılma-

¹⁸⁹ Kaneti, Hukuka Aykırılık, 227; Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Altop, 490, 593; Tandoğan, Mesuliyet, 321; Oftinger/Stark, II/1, § 16, N. 247; OR-Schnyder, Art. 44, N. 2; Keller, A., 95; Keller/Gabi-Bolliger, 105; Becker, Art. 44, N. 1; Keller/Syz, 101;

Örnek olarak ancak yetkili kişiler, tıbbî müdahalede bulunabilirler. Tıbbî müdahalede bulunmaya yetkili olmayan bir kimsenin tıbbî müdahalede bulunmasına gösterilen rıza, müdahalenin hukuka aykırılığını kaldırmaz, fakat indirim sebebi olur (Çilingiroğlu, 17-18); Çocuğunu aldırtan kimsenin buna rıza göstermesi BK 44 uyarınca indirim sebebidir [Yarg. 4. HD, 10.3.1975, 14058/3029 (Karahasan, II, 787)]; Mümeyyiz küçük bir kızın, kızlığının bozulmasına rıza göstermesi BK 44/I uyarınca indirim sebebi teşkil eder [Yarg. 4. HD, 21.5.1975, 3055/6579 (Karahasan, I, 788)]; Aksi yönde, Yarg. 4. HD, 17.11.1977, 567/11141 (Karahasan, I, 789)].

¹⁹⁰ Oftinger/Stark, II/1, § 16, N. 243 vd.; Çilingiroğlu, 54 vd., 72 vd.

¹⁹¹ Temyiz kudreti bulunmayan zarar görenin davranışının, BK 54'e kıyasen indirim sebebi teşkil edebileceği hususunda bkz. aşağıda C, 2.

¹⁹² Ayrıca bkz. Medenî Kanun, m. 23/III; 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun, m. 6; Son belirtilen Kanununun altıncı maddesinde aranan şartlar gerçekleşmeden alınan rızanın BK 44/I uyarınca indirim sebebi teşkil edeceği hususunda bkz. Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Altop, 593, dn. 11;

Duruma göre, kendisine tıbbî müdahalede bulunulan kişinin şekil eksikliğini ile-ri sürmesi dürüstlük kuralı (MK 2) ile bağdaşmayabilir (Çilingiroğlu, 74). Bu takdirde kendisine tıbbî müdahalede bulunulan kimsenin, tıbbî müdahalenin şekil eksikli-ği sebebiyle hukuka aykırı olduğu iddiası dinlenmez.

¹⁹³ Çilingiroğlu, 57 vd.; Oftinger/Stark, II/1, § 16, N. 248; Yarg. 4. HD, 7.3.1977, 6297/2541 (YKD 1978/6, 905); Aydınlatmanın kapsamı bakımından bkz. Dural, 105 vd.

Tıbbî müdahalede bulunulacak kişinin aydınlatılması, hekimin sözleşmeden do-

yan kimsenin verdiği rıza, duruma göre BK 44/I uyarınca indirime yol açabilir. Örnek olarak hekimden kendisini aydınlatmasını beklemeyen, ona soru sormayan kimsenin bu tutumu indirim sebebi olarak değerlendirilebilir¹⁹⁴.

Hukuka aykırılığa engel olan veya indirim sebebi teşkil eden rıza, sorumluluğu doğuran eylemden önce veya en geç eylemle birlikte verilen rızadır. Eylemden sonra, zarar görenin, eylemin sonuçlarına razı olması, onun, tazminat alacağından feragat etmek istediği anlamına yorumlanabilir¹⁹⁵.

Hukuka aykırılığa engel olmayan rıza, aslında zarar görenin kusurlu sayılmasına yol açan hallerden birisidir¹⁹⁶. BK 44/I'de zarar görenin kusurunun yanında rızanın ayrıca zikredilmesi, rızanın her zaman hukuka aykırılığı engellemeyeceğini ve hukuka aykırılığı engellemeyen rızanın indirim sebebi teşkil edeceğini vurgulamak içindir¹⁹⁷.

Genel olarak zarar görenin kusurunda olduğu gibi¹⁹⁸, rızanın indirim sebebi teşkil etmesinin temelinde de dürüstlük kuralı (MK 2) yat-

ğan bir yükümlülüğüdür (Dural, 105; BGE 116 II 521). Kamu hastanelerinde ise aydınlatma yükümlülüğünün varlığı, kamu hukuku hükümlerine dayanır (Dural, 105).

Tıbbî müdahale, hasta aydınlatılıp rızası alınmadan yapılmışsa, o takdirde ameliyatın başarısız geçmesinden doğan bütün zararlardan, ameliyat hatası bulunmasa dahi, hekim sorumludur (Oftinger/Stark, II/1, § 16, N. 249; BGE 108 II 61 = Pra. 71, Nr. 122). Şu var ki, hasta gerektiği gibi aydınlatılmış olsaydı dahi, tıbbî müdahaleye rıza gösterecek idiyse, durum özellik taşır. Bu takdirde, hukuka uygun davranış saydı dahi zararın doğacak olmasının tazminat yükümlülüğünün üzerinde ne gibi bir etkisinin olacağı problemi ile karşı karşıya kalınır (Weber, S., 76, dn. 15; Kramer, Kausalität, 297-298; BGE 117 Ib 208). Hastanın uğradığı cismanî zarar, hukuka aykırı bir müdahalenin sonucudur (BGE 108 II 59 = Pra. 71, Nr. 122). Bununla birlikte bu zararın, ihlâl edilen hukuk normunun koruma amacına dahil olmayacağı savunulabilir [Bkz. v. Caemmerer, 30 vd.; Kramer, Kausalität, 298-299; Alman hukukunda, Larenz, SchuldR I, 528; Staudinger-Medicus, § 249, N. 111 vd.; Lange, Schadensersatz, 103 vd.; Esser/Schmidt, 227 (konu hukuka aykırılık bağı adı altında ele alınmış); Grunsky, doktrinde savunulan görüşlerle aynı sonuca varmakla birlikte, burada farazi illiyet probleminde ilişkin özel bir halin söz konusu olduğu görüşündedir (MünchKomm-Grunsky, § 249, Vorbem. 87 vd.); Alman Federal Mahkemesi, hekimin bu yöndeki itirazını dinlememektedir (BGH NJW 1980, 1334; BGHZ 61, 123). İsviçre Federal Mahkemesine göre, "farazi rıza" sorumluluğu kaldırabilir veya indirim sebebi teşkil edebilir bkz. BGE 117 Ib 206 vd.

¹⁹⁴ Özsunay, 58.

¹⁹⁵ Oğuzman-Öz, 481; Tandoğan, Mesuliyet, 32; Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Altop, 490; Feyzioğlu, I, 536; Çilingiroğlu, 53; Oser/Schönenberger, Art. 41, N. 24; Doktrinde, bir kısım yazar tarafından, sonradan verilen rızanın ibra olarak yorumlanabileceği belirtilmektedir; Bkz. v. Tuhr/Peter, 419; Oftinger/Stark, II/1, § 16, dn. 340; OR-Schnyder, Art. 52, N. 8; Eren, II, 152; Tiftik, 100; Vurgulamak gerekir ki, ancak sorumlu kişinin kabulüyle ibra anlaşması gerçekleşmiş olur.

¹⁹⁶ Tandoğan, Mesuliyet, 321; Oğuzman-Öz, 553; Feyzioğlu, I, 536; Krş. Tiftik, 99, dn. 103; Häberlin, 67; Keller/Gabi-Bolliger, 105; Merz, OR, 223; Buradaki kusur, kast derecesindedir (Keller, A., I, 126, Schwarz, 143).

¹⁹⁷ Im Hof, 195.

¹⁹⁸ Bkz. yukarıda dn. 118.

maktadır. Rıza göstermesine rağmen, zarar görenin, sonradan, uğradığı zarar için tam tazminat talep etmesi dürüstlikle bağdaşmaz.

Genel olarak zararın doğumunda etkili olan bir halin indirim sebebi teşkil edebilmesi, o hal ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasına bağlıdır¹⁹⁹. Bir kimse hakkını ihlâl eden eyleme veya zarara uğramaya razı ise, bu takdirde de illiyet bağının aranmasının gerekip gerekmediği hususu üzerinde ayrıca durmak gerekir. Burada şuna dikkat etmek gerekir ki, eğer zarar gören zarara uğramayı istemiş olmasına rağmen fail bundan habersiz idiyse, teknik anlamda bir rızadan bahsedilemez. Zira ister hukukî işlem ister hukukî işlem benzeri fiil olarak nitelendirilsin, rızadan bahsedebilmek için, zarar görenin arzusunun faile ulaşmış olması gerekir²⁰⁰. Ayrıca, rızanın BK 44/I uyarınca indirim sebebi teşkil edebilmesi, rıza ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasına bağlıdır²⁰¹. Bununla birlikte, bu şartlar gerçekleşmese dahi, zarar görenin mevcut arzusu, hal ve mevkiin icabı çerçevesinde (BK 43/I) indirim sebebi olarak dikkate alınabilir²⁰². Zira, zarar görenin, arzu ettiği bir şeyin gerçekleşmesi üzerine, bu arzusunun gerçekleştiren kimseden uğradığı zarar için tam tazminat talep etmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Örnek olarak sahibi tarafından yıkılması planlanan bir binanın, bundan habersiz bir kimse tarafından yıkılması halinde, mal sahibinin mevcut arzusu indirim sebebi teşkil edebilir²⁰³.

b) Tehlikeye Atılmak

Bir kimsenin tehlikeden sakınması mümkün iken bunu yapmayarak kendisini tehlikeye atması BK 44/I anlamında kusurlu bir harekettir²⁰⁴. Tehlikeye atılan kimse, bu hareketiyle, kendisinin uğradığı zara-

199 Bkz. yukarıda dn. 107 ve aşağıda dn. 378.

200 Oftinger/Stark, II/1, § 16, N. 243; Kaneti'ye göre, hukuka aykırılığın kalkması için, rızanın karşı tarafa beyan edilmesi şart değildir (Kaneti, Hukuka Aykırılık, 229).

201 Hâberlin, 68; OR 44/I'de (BK 44/I) sayılan haller bakımından uygun illiyet bağının aranacağı hususunda bkz. Oftinger/Stark, I, § 7, N. 14.

202 İlliyet bağı bulunmasa dahi, zarar görenin rızasının indirim sebebi teşkil edebileceği hususunda bkz. Hâberlin, 68.

203 Hatta tazminata hiç hükmedilmemesine de karar verilebilir. Malvarlığından çıkarılması planlanan bir şeyin kaybindan dolayı tazminat talebinde bulunulamayacağı hususunda bkz. Esser/Schmidt, 6. Bası, 1984, 479; Ancak yıkımın planladığı ana kadar ki yararlanan zararlarının talep edilebileceği hususunda bkz. Oftinger/Stark, I, § 6, dn. 14; v. Tuhr'a göre, yıkımı planlanan şeyin değeri tazminat olarak talep edilebilir (Allg. Teil, I, § 18, dn. 35b; v. Tuhr/Peter, 119-120); Alman İmparatorluk Mahkemesinin 1902 yılında verdiği eski bir kararına konu olayda, yangına karşı sigortalı olmuş olan bir binanın sahibi, evin yıkılması ve yerine yeni bir binanın yapılması için bir anlaşma imzalamıştır. Bunun hemen akabinde bina yanmıştır. Sigortacı, binanın yangının başladığı andaki değerini tazmin etmelidir (Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, 59. Band, 402).

204 OR-Schnyder, Art. 44, N. 3; Oftinger/Stark, I, § 5, N. 146, 148; BGE 104 II 188 (= Pra. 67, Nr. 234); 97 II 229.

rın doğumuna katkıda bulunmuştur. Bu sebeple tazminat yükümlülüğünde indirime gidilebilir, hattâ kusurun ağırlığına göre hâkim tazminata hükmetmekten sarfınazar dahi edebilir.

Bir kimsenin kendisini tehlikeye atmasının belli başlı örneklerinden birisi, bilerek alkollü veya aşırı yorgun bir sürücünün aracına binmektir²⁰⁵. Sürücünün sarhoş olması gerekmez. Belli bir miktarın üzerinde alkol alınmış olması, aracın güvenli şekilde sürülmesine engel olmaya yetmektedir²⁰⁶. Sürücünün alkollü olduğunu bile bile araca binen kimse, zarara uğrama tehlikesini (riskini) göze almış demektir. Bu sebeple, bu kimse zarara uğradığı zaman, zararın bir kısmını üstlenmelidir.

Belirtmek gerekir ki, bir ulaşım aracına binmek ve onunla seyahat etmek her zaman için kazaya uğrama tehlikesini beraberinde getirir. Fakat böyle bir tehlikenin mevcut olması tazminat yükümlülüğünde indirim yapılması için yeterli değildir. Zira işletme tehlikesi, aracın işletmesine -ve işletenin bağlı olduğu teşebbüsün sahibine- aittir²⁰⁷. Zararın doğması ihtimalinin özel sebeplerle artmış olması gerekir. Ancak somut bir tehlikenin mevcudiyeti halinde -örnek olarak sürücü alkollüdür veya ehliyetsizdir²⁰⁸ veya aracın freni tutmamaktadır-, bu tehlikeyi görüp göze alan kimsenin uğradığı zarar bakımından BK 44/II anlamında kusurlu olduğundan bahsedilebilir²⁰⁹. Aslında, işleten -ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi-, tehlike sorumluluğu gereği, kendisi dışındaki kişilerin tehlikeli davranışlarından da sorumludur²¹⁰. Şu var ki, zarar görenin kendi kusuruna dayanarak tazminat talep etmesi dürüstlikle bağdaşmaz. Bu itibarla, zarar görenin kendi kusuru BK 44/I uyarınca indirim sebebi olarak dikkate alınır.

205 Yarg. 19. HD, 12.2.1993, 4836/6948 (YKD 1993/6, 915); Yarg. HGK, 21.3.1990, 4-586/199 (İKİD/1990, 7593); Yarg. 4. HD, 15.6.1989, 5065/5455 (Karahasan, II, 784); Yarg. 4. HD, 21.1.1986, 9501/271 (Karahasan, II, 796); BGE 99 II 374 (= Pra. 63, Nr. 86); 91 II 222 (= Pra. 55, Nr. 37); 84 II 297; 79 II 398; 69 II 412; 58 II 246; 58 II 139; 43 II 186;

Sarhoş bir kimsenin kullandığı veya yola elverişli bulunmayan bir araca binen veya genel olarak tehlikeyi göze alarak hareket eden bir kimse, gerçekte zarara uğramayı istemez. Bu itibarla, o kimsenin zarara uğramak hususunda rızasının bulunduğu bahsedilemez (Stark, auf eigene Gefahr, 25; Aksi yönde, Becker, Art. 44, N. 1; Oğuzman-Öz, 553, dn. 361; Tiftik, 105; Yarg. 19. HD, 16.4.1993, 8688/2888 (YKD 1993/11, 1705); Yarg. 4. HD, 11.2.1988, 8433/1346 (Karahasan, II, 793); Yarg. 4. HD, 18.2.1988, 8876/1589 (Uygur, 332); Yarg. 4. HD, 15.7.1986, 4950/5660 (Karahasan, II, 602); Yarg. 4. HD, 30.9.1985, 5569/7488 (Karahasan, II, 785)).

206 BGE 79 II 398; BGE 91 II 222 (= Pra. 55, Nr. 37); 40 II 281.

207 Geisseler, 30; BGE 91 II 222 (= Pra. 55, Nr. 37); 84 II 296.

208 Yarg. 4. HD, 15.2.1993, 11268/1215 (YKD 1993/6, 860); Bilerek ehliyetsiz bir kimsenin aracına binmek, indirim sebebi teşkil eder.

209 Geisseler, 30; Brehm, Art. 44, N. 15; v. Büren, 60; Ayrıca bkz. yukarıda dn. 205'deki kararlar.

210 Bkz. Stein, Haftungskompensation, 85, dn. 42; Ancak zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusuru, belirli şartlarla işletenin sorumluluktan kurtulmasına yol açabilir (KTK 86/I).

Tehlikeye atılmak veya tehlikeyi göze almak, geniş kapsamlı kavramlardır. Zarar görenin, hareketi sonucunda zarara uğrayabileceğini görmesine rağmen, o hareketi yapmaktan vazgeçmemesi, zararın doğması tehlikesini (riskini) göze aldığı anlamına gelir²¹¹. Hareket halindeki bir ulaşım aracına binmeye kalkışmak²¹² veya bir araçta giderken tehlikeli hareketlerde bulunmak²¹³ veya trafik işaretlerine uymamak veya tehlike arzeden bir yerde durmak²¹⁴ veya tehlikeli şekilde oynanan oyunun iştirak etmek²¹⁵, tehlikeli olduğu levhalarla belirtilen askeri bölgeye girmek²¹⁶ doğacak zararı göze almaya örnek teşkil ederler²¹⁷.

Zarar verenin kusurlu sayılmasına yol açan eylemler, normal bir insandan beklenilmeyen ve etik değerlere göre kınanması gereken davranışlardır. Bu, BK 41/I hükmüne yapılan kıyasın bir sonucudur. Makul ve mantıklı düşünen bir kimseden beklenilmeyecek şekilde kendisini tehlikeye atan kimse, bunun sonuçlarının bir kısmına veya tamamına kendisi katlanmalıdır²¹⁸. Buna mukabil, kendisini tehlikeye atan kimse- nin davranışı kınanmayı gerektirecek bir davranış olarak nitelendirilemiyorsa, bir kusurdan söz edilemez. Örnek olarak bir başkasını büyük bir tehlikeden kurtarmak için kendisini tehlikeye atan kimsenin bu davranışı, kusurlu bir hareket tarzı olarak görülemez. Meydana gelen bir kazada kendisini tehlikeye atarak arkadaşlarının hayatını kurtaran bir fabrika işçisi, uğradığı zarar bakımından kusurlu sayılmaz²¹⁹, zira fabrika işçisi üçüncü kişiye ait üstün nitelikte özel bir yararı gözetmiştir.

Fakat bazı hallerde, zarar verenin davranışı kınanmayı gerektiren (kusurlu) bir davranış olarak nitelendirilemese dahi, indirim sebebi olarak dikkate alınabilmektedir. Yapılmasına izin verilen tehlikeli faaliyet-

- 211 Tehlikenin somut bir tehlike olması aranmaktadır (Bkz. Merz, ZBJV 109, 105; Hon- sell, 74; BGE 97 II 229-230: Muhtemel elektrik kesilmelerine karşı tedbir almamak, kendini tehlikeye atmak anlamına gelmez. Tehlikenin somut olması gerekir). Aslında karara konu olan olayda, bir kimsenin kendisini tehlikeye atıp atmadığı problemi değil, zararın doğmaması için gerekeni yapıp yapmadığı problemi söz konusudur (Bkz. Oftinger/Stark, I, § 7, N. 71 ve aşağıda c).
- 212 BGE 69 II 333; 102 II 366.
- 213 BGE 85 II 38; 89 II 121 (= Pra. 52, Nr. 135).
- 214 BGE 82 II 32.
- 215 BGE 104 II 186 = Pra. 67, Nr. 234.
- 216 Yarg. 4. HD, 24.1.1974, 13148/268 (Karahasan, II, 809).
- 217 Diğer bir örnek, makine veya tesisdeki tehlikenin farkına varılmasına rağmen, faaliyete devam etmektir; Bkz. BGE 72 II 260; 89 II 228; 91 II 212; 95 II 142 (= Pra. 58, Nr. 134).
- 218 v. Tuhr/Peter, 108.
- 219 Häberlin, 57; Aynı yönde, Oftinger/Stark, I, § 5, N. 150; Buna mukabil, çıkan yangını söndürmek amacıyla yanmakta olan binaya girip ölen kişinin hareketinin kusurlu olduğundan bahsedilebilir [Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Altöp, 599; Aksi yönde, Yarg. HGK, 21.12.1960, 253/302 (Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Altöp, 599, dn. 17)], zira burada üstün nitelikte özel bir yararın varlığından söz edilemez.

lerde durum böyledir²²⁰. Örnek olarak boks, futbol gibi tehlikeli bir spor dalında faaliyet gösteren kimsenin bu davranışı hakkında olumsuz bir değer yargısında bulunulmamaktadır²²¹. Buna rağmen bu kimse, spor faaliyeti esnasında zarara uğrarsa, tehlikeli bir spor dalına katılmış olması, zararın doğumuna katkıda bulunan bir davranış olarak kabul edilmektedir. Zira tehlikeli bir spor dalında faaliyete girişen kimse, mutâat olarak gerçekleşen gayrikasdî hafif kural ihlalleri neticesi zarara uğrayabileceğinin bilincindedir ve bunu göze almıştır. Sonradan zarara uğrayınca zarar verenden tam tazminat talep etmesi dürüstlükle (MK 2) bağdaşmaz²²². Bu durum, zarar görenin kusuru çerçevesinde (BK 44/I) değerlendirilemese dahi, "hâl ve mevkiin icabı" (BK 43/I) çerçevesinde indirim sebebi olarak dikkate alınabilir²²³.

Yapılmasına izin verilen tehlikeli bir faaliyete girişen kimse, girişilen tehlikeli faaliyetin normal şartlarda yol açabileceği zararları göze almış demektir. Tehlikeli faaliyete katılan kimse zarara uğramayı göze almış olmakla beraber, bu kişinin zarara uğramayı gerçekte istediğinden, bu kural ihlallerine rızasının bulunduğu bahsedilemez²²⁴. Bu sebeple, yapılmasına izin verilen tehlikeli bir faaliyete katılmak, rızanın özel bir çeşidi olarak nitelendirilemez²²⁵. İster ağır kural ihlallerinde olsun ister hafif kural ihlallerinde olsun, önceden zararın göze alınmış olması, zarar verici eylemin hukuka aykırılığına engel olmaz²²⁶. Tehlikeli bir spor dalına katılmak, diğer katılanların ancak nizamî hareketleri bakımından rıza teşkil eder ve hukuka aykırılığa engel olur²²⁷. Örnek olarak bir

- 220 Brehm, Art. 44, N. 11.
- 221 Stark, auf eigene Gefahr, 25; Eichenberger, 129.
- 222 Oftinger, I, 161; Oftinger/Stark, II/1, § 16, N. 250c; Merz, Art. 2, N. 400 vd.
- 223 Kınanmayı gerektirecek bir davranışta bulunmadan, tehlikeyi göze almaya bir başka örnek olarak, tehlikeli bir gösteriyeye katılmayı gösterebiliriz (OR-Schnyder, Art. 44, N. 2). Bir Federal Mahkeme kararında, sahnede oynanan tehlikeli bir oyuna iştirak etmek, tehlikeyi göze almak olarak kabul edilmiştir (BGE 45 II 310).
- 224 Eichenberger, 121 vd; Oftinger/Stark, § 16, N. 250c; Tehlikeli bir spor dalına katılan kimse, vücut bütünlüğünün dokunulmazlığından feragat etmiş değildir (BGE 109 IV 105 = Pra. 72, Nr. 216; Brehm, Art. 44, N. 10).
- 225 Aksi yönde BGE 109 II 102; Oğuzman-Öz, 480-481; Tiftik, 105 vd. (konu rıza başlığı altında incelenmiş); Ayrıca bkz. yukarıda dn. 205.
- 226 Stark, Skriptum, N. 293; Oftinger/Stark, § 16, N. 250; Becker, Art. 44, N. 1; BGE 109 IV 102 = Pra. 72, Nr. 216; Federal Mahkeme, bir kararında, spor yapan bir kimsenin, buna bağlı rizikoları üstleneceğini, fakat başka bir oyuncunun bir kuralı ihlâl etmesinin sonuçlarına katlanmak zorunda olmadığını belirtmesine rağmen, yine aynı kararda rizikonun göze alınmasının, eylemin hukuka aykırılığını kaldıracabileceği görüşünü savunmuştur (BGE 117 II 547 = Pra. 81, Nr. 229). Oysa rizikonun göze alınmış olması ancak nizamî hareketler bakımından rıza anlamına gelebilir ve ancak bu takdirde hukuka aykırılık söz konusu olmaz (bkz. aşağıda dn. 227). Rizikonun göze alınmış olması, kural dışı hareketlerin hukuka aykırılığına engel olmaz, ama bu durum indirim sebebi olarak dikkate alınabilir (bkz. aşağıda dn. 228).
- 227 Hatemi, Sorumluluk Hukuku, § 3, n. 51; Hatemi, Kişiler, 104; Eren, II, 152; Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Altöp, 491; Stark, Skriptum, N. 293; Keller, A., I, 95.

boksör, rakibinin kurallara uygun yumrukları dolayısıyla uğradığı zarardan rakibini sorumlu tutamaz.

Bununla birlikte, zararın göze alınmış olması, hafif kural ihlalleri bakımından indirim sebebi teşkil eder. Zira, tehlikeli bir spor dalına katılan kimse, o spor dalının normal şartlar altında arzettiği tehlikeyi göze almıştır²²⁸. Hafif kural ihlalleri daha ziyade zarar veren oyuncunun hafif ihmâlinde kaynaklanır. Her iki husus birlikte değerlendirilerek indirim gidilir²²⁹. Buna mukabil, ağır kural ihlallerinde ne kusurun ağırlığı ne de zarar görenin zarara uğramayı göze almış olması indirim sebebi teşkil eder.

Üzerinde durulması gereken diğer bir nokta, bir kimsenin tehlikeye atılması ile, bir şeyi tehlikesi kendisine ait olmak üzere ("auf eigene Gefahr") yapmasının ayrı şeyler olduğudur²³⁰. Bir kimsenin, bir şeyi tehlikesi kendisine ait olmak üzere yapması demek, o şey neticesi doğacak zararın yükünün o kimseye ait olması demektir. Başka bir ifade ile, zarar gören, doğan zarardan başka bir kimseyi sorumlu tutamayacaktır²³¹. Gerekli güvenlik tedbirlerinin alınmadığı uygun araçlarla ilân edilen bir güzergâhta ilândan haberdar olmasına rağmen kayak kayan kimsenin durumunu örnek olarak gösterebiliriz²³². İlâna rağmen kayak kayan kimse tehlikeyi üzerine almıştır ve uğrayacağı zarar için herhangi bir kimseden tazminat talep edemez. Burada sorumluluk söz konusu olmadığından, tazminatta indirim problemi ile karşılaşılacaktır.

c) Zararın Doğmasına veya Artmasına Engel Olacak Tedbirleri Almamak

Zarar görenin, zararın doğumuna veya artmasına engel olacak tedbirleri almamış olması, onun açısından kusur teşkil eder²³³. Doktrinde,

228 Brehm, Art. 44, N. 13; Keller, A., I, 96.

229 Brehm, Art. 44, N. 13.

230 İsviçre literatüründe, tehlikesi kendisine ait olmak üzere ("auf eigene Gefahr") bir işe girişmek sözü, tehlikeye atılmak veya riski üstlenmek ("acceptation du risque") tabiri ile aynı anlamda kullanılmaktadır (Bkz. Oftinger/Stark, II/1, § 16, N. 250; I, § 7, N. 30; § 5, N. 147; Stark, Skriptum, N. 320; Brehm, Art. 44, N. 9; Merz, OR, 228, dn. 162; Honsell, 73; BGE 97 II 229; Aynı yönde, Tiftik, 105);

Alman hukukunda BK 43 ve 44'ü karşılayan hükümler bulunmadığından, "auf eigene Gefahr" kurumu ile, sorumluluğun sınırlandırılması veya kaldırılması amaçlanmaktadır (Stoll, 26-27; Flume, 89). Buna mukabil İsviçre ve Türk hukukları bakımından, sorumluluğun kalktığı haller ile, sorumluluğun kurulduğu, fakat BK 43 veya 44 uyarınca indirime gidildiği haller arasında ayırım yapmak gerekir. İndirime yol açan haller için "tehlikeyi göze almak", sorumluluğun kurulmadığı haller için ise, "tehlikesi kendisine ait olmak üzere" tabirleri tercih edilebilir.

231 Larenz, SchuldR I, 497.

232 Zarar görenin tehlikeyi bilerek hareket etmesinin sorumluluğu kaldıracağı hallere ilişkin örnekler için bkz. Lange, Schadensersatz, 638-639.

233 OR-Schnyder, Art. 44, N. 3; BGE 107 Ib 158.

zarar görenin, zararın doğumuna veya artmasına engel olacak tedbirleri almak hususunda bir yükümlülüğünün bulunduğu bahsedilmekte ise de²³⁴, aslında burada teknik anlamda bir yükümlülüğün bulunduğu bahsedilemez²³⁵. Zira genel olarak zarar görenin, kendisinin zarara uğramasına yol açacak hareketlerden kaçınmak hususunda bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu konu üzerinde daha önce durmuş-tuk²³⁶.

Burada da zarar görenin gerekli tedbirleri almamış olmasının indirim sebebi teşkil etmesinin temelinde dürüstlük kuralı (MK 2) yatmaktadır²³⁷. Kendisinin zarara uğramaması için gereken tedbirleri almayan zarar görenin, sorumlu kişiden tam tazminat istemesi dürüstlikle bağdaşmaz.

Zarar görenin zararın doğmaması veya artmaması için hangi tedbirleri alması gerektiğini de gene dürüstlük kuralı belirler²³⁸. Makul birinden kendi menfaati için alması beklenen tedbirler, ölçüt olarak alınır²³⁹. Zarar görenden, önemli bir masrafı gerektirmeyen ve kendisi için tehlikeye arz etmeyen tedbirleri alması beklenir²⁴⁰. Örnek olarak normal şartlarda bir kimseden, zarara uğrama tehlikesi altındaki eşyasını, kendisini tehlikeye atmadan kurtarması beklenir²⁴¹.

Fakat belirtmek gerekir ki, kişilik hakkını yakından ilgilendiren du-

234 Bkz. Oftinger/Stark, I, § 7, N. 16; Keller/Gabi-Bolliger, 104; Becker, Art. 44, N. 5; Aynı şekilde, Tiftik, 108.

235 Stark, isabetli şekilde, "Obliegenheit"tan ("külfet") bahsetmektedir (Skriptum, N. 319; Aynı görüşte, Oftinger/Stark, I, § 6, dn. 54; Bkz. yukarıda dn. 114); Yükümlülüğün, "Obliegenheit"ın yoğunlaşması olduğu görüşünden hareketle burada yükümlülüğün bulunduğu bahsedilebileceği yolunda, OR-Schnyder, Art. 44, N. 6; Koziol'a göre, Alman hukukunun aksine (bkz. BGB § 254), Avusturya hukukunda zarar görene zararı azaltma yükümlülüğü yüklenmemiştir. Dolayısıyla bu husus tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmamalıdır (Koziol, 257).

236 Bkz. yukarıda § 3, II, A, 1, a.

237 Tiftik, 108; Yarg. 4. HD, 26.2.1979, 5666/2516 (YKD 1980/1, 36); Keller, A., II, 28.

238 Oftinger, I, 267; Keller/Gabi-Bolliger, 104.

239 v. Tuhr/Peter, 113; Oftinger/Stark, I, § 7, N. 16, dn. 37; Keller/Gabi-Bolliger, 104; Tandoğan, Mesuliyet, 322; Oğuzman-Öz, 555; Feyzioğlu, I, 538; Yarg. 4. HD, 19.9.1980, 3979/4046 (YKD 1981/4, 460 veya YKD 1982/2, 207); Yarg. 4. HD, 26.11.1979, 12082/13132 (Karahasan, II, 604); Yarg. 4. HD, 26.2.1979, 5666/2516 (YKD 1980/1, 36); Yarg. 4. HD, 12.4.1979, 8915/4956 (YKD 1979/9, 1275); BGE 107 Ib 158.

240 Oğuzman-Öz, 555; Becker, Art. 44, N. 5; Ve bir önceki dipnotundaki Yargıtay kararları.

241 Oftinger/Stark, I, § 7, N. 182 (Oftinger/Stark, "kurtarma yükümlülüğünü", "zararı azaltma yükümlülüğünden" ayrı olarak ele almaktadır); v. Tuhr/Peter, 113; Davacının ufak bir çabası ile traktörün yanmaktan kurtarılabilir olması indirim sebebi teşkil eder [Yarg. 4. HD, 9.4.1987, 1320/2622 (Karahasan, II, 793)]; Zarar görenin yanmakta olan dükkâna girip eşyasını kurtarmaması müterafik kusur olarak kabul edilemez [Yarg. 4. HD, 27.1.1978, 4069/979 (Karahasan, II, 605); Ayrıca bkz. yukarıda dn. 219].

rumlarda, makûl birinin davranışları kistasının dışına çıkmak gerekir²⁴². Örnek olarak kazaya uğrayan bir kimse dinî inancı dolayısıyla kendisine gerekli tıbbî müdahalenin yapılmasına müsaade etmemektedir veya bu kişi belirli oranda işgöremez hale gelmiştir, fakat şahsî nedenlerden ötürü durumuna uygun bir mesleğe geçmeyi istememektedir. Bu durumda, o kişinin şahsî özellikleri de dikkate alınmalıdır²⁴³. Özel sebeplere rağmen, o kimseden tıbbî müdahaleye razı olması veya durumuna uygun bir mesleğe geçmesi beklenebiliyorsa, o takdirde bundan kaçınan zarar gören kusurlu addedilir²⁴⁴.

İsviçre ve Türk uygulaması zarar görenden şu şartlar altında gerekli ameliyata razı olmasını beklemektedir²⁴⁵:

1° Ameliyat önemli bir tehlike arzetmemelidir,

2° Beraberinde önemli ağrı ve acı getirmemelidir,

3° Ameliyatın belirli oranda iyileşmeye yol açması ihtimalinin kuvvetli olması gerekir²⁴⁶,

4° Sorumlu kişi ameliyat için gerekli masrafı önceden zarar görene vermiş olmalıdır²⁴⁷.

Genel olarak bu şartlara bağlı kalınabilirse de, yukarıda belirttiğimiz çekincenin yanı sıra, her olayın somut özellikleri değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır. Özellikle Federal Mahkemenin aradığı son şart duruma göre aranmayabilir. Eğer, dürüstlük kuralı, somut olayda, malî durumu kötü olan kazazedenin masraflarının önceden kendisine ödenmesini gerekli kılıyorsa, sorumlu kişiden bunu yapması beklenebilir²⁴⁸. Yoksa malî durumu yeterli olmasına rağmen, gerekli tedaviyi olmaktan kaçınan zarar gören, sorumlu kişinin tedavi için gerekli olan parayı kendisine önceden vermemiş olduğunu ileri sürerek tazminat yükümlülüğünde indirim yapılmamasını isteyemez.

242 Bu anlamda, Venzmer; 186-187.

243 Bkz. yukarıda § 3, II, A, 2.

244 Zarar görenin durumuna uygun bir mesleğe geçmemesinin indirim sebebi teşkil edeceği hususunda bkz. Tandoğan, Mesuliyet, 287; Tiftik, 119; Brehm, Art. 44, N. 51; Bkz. yukarıda dn. 251; Krş. Merz, OR, 224, dn. 144; Duruma göre, kendisinden beklenen tedbirleri almamasına rağmen, zarar gören lehine, o tedbirleri almış gibi tazminata hükmedilebilir. Kendi kişiliğine ve o güne kadarki hayat tarzına uygun düşmeyen bir mesleği tercih eden zarar gören, kendine uygun bir mesleğe geçseydi elde edecek olduğu geliri talep edebilir.

245 BGE 81 II 515; 57 II 68; Yarg. 4. HD., 18.9.1979. 5480/9818 (YKD, 1979/11, 1576); Doktrinde de Federal Mahkemenin koyduğu esaslardan hareket edilmektedir; Oftinger/Stark, I, § 6, N. 171; Brehm, Art. 44, N. 50; v. Tuhr/Peter, 113; Tandoğan, Mesuliyet, 288.

246 BGE 42 II 248.

247 BGE 57 II 68; 81 II 515; Federal Mahkeme meslek değiştirme bakımından da gerekli masrafın önceden ödenmesi şartını aramıştır (BGE 60 II 230; Aynı yönde, Oftinger/Stark, I, § 6, N. 132; Keller, A, II, 58).

248 Guhl/Merz/Koller, 81; Bu anlamda, BGE 61 II 130.

Bu prensibi daha genel olarak şu şekilde ifade etmek mümkündür; Malî durumu yerinde olan zarar gören, kural olarak zararın artmaması için gerekli tedbirleri almak durumundadır²⁴⁹. Zarar görenin hasara uğrayan aracını zamanında tamir ettirmemesi de bu çerçevede değerlendirilmelidir. Aracını tamir ettirebilecek durumda olan bir kimse, bunu zamanında yapmayı, bu sebeple doğan zararının tazminini talep etmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz²⁵⁰.

Meslek değiştirmek ve ameliyata razı olmak dahil bütün bu haller esas itibariyle tazminatın belirlenmesi safhasında dikkate alınacak hususlardır. Şu kadar ki, zarar görenin kusuruna giren bu haller, sorumluluğu doğuran olayla artan zarar arasındaki illiyet bağımlı kesecek yoğunluğa ulaşmış iseler, o takdirde sorumlu kişi artan zarardan sorumlu olmaktan kurtulur ve bu durum zararın belirlenmesi safhasında dikkate alınır²⁵¹.

Son olarak belirtmek gerekir ki, haksız file marûz kalan kimsenin, zararın artmaması veya bertarafı için yapmış olduğu masraflar, -olumlu bir etkisi olsun veya olmasın- sorumlu kişiye aittirler, yani zarar gören bunların tazminini sorumlu kişiden talep edebilir²⁵². Hattâ, zarar gören, aldığı tedbirlerin yarattığı olumsuz sonuçları -ameliyatın başarısız geçmesindeki gibi- gidermek için yaptığı masrafları dahi sorumlu kişiden talep edebilir²⁵³.

249 Örnek olarak malî durumu yeni bir araç almaya elverişli olmasına rağmen, bunu yapmayan zarar görenin BK 44/I anlamında kusurlu olduğu kabul edilir [Yarg. 4. HD. 30.1.1958, 3403/554 (Karahasan, II, 607); Veya malî durumu yerinde olan zarar görenden, değerinin eskisi gibi işleyebilmesi için gereken tedbirleri alması beklenir [Yarg. 4. HD. 23.3.1957, 7757/1592 (Karahasan, II, 608)]; Veya otelde meydana gelen hasarı kendi malî imkânları ile tamir ettirebilecekken bunu yapmayan zarar gören, BK 44/I anlamında kusurlu sayılır [Yarg. 4. HD. 24.1.1984, 9923/523 (Uygur, 580)]; Veya pastahane olarak kullanılan binanın yıkılan duvarını tamir ettirmekte geciken zarar gören, bundan dolayı uğradığı kazanç kaybını talep edemez [Yarg. 4. HD. 17.6.1982, 5593/6289 (YKD, 1983/1, 45)].

250 Bkz. üçüncü bölüm, dn. 49.

251 Zarar görenin gerekli tedaviden kaçınmasının illiyet bağımlı kesilebileceği hususunda bkz. Oftinger, I, 106; Zarar görene ait özel sebeplerin illiyet bağının kesilmesine engel olacağı hususunda bkz. yukarıda dn. 123; Oftinger'e göre, zarar görenin meslek değiştirmekten kaçınması halinde, zarar yeni meslekten hareketle tesbit edilebileceği gibi, bunun yerine kaçınma, zarar görenin kusuru olarak değerlendirilip tazminatın belirlenmesi safhasında indirime de gidilebilir (Oftinger, I, 198; Aynı yönde, Tandoğan, Mesuliyet, 287-288); Yazar, zarar görenin tıbbî müdahaleden kaçınması halinde de zarar görenin kusurunun söz konusu olduğunu belirtmektedir (Oftinger, I, 202). Oftinger'in Stark tarafından hazırlanan yeni basısında ise, tıbbî müdahaleden ve meslek değiştirmekten kaçınmanın zararın belirlenmesi safhasında ele alınması gerektiği belirtilmektedir (Oftinger/Stark, I, § 6, N. 40 vd., 173); Genel olarak, zararın artmasına engel olacak tedbirlerin alınmamasının normalde zararın belirlenmesi safhasında ele alınması gereken bir problem olduğu hususunda bkz. Oftinger/Stark, I, § 7, N. 16; Aynı görüşte, Schaer, N. 336.

252 Oftinger/Stark, I, § 7, N. 19; § 6, N. 377; v. Tuhr/Peter, 113; Keller, A, II, 28; Oğuzman-Öz, 548; Tandoğan, Mesuliyet, 281-282.

253 Oftinger/Stark, I, § 7, N. 19; § 6, N. 175 vd.; Yarg. 4. HD. 18.9.1979. 5480/9818 (YKD 1979/11, 1576).

B. Üçüncü Kişinin Kusuru

1. Genel Olarak

a) Kural Olarak Üçüncü Kişinin Kusurunun İndirim Sebebi Teşkil Etmemesi

Üçüncü kişinin kusuru ibaresi, zarar gören ve sorumlu kişi dışındaki bir kimsenin zararın meydana gelmesinde rol oynayan kusurlu davranışlarını ifade eder²⁵⁴.

Burada şunu belirtmek gerekir ki, alacağın devri veya külli hâlefîyet yoluyla elde ettikleri alacakları talep eden kimseler üçüncü kişi sayılmazlar. Seleflerinin kusurları bunlara izafe edilirler²⁵⁵. Bu noktada, destekten yoksun kalanların açacakları tazminat davası (BK 45/II) özellik arz etmektedir. Destekten yoksun kalanlara ait tazminat alacağı, destekten kendilerine hâlefîyet yoluyla intikâl etmiş bir alacak değildir²⁵⁶. Buna rağmen, destekten yoksun kalanlar, desteğin kusurunu üstlenirler²⁵⁷. Destek sırf kendi kusuruyla kendisine zarar vermiş olsaydı, bunun sonucuna destekten yardım alanlar katlanacaktı. Bu itibarla, başka olayların yanında, desteğin kusurunun rol oynamış olması, indirim sebebi teşkil etmelidir. Genel bir ifadeyle, bir kimsenin ölümü veya yaralanması dolayısıyla hak kazanan kimseler, mağdurun kusurunu yüklenmelidirler²⁵⁸. Başka bir ifade ile, yansıma zararlarında, haksız fiile doğrudan muhatap olan kimsenin kusuru, dolaylı şekilde zarara uğrayanın zararı tazmin edilirken indirim sebebi olarak dikkate alınmalıdır²⁵⁹.

²⁵⁴ Üçüncü kişinin kusursuz davranışlarının tazminat yükümlülüğüne etkisi için bkz. aşağıda § 4. II, C.

²⁵⁵ Brehm, Art. 44, N. 5; Oftinger/Stark, I, § 5, N. 162; BGE 61 II 236.

²⁵⁶ Bu konuda görüş birliği vardır (Tekinay, Destekten Yoksun Kalma, 66); Yarg. HGK, 25.5.1984, 9-301/619 (YKD 1986/5, 629); Mirasın reddedilmiş olması destekten yoksun kalma davasının açılmasına engel teşkil etmez (Yarg. 4. HD, 21.5.1992, 3944/6778 (YKD 1992/9, 1351)).

²⁵⁷ Tandoğan, Mesuliyet, 325; Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Altop, 594, dn. 11a; Oğuzman-Öz, 554, dn. 554; Tekinay, Destekten Yoksun Kalma, 206; Yarg. 11. HD, 17.4.1995, 2056/3648 (YKD 1995/8, 1236); Yarg. 11. HD, 17.6.1988, 4590/4049 (YKD 1988/11, 1534); Yarg. 4. HD, 6.5.1977, 3933/5509 (İKİD 1977, 5636); Stark, Skriptum, N. 340; Oftinger/Stark, I, § 7, N. 29; Brehm, Art. 44, N. 5; Art. 45, N. 34; Oser/Schönenberger, Art. 44, N. 17; Ayrıca bkz. Bussy, N. 2 vd.; BGE 117 II 61 (= Pra. 81, Nr. 140); 101 II 355 (= Pra. 64, Nr. 264); 92 II 48; 91 II 224 (= Pra. 55, Nr. 37); 88 II 461 (= Pra. 52, Nr. 48); 84 II 297; 50 II 408; 46 II 155; Aksi yönde, Häberlin, 85; Becker, Art. 44, N. 1.

Adam ölmesi halinde zarara uğrayan üçüncü kişilere, mağdurun kusurunun izafe edileceği, Alman hukukunda BGB § 846'da hükme bağlanmıştır.

²⁵⁸ Keller, A., I, 128.

²⁵⁹ Oftinger/Stark, I, § 5, N. 161; BGE 117 II 50 = Pra. 81, Nr. 140; Kararda, babanın uğradığı cismanî zarar dolayısıyla çocuğun manevî tazminat davası açabileceği kabul edilmiştir. Fakat burada bir yansıma zararı söz konusu olduğundan, çocuk babanın kusurunu üstlenecektir. Ölüm halinde yakınların açacağı manevî tazminat davasında da (BK 47) ölenin kusuru davacılar izafe edilir [BGE II 61 = (Pra. 81, Nr. 140); 113 II 339; 85 II 38].

Mağdur temyiz kudretine sahip olmayan biri ise, o takdirde onun davranışları hakkaniyet gerektiriyorsa BK 54'e kıyasen yansıma zararına uğrayan kimse hakkında da indirime yol açabilir²⁶⁰. Bunun dışında, ölen çocuğun ana veya babası, ilerde elde edecekleri destek yardımından mahrum kaldıklarını ileri sürerek dava açmışlarsa, o takdirde sorumlu kişi, davayı açan ana-babanın (velayet hakkı sahiplerinin) çocuğun zarar görmemesi için gerekli dikkat ve özeni göstermemiş olduklarını belirterek bu sebeple tazminatta indirim yapılmasını isteyebilir²⁶¹. Zira gerekli dikkat ve özeni göstermeyen ana-baba, bizzat kendi kendilerinin zarara uğramasına katkıda bulunmuşlardır. Bu davranışları zarar görenin kusuru olarak değerlendirilir²⁶².

Destekten yoksun kalma zararlarını bir tarafa bırakırsak, üçüncü kişilerin kusurlu hareketlerinin, zararın meydana gelmesinde etkilerinin bulunması, kural olarak indirim sebebi teşkil etmez²⁶³. Bu durum sadece zarardan sorumlu olanların sayısını artırır. Zira, BK 50 ve 51 hükümleri uyarınca, aynı zarardan birden fazla kimse sorumlu ise, bunlar arasında (eksik veya tam) teselsül hükümleri cereyan eder. Bunun anlamı, her bir sorumlunun, sadece kendisine düşen paydan değil, zararın tamamından sorumlu olduğudur. Kendi payından fazlasını ödeyen sorumlu, kendi payını aşan kısım için diğer sorumlulara rücu edebilir²⁶⁴. Birden fazla sorumlunun bulunduğu hallerde, zararın yükünün nasıl paylaşılacağı hususu ilerde ayrı bir bölümde incelenecektir²⁶⁵.

Üçüncü kişinin kusuru kural olarak, tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmamakla beraber, bu durum çeşitli açılardan tazminat yükümlülüğüne etkide bulunabilmektedir.

²⁶⁰ Bkz. aşağıda C, 2.

²⁶¹ Yarg. 4. HD, 4.10.1979, 5130/10796 (YKD 1979/11, 1578); Yarg. 4. HD, 18.6.1984, 5231/5748 (YKD 1985/1, 26); Yarg. 4. HD, 2.10.1984, 6238/7225 (Uygur, 563); Tiftik, 127; Yılmaz, 95-96; Sorumlu kişinin, zararın doğmunda rolü bulunan ana-babaya rücu hakkı bulunduğu (BK 51) ve bu sebeple ana-babanın kendisine karşı açtığı davada onlara rücu edebileceği miktarın düşülmesini isteyebileceği hususunda bkz. Oftinger/Stark, I, § 5, N. 173. Belirtmek gerekir ki, sorumlu kişinin ana-babaya rücu, çocuğun bizzat kendisinin ölmeden önce uğramış olduğu zararlar için (BK 45/I, c. 2) söz konusu olabilir.

²⁶² Bkz. aşağıda 4.

²⁶³ Oğuzman-Öz, 552, dn. 349; Tiftik, 158; Yarg. 4. HD, 4. HD, 4.12.1978, 1985/13614 (Karahasan, II, 806); Keller/Gabi-Bolliger, 104; Stark, Skriptum, N. 342; Brehm, Art. 43, N. 81; Oftinger/Stark, I, § 7, N. 40; § 10, N. 34; Guhl/Merz/Koller, 83; Keller, A., I, 130; Keller, A., II, 153; BGE 109 II 313; 97 II 415; 95 II 54; 93 II 322; 89 II 123 (= Pra. 52, Nr. 135); 66 II 118; 58 II 378;

Sadece üçüncü kişilerin kusurlu hareketleri değil, üçüncü kişilerin sorumluluğuna yol açan bir kusursuz sorumluluk hali de sorumluluğu söz konusu olan kişi açısından indirim sebebi teşkil etmez (Oftinger, I, 282; BGE 89 II 122-123 = Pra. 52, Nr. 135).

²⁶⁴ Oftinger, I, 107.

²⁶⁵ Bkz. beşinci bölüm.

b) Üçüncü Kişinin Kusurunun Tazminat Yükümlülüğüne Etkide Bulunduğu Haller

aa- Üçüncü Kişinin Kusurunun İlliyet Bağını Kesmesi

Üçüncü kişinin ağır kusuru illiyet bağının kesilmesine yol açabilir²⁶⁶. Örnek olarak ağır hekim hatası, bu sebeple artan zararlar önceki olay arasındaki illiyet bağını kesebilir²⁶⁷. Bu takdirde, önceki olay sebebiyle sorumlu olan kimse, artan zarardan sorumlu olmaz.

bb- Üçüncü Kişinin Kusurunun Zarar Görene İzafe Edilmesi

Bazan üçüncü kişinin kusuru, zarar görene veya sorumlu kişiye izafe edilebilir, başka bir ifade ile, tazminat belirlenirken üçüncü kişinin kusuru, zarar görenin veya sorumlu kişinin kusuru imiş gibi hesaba katılabilir. Üçüncü kişinin kusurunun zarar görene veya sorumlu kişiye izafe edilmesi konusu ayrı başlıklar altında incelenmiş bulunmaktadır²⁶⁸.

cc- Üçüncü Kişinin Kusurunun, Sorumlu Kişinin Kusurunu Hafifletmesi

Üçüncü kişinin kusuru, sorumlu kişinin kusurunun daha hafif değerlendirilmesine yol açabilir²⁶⁹. Üçüncü kişinin kusuru, zarar verenin davranışına etkide bulunabilir veya zarar vereni zarar vermeye müsait bir konuma sokabilir. Zarar verenin kusurlu hareketi ile üçüncü kişinin kusuru arasında böyle bir bağlantı ("Verschuldenskonnexität") bulunduğu takdirde, zarar verenin kusuru hafif olarak değerlendirilir²⁷⁰. Örnek olarak, üçüncü kişinin yarattığı tehlike karşısında, hatalı şekilde reaksiyon gösterip zarara yol açan kimsenin kusuru bu sebeple hafif olarak gözüktür²⁷¹. Karşıdan gelen aracın kusuru sebebiyle direksiyonu

266 Eren, Uygun İlliyet, 201 vd.; Oftinger/Stark, I, § 5, N. 176; Üçüncü kişinin kusuru sebebiyle illiyet bağının kesilmesine örnek olarak bkz. BGE 88 II 461 (= Pra. 52, Nr. 48); 95 II 344 (= Pra. 59, Nr. 37); Kusursuz sorumluluk hallerinde de illiyet bağının kesildiğinden söz edilebilir [Yarg. İBK, 22.6.1966, 7/7 (RG 1236; Düzeltme cetveli, RG 12404)]; Yargıtay, işverenin kusursuz sorumluluğunda da üçüncü kişinin kusurunun illiyet bağını kesebileceği görüşündedir [Bkz. Yarg. HGK, 18.3.1987, 9-722/203 (YKD 1988/5, 598); Yarg. 9. HD, 1.4.1988, 3691/3695 (YKD 1988/12, 1660)].

267 Oftinger/Stark, I, § 3, N. 105; Eren, Uygun İlliyet, 203.

268 Bkz. yukarıda § 2, II, B, 2, b ve § 2, III ve aşağıda § 3, II, B, 2, 3 ve 4.

269 Oftinger/Stark, I, § 5, N. 177; § 7, N. 41; Keller/Gabi-Bolliger, 104; Stark, Skriptum, N. 347; Oğuzman-Öz, 552, dn. 349; Tandoğan, Mesuliyet, 329; Tiftik, 159; Üçüncü kişinin kusursuz davranışları da aynı etkiye sahiptir (Jansen, '94; Brehm, Art. 43, N. 83; Keller/Gabi-Bolliger, 104); Zarar verenin kusurunun, daha önce ortaya çıkan üçüncü bir kişinin eylemi veya bir tabiat olayı neticesi hafifleyebileceği hususunda bkz. v. Tuhr/Peter, 106.

270 Jansen, '94; Oftinger, I, 281; Keller/Gabi-Bolliger, 104.

271 BGE 64 II 308.

aniden kırıp kazaya yol açan kimsenin kusuru, karşıdan gelen aracın kusuru sebebiyle daha hafif olarak değerlendirilir²⁷². Federal mahkeme bir kararında, klinikte yapılan tedaviyi kesip hasta olan çocuğu tedavi için bir masöre götürmenin, masörün hastalığı teşhis etmekteki kusurunu hafifleteceği sonucuna varmıştır²⁷³.

Üçüncü kişinin kusuru sebebiyle, sorumlu kişinin kusurunun hafif olarak gözükmemesi, esas itibarıyla, kusur sorumluluklarında önemli rol oynar. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir²⁷⁴. Üçüncü kişinin kusuru veya ona izafe edilen bir olay sebebiyle sorumluluğu söz konusu olan kişinin kusurunun daha hafif gözükmemesi ve bu sebeple tazminat yükümlülüğünde indirim yapılması, aslında BK 43/I'deki tazminatın kusurun ağırlığına göre belirlenmesi ilkesinin bir uygulanma halidir²⁷⁵. Kusursuz sorumluluk hallerinde, bu husus munzam kusurun rolü bakımından önem taşır.

İsviçre Federal Mahkemesi, kusur sorumlulukları bakımından, üçüncü kişinin kusuru dolayısıyla sorumlu kişinin kusurunun hafif gözükmemesinin indirim sebebi teşkil edebileceğini teorik olarak kabul etmektedir²⁷⁶. Fakat bu yolla indirim gitmekte çekimser davranmaktadır. Bunun sebebi, teselsül hükümlerinin temelinde yatan zarar göreni koruma düşüncesini zedelememek ve zarara sebep olanlardan biri yüzünden zarar göreni olumsuz duruma sokmamak düşüncesidir²⁷⁷. Oysa ilerde daha ayrıntılı şekilde üzerinde duracağımız gibi, birlikte sorumluluk halinde kusurun hafifliğinin BK 43/I uyarınca indirim sebebi teşkil etmesi, teselsül hükümlerine aykırı düşmez²⁷⁸.

dd- Üçüncü Kişinin Kusurunun İlliyet Bağını Gevşetmesi

Bazı İsviçre Federal Mahkeme kararlarında üçüncü kişinin kusuru sebebiyle illiyet bağının gevşediğinden bahsedilmekte (uzak illiyet bağı)

272 BGE 59 II 370: Karara konu olan olayda, karşıdan gelen motorsikletin süratini azaltmaması, önündeki aracı sollamaya çalışan sürücünün bu davranışını zarar doğurmaya elverişli hale getirmiştir. Dolayısıyla sürücünün kusuru hafif olarak değerlendirilmelidir.

273 BGE 59 II 37: Kanuni temsilcilerin bu davranışının çocuk açısından müterafık kusur teşkil etmeyeceği hususunda bkz. aşağıda 3.

274 BGE 111 II 444; 97 II 228; 60 II 155; 55 II 88; 41 II 228; Aynı yönde, Bussy, N. 14.

275 Oftinger/Stark, I, § 7, N. 41; Oser/Schönenberger, Art. 44, N. 17; Deschenaux/Tercier, 204; BGE 60 II 155; 55 II 88; Tandoğan, Mesuliyet, 329.

276 BGE 55 II 88; 60 II 155; 62 II 310; 66 II 119; 69 II 418; 80 III 62; 85 II 519; 89 II 123 (= Pra. 52, Nr. 135); 93 II 322; 95 II 93; 97 II 343; 97 II 416; 98 II 104; 111 II 444; Üçüncü kişinin kusuru dolayısıyla indirim yapılmasına örnek olarak bkz. yukarıda dn. 271, 272, 273'deki kararlar; Ayrıca bkz. aşağıda dn. 309.

277 BGE 113 II 331; 112 II 144; 93 II 323; 89 II 123 (= Pra. 52, Nr. 135); 66 II 121.

278 Oftinger/Stark, I, § 7, N. 41; Stark, Skriptum, N. 348; Aksi yönde Brehm, Art. 43, N. 81 vd.; Brehm, SJK, N. 14; Merz, OR, 223, dn. 137; Keller, A., II, 158; Ayrıca bkz. beşinci bölüm, § 2.

ve bu sebeple tazminat yükümlülüğünde indirim yapılmaktadır²⁷⁹. Bir Federal Mahkeme kararına konu olan olayda, zarar göreni birden fazla dış hekimi tedavi etmiştir. Dişçilerden biri kusuruyla zarara sebebiyet vermiştir. Fakat söz konusu dişçinin ihmali ile zarar arasındaki illiyet bağı, önceki dişçinin kusuru sebebiyle zayıflamıştır. Bu sebeple tazminat yükümlülüğünde indirime gidilmiştir²⁸⁰. Diğer bir kararda, bir baba küçük çocuğunun ehliyetsiz ve sigortasız halde araç kullanmasına izin vermiş veya ses çıkarmamıştır. Çocuk kaza yapmıştır. Babanın kusuru ile kazanın ağır sonuçları arasındaki illiyet bağının zayıf olduğu sonucuna varılarak tazminat yükümlülüğünde indirime gidilmiştir²⁸¹.

Bu kararlar tazminat hukukunda kabul edilen temel prensibe ters düşmektedirler. İlliyet bağının gevşemesi veya zayıflaması, zarara sebebiyet veren olayın zarara sebebiyet vermeye elverişliliğinin zayıf olduğu anlamına gelir. Eğer sorumluluğu doğuran olay, zararın doğmasında rol oynayan diğer sebepler dolayısıyla önemini tamamen kaybederse, illiyet bağının kesildiğinden bahsedilir. Fakat illiyet bağı kurulduktan sonra, illiyet bağının gevşekliğinden bahisle tazminat yükümlülüğünde indirime gidilemez. Bu husus, iç ilişkide, zararın sorumlular arasında paylaştırılmasında önem taşır²⁸².

Federal mahkemenin kararlarının temelinde yatan düşünce, illiyet bağının kesilip kesilmediği hususunda kesin karara varılmadığı durumlarda, illiyet bağının kesildiğine hükmedip sorumluluğu söz konusu olan kişiyi sorumluluktan kurtarmak yerine, uygun illiyet bağının mevcudiyetini kabul edip, hâkime tazminat yükümlülüğünde indirime gitmek imkânı tanımaktır²⁸³. Genel kurala böyle bir istisna yapılabilir²⁸⁴.

²⁷⁹ Uzak illiyet bağına ilişkin bazı Federal Mahkeme kararları:

BGE 43 II 325: Olayda davalı, davacının karısı ile ilişki kurup onun iş ilişkilerinin bozulmasına ve dolayısıyla maddî zarara yol açmıştır. Kararda, uzak illiyet bağı sebebiyle indirime gidilmiştir;

BGE 60 II 420: Trafik kazasında, üçüncü kişinin kusuru dolayısıyla davalı ile zarar arasındaki illiyet bağı gevşemiştir;

BGE 83 II 414: Sorumlu kişinin ağır kusuru, sebebiyet verme bakımından, zarar görenin kusuruna nazaran, kazanın daha uzağında durduğundan, zararın yükü zarar gören ile sorumlu arasında yarı yarıya pay edilmiştir;

BGE 36 II 24: İhmali davranışla zarar arasındaki illiyet bağının gevşek olmasından dolayı davalının kusuru çok hafif gözüktür. Hâkim bu sebeple önemli oranda indirime gidebilir.

Beklenmedik olay dolayısıyla yapılan indirimi de, illiyet bağının bu sebeple zayıflamış olmasına dayandıran görüş için bkz. aşağıda dn. 372.

²⁸⁰ BGE 61 II 114.

²⁸¹ BGE 61 II 90.

²⁸² İlliyet bağının gevşediği gerekçesiyle yapılan indirimin uygun illiyet bağı teorisi ile bağdaşmadığı hususunda, Keller I, 70; Gerekliyse, kusurun hafifliği sebebiyle indirime gidilebileceği hususunda bkz. Jansen, 91; Aynı yönde, Keller, A., I, 71.

²⁸³ Federal Mahkemenin bu düşünceden hareket ettiği hususunda bkz. Keller, A., I, 70.

²⁸⁴ Brehm, Art. 43, N. 54; Brehm, SJK, N. 18; Guhl/Merz/Koller, 83; OR-Schnyder, Art. 43, N. 13; Bu yönde, Tiftik, 163; Hem kusur sorumluluğunda hem de kusur

Örnek olarak, haksız fiile marûz kalan kişinin zararı tedavi sırasında hekim hatası sebebiyle artmış veya mağdur ölmüştür. Hekimin hatası önceki olayla zarar arasındaki illiyet bağını kesecek yoğunlukta kabul edilmezse, önceki olaydan sorumlu olan kişi artan zarardan da sorumlu olacaktır. Şu var ki, aradaki olay (hekim hatası) illiyet bağını kesmiş olmasa da, kesmeye yakın şekilde onu zayıflatmıştır. Bu durum indirim sebebi teşkil eder (hâl ve mevkiin icabı, BK 43/I). Zira önceden öngörülemeden bir olay (hekim hatası) sebebiyle ortaya çıkan ağır sonuçtan dolayı ilk olayın failini tam tazminata mahkûm etmek hakkaniyete uygun düşmez²⁸⁵.

2. Yardımcı Kişinin Davranışları

a) Genel Olarak

Yardımcı kişinin kusurunun sorumlu kişiye izafe edilebileceği hususu üzerinde daha önce durmuştuk²⁸⁶. Yardımcı kişi kullanan zarar görene de, yardımcı kişinin kusuru izafe edilir. Yani zarar görenin yardımcısının kusuru zararın meydana gelmesinde etkili olduğu takdirde, bu kusur tazminat belirlenirken, zarar görenin kusuruymuş gibi dikkate alınır²⁸⁷.

Yardımcı kişi tâbirinin kapsamına dahil olmamalarına rağmen, tüzel kişinin organlarının kusurları da, tüzel kişinin kusuruymuş gibi dikkate alınırlar (MK 48/II). Dolayısıyla BK 41/I uyarınca sorumlulukta, organın kusurunun hafifliği indirim sebebi teşkil edebileceği gibi (BK 43/I), tüzel kişi zarar gören konumundaysa, organın kusuru BK 44/I uyarınca sorumlu kişi lehine indirim sebebi teşkil edebilecektir²⁸⁸.

esasına dayanmayan sorumluluklarda bu yola gidilebilir (Brehm, Art. 43, N. 54); Sonradan meydana gelen bir olay sebebiyle illiyet bağının gevşeyebileceği hususunda bkz. v. Tuhr/Peter, 106; Aksi görüşte, Glarner, 24; Glarner'e göre, illiyetin uzak olduğundan bahisle tazminatta indirim yapılması hiç bir şekilde mümkün değildir; Zellweger'e göre illiyet bağının gevşekliğinden bahisle yapılan indirim aslında, tazminatın somut olayın durumuna göre belirlenmesinden başka bir şey değildir (Zellweger, 59-60).

²⁸⁵ Bern Kantonu İstinaf Mahkemesine ait bir kararda, üçüncü kişinin çiti bozması beklenmedik olay olarak değerlendirilip indirim sebebi olarak dikkate alınmıştır [SJJZ 28 (1931-1932), Nr. 64, 284]; Ayrıca bkz. BGE 59 II 370 (karar için bkz. aşağıda dn. 373); Zararın kapsamının önceden öngörülemez nitelikte olmasının tazminat yükümlülüğüne etkisi hakkında ayrıca bkz. aşağıda § 6.

²⁸⁶ Bkz. yukarıda § 2, III ve II, B, 2, b.

²⁸⁷ Brehm, Art. 44, N. 42; Guhl/Merz/Koller, 81; Merz, OR, 226; Stark, Skriptum, N. 341; OR-Schnyder, Art. 44, N. 4; Oftinger/Stark, I, § 7, N. 28; § 5, N. 154 vd.; § 7, N. 28; Deschenaux/Tercier, 58; Borç ilişkisinde, zarar görene, yardımcı kişinin kusurunun izafe edilmesine ilişkin olarak bkz. BGE 95 II 54.

²⁸⁸ Portmann, Organ und Hilfsperson, 133 (Tüzel kişi sorumlu ise); Aynı yazar, 141 ve Oftinger/Stark, I, § 5, N. 158; Honsell, 74 (Tüzel kişi zarar gören ise).

Şunu da belirtelim ki, zarardan, diğer sorumluların yanında zarar görenin yardımcıları da, zarar görene karşı sorumlu olabilir. Zarar gören dilerse yardımcılarına, dilerse diğer sorumlulara müracaat eder (BK 51). Diğer sorumlulara müracaat ettiğinde, yardımcı kişinin davranışları ona izafe edilir²⁸⁹.

b- BK 55 ve BK 100 Hükümünün Kıyasen Uygulanması

Zarar görene, kullandığı yardımcı kişinin kusuru izafe edilir. Burada aydınlığa kavuşturulması gereken iki husus bulunmaktadır. Birincisi, acaba, zarar görene BK 55 veya BK 100 hükmüne kıyasen yardımcısının kusursuz davranışları da izafe edilecek midir? Eğer zarar gören hakkında BK 55 hükmünden kıyasen yararlanılacak ise, o takdirde zarar gören BK 55'de yer alan kurtuluş kanıtını getirip yardımcı kişinin kusurunun tazminat belirlenirken kendisi aleyhine dikkate alınmasına engel olabilecek midir?

Bu sorulara cevap aramadan önce, BK 55 ve 100'e ilişkin düzenlemeleri kısaca hatırlatalım. BK 100'de ifa yardımcısının fiillerinden sorumluluk düzenlenmiştir. Bu halde, zarar gören ile BK 100 uyarınca sorumlu olan kişi arasında bir borç ilişkisi mevcuttur ve sorumlu kişi borcunun ifasını gerçekleştirmek gayesiyle yardımcı kişi kullanmaktadır ve bu yardımcı kişi ifa sırasında zarara sebebiyet vermiştir. BK 55'de düzenlenen durumda ise, zarar gören ile sorumlu kişi arasında bir borç ilişkisi bulunmamaktadır. Buna rağmen sorumlu kişinin müstahdemi, sorumlu kişiye ait bir işi görürken üçüncü bir kişinin zarara uğramasına sebebiyet vermiştir. Bu iki hüküm arasında önem taşıyan bir fark BK 55 uyarınca sorumlulukta istihdam edenin BK 55'deki kurtuluş kanıtını getirerek sorumluluktan kurtulabilmesidir. Buna göre, istihdam eden, zararın meydana gelmemesi için gerekli bütün dikkat ve özeni gösterdiğini veya gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı dahi zararın doğacak olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

Acaba bu hükümler zarar gören hakkında da kıyasen uygulanacak mıdır? Burada öncelikle, bu hükümlerden kıyasen yararlanıldığında ne gibi bir sonucun ortaya çıkacağına bakmak gerekir. BK 100'ün kıyasen uygulanabilmesi, zarar görenle sorumlu kişi arasında bir borç ilişkisinin mevcut olmasına bağlıdır. Borç ifa edilirken alacaklı zarara uğramışsa ve bunda alacaklının hakkını kullanmasında ona yardımcı olan kimsenin de payı varsa, durum ne olacaktır? Alacaklının borçluya karşı açtığı tazminat davasında, alacaklıya yardımcı olan kişinin kusuru alacaklıya izafe edilecek midir? BK 100 kıyasen uygulandığında, kendisine

²⁸⁹ Sürücü, kendi kullandığı aracın işletenine karşı, onun uğradığı zarardan sorumludur (BGE 99 II 195 = Pra. 63, Nr. 87). Bu ihtimalde, işletene sürücünün kusuru izafe edilmez (Bkz. aşağıda dn. 306).

yardımcı olan kişinin kusuru zarara uğrayan alacaklıya izafe edilecektir ve alacaklı gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini veya göstermiş olsaydı dahi zararın meydana gelecek olduğunu ispat etmekle yardımcı kişinin kusurunu üstlenmekten kurtulamayacaktır. Başka bir ifade ile zarara uğrayan alacaklının hakkını kullanırken ona yardımcı olan kişinin davranışı, alacaklının borçluya karşı açacağı tazminat davasında indirim sebebi olarak dikkate alınabilecektir.

Örnek olarak²⁹⁰, (A) değerli bir atın nakli için (B) ile anlaşmıştır. Araca, yolda emniyeti sağlamak üzere (A)'nın müstahdemi (M) de binmiştir. Yolda (B) kaza yapmış ve atın yaralanmasına sebep olmuştur. Bu kazada (M)'nin tedbirsiz davranışları da zararın artmasına yol açmıştır. (M)'nin bu davranışları (A)'ya izafe edilir, (A) zararın meydana gelmemesi için gerekli dikkat ve özeni göstermiş olduğunu veya bunu göstermiş olsaydı dahi zararın gene de meydana gelecek olduğunu ispat ederek bundan kurtulamaz (BK 100'e kıyasen)²⁹¹. Yani (A)'nın (B)'ye karşı açacağı tazminat davasında, (M)'nin tedbirsiz davranışları (A)'nın müterafık kusuru olarak dikkate alınır ve dolayısıyla tazminat yükümlülüğünde indirimde yol açabilir.

Örneği biraz değiştirelim. (A) atını dolaştırması için (M)'ye teslim etmiş, (M) atı dolaştırırken (B) aracı ile ata çarpmış ve atın yaralanmasına sebep olmuştur. Atın yaralanmasında (M)'nin dikkatsiz davranışları da rol oynamıştır. Acaba (M)'nin davranışları (A)'ya izafe edilecek midir? (A) ile (B)'nin arasında kazadan önce bir borç ilişkisi bulunmamaktaydı. BK 55 hükmünden kıyasen yararlanırsak, (A) kurtuluş kanıtı getirerek tazminat belirlenirken indirimde gidilmesine engel olabilecektir.

Bu çözüm adil midir? (A) (M)'ye atını dolaştırması için teslim etmiş, ona bu vazifeyi vermiştir. (M) lalettayın bir kimse değildir. (A)'nın kendisine vazife yüklediği, aralarında bir ilişki bulunan kimsedir. Öyle ki, (A), kendi menfaatini gözetmesi hususunda (M)'yi görevlendirmiş, ona güvenmiştir²⁹². Bu durumda, bu kişinin davranışı (A)'ya izafe edilemez mi? Veya edilmemeli midir?

²⁹⁰ Verdiğimiz örnek, Larenz, SchuldRI, 546'da yer alan örnekten esinlenilmiştir.

²⁹¹ İsviçre uygulamasında ortaya çıkan bir başka örnek de şudur: Müteahhit, inşaatı yaptırmanın zarara uğramasına sebep olmuştur. Müteahhit, aleyhine açılan tazminat davasında, inşaatı yaptırmanın hesabına hareket eden mimarın kusurunun indirim sebebi olarak dikkate alınmasını isteyebilir (BGE 95 II 53). BGE 98 II 102'de yer alan kararda sorumlu mimar (Bauleiter), inşaatı yaptırmanın yardımcısı kabul edilmediğinden, kusuru inşaatı yaptırana izafe edilmemiştir. Eser sahibinin mimar, mühendis veya müteahhitten birine karşı açacağı tazminat davasında, diğer ikisinin kusurunu davahya karşı üstleneceği hususunda bkz. Vaud Hukuk Mahkemesi kararı, SJZ 69 (1973), Nr. 167, 379.

OR 101/BK 100'e kıyasen, zarar gören âkit tarafa, kendi yardımcısının davranışlarının izafe edileceği hususunda bkz. Ott, 288; Stein, Haftungskompensation, 92; Keller, A., I, 127.

²⁹² Magnus, "koruma yardımcısı" ("Bewahrungsgeliffen") tabirini kullanmaktadır (Magnus, Drittmittelverschulden, 104).

Mevcut bir borç ilişkisinin bulunmaması halinde, yardımcı kişinin kusurunun yardımcı kişiyi kullanan kimseye izafe edilmemesi gerektiği şeklindeki çözüm tarzı, Alman hukukunda da bir kısım yazar tarafından adil bulunmamakta ve kanundaki hükümler zorlanarak aksi çözüme varılmaya çalışılmaktadır²⁹³. Alman hukukunda, üçüncü kişilerin eylemlerinin zarar görene izafe edilmesi konusuna ilişkin olarak BGB § 254/II hükmü, bizdeki 100 üncü maddeye tekabül eden 278 inci paragrafa yollama yapmıştır. Bu hükümde de zarar görenle sorumlu kişi arasında mevcut bir borç ilişkisi arandığından aksi çözüme varmak ayrı bir çabayı gerektirmektedir. Oysa genel prensipleri koymakla yetinen ve hâkime geniş takdir yetkisi tanıyan Borçlar Kanunumuz bakımından bu sonuca varmak daha kolaydır²⁹⁴.

Bütün bunlara rağmen, baskın görüş zarar görenin BK 55'deki kurtuluş kanıtını getirip, yardımcı kişinin davranışını üstlenmekten kurtulabileceği yönündedir²⁹⁵. Buna göre, üçüncü kişilerin davranışları, kanunda yer alan hükümlere göre (OR 55; SVG 58/IV), zarar görene izafe edilebilirler²⁹⁶. Yani, yardımcı kişilerin davranışları yardımcı kişiden yararlanan kimsenin zarara uğramasına katkıda bulunmuşlarsa, o takdirde şuna bakılır; Bu davranışlar üçüncü bir kişinin zarara uğramasına yol açmış olsaydılar yardımcı kişiden yararlanan kimsenin sorumlu olmasına yol açacak mıydılar. Eğer açacak idiyeler, o takdirde bunlar yardımcı kişiden yararlanan kimse aleyhine indirim sebebi teşkil edebilirler²⁹⁷.

Kanaatimce, zarar gören, yardımcısının kusurunu üstlenmekten, BK 55'deki kurtuluş kanıtını getirerek kurtulamamalıdır. Şu var ki, zarar gören, kurtuluş kanıtını getiremediği takdirde, sadece yardımcı kişi-

²⁹³ Bkz. Lange, Schadenersatz, 593 vd., özellikle 603 vd.; Larenz, SchuldR I, 545 vd.; Magnus, Drittmittelverschulden, 102 vd.; Deutsch, 322-323; Alman uygulaması aksi görüştedir: BGH NJW 80, 2080; BGHZ 103, 342; 73, 190; 9, 317; 3, 49; 1, 249; Uygulamanın görüşüne iştirak eden yazarlardan bazıları şunlardır; Staudinger-Medicus, § 254, N. 80; MünchKomm-Grünsky, § 254, N. 77; Palandt-Heinrichs, § 254, 5; Venzmer, 128 vd.

²⁹⁴ Bu görüşte, v. Tuhr/Peter, 110; Aksi yönde, Oğuzman-Öz, 556; Taraflar arasında bir borç ilişkisi mevcutsa, BK 100 hükmünden yararlanılabilir.

²⁹⁵ Tandoğan, Mesuliyet, 324; Oğuzman-Öz, 555; Tiftik, 128; Oftinger/Stark, I, § 5, N. 157; Bussy, N. 11; Brehm, Art. 44, N. 42; Brehm'e göre, bu takdirde dahi yardımcı kişinin davranışı sebebiyle küçük bir oranda indirim yapılabilir. Zira OR 44 uyarınca indirime yol açan sebepler, sorumluluk sebepleri ile sınırlı değildir; Yargıtay, bir kararında, kurtuluş kanıtına değinmeksizin, zarar görene kendi çobanının kusurunu izafe edileceği sonucuna varmıştır [Yarg. 4. HD, 3.5.1989, 1510/4228 (Karahasan, II, 811)]. Bir Federal Mahkeme kararına konu olan olayda ise, müstahdem, istihdam edenin çekini onun imzasını taklit ederek tahsil etmiştir. İstihdam edenin banka aleyhine açtığı tazminat davasında, Federal Mahkeme, haksız fiili zarar görenin müstahdeminin işlemiş olmasını indirim sebebi olarak kabul etmiştir (BGE 61 II 187).

²⁹⁶ Merz, OR, 226; Guhl/Merz/Koller, 81; Portmann, Organ und Hilfsperson, 144; Deschenaux/Tercier, 58; BGE 99 II 195 (= Pra. 63, Nr. 87).

²⁹⁷ Oftinger/Stark, I, § 5, N. 157; Stark, Skriptum, N. 341; Keller, A., I, 127.

nin kusurundan değil, onun kusursuz davranışlarından da sorumludur (BK 55'e kıyasen)²⁹⁸. Ayrıca zarar gören kurtuluş kanıtını getiremediği takdirde, yardımcı kişinin kusuru, tazminat belirlenirken daha büyük oranda indirim yapılmasına yol açar (munzam kusurun etkisine kıyasen)²⁹⁹.

Burada yardımcı kişi kavramı geniş anlamda kullanılmıştır. Herhangi bir gaye için bir başkasının yardımına başvuran kimseye, yardımcının kusuru izafe edilmelidir. Şu var ki, eğer yardımcı kişi, BK 55 anlamında zarar görenin müstahdemi değilse, BK 55 hükmünden kıyasen yararlanmak mümkün olmaz. Bu takdirde, zarar gören sadece yardımcı kişinin kusurunu üstlenir. Verdiğimiz örnekte, zarar gören, atını bir süre dolaştırması için müstahdemine değil de bir arkadaşına teslim etmiş olsaydı, sadece onun kusurunu üstlenecekti.

c) Motorlu Araç Sürücüsünün veya Aracın Kullanılmasına Katılan Yardımcı Kişilerin Davranışları

CTK 85/V'e göre, "İşleten ve araç işleticisi teşebbüsün sahibi aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan, kendi kusuru gibi sorumludur". Bu hüküm, işletenin ve işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin BK 55'e benzer şekilde, üçüncü kişilerin davranışlarından sorumluluğunu düzenleyen bir hüküm değildir. CTK 85/I'de getirilen tehlike sorumluluğu esasına göre, esasen aracın işleteni ve işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibi gerek CTK 85/V'de belirtilen kişilerin³⁰⁰ gerek diğer kişilerin eylemlerinden sorumludur³⁰¹. Öyle ki, aracın çalınması veya gasbedilmesi halinde dahi, işletenin sorumluluğu devam eder. Bu halde işletenin ve kanunda açıkça belirtilmiş olmamakla birlikte işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluktan kurtulması CTK 107/I, c. 3'deki kurtuluş kanıtını getirebilmesine bağlıdır. Hattâ, işletene -ve işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibine- sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin sadece kusurları izafe edilmez, işleten -ve teşebbüs sahibi- onların kusursuz davranışlarından da sorumludur³⁰². Zira, bu davranışlar işletene -ve teşebbüs sahibine- ait işletme tehlikesinin artmasına yol açarlar³⁰³.

CTK 85/V'de yer alan hükümle ifade edilmek istenen husus, sorum-

²⁹⁸ BK 55 uyarınca istihdam edenin sorumluluğu için müstahdem kusurunun bulunmasının bir şart olarak aranmadığı hususunda bkz. yukarıda dn. 81.

²⁹⁹ Portmann, Organ und Hilfsperson, 144.

³⁰⁰ "Sürücü" ve "aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişi" ibarelerinin kapsamına kimlerin gireceği hakkında bkz. Nomer, İşletenin Hukukî Sorumluluğu 18 vd.

³⁰¹ Oftinger/Stark, II/2, § 25, N. 130.

³⁰² İsviçre'deki düzenleme bakımından aynı görüşte, Oftinger/Stark, II/2, § 25, N. 150.

³⁰³ Bkz. aşağıda C. 7, a.

luluğun kurulmasında ve tazminatın belirlenmesinde (KTK 86) ve rücu ilişkisinde (KTK 88) bu kişilerin kusurlarının işletenin kusuru gibi değerlendirilmesi gerektiğidir³⁰⁴. Zarar gören, işleten veya işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibi ise, gene aynı hüküm uyarınca o da sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurlarını üstlenir. Buna göre, trafik kazasında hasara uğrayan aracın işleteni kazaya karışan başka bir aracın işleteninden -veya onun bağlı olduğu teşebbüs sahibinden- (KTK 89) veya bunlar dışındaki bir sorumludan tazminat talep ettiğinde, talepte bulunan işletenin sürücüsü ile aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurları kendisine izafe edilir³⁰⁵. Şu var ki, işleten -veya işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibi- kendi aracının sürücüsünden tazminat talep ederken veya sürücü kendi kullandığı aracın işleteninden -veya onun bağlı olduğu teşebbüs sahibinden- tazminat talep ederken bu prensipten hareket edilmez. Başka bir ifade ile, artık bu durumda, sürücünün kusuru işletenin -veya teşebbüs sahibinin- kusuru gibi dikkate alınmaz³⁰⁶.

3. Kanunî Temsilcilerin Davranışları

Zararın doğumunda rol oynayan üçüncü kişilerin davranışlarına diğer bir örnek, kanunî temsilcilerin, özellikle velilerin tedbirsiz davranışlarıdır. Çocuğu gözetip kollamakla yükümlü olan kimselerin, bu görevlerini gereği gibi yerine getirmemeleri neticesi, çocuk bir zarara uğradığı takdirde, aynı zarardan sorumlu olan diğer kimseler, velâyet hakkı sahibi ana-babanın tedbirsiz davranışlarına dayanarak tazminatta indirim gidilmesini isteyebilecekler midir? Örnek olarak yolun ortasına fırlayan küçük bir çocuğa yoldan geçen bir aracın çarpması halinde, aracın işleteni ana-babanın tedbirsiz davranışından ötürü tazminat belirlenirken indirim gidilmesini isteyebilecek midir? Hattâ temyiz kudretine sahip çocuğun kendi kusurunun yanında, ana-babasının tedbirsiz davranışı ilâve bir indirim sebebi olarak dikkate alınabilecek midir?

Öncelikle, çocuğun -veya kısıtlının- kanunî temsilcilerinin eylemlerinden sorumlu olmasını öngören bir hükmün kanunda mevcut olup ol-

³⁰⁴ Oftinger/Stark, II/2, § 25. N. 131, 150; Örnek olarak, malî sorumluluk sigortası gereği zarar görene ödemedede bulunan sigortacı, aracın kullanılmasına katılan kişilerin ağır kusurlarına dayanarak, sigorta ettiren işletene rücu edebilir.

³⁰⁵ Bernasconi, 98; Zarar gören işletene sürücünün kusurunun izafe edileceği hususunda bkz. Yarg. 19. HD, 30.4.1993, 7088/3366 (YKD 1994/1, 100); Yarg. 4. HD, 9.11.1989, 4720/8577 (Karahasan, II, 811); Yarg. 4. HD, 19.6.1989; 2146/5554 (Uygur, 420); Yarg. 4. HD, 23.2.1989, 764/1601 (Uygur, 577); Yarg. 4. HD, 6.3.1984, 1537/2136 (Karahasan, II, 812); Kararlarda Trafik Kanunundaki hükümler yerine Borçlar Kanunu hükümlerine dayanılması isabelli değildir; İsviçre Hukukunda, Oftinger/Stark, II/2, § 25. N. 152; Keller, A., I, 127; Merz, OR, 227; BGE 99 II 195 (= Pra. 63, Nr. 87); 56 II.96; Aksi yönde, BGE 88 II 363.

³⁰⁶ Bernasconi, 117; Oftinger/Stark, § 25. N. 71, 632.

madığına bakmak gerekir. Borçlar Kanunumuz 100 üncü maddesinde yardımcı kişilerin davranışlarından sorumluluğu düzenlerken kanunî temsilcilerden bahsetmemiştir. Buna rağmen, borç ilişkisinde küçük çocuğun -veya kısıtlının- temsilcisi olarak hareket eden kanunî temsilcinin kusurlarının çocuğa -veya kısıtlıya- izafe edileceği kabul edilebilir³⁰⁷. Temsil olunanlar, temsilcilerinin kusurlarını da üstlenmelidirler. Bu takdirde, bir borç ilişkisinde taraf olan çocuğa, karşı tarafın açtığı tazminat davasında kanunî temsilcinin kusurları izafe edileceği gibi, bizzat çocuğun karşı tarafa açtığı tazminat davasında da kanunî temsilcinin kusurları ona izafe edilecektir.

Bir borç ilişkisi mevcut değilse ne olacaktır? Bu takdirde de çocuğa ana-babasının davranışları izafe edilecek midir? Kanunî temsilcinin davranışlarından sorumluluğu öngören bir hüküm kanunda mevcut olmadığı gibi³⁰⁸, bunu gerektirecek bir sebep de mevcut değildir. Haksız fiiller bakımından kanunî temsilcinin çocuğu veya kısıtlıyı temsil ettiğinden bahsedilemez. Kanun icabı veya atama yoluyla kanunî temsilci olan bir kimsenin vazifesini gereği gibi yapmamasının yükü o kimsenin velayeti veya vesayeti altındaki kimseye ait olmamalıdır. Mahkeme içtihatlarında³⁰⁹ ve doktrinde³¹⁰ hâkim olan görüş de, ana-babanın üçün-

³⁰⁷ Spiro, Erfüllungsgelhilfen, § 39; v. Tuhr/Escher, 127; Becker, Art. 101, N. 2; Aksi yönde, Portmann, Organ und Hilfsperson, 144; Oser/Schönenberger, Art. 101, N. 6.

BK 100'e tekabül eden BGB § 278 ve ABGB § 1313a'da yardımcı kişilerin yanında kanunî temsilcilerin kusurlarının da borçlu tarafına izafe edileceği hükme bağlanmıştır.

³⁰⁸ Häberlin, 84-85; BGE 31 II 35.

³⁰⁹ Yarg. 11. HD, 17.6.1988, 4590/4049 (YKD 1988/11, 1534); Yarg. 4. HD, 11.3.1981, 1247/3013 (YKD 1981/11, 1420-1421); Yarg. 4. HD, 4.10.1979, 5130/10796 (YKD 1979/11, 1578);

BGE 81 II 165; 71 I 55; 63 II 62; 60 II 224; 59 II 43; 58 II 35; 56 II 401; 41 II 227; 33 II 500; Ayrıca bkz. BGE 104 II 188 (= Pra. 67, Nr. 234); Kararda, çocukların tehlikeli şekilde oyun oynamalarında, çocukların ana-babalarının ihmâli bulunup bulunmadığı hususu üzerinde durulmamıştır; Krş. BGE 89 II 56 (= Pra. 52, Nr. 97); Ana-babanın kusurunun bulunmadığı belirtilerek, indirim gidilmemiştir.

Üçüncü kişi olan ana-babanın kusuru iki şekilde etkili olabilir; Ana-babanın kusuru sebebiyle, çocuğun kusuru hafif gözükabilir veya çocuğun davranışı ile zarar arasındaki illiyet bağı kesilebilir [BGE 104 II 188 (= Pra. 67, Nr. 234); 41 II 228; Bkz. yukarıda B. I, b, aa ve cc].

³¹⁰ Guhl/Merz/Koller, 81; v. Büren, 61; Merz, OR, 227; Stark, Skriptum, 338; Oser/Schönenberger, Art. 44, N. 17; Oftinger/Stark, I, § 5. N. 170; Meister-Oswald, 106, dn. 93; Aynı yönde, Tandoğan, Mesuliyet, 325; Tiftik, 126; Yılmaz, 95; Aksi yönde, v. Tuhr/Peter, 110; Oğuzman-Öz, 556, dn. 378.

Alman hukukunda, zarar görenin kusuruna ilişkin olan BGB § 254/II, 2'de, bizdeki BK 100'e tekabül eden BGB § 278'e atf yapılmıştır. Taraflar arasında mevcut bir borç ilişkisinin bulunduğundan hareket eden BGB § 278'de, borçluya, kanunî temsilcinin kusurunun izafe edileceği belirtilmektedir. Buna mukabil, haksız fiil sorumluluğunda kanunî temsilcinin davranışlarının temsil edilene izafe edilmemesi gerektiği görüşü kabul edilmektedir. Bkz. Larenz, SchuldR I, 548; Lange, Schadensersatz, 605 vd.; Esser/Schmidt, 266; Aksi yönde, Magnus, Drittmittelverschulden, 108 vd.; Deutsch, 322-323.

cü kişi olduğu ve bunların davranışının çocuğa izafe edilemeyeceği yönündedir.

Haksız fiile karışan ana-baba da, tedbirsiz davranışlarından dolayı, diğer sorumlular ile birlikte, çocuğa karşı sorumludurlar (BK 41/I). Ana-baba kanunen kendilerine yüklenmiş bulunan vazifeyi gereği gibi yerine getirmemişlerdir. Hukuka aykırı bu davranışlarından ötürü çocuk zarara uğramıştır. Diğer sorumlular ile ana-baba (velâyet hakkı sahipleri) zarardan birlikte sorumludurlar (BK 51; KTK 88)³¹¹. Diğer sorumlular, çocuğun uğramış olduğu zararı tazmin ettikten sonra ana-babaya rücu edebilirler³¹². Ana-babanın çocuk adına açtıkları ilk davada, davanın tarafları farklı olduğundan rücu ilişkisi ele alınmaz. Bunun pratik faydası şudur; Diğer sorumlular ana-babaya rücu ettiklerinde, ana-babanın iktisadî durumları iyi olmasa dahi, çocuk için ödenmiş bulunan tazminat parası takibe konu olmaz³¹³. Diğer sorumluların ana-babaya rücu etmek imkânları mevcut olduğundan, çocuğa yapılan ödemeden dolayı ana-babanın bir yarar sağladığından da söz edilemez³¹⁴.

4. Çocuğun Davranışları

Yukarıda velinin davranışlarının, zarara uğrayan çocuğa izafe edilip edilemeyeceği konusunu inceledik. Bunun tersine, zarara uğrayan çocuk değil de ana-baba ise, çocuğun zararın doğmasına veya artmasına katkıda bulunan davranışları, zarar gören ana-babaya izafe edilebilecek midir? Burada da öncelikle, ana-babanın, çocukların davranışlarından sorumlu olup olmadıklarına bakmak gerekir. Küçük çocuğun üçüncü kişilere verdiği zarardan Medenî Kanunumuzun sistemine göre ev reisi sorumludur (MK 320). Çocuğun verdiği zarardan doğrudan doğruya ana-babanın veya velâyet hakkı sahiplerinin sorumluluğu kabul edilmiştir³¹⁵. Bu hükme kıyasen, zarar gören evin reisi ise, kendi hâkimiye-

³¹¹ Stark, Skriptum, N. 338; Oftinger/Stark, I, § 5, N. 170; Yılmaz, 95; BGE 81 II 165; 71 I 59; Bu anlamda, BGE 41 II 228.

³¹² Tiftik, 127; Oftinger/Stark, I, § 5, N. 172; Keller, A., I, 238.

³¹³ BGE 81 II 166; Yarg. 4. HD, 4.10.1979, 5130/10796 (YKD 1979/11, 1579).

³¹⁴ İsviçre doktrininde bazı yazarlar, zarar görene ödenen tazminattan dolayı olarak yarar sağlayacak üçüncü kişilerin (örnek olarak zarar gören çocuğun ana-babasının veya zarar görenin eşinin) kusurlarının, indirim sebebi olarak dikkate alınabileceği görüşündedirler (Brehm, Art. 43, N. 87; Brehm, SJK, 129, N. 14, 22; OR-Schnyder, Art. 43, N. 15; Aynı görüşte, Tiftik, 160).

³¹⁵ Velayet hakkından doğan vazifenin yerine getirilmemesi çocuğa karşı bir sorumluluk doğurur. Çocuğun başkasına verdiği zarardan, onun velisi, gözetim görevini yerine getirmemesinden dolayı sorumlu olmaz [Krş. BGE 43 II 210; Çocuğu gözetlemeye de ihmâli bulunan annenin, çocuğun verdiği zarardan BK 41 uyarınca sorumlu olacağı hususunda, Yarg. 4. HD, 18.6.1966, 6764/6922 (Karahasan, II, 598)].

Bununla birlikte, ana-baba, kendilerine yüklenen vazifeyi yerine getirmeyerek yarattıkları tehlike sebebiyle, çocuğun üçüncü kişiye verdiği zarardan sorumlu olabilirler (BK 41/I) (Krş. Meister-Oswald, 44). Örnek olarak ana veya babanın, çocuğun

ti altında bulunan kimselerin (küçüklerin, akıl hastalarının vs.) zarara katkıda bulunan davranışlarının ona izafe edileceği kabul edilebilir³¹⁶, meğer ki o gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini ispat etmiş olsun. Acaba bunun dışında, genel olarak zarara uğrayan ana-babaya, çocukların davranışları izafe edilir mi veya edilmeli midir?

Çocuklar genellikle etraflarına zarar vermeye eğilimlidirler. Bunun bilincinde olan ana-babanın, kendi çocuklarının bizzat kendilerine zarar vermesine mani olacak tedbirleri almamış olmaları, kendi kusurlarıdır. Dolayısıyla ana-babanın açacağı tazminat davasında, bu husus indirim sebebi olarak dikkate alınabilir (BK 44/I). Örnek olarak, ana-babanın, yaramaz olduğunu bilmelerine rağmen çocuklarını tek başına evde bırakmaları üzerine, çocuk ile onun eve çağırıldığı arkadaşları evde yangına sebep olmuşlardır. Bu durumda ana-babanın diğer çocuklar aleyhine açacakları tazminat davasında, kendi tedbirsiz davranışları da indirim sebebi olarak dikkate alınabilir. Veya ileride çalışıp kendilerine destek olacak çocuğuna dikkat etmeyen ana-baba, çocuğun trafik kazasında ölmesi halinde, destekten mahrûm kaldıklarını ileri sürerek dava açtıklarında, ana-babanın gerekli dikkat ve özeni göstermemesi indirim sebebi olarak dikkate alınabilir.

Çocukların, temyiz kudreti bulunmuyorsa, gene onların ana-babalarının zarara uğramasındaki katkıları indirim sebebi olarak dikkate alınmalıdır. Temyiz kudretine sahip olmayanların davranışları esas itibariyle beklenmedik olay teşkil eder³¹⁷. Bununla birlikte, temyiz kudretine sahip olmayan çocukların davranışları, kendi ana-babaları bakımından beklenmedik bir olay olarak kabul edilemezler. Ana-babanın, çocuklardan her an beklenebilecek zarar verici davranışlara karşı gerekli tedbirleri almayıp, bu davranışlar neticesi zarara uğramaları, kendi kusurlarıdır. Böyle bir zarar için açacakları tazminat davasında, kendi kusurları indirim sebebi olarak dikkate alınır (BK 44/I)³¹⁸.

Çocuklar temyiz kudretine sahipler, onlar da ana veya babalarının uğradığı zarardan sorumludurlar (BK 41/I). Ana-babanın uğramış olduğu zararı tazmin eden diğer sorumlular, zararın doğumuna veya artmasına katkıda bulunan çocuğa rücu edebilirler. Ancak şu var ki, genellikle çocukların ailelerinden ayrı malvarlıkları yoktur. Bu sebeple rücu -en azından çocuklar malvarlığı edininceye kadar- sonuçsuz kalacaktır.

kolayca ele geçirebileceği bir yere dolu bir silah bırakması ve çocuğun bununla üçüncü bir kişiyi yaralamasında durum böyledir [Benzer bir olay için bkz. BGE 41 II 92]. Şu var ki, yaratılan tehlikeden dolayı sorumluluk, ana-baba olmaya bağlı bir husus değildir [Bkz. BGE 66 II 114; Freiburg İstinaf Mahkemesi kararı, SJZ 59 (1963), Nr. 160, 343; İlk karar için ayrıca bkz. beşinci bölüm, dn. 7].

³¹⁶ Deschenaux/Tercier, 58; Tiftik, 128.

³¹⁷ Bkz. aşağıda § 4, II, C.

³¹⁸ Bkz. yukarıda B, 1, a.

C. Zarar Gören Yönünden Sebep Sorumluluğuna Yol Açan Haller

1. Genel Olarak

Daha önce de belirttiğimiz gibi, zarar görene izafe edilebilen hallerin tesbitinde, bir kimsenin bir başkasının uğramış olduğu zarardan ne zaman sorumlu olacağını gösteren hükümler yol gösterici olmaktadır³¹⁹. Genel prensip kusur sorumluluğudur (BK 41/I). Fakat bunun yanında, objektif sorumluluk halleri de mevcuttur. Zarar görene izafe edilebilecek haller belirlenirken bunlar da dikkate alınmalıdır³²⁰.

Zarar görene izafe edilebilen kusursuz sorumluluk halleri sebebiyle yapılacak indirimin miktarı hususunda, bunların sorumluluğu doğuran olayın yanında zarara ne oranda sebebiyet vermiş olduklarına bakılır. Kusurlu fiiller, sebep sorumluluğunu doğuran olaylara nazaran, daha ziyade zarara sebep olurlar. Bu konu üzerinde daha önce durmuştur³²¹.

Aşağıda belli başlı objektif sorumluluk halleri üzerinde durulacaktır.

2. Temyiz Kudretine Sahip Olmayan Zarar Görenin Davranışları

Temyiz kudretine sahip olmayan zarar görenin kendi fiili zararın doğumunda bir rol oynamış veya zararın artmasına sebep olmuşsa, bu durum kural olarak tazminat yükümlülüğünde indirim yol açmaz (MK 15)³²². Bu durum ancak hakkaniyet gerektiriyorsa BK 54/I'e kıyasen indirim sebebi olarak dikkate alınabilir³²³. Hattâ, davranışın yoğun etkisi dolayısıyla hâkim, tazminata hükmetmekten sarfınazar dahi edebilir (BK 44/I)³²⁴. Zarar gören geçici olarak temyiz kudretini kaybetmişse, hâkim, BK 54/II'ye kıyasen tazminat yükümlülüğünde indirim gidebilir³²⁵. Gene BK 54/II hükmüne kıyasen, zarar gören, temyiz kudretini

³¹⁹ Bkz. yukarıda dn. 100.

³²⁰ Oğuzman-Öz, 555; Oftinger/Stark, I, § 7, N. 64; § 9, N. 9; Brehm, Art. 44, N. 37; v. Büren, 62; 16.12.1966 tarihli Alman Medeni Kanununa ilişkin kanun değişikliği teklifinde de, BGB § 254'e ilâve edilecek bir fıkra ile, kusursuz sorumluluğu doğuran hallerin zarar gören hakkında da dikkate alınması gerektiği öngörülmüştür (bkz. Referentenentwurf, 19).

³²¹ Bkz. yukarıda § 3, II, A, 3, c.

³²² Bkz. aşağıda dn. 405.

³²³ Oğuzman-Öz, 556; Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Alttop, 598; Tandoğan, Mesuliyet, 325; Eren, II, 353; İmre, 203; Yılmaz, 86; Häberlin, 83; Oftinger/Stark, I, § 5, N. 164; § 7, N. 31; Stark, Skriptum, N. 336; Brehm, Art. 44, N. 40; Merz, OR, 228; Becker, Art. 44, N. 10; Oser/Schönenberger, Art. 44, N. 8; Egger, Art. 18, N. 16; Guhl/Merz/Koller, 80; Keller/Gabi-Bolliger, 104; v. Büren, 61; v. Tuhr/Peter, 109; Descenaux/Tercier, 206; Honsell, 74; Sem. Jud. 58 (1936); 113; BGE 51 II 523; 54 II 140; 60 II 44.

³²⁴ Stark, Skriptum, N. 336; Oftinger/Stark, I, § 5, N. 166; Krş. aynı yazar, II/I, § 18, N. 104.

³²⁵ Stark, Skriptum, N. 337; Oftinger/Stark, II/I, § 18, N. 105; I, § 7, N. 31; Tandoğan, Mesuliyet, 325; Yılmaz, 87.

geçici olarak kaybetmesinin kendi kusuruna dayanmadığını veya zararın bu yüzden meydana gelmediğini ispat ederek, hâkimin indirim yapmasına engel olabilir³²⁶.

Yansıma zararlarında da, temyiz kudretine sahip olmayan mağdurun davranışları, BK 54'e kıyasen indirim yol açabilir. Örnek olarak temyiz kudretine sahip olmayan çocuğun ölümü sebebiyle, ilerde ondan destek yardımı alması muhtemel kişilerin açacakları tazminat davasında (BK 45/II), hâkim, çocuğun davranışları sebebiyle, hakkaniyet icabı, indirim gidebilir³²⁷. Davayı açan çocuğun ana-babası ise, o takdirde bir imkân daha mevcuttur. Ana-baba, çocuğun zarar görmemesi için gerekli dikkat ve özeni göstermemiş olduklarından, kendilerinin zarara uğramasında kusurludurlar. Dolayısıyla BK 44/I uyarınca indirim gidebilme yolu açıktır³²⁸.

BK 54 hükmünden kıyasen yararlanarak indirim gidebilme imkânının pratik önemi bir açıdan sınırlıdır. Şöyle ki, hâkim, BK 54'de yer alan hakkaniyet sorumluluğuna göre tazminat ödenmesinin gerekip gerekmediğine hükmederken, esas itibarıyla tarafların iktisadî durumlarını dikkate alır. Zarar gören açısından da, BK 54 hükmünden kıyasen yararlanılırken, gene aynı esastan hareket edilecektir. Yani, sorumlu kişinin malî durumu zayıf ise, hâkim indirim gidecektir. Bunun yerine hâkim şartları gerçekleşmişse BK 44/II hükmünden de yararlanabilir.

3. Zarar Görenin Müstahdeminin Davranışları

Zarar görenin müstahdeminin davranışları BK 55 hükmüne kıyasen indirim sebebi olarak dikkate alınabilir. Bu konu üzerinde yukarıda ayrıntılı şekilde durmuştuk³²⁹.

4. Zarar Görenin İdaresi Altındaki Hayvanın Hareketleri

Zarar görenin idaresi altındaki bir hayvanın zararın doğumunda rol oynaması BK 56 hükmüne kıyasen indirim sebebi teşkil edebilir³³⁰. Zarar gören, BK 56'daki kurtuluş kanıtını getirerek indirim yapılmasına mani olabilir³³¹.

³²⁶ Yılmaz, 88; BK 54/II'deki ispat kuralının burada uygulanamayacağı ve ispat külfetinin sorumlu kişiye ait olduğu görüşünde, Tiftik, 126; Oftinger/Stark, I, § 5, N. 168.

³²⁷ Bkz. BGE 54 II 140.

³²⁸ Bkz. yukarıda § 3, II, B, 4.

³²⁹ Bkz. yukarıda § 3, II, B, 2.

³³⁰ Stark, Skriptum, N. 1035; BGE 85 II 246 = Pra. 48, Nr. 173; Karara konu olan olayda, yola çıkan tay bir motorlu araca çarpmış ve ölmüştür. Tay sahibinin uğradığı zarar bakımından, işletenin tazminat yükümlülüğünde BK 56'ya kıyasen % 25 oranında indirim gidilmesi uygun bulunmuştur. İşletenin uğradığı zarar bakımından bkz. aşağıda dn. 345.

³³¹ Oğuzman-Öz, 555; Tiftik, 130.

5. Zarar Görene Ait Yapı Eserindeki Bakım Eksikliği veya Bozukluk

Zarar görene ait bir yapı eserindeki bozukluk veya bakım eksikliği, zararın doğumuna katkıda bulunmuşsa, bu durum BK 58 hükmüne kıyasen indirim sebebi olarak dikkate alınabilir³³².

6. Zarar Gören Ev Reisinin Riyaseti Altında Bulunan Kimselerin Davranışları

Zarar gören ev reisinin açtığı tazminat davasında, riyaseti altında bulunan kimselerin davranışları MK 320 hükmüne kıyasen indirim sebebi olarak dikkate alınabilir³³³.

7. Zarar Gören Tarafından Motorlu Bir Aracın İşletilmesi

a) Genel Olarak

Trafik kazası sonucu motorlu bir aracın işleteni -veya işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibi- zarar görmüş ise, o takdirde KTK 85/I hükmüne kıyasen, motorlu aracın yarattığı işletme tehlikesi indirim sebebi olarak dikkate alınabilir³³⁴.

Burada şuna dikkat etmek gerekir ki, trafik kazasında sürücü zarar görmüşse, onun açacağı tazminat davasında aracın işletme tehlikesi indirim sebebi olarak dikkate alınmaz³³⁵. Zira, KTK 85/I hükmü uyarınca, aracın işletilmesinden doğan zarardan aracın işleteni ve işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibi sorumludur. Başka bir ifade ile, aracın işletilmesi tehlikesi, aracın işletenine ve işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibine aittir. Buna mukabil aracın sürücüsü, aracın işletilme tehlikesinden sorumlu değildir.

Sürücünün uğramış olduğu zarardan, sürücünün kullandığı aracın işleteni ve işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibi de diğer sorumlularla birlikte müteselsilen sorumludur (KTK 88/I). Bütün sorumlular, zarar gören sürücüye karşı, onun kullandığı aracın işletme tehlikesinin yükünü taşırlar³³⁶. Zararı tazmin eden sorumlu, daha sonra iç ilişkide, sürü-

332 Keller, A., I, 129; Tiftik, 130-131; Yargıtay, hasara uğrayan binanın yönetmeliklere aykırı şekilde zayıf olarak inşa edilmiş olmasını indirim sebebi olarak kabul etmemektedir [Yarg. HGK, 22.2.1984, 4-652/132 (YKD 1984/9, 1334); Yarg. 4. HD, 12.4.1988, 621/3740 (Karahasan, II, 601); Yarg. 4. HD, 12.4.1979, 8915/4956 (YKD 1979/9, 1275)].

333 Bkz. yukarıda § 3, II, B, 4.

334 Brehm, Art. 44, N. 41; Oftinger/Stark, I, § 9, N. 28 vd., 39; OR-Schnyder, Art. 44, N. 5; Merz, OR, 223, dn. 138; Keller/Gabi-Bolliger, 111; v. Büren, 62; Stein, Haftungskompensation, 71; Keller/Syz, 107; v. Tuhr/Peter, 109; Tiftik, 160; Yılmaz, 41, 68-69.

335 Oftinger/Stark, II/2, N. 632; Stark, N. 903, 915; Oswald, 8; BGE 117 II 620; Aksi yönde, BGE 88 II 134; Brehm, Art. 44, N. 45.

336 Keller, A., I, 345; BGE 113 II 329; 92 II 44-48.

cünün kullandığı aracın işletenine ve işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibine rücu edebilir³³⁷.

Motorlu bir aracın işletilmesinden doğan tehlike doğrudan doğruya motorlu aracın büyüklüğüne ve ağırlığına bakılarak tesbit edilmez. Motorlu aracın somut olayda yarattığı tehlike esas alınır³³⁸. Böyle olmakla birlikte, normalde, ağır vasıtalar, hafif vasıtalara nisbeten daha fazla tehlike arzederler. Motorsikletlerin ağırlıkları diğer motorlu araçlara nisbeten hafif olmasına rağmen, dengede durmalarındaki zorluk ve özellikle sürücüsünün korunmasız halde bulunması dolayısıyla, en azından sürücüsü bakımından, diğer motorlu araçlar kadar tehlike yarattığından söz edilebilir³³⁹. Motorlu bir araç, somut olayda, normal şartlar altında yarattığı tehlikeden daha ağır bir tehlike yaratabilir. Bu takdirde somut olaydaki ağırlaşmış tehlike esas alınır. Aracın yarattığı tehlikenin ağırlaşmasına yol açan sebepler çeşitlidir. Aracın sürati, sürücünün trafik kaidelerini ihlâl etmesi veya genel olarak sürücünün kusuru, sürücünün sürücü belgesine sahip olmaması veya sürücünün emniyetli şekilde araç kullanacak durumda bulunmaması, aracın yola elverişli olmaması, yolun araç trafiğine elverişli olmaması, işletme tehlikesini ağırlaştırıcı sebeplerden bazılarıdır³⁴⁰. İşleten ve işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibi somut olayın durumuna göre ağırlaşan tehlikeden de sorumludur.

Zarar görene ait işletme tehlikesinin, tazminatın belirlenmesindeki etkisi, sorumlu kişinin sorumluluğunun dayandığı esasa göre farklılık göstermektedir.

b) Kusur Esasına Dayanan Sorumluluklarda

Kusur esasına dayanan sorumluluklarda zarar görene ait işletme tehlikesi önemli oranda indirime sebep olur³⁴¹.

337 Aracın sürücüye hatır için verilmiş olması halinde, sürücünün uğradığı zarar bakımından işletme tehlikesi sürücüye aittir (bkz. aşağıda § 7, II) ve onun açacağı tazminat davasında kendisi aleyhine indirim sebebi teşkil eder. Sürücünün kullandığı aracın işleteni ve onun bağlı olduğu teşebbüs sahibi genel hükümler uyarınca sorumludur (KTK 87/I) ve diğer sorumlular ancak bu çerçevede onlara rücu edebilirler.

338 Portmann, Gegenseitige Schädigung, 20; Geisseler, 95; Oftinger/Stark, I, § 9, N. 31; BGE 105 II 213; 94 II 177 = Pra. 58, Nr. 43; BGE 97 II 367; Aracın uzun veya ağır olması tek başına özel işletme tehlikesinin varlığını kabul için yeterli değildir; Örnek olarak kar ile kaplı yolda saatte 60 kilometre hız ile giden aracın yarattığı tehlike normal yolda giden araca nazaran daha ağırdır (krş. BGE 99 II 93).

339 BGE 88 II 461 (= Pra. 52, Nr. 48); 82 II 539; Bir otomobilin yarattığı tehlikenin motorsikletin yarattığı tehlikeden oldukça fazla olduğu hakkında, BGE 68 II 127.

340 BGE 94 II 173 (= Pra. 58, Nr. 43); İsviçre Federal Mahkemesi, yolda çocuk, yaşlı veya sakat biriyle karşılaşılması halinde aracı sürenin özel bir dikkat göstermesi gerektiği ve dolayısıyla işletme tehlikesinin ağırlaştığı görüşündedir (BGE 111 II 89 = Pra. 74, Nr. 155); Bu anlamda, BGE 89 II 56 = Pra. 52, Nr. 97; İşletme tehlikesinin ağırlaşması ("erhöhte Betriebsgefahr") kavramı için bkz. Oftinger/Stark, II/3, § 27, dn. 201.

341 Bkz. Oftinger/Stark, I, § 9, N. 39.

Örnek olarak araç sahibi, işletilme halinde olmayan aracının yola bakan kapısını açık bırakmıştır. Yoldan geçmekte olan bir motorsiklet kapıya çarpıp devrilmiş ve sürücüsü ölmüştür. Bu takdirde, araç sahibinin sorumluluğu kusur esasına dayanır (KTK 85/II). Tazminat belirlenirken, motorsikletin işletilmesinin yarattığı tehlike ve varsa motorsiklet sürücüsünün kusuru indirim sebebi olarak dikkate alınır³⁴².

Sorumluluğu doğuran kusurlu hareketin zarar doğurmaya elverişliliği ile zarar görene ait işletme tehlikesinin zarar doğurmaya elverişliliği karşılaştırılırken, bunların genelde birbirlerine denk olduklarından hareket edilebilir³⁴³.

c) Olağan Sebep Sorumluluklarında

Olağan sebep sorumluluklarında, zarar görene ait işletme tehlikesi, kusur esasına dayanan sorumluluklara nazaran daha büyük oranda indirime sebep olur.

Örnek olarak, aniden yola fırlayan bir hayvana çarpan motorlu bir araç zarara uğramıştır. Araç sahibi tarafından hayvanı idare eden aleyhine açılan tazminat davasında (BK 56), aracın işletme tehlikesi indirim sebebi olarak dikkate alınır.

Tazminat belirlenirken, işletme tehlikesinin, olağan sebep sorumluluklarını doğuran olaylara nazaran daha ziyade zarar doğurmaya elverişli olduklarından hareket edilir³⁴⁴. Bunlar arasında 1'e 2 oranının varlığından hareket edilebilir³⁴⁵.

³⁴² Benzer bir olayda, Federal Mahkeme, aracın kapısını açık bırakan araç sahibinin kusurunun ağırlığının illiyet bağıni kesecek yoğunlukta olduğu kabul edilmese dahi, zararın doğumunda daha ziyade etkili olduğunu kabul etmiş ve zarar görene ait işletme tehlikesi ile hafif kusur sebebiyle % 30 indirim yapılmasını uygun görmüştür (BGE 88 II 461 = Pra. 52, Nr. 48); BGE 85 II 521: Kararda, somut olay bakımından, davalı yayının ağır kusurunun, zarar görene ait işletme tehlikesi ile zarar arasındaki illiyet bağıni kesecek yoğunlukta olduğu kabul edilmiştir.

³⁴³ Bkz. yukarıda dn. 170.

³⁴⁴ Oftinger/Stark, I, § 9, dn. 41; BGE 85 II 246 = Pra. 48, Nr. 173.

³⁴⁵ Tarafların kusurları bulunmuyorsa, zararın yükünün 2/3'ü araç işleteninin, 1/3'ü ise BK 56 uyarınca sorumlu olan hayvan idarenin üzerinde kalır (BGE 108 II 57; Keller, A., II, 167; Keller, A., 357). Bir Federal Mahkeme kararında munzam kusuru bulunan hayvan idare eden, zararın % 75'inden sorumlu tutulmuştur (BGE 85 II 246 = Pra. 48, Nr. 173); Somut olaydaki tehlikenin ağırlığına göre, 1'e 2 oranı değişebilir (Yılmaz, 104);

BK 58 uyarınca sorumlu olan eser sahibinin, yapımındaki hatanın veya bakımdaki eksikliğin türüne göre, zararın 1/2'sini veya daha fazlasını üstlenmesi mümkündür (Keller, A., II, 165). Örnek olarak, BGE 108 II 58'de, işletme tehlikesi ile eserdeki ayıbın yarattığı tehlikenin eşit ağırlıkta olduğu sonucuna varılmıştır. Neticede, eser sahibi, munzam kusuru sebebiyle, zararın 2/3'ünden sorumlu tutulmuştur;

BGE 88 II 135-136: Kararda, yol düzleme aracının yol açtığı kazada, yol yapım çalışmalarını yürüten Kantonun BK 55 uyarınca sorumluluğu söz konusudur. Karşılıklı işletme tehlikeleri ağır değildir. Davalının kusuru çok az olmamakla beraber,

d) Tehlike Sorumluluklarında

Tehlike sorumluluklarında, tazminat belirlenirken, karşılıklı işletme tehlikeleri karşılaştırılır. Başka bir ifade ile, zarar görene ait işletme tehlikesi ile, sorumluluğun kaynağını teşkil eden işletme tehlikesi karşılaştırılarak, tazminat belirlenir.

Birden fazla motorlu aracın karıştığı bir trafik kazasında, işletenlerin ve işletenlerin bağlı oldukları teşebbüs sahiplerinin birbirlerine karşı açacakları tazminat davasında tazminatın nasıl belirleneceği hususu KTK 89'da özel olarak düzenlenmiştir.

KTK 89'da şeye gelen zararlarla kişiye gelen zararlar ayrı ayrı ele alınmıştır. İşletenlerden biri ölmüş veya yaralanmışsa, o takdirde KTK 89/I hükmü uygulama alanı bulur. Buna mukabil işletenlerden veya işletenlerin bağlı oldukları teşebbüs sahiplerinden birine ait -başta aracın kendisi olmak üzere- bir şey zarara uğramışsa, KTK 89/II uygulama alanı bulur. KTK 89/II'ye göre, "İşletenlerden ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahiplerinden birine ait bir şeyin zarara uğraması halinde, zarar gören, ancak zarar veren işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kimsenin kusuru veya geçici olarak temyiz gücünü kaybetmesi veya zarar verene ait araçtaki bir bozukluk yüzünden zararın vuku bulduğunu ispat etmesi halinde, zarar veren işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi tazminatla yükümlü tutulur." Burada zarara sebep olan işletenin -ve işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin- sorumluluğu, tehlike esasına dayanmamaktadır³⁴⁶. Dolayısıyla, tazminat miktarı belirlenirken araçların yarattıkları tehlike dikkate alınmaz³⁴⁷.

davacının hafif olmayan kusurunu dikkate alan Federal Mahkeme zararın yükünün yarısından fazlasının zarar gören davacının üzerinde kalmasının uygun olacağına karar vermiştir;

Krş. BGE 103 II 240 = Pra. 67, Nr. 68: Karara konu olan olayda motorlu bir araç tünelden geçerken hasara uğramıştır. Kararda yapı eseri ile motorlu aracın zarara elverişlilikleri üzerinde durulmamış, sadece zarar görenin kusuru dolayısıyla indirime gidilmiştir;

BGE 112 II 439: Karara konu olan olayda yola doğru uzanan dallar sebebiyle yolda giden araç zarar görmüştür. Kararda sadece araç sürücüsünün kusuru bulunup bulunmadığı üzerinde durulmuştur.

³⁴⁶ KTK 89/II hükmünde yer alan sorumluluk halleri, kusur sorumluluğu ile olağan sebep sorumluluğu hallerinden ibarettir (Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Altop, 533; Yılmaz, 140).

Motorlu bir aracın yol açtığı şeye gelen zararlar bakımından objektif sorumluluk kabul edilmişken (KTK 85/I), aracı işletilme halinde iken kazaya uğrayan işletenin uğradığı şeye gelen zararlar bakımından farklı bir düzenlemeye gidilmesinin isabetli olmadığı hususunda bkz. Stein, Haftungskompensation, 75; Merz, Probleme des Haftpflichtrecht nach SVG, 109.

³⁴⁷ Keller, A., I, 297; Stark, Skriptum, N. 1040; Stein, Haftungskompensation, 72; Geiseler, 80; Deschenaux/Tercier, 232; Yılmaz, 140; BGE 114 II 175 = (Pra. 78, Nr. 18): Kararda işletenlerin karşılıklı kusurları dikkate alınmıştır; Birlikte sorumlu olan işletenlerin birbirine rücuu halinde de işletme tehlikeleri dikkate alınmaz (Keller, A., II, 170).

KTK 89/I hükmünün uygulama alanına giren hallerde ise, işletme tehlikesinin tazminatın belirlenmesindeki rolü özellik taşımaktadır. Burada öncelikle üçlü bir ayırım yapmakta fayda vardır. İşletenlerin ve işletenlerin bağlı oldukları teşebbüs sahiplerinin hepsinin munzam kusuru -veya kendilerine izafe edilen bir kusur (KTK 85/V)- bulunabilir; sadece davacı işletenin veya davalı işletenler ile işletenlerin bağlı oldukları teşebbüs sahiplerinin munzam kusuru bulunabilir veya hiçbirinin munzam kusuru bulunmayabilir.

aa- İşletenlerin ve İşletenlerin Bağlı Oldukları Teşebbüs Sahiplerinin Munzam Kusurlarının Bulunması Halinde

KTK 89/I'de yer alan hüküm, kanaatimce esas itibariyle davacı taraftaki işleten ile davalı tarafında yer alan işletenin ve onun bağlı olduğu teşebbüs sahibinin munzam kusurlarının bulunduğu hareket etmektedir. Buna göre, "Birden çok motorlu aracın katıldığı bir kazada işletenlerden biri bedensel bir zarara uğrarsa, özel durumlar³⁴⁸ ve özellikle işletme tehlikeleri başka türlü paylaşmayı haklı göstermedikçe, kazaya katılan araçların işletenleri ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahipleri kendilerine düşen kusur oranında, zararı gidermekle yükümlüdürler."

Bu hüküm ilk bakışta şu izlenimi vermektedir; Eğer araçların işletme tehlikeleri arasında önemli bir fark yoksa, tazminat belirlenirken tarafların kusurlarının -veya onlara izafe edilen kusurların- ağırlıkları dikkate alınır, fakat işletme tehlikeleri hesaba katılmaz. Başka bir ifadeyle, birbirine eşit işletme tehlikeleri birbirini götürür, yani kompanse eder³⁴⁹.

Kanaatimce bu ifade tarzı isabetli değildir. Zira, kusur ile işletme tehlikesini birbirinden kesin çizgilerle ayırmak mümkün değildir. Dolayısıyla, işletme tehlikelerinin birbirini kompanse edip geriye kusurların kalacağından söz etmek mümkün değildir. Tarafların kusurları veya on-

³⁴⁸ Özel durum olarak, temyiz kudretinin kaybı veya araçtaki bozukluk gösterilmektedir (Geisseler, 98; Keller, A., I, 296); Aslında bu durumlar da işletme tehlikesini artıran özel hallerdir (Yılmaz, 135).

³⁴⁹ 1 Ağustos 1975'ten itibaren yürürlükte olan, SVG 60 ve 61'in yeni metinlerinin (bizdeki KTK 88 ve 89) bunu amaçladığı hususunda, BGE 113 II 329 [Karara konu olan olayda kazaya karışan iki yük aracının yarattıkları tehlike normalden ağırdır. İşletme tehlikesine 1/3, kusura 2/3 pay verilmiştir (231)]; Geisseler, 93; Stein, Haftungskompensation, 70; Keller, A., II, 169 (Keller'e göre, sadece kusurların ağırlıklarına bakılması, dogmatik bakımdan ziyade pratik açıdan tatmin edicidir); Oftinger/Stark, I, § 9, dn. 42 (Oftinger/Stark'a göre, eğer işletme tehlikeleri eşit ağırlıkta değilseler, o takdirde birbirini götürme ilkesinden hareket edilmemelidir, yani ağırlığı az olan işletme tehlikesi de paylaşmada dikkate alınmalıdır); KTK 89/I bakımından aynı görüşte, Yılmaz, 128, 134; Tren ile motorlu bir aracın çarpışması halinde de paylaşmanın, SVG 61/II uyarınca kusurun ağırlığına göre yapılacağı hususunda bkz. BGE 99 II 195 = Pra. 63, Nr. 87.

lara izafe edilen kusurlar, işletme tehlikesini ağırlaştırarak unsurlardan bir tanesidirler³⁵⁰. Trafik kaidelerine uymayan bir sürücünün kullandığı aracın yarattığı tehlike, bu sebeple ağırlaşmış olur. Bununla birlikte, normal şartlarda birbirine eşit ağırlıkta tehlike yaratan iki aracın çarpışması halinde, araçların yarattığı tehlikeyi artıran başka bir sebep yoksa, tazminat belirlenirken tarafların kusurlarının belirleyici rol oynayacağı tabiidir. Eğer taraflardan birine ait işletme tehlikesinin ağırlaşmasına yol açan başka bir sebep mevcutsa, o takdirde o da dikkate alınır. KTK 89/I hükmü bu şekilde anlaşılmalıdır.

bb- Sadece Davacı İşletenin veya Davalı Tarafında Yer Alan İşleten İle Onun Bağlı Olduğu Teşebbüs Sahibinin Munzam Kusurunun Bulunması Halinde

Karşılıklı işletme tehlikelerinin birbirini kompanse edeceği görüşünden hareket edenlere göre, işletme tehlikeleri eşit ağırlıktaysa, kusuru bulunan taraf -kusuru aşırı derecede hafif olmadıkça- zararın yükünün tamamını üstlenir³⁵¹. Yani, kusuru bulunan işleten, kusuru bulunmayan işletenden ve onun bağlı olduğu teşebbüs sahibinden tazminat talep edemez. Gene kusuru bulunan işleten ve onun bağlı olduğu teşebbüs sahibi kusuru bulunmayan işletenin zararının tamamını karşılar.

Üstün tutulması gereken diğer görüşe göre, taraflardan birisinin

³⁵⁰ Bir Federal Mahkeme kararında tarafların işletme tehlikeleri karşılaştırılırken, kusurun bu tehlikeyi arttırdığından hareket edilmiştir (BGE 94 II 177 = Pra. 58, Nr. 43; Karar 1975 değişikliğinden önceye ilişkindir);

Meier'e göre, tazminat belirlenirken hem işletme tehlikesi hem de kusurun ağırlığı dikkate alınmalıdır. İşletenin munzam kusurunun işletme tehlikesini arttıracığı tabiidir. Fakat tazminatın belirlenmesi safhasında iki husus birbirinden bağımsız olarak ele alınmalıdır. İki hususun birbirinden bağımsız ele alınması özellikle, kusur esasına göre sorumlu olan kimseye rücuuda önem taşır (Meier, 177 vd., özellikle dn. 97).

³⁵¹ Geisseler, 92-93; Deschenaux/Tercier, 227; Oğuzman-Öz, 677; Yılmaz, 134;

Yarg. 19. HD, 17.5.1993, 3224/3814 (YKD 1994/1, 102); Hemzemin geçidinde meydana gelen kazada, tren işletmesinin sorumluluğu da KTK 85/I'e dayanır. Kararda trenin sahip olduğu ağır işletme tehlikesi üzerinde hiç durulmadan, zarar gören araç sahibinin zararın yükünün tamamını üstlenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

BGE 99 II 97: Gerek SVG 60/II, 2 gerek 61/I bakımından, kusurlu işleten zararın tamamını üstlenir. Birlikte sorumluluk halinde kusurlu işleten kusuru bulunmayan işletene rücu edemez. İşletme tehlikesi ancak, işletenlerden biri bakımından özel ağırlığa sahipse veya tek başına kusurlu olan işletenin kusuru çok hafifse, dikkate alınır; Aynı yönde, BGE 84 II 311 (Karar 1975 değişikliğinden önceye aittir); 68 II 122 (Karar eski Kanun dönemine aittir);

BGE 102 II 33 = Pra. 65, Nr. 109: Kazaya yol açan işletenlerin kusurları bulunmasına rağmen, zarar gören işletenin kusuru bulunmamaktadır. Kararda, zarar gören işletene tazminat belirlenirken pay ayrılmamıştır.

Krş. BGE 95 II 344: Kusuru bulunmayan davacıya % 20 pay ayrılmıştır (SVG 60/II).

munzam kusuru bulunmuyorsa, zararın bütün yükü kusuru bulunan tarafın üzerinde bırakılamaz. Kusuru bulunmayan tarafa ait işletme tehlikesi dikkate alınarak, zararın yükünün bir kısmı kusuru bulunmayan tarafın üzerinde bırakılır. Zarar gören işleten, munzam kusuru bulunmasa dahi, kendisine ait işletme tehlikesi sebebiyle zararın bir kısmını üstlenmelidir³⁵².

Karşılıklı işletme tehlikelerinin birbirini kompanse ettiği görüşünden hareket edildiğinde, zarara uğrayan işletenin hafif kusuru, kusuru bulunmayan diğer işleteni ve onun bağlı olduğu teşebbüs sahibini sorumluluktan kurtaracaktır. Oysa KTK 86/I (SVG 59/I) hükmü uyarınca, ancak zarar görenin ağır kusuru sorumluluğu kaldırabilir. Zarara uğrayan işletenin hafif kusuru diğer işleteni ve onun bağlı olduğu teşebbüs sahibini sorumluluktan kurtarmamalıdır³⁵³. Hafif kusur halinde, işletme tehlikeleri dikkate alınmalıdır³⁵⁴.

İşletme tehlikesine en az kusura düşen pay kadar bir pay ayrılmalıdır. Başka bir ifade ile paylaştırmada, sebep olma bakımından, aracın işletilmesinin yarattığı tehlike ile kusurun zarar vermeye elverişliliği prensipte eşit olarak kabul edilmelidir³⁵⁵.

İşletenlerden birinin munzam kusurunun bulunmaması çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Bu haller yakından incelendiğinde de kusuru bulunmayan işletene ait işletme tehlikesinin dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşılabılır.

Munzam kusurun bulunmaması, kazaya karışan diğer bir işletenin³⁵⁶ veya işleten dışındaki bir sorumlunun ağır kusurundan kaynaklanabilir. Bu durumda diğer sorumlular sorumluluktan kurtulacakları gibi zarar gören işletene ait işletme tehlikesi de tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır (KTK 86/I'e kıyasen).

İşletenlerden birinin kusurunun bulunmaması, beklenmedik bir olaydan da kaynaklanabilir. Örnek olarak işleten aracı sürerken aniden bayılır veya gözüne böcek kaçarsa veya fren sistemi aniden bozulur ve-

³⁵² Oftinger, I, 319 vd.; Oftinger/Stark, II/2, § 25, N. 649 vd.; Portmann, Gegenseitige Schädigung, 24-25; Nomer, İşletenin Hukuki Sorumluluğu, 48; Keller/Gabi-Bolliger, 111; Keller, A., I, 362; Keller/Syz, 107.

³⁵³ Oftinger, I, 323; Stark, Skriptum, N. 1041; Merz, Probleme des Haftpflichts nach SVG, 108.

³⁵⁴ Bkz. Stark, Skriptum, N. 1040; Oftinger, I, 322-323.

³⁵⁵ Tehlikeli işletmelerin varlığı, insanların kusurlarının zarara yol açmaları ihtimalini artırır. Yapılacak değerlendirmede, işletme tehlikesinin taşıdığı ağırlık kusurun taşıdığı ağırlıktan aşağı görülmemelidir (Bkz. Widmer, Regressordnung, 287);

Kanun koyucunun işletme tehlikesinin ağırlığına nazaran kusurun ağırlığına daha çok önem verdiği görüşünde, Oftinger/Stark, § 25, N. 654; Keller/Gabi-Bolliger, 111; Keller/Syz, 107; SVG 61/I ve 60/II, 2'nin lafzından bu anlamın çıkarılmayacağı hususunda bkz. Geisseler, 69.

³⁵⁶ Örnek olarak bkz. BGE 95 II 344 = Pra. 59, Nr. 37.

ya araçta başka bir arıza ortaya çıkarsa ve bundan dolayı kaza meydana gelirse, işletenin kusuru söz konusu olmaz. Fakat bu durumlar işletene ait olan işletme tehlikesini artırırlar. Baygın bir sürücünün sürdüğü aracın veya fren sistemi bozuk bir aracın yarattığı tehlike o aracın normalde yarattığı tehlikeden fazladır. İşletme tehlikesinin ağırlaşması, herhalükârdâ "farklı bir paylaştırmayı haklı gösterir" (KTK 89/I). Başka bir ifadeyle, işletme tehlikesinin ağırlaşması, zararın yükünün bir kısmının kusuru bulunmayan işletenin -ve onun bağlı olduğu teşebbüs sahibinin- üzerinde kalmasını haklı kılar³⁵⁷.

Kusurun bulunmaması, harici bir sebepten (işletenin dışında meydana gelen beklenmedik bir olaydan) da ileri gelebilir. Mücbir sebep dolayısıyla, diğer işletenin ve onun bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluktan kurtulmaları KTK 86/I'deki şartların gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Bunların sorumlulukları söz konusu olsa dahi, zarar gören işletene ait işletme tehlikesi KTK 86/I'e kıyasen dikkate alınmayabilir.

cc- İşletenlerin ve İşletenlerin Bağlı Oldukları Teşebbüs Sahiplerinin Munzam Kusurlarının Bulunmaması Halinde

İşletenlerin ve işletenlerin bağlı oldukları teşebbüs sahiplerinin munzam kusurlarının bulunmaması halinde KTK 89/I hükmü uygulama alanı bulamaz. Böyle bir durumda, taraflara ait işletme tehlikeleri karşılaştırılarak tazminat belirlenir³⁵⁸. İşletme tehlikeleri birbirine eşitse, bunlar birbirini götürmezler, her bir işleten diğerinin uğradığı zararın yarısını karşılar³⁵⁹.

8. Zarar Görenin İşyeri Çalıştırması

İşverenin iş kazaları ve meslek hastalığından sorumluluğu içtihat yoluyla tehlike sorumluluğu olarak kabul edilmiştir³⁶⁰. Söz konusu teh-

³⁵⁷ BGE 105 II 209'da, bilincini kaybeden sürücünün kullandığı aracın işletme tehlikesi, taşıdığı ağırlık bakımından olaya karışan diğer aracın işletme tehlikesinden az olmasına rağmen, zararın işletenler arasında eşit şekilde pay edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Federal mahkeme buna gerekçe olarak işletme tehlikesi daha az olan aracın olayın meydana gelişinde daha ziyade etkili olmasını göstermiştir.

³⁵⁸ Geisseler, 93-94; BGE 105 II 214; Yılmaz, 133; Oğuzman-Öz'e göre, iki tarafın da kusuru yoksa, hiçbiri diğerinden tazminat isteyemez (Oğuzman-Öz, 677).

³⁵⁹ Guhl/Merz/Koller, 80; Merz, OR, 226; Keller, A., II, 169; Stein, Haftungskompensation, 68; Oftinger/Stark, I, § 9, N. 28; Oftinger, I, 320, 322, 326 dn. 50; BGE 60 II 201; Krş. BGE 105 II 214 (Karar için bkz. yukarıda dn. 357); Ayrıca bkz. beşinci bölüm, § 3, II, B. 3. b.

³⁶⁰ Yarg. HGK, 18.3.1987, 9-722/203 (YKD 1988/5, 598); Yarg. 9. HD, 8.7.1985, 6725/7403 (YKD 1986/10, 1482); Yarg. 9. HD, 4.7.1985, 4294/7382 (YKD 1986/9, 1329); Yargıtay işverenin sorumluluğunu, daha önceleri kusur esasına dayanmayan akdi bir sorumluluk olarak kabul ediyordu [Yarg. 9. HD, 29.12.1981, 11284/15904 (YKD 1982/4, 512)].

like sorumluluğuna kıyasen, -SSK 11 anlamında- bir iş kazası sonucu işveren zarara uğrarsa, işverenin açacağı tazminat davasında işletmenin yarattığı tehlike dikkate alınarak tazminat yükümlülüğünde indirimle gidilebilir.

İşverenin sorumluluğu Yargıtayın görüşüne uygun olarak tehlike sorumluluğu olarak kabul edildiğinde, işletmenin yarattığı tehlike, sadece işverene ait olur. Dolayısıyla söz konusu işletme tehlikesi, iş kazasından doğan zararların tazmininde ancak işveren aleyhine dikkate alınabilir. İşletmenin yarattığı tehlike işveren lehine indirim sebebi olarak dikkate alınmaz. Bu bakımdan, iş kazası neticesi zarara uğrayan işçinin açacağı tazminat davasında işverenin ödeyeceği tazminat belirlenirken, işverene ait olan ve sorumluluğun kaynağını teşkil eden işletme tehlikesi, aynı zamanda bir indirim sebebi olarak dikkate alınmaz. Uygulamada "kaçınılmazlık" adı altında, işverenin tazminat yükümlülüğünde belli bir oranda indirim yapılmaktadır³⁶¹. Oysa bu "kaçınılmazlık", işverene ait olan işletme tehlikesinden başka bir şey değildir ve bundan münhasıran işveren sorumludur. Nitekim, motorlu araç işletmenin tehlike sorumluluğunda da aynı prensip geçerlidir. Kazaya yol açan beklenmedik veya "kaçınılmaz" nitelikteki olaylar, tazminat yükümlülüğünde indirimle yol açmazlar. Örnek olarak araçta meydana gelen teknik arıza, indirim sebebi teşkil etmez³⁶².

§ 4. Beklenmedik Olaylar

I. Beklenmedik Olay Kavramı

Bir kimsenin zarara uğramasına çoğunlukla bir tek olay sebep olmaz. Zararlı sonucun doğması, birden fazla olayın veya vakianın birbirine eklenmesi ile gerçekleşir. Başka bir ifade ile, zararlı sonucu doğuran, bir vakıalar bütünüdür. Bir kimsenin, doğan zarardan sorumlu olabilmesi için, zararın doğumuna sebep olan olaylardan en az birisinin, sorumluluk sebebi olarak kabul edilmiş olaylardan olması gerekli ve yeterlidir. Sorumluluğu doğuran olayın yanında başka olayların da zararın doğumunda etkide bulunmuş olması, tazminat yükümlülüğünün doğumuna engel olmaz, meğer ki bu olaylar sorumluluğu doğuran olayla zarar arasındaki illiyet bağı kesmiş olsunlar³⁶³.

³⁶¹ "Kaçınılmaz etkenlerin" BK 43 uyarınca indirimle yol açacağı hususunda örnek olarak bkz. Yarg. 9. HD, 30.6.1989, 3498/6203 (YKD 1990/3, 382); Yarg. 9. HD, 31.10.1983, 6805/8720 (YKD 1984/4, 582); Yarg. 9. HD, 29.12.1981, 11284/15904 (YKD 1982/4, 512); "Kaçınılmazlık olgusu"ndan işverenin sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı hususunda bkz. Yarg. HGK, 13.6.1984, 10-365/711 (YKD 1986/6, 775).

³⁶² Bkz. aşağıda dn. 388.

³⁶³ Zararın meydana gelmesine yol açan olaylardan (Teilursache) zaman itibarıyla önde

Sorumluluğu söz konusu olan kişinin bilgisi ve isteği dışında, zararın meydana gelmesinde veya artmasında rol oynayan ilâve olaylardan herbiri, o sorumlu açısından beklenmedik olay veya tesadüf teşkil eder³⁶⁴. Başka bir ifade ile, sorumluluğu doğuran olayın dışındaki olaylar, sorumluluğu söz konusu olan kişi bakımından beklenmedik olay teşkil ederler³⁶⁵. Beklenmedik olay, üçüncü bir kişinin veya bizzat zarar görenin kusurlu hareketi veya onlara izafe edilen bir olay olabileceği gibi, tabiat olayları gibi herhangi bir kimseye izafe edilemeyen bir olaydan da ibaret olabilir. Şu var ki, doktrinde üçüncü kişinin ve zarar görenin kusuru veya onlara izafe edilen olayların tazminat yükümlülüğüne etkisi, beklenmedik olay kavramı altında değil, bundan ayrı olarak incelenmektedir. Bu halleri dışarıda bıraktığımızda, beklenmedik olay kavramı ile sadece ortaya çıkışında kimsenin kusuru bulunmayan³⁶⁶ -insan iradesinin ürünü olmayan³⁶⁷- ve kimsenin sorumlu olmadığı³⁶⁸ olaylar ifade edilmek istenmektedir.

II. Beklenmedik Olay Türleri

A. Herhangi Bir Kimsenin Şahsından Kaynaklanmayan Olaylar

Beklenmedik olay denince daha ziyade bu gruba giren haller akla gelmektedir. Tabiat olayları veya beklenmedik şekilde ortaya çıkan aksilikler sorumluluğu doğuran olayla zarar arasındaki illiyet bağı keserek yoğunluğa ulaştıklarında, mücbir sebep adını alırlar ve sorumluluğun kurulmasına mani olurlar³⁶⁹. Beklenmeyen olayların illiyet bağı keserek yoğunluğa ulaşıp ulaşmadığını tesbit etmek her zaman kolay olmamaktadır. İlliyet bağı kesilmediği kabul edildiğinde, sorumluluk

gelen olay (dolaylı sebep) dolayısıyla sorumlu olan kişinin, diğer olayların eklenmesiyle meydana gelen zarardan (dolaylı zarar), uygun illiyet bağı mevcut olduğu takdirde, sorumlu olacağı hususunda bkz. Stark, Entlastungsgründe, 26; Oftinger/Stark, I, § 3, N. 103 vd.; BGE 116 II 524; 60 II 419; 57 II 110; 57 II 41; 48 II 150; 48 II 477; 46 II 465; 43 II 325; 38 II 474; Yarg. HGK, 16.11.1994, 9-489/688 (YKD 1995/8, 1189); Örnek olarak mağdurun, tedavi sırasında başka bir hastalığa yakalanması dolaylı zarar teşkil eder ve uygun illiyet bağı mevcut olduğu takdirde sorumlu kişi bu zarardan da sorumlu olur (Bkz. Oftinger/Stark, I, § 3, N. 105).

³⁶⁴ Beklenmedik olaylar, eylemde bulunanın önceden tahmin edemeyeceği nitelikteki olaylardır (Oftinger/Stark, I, § 3, dn. 75).

³⁶⁵ Oftinger/Stark, I, § 3, N. 89.

³⁶⁶ Oğuzman-Öz, 557; Stark, Skriptum, N. 16, 360, 363; Keller/Gabi-Bolliger, 108; Keller/Syz, 105; Merz, OR, 233; Oftinger, sorumlu kişinin eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin davranışlarını da beklenmedik olay kapsamında görmüştür (Oftinger, I, 279).

³⁶⁷ Stark, Entlastungsgründe, 143.

³⁶⁸ Oftinger/Stark, I, § 7, N. 33.

³⁶⁹ Keller/Gabi-Bolliger, 108.

kurulmuş olur, ancak bu sefer beklenmeyen olayın mevcudiyeti indirim sebebi olarak dikkate alınır³⁷⁰.

Doktrininde, beklenmedik olay dolayısıyla yapılacak indirim, beklenmedik olayın sorumlunun kusuru üzerindeki etkisine dayandırılmaktadır. Kusur konusunda temel prensip şudur; Bir kimsenin bilerek ve isteyerek hukuka aykırı davranması veya hukuka aykırılığı bilebilecek durumda olması kusurun varlığı için yeterlidir. Haksız fiilin bütün sonuçlarını zarar verenin bilip istemesi veya bilebilecek durumda olması aranmaz³⁷¹. Eylemle uygun illiyet bağı içindeki bütün sonuçlardan zarar veren sorumludur.

Temel prensip bu olmakla birlikte, kusur sorumluluğunun temelinde yatan düşünce, kınanacak bir davranışta bulunanın zarardan sorumlu tutulmasıdır. Önceden tahmin edilemeyen bir zarara sebep olduğundan dolayı faili kınamak zordur. Kusur ile zarar arasında bir denge bulunmalıdır. Bu dengenin bozulması halinde, yani önceden tahmin edilemeyecek miktarda zararın doğması halinde, kusurun ağırlığı o oranda azalmış olur ve kusurun hafiflemesi sebebiyle indirime gidilir³⁷².

Kanaatimce bu gerekçe tatminkâr değildir. Bir kere, önceden tahmin edilemeyecek miktarda zararın doğmuş olması, herhâlükârda failin kusurunun hafif olarak değerlendirilmesini gerektirmez. Zira kusur, yukarıda da belirtildiği gibi, fiilin hukuka aykırılığı dikkate alınarak yapılan bir değerlendirmedir. Ancak bazan, beklenmedik olayın failin davranışları üzerindeki etkisi, somut olayda onun kusurunun hafif olarak değerlendirilmesine yol açabilir³⁷³. Örnek olarak, bir sokak kedisinin aniden yola fırlaması üzerine, hatalı şekilde yönünü değiştiren bisiklet

370 Stark, Skriptum, N. 350; Brehm, SJK, N. 17; Yarg. 13. HD, 6.5.1993, 2426/3966 (YKD 1993/6, 892) (kararda geçen BK 44 ibaresi, BK 43 şeklinde anlaşılmalıdır).

371 v. Tuhr, II/2, 482; v. Tuhr/Peter, 89-90; Stark, Entlastungsgründe, 35; Oftinger/Stark, I, § 5, N. 95; Oser/Schönenberger, Art. 43, N. 17.

372 Oftinger, I, 278; Oser/Schönenberger, Art. 43, N. 6; Guhl/Merz/Koller, 82; Merz, OR, 233; Brehm, Art. 43, N. 61; Im Hof, 185 vd.; Stark, Skriptum, N. 353; BGE 80 III 62: 53 II 430; 40 II 277;

v. Büren'e göre, beklenmedik olay illiyet bağı zayıflatır ve bu sebeple kusur hafif gözükür (v. Büren, 54 vd.; Aynı yönde, Köhl, 129); Yapılacak indirim, illiyet bağına zayıflığına dayandırılabilir gibi (bkz. BGE 41 II 88), kusurun hafifliğine de dayandırılabilir (v. Büren, 58).

Honsell'e göre, önceden tahmin edilebilme söz konusu değilse, kusurun hafiflediğinden bahsedilemez, zira bu halde uygun illiyet bağı yoktur (Honsell, 73). Halbuki, önceden tahmin edilemeyen veya sorumlu kişi tarafından bilinmeyen olayların zararın doğumunda rol oynamalarının illiyet bağı kesmeyeceği görüşü hâkimdir (bkz. aşağıda dn. 400).

373 Oftinger/Stark, I, § 7, dn. 66; § 7, N. 11, 35;

Aynı şekilde, geniş anlamda beklenmedik bir olay teşkil eden üçüncü kişinin kusuru da, sorumlu kişinin kusurunun hafif gözükmesine yol açabilir (BGE 59 II 370; Bkz. yukarıda § 3, II, B, 1, b, cc).

sürücüsünün kusuru, beklemediği bu olay sebebiyle hafif olarak değerlendirilebilir. Ancak böyle bir durumda, yapılacak indirim, kusurun hafifliğine dayandırılabilir. İndirim kusurun hafifliğine dayandırıldığında, beklenmedik olayın varlığı gerekçe gösterilerek ikinci bir indirime gidilemez³⁷⁴.

Diğer taraftan, beklenmedik olay sebebiyle kusur esasına dayanmayan sorumluluklarda da indirime gidilmektedir³⁷⁵. Her iki sorumluluk tipine uygun ortak bir gerekçenin bulunması gerekir.

Buradaki düşünce şudur; Sırf -kimsenin kusuruna dayanmayan-beklenmedik bir olay neticesi zarara uğrayan veya olumsuz bir duruma düşen kimse, buna kendisi katlanmak zorunda kaldığına göre, sorumluluğu doğuran olayın yanında beklenmedik olayın etkisi bulunduğu da da zararın bir kısmına onun katlanması hakkaniyet gereğidir (BK 43/I)³⁷⁶.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta şudur; Beklenmedik olay ne zarar görene ne de sorumlu kişiye izafe edilmektedir. Eğer beklenmedik olayın bütün yükünü taraflardan birine yüklersek bu adaletsiz olur. Zira beklenmedik olay her iki taraf için de beklenmedik bir olaydır. Bunun olumsuz sonuçlarını her iki taraf da yüklenmelidir. Şu var ki, sorumluluğu doğuran olay gerçekleşmeseydi, zararlı sonuç hiç veya bugünkü şekliyle meydana gelmeyecekti. Bunun içindir ki, sorumlu kişi ilk planda zararın tamamından sorumludur³⁷⁷. Beklenmedik olayın yükünün bir kısmı zarar görene yüklenirken, sorumlu kişinin ilk planda zararın tamamından sorumlu olduğu hususu daima göz önünde bulundurulmalıdır. Olayın diğer özellikleri de dikkate alınarak uygun bir indirime gidilmelidir.

Göz önünde tutulması gereken diğer bir husus, sadece sorumluluğu doğuran olayla zarar arasında değil, tazminat belirlenirken dikkate alınacak bütün sebepler, bu arada beklenmedik olaylar ile zarar arasında da uygun illiyet bağı bulunması gerektiğidir³⁷⁸.

374 Tiftik, 151; Stark, Skriptum, N. 353; Oftinger/Stark, I, § 7, N. 35.

375 OR-Schnyder, Art. 43, N. 12.

376 İndirimin, BK 43/I'deki "hâl ve mevkiin icabı" ibaresine dayandığı görüşünde, Tiftik, 149; Oftinger'e göre uygunluk prensibi tam tazminata izin vermemektedir (Oftinger, I, 101); Davalının davranışı bu kapsamdaki zararın uygun sebebi değildir (Oftinger, I, 279; BGE 41 II 88; Aynı yönde, BGE 46 II 465; 57 II 46); v. Büren'e göre, kusursuz sorumluluklarda beklenmeyen olay sebebiyle yapılacak indirimin gerekçesi, illiyet bağına zayıflamasıdır (v. Büren, 57; Bkz. aşağıda dn. 401 ve yukarıda § 3, II, B, 1, b, dd).

377 Keller/Gabi-Bolliger, 109.

378 Oftinger/Stark, I, § 3, N. 89; Oftinger, I, 98; OR-Schnyder, Art. 43, N. 12; Keller/Syz, 105; Brehm, Art. 44, N. 52; BGE 111 II 444.

Örnek olarak³⁷⁹ olağanüstü şiddette esen bir fırtına sebebiyle, bakım eksikliği bulunan bir bina veya yapı eseri yıkılmış ve zarara sebebiyet vermiştir. Bakım eksikliği mevcut olmasaydı veya o şiddette bir fırtına esmiş olmasaydı zarar meydana gelmeyecekti. Her iki sebep de zararı doğurmaya elverişlidirler, başka bir ifade ile zararın uygun sebebi bidirler. Zararı doğurmaya elverişlilikleri açısından bir değerlendirme yapılır³⁸⁰. Örnek olarak zararın % 60 bakım eksikliğinden % 40 fırtına sebebiyle meydana geldiği sonucuna varılır. Bu takdirde zararın % 60'ının karşılanmasına hükmedilmez³⁸¹. Zira fırtınanın getirdiği yükü, her iki taraf da taşımalıdır. Olayın özellikleri, özellikle kusurların ağırlıkları, başka türlü bir değerlendirmeyi haklı kılmadığı takdirde, zararın % 80'inin karşılanmasına hükmedilebilir. Şayet bakım eksikliğinde malikin kusuru varsa, munzam kusur sebebiyle daha düşük bir indirim yapılabilir, hattâ sorumlu kişi zararın tamamını karşılamakla yükümlü tutulabilir³⁸².

Sebep sorumlulukları, beklenmedik olay bakımından bir özellik taşırlar. Bunlarda, beklenmedik olay sebebiyle indirim yapılması, sorum-

379 Federal Mahkeme kararlarından bazı örnekler:

BGE 111 II 444: Yüzyılda bir görülen şiddette yağın yağmur yapı eserindeki bozukluk ile birlikte yer kaymasına sebep olmuştur. Yağmur indirim sebebi olarak kabul edilmiştir:

BGE 60 II 421: Olayların talihsiz şekilde gelişmesi indirim sebebi kabul edilmiştir.

BGE 57 II 111: Zehirli gazlar, aşırı soğuk sebebiyle yetersiz derecede havalandırılan banyodan dışarıya çıkamamışlardır. Aşırı soğuk dolayısıyla tazminat yükümlülüğünde 1/3 oranında indirim edilmiştir.

BGE 57 II 46: Kuvvetli esen rüzgârın etkisi indirim sebebi olarak kabul edilmiştir:

Fazla ihtimal dahilinde bulunmamasına rağmen sorumluluğu doğuran olayın zarara yol açması, beklenmedik bir olaydır. Burada yapılacak indirim illiyet bağının zayıf olmasına dayandırılabilir (bkz. yukarıda dn. 372; Sonucun gerçekleşme ihtimalinin az olmasının indirim sebebi olamayacağı yolunda, Oftinger/Stark, I, § 7, N. 45); Örnek olarak:

BGE 109 II 312: Nisbeten az miktardaki fabrika atığı büyük miktarda zarara yol açmıştır. Tesadüfün etkisi dolayısıyla indirim yapılabilir.

BGE 87 II 127: Hayvanın az bir ihtimale rağmen, tetanoza yakalanması indirim sebebi kabul edilmiştir:

BGE 89 I 497: Fazla ihtimal dahilinde bulunmamasına rağmen hasta koyunlardan hastalık bulaşması beklenmedik olay olarak kabul edilmiştir;

BGE 70 II 219: Havai fişegün o ana kadar bilinmeyen yan etkisinin zarara yol açması, tesadüf olarak nitelendirilmiştir.

BGE 45 II 315: Sahnede oyun icabı ateş edilmiş ve davacı yaralanmıştır. Tesadüfün etkisi dolayısıyla indirim edilmiştir.

380 Tiftik, 152; Beklenmedik olay dolayısıyla bir kimse sorumlu olsaydı, ona ne kadar pay düşecek idiyse, beklenmedik olaya da o kadar pay ayrılmalıdır (Oftinger/Stark, I, § 7, N. 36).

381 Beklenmeyen olaya düşen payın tamamı oranında indirim yapılması gerektiği görüşünde. Oftinger/Stark, I, § 7, N. 36.

382 Brehm, SJK, Karar no: 252.

luluğun tesisindeki düşünce ile bağdaşmayabilir³⁸³. Özellikle tehlike sorumluluklarında, işletenin sorumluluğu, yaratılan tehlikeden sorumluluğa dayanır. Bununla amaçlanan, beklenmedik olaylar sebebiyle meydana gelebilecek zarardan da işletenin sorumlu olmasıdır. Bu sebeple beklenmedik olaylar, indirim sebebi teşkil etmezler. Beklenmedik olaylar ancak mücbir sebep seviyesine ulaştıklarında sorumluluğun kurulmasına engel olurlar³⁸⁴. Buna mukabil, beklenmedik olaylar, işletenlerin karşılıklı sorumluluğunda tazminat belirlenirken dikkate alınurlar³⁸⁵.

Örnek olarak havanın etkisiyle yapı eserinin zamanla tahribata uğramasından, yapı eserini sonradan devralan kimse de sorumludur³⁸⁶. Buna mukabil görülmemiş şiddette yağın yağmurun yapı eserindeki bozuklukla birlikte yer kaymasına sebep olması durumunda, yağın yağmur indirim sebebi olarak dikkate alınabilir³⁸⁷. Veya yapımında bir bozukluk bulunan ve bu sebeple deprem sırasında zarara yol açan binanın maliki, deprem olayının indirim sebebi olarak dikkate alınmasını isteyebilir. Motorlu araç işletenin -ve işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin- sorumluluğunda (KTK 85/1), araçta meydana gelen beklenmedik arıza, lastiğin patlaması, sürücünün aniden bayılması, ölmesi, güneş ışığının veya göze kaçan bir böceğin sürücünün görüşünü engellemesi, yolun araç trafiğine elverişsiz olması halleri, indirim sebebi teşkil etmezler³⁸⁸, tam tersine işletene ait işletme tehlikesinin ağırlaşmasına sebep olurlar.

B. Bünyenin Zarar Görmeye Elverişliliği

Zarar görenin bünyesinin zarar görmeye elverişli olması da beklen-

383 Oğuzman-Öz, 558, dn. 382; Eren, II, 359; Tiftik, 151; Tandoğan, Mesuliyet, 328; OR-Schnyder, Art. 43, N. 12; Oftinger/Stark, I, § 7, N. 36; Stark, Skriptum, N. 355; Keller/Gabi-Bolliger, 110; Guhl/Merz/Koller, 82; Merz, OR, 233; Keller/Syz, 105; Deschenaux/Tercier, 207.

384 Tehlike büyüdükçe sorumluluğu kaldıran mücbir sebebe daha az rastlanır (Keller, A., I, 247).

385 Bkz. Stark, Skriptum, N. 354, 2. örnek.

386 Oftinger, I, 85; BGE 57 II 111'de (bkz. yukarıda dn. 379) yapılan indirim fazladır (Keller, A., I, 190).

387 BGE 111 II 444.

388 Araçtaki teknik arıza sebebiyle tazminatta indirim yapılamaz [Yarg. 15. HD, 20.10.1975, 3787/4103; Yarg. HGK, 20.9.1974, 4-631/971 (Karahasan, Mustafa Reşit, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Birinci Cilt, İstanbul 1989, 1095-1096)]; Bu haller mücbir sebep de teşkil etmezler [Oğuzman-Öz, 609; Eren, II, 280; Nomer, İşletenin Hukuki Sorumluluğu, 41; Oftinger/Stark, II/2, § 25, N. 433; Yarg. 4. HD, 16.1.1981, 14082/217 (YKD 1981/9, 1114 vd.); Ayrıca bkz. yukarıda, d. bb.

Buna mukabil beklenmeyen hal -örnek olarak frenin patlaması- zarardan BK 41/I uyarınca sorumlu olan sürücü için indirim sebebi teşkil eder [Yarg. HGK, 20.6.1979, 15-1124/849 (İKİD 1979, 7315)'deki karşı oy yazısı].

medik olaylardan bir tanesidir³⁸⁹. Bünyenin zarar görmeye elverişli olması, hem kusur esasına dayanan sorumluluklarda hem kusursuz sorumluluklarda indirim sebebi olarak dikkate alınabilir³⁹⁰.

Zarar görenin şeker hastası veya hemofili hastası olması veya kemiklerinin aşırı şekilde hassas olması veya psikolojik problemlerinin bulunması gibi durumlar, sorumluluğu doğuran olayla birlikte zararın doğumunda veya artmasında rol oynamış olabilirler³⁹¹.

Zarar görenin bünyesinin zarar görmeye elverişli olması sorumlu kişiye izafe edilen bir durum olmadığı gibi, zarar görene de izafe edilmez, zira zarar görene izafe edilen olaylar, kusursuz sorumluluk hallerini bir tarafa bırakırsak, esasen zarar görenin iradesine dayanan olaylardır. Burada ise zarar görenin zarara elverişli bir bünyeye sahip olması kendi iradesine dayanmamaktadır. Bir kimse zarar görmeye elverişli bir bünyeye sahip olmasından ötürü kusurlu addedilemez³⁹². Bu itibarla yapılacak indirim, zarar görenin kusuruna (BK 44/I) değil, hal ve mevkiin icabına (BK 43/I) dayandırılabilir³⁹³.

389 Oftinger/Stark, I, § 3, N. 95; § 7, N. 37; Brehm, Art. 44, N. 55; Guhl/Merz/Koller, 82; Merz, OR, 233; Stark, Skriptum, N. 366; Keller/Gabi-Bolliger, 110; Keller/Syz, 106; BGE 113 II 90; 66 II 174; Aksi yönde, Weber, S., 82; Weber, bünyenin zarar görmeye elverişliliğinin indirim sebebi olamayacağı görüşündedir.

390 Oftinger, I, 102, 280; Keller/Gabi-Bolliger, 110; Keller/Syz, 106.

391 Stark, Skriptum, N. 367; Keller/Syz, 106;

Yarg. 4. HD, 5.11.1984, 6092/8184 (YKD 1985/4, 489) (Hemofili hastalığı); Yarg. 4. HD, 12.11.1984, 7228/8290 (Karahasan, II, 773) (Kalp hastalığı); 4. HD, 4.12.1984, 8335/9043 (Karahasan, II, 774) (Narkoza dayanıksızlık); Yarg. HGK, 24.6.1964, 508/481 (Karahasan, II, 707) (Kalpte tümör bulunması).

BGE 102 II 33 (= Pra. 65, Nr. 109) (Omurganın boyun kısmında, kazadan önce mevcut bulunan bozukluk); 66 II 174 (Mevcut "Agranulozytose"); 57 II 546 (Çok canlı bir kadının kazaya uğraması); Zürich Kantonu İstinaf Mahkemesi kararı, ZR LXIX (1970), 112-113, Nr. 41 (Yaşlı adamın mevcut rahatsızlıkları); Mevcut psişik durumların, sorumluluğu doğuran olayın ruhsal sağlığı bozmasındaki etkisine ilişkin olarak bkz. BGE 96 II 397; 80 II 348 (= Pra. 44, Nr. 39); 80 II 343; 70 II 177; 51 II 80.

392 Yarg. 4. HD, 5.11.1984, 6092/8184 (YKD 1985/4, 489); Tiftik, 155; OR-Schnyder, Art. 44, N. 6; Brehm, Art. 44, N. 54'e ilişkin başlık; Oser/Schönenberger, Art. 44, N. 12.

393 Yukarıda dn. 391'deki Yargıtay kararları; Tiftik, 155; Stark, Skriptum, N. 366; Schär, 122, N. 16; Oğuzman-Öz, 557; Aksi yönde, Oftinger/Stark, I, § 3, N. 99; § 7, N. 37; Oser/Schönenberger'e göre, bünyedeki zayıflık zarar görene izafe edilemediğinden, indirim yapılmamalıdır (Art. 44, N. 12; Aynı görüşte, Feyzioğlu, I, 540).

Şeyin zarar görmeye elverişliliğinde de durum bünyenin zarar görmeye yatkınlığındaki gibidir (Oftinger/Stark, I, § 7, N. 39; § 3, N. 96; Weber, S., 77). Burada da zarar görene izafe edilen bir durum söz konusu değildir [Aksi yönde, Oftinger, I, 280; Appenzell-Außerrhoden Kantonu İstinaf Mahkemesi kararı, SJZ 52 (1956), 10, Nr. 1, 10]. Bir kimse bozuk veya ayıplı bir mala sahip olmasından ötürü kusurlu addedilemez. Fakat şeydeki bozukluk dolayısıyla zarara uğrayabileceğinin farkında olan bir kimsenin gerekli tedbiri almaması kusurlu bir davranıştır. Örnek olarak arsanın, inşaat halindeki binanın yıkılmasına yol açan durumunu, kullandığı yardım-

Buna mukabil İsviçre hukukunda, zarar görenin bünyesinin zarara elverişli olması dolayısıyla yapılan indirim OR 44/I hükmüne (BK 44/I) dayandırılmaktadır³⁹⁴. OR 44'de, hâkime tazminata hükmetmekten vazgeçme yetkisi tanınmıştır. Bu bakımdan OR 43/I ile OR 44/I arasında pratik bir fark bulunmamaktadır. Zira OR 43/I hükmüne dayanıldığında dahi, bünyenin zarara elverişliliğinin yoğun etkisinin illiyet bağıını kestiğinden hareketle, hâkim, gene tazminata hükmetmekten vazgeçme imkânına sahiptir³⁹⁵. Aradaki asıl fark şuradadır; BK 44/I uyarınca zarar görene izafe edilen haller, sırf zarar gören aleyhine dikkate alınırken, BK 43/I uyarınca hal ve mevkiin icabı çerçevesinde değerlendirilen hallerin yükü somut olayın durumuna göre taraflar arasında pay edilir³⁹⁶.

Diğer beklenmedik olaylardan farklı olarak, burada beklenmeyen olay, sorumluluğu doğuran olaydan önce gerçekleşmiştir veya mevcut bulunmaktadır. Mevcut bir sebebe, sorumluluğu doğuran olay eklenmekte ve zarar doğmaktadır. Bünyedeki zayıflık zararın artmasında da rol oynamış olabilir. Bünyedeki zayıflığın, zarara, sorumluluğu doğuran olayla birlikte mi sebebiyet verdiği, yoksa zararın artmasına mı katkıda bulunduğu, önemi bulunmamaktadır. Her iki halde de bünyenin zayıflığı indirim sebebi olarak dikkate alınır³⁹⁷.

Burada da beklenmedik olay (bünyenin zarara elverişli olması) ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir³⁹⁸. Her nevi bünyevi rahatsızlık değil, zararı doğurmaya elverişli, yani zararın uygun sebebi olan bünyevi durumlar beklenmeyen olay olarak dikkate alınır³⁹⁹.

Verilen kürsü örneği şöyledir; (A), hemofili hastası (B)'yi hafif şekilde yaralar. (B), kan kaybindan ölür. (A)'nın haksız fiili ile bünyenin zarara

cı kişiler vasıtasıyla öğrenebilecek durumda olan eser sahibinin gerekli tedbiri almamış olması indirim sebebi teşkil eder [Bkz. Vaud Hukuk Mahkemesi kararı, SJZ 69 (1973), Nr. 167, 379; Karar için ayrıca bkz. yukarıda dn. 291].

Hasara uğrayan malın değeri, bozuk veya ayıplı olmasından ötürü zaten düşmüş ise, zarar bu değer üzerinden belirlenir. Ayrıca tazminat yükümlülüğünde indirim yapılmaz. Örnek olarak öldürücü bir hastalığa yakalanmış hayvanın (v. Tuhr/Peter, 93) veya yıkılmaya yüz tutmuş bir binanın [Yarg. 4. HD, 12.4.1988, 621/3740 (Karahasan, II, 601)] değeri tespit edilirken, bunların haksız fiilin işlendiği andaki durumları esas alınır.

394 Keller, A., I, 129; Oftinger/Stark, I, § 3, N. 99; Tesadüf, zarar görenin şahsında ortaya çıktığından, onun tarafından üstlenilmelidir (Brehm, Art. 44, N. 55; OR-Schnyder, Art. 41, N. 13; Becker, Art. 44, N. 10); İsviçre uygulaması da OR 44'e dayanmaktadır (BGE 113 II 94; 57 II 52); Bazı kararlarda OR 43 ve 44 birlikte zikredilmektedir [Örnek olarak BGE 80 II 348 (= Pra. 44, Nr. 39); 66 II 174; 49 II 446]; Her iki hükme de dayanılabileceği görüşünde, Köhl, 81.

395 Brehm, Art. 44, N. 55.

396 Brehm, Art. 44, N. 55.

397 Oftinger, I, 103 (Krs. Oftinger/Stark, I, § 3, dn. 116); Merz, OR, 233; Keller/Gabi-Bolliger, 110; BGE 113 II 90.

398 Keller/Gabi-Bolliger, 110.

399 Basit bünyevi rahatsızlıkların, genel olarak zarar vermeye elverişli bulunmadıklarından dikkate alınmayacakları hususunda bkz. Brehm, Art. 44, N. 57; Köhl, 119 vd.; BGE 113 II 90.

elverişliliği birleşmiş, zararı meydana getirmiştir. (A)'nın davranışı ve (B)'nin bünyesinin zarara elverişliliği söz konusu olmasaydı, zararlı sonuç meydana gelmeyecekti. Her iki sebep de zararın uygun sebebinin teşkil eder. Burada şunu belirtmek gerekir ki, uygun illiyet bağı bakımından yapılan değerlendirmede, eylemin yapıldığı sırada mevcut olmasına rağmen, fail tarafından bilinmeyen ve bilinmesi de gerekmeyen olaylar da dikkate alınır (ex post değerlendirme)⁴⁰⁰. Yani değerlendirme, bir kimsenin hafif şekilde yaralanmasının o kimsenin ölmesinin uygun sebebi olup olamayacağına göre değil, hemofili hastası bir kimsenin hafif şekilde yaralanmasının o kimsenin ölümünün uygun sebebi olup olmayacağına göre yapılır. Neticede varılacak hüküm şudur; Hemofili hastasının hafif şekilde yaralanması genel olarak onun ölümüne sebep olabilecek nitelikte olduğundan, yaralama eylemi ile zarar arasında uygun illiyet bağı mevcuttur.

Burada da yapılacak indirimin gerekçesi şudur; Sırf bünyesindeki mevcut rahatsızlıktan dolayı meydana gelen zararlara zarar gören katlandığına göre, bunun başka olaylarla birleşmesinden doğan zararların da bir kısmına zarar görenin kendisi katlanmalıdır. Ancak şu da unutulmamalıdır ki, failin hukuka aykırı davranışı olmasaydı, bünyedeki elverişlilik zarara sebep olmayacaktı veya daha sonra olacaktı veya daha az miktarda sebep olacaktı. İndirime gidilirken bu da göz önünde bulundurulmalıdır. Netice itibarıyla, bünyenin zayıflığının yükü uygun şekilde, taraflar arasında paylaşılmalıdır.

Paylaştırmada tarafların kusurlarının ağırlıkları da göz önünde bulundurulmalıdır. Örnek olarak hemofilli hasta örneğinde, (A) ufak bir dikkatsizlik neticesi (B)'nin elini hafif şekilde keser ve (B)'nin ölümüne sebep olursa, hâkim hafif kusurlu hareketin zarar vermeye elverişliliği ile hemofili hastalığının zarara elverişliliğini mukayese edip⁴⁰¹ büyük oranda indirime gidebilir. Eğer (A) kasden (B)'yi bıçaklamış ise durum değişir. Hâkim daha düşük oranda bir indirime gider, hattâ indirime gitmekten sarfınazar dahi edebilir. Eğer fail bünyevî elverişlilikten haberdar idiyse ve bunu bilerek fiili işlemişse, artık beklenmedik bir ola-

⁴⁰⁰ Stark, Entlastungsgründe, 13; Oftinger/Stark, I, § 3, N. 22; Eren, Uygun İlliyet, 92 vd.; Eren, II, 78 vd.; Yukarıda dn. 392'deki Yargıtay kararları; Olağanüstü sonuçlar da, sorumluluğu doğuran olayın uygun sonuçları olabilir (Bkz. Oftinger, I, 75, dn. 14; Brehm, Art. 41, N. 124; BGE 96 II 396; 87 II 127; 80 II 344; 70 II 177); İlliyet bağının kesilmesi, bünyedeki zayıflığın zorunlu bir sonucu değildir (Bkz. Brehm, Art. 44, N. 55; Art. 41, N. 124; Oftinger, I, 103; Köhl, 58; Tandoğan, Mesuliyet, 77); BGE 113 II 90; Hukuka aykırı davranan kimse, sağlıklı bir insanı yaralaysaydı içinde bulunacağı duruma konulmayı talep edemez; Bkz. Schär, N. 354, dn. 26.

⁴⁰¹ İndirime gidilirken, bünyedeki elverişliliğin, zarara sebep olmadaki payına itibar edilir (Oftinger, I, 280); v. Büren, yapılan indirimi "uygunluğun zayıflaması"na dayandırmaktadır (v. Büren, 55, dn. 71); Bkz. yukarıda dn. 372 ve 376.

Beklenmedik olay sebebiyle kusurun ağırlığı daha hafif gözüküyorsa takdirde hem beklenmedik olay sebebiyle hem de hafif kusur sebebiyle indirim yapılmaz (Bkz. Stark, Skriptum, N. 353).

yın varlığından bahsedilemez. Bünyevî elverişliliğin bütün sonuçlarına fail katlanır.

Bünyenin zarar görmeye elverişliliği sadece tazminatın belirlenmesi safhasında rol oynamaz. Tazminatın belirlenmesi safhasından önce zararın belirlenmesinde de rol oynar. Örnek olarak, aşırı kalp hastası biri uğradığı kaza sonucu, hastalığının da etkisiyle ölmüştür. Zarar belirlenirken, yaşama beklentisi olarak zarar gören ile aynı yaştaki ortalama bir insanın yaşama beklentisi değil, ağır kalp hastası olan aynı yaştaki bir insanın yaşama beklentisi dikkate alınır⁴⁰². Hastalık sebebiyle yaşama beklentisinin kısılması, sırf hastalığın yol açtığı bir sonuçtur⁴⁰³. Bunda kazanın bir rolü yoktur. Kazanın, yani sorumluluğu doğuran olayın etkisi mağdurun hastalığa rağmen beklenenden daha çabuk ölmesindedir. Zararın belirlenmesi safhasında hastalığın dikkate alınmış olması, hastalığın tazminat belirlenirken tekrar dikkate alınmasına engel teşkil etmez. Zira hastanın, hastalığa rağmen beklenenden önce ölmesinin tek sebebi sorumluluğu doğuran olay değildir. Hastalık da bunda rol oynamıştır. Dolayısıyla tazminat yükümlülüğünde hastalık sebebiyle indirim yapılması yolu açıktır⁴⁰⁴.

⁴⁰² Yaşama beklentisini olumsuz yönde etkileyen durumların zararın belirlenmesi safhasında dikkate alınması gerektiği hususunda bkz. Oftinger/Stark, I, § 7, N. 38; Yaşama beklentisinin somut olay dikkate alınarak belirleneceği hususunda bkz. BGE 57 II 301; Mevcut bir rahatsızlık sebebiyle, yaşama beklentisine ilişkin tablolardaki değerlerden ayrılmabileceği hususunda bkz. Stauffer-Schaetzle-Schaetzle, Barwerttafel, N. 625; Köhl, 75; Brehm, Art. 45-46, Vorbem. 31-35; Oftinger/Stark, I, § 6, N. 164; BGE 113 II 93; 86 II 13; 57 II 301; Sorumluluğu doğuran olay sebebiyle yaşama beklentisinin azalması hususunda bkz. altıncı bölüm, dn. 18.

Burada öne geçen illiyet probleminin söz konusu olduğu ve zararın belirlenmesi safhasını ilgilendirdiği hususunda bkz. Oftinger/Stark, I, § 3, N. 102; § 6, N. 11, 11a; Schaer'e göre de, bünyedeki rahatsızlığın zararı doğurmaya elverişli olması, farazi illiyet bahsinde ele alınmalıdır (Aynı yönde, Weber, S., 75). Farazi illiyet problemi, tazminata konu olabilecek zararın tesbiti ile alakalı bir problemdir (Schaer, N. 349). tazminatın belirlenmesi safhası ile değil (Schaer, N. 350); Keller'e göre de, kaza meydana gelmeseydi dahi, mevcut bir sebep dolayısıyla, aynı zarara zarar gören uğrayacak idiyse, sorumlu sorumluluktan kurtulur. Bu durum tazminatın değil, zararın hesabında dikkate alınır (Keller, A., I, 129).

⁴⁰³ Brehm, Art. 44, N. 58; BGE 113 II 93.

⁴⁰⁴ BGE 113 II 94; ZBJV 105, 218; Brehm, Art. 44, N. 58; Guhl/Merz/Koller, 70;

Diğer bir görüşe göre, bünyenin zarara yakınlığı, zarar belirlenirken yaşama beklentisinin hesabında dikkate alındığı takdirde, artık tazminatın belirlenmesi safhasında indirim sebebi olarak dikkate alınmaz (Oftinger/Stark, I, § 7, N. 38; OR-Schnyder, Art. 44, N. 6). Stark'a göre bünyedeki elverişlilik sadece zararın hesabında (Skriptum, N. 372), Köhl'e göre tazminatın belirlenmesinde (Köhl, 129) dikkate alınmalıdır. İsviçre uygulamasının da bünyenin zarara yakınlığını ya zararın hesaplanmasında ya da tazminatın hesaplanmasında dikkate aldığı hususunda bkz. Oftinger, I, 103; BGE 113 II 92; Doktrinde genellikle bünyenin zarar görmeye elverişliliği tazminat belirlenirken dikkate alınacak indirim sebepleri arasında incelenmektedir; Örnek olarak bkz. Merz, OR, 233; Keller, A., I, 129; Keller/Gabi-Bolliger, 110.

C. Üçüncü Kişinin Kusursuz Davranışları

Üçüncü kişinin kusursuz davranışlarına geçmeden önce, kısaca zarar veren ile zarar görenin kusursuz davranışlarının tazminat hukukundaki etkisini hatırlatalım. Kusurun bulunmaması esas itibarıyla temyiz kudretinin bulunmamasına dayanır. Eğer zararı veren kimse temyiz kudretine sahip değilse, bu kimse kural olarak kendi davranışından sorumlu değildir (MK 15). Ancak hakkaniyet gerektiriyorsa sorumluluğu söz konusu olabilir (BK 54/I). Kusursuz sorumluluk hallerinde de, temyiz kudreti bulunmayan sorumlunun davranışları, münzam kusur teşkil etmez ve tazminat belirlenirken hesaba katılmaz.

Eğer zarar gören kimse temyiz kudretine sahip değilse, onun davranışları da kural olarak tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmaz (MK 15)⁴⁰⁵. Bu davranışlar ancak hakkaniyet gerektiriyorsa indirim sebebi teşkil edebilirler (BK 54/I'e kıyasen)⁴⁰⁶.

Eğer davranışıyla zararın doğumuna katkıda bulunan üçüncü kişinin kusuru yoksa, durum ne olacaktır? Özellikle temyiz kudreti bulunmayan üçüncü kişinin davranışlarının yükü kimin üzerinde kalmalıdır? Kusuru bulunmayan üçüncü kişinin davranışlarının getirdiği yükün tamamını zarar görene veya sorumlu kişiye yüklemek için yeterli bir sebep bulunmamaktadır. Her iki taraf için de bu durum beklenmedik bir olay teşkil eder. Bu sebeple bu yükü taraflar birlikte omuzlamalıdır. Üçüncü kişinin kusursuz davranışlarının tazminat yükümlülüğüne etkisini, tehlike sorumlulukları ile diğer sorumluluklar arasında bir ayırım yaparak incelemek gerekir.

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, üçüncü kişi temyiz kudreti bulunmamasına rağmen BK 54/I uyarınca zarardan sorumlu tutuluyorsa, bu takdirde zarardan birden fazla kişi birlikte sorumlu olmuş olur⁴⁰⁷. Artık bu durumda, üçüncü kişinin davranışı indirim sebebi olmaz. Bunun yerine, tazminatı ödeyen sorumlu kişi, temyiz kudreti bulunmayan üçüncü kişiye rücu edebilir.

⁴⁰⁵ Oftinger/Stark, I, § 5, N. 163; Yaş küçüklüğü sebebiyle temyiz kudreti bulunmayan zarar görenin davranışının indirim sebebi teşkil etmeyeceği hususunda bkz. Brehm, Art. 44, N. 25; BGE 89 II 60 (= Pra. 52, Nr. 97); 60 II 44; 60 II 224; 93 II 94 (= Pra. 57, Nr. 21); Krş. Becker, Art. 44, N. 10;

Federal Mahkemenin aksi yönde kararları bulunmaktadır; BGE 70 II 140-141: 2 yaşındaki çocuk, 3 yaşındaki çocuğun parmağını kesmiştir. Parmağı kesilen çocuğun davranışları da zararın meydana gelmesinde rol oynamıştır. Tazminat belirlenirken bu da dikkate alınmalıdır; BGE 58 II 37: Temyiz kudreti bulunmayan çocuğun davranışları OR 44'e (BK 44) göre değil, ama OR 43'e (BK 43) göre tazminatın belirlenmesinde dikkate alınabilir.

⁴⁰⁶ Bkz. yukarıda § 3, II, C, 2.

⁴⁰⁷ Oftinger/Stark, I, § 5, N. 180.

1. Kusur Esasına Dayanan Sorumluluklar İle Olağan Sebep Sorumluluklarında

Buradaki durumu bir örnekle izah etmeye çalışalım. Temyiz kudreti bulunmayan bir kimse, bir diğeri bir at arabasının önüne itmiş ve bu kimsenin yaralanmasına yol açmıştır. Burada sürücünün (BK 41/I) ve şartları gerçekleşmişse hayvan idare edenin sorumluluğu (BK 56) söz konusu olur. Bu durumda ilk önce, üçüncü kişinin davranışının, illiyet bağı kesip kesmediğine bakılır⁴⁰⁸. Eğer illiyet bağı kesilmişse, sorumluluk da söz konusu olmaz. Eğer üçüncü kişinin davranışı illiyet bağı kesecek yoğunlukta değilse, sürücünün ve hayvan idare edenin sorumluluğu söz konusu olur. Bu takdirde üçüncü kişinin kusursuz davranışı indirim sebebi teşkil eder. Zira, üçüncü kişinin kusursuz davranışının yükünün bir kısmını da zarar gören taşımalıdır⁴⁰⁹.

2. Tehlike Sorumluluklarında

Verdiğimiz örneği biraz değiştirelim. Temyiz kudreti bulunmayan bir kimse, bir diğeri bir motorlu aracın önüne itmiş ve bu kimsenin yaralanmasına yol açmıştır. Burada durum özellik taşır. Zira tehlike sorumluluklarında üçüncü kişinin kusursuz davranışlarının yoğun etkisine rağmen, tehlike esasına göre sorumlu olan kişi sorumlu olmaya devam eder⁴¹⁰. Tehlike esasına göre sorumlu olan kimse, işletme esnasında temyiz kudreti bulunmayan kişilerin zarara yol açma tehlikesini de üzerine almıştır⁴¹¹. Ancak zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusurlu davranışları, tehlike esasına göre sorumlu olan kişinin sorumluluktan kurtulmasına yol açabilir (KTK 86/I)⁴¹². Tehlike esasına göre sorumlu

⁴⁰⁸ Üçüncü kişinin kusursuz davranışının illiyet bağı kesebileceği hususunda bkz. Eren, Uygun İlliyet, 205; Maurer, 66 vd.; Zarar görenin kusursuz davranışı da illiyet bağı kesebilir (Eren, Uygun İlliyet, 193 vd.; 197, dn. 200; Maurer, 82; Bu anlamda, Hâberlin, 36; v. Tuhr/Escher, § 69, dn. 48); Genel olarak kusursuz davranışlarının illiyet bağı kesebileceği hususunda bkz. Stark, Entlastungsgründe, 195; Krş. Oftinger/Stark, I, § 3, N. 155; 158; § 5, N. 179.

⁴⁰⁹ Üçüncü kişinin kusursuz davranışlarının indirim sebebi teşkil etmesi, diğer beklenmedik olaylarda olduğu gibi, sorumlu kişinin kusurunun, üçüncü kişinin kusursuz davranışının etkisiyle daha hafif gözükmesine de dayandırılabilir (bkz. yukarıda dn. 373).

⁴¹⁰ Oftinger, I, 113-114; Stark, Entlastungsgründe, 83; Aynı yönde, Maurer, 109; Temyiz kudreti bulunmayan kimsenin davranışı, sorumluluğu kusur esasına dayanmayan tren işleteninin sorumluluğuna (EHG 1) engel olmaz (BGE 102 II 367); BK 54/I hükmüne kıyasen, hakkaniyet gerektiriyorsa, tehlike esasına göre sorumlu olan kimse sorumluluktan kurtulabilir (Oftinger, I, 114).

⁴¹¹ Duruma göre temyiz kudreti bulunmayan kişilerin zarara yol açma tehlikesi bir olağan sebep sorumlusuna da ait olabilir. Bina sahibinin sorumluluğu bakımından bkz. Maurer, 83.

⁴¹² Tehlike sorumluluklarında böyle bir kurtuluş imkânının tanınmış olması, genel olarak kusursuz sorumluluklara yol açan olaylara nisbeten kusurlu davranışlara daha büyük bir önem verilmesinden kaynaklanmaktadır (Stark, Entlastungsgründe, 98). Burada uygun illiyet bağı problemi ile karşı karşıya bulunmadığımız hususunda bkz. Atamer, 67; Ayrıca bkz. yukarıda dn. 38.

olan kişi, üçüncü kişinin kusursuz davranışı sebebiyle sorumluluktan kurtulamayacağı gibi, bu sebeple tazminat yükümlülüğünde indirimde gidilmesini de isteyemez⁴¹³.

§ 5. Tarafların Sosyal ve İktisadî Durumları

I. Genel Olarak

Kural olarak taraflar hukuk önünde eşittirler. Tarafların sosyal ve iktisadî durumları dikkate alınarak onlara farklı muamelede bulunulması söz konusu değildir⁴¹⁴. Kural bu olmakla beraber, bazı hallerde tarafların sosyal ve iktisadî durumları dikkate alınmaktadır. Özellikle sorumluluk hukukunda tarafların sosyal ve iktisadî durumlarının dikkate alınması söz konusu olabilmektedir. Örnek olarak BK 54/I uyarınca sorumlulukta durum böyledir⁴¹⁵. Temyiz kudreti bulunmayan bir kimse, özellikle iktisadî durumu dikkate alınarak⁴¹⁶, hakkaniyet gerektiriyorsa verdiği zarardan sorumlu tutulabilmektedir. Bu takdirde, tazminatın miktarını da gene hâkim, tarafların iktisadî durumlarını dikkate alarak belirlemektedir⁴¹⁷. Diğer bir hüküm BK 44/II'de yer almaktadır. Burada sorumlunun tazminatı ödemesi halinde müzayakaya düşecek olması indirim sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu konu ayrı bir başlık altında incelenecektir.

Bu hükümlerden yola çıkarak bir genelleme yapmak imkânı yoktur. Yani, kural olarak tarafların sosyal ve iktisadî durumları tazminat belirlenirken dikkate alınmaz⁴¹⁸. Bununla birlikte somut olayın durumu tarafların sosyal ve iktisadî durumlarının dikkate alınmasını gerektirebilir (BK 43/I)⁴¹⁹. İkili bir ayırım yaparak durumu daha yakından inceleyebiliriz.

⁴¹³ Oftinger, I, 169, 282.

⁴¹⁴ Brehm, Art. 43, N. 63 vd.; Oğuzman-Öz, 557; Krş. Tiftik, 90.

⁴¹⁵ Başka bir örnek BK 49/II'de yer alan hükümdür; Hükme verilmesi gereken anlam için bkz. Dural, 157-158; Oğuzman, Tandoğan'a Armağan, 50.

⁴¹⁶ BGE 103 II 336 (= Pra. 67, Nr. 89); 102 II 231.

⁴¹⁷ Keller, A., I, 136.

⁴¹⁸ Oftinger/Stark, I, § 7, N. 72; Stark, Skriptum, N. 333a; Guhl/Merz/Koller, 82.

⁴¹⁹ Oser/Schönenberger, Art. 44, N. 7; Becker, Art. 43, N. 8; v. Tuhr/Peter, 105; OR-Schnyder, Art. 43, N. 10; Brehm, Art. 43, N. 62;

BGE 31 II 290: Kocasının kusuru sebebiyle, sağ kalan eşe karşı -küllî halef sıfatıyla- tazminat davası açılmıştır. Davalı destediğini kaybetmiştir ve ekonomik durumu iyi değildir. Bu durum tazminat belirlenirken dikkate alınmalıdır;

Bazı Federal Mahkeme kararlarında genel olarak tarafların ekonomik ve sosyal durumlarının, somut olayın bir özelliği olarak dikkate alınabileceğinden bahsedilmektedir. Bkz. BGE 104 II 188 (= Pra. 67, Nr. 234); 79 II 355 (= Pra. 43, Nr. 16); 68 II 52 (= Pra. 31, Nr. 43); 64 II 243; 33 II 573; 32 II 719; Aynı yönde, Yılmaz, 42.

A. Zarar Görenin Sosyal ve İktisadî Durumu

Zarar görenin sosyal seviyesi yüksek diye veya zarar gören varlıkları diye tazminat miktarı düşük belirlenemez⁴²⁰. Veya aksine zarar görenin sosyal seviyesi düşük veya ekonomik durumu iyi değil diye indirim sebeplerine rağmen tam tazminata veya gerektiğinden daha yüksek bir tazminata hükmedilemez⁴²¹. Bununla birlikte somut olayın durumu zarar görenin iktisadî durumunun dikkate alınmasını gerektirebilir. Bu noktada BK 44/II hükmünden kıyasen yararlanılabilir. Nasıl ki, sorumlu kişinin, tazminatı ödediği takdirde müzayakaya durumuna düşecek olması, indirim sebebi olarak dikkate alınabilmektedir, tazminat yükümlülüğünde indirim yapılması halinde zarar görenin müzayakaya düşecek olması da dikkate alınabilir. Böyle bir durumda hâkim, indirim yapmaktan vazgeçebilir veya daha az miktarda indirimde gidebilir⁴²². Nitekim Federal Mahkeme de bir kararında, yapılması gereken indirimin, zarar gören için ağır bir durum yaratacağını göz önünde bulundurarak, daha az bir oranda indirimde gitmiştir⁴²³.

B. Sorumlu Kişinin Sosyal ve İktisadî Durumu

Sorumlu kişinin sosyal seviyesi yüksek diye veya sorumlu kişi varlığı diye, indirim sebepleri dolayısıyla yapılacak indirimde kısıtlama getirilemez⁴²⁴. Sorumlu kişinin ekonomik durumunun zayıflığı ise BK 44/II'de düzenlenmiştir. Bunun dışında kural olarak sorumlu kişinin ekonomik durumunun zayıflığı indirimde gerekçe olamaz⁴²⁵.

II. Sorumlu Kişinin Müzayakaya Düşecek Olması (BK 44/II)

BK 44/II'ye göre, sorumlu kişinin ağır kusuru yoksa ve zararın tazmini borçluyu müzayakaya maruz bırakacak (güç duruma sokacak) ise, hâkim, hakkaniyete tevfikân tazminat yükümlülüğünde indirimde gidebilir.

⁴²⁰ Mağdurun olağanüstü yüksek gelire sahip olması sebebiyle zararın olağanüstü miktarda gerçekleşmesinin, indirim sebebi teşkil edebileceği hususunda bkz. aşağıda § 6.

⁴²¹ Brehm, Art. 43, N. 64.

⁴²² v. Tuhr/Peter, 105.

⁴²³ BGE 104 II 188 = Pra. 67, Nr. 234; Benzer bir karar için bkz. BGE 64 II 243; Aynı yönde, Brehm, Art. 43, N. 65; Fakat ilk kararda genel bir ifadeyle tarafların ekonomik ve sosyal durumunun hâkim tarafından dikkate alınacağını belirtilmesi isabetli değildir (Stark, Skriptum, N. 333a; Oftinger/Stark, II/I, § 18, dn. 72).

⁴²⁴ Brehm, Art. 43, N. 66; Brehm, SJK, N. 26; Aksi yönde, BGE 32 II 719; Kararda davalının ekonomik durumunun iyi olması indirim sebebi olarak kabul edilmiştir; Ayrıca krş. aşağıda dn. 467.

⁴²⁵ Tiftik, 146; Brehm, Art. 43, N. 69; Aksi yönde, BGE 59 II 467; Karara konu olan olayda davalının ağır kusuru bulunduğundan OR 44/II uyarınca indirim yapılamamaktadır. Buna rağmen, Federal Mahkeme davalının hastalık ve ihtiyarlık dolayısıyla içine düşeceği ekonomik sıkıntıları dikkate alarak, OR 43/I uyarınca tazminat yükümlülüğünde indirimde gitmiştir.

BK 44/II'de yer alan bu indirim sebebi sadece kusur esasına dayanan sorumluluklarda değil, kusursuz sorumluluk hallerinde de geçerli bir indirim sebebidir⁴²⁶.

İsviçre'de kanunun hazırlık çalışmaları sırasında belirtildiğine göre, bu hükmün kanuna konulmasındaki gaye şudur; Bir felâketin ağır sonuçlarını bertaraf ederken başka bir felâket yaratılmamalıdır⁴²⁷. Bir kimse hafif kusurlu dahi olsa, illiyet bağı içindeki bütün zararlardan sorumludur. Hafif kusur sebebiyle indirim yapılmış olsa dahi (BK 43/I), bu indirim yetersiz kalabilir. Bir şansızlık eseri hafif kusuru ile zarara sebep olan kimse, zararın ağır yükü altında ezilmemelidir. Eğer bu kimse iktisaden güç duruma düşecekse hâkim, hafif kusur sebebiyle yapılan indirime ilâve olarak, BK 44/II uyarınca tazminat yükümlülüğünde indirime gidebilmelidir⁴²⁸.

Kanunda açıkça belirtilmiş olmadığından, hâkimin BK 44/II'ye dayanarak tazminata hükmetmekten vazgeçemeyeceği, ancak tazminat yükümlülüğünde indirim yapabileceği kabul edilmektedir⁴²⁹. Kanaatimce, kanunun gayesi dikkate alındığında, farklı bir sonuca varmak mümkündür. Kanunun gayesi, BK 44/II'deki şartlar gerçekleştiğinde, sorumlu kişinin iktisadî durumundaki elverişsizlik dikkate alınarak, buna göre tazminata hükmedilmesidir, meğer ki zarar görenin iktisadî durumu indirim yapılmasına engel teşkil etsin. Sorumlu kişinin iktisadî durumu hiçbir şekilde tazminat ödemeye imkân vermiyorsa, hâkim somut olayın bütün şartlarını değerlendirerek tazminat yükümlülüğünü sıfıra "indirebilmeli", başka bir ifade ile tazminata hükmetmekten vazgeçebilmelidir.

Zarar görenin de iktisadî durumu kötü ise, yani sorumluluğu doğuran olay sebebiyle güç duruma düşmüşse, o takdirde sorumlu kişinin tazminat ödemesi halinde güç duruma düşecek olması dikkate alınmaz. Hâkimin indirim yaparken hakkaniyeti gözetecek olması ile kastedilen budur. Hâkim, her iki tarafın da iktisadî durumuna bakıp ona göre tazminat yükümlülüğünde bir indirime gider⁴³⁰. Her iki tarafın da iktisadî durumunun kötü olduğu durumlarda, zarar gören gözetilir, yani BK 44/II uyarınca indirim yapılmaz⁴³¹.

426 Oftinger, I, 262-263; Schwarz, 147; İmre, 205; Yılmaz, 43.

427 Oftinger/Stark, I, § 7, N. 53; Brehm, Art. 44, N. 67.

428 Oğuzman-Öz, 557.

429 Becker, Art. 43, N. 10; Hâkimin tazminatı çok cüz'î bir miktara indirmesinin aynı gayeyi sağlayacağı görüşünde, Selçuk, 1882; Tiftik, 97; Zarar görenin kusurunun ağırlığına göre sorumlu kişinin BK 44/II uyarınca sorumluluktan tamamen kurtulabileceği görüşünde, Oser/Schönenberger, Art. 44, N. 16.

430 Becker, Art. 44, N. 11; Merz, OR, 230; Keller/Gabi-Bolliger, 106; BGE 49 II 447.

431 Oğuzman-Öz, 557; Tandoğan, Mesuliyet, 326; Feyzioğlu, I, 543; Oftinger/Stark, I, § 7, N. 55; Brehm, Art. 44, N. 78; Oser/Schönenberger, Art. 44, N. 13; Stark, Skriptum, N. 378.

BK 44/II uyarınca indirim yapılabilmesi için iki önemli şartın gerçekleşmiş olması gerekir⁴³². Bunlardan birincisi, sorumlu kişinin ağır kusurunun bulunmamasıdır. Eğer sorumlu kişi hiç kusuru olmaksızın bir sebep sorumluluğu uyarınca sorumlu tutulmaktaysa veya sorumlu kişinin hafif kusuru varsa, bu ilk şartın gerçekleştiğinde tereddüte düşülmeyecektir. Buna mukabil, sorumlu kişinin orta derecede kusuru varsa, bu takdirde BK 44/II uyarınca indirime gidilebilecek midir? Kanun ağır kusurun bulunmamasını şart olarak aramıştır. Dolayısıyla orta kusurun bulunması halinde de indirime gidilebilme yolu açıktır⁴³³.

İkinci şart, sorumlu kişinin tazminatı ödemesi halinde müzayakaya düşecek olmasıdır. Burada problem, müzayaka halinin ne zaman söz konusu olacağıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, sorumlu kişinin iktisadî durumu incelenirken, onun sorumluluğu doğuran olay dolayısıyla elde edeceği veya elde etmesi muhtemel malvarlığı değerleri de hesaba katılır. Örnek olarak sorumlu kişinin zarardan sorumlu olan başka bir kişiye rücu etmek imkânı varsa (BK 50-51), bu da dikkate alınır⁴³⁴. Sorumlu kişinin sorumluluk sigortası varsa, oradan alacağı para da hesaba katılır⁴³⁵. Sorumluluk sigortasından alınacak para dikkate alınmadan, BK 44/II uyarınca indirim yapılırsa, neticede bu sigortacının işine yarar. Oysa BK 44/II uyarınca indirim, zarar görenin menfaati gözeticilerle yapılmaktadır⁴³⁶. Diğer yandan, geçici bir süre sıkıntıya düşülecek olması, müzayaka halinin kabulü için yeterli değildir⁴³⁷. Bir Federal Mahkeme Kararında, kibritle oynarken yangına yol açan ve doğan zarardan sorumlu olan çocukların ileride çalışma hayatına atılıp gelir elde edeceklerinin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir⁴³⁸. Gene sorumlu

432 İki şartın da gerçekleşmiş olması gerektiği hususunda, Yarg. 4. HD, 13.9.1976, 5787/7457 (YKD, 1978/5, 708).

433 BGE 100 II 338 = Pra. 64, Nr. 67; Brehm, Art. 44, N. 69; Keller/Gabi-Bolliger, 106; Keller/Syz, 102; Hafif kusurun gerekli olduğu görüşünde, Tandoğan, Mesuliyet, 326; Oftinger/Stark, I, § 7, N. 53; Tiftik, 94; Orta kusur kavramına gerek olup olmadığı hususunda bkz. yukarıda dn. 56.

434 Oftinger/Stark, I, § 7, N. 54; OR-Schnyder, Art. 44, N. 9; Merz, OR, 230; Keller/Gabi-Bolliger, 106; BGE 100 II 339 (= Pra. 64, Nr. 67); 90 II 9 = Pra. 53, Nr. 57.

435 Oftinger/Stark, I, § 7, N. 57; Brehm, Art. 44, N. 72; OR-Schnyder, Art. 43, N. 10; Stark, Skriptum, N. 377; Keller/Gabi-Bolliger, 106; Keller/Syz, 102; Honsell 76; BGE 113 II 328; Yılmaz, 43.

436 BGE 111 II 303; Sorumluluk sigortasının mevcudiyeti diğer indirim sebeplerinin dikkate alınmasına engel teşkil etmez. Sorumlu kişinin sorumluluk sigortası var diye, tam tazminata hükmedilemez. Sigortacının sorumluluğu, sorumlu kişinin sorumlu olduğu miktar ile sınırlıdır (Brehm, Art. 43, N. 67; Schaer, N. 544; BGE 113 II 328; Krş. BGE 104 II 188 = Pra. 67, Nr. 234; Kararda tazminat belirlenirken davalının sigortalı olduğu da dikkate alınmıştır).

437 Merz, OR, 231.

438 BGE 100 II 338-339 = Pra. 64, Nr. 67; Kararın isabetli olduğu hususunda Keller, A., I, 126; Federal Mahkeme başka bir kararında, malvarlığına sahip olmadığını, eğitimi yarıda bıraktığını ileri süren 21 yaşındaki davalı hakkında OR 44/II uyarınca indirime gitmemiştir (BGE 90 II 9 = Pra. 53, Nr. 57).

kişinin bugüne kadarki yaşama tarzında olumsuz yönde değişme olması, müzayaka halinin kabulü için yeterli değildir⁴³⁹. Diğer taraftan, bir görüşe göre, zarar verenin mirasçuları BK 44/II hükmüne dayanamazlar. Zira onlar mirası reddetme hakkına sahiptirler ve bu haklarını kullanıp borca batık mirası reddebilirler⁴⁴⁰. Kanaatimce, herhangi bir sebepten dolayı mirası reddetmeyen mirasçılar da seleflerinin sahip olduğu savunma imkânlarından yararlanabilmelidirler, dolayısıyla onlar da BK 44/II hükmüne dayanabilirler.

Sorumluluğu doğuran olay dolayısıyla elde ettikleri, sorumlu kişiyi müzayaka haline düşmekten kurtarmaya yetmeyebilir. Acaba sorumlu kişi ne zaman müzayaka haline düşmüş sayılır? Müzayaka halinin mevcut olup olmadığına hâkim takdir edecektir. Burada yardım nafakasını düzenleyen MK 315 hükmünden yararlanılabileceği akla gelebilir⁴⁴¹. Bu hükme göre, "Herkes, yardım etmediği surette zarurete düşecek olan usul ve fûruuna ve erkek ve kız kardeşlerine muavenet ile mükelleftir." Bu hüküm anlamında zarurete düşmenin anlamı şudur; Geçimi için zarurî vasıtaları başkasının yardımı olmadan elde edemeyen kimse zarurete düşmüş sayılır⁴⁴². Belirtmek gerekir ki, yardım nafakası veya fakirlik sebebiyle başka bir yerden sosyal yardım alabilecek durumda olmak, tazminat yükümlülüğünde indirim yapılmasına engel değildir⁴⁴³. Diğer taraftan, haczedilebilecek malvarlığı bulunduğu sürece, müzayaka halinden bahsedilemeyeceği kabul edilmektedir⁴⁴⁴.

Kanaatimce probleme başka bir açıdan bakmak gerekir. BK 44/II'nin temelinde yatan düşünce aslında şudur; Sorumlu kişinin hem yaşaması hem de ileride borçlarını ödeyebilmesi için gerekli olan vasıtaları, onun elinden almamak gerekir. Bu esasında icra hukukuna ait bir problemdir⁴⁴⁵. İcra hukuku bu korumayı ağır kusuru bulunsun veya bulunmasın bütün borçlulara zaten tanımıştır. İcra ve İflâs Kanununda yer alan belirli eşyanın haczedilemeyeceği kuralı ile amaçlanan budur (İİK 82-83). Çözümün bu şekilde icra safhasında aranması daha isabetlidir. Zira sonradan sorumlu kişinin malvarlığında meydana gelecek ar-

439 BGE 59 II 467.

440 Becker, Art. 44, N. 11; Tiftik, 97; BGE 61 II 236: Müzayaka durumuna düşeceklerini gören mirasçılar, resmî tasfiye yoluna başvurup, şahsî sorumluluktan kurtulabilirlerdi.

441 Oftinger, I, 272; v. Tuhr/Peter, 105, dn. 91; Tandoğan, Mesuliyet, 326; Yarg. 9. HD, 24.4.1967, 1709/3546 (Karahasan, II, 814).

442 Egger, Art. 328, N. 27; Oğuzman-Dural, 378; Tekinay, Aile Hukuku, 590.

443 Aksi yönde, BGE 49 II 447: Olayda kız çocuklarının geçimleri baba tarafından karşılanmaktadır. Böyle olmasaydı, çocukların kazandığı paralar, babanın müzayaka durumuna düşüp düşmeyeceğinin tesbitinde dikkate alınabilirlerdi.

444 Oftinger/Stark, I, § 7, N. 54; Merz, OR, 230; Deschenaux/Tercier, 208; BGE 40 II 278.

445 Oftinger, I, 273; Honsell, 76; Bu anlamda, Oftinger/Stark, I, § 7, N. 58; Keller/Gabi-Bolliger, 105; Keller/Syz, 102.

tıslardan, alacaklı yararlanabilmelidir. Sorumlu kişiye beklenmedik şekilde yüklü miktarda miras kalması veya piyangodan para çıkması hallerinde, alacaklı sorumlu kişiyi takibe devam edebilmelidir⁴⁴⁶. Sorumlu kişinin şu anda zaruret içinde bulunması sebebiyle tazminat yükümlülüğünde indirime gidildiğinde, sorumlu kişinin malvarlığında artış olduğu gerekçesiyle, ek bir dava açmak imkânı bulunmamaktadır⁴⁴⁷. Bu itibarla, zaruret hali sebebiyle indirime gitmekten mümkün mertebeye kaçınmak ve ancak sonradan malvarlığında artış olması ihtimali hemen hemen hiç bulunmayan sorumlular hakkında bu yola gitmek daha uygun olur⁴⁴⁸.

Borçlu, ağır kusuru bulunsun veya bulunmasın icra hukukunda belirli bir oranda korunmuş olduğundan, BK 44/II hükmü daha geniş şekilde yorumlanmalıdır⁴⁴⁹. Örnek olarak zarar gören kişinin hali refahatadır. Hafif kusuruyla zarara sebebiyet veren kimse ise kıt kanaat geçinmektedir, tazminatı öderse, gene zarurî ihtiyaçlarını temin edebilecek ama sıkıntıya düşecektir. Yakıt, yiyecek, giyecek ve çocukların okul ihtiyaçlarını az çok karşılayabilecek, buna mukabil televizyon, halı gibi ev eşyasından mahrûm kalacak, işine yayan gitmek zorunda kalacak, sosyal çevresi içinde eziklik duyacaktır. Bu takdirde de, sorumlu kişinin haczi kâbil malı bulunmasına rağmen, müzayaka sebebiyle tazminat yükümlülüğünde indirime gidilebilmelidir.

Hâkimin, re'sen BK 44/II uyarınca indirime gidemeyeceği görüşü savunulmaktadır⁴⁵⁰. Oysa, dosyadaki mevcut bilgilerden, tarafların ekonomik durumu hakkında yeterli bir fikre sahip olan hâkim, kendisine tanınan takdir yetkisi çerçevesinde, BK 44/II uyarınca re'sen indirime gidebilmelidir⁴⁵¹.

Tüzel kişilerin de müzayaka durumuna düşecek olmaları indirimi gerektirebilir⁴⁵². Şu var ki, ticarî şirketlerin iflâs veya konkordato dü-

446 Alacaklı, kalan alacağı için bir aciz vesikası almışsa (İİK 143/I), o takdirde o alacak zamanaşımına da tâbi değildir (İİK 143/VI).

447 Oftinger/Stark, I, § 7, N. 56; Oser/Schönenberger, Art. 44, N. 14; Brehm, Art. 44, N. 77; OR-Schnyder, Art. 44, N. 9; Tandoğan, Mesuliyet, 327; Tiftik, 98; Aksi yönde, v. Tuhr/Peter, 105; Becker, Art. 44, N. 11; Keller/Gabi-Bolliger, 106; Keller/Syz, 102; Honsell, 76.

448 Oftinger, I, 272; Becker, sorumlu kişinin iktisadî durumunun düzelmesi ihtimalinin bulunduğu durumlarda, şarta bağlı ilâve bir tazminata hükmedilmesini önermektedir (Art. 44, N. 11); İrat şeklinde hükmedilen tazminatlar bakımından, hükmün sonradan değiştirilebilmesi imkânı Alman hukukunda mevcuttur (ZPO § 323). Bir kere ödenen tazminatlar bakımından, Becker'in teklifine benzer bir kanun değişikliği teklifi için bkz. Referentenentwurf, 52.

449 Keller/Gabi-Bolliger, 105; Tiftik, 95.

450 Oftinger/Stark, I, § 7, dn. 97; Bkz. BGE 40 II 278: Kararda konu açık bırakılmış.

451 Yarg. 4. HD, 2.10.1958, 7110/6148 (Karahasan, II, 814); Selçuk, 1882.

452 Oftinger, I, 271; BGE 96 II 180; Tüzel kişilerin ekonomik bakımdan daha güçlü oldukları faraziyesinden hareket edilemez (Brehm, SJK, 26, Brehm, Art. 43, N. 66); Özel hukuk hükümlerine göre kurulmuş bulunmayan kamu hukuku tüzel kişileri

rumuna düşecek olmaları halinde, tazminat miktarının düşük belirlenmesi, tazminat alacaklısının durumunu diğer alacaklılar karşısında kötüleştirir. Aynı durum, tacir sıfatını taşıyan veya taşımasının ödeme gücünü içindeki gerçek kişiler için de geçerlidir. Tazminat alacaklısının yanında hacze iştirak etmesi muhtemel başka alacaklılar varsa, tazminat miktarının düşük belirlenmesi, tazminat alacaklısının eline daha da az miktarda bir paranın geçmesine yol açacaktır. Bu husus BK 44/II uyarınca indirimde gidilirken göz önünde tutulmalı, gerekirse indirimden vazgeçilmelidir⁴⁵³.

§ 6. Zarar Miktarının Olağanüstü Ölçüde Büyük Olması

Zarar miktarının olağanüstü ölçüde büyük olması, çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Zarar miktarı, sorumluluğu doğuran olaya, başka olayların ilâve olması ile olağanüstü miktarlara ulaşabilir. Sorumluluğu doğuran olaya eklenen olaylar, zarar görenin veya üçüncü bir kişinin davranışı olabileceği gibi, insan davranışından bağımsız bir olay (beklenmedik olay) da olabilir. Zararın bu şekilde olağanüstü boyutlara ulaşmış olmasının tazminat miktarına nasıl etki göstereceği ayrı başlıklar altında incelenmiş bulunduğundan burada tekrar üzerinde durulmayacaktır⁴⁵⁴.

Araya başka bir olayın girmediği durumlarda da zarar miktarı olağanüstü boyutlara ulaşabilir⁴⁵⁵. Örnek olarak nükleer bir tesiste meydana gelen arıza veya patlama, çevreye büyük ölçüde zarar verebilir. Veya tehlikeli bir işletmede meydana gelen kazada, birçok işçi hayatını kaybedebilir veya yaralanabilir. Veya başkalarına büyük miktarda zarar vermeye elverişli bir meslekte çalışan kimsenin ufak bir dikkatsizliği büyük oranda zarara yol açabilir. Örnek olarak tren işletmesinde makasçı olarak çalışan bir kimsenin ufak bir dikkatsizliği büyük miktarda can ve mal kaybına sebep olabilir.

Zarar miktarının olağanüstü ölçüde büyük olması, sorumlu kişiyi, bu zararı karşılaması halinde müzayaka durumuna düşürebilir. Bu takdirde şartları varsa BK 44/II hükmü uyarınca indirimde gidilebilir. Bundan ayrı olarak zararın büyük ölçüde olması indirim sebebi teşkil eder mi?

(örnek olarak belediyeler), müzayaka haline düşeceklerini ileri sürmezler (Tandoğan, Mesuliyet, 326; Bunun fiili bir durum olduğu yolunda, Oftinger/Stark, I, § 7, N. 50).

453 BGE 52 II 457-458; Brehm, Art. 44, N. 73; Oftinger/Stark, I, § 7, N. 54; Keller/Gabi-Bolliger, 106; Merz, OR, 230.

454 Bkz. dördüncü bölüm, § 2; § 3, II, A; § 4.

455 BGE 90 II 9 = Pra. 53, Nr. 57: 44 metre boyunda, 12 ton ağırlığındaki elektrik direğinin ayaklarındaki civata somunlarını söken çocuklar, kusurları hafif olmalarına rağmen, 30.000 Frank dolayında zarara sebep olmuşlardır.

BK 43/I hükmü hâkime geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Hâkim, somut olayın özelliklerini değerlendirerek tazminatı belirler. Bu çerçevede, somut olayın özellikleri, zararın büyük boyutlarda olması halinde indirimde gidilmesini haklı kılabilir⁴⁵⁶. Fakat, zararın büyük miktarda olması tek başına indirim için gerekçe olamaz. Zira kural zararın tamamının karşılanmasıdır⁴⁵⁷.

Yukarıda verdiğimiz örneklerde ortak olan nokta, zararın olağanüstü ölçüde gerçekleşmesinin aslında pek de olağanüstü bir durum olmadığı, daha doğrusu bir kaza halinde zararın büyük miktarlarda gerçekleşebileceğinin önceden tahmin edilebilir nitelikte olduğudur. Olağanüstü miktarda zarar meydana gelmiştir, ama bu zarar beklenmedik bir zarar değildir.

Nükleer tesisler gibi büyük tehlike arzeden işletmelerden kaynaklanan zararların tazmini konusunda özel düzenleme getirilebilir. Getirilecek düzenlemede sorumluluğun nasıl sınırlandırılacağı hususunda amerikan hukukundan kaynaklanan ikili bir ayırım yapılmaktadır⁴⁵⁸. Birinci yol, genel hükümlere göre birden fazla kimsenin birlikte sorumlu olmasının muhtemel olduğu durumlarda, nükleer tesisi işletenin ve sigortacının- sorumlu olmasını kabul etmek, diğer kimselerin sorumluluğunu ve nükleer tesisi işletenin bunlara rücûunu kabul etmemektir ("sorumluluğun hukukî bakımdan kanalize edilmesi", "rechtliche Kanalisierung"). İkinci yol, birlikte sorumluluğu kabul etmek, ancak iç ilişkide sigortacının rücûuna getirilecek sınırlamalarla, zararın yükünün sigortacının üzerinde kalmasını temin etmektir ("sorumluluğun iktisadî bakımdan kanalize edilmesi", "wirtschaftliche Kanalisierung"). Sigortacının sorumluluğu belli bir limite tâbi olacağından, nükleer tesisi işletenin sorumluluğu için de bir miktar sınırlaması getirilecektir. Bu miktarın üzerinde ise gene belli bir miktara kadar veya sınırsız olarak Devletin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Nükleer tesislerin işletilmesinden doğan zararlara ilişkin 1960 tarihli Paris Sözleşmesinde sorumluluğun hukukî bakımdan kanalize edilmesi esasî benimsenmiştir⁴⁵⁹. Söz konusu sözleşme Türkiye tarafından

456 v. Tuhr/Peter, 105-106; OR-Schnyder, Art. 43, N. 13; Oftinger, I, 264, 275; Merz, OR, 234; Tiftik, zarar miktarının beklenmedik şekilde yüksek olması halinde, yapılacak indirimin kusur ile zarar arasında denge bulunmamasına dayandırılabilir (bkz. yukarıda dn. 372), bu sebeple indirimin sadece kusur sorumluluğunda söz konusu olabileceği görüşündedir (Tiftik, 162);

BGE 53 II 430: Işın tedavisinde kullanılan filtrenin unutulması davalının hafif kusurundan kaynaklanmaktadır. Bununla orantısız oranda zararın meydana gelmiş olması indirimi gerektirir (Kanaatimce, filtrenin unutulmasındaki kusuru ağır olarak değerlendirmek, olayın durumuna daha uygun düşerdi); BGE 80 III 62: Önceden öngörülemeyen, faciaya varan gelişmeler, indirim sebebi teşkil edebilirler.

457 Oftinger, I, 275; Oftinger/Stark, I, § 7, N. 78; Bkz. yukarıda dn. 3.

458 Bkz. Hug, 40 vd.; Mohr, 23.

459 Hug, 31.

da imzalanmış ve onaylanmış⁴⁶⁰. Sözleşmenin 6 ncı maddesine göre, nükleer kazadan doğan zarar dolayısıyla nükleer tesisin işleteni, sigortacı ve diğer malî kefiller dışındaki bir kimse sorumlu tutulamaz. Ayrıca nükleer kazadan doğan sorumluluk belli bir miktar ile sınırlandırılmıştır (m. 7). Belirtmek gerekir ki, böyle bir miktar sınırlaması getirildiğinde, sınırın içinde kalan zarar miktarının olağanüstü ölçüde büyük olduğu ileri sürülerek tazminat yükümlülüğünde indirim yapılması istenemez⁴⁶¹.

Bu şekilde bir düzenlemenin bulunmadığı hallerde, büyük miktarlarda zarara yol açabileceği önceden tahmin edilebilen işletmeler bakımından çekimser davranmak gerekir. İşletme sahipleri her an gerçekleşmesi muhtemel büyük çaplı zararlar için kendilerini sigorta ettirmek yoluna başvurabilirler⁴⁶². Bu yola başvurmayıp, meydana gelebilecek zararları göze alan, hesaplarını buna göre yapan işletme sahipleri, bir kaza halinde doğacak ağır sonuçlara da katlanmalıdırlar⁴⁶³.

Buna mukabil görevi icabı başkalarının zarara uğramasına elverişli işlerde çalışanlar bakımından farklı şekilde düşünülebilir. Örnek olarak makinist, makasçı, şoför gibi mesleklerde çalışanlar, büyük zararlara sebep olurlarsa, mesleklerinin tehlikeliliği göz önünde bulundurularak indirimle gidilebilir⁴⁶⁴. Bu kimselerin sorumlulukları kusur esasına dayanır (BK 41). Tehlike sorumluluklarında, işletmede çalışan kişinin mesleğinin tehlikeliliği işletmenin yarattığı tehlikeye tekabül eder. Bu tehlike esasen işletme sahibine aittir ve işleten kusuru bulunmasa dahi

460 Paris Sözleşmesi iç hukuk bakımından kanun hükmündedir (Anayasa, m. 90/V) (Güneysu, 207 vd.). Sözleşme metni ve yapılan değişiklikler için bkz. RG 10806; 12763; 18563; 19115; Sözleşmede, âkid devletler iç hukuklarında tanımlayıcı düzenleme yapmakta serbest bırakılmışlardır. Bu konuda 1986 yılında hazırlanan bir tasarı kanunlaşmamıştır (bkz. Oğuzman-Öz, 631).

461 Referentenentwurf, 45.

462 Zorunlu ve ihtiyari sorumluluk sigortalarına toplu bir bakış için bkz. Karayalçın, Zarar Riskleri, 125 vd.

463 Örnek olarak Federal Mahkeme bir kararında, kazı sırasında elektrik kablosuna isabet edilmesi yüzünden doğan 144.000 Franklık zararın tamamının tazminine hükmetmiştir (BGE 97 II 221); Tehlike sorumluluğu olağanüstü şekilde zarara sebebiyet vermişse, o takdirde istisnaen BK 43/I uyarınca hakkaniyete uygun bir indirim yapılabilir (Oftinger, I, 275; Tiftik, 143).

464 BGE 56 II 398; Kararda, demiryolu işçisinin mesleğinin tehlikeliliği dikkate alınmıştır; BGE 53 II 430; Kararda, hekimin hafif kusurunun büyük miktarda zarara sebep olması, indirim sebebi olarak kabul edilmiştir; BGE 111 Ib 199; Kararda, ordu mensuplarının sivil kişilere verdikleri zararlar bakımından mesleklerinin tehlikeliliğinin dikkate alınacağı belirtilmiştir;

İşçinin işverene karşı akdî sorumluluğunda mesleğinin tehlikeliliğinin dikkate alınacağı hususu OR 321e/II'de özel olarak düzenlenmiştir. İşçinin işverene karşı akit dışı sorumluluğunda ve işçinin üçüncü kişilere karşı sorumluluğunda da mesleğin tehlikeliliğinin dikkate alınması gerektiği görüşünde. Oftinger/Stark, I, § 7, N. 73.

tehlikenin yol açtığı zararın tamamından sorumludur. Örnek olarak motorlu bir aracın işleteni, aracında şoför olarak çalışan kimsenin başkasına verdiği zarardan sorumludur. İşleten bu zararı tazmin ettikten sonra şoförüne rücu edebilir. Bu takdirde, işletene ait işletme tehlikesi de hesaba katılır ve rücu miktarı düşük olarak belirlenir⁴⁶⁵. Zarar gören, doğrudan doğruya şoförü takip ettiğinde ise, şoför, mesleğinin tehlikeliliğini ileri sürerek tazminat yükümlülüğünde indirim yapılmasını isteyebilir.

Yukarıda üzerinde durduğumuz örneklerden farklı olarak, zararın büyük miktarlarda gerçekleşmesi beklenmedik şekilde de ortaya çıkabilir. Örnek olarak haksız fiil sonucu yaralanan veya ölen kişi tesadüf eseri çok yüksek gelire sahip bir kimse olabilir. Mağdurun yüksek gelire sahip olması gelir kaybının veya mahrûm kalınan destek yardımının da yüksek olmasına yol açar. Veya çok değerli bir eşyanın taşınması sırasında, yoldan geçen bir kimse hafif kusurla eşyanın hasara uğramasına yol açabilir⁴⁶⁶. Bu örneklerdeki gibi zararın beklenmedik şekilde büyük miktarlara ulaşması, hal ve mevkiin icabı çerçevesinde (BK 43/I) indirim sebebi olarak değerlendirilebilir. Nitekim İsviçre'de, demiryolu işletmelerinin, nükleer tesis ile motorlu araç işletenlerin sorumlulukları bakımından, ilgili kanunlarda ölen veya yaralanan kimsenin olağanüstü yüksek gelire sahip olması indirim sebebi olarak düzenlenmiştir (EHG 4; KHG 7/II; SVG 62/II)⁴⁶⁷.

Burada şunu belirtmek gerekir ki, zararın büyük miktarda gerçekleşmesinin indirim sebebi olarak dikkate alınması, esas itibarıyla sorumlu kişinin kusurunun hafif olması halinde söz konusu olur⁴⁶⁸. Ağır

465 Bkz. beşinci bölüm, dn. 83.

466 Bkz. Oser/Schönenberger, Art. 43, N. 6.

467 Genel olarak bu durumun OR 43/I uyarınca indirim sebebi teşkil edebileceği hususunda bkz. Keller, A., I, 129; Keller/Gabi-Bolliger, 107; Keller/Syz, 103; Guhl/Merz/Koller, 82; v. Büren, 63; Aksi görüşte, Brehm, SJK, N. 25; Oftinger/Stark, I, § 7, N. 63 (Oftinger/Stark'a göre, yüksek gelire sahip olan zarar görenin, uğradığı gelir kaybının bir kısmını kendisinin üstlenmesini gerektirecek bir sebep bulunmaktadır);

Bu hükümlerin uygulamada dikkate alınmadığı hususunda, Brehm, SJK, N. 25; Brehm, Art. 43, N. 63;

Zararın olağanüstü miktarda gerçekleşmesinin zarar görenin lüksünden kaynaklanmasının müşterek hukukta da tazminat yükümlülüğünün sınırlandırılmasına yol açtığı hususunda bkz. v. Tuhr/Peter, § 13, dn. 86;

Buradaki indirimin temelinde yatan düşünce, zararın ekonomik etkisinin varlıklı kişiler için daha az yük teşkil edeceği değil, zararın beklenmedik şekilde çok olmasıdır (Krs. Tiftik, 144; Yılmaz, 44; Oftinger/Stark, I, § 7, N. 49 vd.; Deschenaux/Tercier, 208).

468 Alman hukuku bakımından yapılan çeşitli kanun değişikliği tekliflerinde, zararın olağanüstü ölçüde büyük olması ve sorumlu kişinin de ağır kusurunun bulunması halinde indirimle gidilebileceği görüşü kabul edilmiştir [Bkz. Lange, Gutachten, 37; Hauss, 40; Referentenentwurf, 40 vd.; Hohloch, 463, 475]; Yapılan bu teklifler-

ihmâlin bulunması halinde ancak olayın özelliği indirimi gerektirebilir⁴⁶⁹. Sorumlu kişinin kasdı varsa, artık o takdirde zararın büyük miktarda gerçekleştiği gerekçesiyle indirim yapılamaz⁴⁷⁰. Kasden adam yaralayan kimse, yaraladığı kimsenin, uğradığı gelir kaybı için kendisine karşı açacağı tazminat davasında, onun çok yüksek gelire sahip olduğunu ileri sürüp tazminat yükümlülüğünde indirim yapılmasını isteye-
mez.

Zararın olağanüstü ölçüde yüksek olmasının indirim sebebi teşkil ettiği hallerde, sorumlu kişi, bunun yanında hem kusurunun hafifliğinin (BK 43/I) hem de şartları gerçekleşmişse, müzayaka durumuna düşecek olmasının (BK 44/II) dikkate alınmasını isteyebilir.

§ 7. Zararın Hatır İşlemi veya Zarar Görene Yardım Sırasında Meydana Gelmiş Olması

I. Hatır İşlemi Kavramı

Hatır işlemi olarak nitelendirilen işlemlerin ortak özelliği, bunların karşılıksız⁴⁷¹ ve başkası menfaatine⁴⁷², başka bir ifadeyle kendine yarar sağlamak düşüncesi olmaksızın yapılan edim taahhütlerini içermeleri-

le, Alman Medeni Kanununda kabul gören, tazminatın, failin kusurunun ağırlığına göre belirlenmemesi prensibine ("Alles-oder-Nichts-Prinzip") esneklik getirilmeye çalışılmıştır. Bu tekliflerin gayesi, beklenmedik olay, üçüncü kişinin kusuru gibi, zararın olağanüstü ölçüde büyük olmasına yol açan sebeplerin mevcudiyeti halinde de hâkime, tazminatı düşük belirleme yetkisini tanımaktır (Bkz. Referentenentwurf, 44).

469 BGE 80 III 64'de sorumlu kişinin ağır kusuruna rağmen, zararın büyük çapta gerçekleşeceğinin önceden tahmin edilememesi indirim sebepleri arasında sayılmıştır; BGE 111 Ib 200'de, ağır ihmâl halinde dahi mesleğin tehlikeliliğinin dikkate alınabileceği belirtilmiştir; BGE 50 II 189 = Pra. 13, Nr. 75'de ağır kusura ve BK 44/II'deki şartların gerçekleşmemiş olmasına rağmen, davalının aşırı yük altına girmesi indirim sebebi olarak değerlendirilmiştir.

470 BGE 111 Ib 199; Kasıt ve ağır ihmâl halinde, indirim yapılmaması gerektiği görüldüğünde. Tiftik, 145.

471 Duruma göre, karşılığın düşük olması halinde de, hatır işleminden bahsedilebilir (OR-Schnyder, Art. 43, N. 11; Brehm, Art. 43, N. 57; Hatır taşımaları bakımından bkz. Nomer, İşletenin Hukukî Sorumluluğu, 12; Oftinger/Stark, II/2, § 25; N. 599; Akdî sorumluluk bakımından, Brehm, SJK, N. 21).

472 Bir işin karşılıksız yapılması, onun mutlaka hatır düşüncesi (saiki) ile yapıldığı anlamına gelmez (Kost, 58, 74 vd.);

Yargıtayın istikrar kazanan kararlarına göre, askerlik vazifesi karşılıksız bir borç niteliğinde olduğundan, askerlik vazifesini yaparken başkasına zarar veren kimseye rücu edilirken bu husus da göz önünde bulundurulmalıdır [Yarg. 4. HD, 9.2.1990, 12049/1110 (Karahasan, II, 1363); Yarg. 4. HD, 13.6.1989, 2116/5355; Yarg. 4. HD, 23.5.1989, 11193/3579; Yarg. 4. HD, 8.4.1988, 346/3623; Yarg. 4. HD, 19.1.1988, 8083/332 (Karahasan, II, 768-771)].

dir. Bağışlama vaadi, ücretsiz vekâlet gibi bir takım borç doğurucu sözleşmelerde de aynı özellik bulunmakla beraber⁴⁷³, aradaki fark hatır işlemlerinde tarafların bir yükümlülük altına girmek veya bir borçlandırıcı işlem yapmak arzularının bulunmamasıdır.

Hatır işlemleri, tarafları yükümlülük altına sokmaz, ortada borç doğuran bir hukukî işlem söz konusu değildir⁴⁷⁴. Bununla birlikte hatır işlemleri, edimleri muhafaza edebilmenin hukukî sebebini oluştururlar⁴⁷⁵. Yani, hatır işlemi dolayısıyla elde edilen edimler sebepsiz zenginleşmeye yol açmazlar. Dolayısıyla, hatır işlemleri borç doğurmamakla birlikte bir hukukî sonuç doğururlar. Bu itibarla hukukî işlem niteliğine sahiptirler⁴⁷⁶.

Burada problem şudur; Ne zaman borç doğuran bir akit ne zaman bir hatır işlemi söz konusudur? Taraflar bir hukukî işlem yaparlarken, yaptıkları işlemin kendilerini borç altına sokup sokmadığını açıkça belirtmezler. Bu durumda iş, hukukî işlemin yorumuna kalmaktadır⁴⁷⁷. Konu oldukça tartışmalıdır. Bu konuda kesin kriterler getirmek zordur. Yapılacak işin iktisadî ve hukukî bakımlardan taşıdığı önem, özellikle yapılacak işin, lehine edimde bulunulan kimse için taşıdığı önem, yapılacak işin gayesi, türü, menfaat durumu değerlendirilerek bir sonuca varılacaktır⁴⁷⁸.

Örnek olarak bir kimsenin yolculuk esnasında kısa bir süre yanındaki kişiden eşyalarına göz kulak olmasını istemesi halinde, yapılacak işin ricada bulunan için taşıdığı önem dikkate alındığında, bir sözleşmenin kurulduğundan bahsedilebilir⁴⁷⁹. Aynı şekilde, iş gezisine çıkan dostunu havaalanına götürmeye söz veren kimsenin, borç altına girdiği kabul edilebilir. Bunun pratik önemi şurada; Bir borç ilişkisinin ku-

473 Krämer, Allgemeine Einleitung, N. 63.

474 Jäggi'ye göre, bazı durumlarda, tarafların bağlanma arzuları mevcuttur, ancak taraflar bunu hukukî müeyyideye bağlamamışlardır. Yani tarafların eda veya tazminat davası açmak hakları bulunmamaktadır. Herhangi hukukî bir yükümlülüğü bulunmamasına rağmen, bir kimsenin yakınına nafaka yardımında bulunacağı hususunda söz vermesi halinde durum böyledir. Hatır işlemi niteliği taşımamakla birlikte, özellikle iş çevrelerinde rastlanan "centilmenlik anlaşmaları"nda ("gentlemen's agreements") da hukukî müeyyideye bağlı olmayan bir bağlanma iradesi mevcuttur (Schönenberger/Jäggi, Art. 1, N. 121); Centilmenlik anlaşmalarında hukukî bağlanmanın bulunmadığı görüşünde, Flume, 92; Federal Mahkeme bir kararında, kanunen yükümlü olmamasına rağmen bir akrabanın nafaka yardımında bulunacağına söz vermesinin, genellikle bağlanma iradesini içermediğini belirtmiştir (BGE 45 II 298); Ayrıca bkz. Reuss, Karl Friedrich, Die Intensitätsstufen der Abreden und die Gentlemen-Agreements, AcP 154 (1955), 485 vd.

475 Willoweit, 915; Palandt-Heinrichs, § 241, Einl. 2, b.

476 Blume, sütun 651.

477 Schönenberger/Jäggi, Art. 1, N. 123.

478 BGE 116 II 697-698; BGHZ 21, 107; Palandt-Heinrichs, § 241, Einl. 2, a; Bkz. Krämer, Allgemeine Einleitung, 64.

479 Hofstetter, 15.

rulduğu kabul edildiğinde, arkadaşını havaalanına götürmeyi unutan kimse, borcun ifa edilmemesinden dolayı, arkadaşının uğradığı zararı tazmin etmek zorunda kalacaktır (BK 96). Hatır işleminin varlığından hareket edildiği takdirde ise, borç bulunmadığından, borcun yerine getirilmemesinden dolayı tazminat ödenmesi de söz konusu olmayacaktır, -meğer ki, biraz sonra ele alacağımız, mevcut güven ilişkisine dayanan bir tazminat yükümlülüğünün doğabileceği görüşü kabul edilsin-.

Yapılacak iş normalde para karşılığı yapılan bir iş olup lehine edimde bulunulan kimse bu sayede ekonomik kazanç sağlayacak ise ve taraflar bunun bilinciyle hareket etmekteyseler, hatır işleminden ziyade borç doğuran bir akdin varlığından söz etmek daha isabetli olur. Örnek olarak başka bir vasıta ile ücret karşılığı bir yere gidebilecekken otostop yapan kimseyi araca almak⁴⁸⁰, seyahate çıkacak olan dost veya akrabasının çocuğuna bakmak, hekim, avukat, mimar veya mühendis gibi bir mesleğe sahip olan dost veya akrabadan veya bir bankadan tavsiye veya bilgi almak, borç doğuran bir akdin kurulduğunu gösterir⁴⁸¹. Öyle ki, söz konusu hekim, avukat, mühendis veya bankacı, kendi meslek grubundan beklenen dikkat ve itinayı gösterme yükümlülüğü altındadır. Gene bir kimsenin, akrabasına ev veya evinin bir yerini tahsis etmesi, âriyet sözleşmesi olarak nitelendirilebilir. Küçük çocukların ana-babalarının yanında oturmalarını bundan ayrı tutmak gerekir. Reşit olmayan çocuklara bakmakla yükümlü olan ana-baba, kanundan doğan bir yükümlülüğü yerine getirmektedirler.

Buna mukabil, arkadaşı ile eğlenmek üzere arabasıyla bir yere giden veya yolda arkadaşını görüp aracına alan⁴⁸² veya misafirini otobüs terminalinden alıp evine getiren⁴⁸³ kimsenin yaptığı iş hatır içindir, borç doğuran bir akitten bahsedilemez. Gene, bir kimseyi bir yemeğe veya partiye davet etmek⁴⁸⁴, bağışlama vaadi olmadığı gibi, evdeki eşyaların misafir tarafından kullanılmasına izin verilmesi âriyet sözleşmesinin kurulduğu anlamına gelmez⁴⁸⁵.

480 Bkz. Kallmeyer, 28; Hatır taşımalarının kural olarak sözleşme ilişkisine dayandıkları görüşünde. İyimaya, 275; Alman hukukunda kural olarak, hatır taşımalarının bir hukukî yükümlülüğe dayanmadığı kabul edilmektedir. Bkz. Stoll, 25, dn. 4; Münch-Komm-Kramer, Einl., N. 31; Palandt-Heinrichs, § 241, Einl. 2, c; Hatır taşımalarının bir sözleşme ilişkisine dayanmadığı görüşünde, Yarg. 4. HD, 25.4.1983, 3642/4480 (YKD 1984/4, 560); Yarg. 15. HD, 8.1.1975, 1515/65 (Karahasan, II, 808); Franko, 75; Komşuya yardım olsun diye bütan gazı ocağını tamir etmenin sözleşme ilişkisine dayanmayacağı görüşünde, Yarg. 4. HD, 16.5.1977, 9856/5867 (YKD 1978/9, 1462).

481 v. Tuhr/Peter, 417, dn. 65.

482 Schönerberger/Jäggi, Art. 1, N. 121; Kramer, Allgemeine Einleitung, N. 65; BGE 52 II 451: Davacı at arabası ile yolda giderken, davalıyı görmüş ve arabasına almıştır.

483 Kallmeyer, 31.

484 Kramer, Allgemeine Einleitung, N. 65; Schönerberger/Jäggi, Art. 1, N. 121.

485 Kallmeyer, 31.

İsviçre Federal Mahkemesi şöyle bir kıstas getirmiştir; Bir mesleğin icrasına dayanmayan ve para karşılığı yapılmayan hatır işleri bir sözleşmeye dayanmazlar⁴⁸⁶. Federal Mahkeme, bu kıstasa bağlı kalarak, bir bankadan mevcut bir hukukî işleme dayanmadan bilgi alınmasını⁴⁸⁷ ve kalorifer tesisatının yerleştirilmesinde bir tanıdıktan tavsiye alınmasını⁴⁸⁸, hatır işlemi olarak nitelendirmiştir⁴⁸⁹.

Federal Mahkemenin uyguladığı kıstas, hatır işlemlerinin kapsamını sözleşme aleyhine oldukça genişletmektedir⁴⁹⁰. Vekâlet sözleşmesinin ücretsiz olabileceği (BK 386/III) göz önünde bulundurulduğunda, bir bankadan veya belli bir mesleğe sahip dost veya akrabadan bilgi veya tavsiye alınması halinde, duruma göre, bir sözleşme ilişkisinin varlığı kabul edilebilir⁴⁹¹.

Hatır işleminin varlığı kabul edildiğinde bir başka problemle karşılaşılmaktadır. Hatır işlemlerinde borç ve borca aykırılık söz konusu değildir. Haksız fiil hükümlerine göre tazminat talebinde bulunabilmek için⁴⁹² ise hukuka aykırı bir durumun mevcudiyeti gerekir. Vücut bütünlüğünün ihlali gibi mutlak hak ihlallerinde özellikle hatır taşınması sırasında meydana gelen zararlar bakımından bir problemle karşılaşılmaz. Mutlak hakkın ihlali hukuka aykırıdır. Buna mukabil yanlış bir bilgi verilmesini veya isabetli olmayan bir tavsiyede bulunulmasını yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Federal Mahkeme, bu engeli şu şekilde aşmıştır; Kendisine başvuru kişi, garanti eden konumuna gelir, sözleşme dışı özen gösterme yükümlülüğü ve bunun kusurlu ihlâ-

486 BGE 116 II 699; 111 II 473; 57 II 85; 41 II 82; Zürich Kantonu İstinaf Mahkemesi kararı, ZR XLVI (1947), 377, Nr. 179; Ayrıca bkz. 80 III 54.

487 BGE 68 II 302; 57 II 85; 41 II 82; Federal Mahkeme kararı, SJZ 31 (1934-1935), 187.

488 BGE 116 II 699; Aynı yönde, Honsell, 77.

489 Federal Mahkeme başka bir kararında, bir lambaya değer biçilmesi hususunda, bu işle uğraşan bir firmaya danışılmasını, sözleşme ilişkisi olarak nitelendirmiştir (BGE 112 II 350).

490 Kuhn, SJZ 82, 355; Kaiser, 39 vd.; Meier-Schatz, 159.

491 v. Tuhr/Peter, 417, dn. 65; Aksi yönde, Oser/Schönerberger, Art. 394, N. 13; Gautschi, Art. 394, N. 44a.

492 Sorumluluğun haksız fiil hükümlerine dayandığı hususunda bkz. Kuhn, SJZ 82, 350, 352 vd., 355; Kramer, Allgemeine Einleitung, N. 69; Gautschi, Art. 394, N. 44b; v. Büren, 262; Oser/Schönerberger, Art. 394, N. 13; Becker, Art. 41, N. 71 vd.; Merz, Vertrag, 80, N. 135; Müller, 80 vd.; Palandt-Heinrichs, § 241, Einl. 2, b; Flume, 90 vd.; Nietlispach, 62;

Sosyal temas sebebiyle taraflar arasında akit benzeri özel bir bağlılık söz konusu ise kıyasen culpa in contrahendo hükümlerine başvurulmasını savunanlar da bulunmaktadır (MünchKomm-Kramer, § 241, N. 33; Willoweit, 915; Palandt-Heinrichs, § 241, Einl. 2, b); Bkz. aşağıda dn. 495; Culpa in contrahendo hükümlerinin sözleşme görüşmesinden doğan yakınlaşmalarda uygulanacağı hususunda bkz. BGE 116 II 698; Zürich Kantonu Ticaret Mahkemesi kararı, ZR XLVI (1947), 377, Nr. 179.

linden dolayı tazminat yükümlülüğü doğar⁴⁹³. Bunun anlamı şudur; Burada MK 2'deki dürüstlük kuralından kaynaklanan bir davranış yükümlülüğü söz konusudur. Kişiler, haklı bir güven yarattıktan sonra bu güveni boşa çıkartmamalıdır. Bu davranış yükümlülüğü herkese karşıdır⁴⁹⁴.

Kanaatimce, özen gösterme yükümlülüğünün varlığı kabul edilecekse, o takdirde bunu doğrudan doğruya tarafların yaptıkları anlaşmaya -hatır işlemi edim borcu doğurmasa dahi bir hukukî işlemidir- dayandırmak veya bu da olmazsa taraflar arasında, culpa in contrahendo'da olduğu gibi, MK 2'deki dürüstlük kuralından kaynaklanan "kanunî koruma ilişkisi"nin kurulduğunu kabul etmek daha isabetli bir çözüm tarzı olacaktır⁴⁹⁵. Kanunî koruma ilişkisinin kurulduğundan hareket edildiğinde de bu ilişkiye, kıyasen, borca aykırılık hükümleri uygulanacaktır.

Diğer bir durum, taraflar arasında bir anlaşma -bir hatır işlemi- bulunmamasına rağmen, sorumlu kişinin zarar görene yardım etmeye kalkışması ve yardım sırasında ona zarar vermiş olması halidir. Yolda arızalanan aracı itmeye çalışan araç sahibine yardım olsun diye, aracı itmeye başlayan kimsenin, hafif dikkatsizlik neticesi araca verdiği zarardan haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olması hali bu duruma örnek teşkil eder.

II. Tazminat Yükümlülüğüne Etkisi

Zararın hatır işlemi veya zarar görene yardım sırasında meydana gelmiş olması kanunda açıkça indirim sebebi olarak belirtilmemiştir. Bununla birlikte bu konuya ilişkin olarak kanunda bazı özel hükümler yer almaktadır. Örnek olarak borca aykırılığa ilişkin olarak BK 98/I, c. 3 hükmü⁴⁹⁶ şöyle demektedir; "Hususiyle iş borçlu için bir faideyi mücip olmadığı surette, mesûliyet daha az şiddetle takdir olunur."⁴⁹⁷ Ben-

⁴⁹³ BGE 116 II 699; 111 II 474; 57 II 86; Aynı yönde, Guhl/Merz/Koller, 176; Oftinger/Stark, § 16, N. 117 vd.; Ayrıca bkz. Flume, 87;

Nietlispach, 64-65: Bunun yanında, iradenin serbetçe oluşmasına ilişkin kişilik hakkının veya tavsiye veya bilginin ilişkin olduğu hak konusu şeyin veya hakkın ihlâl edilmiş olmasına dayanılabilir.

⁴⁹⁴ Kuhn, SJZ 82, 353, 356.

⁴⁹⁵ Altop, 93 vd.; 120 (bankaların verdikleri bilgiler bakımından); Kramer, Allgemeine Einleitung, N. 68, N. 147; Kaiser, 183 vd.; Meier-Schatz, 161; Bu anlamda, Blume, sütun 652; MünchKomm-Kramer, Einl., N. 34; Aksi görüşte, Merz, ZBJV 124, 217; Kuhn, SJZ 82, 350, 355.

⁴⁹⁶ Benzer bir hüküm bağışlama sözleşmesine ilişkin olarak BK 243'de yer almaktadır.

⁴⁹⁷ İsviçre uygulaması bu hükme (OR 99/I) dayanarak tazminat yükümlülüğünde indirim gitmektedir (BGE 99 II 182; 92 II 242; Bu yönde, Oftinger/Stark, I, § 7, N. 69). Savunulan diğer bir görüşe göre bu hüküm ile, sorumluluk ölçütünde bir indirim yapılmıştır, yani hafif kusur halinde sorumluluğun hiç kurulmaması amaçlanmıştır (OR-Wiegand, Art. 99, N. 13).

zer bir hüküm, vekâletsiz iş görmeye ilişkin olarak BK 411/II'de yer almaktadır; "Şu kadar ki o kimse, iş sahibinin marûz bulunduğu zararı bertaraf etmek için yapmış ise, mesûliyeti tahfif olunur."

Bu hükümlere göre, zararın, zarar görenin rızası bulunmamasına rağmen, onun marûz bulunduğu zararın bertarafı kasdıyla iş görülürken (BK 411) veya zarara uğrayanın rızası ile (sözleşme uyarınca) onun yararına hareket edilirken meydana gelmiş olması (BK 98/I), sorumluluğun daha az şiddetle takdir olunmasına yol açar. Bir genelleme yapmak gerekirse, bu hükümlerin temelinde yatan düşünce şudur; İster zarar görenin isteği üzerine olsun ister olmasın, zarar görenin menfaatine iş görülürken ona zarar verilmiş olması, indirim sebebi teşkil eder⁴⁹⁸. Aynı prensip, genel anlamda haksız fiilden doğan sorumluluklar bakımından da geçerli kabul edilmelidir. BK 43/I'deki "hâl ve mevkinin icabı" şeklindeki geniş ifade haksız fiiller bakımından da bu prensibin kabulüne imkân tanımaktadır⁴⁹⁹. Karşılıksız olarak bir menfaat temin eden kimse, hattâ bunu arzu eden kimse, kendisi lehine iş görülürken doğacak olumsuz sonuçların bir kısmına kendisi katlanmalıdır. Dostane davranışlar cezalandırılmamalıdır⁵⁰⁰.

Örnek olarak komşusu mobilyalarını taşırken ona yardıma koşan kişinin hafif kusurla mobilyalara zarar vermesi halinde, zararın zarar görene yardım sırasında meydana gelmiş olması indirim sebebi olarak kabul edilmelidir⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ OR 99/II, 248/I ve 420/II (BK 98/I, c. 3; 243; 411/II) hükümlerinin temelinde hatır düşüncesinin yattığı hususunda bkz. Kramer, Allgemeine Einleitung, N. 69; OR 99/II (BK 98/I, c. 3) hükmü bakımından aynı görüşte, Keller, A., I, 130; Guhl/Merz/Koller, 83; Geisseler, 21; Aynı anlamda, Stark, Skriptum, N. 394.

⁴⁹⁹ Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Alttop, 601; Tandoğan, Mesuliyet, 327; Brehm, Art. 43, N. 55; OR-Schnyder, Art. 43, N. 11; Oftinger/Stark, I, § 7, N. 65, 67; Keller/Gabi-Bolliger, 107; Keller/Syz, 104; Brehm, SJK, N. 19;

Kost ve Stark, hatır işlemi dolayısıyla yapılacak indirimi başka şekilde izah etmektedirler; Kost'a göre hatır için davranan kişinin, kusuru, bu sebeple daha hafif gözüktür (Kost, 51); Stark'a göre, hatır işlemlerinde, kusurun sorumluluk şartı olmasındaki sebep -kullanacak nitelikte olma, Vorwerflichkeit- ortadan kalkar (Stark, auf eigene Gefahr, 41); Merz ise, hatır işlemi dolayısıyla indirim yapılmasına karşı çıkmaktadır. Hatır için iş yapan kimse de en az diğer kişiler kadar dikkat ve itinayı göstermelidir (Merz, OR, 232).

⁵⁰⁰ Kallmeyer, 2.

⁵⁰¹ Keller/Gabi-Bolliger, 108; Keller/Syz, 104;

Yarg. 4: HD, 16.5.1977, 9856/5867 (YKD, 1978/9, 1462): Komşusunun çağrısı üzerine onun bütün gazı ocağını tamire çalışan kimse bir yangına sebep olmuştur. Yardımın hatır için yapılması BK 43/I uyarınca indirim sebebidir;

BGE 89 I 497: Sağlık makamlarının yeterli bilgi vermemesi yüzünden koyun sahibine, kendi koyunlarından hastalık bulaşmıştır. Şu var ki, ilgili makam, koyun sahibinin yararına, hayvanların derhal öldürülmesini istememiştir;

BGE 52 II 457: Kararda, hatır için bir kimsenin at arabası ile taşınması indirim sebebi kabul edilmiştir;

Zürich Kantonu İstinaf Mahkemesi kararı, ZR LXXI (1972), 218, Nr. 72: Mesleği ressam olan davalı, karısının kuzininin evine anten takmış ve yaptığı hata yüzün-

Şunu da belirtmek gerekir ki, tazminat yükümlülüğünde indirime gidilebilmesi için, verilen zararın, hatır için yapılan iş ile bağlantılı olması gerekir⁵⁰². Örnek olarak hatır taşınması sırasında çıkan tartışma sonucu taraflardan biri yaralanırsa, hatır taşınması tazminatın belirlenmesinde bir rol oynamaz.

Zararın, zarar görene yardım veya hatır işlemi sırasında meydana gelmiş olmasının indirim sebebi olarak dikkate alınması, esas itibarıyla zarar verenin hafif kusurunun bulunduğu hallerde söz konusu olur. Ağır kusur halinde hâkim çekimser davranmalıdır⁵⁰³. Kast halinde ise artık işin hatır saiki ile görüldüğünden söz etmek kolay değildir.

Hatır için yapılan işlerin belli başlılarından birisi hatır taşımalarıdır. KTK 87/I'e göre, "Yaralanan veya ölen kişi, hatır için karşılıksız taşınmakta ise veya motorlu araç, yaralanan veya ölen kişiye hatır için karşılıksız verilmiş bulunuyorsa, işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğu ... genel hükümlere tabidir" (BK 41, 55)⁵⁰⁴. Bunun temelinde yatan düşünce şudur; Aracın işletilmesinden kim yararlanıyorsa, aracın işletilme tehlikesini de o üzerine almalıdır. Dolayısıyla, aracın işletilmesinden işleten dışındaki bir kimse yararlanı-

den kadının ölümüne sebep olmuştur. Kararda, antenin hatır için takılması indirim sebebi kabul edilmiştir;

SJK 129, karar no. 241: Zarar görenin dinlenmesi için davet edildiği evin balkonu çökmüştür. Zarar görenin hatır için davet edilmiş olması indirim sebebi kabul edilmiştir.

502 OR-Schnyder, Art. 43, N. 11; Keller/Syz, 104.

503 Keller/Gabi-Bolliger, 108; Keller/Syz, 104; Kast ve ağır ihmâl halinde işin hatır için yapıldığı gerekçesiyle indirime gidilmemesi gerektiği görüşünde, Tiftik, 147; Stark, Skriptum, N. 389.

504 Hatır için taşınan veya kendisine hatır için araç verilen kimsenin uğradığı zararlardan işletenin sorumluluğu genel hükümlere tâbi olduğundan, bu zararlar hatır taşınmasında kullanılan araçta ait zorunlu malî sorumluluk sigortasının kapsamı dışında kalırlar [Yarg. 19. HD, 21.9.1995, 6607/7284 (YKD 1996/2, 262); Yarg. HGK, 5.4.1995, 11-689/274 (YKD 1995/9, 1360); Yarg. 11. HD, 24.5.1993, 3522/3873 (YKD 1993/12, 1831); Yarg. 11. HD, 9. 7. 1992, 1236/8291 (YKD 1992/9, 1381)]; Nitekim, KTK 91 hükmüne göre, zorunlu sigortanın kapsamına, sadece, işletenin KTK 85/I hükmünden doğan sorumluluğunun karşılanması girer. Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası) Genel Şartlarının birinci maddesine göre de zorunlu sigortanın kapsamı, Karayolları Trafik Kanunu'na göre işletene düşen hukukî sorumluluğun karşılanması ile sınırlıdır.

Genel Şartların dördüncü maddesinin (d) bendinde, hatır için kendisine araç verilen kişinin aracı kullanırken verdiği zararlardan dolayı ödemedi bulunan sigortacının işletene rücu düzenlenmiştir. Burada söz konusu olan üçüncü kişilerin uğradıkları zararlardır, yoksa kendisine hatır için araç verilen kimsenin uğradığı zarar, sigortanın kapsamına dahil değildir. İşleten, hatır için kendisine aracını verdiği kimseye karşı genel hükümlere göre *sorumlu* değilse, zaten *sorumluluk* sigortasına konu olabilecek bir durum söz konusu olmaz. Hatır için taşınan veya kendisine hatır için araç verilen kimse, uğradığı zarar için, kazaya karışan diğer araçlara ait zorunlu malî sorumluluk sigortasından yararlanabilir.

yorsa, o takdirde o kimse tehlike esasına dayanan sorumluluk hükümlerinden yararlanamamalıdır⁵⁰⁵.

Buna göre, bir kimse arkadaşı ile birlikte arabasıyla dolaşmaya çıktığında veya bir kimse dolaşması için aracını arkadaşına verdiğinde, kaza neticesi arkadaşı cismanî zarara uğrarsa, Karayolları Trafik Kanununun sorumluluğa ilişkin hükümleri uygulama alanı bulmaz⁵⁰⁶. Bununla birlikte kendisi aracı kullanırken yanındaki arkadaşı zarara uğrayan araç sahibi BK 41/I uyarınca bu zarardan sorumludur⁵⁰⁷. Bu durumda hâkim hatır taşınması sebebiyle tazminat yükümlülüğünde indirime gidebilir (BK 43/I)⁵⁰⁸. Karşılıksız taşıma, hatır işlemi değil de,

505 Stark, auf eigene Gefahr, 42; İsviçre hukukunda hatır taşımalarında ve aracın hatır için bir kimseye verilmesi halinde, işletenin tehlike sorumluluğu devam etmektedir. Fakat taşıma veya aracın verilmesi hatır için yapılmış olduğundan, OR 43/I (BK 43/I) uyarınca indirime gitme yolu açıktır (Kramer, Allgemeine Einleitung, N. 69; v. Tuhr/Peter, 106; Keller, A., I, 130; Kost, 70). Geisseler'e göre SVG 59/III hükmünün yürürlükten kalkmasından sonra kural olarak hatır taşınması sebebiyle indirimle gidilemez (Geisseler, 24-25, 38-39), buna mukabil hatır için aracın verilmesi halinde, bu sebeple indirime gidilebilir (Geisseler, 41).

506 Eş veya yakın akrabasının bir yere götürülmesi veya bunlardan birine kullanması için aracın verilmesi, hatır işlemi olarak kabul edilemez (BGE 117 II 619). Aracını alıp eş ve çocuğu ile bir yere giden kimsenin, bunda maddî ve manevî menfaatinin bulunduğundan söz edilebilir (Yarg. 11. HD, 16.2.1990, 825/963 (YKD 1990/6, 870));

Geisseler'e göre, araç sahibi kendisini yükümlülük altında hissettiğinden böyle davranmıştır (Geisseler, 42); Kanaatimce, bir kimsenin kendisini yükümlülük altında hissederek başkası menfaatine iş görmesi, o işin hatır işlemi sayılmaması için yeterli bir gerekçe olarak görülemez;

Sorumlu kişinin, eşine veya yakın akrabasına zarar vermiş olması da, onun hem hafif ihmâlden hem de ağır ihmâlden sorumlu olmasına engel teşkil etmez (BGE 117 II 614 vd.; Alman hukuku için bkz. Jahnke, 300; Krş. Schaer, N. 964 vd.).

507 Hatır taşınmasında, tarafların zımnî olarak sorumsuzluk anlaşması yaptıklarından veya zarar görenin BK 44/I anlamında zarara rızasının bulunduğundan bahsedilemez (v. Tuhr/Escher, 118, dn. 32a);

Zürich Mahallî Mahkemesi kararı, ZR XXX (1931), 3: Alman uygulamasında hatır için araca binen kimsenin zımnî olarak tazminat alacağından feragat ettiği kabul edilmektedir. Bu görüş İsviçre hukuku bakımından savunulamaz. OR 100'a (BK 99/I) göre, önceden kast ve ağır ihmâlden sorumluluğu kaldıran anlaşmalar geçersizdir.

Bugünkü Alman uygulaması da, kural olarak hatır işlerinde tarafların, sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin zımnî bir anlaşma yapmadıklarını kabul etmektedir (bkz. Jahnke, 300).

508 Yarg. 4. HD, 15.2.1993, 11268/1215 (YKD 1993/6, 860); Yarg. 19. HD, 12.2.1993, 4836/6948 (YKD 1993/6, 915); Yarg. 19. HD, 16.4.1993, 8688/2888 (YKD 1993/11, 1705); Yarg. 4. HD, 21.11.1989, 5896/8951 (Uygur, 565); Yarg. 3.10.1989, 3132/7358 (Uygur, 565); Yarg. 4. HD, 11.2.1988, 8433/1346 (Karahasan, II, 771); Yarg. 4. HD, 30.4.1984, 3198/3471 (YKD 1984/7, 1027); Yarg. 4. HD, 25.4.1983, 3642/4480 (YKD 1984/4, 560); Yarg. 4. HD, 27.5.1982, 4861/5500 (Karahasan, II, 800);

Hatır için binilmesi yasaca yasaklanmış olan devlet aracına mağdurun alınması da BK 43 uyarınca indirime yol açar [Yarg. 4. HD, 3.3.1977, 1626/2428 (Karahasan, II, 778)]; Kararda indirime gerekçe olarak binilmesi yasak olan devlet aracına binilmiş olmasının gösterilmiş olması isabetli değildir. Yargıtayın daha eski bir kararına göre, devlet arabalarına binme yasağı herhangi bir tehlikeyi önlemek maksadıyla konulmamıştır. Dolayısıyla bu yasağın ihlâli BK 44/I uyarınca indirime yol açmaz [Yarg. 4. HD, 31.3.1959, 5331/8212 (Karahasan, II, 709)];

borç doğuran bir akit niteliğini taşımakta ise, gene durum değişmez, hâkim bu sefer BK 98/I uyarınca tazminat miktarını düşük belirler - veya "mesûliyet daha az şiddetle takdir olunur"⁵⁰⁹. Hatır için iş görürken doğan zararın, kıyasen, borca aykırılık hükümlerine göre tazmin edilmesi gerektiği görüşünden hareket edildiğinde de çözüm aynıdır.

§ 8. İktisadî Hayattaki Gelişmelere Engel Olunmaması Gereği

Çevreye verilen zararlardan sorumlulukta (Çevre Kanunu, m. 28), zararın büyüklüğü karşısında, hakimin, iktisadî hayattaki gelişmelere engel olmamak düşüncesi ile tazminatta indirimde gidebileceği görüşü dile getirilmektedir⁵¹⁰.

İşverenin iş kazaları ve meslek hastalığından sorumluluğunun içti-hat yoluyla tehlike sorumluluğu olarak kabul edildiğini ve uygulamanın "kaçınılmazlık" adı altında indirimde gittiğini ve bunun isabetli olmadığını daha önce belirtmiştik⁵¹¹. İşverenin sorumluluğunun tehlike esasına dayandığından hareket edildiğinde, kanaatimce yapılacak indirim, iktisadî hayattaki gelişmelere engel olunmaması gerektiği düşüncesine dayandırılabilir. Ancak, böyle bir indirim imkânının mevcudiyeti, işverenin gerekli tedbirleri almada yeterli özeni göstermemesine yol açabilir. Bu bakımdan, sadece işverenin gerekli tedbirleri almış olmasına rağmen veya işverenin çok ufak bir tedbirsizliği neticesi meydana gelen iş kazaları veya meslek hastalıklarında böyle bir indirimde gidilebilmelidir.

Zürich Mahallî Mahkemesi kararı, ZR XXX (1931), 4: Özel bir tehlike söz konusu olmadıkça hatır için taşıyan kimsenin kendisini tehlikeye attığından bahsedilemez. Bu itibarla OR 44/I uyarınca indirim yapılamaz. OR 43/I uyarınca indirim yapılabilir; Aynı yönde, BGE 117 II 618-619.

509 Hatır taşıması sebebiyle yapılacak indirimin BK 43/I (OR 43/I) ve BK 98/I (OR 99/II) hükümlerine dayandırılabilmesi hususunda bkz. v. Tuhr/Escher, 118, dn. 32a;

Yarg. 4. HD, 25.2.1986, 765/1694 (Çetin Aşçıoğlu, Trafik Kazalarında Hukukî Sorumluluk ve Tazminat Davaları, Ankara 1989, 193, dn. 197); Kararda hatır taşımalarının tek yanlı bir sözleşme ilişkisine dayandıkları ve bu taşımalarından doğan zararın tazmininde BK 43 uyarınca indirim yapılabilmesi kabul edilmiştir. Kararda belirtilmemekle birlikte, BK 43 uyarınca indirim yapılabilmesi BK 98/II hükmünün yaptığı yollama sayesinde mümkün olabilir. Ancak BK 98/I hükmü varken bu yola gitmeye gerek yoktur.

510 Tandoğan, Çevre Kanunu, 38; Oğuzman-Öz, 628.

511 Bkz. yukarıda § 3, C, 8.

Beşinci Bölüm

Zarardan Birden Fazla Kimsenin Sorumlu Olması Halinde Tazminatın Belirlenmesi

§ 1. Genel Olarak

Aynı zarardan birden fazla kimsenin sorumlu olması mümkündür. Aynı zarardan birlikte sorumlu olanlara ilişkin genel hükümler Borçlar Kanununun 50 ve 51 inci maddelerinde yer almaktadır¹.

BK 50, birden fazla kimsenin birlikte ve kusurlu olarak bir başkasına zarar vermesi haline ilişkindir. Madde metninde kusur sözü hiç yer almamasına rağmen, burada mehzaz kanunun Almanca metnine uygun olarak (OR 50/I), zarar ika edenlerin müşterek kusurlu hareket etmiş olmaları aranmaktadır². Birden fazla kişinin karşıt görüşlü kimselere ait ev ve işyerlerini topluca tahrip etmelerinde olduğu gibi³. Burada sorumluluk, aynı hukukî sebebe (haksız fiil sorumluluğu- BK 41/I)⁴ dayanır.

¹ BK 51 hükmüne rağmen, eski İsviçre Borçlar Kanununda mevcut, rücuyla ilişkin münferit bazı hükümler muhafaza edilmiştir (OR/BK 55/II; 56/II; 58/II) (Bkz. Hartmann, 53, özellikle 82 vd.); Bunlar genel prensiplerden ayrılan özel nitelikli hükümler olarak değerlendirilmemelidirler (Oftinger/Stark, I, § 10, N. 95).

² BK 50'nin metni, mehzaz kanunun Fransızca metnine uygun olarak kaleme alınmıştır. Gerek mehzaz kanunun Fransızca metninin gerek Türk hukukunda BK 50'de yer alan hükmün yorumunun, mehzaz kanunun Almanca metnine göre yapıldığı hususunda bkz. Eren, Haftung mehrerer Schädiger, 406, dn. 3; Meselâ, Tandoğan, Mesûliyet, 368; BGE 55 II 314; Sadece sebep olmadan bahseden Fransızca metnin üstün tutulması gerektiği yolunda bkz. Merz, ZBJV 116, 11 vd.; Aynı yönde, Honsell, 82.

³ Yarg. 4. HD, 13.9.1993, 13180/10556 (YKD 1993/10, 1489); Birlikte hareket edenler ancak birbirlerinden beklenen davranışların sonuçlarından sorumludurlar. Meselâ, kavgaya karşılık bir kimseye yumruk atan kimse, yumruk attığı kimsenin beklenmedik şekilde kavgaya karşılık bir başkası tarafından öldürülmesinin veya ağır şekilde yaralanmasının sonuçlarından sorumlu değildir [Yarg. 4. HD, 18.5.1993, 3624/6787, (YKD 1993/9, 1331); Yarg. 4. HD, 26.10.1989, 3938/8185 (Karahasan, II, 1337); Yarg. 4. HD, 26.1.1988, 7927/801; 2.2.1988, 10201/1050 (Karahasan, II, 1338); Yarg. 4. HD, 22.11.1984, 7621/8641 (YKD 1985/4, 492); Yarg. 4. HD, 21.3.1983, 1998/2984 (YKD 1983/7, 977); Yarg. 4. HD, 14.1.1982, 12393/393 (YKD 1982/4, 489); Yarg. 4. HD, 19.9.1977, 7150/8449 (YKD 1978/9, 1465); YKD 4. HD, 25.5.1976, 5263/5405 (YKD 1978/5, 699)].

⁴ BK 50'nin BK 98/II uyarınca akde aykırılıktan doğan sorumluluklarda da uygulama alanı bulacağı hususunda bkz. BGE 115 II 45 ve Giriş, dn. 9.

BK 51 ise birlikte sorumlu olanların farklı hukukî sebeplere göre (haksız fiil, akit, kanun) sorumlu olmaları haline ilişkindir. Örnek olarak kaza sigortasına sahip bir kimse, bir inşaat işçisinin dikkatsizliği sonucu yaralanırsa, inşaat işçisi haksız fiil hükümlerine göre (BK 41/I), istihdam eden BK 55 hükmü uyarınca, kaza sigortasını yapan sigortacı ise sözleşme hükümleri uyarınca sorumludur⁵.

Her iki maddenin de kapsamına girmeyen hallerde ise, BK 51 hükmü kıyasen uygulama alanı bulur⁶. Bu haller, müşterek kusurları bulunmamakla birlikte birden fazla kişinin haksız fiil hükümlerine (BK 41/I) göre sorumlu olması hali ile, birden fazla kimsenin haksız fiil hükümleri (BK 41/I) dışında, aynı sebepten veya aynı sırada yer alan farklı sebeplerden sorumlu olmaları halidir. Bekçinin ihmalkâr davranışı sebebiyle işyerinin soyulması⁷ veya müşterek veya iştirak halindeki maliklerin BK 58 uyarınca⁸ sorumlu olmalarındaki gibi⁹.

İster BK 50 hükmünün ister BK 51 hükmünün kapsamına girsin, bütün birlikte sorumluluk hallerinde ortak olan nokta, zarar görenin di-

- ⁵ Sigorta sözleşmesinden doğan sorumluluk bakımından TTK 1301/I ve 1361/I hükümleri göz önünde bulundurulmalıdır. Bkz. aşağıda dn. 93, 27.
- ⁶ Oğuzman-Öz, 676; Bkz. Tandoğan, Mesuliyet, 371, 380, 389; Hartmann, 32 vd.; Birden fazla sorumlunun, aynı veya farklı sebep sorumluluklarına göre birlikte sorumlu olmaları halinde eksik teselsül hükümlerinin uygulanacağı hususunda bkz. Jansen, 20-21.
- ⁷ Müşterek kusurları bulunmamakla birlikte BK 41/I hükmü uyarınca sorumlu olmaya ilişkin diğer örnekler şunlardır; BGE 66 II 114: Kararda açığa bırakılan benzin varilene bir çocuk tarafından yanan kibrit atılmıştır; BGE 112 II 138: Kararda dolu bırakılan silah, silahı eline alan işçinin elinde patlamıştır; Krş. BGE 45 II 316: Kararda, müşterek kusurları olmaksızın, iki kişinin ihmalkâr davranışla zarara sebep olmaları, BK 50'nin kapsamında değerlendirilmiştir.
- ⁸ Müşterek veya iştirak halindeki maliklerin, BK 58'den doğan sorumlulukta, zarar görene karşı zararın tamamından sorumlu oldukları hususunda bkz. Keller, A., I, 197; Meier-Hayoz, Art. 646, N. 112; Oftinger/Stark, I, § 10, N. 23-24; Oftinger/Stark, II/1, § 19, N. 30; Becker, Art. 58, N. 21; BGE 117 II 50 = Pra. 81, Nr. 140; Yarg. 4. HD, 17.10.1988, 5655/8693 (Karahasan, II, 1320); Yarg. 4. HD, 11.10.1977, 9821/9394 (Uygur, 936); Yarg. 4. HD, 28.3.1989, 11159/2848 (Uygur, 935) (Karar kat maliklerinin birlikte sorumluluğuna ilişkindir); Son iki kararda müşterek kusur şartı üzerinde durmadan doğrudan BK 50 hükmüne dayanılmış olması isabetli değildir; MK 656 ve BK 58 bakımından, Yarg. 4. HD, 28.2.1980, 8805/2578 (YKD 1981/11, 1416).
- Müşterek maliklerin, zarar görene karşı payları oranında sorumlu olmaları gerektiği görüşünde, Brehm, Art. 58, N. 17; Merz, OR, 71; v. Tuhr/Peter, 467; Oser/Schönenberger, Art. 58, N. 14;
- Bir aracın birden fazla işleteni bulunduğu takdirde herbiri zarara uğrayana karşı müteselsilen sorumludur [Yarg. 4. HD, 4.3.1981, 1249/2594 (Karahasan, II, 1325); Oftinger/Stark, I, § 10, N. 23; II/2, § 25, N. 116]. KTK 88 hükmünden çıkan sonuç da budur.
- ⁹ Aynı sırada yer alan farklı sebeplerden sorumluluğa ilişkin bir örnek olarak bkz. BGE 115 II 48: Kararda, mimar ile müteahhidin akdi yükümlülüklerinin ve sorumluluklarının farklı olması dolayısıyla bunlar arasında eksik teselsülün bulunduğu sonucuna varılmıştır.

lerse sorumlulardan birine veya bir kaçına dilerse hepsine birden, zararın tamamının tazmini için hukukî takipte bulunabileceği ve tazminat alacağıının, sorumlulardan birinden tahsil edilen miktar kadar¹⁰ diğer sorumlulara karşı da sona ereceği hususudur¹¹.

Sosyal sigortaların bir özelliği daha bulunmaktadır. Sosyal sigorta kurumu ile birlikte işverenin de sorumluluğu söz konusu olabilir. Fakat uygulamada sorumluluk, sosyal sigortalara kanalize edilmiştir¹², başka bir ifade ile zarara uğrayan sigortalının işverene değil, öncelikle sosyal sigorta kurumuna başvurması gerektiği kabul edilmektedir. Zarar gören, ancak, sosyal sigortadan alacağı para zararını tam olarak karşılamaya yetmediği takdirde, arta kalan zararı için diğer sorumlulara başvurabilir¹³. Oysa genel kural uyarınca, zarar görenin dilerse sosyal

- ¹⁰ Sorumlulardan biri aleyhine dava açılmış veya icra takibinde bulunulmuş olması, diğer sorumlular hakkında dava açılmasına [Yarg. 4. HD, 25.12.1979, 10921/14565 (Karahasan, II, 1326)] veya aleyhlerinde icra takibinde bulunulmasına [Yarg. 4. HD, 8.9.1982, 6124/7437 (Karahasan, II, 1351)] engel teşkil etmez.
- ¹¹ Hartmann, 38; Stark, Skriptum, N. 980; Oftinger/Stark, I, § 10, N. 20, 35-36; Keller, A., II, 155; Keller/Gabi-Bolliger, 137; BGE 114 II 342 (= Pra. 79, Nr. 168); 112 II 143; 93 II 333;

Yargıtay'ın görüşüne göre, zarar gören, sorumluların zarardan müteselsilen sorumlu olmalarını talep etmedikçe, sorumlular iç ilişkideki payları oranında sorumlu olurlar. Zira hâkim talepten fazlasına hükmedemez (HUMK 74) [Yarg. 4. HD, 21.11.1989, 8419/8958 (Uygur, 420); Yarg. 4. HD, 3.10.1989, 2656/7354 (Uygur, 587); Yarg. 4. HD, 5.6.1989, 2008/5096 (Uygur, 579); Yarg. 4. HD, 6.6.1989, 1937/5150 (Uygur, 585); Yarg. HGK, 14.2.1986, 4-633/144 (Karahasan, II, 1347); Yarg. 4. HD, 6.3.1984, 1694/2208 (Karahasan, II, 1349); Yarg. HGK, 24.6.1983, 9-533/724 (YKD 1984/6, 838); Yarg. 4. HD, 20.6.1983, 5453/6298 (YKD 1984/5, 727); Yarg. 4. HD, 20.10.1982, 8378/9139 (YKD 1983/1, 49)]. Kanaatimce bu görüş isabetli değildir. Zira sorumluların dış ilişkideki borcu zararını tamamını karşılanmasındır. İç ilişkideki oranlara göre zararın tazmin edilmesine hükmedilemez.

Meblağ sigortası şeklinde yapılan hayat sigortalarında durum özellik taşır. Bunlarda, sigortadan alınan tazminat, diğer sorumluların borçlarını sona erdirmesini (bkz. aşağıda dn. 90); Zarar sigortalarında ise, tazminat alacağıının, sigortacının yaptığı ödeme miktarında diğer sorumlulara karşı da sona ermesi, zarar görenin bundan olumsuz yönde etkilenmemesi şartına bağlıdır [Bkz. aşağıda § 3, II, A'nın sonu; Yarg. 4. HD, 5.1.1978, 11251/5 (YKD 1979/3, 346)].

- ¹² Burada sorumluluğun hukukî bakımdan kanalize edilmesi söz konusudur. Bu konuda bkz. dördüncü bölüm, § 6.
- ¹³ Zarar görene sosyal sigorta kurumuna başvurması (ve gerekirse Kurum kararına karşı itiraz hakkını kullanması) için mehil verilmesi gerektiği hususunda bkz. Yarg. 9. HD, 27.6.1994, 5375/10126 (YKD 1994/10, 1627); Yarg. 9. HD, 3.2.1992, 12836/859 (YKD 1992/884); Yarg. 9. HD, 1.12.1988, 11883/11410 (YKD 1989/5, 672); Yarg. 9. HD, 15.10.1986, 8169/9242 (YKD 1987/3, 423);

Buna gerekçe olarak, zarar görenin hem sigortadan hem de diğer sorumludan tazminat almasına ("mükerrer ödemeye") engel olunması gerektiği gösterilmektedir [Yarg. HGK, 21.3.1990, 9-71/198 (YKD 1990/10, 1441); Yarg. 9. HD, 28.11.1989, 10192/10368 (YKD 1990/5, 677); Yarg. 9. HD, 5.5.1986, 3650/4571 (YKD 1987/5, 718); Yarg. 4. HD, 22.5.1980, 4021/6878 (Uygur, 382)]; Birlikte sorumluluk gereği sorumlulardan birinin yaptığı ödeme ile diğerinin de sorumluluğunun sona ereceğinden hareketle aynı sonuca varılabilirdi. Nitekim Yargıtay bir kararında, BK 51 hükmünden

sigorta kurumundan dilerse diğer sorumlulardan uğradığı zararın karşılanmasını talep edebilmesi gerekirdi¹⁴.

Sözleşmeden doğan sorumlulukları bir tarafa bırakırsak, BK 51 hükmünün kapsamına giren hallerde, birlikte sorumlu olanların sorumlulukları, ya kusura dayanan (dar anlamda) haksız fiil sorumluluğuna ya da bir kusursuz sorumluluk haline dayanır. Bu tip sorumluluk hallerinin bir araya geldiği durumlarda, sorumluluğu doğuran olaylar birlikte zarara yol açmışlardır¹⁵. Bununla birlikte, zararın meydana gelişinde rol oynayan olaylardan birinden sorumlu olmak, o olayın (sebebin) uygun illiyet bağı çerçevesinde yol açacağı zararın tamamından sorumlu olmak için yeterlidir¹⁶.

BK 50 hükmünün kapsamına giren hallerde ise sorumluluğa yol açan olaylar birlikte zarara yol açabilecekleri gibi, ayrı ayrı zararın bir kısmının doğumuna da yol açmış olabilirler. Sorumlular, müşterek kusurla hareket ettiklerinden, herhâlükârda, herbiri diğerinin verdiği zarardan da sorumludur¹⁷. Buna göre, bir kimse gözcülük yaparken diğeri bir evi kundaklamışsa, gözcülük yapan da doğan zararın

hareketle, sorumlu kişinin zarar görene yaptığı ödeme miktarında tazminat borcunun sona erdiğine, buna rağmen zarar görene ödemede bulunan Sigorta Kurumunun sorumlu kişiye rücu edemeyeceği sonucuna varmıştır [Yarg. HGK, 8.4.1983, 10-173/354 (YKD 1984/7, 973)]; Kurum, kendisine mükerrer ödemede bulunulan hak sahibine rücu eder. Bağ-Kur K. m. 63/II'de, söz konusu rücu hakkının saklı olduğuna ilişkin özel hüküm bulunmaktadır.

¹⁴ İsviçre hukukunda, sosyal sigorta kurumunun, ödeme anından itibaren değil, kaza anından itibaren tazminat alacaklısının haklarına halef olması esas kabul edilmiştir (Bkz. Oftinger/Stark, I, § 11, N. 6; Schaer, N. 529). Dolayısıyla tazminat alacaklısının alacağı, sigortaca karşılanmayan zarar miktarı ile sınırlıdır. Buna mukabil genel kural, zarar görenin dilerse sigortacıyı dilerse diğer sorumluları takip edeceğidir (Oftinger/Stark, I, § 11, N. 3).

¹⁵ Bazen, sebeplerden herbiri tek başına zararı meydana getirecek nitelikte olduğu halde, somut olayda hangisinin zarara sebep olduğu tesbit edilemeyebilir (yanışan illiyet), o takdirde sebeplerden herbiri sorumluluğu doğuran olay olarak dikkate alınır (Stark, Entlastungsgründe, 52 vd., dn. 8; v. Tuhr/Peter, 94; Oftinger/Stark, I, § 3, N. 130; Eren, Uygun İlliyet, 159); Bu durumda, sorumlular müşterek kusurla hareket etmemişlerse, aralarında BK 51 uyarınca eksik teselsülün bulunduğu bahsedilebilir (Oğuzman/Öz, 502, dn. 117). Yargıtay BK 50 hükmüne dayanmaktadır [Yarg. 4. HD, 27.10.1989, 3793/8235 (YKD 1990/2, 203); Yarg. 4. HD, 22.11.1984, 7621/8641 (YKD 1985/4, 492); Yarg. 4. HD, 20.1.1978, 8495/631 (Karahasan, II, 699); Krş. aşağıda dn. 18'deki polis memurlarının sorumluluğuna ilişkin Yargıtay kararları].

¹⁶ Tandoğan, Mesuliyet, 368; v. Tuhr/Peter, 465; Stark, Entlastungsgründe, 6; Oftinger/Stark, I, § 3, N. 83.

¹⁷ Stark, Entlastungsgründe, 42 vd., 61; Ayrıca bkz. Gürkanlar, 54 vd.; Şu var ki, BK 50/II'de yataklık eden kimsenin sorumluluğu, kardan aldığı hisse veya olaya iştiraki sonucu sebep olduğu zarar miktarıyla sınırlandırılmıştır (Oğuzman-Öz, 667); Bunun gayesi, olaya sonradan katılan yataklık edenin, zararın sadece kendi davranışı ile uygun illiyet bağı içindeki kısmından sorumlu olmasını sağlamaktır (Oser/Schönenberger, Art. 50, N. 11; Brehm, Art. 50, N. 66); Ayrıca bkz. aşağıda dn. 68.

tamamından zarar görene karşı sorumludur. Veya birlikte bir evi taşıyan iki kişiden herbiri, diğerinin attığı taşların verdiği zarardan da ev sahibine karşı sorumludur¹⁸.

Birlikte sorumlu olan kimselerin, zarardan kendilerine düşen payla sorumlu olmayıp, zarar görene karşı zararın tamamından sorumlu olmalarının sebebi, zarar görene elverişli bir durum yaratmaktır¹⁹. Böylece zarar gören sorumlulardan her birine ayrı bir dava açmaktan kurtulacaktır. Diğer yandan, sorumlulardan biri ödeme gücüne sahip olmadığı takdirde, bunun yükü zarar görenin üzerinde kalmayacaktır²⁰.

BK 50 ve 51 hükümleri arasındaki temel fark, BK 50 hükmü uya-

¹⁸ BGE 100 II 332 = Pra. 64, Nr. 67: Birlikte kibritle oynayan 3 çocuktan biri yangına sebep olmuştur. Diğer çocuklar da doğan zarardan müteselsilen sorumludurlar;

BGE 104 II 184 = Pra. 67, Nr. 234: Birlikte ok ve yayla oynayan 3 çocuktan biri diğerine zarar vermiştir. Üçüncü çocuk da zarardan müteselsilen sorumludur;

BGE 79 II 69 = Pra. 42, Nr. 106: Seyircilerden birinin yaralanmasına yol açan buz hokeyi oyuncusunun yanında, oyunu tertipleyen oyuncularla, davetli spor kulübü de zarardan müteselsilen sorumludurlar;

BGE 71 II 107 = Pra. 34, Nr. 131: Çay bahçesinde tüfikle atış yaparken bir kimsenin yaralanmasına sebep olan kimsenin yanında, atışın yapılmasında rol oynayan diğer kimseler ile çay bahçesini işleten kimse de, zarardan müteselsilen sorumludur;

BGE 57 II 420: Birden fazla saldırgandan herbiri, diğerlerinin verdiği zarardan da sorumludur;

Zürich Kantonu İstinaf Mahkemesi Kararı, ZR LXVI (1967), 215, Nr. 107: 12,5 yaşındaki çocuğun, kendisine teslim edilen bir cins tüfikle yaptığı atış neticesi doğan zarardan, tüfeği teslim eden de sorumludur;

Mermilerden birinin ölen kişiye isabet etmiş olmasına ve merminin kimin tabancasından çıktığı tesbit edilememesine rağmen, ateş açan polis memurları BK 50 hükmü uyarınca zarardan müteselsilen sorumludurlar [Yarg. 4. HD, 12.10.1987, 8070/7381 (Karahasan, I, 962); Aynı yönde, 4. HD, 15.2.1983, 229/1527 (Karahasan, II, 688); Krş. yukarıda dn. 15].

Birden fazla hayvan sahibi müşterek kusurla hayvanlarını başkasının arazisine sokmuş iseler, o takdirde herbiri arazi sahibine karşı zararın tamamından sorumludur (BK 50). Müşterek kusur yoksa, herbiri kendi hayvanını verdiği zarardan sorumludur (veya hayvan sahipleri garameten sorumludurlar). Hayvanlar, sahipleri dışında bir kimse tarafından araziye sokulmuşlarsa, hayvan sahipleri şartları gerçekleşmişse BK 56 uyarınca zararın tamamından eksik teselsül hükümleri uyarınca sorumludurlar (BK 51). BK 56 hükmünün şartları gerçekleşmemişse, hayvan sahipleri TCK 518-519 hükümleri uyarınca zarardan garameten sorumlu olurlar. Yargıtay, bizzat sahipleri tarafından başkasının arazisine sokulan hayvanların verdikleri zararda da, TCK 518-519 hükümlerini uygulamaktadır [Yarg. 4. HD, 4.2.1992, 12730/863 (YKD 1992/5, 692); Yarg. 4. HD, 25.9.1986, 5839/6484 (Karahasan, I, 972); Hayvan sahiplerinin birlikte anlaşarak zararı meydana getirmeleri halinde, müteselsil sorumluluğun söz konusu olacağı yolunda, Yarg. 4. HD, 31.5.1987, 9186/7265 (Uygur, 540); Yarg. 4. HD, 26.4.1984, 3557/4193; Yarg. 4. HD, 13.2.1979, 8316/1714 (Uygur, 804-805)].

¹⁹ Ashında her sorumlu sebep olduğu zarar miktarıyla sorumlu olmalıydı. Zarar görenin durumunu iyileştirmek gayesiyle müteselsil sorumluluk esas kabul edilmiştir (Oftinger, I, 337; Bu yönde, Oftinger/Stark, I, § 10, N. 10-11; Keller, A., II, 154).

²⁰ Oftinger/Stark, I, § 10, N. 12; Stark, Skriptum, N. 986; BGE 113 II 331; 112 II 144; 97 II 416; 66 II 121; Davalının bir başkasına rücu edebilip edemeyeceğinin tazminatın belirlenmesinde önemi bulunmamaktadır (BGE 97 II 345; 93 II 323).

rnca birlikte sorumlu olanlar hakkında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler (BK 141 vd.) uygulama alanı bulurken (tam teselsül), BK 51 uyarınca sorumlu olanlar hakkında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulamamasıdır (eksik teselsül)²¹. BK 50'de açıkça müteselsil sorumluluktan bahsedildiği hâlde BK 51'in metninde müteselsil sorumluluk ibaresi yer almamaktadır. Müteselsil sorumluluk esasının BK 51 bakımından da geçerli olup olmadığı hususu doktrinde oldukça tartışmalıdır²². BK 51/I hükmünün -özellikle, sadece OR 50/II'deki rüçüya ilişkin hükme atıf yapan OR 51/I hükmünün- lafzından da bu husus açık şekilde anlaşılmamaktadır. Şu var ki, kanunun birlikte sorumluluğu iki ayrı maddede düzenlemiş olması, kanun koyucunun böyle bir ayırmadan hareket ettiğine delâlet etmektedir²³.

Bu prensibe istisna getiren, yani bazı durumlarda BK 51 hükmünün kapsamında yer alan sorumluların müteselsilen sorumlu olmalarını öngören özel düzenlemeler saklıdır. Örnek olarak²⁴ bir motorlu aracın yol açtığı zarardan aracın işleteni ile işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibi müteselsilen sorumludurlar (KTK 85/I). Genel olarak trafik kazasında zarar görene karşı, tazminat ödemekle yükümlü olanlar, müteselsilen sorumludurlar (KTK 88/I). Zarar gören işletene veya işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibine karşı, diğer işletenler ve işletenlerin bağlı oldukları teşebbüs sahipleri müteselsilen sorumludurlar (KTK 89/III). TSHK 136 hükmüne göre de, birden fazla sivil hava aracının birlikte sebebiyet verdiği zarardan, hava araçlarının işletenleri müteselsilen sorumlu olurlar.

²¹ Jansen, 30.

²² Bu ayırmadan hareket eden yazarlar şunlardır; Arslanlı, 989 vd.; Oğuzman-Öz, 666 vd.; Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Altıp, 325; Feyzioğlu, I, 529; Akıntürk, 124 vd.; Gürsoy, 57 vd.; Hatemi, Sorumluluk Hukuku, § 12, n. 3; Reisoğlu, 161 vd.; Tandoğan kesin bir tutum takınmamıştır (Mesuliyet, 380 vd.); Brühlmann, 79 vd.; Guhl/Merz/Koller, 196 vd.; v. Tuhr/Peter, 466; v. Tuhr/Escher, 304; Becker, Art. 51, N. 1, 2; Oser/Schönenberger, Art. 51, N. 3, 4; Bucher, OR, 498-499; Hartmann, 41; Bu ayırımın birçok olayda isabetli sonuç verip vermediğinin şüpheli olduğu görüşünde bkz. v. Tuhr/Escher, 320, dn. 177; Ayırımın tatmin edici olmadığı görüşünde, Deschenaux/Tercier, 238.

Gerek İsviçre gerek Türk uygulaması eksik teselsül - tam teselsül ayırımından hareket etmektedirler; Meselâ, Yarg. 3. HD, 13.6.1988, 1277/6292 (YKD 1988/9, 1213); Yarg. 4. HD, 22.11.1984, 7621/8641 (YKD 1985/4, 492); Ayrıca bkz. aşağıda dn. 32'deki Yargıtay kararları; BGE 115 II 45 vd.; 112 II 143; 106 II 252 (= Pra. 70, Nr. 35); 104 II 233; 97 II 344; 93 II 322; 66 II 114; 59 II 368.

Mevcut düzenlemeye rağmen bu ayırımı kabul etmeyen yazarlar ise şunlardır; Eren, Haftung mehrerer Schädiger, 431 vd.; Keller, A., II, 148, 154; Keller/Syz, 123; Oftinger/Stark, I, § 10, N. 14; v. Büren, 104; Jansen, 112; Stark, ZBJV 121, 485-486; Merz, OR, 103 vd. ve ZBJV 116, 13; Stucki, 82-83; 1991 tarihli raporda da, tam ve eksik teselsül ayırımına son verilerek, herhalükârda müteselsil sorumluluğun kabul edilmesi teklif edilmiştir (Bericht der Studienkommission, 223; 59-1).

²³ Bkz. Arslanlı, 989 vd.

²⁴ 5680 sayılı Basın Kanunu, m. 16 ve 17; Yargıtay, buradaki birlikte sorumluluğun eksik teselsül hükümlerine tâbi olduğu görüşündedir [Yarg. 4. HD, 16.3.1981, 251/3247 (Karahasan, II, 1360); Yarg. 13. HD, 9.11.1981, 5124/7029 (Karahasan, II, 1370)].

Bu ayırımın iki pratik sonucu bulunmaktadır²⁵.

1° Tam teselsülde, zamaşaımı, sorumlulardan birine karşı kesilmiş olunca, diğerlerine karşı da kesilmiş olur (BK 134/I), buna mukabil eksik teselsülde, sorumlulardan birine karşı kesilen zamaşaımı, diğerlerine karşı kesilmiş olmaz²⁶.

2° Tam teselsülde, rüçü hakkına sahip sorumlu, tatmin edilen alacaklının haklarına halef olur (BK 147/I), buna mukabil eksik teselsülde, rüçü hakkına sahip sorumlu, tatmin edilen alacaklının haklarına halef olmaz²⁷. Burada halefiyetin anlamı, tazminat alacaklısına diğer sorumlularca gösterilmiş olan teminatların, ödemede bulunan sorumlu-

²⁵ Oftinger/Stark, I, § 10, N. 15-16.

²⁶ Yarg. HGK, 7.3.1986, 10-250/205 (YKD 1988/1, 5); Yarg. 4. HD, 16.3.1981, 251/3247 (Karahasan, II, 1360); Yarg. 4. HD, 21.11.1974, 8361/16061 (YKD 1979/6, 783); Yarg. HGK, 11.5.1977, 4-3068/4068 (Karahasan, II, 1361); BGE 115 II 45-46; 106 II 250 = Pra. 70, Nr. 35; Bu konuda özel hükümler bulunabilir (bkz. aşağıda dn. 52).

²⁷ Kılıçoğlu'na göre, eksik teselsül halinde de halefiyetin varlığı kabul edilmelidir (Kılıçoğlu, 70 vd.).

Ödemede bulunan sigortacının, alacaklının haklarına -alacaklıya ait hakların sigortacıya intikal edeceği anlamında- halef olacağı hususunda TTK 1301/I ve 1361'de özel hüküm bulunmaktadır. Yargıtayın istikrar kazanan uygulamasına göre, ödemede bulunan sosyal sigorta kurumları da (Sosyal Sigortalar Kurumu, Bağ-Kur), sigortalının haklarına halef olurlar [Bkz. Yarg. HGK, 30.5.1986, 10-855/607 (YKD 1987/2, 176)'de yer alan karşı oy yazısı]; Oysa sosyal sigortalarda alacaklıya ait bir hakkın sigorta kurumuna intikal etmesi söz konusu değildir [Bkz. Yarg. HGK, 8.4.1983, 10-173/354 (YKD 1984/7, 973); Oğuzman/Öz, 194; Kılıçoğlu, 15-16; Oftinger/Stark, I, § 10, N. 17; Yargıtay, kendine özgü bir halefiyetten bahsetmektedir (Yarg. İBK, 1.7.1994, 3/3, RG 22439)]; Bu itibarla, zarar gören sigortalının sorumlu kişiyle yapmış olduğu sulh veya ibra anlaşması, Kurumun sorumlu kişiye yapacağı rüçü etkilemez [Yarg. HGK, 11.12.1981, 10-2268/824 (YKD 1982/9, 1213)]; Özel sigortalarda durumun farklı olduğu kabul edilmektedir [Bkz. Kender, 241 vd.; Omağ, 121 vd.; Yarg. 11. HD, 9.2.1984, 667/654 (YKD 1984/6, 900); Yarg. 11. HD, 15.4.1976, 1471/2032 (YKD 1978/5, 746)]; Diğer taraftan sosyal sigortalarda -"on yıllık akdi"-zamaşaımı süresi rüçü hakkı doğduğu an işlemeye başlarken [Yarg. İBK, 1.7.1994, 3/3 (RG 22439); Kılıçoğlu, 136 vd.], özel sigortalarda zamaşaımı sigorta ettirenden intikal eden alacak hakkının zamaşaımına tâbidir ve onunla aynı tarihte başlar [Yarg. İBK, 17.1.1972, 2/1 (RG 14134)]; Karar için ayrıca bkz. birinci bölüm, dn. 25]. Özel sigortalar hakkındaki bu ifadeler, halefiyet yoluyla sigortacıya intikal eden alacak hakkının rüçü hakkından ayrı bir hak olması hususunu gözden kaçırmaması dolayısıyla isabetli değildir. Halefiyet yoluyla intikal eden alacağın önceden sona ermiş olması veya zamaşaımına uğramış olması rüçü alacağını etkilemez (bkz. v. Tuhr/Escher, 316 vd.; Brehm, Art. 50, N. 56, 62 vd.). Halefiyet yoluyla intikal eden alacağın sona ermiş olması veya zamaşaımına uğramış olması, sigortacının halefiyet dolayısıyla başvurabileceği teminatlardan yararlanamaması sonucunu doğurur, yoksa sigortacının rüçü hakkına etkisi yoktur.

Sosyal sigorta kurumunun rüçüunda, kendisine rüçü edilen kimse, sosyal sigorta kurumuna karşı da zarar görene karşı sorumlu olduğu miktar ile sorumludur. Bunun için halefiyetin varlığı gerekli değildir [Aksi yönde, Yarg. 10. HD, 30.3.1979, 6906/2817 (YKD, 1979/10, 1449)]. BK 51'e dayanan rüçüda halefiyet söz konusu olmadığı halde durum ayırdır (bkz. aşağıda § 3, II, A).

ya geçmesidir²⁸. Haksız fiil dolayısıyla sorumlu olanların, tazminat alacaklısına teminat göstermiş olmaları günlük hayatta rastlanacak bir durum değildir. Tazminat alacaklısını tatmin eden sorumlunun, onun haklarına halef olup olmamasının bu açıdan pratik bir önemi bulunmamaktadır²⁹.

§ 2. Birlikte Sorumlu Olanlar ile Zarar Gören Arasındaki İlişkide Tazminatın Belirlenmesi

Daha önce de belirtildiği gibi, aynı zarardan birden fazla kişi birlikte sorumlu olmakta ise, zarar gören zararın tamamını dilediği sorumludan talep edebilir. Burada üzerinde durulacak olan husus, sorumluların indirim sebeplerinden ne oranda yararlanabilecekleridir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, zarar görenin her bir sorumluya karşı ayrı bir tazminat alacağı vardır³⁰. Bu bakımdan tazminat miktarı her bir alacak bakımından ayrıca tesbit edilmelidir³¹. Zararın yükü doğrudan doğruya sorumlular arasında pay edilmez, yani dış ilişki bakımından birlikte sorumlu olanlar arasında, uygulamadaki tâbiri ile "kusur dağılımı" yapılamaz³².

28 Bkz. aşağıda dn. 95.

29 Eren, Haftung mehrerer Schädiger, 429; Oftinger/Stark, I, § 10, N. 17; v. Tuhr/Escher, 320; Tandoğan, Mesuliyet, 384; Oser/Schönenberger, Art. 110, N. 3.

30 Akıntürk, 70; Bucher, OR, 492; Genel olarak müteselsil borçlulukta birden fazla borcun bulunduğu görüşünün kabul gördüğü hususunda bkz. Oğuzman-Öz, 802.

31 Eren, Die Verantwortlichkeit, 414; v. Tuhr/Escher, 297; Schaer, N. 503;

BGE 97 II 345: Her sorumlu, birlikte sorumlu olduğu kişilerden bağımsız olarak ele alınır ve ödeyeceği tazminat buna göre belirlenir;

BGE 93 II 333: Birlikte sorumlu olanlardan biri aleyhine alınan kararın diğerine etkisi yoktur. Karar sadece o davanın taraflarını bağlar;

BGE 89 II 122 (= Pra. 52, Nr. 135): Tazminatın belirlenmesinde, hâkimin, aynı zarardan bir başkasının da sorumlu olup olmadığını veya davanın başka bir kimseye rücu edip edemeyeceğini araştırmasına gerek yoktur.

32 Meselâ BGE 60 II 420-421: Olayda, kazaya iki motosiklet ve bir otomobil birlikte sebep olmuşlardır. Motosiklet sürücülerinden birinin dul eşinin, diğer sürücünün kanuni haleflerine açtığı davada, paylaşırma sadece davacı ve davalı arasında yapılmıştır. Davalı, paylaşırmada yer almayan diğer sorumlunun yükünü de taşır. Daha sonra ona rücu eder;

BGE 59 II 370: Karara konu olan olayda, zarardan bir taşıt aracı sürücüsü ile bir motosiklet sürücüsü birlikte sorumludurlar. Davaya taşıt aracı sürücüne karşı açılmıştır. Bu davada, diğer sorumlu ile davalının, iç ilişkide zararın yükünü nasıl paylaşacaklarının incelenmesine gerek bulunmamaktadır;

Türk uygulaması aksi yöndedir; Meselâ bkz. Yarg. 9. HD, 29.9.1992, 5405/10585 (YKD 1993/11, 1659); Yarg. 10. HD, 19.1.1993, 5558/59 (YKD 1993/5, 716); Yarg. 4. HD, 30.4.1985, 2109/4305 (YKD 1985/8, 1168); Dış ilişkide kusur dağılımdaki oranlara bakılmaması gerektiği hususunda bkz. son karara ilişkin karşı oy yazısı: Yarg. 11. HD, 25.9.1975, 2588/5231 (YKD 1976/4, 511).

Oftinger/Stark da, müteselsil sorumluluk esasından hareket etmekle birlikte, bütün tarafları içine alan paylaşırmanın, dış ilişki bakımından da esas alınacağı görü-

Burada öncelikle çözülmesi gereken ve doktrinde de tartışma konusu olan husus, birlikte sorumlu olanların, sanki tek başlarına zarardan sorumlu imişlermiş gibi, indirim sebeplerinden yararlanıp yararlanamayacakları hususudur. Yani birlikte sorumlu olan kimseler, yalnız kendileri için geçerli olan bir indirim sebebinin, örnek olarak kusurlarının hafif olduğunu (BK 43/I) veya müzayaka durumuna düşeceklerini (BK 44/II) zarar görene karşı ileri sürebilecekler midir?

Bir görüşe göre, zarar görene, birlikte sorumlu olanlardan herbirine, zararının tamamı için takipte bulunabilme imkânının tanınması ile zarar gören korunmaya çalışılmıştır. Eğer sorumlulara, kendilerine ait indirim sebeplerini zarar görene karşı ileri sürebilme hakkı tanınırsa, bu kanun koyucunun zarar göreni koruma gayesiyle bağdaşmaz. Dolayısıyla birlikte sorumlu olanlar, kendilerine ait indirim sebeplerini ileri sürememelidirler³³. Sorumluların kendilerine ait indirim sebepleri sorumlular arasındaki iç ilişkide dikkate alınır. Buna mukabil, zarar görenin kusuru, beklenmedik olayın etkisi gibi, bütün sorumlular için geçerli olan indirim sebepleri dikkate alınır. Bu son halde bütün sorumlular için aynı oranda indirim yapılır³⁴.

şüne meyletmektedir (Oftinger/Stark, I, § 9, N. 48-49); Meselâ iki sorumludan herbirinin payı % 40 ve zarar görenin payı % 20 ise, sorumlulardan herbiri zarar görene karşı zararın % 80'inden sorumlu olur. Sorumlu adedine göre zarar görenin kusura düşen payının değişmesine yol açan bu yöntem isabetli değildir.

33 Brehm, Art. 50, N. 40 vd.; Zellweger, 50 [Fakat OR 44/II uyarınca müteselsil sorumlulardan biri lehine indirim yapılabilir (Zellweger, 81-82)]; Merz, OR, 107 vd.; Hatemi, Sorumluluk Hukuku, § 12, n. 9;

İsviçre Federal Mahkemesi, birlikte sorumlu olan kimselerin, kendilerine ait indirim sebeplerini ileri sürememeleri esasını prensip olarak kabul etmekle birlikte, BK 51 uyarınca sorumlu olanlar bakımından bu prensibi yumuşatmıştır. Buna göre sorumlulardan birinin kusuru diğer sorumlunun kusuru sebebiyle hafiflediği takdirde, kusurun hafifliği sebebiyle indirime gidilebilir. Bkz. dördüncü bölüm, § 3, II, B, 1, b, cc. dn. 276, özellikle bkz. BGE 59 II 368.

Zürich Kantonu İstinaf Mahkemesi, ZR LXVI (1967), 215-216, Nr. 107: Sorumlulardan birinin kusuru diğerinin kusuru sebebiyle hafiflemiş olmadıkça, dış ilişkide kusurun hafifliği sebebiyle indirime gidilmez. Buna mukabil kararda sorumlulardan biri hakkında OR 44/II (BK 44/II) uyarınca indirime gidilmiştir.

Tam teselsül halinde (BK 50), kusurun hafifliği dikkate alınmaz (BGE 59 II 459; 57 II 35, 57 II 421; Meselâ bkz. BGE 71 II 112 = Pra. 34, Nr. 131; Aynı görüşte, Brehm, Art. 50, N. 40; Merz, OR, 107); Dolayısıyla, diğer sorumlunun kusuru dolayısıyla kusurun hafiflediğinden bahisle, OR 43 uyarınca indirim yapılamaz (BGE 60 II 310); Eksik teselsül halinde (OR 51), kusurun hafifliği dikkate alınabilir (BGE 64 II 307; 55 II 314).

Krş. BGE 90 II 9 = Pra. 53, Nr. 57; BK 50/I uyarınca birlikte sorumluluk söz konusu olmasına rağmen, kararda hem kusurun hafifliği dikkate alınmış hem de BK 44/II uyarınca indirim yapılması için gereken şartların oluşup oluşmadığı hususu üzerinde durulmuştur.

BGE 89 II 122 = Pra. 52, Nr. 135: Kararda, OR 58 uyarınca bir başkasının da aynı zarardan sorumlu olabilecek olmasına rağmen, zarar gören işçinin işveren aleyhine açtığı davada karşılıklı kusurların tartılması yoluna gidilmiştir.

34 Bättig, 125-126; Zellweger, 80; Bütün sorumlular için geçerli olan bir indirim sebebinin, her bir sorumlu bakımından farklı oranlarda indirim yapılmasını gerektirebileceği hususunda bkz. Keller, A., II, 157; BGE 97 II 345: Zarar görenin kusuru bütün sorumlular için aynı oranda indirim yapılmasını gerektirmez.

Ancak sorumluların kendilerine ait indirim sebeplerini ileri süremeyecekleri görüşü bir açıdan yumuşatılmıştır. Eğer kusurun hafifliği gibi, şahsi indirim sebepleri bütün sorumlular için söz konusu ise ve aynı oranda indirim yapılmasına müsaitse, o takdirde o indirim sebebine dayanılarak, bütün sorumluların tazminat yükümlülüğünde eşit oranda indirim yapılabilir³⁵. Eğer şahsi indirim sebebi bütün sorumlular için söz konusu olmakla beraber, aynı oranda indirim yapılmasına müsait değilse, o takdirde kendisine ait indirim sebebi en hafif olan sorumlunun durumu esas alınır. Örnek olarak kusuru en ağır olan sorumlunun kusurunun ağırlığı dikkate alınarak, tazminat bütün sorumlular hakkında aynı miktar üzerinden belirlenir³⁶.

İkinci bir görüşe göre, bir kimse, başka bir kimse ile birlikte sorumlu oldu diye, tek başına sorumlu olsaydı ödeyeceği tazminattan daha fazlasına mahkûm edilmemelidir³⁷. Tazminat, sanki o kimse tek başına sorumluymuş gibi belirlenmelidir³⁸. Dolayısıyla her bir sorumlu için tazminat, her birine ait indirim sebepleri de dikkate alınarak³⁹, ayrı ayrı belirlenmelidir.

Konuyu, birlikte sorumlu olanların müşterek kusurla hareket etmiş olup olmamalarına göre ikiye ayırarak incelemek gerekir.

BK 50 hükmünün kapsamına giren durumlarda, sorumlular müşterek kusurla hareket etmişlerdir. Çoğunlukla bu kusur kast derecesindedir. Bu takdirde, kusurun ağırlığı sebebiyle indirim söz konusu olmaz. Kusurun hafifliği dolayısıyla indirim söz konusu olsa dahi, sorumlular müşterek kusurla hareket etmiş olduklarından, kusurun ağırlığı genellikle her bir sorumlu için aynı derecede olacaktır ve tazminat yükümlülüğünde eşit oranda indirime gidilecektir. Fakat bazı özel durumlarda -meselâ sorumlulardan biri çocuktur- müşterek kusurla hareket edenlerin kusurları farklı ağırlıkta olabilir⁴⁰. Bu takdirde kusuru en ağır sorumlunun kusuru esas alınır. Zira müteselsil sorumlulardan herbiri müşterek kusur sebebiyle diğer sorumluların davranışlar-

³⁵ Bkz. Jansen, 79; Her bir failin kusurlarının toplamından ibaret olan müşterek kusur hafif ise, indirime gidilebileceği görüşünde, Brehm, Art. 50, N. 48.

³⁶ Reichwein, SJZ 64 (1968), 131; Bkz. Jansen, 80.

³⁷ Oftinger/Stark, I, § 10, N. 33; Steiner, 144; v. Büren, 63 vd; Keller, A., II, 157; Guhl/Merz/Koller, 32.

³⁸ OR-Schnyder, Art. 43, N. 15; Keller/Gabi-Bolliger, 139-140; Schaer, N. 503; Geissler, 51-52.

³⁹ Stein, Haftungskompensation, 105; Keller/Syz, 123; Tandoğan, Mesuliyet, 382; 1991 tarihli raporda da müteselsil sorumluların şahsi indirim sebepleri ileri sürebilmeleri esas kabul edilmiştir (Bericht der Studienkommission, 103, 223, 59-2).

⁴⁰ Müşterek kusurla zarara sebebiyet verenlerin kusurlarının farklı ağırlıkta olmasına örnek olarak bkz. BGE 104 II 184 = Pra. 67, Nr. 234; Birlikte tehlikeli bir oyun oynamak, müşterek kusur teşkil eder. Oku tehlikeli bir şekilde atan sorumlunun ilâve kusuru, iç ilişkide zararın yükünün büyük kısmının onun üzerinde kalmasını haklı kılar.

dan sorumludur⁴¹. Bu itibarla müşterek kusurla hareket edenler, kendi kusurlarının hafifliğini indirim sebebi olarak ileri süremezler⁴². Buna mukabil, müşterek kusurla hareket eden sorumlulardan herbiri, şartları gerçekleştiği takdirde, kendisi hakkında BK 44/II uyarınca indirimde bulunulmasını isteyebilir⁴³.

BK 51 hükmünün kapsamına giren hallerde ise, birlikte sorumlu olanlar müşterek kusurla hareket etmemişlerdir. Bu hallerde sorumlu kişi, bir başkası ile birlikte sorumlu oldu diye, tek başına sorumlu olsaydı içinde bulunacağı durumdan daha kötü bir duruma sokulmamalıdır. Örnek olarak müstahdem, istihdam edenle birlikte sorumlu oldu diye, zarar görene karşı kusurunun hafifliğini ileri sürebilmekten men edilmemelidir. Hattâ bazan birbirini önceden tanımayan kimseler, tesadüf eseri bir zarardan birlikte sorumlu olurlar. Rücûun sonuçsuz kalması tehlikesi her zaman mevcuttur. Sorumlu kişi, belki de hiç tanımadığı bir kişi ile, tesadüfen birlikte sorumlu oldu diye, tek başına sorumlu olsaydı ödemek zorunda kalacağı tazminattan fazlasına mahkûm edilmemelidir⁴⁴.

Sonuç olarak, birlikte sorumlu olanların müşterek kusurla hareket etmemiş olmaları halinde, sorumlulardan herbiri kendine ait indirim sebebini ileri sürebilmelidir. Herbir sorumlunun kusurunun ağırlığı, kendi hakkında tazminat belirlenirken, dikkate alınabilir (BK 43/I)⁴⁵. Veya zarar gören, sorumlulardan sadece birine rıza beyanında bulunmuşsa, rıza beyanı sadece o sorumlu için indirim sebebi olarak dikkate alınabilir (BK 44/I)⁴⁶. Veya sorumlulardan biri müzayaka haline düşecek ise, sadece o sorumlu hakkında BK 44/II uyarınca indirim yapılabilir.

⁴¹ Oğuzman-Öz, 670; Akıntürk, 125-126, 138; Reisoğlu, 163; Jansen, 101; Oser/Schönenberger, Art. 50, N. 1, 2; Hakkaniyet de müşterek kusurla hareket edenlerin eşit oranda zarardan sorumlu olmalarını gerektirir (Jansen, 101).

⁴² Tandoğan, Mesuliyet, 368; Aksi fikirde, Honsell, 84; Keller/Gabi-Bolliger, 140; Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Alttop- 701 vd.; Tekinay, Sempozyum, 209 vd.; Gürkanlar, 98; Yarg. 11. HD. 1.10.1992, 2392/9394 (YKD 1992/12, 1877); Kararda BK 50 hükmüne dayanılmakla beraber, müşterek kusurun bulunup bulunmadığı karar metninden anlaşılammaktadır.

⁴³ Bkz. yukarıda dn. 33.

⁴⁴ BK 51'in kapsamına giren hallerde, müteselsil sorumluların kendilerine ait indirim sebeplerini ileri sürebilecekleri hususunda bkz. Tandoğan, Mesuliyet, 382; Oğuzman-Öz, 673; Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Alttop, 707; Tekinay, Sempozyum, 220; Feyzioğlu, I, 529; Akıntürk, 138; Şahsi indirim sebeplerinin dikkate alınmamasının adil olmayacağı yolunda, Jansen, 87 ve 96 vd.; Ayrıca bkz. yukarıda dn. 37, 38, 39;

Yargıtay, tam teselsül - eksik teselsül ayrımından hareket etmesine rağmen, bazı kararlarında bu ayrım üzerinde yeterince durmadan, herbir sorumluyu zararın tamamından sorumlu tutmaktadır; Meselâ bir kararda iş kazasından dolayı BK 50 uyarınca -BK 51 olmalıydı- birlikte sorumlu olanların zararın tamamından sorumlu olacakları hükme bağlanmıştır [Yarg. 9. HD. 10.11.1987, 9731/9985 (YKD 1988/6, 791)].

⁴⁵ Oser/Schönenberger, Art. 50, N. 1, 2; Jansen, 95; Reisoğlu, 163.

⁴⁶ BGE 97 II 345; Jansen, 99.

lir⁴⁷. Veya zarar hatır taşıması sırasında meydana gelmişse, taşımanın hatır için yapılması sadece hatır için taşıyan için indirim sebebi teşkil eder⁴⁸. Neticede, herbir sorumlu için ayrı ayrı tesbit edilen tazminat miktarları birbirinden farklı olabilir⁴⁹. Bu takdirde, herbir sorumlu, kendi sorumlu olduğu miktar ile, teselsül ilişkisinde yer alır⁵⁰.

Örnek olarak, BK 55 uyarınca sorumlulukta, istihdam edenle müstahdem birlikte sorumludurlar. Herbiri için tazminat miktarı ayrı ayrı belirlenir.

Müstahdemin sorumlu olduğu tazminat miktarı belirlenirken, müstahdemin kusuru ile zarar görenin kusuru karşılaştırılır. Eğer kusurların ağırlıkları birbirine denk ise, müstahdem zararın yarısından sorumlu olur.

İstihdam edenin sorumlu olduğu tazminat miktarı belirlenirken, müstahdemin kusuru, istihdam edenin munzam kusuru imiş gibi değerlendirilir. İstihdam eden hem özen yükümlülüğünü yerine getirmediğinden hem de munzam kusur sebebiyle zararın büyük bir kısmını üstlenir. Meselâ zararın 2/3'ü onun üzerinde kalabilir.

Zarar gören dilerse müstahdemi dilerse istihdam edeni takip eder. İstihdam edeni takip etmesi onun lehinedir. Eğer müstahdemi takip etmişse, elde edeceği miktar, ancak zararının yarısını karşılar. Zarar gören daha sonra istihdam edeni de takip edebilir. Şu var ki, istihdam eden artık zararın 2/3'ünden sorumlu değildir. Zira müstahdem yaptığı ödeme miktarında onun da borcu sona ermiştir. Neticede, zarar gören ancak zararının 2/3'ünün karşılanmasını temin edebilir⁵¹.

Bu noktada BK 51 hükmünün kapsamına dahil olmalarına rağmen, özel bir hükümlerle müteselsil sorumluluk hükümlerinin uygulama alanına dahil edilen haller üzerinde ayrıca durmak gerekir. Örnek olarak KTK 88/I hükmüne göre trafik kazası sebebiyle doğan zarardan birden fazla kimse birlikte sorumlu olduğu takdirde, bunlar zarar görene karşı müteselsilen sorumlu olurlar⁵². Acaba KTK 88/I uyarınca müteselsil so-

⁴⁷ Jansen, 100; Bkz. yukarıda dn. 33.

⁴⁸ Yargıtay hatır taşıması sebebiyle bütün sorumlular için indirim yapılması gerektiği görüşünü kabul etmektedir [Yarg. 4. HD, 25.4.1983, 3642/4480 (YKD 1984/4, 560); Yarg. 4. HD, 15.12.1982, 9962/11496 (Uygur, 568)].

⁴⁹ Jansen, 79.

⁵⁰ Bättig, 128; Stark, Skriptum, N. 987; Oftinger/Stark, I, § 7, N. 33; Keller/Gabi-Bolliger, 139; Keller, A., II, 157; Ayrıca bkz. Jansen, 88.

⁵¹ Benzer bir örnek için bkz. Jansen, 88.

⁵² KTK 88/II hükmünün kapsamına birden çok işleten veya işletenle birlikte başka sebeplere göre sorumlu tutulan kimseler girer, ancak sorumlulardan bazılarının sorumluluğu Karayolları Trafik Kanununa tâbi değilse, bunlar açısından rücuyla ilişkin olarak KTK 88/II değil BK 51 hükmü uygulanır (Oğuzman-Öz, 614);

SVG 60'ın kenar başlığı birden fazla zarar verenden ("Mehrere Schädiger") bahsetmektedir. Buradan hareketle, müteselsil sorumluluğun sadece zarara bilfiil sebep-

rumlu olanlar da, kendilerine ait indirim sebeplerinden yararlanabilecekler midir? Müteselsil sorumluluğun anlamı, kanunun müteselsil borçlar için öngördüğü hükümlerin (BK 141 vd.) uygulama alanı bulacağıdır. Bunun dışında müteselsil sorumluluğun bir etkisi bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle, şahsî indirim sebeplerinin tazminat belirlenirken dikkate alınıp alınmaması probleminin, müteselsil sorumluluğun mevcut olup olmaması ile doğrudan bir bağlantısı bulunmamaktadır⁵³. Hattâ müteselsil borçlulardan herbirine şahsî itirazlarını alacaklıya karşı ileri sürebilme imkânını tanıyan BK 143 hükmü göz önünde bulundurulduğunda, kanun koyucunun da gayesinin, müteselsil borçlunun, sırf müteselsil borç altına girdi diye borcu tek başına üstlenmiş olması halinde içinde bulunacağı durumdan daha kötü bir duruma düşmemesini sağlamak olduğu söylenebilir⁵⁴. Bu bakımdan trafik kazası sebebiyle birlikte sorumlu olanların kendilerine ait indirim sebeplerinden yararlanabilmelerinde bir engel bulunmamaktadır⁵⁵.

olanlar arasında söz konusu olabileceği hususunda bkz. Jansen, 21; BGE 90 II 191;

BGE 95 II 349 = Pra. 59, Nr. 37: Müteselsil sorumluluk, sadece kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu olanlar arasında geçerlidir;

BGE 95 II 337: Kararda, müteselsil sorumlu olabilecekler arasında, işleten, motorlu aracın sürücüsü, bisiklet sürücüsü, eser sahibi sayılmıştır; Aynı yönde, Oftinger/Stark, II/2, § 25, N. 685; I, § 10, N. 61; Keller, A., II, 149; Yılmaz, 156; Buna göre, sorumlu olanlardan birinin SVG uyarınca sorumlu olması gerekli ve yeterlidir;

Sigortacının sorumluluğu ise eksik teselsül hükümlerine tâbidir (BGE 106 II 250 (= Pra. 70, Nr. 35); 90 II 190; 69 II 167) Fakat sigortacı ile diğer sorumlular arasında eksik teselsül hükümlerinin cereyan etmesinin pratik bir önemi bulunmamaktadır, zira KTK 109/III (SVG 83/II) hükmü uyarınca, bunlardan birine karşı kesilen zamaşımı diğerine karşı da kesilmiş sayılır.

Yargıtay'a göre, kazaya karışan araçların sürücüleri de diğer davalılar ile birlikte zararın tamamından sorumludurlar [Yarg. 4. HD, 12.2.1985, 9543/989 (Karahasan, II, 1321)]; Sürücü, aracın işletenine karşı, BK 50-51 uyarınca, zararın tamamından sorumludur [Yarg. 19. HD, 30.4.1993, 7088/3366 (YKD 1994/1, 100); Yarg. 4. HD, 26.10.1989, 8596/8210 (Uygur, 832); Yarg. 4. HD, 22.9.1986, 5678/6331 (Karahasan, II, 1380); Yarg. 4. HD, 28.5.1984, 4637/5157 (Uygur, 833)];

Son bir Yargıtay kararında, KTK 85/I hükmü uyarınca kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu olan Devlet Demir Yollarının, kendisine izafe edilecek bir kusur bulunmadığı gerekçesiyle müteselsil sorumlu kabul edilmemesi isabetli değildir [Yarg. 19. HD, 6.6.1994, 6578/5749 (YKD 1995/9, 1455)].

⁵³ Eren, Die Verantwortlichkeit, 413; Deschenaux/Tercier, 242;

BK 141/I (OR 143/I) hükmü, "borcun *mecmuundan* mes'ul olmayı iltizam" etmekten ("für die Erfüllung der *ganzen* Schuld") bahsetmektedir. Bu hükmün tam teselsül halinde sorumlu kişinin hafif kusuru sebebiyle indirime gidilmesine engel olmayacağı görüşünde, Bättig, 128; Jansen, 83; Aksi yönde, Zellweger, 50.

⁵⁴ Oğuzman-Öz, 810.

⁵⁵ Dış ilişkide şahsî indirim sebeplerinin dikkate alınması gerektiği görüşünde, Yılmaz, 158; SVG 60/III hükmünü 1975 yılında yürürlükten kaldıran kanun koyucunun da, şahsî indirim sebeplerinin dikkate alınacağı görüşünden hareket ettiği hususunda bkz. Geisseler, 65;

Zarara uğrayan aracın sürücüsünün birlikte sorumluluğu ister KTK 88/I hükmüne ister BK 51 hükmüne dayandırılınsın (bkz. yukarıda dn. 52), herhalükârda sürücünün kusurunun hafifliği kendi sorumluluğu bakımından indirim sebebi teşkil etmelidir;

§ 3. Sorumlular Arasındaki İlişkide (İç İlişki) Zararın Yükünün Paylaştırılması

İç ilişkide üzerine düşen hisseden fazla miktarda zarar görene ödemede bulunan sorumlu, kendi hissesini aşan miktar için birlikte sorumlu olduğu diğer kişilere rücu edebilir. Şu var ki, sorumlular arasındaki rücu ilişkisinde teselsül cereyan etmez⁵⁶. Yani, ödemede bulunan sorumlu, rücu ettiği diğer sorumludan, ancak o sorumlu kişiye iç ilişkide düşen miktarı talep edebilir.

Ödemede bulunan sorumlunun diğer sorumlulara rücu edip edemeyeceğinin, edebilecekse, rücu edebileceği miktarın tesbiti için önce iç ilişkide her bir sorumluya düşen payın tesbiti gerekmektedir⁵⁷. Burada

Gene zarar gören işleten, kendi sürücüsünün kusurunu, diğer sorumlulara karşı üstleneceğinden, sürücü ile diğer davalıların farklı miktarlarda müteselsil sorumlu olmaları mümkündür [Yarg. 4. HD, 6.3.1984, 1537/2136 (Karahasan, II, 812); Yarg. 4. HD, 14.2.1985, 9375/1115 (Uygur, 833)].

56 Oğuzman-Öz, 675, 824; Tandoğan, Mesuliyet, 392; Tekinay /Akman-Burcuoğlu-Altop, 314, dn. 35b; Eren, III, 3. Bası, Ankara 1991, 399; Akıntürk, 215; Yarg. 4. HD, 9.2.1988, 10605/1291 (YKD 1988/9, 1216; Karahasan, II, 1365); Yarg. 13. HD, 9.11.1981, 5124/7029 (Karahasan, II, 1370); Oftinger, I, 354 (Krs. Oftinger/Stark, I, § 10, N. 79-80); Keller, A., II, 161; Becker, Art. 148, N. 3; v. Tuhr/Escher, 316; Brehm, Art. 51, N. 89; Honsell, 85; BGE 103 II 137 = Pra. 66, Nr. 159; Karar, adi ortakların müteselsil sorumluluğu ile ilgilidir (BK 534/son cümle);

Birden fazla sorumlunun, kendilerine rücu eden Sigorta Kurumuna karşı müteselsil olarak sorumlu olduklarını kabul eden Yargıtay kararı isabetli değildir [Yarg. 10. HD, 26.4.1983, 1068/2188 (YKD 1983/10, 1490); Aynı yönde, Yarg. 10. HD, 27.9.1994, 6665/16922 (YKD 1995/3, 414)].

57 Alacaklının, birlikte sorumlu olanlardan herbirine karşı ayrı bir alacak hakkı bulunmaktadır (Bkz. yukarıda dn. 30) ve rücu eden sorumlunun kaybettiği dava, kendisine rücu edilen sorumlu için bağlayıcı değildir [Karahasan, I, 1007; Yarg. 11. HD, 24.4.1980, 2299/2166 (Karahasan, I, 1007); Yarg. 13. HD, 13.5.1982, 1625/3501 (Karahasan, I, 1011)].

Dolayısıyla, rücu davasında, kendisine rücu edilen sorumlunun tazminat borçlusu olup olmadığı tartışma konusu olacaktır, meğer ki tazminat alacaklısı, rücu edilen sorumlu aleyhine de -ödemede bulunan sorumlu ile birlikte veya ayrıca- dava açıp kazanmış olsun [Meselâ bkz. Yarg. 4. HD, 17.4.1979, 804/5183 (YKD 1980/4, 512); BGE 57 II 521 (Karar kefaletle ilgilidir)].

Ödemede bulunan sorumlunun kaybettiği davadaki, rücu edilen sorumlunun kusuruna ilişkin açıklamalar da kendisine rücu edilen sorumlu bakımından bağlayıcı değildir -kesin hüküm teşkil etmez- (Bkz. Kummer, 179 vd.; Deschenaux/Tercier, 248); Buna mukabil, ilk davada zararı tazmine mahkûm edilen sorumluya ilişkin tesbitler kuvvetli bir takdirli delil teşkil eder (HUMK 237/I) [Kuru, IV, 3574; Karahasan, I, 1014]; Hukuk güvenliği gereği kararlar arasında mana ve mantık bütünlüğünün gözetilmesi gerektiği görüşünde, Karşlı, 164 vd., özellikle 166; Önceki karardaki tesbitlerin bağlayıcı olduğu yolunda, Yarg. 4. HD, 17.4.1979, 804/5183 (Karahasan, I, 1013); Gene Yargıtay'a göre, sigortalının açmış olduğu tazminat davasındaki kusura ilişkin tesbitler, Kurumun açacağı rücu davası için de bağlayıcıdır [Yarg. 10. HD, 23.9.1982, 2802/3975 (YKD 1983/3, 370); Aksi yönde, Yarg. 10. HD, 24.9.1996, 7490/7515 (YKD 1996/10, 1572)]; Zira, Kurum, sigortalının halefi sıfatıyla dava açmaktadır (Kuru, II, 1923). Oysa sosyal sigortalarda, sigortalıya ait hakların sigortacıya geçeceği anlamında bir halefiyet söz konusu değildir (bkz. yukarıda dn. 27).

Önceki davada tesbit edilen zarar miktarı da rücu davası bakımından bağlayıcı değildir [Yarg. 4. HD, 6.10.1966, 6420/8736 (Karahasan, II, 1376)]; Bu durumun birbirine ters kararların verilmesine yol açabileceği hususunda bkz. Oftinger/Stark, I, § 10, N. 83.

BK 50 hükmünün uygulama alanına giren haller ile BK 51 hükmünün uygulama alanına giren haller arasında bir ayırım yapmak gerekir.

Bu ayırma geçmeden önce şunu belirtmek gerekir ki, iç ilişkiyi düzenleyen hükümler emredici nitelikte değildirler, dolayısıyla taraflar sorumluluklarının doğmasından önce veya sonra yapacakları bir anlaşma ile iç ilişkide paylaşımının nasıl yapılacağını tesbit edebilirler⁵⁸. Şu var ki, haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olduğu olaylarda, sorumluların önceden iç ilişkiyi düzenleyen bir anlaşma yapmış olmalarına nadir olarak rastlanır⁵⁹.

I. BK 50 Hükmünün Uygulama Alanına Giren Hallerde

Daha önce de belirtildiği gibi, BK 50 hükmü müteselsil sorumluluk esasını getirmiştir. Bunun anlamı, birden fazla kişinin müşterek kusurları ile zarara sebebiyet vermeleri halinde, bu kimseler hakkında müteselsil borçlara ilişkin hükümlerin (BK 141 vd.) uygulama alanı bulacağıdır. Müteselsil borçlarda rücu konusunu düzenleyen BK 146/I hükmü, kural olarak her borçluya eşit pay düşeceği esasını getirmiştir. Şu var ki, BK 50'de özel bir düzenleme mevcuttur. Bu itibarla, BK 146/I hükmü burada uygulama alanı bulmaz.

BK 50/I, c. 2 hükmü şöyledir; "Hâkim, bunların birbiri aleyhinde rücu hakları olup olmadığını takdir ve icabında bu rücuun şumulünün derecesini tayin eyer." Buna göre, hâkim takdir yetkisine dayanarak, iç ilişkide zararın yükünün sorumlular arasında nasıl paylaşılacağını belirleyecektir.

Hâkim, esas itibarıyla tarafların kusurlarının ağırlıklarına bakarak paylaşımını yapacaktır⁶⁰. Acaba, hâkim, kusurun ağırlığının yanında, kusurlu hareketlerden hangisinin zarara daha ziyade sebebiyet verdiğine bakacak mıdır? Sorumluluğun kurulması aşamasında uygunluk prensibi gereği zarara yol açan olayın zarar vermeye elverişliliği hususunda bir değerlendirme yapıldığına göre, tazminat belirlenirken de zarara yol açan olaylar hakkında bu açıdan bir karşılaştırma yapılabilece-

58 Özellikle BK 51/II'deki sıralama bakımından, Hartmann, 77; Gröner, 88; Deschenaux/Tercier, 243; Akit yapma serbestisine getirilen genel sınırlamalar saklıdır (Oftinger/Stark, I, § 10, N. 91).

59 Örnek olarak, binasını ardiye olarak işletilmek üzere kiralayan mal sahibi, binanın yapımındaki bir bozukluk veya bakım eksikliği sebebiyle mallara gelecek zararlardan münhasıran kiracının sorumlu olmasını şart koşabilir; Benzer bir olay için bkz. BGE 81 II 133-134.

60 Tandoğan, Mesuliyet, 377; Feyzioğlu, I, 527; Gürkanlar, 112; v. Tuhr/Peter, 467; Stark, Skriptum, N. 994; Oftinger, I, 335; Oftinger/Stark, § 16, N. 339; Keller/Gabi-Bolliger, 143; Guhl/Merz/Koller, 200; Keller, A., II, 163; Bucher, OR, 496; Gröner, 52; Becker, Art. 50, N. 9; Deschenaux/Tercier, 244; BGE 71 II 107 = Pra. 34, Nr. 131; Bkz. BGE 79 II 69 = Pra. 42, Nr. 106.

ği akla gelebilir⁶¹. Şu var ki, sorumluların müşterek kusurla hareket ettikleri durumlarda, kusurlu hareketlerden birisinin diğerine nazaran zarara daha ziyade sebep olduğu şeklinde bir değerlendirme yapılamaz. Örnek olarak, (A) ile (B) bir binayı birlikte havaya uçurmuşlardır. (A) 1 kilo, (B) ise 9 kilo patlayıcı madde getirmiştir. Burada, (A)'nın iç ilişkide, zararın sadece 1/10'undan sorumlu olduğu sonucuna varılamaz⁶².

Kusurun ağırlığının yanında başka hususlar da dikkate alınabilir. Hâkim, zararın meydana getirilmesinde özellikle hangi sorumlunun menfaatinin bulunduğunu dikkate alabilir⁶³. Örnek olarak haksız fiil, yardımcılarından ziyade asıl failin menfaatine işlenmiştir. Bundan başka hâkim, BK 44/II hükmünü iç ilişkide de göz önünde bulundurmalıdır⁶⁴. Zira, doğrudan kendileri aleyhine açılan tazminat davasında müteselsil sorumlular da BK 44/II hükmünden yararlanabilmektedirler⁶⁵. Kendisine rücu edilen sorumlu, zarar gören doğrudan kendisine başvursaydı içinde bulunacağı durumdan kötü bir duruma sokulmamalıdır⁶⁶. Buna göre, kendisine rücu edilen sorumlunun kusuru hafif ise ve payının tamamını ödemesi halinde müzayakaya düşecek ise, hâkim onun payını tenkis edebilir. Bu takdirde, müzayaka haline düşecek sorumlunun payından tenkis edilen miktar, diğer sorumlular arasında eşit olarak pay edilir (BK 146/II)⁶⁷.

Yataklık edenin durumu özellik taşır. Yataklık edenin dış ilişkide sorumluluğu sınırlandırılmış olduğundan (BK 50/II), iç ilişkide de diğer sorumluların yataklık edene rücu edebileceği miktar bu sınırı aşamaz⁶⁸.

İç ilişkideki paylaştırmaya ilişkin olarak şöyle bir örnek verebiliriz. (A) ve (B), (C)'nin tahriki neticesi, birlikte (C)'nin evine zarar vermişlerdir. (A), (B)'nin çocuğudur ve babasının etkisiyle bu işe kalkışmıştır. (A)'nın kusuru bu sebeple (B)'ninkine nazaran daha hafiftir. Dış ilişkide (C)'ye karşı (B), zararın 3/5'inden, (A) ise 2/5'inden sorumludur.

61 Gröner, 55; Becker, Art. 50, N. 9.

62 Bkz. Oftinger/Stark, I, § 10, dn. 10 (Krs. Oftinger, I, 269, dn. 37).

63 Tandoğan, Mesuliyet, 377; Eren, Die Verantwortlichkeit, 415; Gürkanlar, 111; v. Tuhr/Peter, 467; Oser/Schönenberger, Art. 50, N. 10; Becker, Art. 50, N. 9; Aynı yönde, Gröner, 53; Deschenaux/Tercier, 244.

64 Tandoğan, Mesuliyet, 378; Eren, Die Verantwortlichkeit, 416; Becker, Art. 50, N. 9.

65 Bkz. yukarıda dn. 43.

66 Becker, Art. 50, N. 9.

67 Tandoğan, Mesuliyet, 392; Ancak sorumluların iç ilişkideki payları birbirlerinden farklı ise, bunlar arasındaki orana itibar edilir (Kılıçoğlu, 77; Oftinger, I, 354; Keller/Gabi-Bolliger, 148; Honsell, 85); Aksi fikirde, Becker, Art. 148, N.5; v. Tuhr/Escher, 316; Bunlara göre, sorumlulardan birinden tahsil edilemeyen miktar diğer sorumlular arasında eşit olarak pay edilir; Kimliği bilinmeyen müteselsil sorumlunun payı da diğer müteselsil sorumlular arasında pay edilir [Yarg. 4. HD, 29.5.1989, 1741/4891 (YKD 1989/10, 1391)].

68 Tandoğan, Mesuliyet, 378.

Dış ilişki:

(C) -----> (A) % 40

(C) -----> (B) % 60

İç ilişkideki paylaştırmada, özel bir durum söz konusu olmadıkça sorumluların dış ilişkide sorumlu oldukları miktarın birbirine olan oranından hareket edilebilir. Bu oran örnekte 2'ye 3 oranıdır. Bu takdirde;

(A)'nın payı = % 60 x 2/5

(B)'nin payı = % 60 x 3/5'dir.

Zararın % 60'ını karşılayan (B), ödediği miktarın 2/5'i için (A)'ya rücu edebilir. (A) daha önce zararın % 40'ını karşılamışsa, (B)'ye düşen % 60 payın 3/5'i miktarında (B)'ye rücu edebilir.

II. BK 51 Hükümünün Uygulama Alanına Giren Hallerde

A. Hukukî Sebeplerin Farklı Olması Halinde

BK 51 hükmünün uygulama alanına giren hallerde de, BK 50'deki rücuyla ilişkin hüküm uygulama alanı bulur (BK 51/I). Bununla birlikte, BK 51/II'de bir başka hükme daha yer verilmiştir. Buna göre, "Kaideten haksız bir fiil ile zarara sebebiyet vermiş olan kimse en evvel, tarafından hata vâki olmamış ve üzerine borç alınmamış olduğu halde kanunen mesul olan kimse en sonra, zamân ile mükellef olur."

Rücu da bir derecelendirme söz konusudur. Birinci sırada kusur sorumlusu yer alır, ikinci sırada sözleşme uyarınca sorumlu olan, üçüncü sırada ise diğer sorumluluk hallerine göre sorumlu olan yer alır. Rücu da kural olarak bu sıra takip edilir. Yani tazminatı ödeyen sorumlu, ancak kendisinden önceki sırada yer alan sorumlulara rücu edebilir. Son sırada yer alan bir sorumlu ilk sırada bir sorumlu mevcut olsa dahi ikinci sıradaki bir sorumluya rücu edebilir⁶⁹. İlk sırada yer alan sorumlu, ikinci ve üçüncü sırada yer alan sorumlulara rücu edemeyeceğinden zararın bütün yükü neticede onun üzerinde kalmış olur. Örnek olarak yapı eserindeki bozukluğun yol açtığı bir zarardan mimar ile birlikte kusuru bulunmayan yapı eseri sahibi de sorumlu ise, son sırada yer alan ve zararı tazmin eden yapı eseri sahibi, ödediği tazminatın tamamı için, ilk sırada yer alan ve kusuruyla zarara sebebiyet vermiş olan mimara rücu edebilir (BK 58/II).

Sorumlulardan biri, birden fazla farklı hukukî sebebe göre sorumlu

69 Oftinger, I, 348 (aksi yönde, ilk bası, Zürich 1940, 256, dn. 59); Guhl, Oftinger'in Sorumluluk Hukukuna ilişkin kitabının 1940 tarihli ilk basısının tanıtım ilanı, ZBJV 76 (1940), 387-388; Hartmann, 65 vd.; Kummer, 183.

olmaktaysa, bu sebeplerden daha ön sırada yer alan sebep dikkate alınır⁷⁰. Örnek olarak bir kimse hem sözleşme hem de haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olmakta ise, o takdirde o kimse birinci sırada yer alır. Gene bir kimse hem BK 55 hem de BK 100 hükmü uyarınca sorumlu olmaktaysa, o takdirde o kimse ikinci sırada yer alır. Sebep sorumluluklarında, munzam kusuru bulunan sorumlular, davranışları aynı zamanda haksız fiil teşkil ettiğinden birinci sırada yer alırlar⁷¹. Sebep sorumluluğu yardımcı kişinin kusurundan kaynaklanıyorsa, yardımcı kişinin kusuru, iç ilişkide, sorumlu kişinin kusuru gibi dikkate alınmaz⁷². Buna mukabil sadece sözleşme uyarınca sorumlu olan kimse, kusuru bulunsa dahi ikinci sırada yer alır ve iç ilişkide de yardımcı kişinin kusuru kendisine izafe edilir.

Diğer taraftan, somut olayın özellikleri BK 51/II'deki sıralamadan farklı bir sıralamayı veya tazminatın bir kısmının sonraki sırada yer alan sorumlunun üzerinde kalmasını haklı kılabilir. BK 51/II'de yer alan "kaideten" sözü ve BK 51/I'de, 50 nci maddeye yapılan atıf bunu ifade etmektedir.

Birinci sırada yer alan bir sorumlu, zarardan tek başına sorumlu olsaydı ödemesi gereken tazminat miktarından daha fazlasını, kendisine rücu eden diğer sorumlulara ödemek zorunda değildir⁷³. Bu itibarla, zarar gören doğrudan birinci sıradaki sorumluya başvursaydı, muhtemelen tazminat yükümlülüğünde ne oranda indirim yapılacak idiyse, sonraki sıralarda yer alan sorumluların rücuunda da o oranda indirim yapılması gerekecektir. Buna göre, birinci sırada yer alan sorumlu, kusurunun hafifliğini⁷⁴ veya müzayaka durumuna düşeceğini⁷⁵

⁷⁰ Gröner, 85.

⁷¹ Tandoğan, Mesuliyet, 387; Stark, Skriptum, N. 998; Keller/Syz, 129; Keller/Gabi-Bolliger, 147; Kusuru bulunmayan sebep sorumlusu kusuru bulunan sebep sorumlusuna zararın tamamı için rücu edebilir (Eren, Haftung mehrerer Schädiger, 424). Akit dışı sorumlu olan ve kusuru bulunan herkes birinci sırada yer alır (Deschenaux/Tercier, 246); Hartmann'a göre sebep sorumlusu, hem sebep sorumluluğu dolayısıyla son sırada hem de munzam kusur dolayısıyla ilk sırada yer alır. Bu halde BK 51/II'deki sıralama geçerli değildir. Rücu ilişkisinin tesbiti, hâkimin takdirine kalmıştır (OR 51/I'in atfıyla OR 50/II) (Hartmann, 64-65).

⁷² Stark, Skriptum, N. 998; Oftinger, I, 349; v. Tuhr/Peter, 470-471; Keller, A., II, 164; Keller/Syz, 129;

KTK 85/V hükmü uyarınca işletene -ve işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibine-, aracın kullanılmasına katılan kişilerin kusurları iç ilişkide de izafe edilir, yani bunlar, rücu ilişkisinde onlara düşen payı da üstlenirler. (Bkz. dördüncü bölüm, dn. 304 ve aşağıda § 3, II, B, f.).

⁷³ Oğuzman-Öz, 674; Keller, A., II, 161; Oftinger, I, 353; Bu anlamda, Oftinger/Stark, I, § 10, N. 75; Sosyal Sigortalar Kurumunun açacağı rücu davasında da BK 43 ve 44'ün uygulanacağı hususunda bkz. Yarg. HGK, 15.3.1995, 10-800/166 (YKD 1995/9, 1353).

⁷⁴ Oftinger, I, 354; Brehm, Art. 43, N. 44; Brehm, SJK, N. 15; Aksi yönde, JdT 1958 I, 438, Nr. 56.

⁷⁵ BGE 50 II 189 = Pra. 13, Nr. 75 (Karar, sigortacının, kusuruyla zarara sebebiyet veren üçüncü kişiye rücu ile ilgilidir).

veya zarar görenin kusuru bulunduğunu⁷⁶ veya beklenmedik bir olayın söz konusu olduğunu⁷⁷ ileri sürüp, zararın yükünün tamamını omuzlamaktan kurtulabilir. Bu takdirde tahsili mümkün olmayan miktar, alt sıradaki sorumlular arasında, sorumluluk sebeplerinin ağırlıklarına göre taksim edilir⁷⁸. Aynı şekilde, sigortacı, birinci sırada yer alan sorumluya rücu ettiğinde, bu kimse kusurunun hafifliğinin⁷⁹ veya sigortalının müterafik kusurunun⁸⁰ dikkate alınmasını isteyebilir.

Mali sorumluluk sigortasında, sigortacının, sigorta ettirene rücu, onun ağır kusurlu olmasına bağlıdır. Sigorta ettiren, kendisine rücu eden sigortacının, zarar görene (sigortalıya) daha az ödemede bulunabilme imkânına sahipken bunu yapmadığını ileri sürüp onun sigortalıya ödemekten kaçınabileceği miktar kadar kendi sorumluluğunda indirime gidilmesini isteyebilir (KTK 95/II)⁸¹.

BK 51/II'deki esasın uygulama alanı bulamayacağı diğer bir hal, sorumlulardan birinin tehlike esasına göre sorumlu olması halidir. Nitekim, BK 51 hükmünün kanuna konuluş gayesi de bunu doğrular niteliktedir. BK 51/II'deki sıralama, bir olağan sebep sorumluluğu olan eser sahibinin sorumluluğu (BK 58) dikkate alınarak kanuna konulmuştur⁸². Olağan sebep sorumlulukları ile, zarar görenin uğramış olduğu zararın karşılanması, teminat altına alınmaya çalışılmıştır. Asıl sorumlu, kusur esasına göre sorumlu olandır ve olağan sebep sorumlusu, za-

⁷⁶ Sosyal Sigortalar Kurumunun diğer bir sorumluya rücu etmesi halinde, kendisine rücu edilen sorumluya düşen payın, sigortalının (zarar görenin) müterafik kusuru dikkate alınarak tesbit edilir [Yarg. İBK, 31.3.1954, 17/10 (RG 8755)]. Kararda Sosyal Sigortalar Kurumunun kanuni halef olmasına dayanılmıştır. Oysa burada teknik anlamda bir halefîyet söz konusu değildir (bkz. yukarıda dn. 27). Kaldı ki, özel sigortalarda olduğu gibi (TTK 1301/I, 1361), halefîyet söz konusu olsaydı dahi, durum değişmezdi. Rücu hakkının kapsamı, halefîyet yoluyla intikal eden alacaktan bağımsız olarak belirlenir. Tam tersine, halefîyet yoluyla intikal eden alacağın kapsamı rücu hakkına bağlıdır (bkz. aşağıda dn. 95).

⁷⁷ Yarg. 4. HD, 5.11.1984, 6092/8184 (YKD 1985/4, 489); Ödemede bulunan sosyal sigorta kurumunun rücu ettiği diğer sorumlu, beklenmedik olay dolayısıyla kendi sorumluluğunda indirim yapılmasını isteyebilir.

⁷⁸ Tam teselsülde uygulama alanı bulan BK 146/II hükmünün eksik teselsül halinde de kıyasen uygulanacağı hususunda bkz. Kılıçoğlu, 71; Ayrıca bkz. yukarıda dn. 67.

⁷⁹ BGE 96 II 176; Brehm, SJK, Karar no: 251 (yangın sigortası); Karar no: 260 (kasko sigortası, hayvan idare edene rücu); BGE 68 II 52 = Pra. 31, Nr. 43 (mali sorumluluk sigortası); Sorumluluk sigortası yapan sigortacının, işletene rücu halinde, BK 43 ve 44 hükümleri uygulanmaz ve dolayısıyla işletenin kusurunun ağırlığına göre indirim yapılamaz (Bkz. Brehm, Art. 43, N. 45; BGE 92 II 256).

⁸⁰ Bozer, 113.

⁸¹ Mali sorumluluk sigortacısı, işletenin sorumluluğu bakımından geçerli olan indirim sebeplerini -meselâ zarar görenin kusurunu- zarar görene karşı ileri sürebilir (bkz. dördüncü bölüm, dn. 127). Sigortacı bunu yapmamışsa, ödemedi kaçınabileceği miktarı, işletene rücu ettiğinde ondan talep edemez [Yarg. 11. HD, 1.11.1993, 603/6966 (YKD 1994/4, 591)].

⁸² Bkz. dördüncü bölüm, dn. 164.

rar görene ödediği miktarın tamamı için bu kimseye rücu edebilir. Tehlike sorumlusu ise başkaları için tehlike arzeden bir işletme işlettiği için sorumludur. Bu itibarla, zararın yükünün bir kısmını üzerine almalıdır. Bir trafik kazası dolayısıyla işleten dışındaki bir kimse (aracın sürücüsü, bir bisiklet sürücüsü, bir yaya, hayvan idare eden), işleten ile birlikte sorumlu ise, motorlu aracın işleteni bu kimseye rücu ettiğinde, aracın yarattığı tehlike dikkate alınarak zararın yükünün bir kısmı işletenin üzerinde bırakılır⁸³.

Oftinger'in sorumluluğa ilişkin kitabının yeni basısını hazırlayan Stark, genel olarak BK 51/II'deki sıralamayı isabetli bulmamaktadır. Kusuru bulunmayan sebep sorumlusu zararın tamamı için kusur sorumlusuna veya sözleşme icabı sorumlu olan kişiye rücu edememelidir. Ona göre, "ilk sırada" sözü, paylaşmada kusura daha ziyade ağırlık verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır⁸⁴. Yani kusuru bulunmayan sebep sorumlusu, zararın tamamı değil, ama büyük bir kısmı için kusur sorumlusuna veya sözleşme icabı sorumlu olan kişiye rücu edemelidir. İsviçre Federal Adalet ve Polis Bakanlığına sunulan sorumluluk hukukunun tümünün değiştirilmesine ilişkin incelemenin sonuç raporunda getirilen teklifte de, rücu da olayın şartlarına bakılacağı belirtildikten sonra, özellikle kusurun ağırlığına ve taraflara ait özel tehlikeye bakılacağı belirtilmektedir⁸⁵.

⁸³ Tandoğan, Mesuliyet, 390; Yılmaz, 162-163; Stein, Haftungskompensation, 73; Genel olarak tehlike sorumlulukları bakımından, Keller/Syz, 130; Keller, A., II, 165, 166; Kural olarak zararın yükünün büyük kısmı işletenin üzerinde kalır. Kusur sorumlusunun kusurunun ağır olması halinde, duruma göre işleten zararın % 50 veya daha aşağısını da üstlenebilir (Keller, A., II, 168);

BGE 108 II 57: Tehlike sorumluluğu ile diğer bir sorumluluk birleştiğinde, tazminat belirlenirken işletme tehlikesi de dikkate alınır; BGE 116 II 645 (= Pra. 80, Nr. 45); Birden fazla kişinin sorumlu olması halini düzenleyen SVG 60/II'de (KTK 88/II) OR 51/II'ye atıf yapılmamış, rücu ilişkisinin belirlenmesi hâkimin takdirine bırakılmıştır (Bu görüşte, Oftinger/Stark, II/2, § 25, N. 707);

Bu prensipten ayrılan görüşler de ileri sürülmektedir:

Widmer, tehlike sorumlusunun BK 51/II'deki sıralamadan ayrı tutularak zararın yükünün bir kısmının baştan ona yüklenmesinin BK 51/II'deki düzenleme ile bağdaşmayacağı kanaatindedir (Widmer, Regressordnung, 281-282; Aynı görüşte, Keller/Gabi-Bolliger, 148).

Keller/Syz'a göre, tehlike esasına göre sorumlu olan kimse, sözleşme icabı sorumlu olan kimseye (meselâ sigortacıya) zararın tamamı için rücu edebilir (Keller/Syz, 130);

Stark'a göre, tehlike sorumlusu ile hayvan idare eden birlikte sorumlu olduklarında, zararın yükünün tamamı kusuru bulunan tarafa aittir (Stark, Skriptum, N. 1004);

Deschenaux/Tercier'e göre, objektif sorumluluk esasına göre sorumlu olanlardan kusuru bulunan zararın tamamını üstlenir (Deschenaux/Tercier, 244);

Appenzell-Außerrhoden Kantonu İstinaf Mahkemesi kararı, SJZ 57 (1961), Nr. 62, 188; Sürücü ile işleten arasındaki rücu ilişkisi OR 51 hükmüne göre belirlenir.

⁸⁴ Oftinger/Stark, I, § 10, N. 65 vd.

⁸⁵ Bericht der Studienkommission, 223, 59-3; Söz konusu tekdifin tehlike sorumlulukları dikkate alınarak yapıldığı anlaşılıyor (aynı rapor, 105).

Kanaatimce mevcut düzenleme çerçevesinde, özel tehlikenin varlığı halinde BK 51/II'deki sıralamadan ayrılmak zaten mümkündür. Madde metni, somut olayın durumuna göre bu sıralamadan ayrılınabileceğini açıkça kabul etmiştir. Şu var ki, prensip olarak bu sıralamaya uyulmak gerekir. Örnek olarak, kendisine miras kalan ve varlığından dahi o güne kadar habersiz olduğu bir binanın verdiği zarardan dolayı BK 58 uyarınca sorumlu tutulan bir kimse, binanın yapımında kusuru bulunan inşaat şirketine, zarar görene ödediği tazminatın tamamı için rücu edebilmelidir, meğer ki inşaat şirketine ait kusurun ağırlığı hafif olsun. Buna mukabil, iş kazası dolayısıyla üçüncü kişilerin uğradıkları zararlar bakımından, işletme tehlikesi dolayısıyla işveren zararın tamamı için işçisine rücu edememelidir. Örnek olarak bir tren kazasında, tren işletmesi karşıladığı zararın tamamı için kusuru bulunan müstahdemine rücu edememelidir. İşte burada işverene ait özel tehlike dikkate alınarak BK 51/II'deki sıralamadan ayrılabilir⁸⁶. Stark, kusuru bulunmayan sebep sorumlusunun hafif kusuru bulunan diğer sorumluya zararın tamamı için rücu etmesini tatminkâr bulmamaktadır⁸⁷. Oysa kendisine rücu edilen kimse, kusurunun hafifliğini ileri sürerek, zararın tamamını üstlenmekten kurtulabilir.

Diğer taraftan, kendisine rücu edilen sorumlunun sorumluluk sigortasının bulunmasının, o sorumluya düşecek pay üzerinde herhangi bir etkisi yoktur⁸⁸.

BK 51/II'de getirilen esas, genel nitelikte olup, özel düzenleme varsa bu hüküm uygulanmaz. Örnek olarak kaza sigortaları bahsinde yer almakla beraber, meblağ sigortası şeklinde yapılan hayat sigortalarına ilişkin olan⁸⁹ TTK 1338 hükmüne göre, zarar gören hem sigortacıdan hem de sigortacı ile birlikte sorumlu olan kimseden zararının tamamının karşılanmasını talep edebilir⁹⁰. Bunlardan birinin yaptığı ödeme

⁸⁶ BK 51/II hükmü katı şekilde yorumlanarak işverenin üçüncü kişinin uğradığı zararın tamamı için işçisine rücu edebileceğinin kabul edilmesinin sosyal bakımdan isabetli olmadığı hususunda bkz. Oftinger/Stark, I, § 10, N. 51; Krş. dördüncü bölüm, dn. 464.

⁸⁷ Stark, ZBJV 128, 221.

⁸⁸ BGE 111 Ib 200.

⁸⁹ Arseven, 174; Kender, 238.

⁹⁰ İsviçre hukukundaki özel düzenlemenin kapsamı daha geniştir. VVG 96 hükmüne göre, şahıs sigortalarında, ödemede bulunan sigortacı, zarar görenin alacaklarına hâlef olmaz, yani sigortacının diğer sorumlulara rücu imkânı yoktur [Bkz. BGE 97 II 266 (= Pra. 61, Nr. 32); 94 II 173 (= Pra. 58, Nr. 43)]. Bunun anlamı, sigortacının yaptığı ödemenin, sigortacı ile birlikte sorumlu olan diğer kişilerin sorumlu oldukları miktara mahsup edilemeyeceğidir (Oftinger/Stark, II/2, § 25, N. 615; Stauffer-Schaetzle-Schaetzle, Barwerttafel, N. 559; Stark, Skriptum, N. 981), meğer ki sigortacının yaptığı ödeme doğrudan zararı karşılamaya yönelik olsun (Schaer, N. 18);

Fakat bu kuralın bazı istisnaları bulunmaktadır. SVG'de yer alan bir hükme göre (SVG 62/III), primleri işleten tarafından ödenen özel sigortadan zarar görene yapılan ödemeler, işletenin sorumlu olduğu miktara mahsup edilir. Tipik örnek, işletenin, ço-

miktarınca diğerinin borcu sona ermez⁹¹. Buna bağlı olarak, bunların birbirlerine rücu etmeleri de söz konusu değildir⁹².

Rizikonun gerçekleşmesi halinde belli bir meblâğın ödenmesini değil le, sigortalının uğramış olduğu zararın karşılanması gaye edinen zarar sigortalılarında ise, ödemede bulunan sigortacı, sigortalının diğer sorumlulara karşı sahip olduğu tazminat alacaklarına halef olur ve zararları sorumlu olan diğer sorumlulara rücu edebilir (Kara sigortalı bakımından TTK 1301; Deniz sigortalı bakımından TTK 1361). Halefiyet esasını benimseyen bu hükümlerin BK 51/II hükmüne bir istisna getirmiş oldukları kabul edilmektedir⁹³. Zira halefiyet gereği, sigortacı, sigortalının haklarını elde etmiş olduğundan, o kime karşı dava açabilecek idiyse, o kimselere karşı dava açma imkanını elde etmiş olmaktadır. Sigortacı, üçüncü sırada yer alan bir sebep sorumlusuna da rücu edebilir⁹⁴.

Bu görüş isabetli değildir. Zira burada halefiyet esasının kabul edilmesindeki gaye, rücu hakkını güçlendirmek, rücu edilen kişiye diğer sorumlular tarafından gösterilen teminatlara başvurma imkânını sağlamaktır. Bu sebeptendir ki, halefiyet yoluyla intikal eden alacağın kapsamı, rücu hakkının kapsamını aşamaz⁹⁵. Nitekim İsviçre hukukunda da rücu hakkının kapsamının, halefiyet esasını kabul etmekle birlikte kapsamı dar olan VVG 72 hükmüne göre değil, OR 51/II (BK 51/II) hükmüne göre belirleneceği kabul edilmektedir⁹⁶.

för lehine kaza sigortası yaptırması halidir. Bu takdirde sigortalının şoföre yaptığı ödeme miktarınca, işletenin şoföre olan tazminat borcu sona erer (Oftinger/Stark, II/2, § 25, N. 618); SVG 62/III'e benzer bir hüküm LwG 99/I'de yer almaktadır. Tarım işletmesinde, işletme kazalarına karşı işçisini sigortalayan işveren, belirli şartlarla, sigortalının ödemiş olduğu tazminatı kendi sorumluluğuna mahsup edebilir (Bkz. BGE 89 II 122 = Pra. 52, Nr. 135); Bu prensibin, özel hüküm bulunmadığı hallerde de geçerli olduğu hususunda bkz. Oftinger/Stark, I, § 6, N. 67;

Sosyal sigortalarda, sigortalının, yaptığı ödeme miktarında sigortalının haklarına halef olması esaslı özel düzenlemelerle kabul edilmiştir (Bkz. Stark, Skriptum, N. 136; Ayrıca bkz. yukarıda dn. 14).

⁹¹ Meblağ sigortası kapsamındaki ödemeler ile zararın denkleştigiinden bahsedilemez (Akünal, 176 vd.).

⁹² Yarg. TD. 25.5.1970, 211/2208 (Moroğlu, Erdoğan/Moroğlu, Nazan, Notlu - İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 4. Bası, İstanbul 1995, m. 1338).

⁹³ Kılıçoğlu, 86-87; Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 62.

⁹⁴ Bozer, 107-108.

⁹⁵ Mütessesil borçlüluktaki halefiyet bakımından (BK 147), Becker, Art. 149, N. 5; v. Tuhr/Escher, 317 ve dn. 157;

Halefiyetin gayesi için bkz. Oğuzman/Öz, 194; v. Tuhr/Escher, 316, 317; Becker, Art. 149, N. 5; Oftinger/Stark, I, § 11, N. 8;

Halefiyet yoluyla intikal eden alacak ile rücu hakkının birbirinden ayrı, fakat birbiriyle yarışan haklar olduğu hususunda bkz. yukarıda dn. 27.

⁹⁶ Oftinger/Stark, I, § 11, N. 30; Oftinger, I, 383; v. Tuhr/Peter, 470, dn. 24; Deschenaux/ Tercier, 251; Ayrıca bkz. Oftinger/Stark, I, § 10, dn. 71; Krs. Keller, A., II, 176; Doktrin ve uygulamanın bu yönde olduğu hususunda bkz. Honsell, 87; Amaç, kendisine prim ödenen sigortacı varken, kusursuz sorumluya iç ilişkide pay düşmesine engel olmaktır (Honsell, 87; Ancak yazarın kendisi farklı görüştedir).

Tehlike sorumluluklarının BK 51/II'deki sıralamaya dahil olmadıklarını yukarıda belirttik⁹⁷. Dolayısıyla sigortacı, tehlike esasına göre kusursuz olarak sorumlu olan kimseye de rücu edebilmelidir. Buna göre, kasko sigortası yaptıran bir araç sahibi, trafik kazası neticesi aracına gelen zararın karşılanması amacıyla sigortacıya başvurduğu takdirde, ödemede bulunan kasko sigortacısı, kusuru bulunan sürücülere⁹⁸ rücu edebileceği gibi, kusuru bulunsun veya bulunmasın diğer işletene veya onun malî sorumluluk sigortacısına da rücu edebilmelidir.

Malî sorumluluk (malî mesuliyet) sigortasında ise durum şöyledir; Malî sorumluluk sigortasını yapan sigortalının sorumluluğu, sigortalının (lehine malî sorumluluk sigortası yapılan işletenin) sorumluluğundaki esaslara tâbidir (KTK 91). Eğer işletenin başka bir sorumluya rücu etmek hakkı bulunmaktaysa, o takdirde ödemede bulunan sigortacı da, diğer sorumluya, işletenin rücu edebileceği miktara kadar, rücu edebilir⁹⁹.

Sosyal sigorta kurumlarının rücuü da prensip olarak BK 51'de yer alan esaslara tâbidir¹⁰⁰, meğer ki özel bir düzenleme mevcut olsun¹⁰¹.

⁹⁷ Bkz. sayfa 187.

⁹⁸ Yargıtay, kasko sigortasını yapan sigortalının, sigortalının rızası ile aracı kullanan sürücüye rücu edemeyeceği yolundaki görüşünü [Yarg. 11. HD, 29.5.1985, 3689/3361 (YKD 1985/10, 1493); Yarg. 11. HD, 3.3.1980, 1171/1979 (YKD 1981/4, 459)], isabetli olarak, değiştirmiştir [Yarg. 11. HD, 17.4.1995, 2056/3648 (YKD 1995/8, 1236)].

⁹⁹ BGE 116 II 645 = Pra. 80, Nr. 45; İşleten, zararın 1/3'ü için OR 58 uyarınca sorumlu olan diğer sorumluya rücu edebilecek olduğundan, ödemede bulunan malî sorumluluk sigortacısı da, ödediği miktarın 1/3'ü için o sorumluya rücu edebilir.

¹⁰⁰ BGE 115 II 24 = Pra. 78, Nr. 172; Karar, kamu hukukuna tâbi emekli sandıklarının OR 51/II hükmüne göre, diğer sorumlulara rücu edebileceği hakkındadır;

Burada zararın denkleştirilmesi söz konusu değildir (Bkz. Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Altıp, 589; Eren, II, 318; Akünal, 65 vd.; Karahaslan, I, 642; Oftinger/Stark, § 6, N. 65-66); Yani, gerek sosyal sigortalının gerek özel sigortalının zararın telâfisine yönelik olarak yaptıkları ödemeler, zarar görenin sorumluluğu doğuran olay dolayısıyla elde ettiği bir yarar olarak görülüp, zararın belirlenmesi safhasında dikkate alınmazlar. Bu itibarla önce tazminat yükümlülüğünde gerekli indirim yapılarak tazminat miktarı belirlenmeli ve daha sonra sigortalıdan alınan miktar bundan indirilmelidir. Tersine bir sıranın uygulanacağına ilişkin Yargıtay kararları isabetli değildir [Yarg. 4. HD, 9.2.1982, 393/1381 (Karahasan, II, 822) (Bu noktaya değinen karşı oy yazısı isabetlidir); Yarg. 4. HD, 30.3.1979, 13369/4345 (YKD 1980/2, 221); Yarg. 4. HD, 30.3.1979, 13369/4345 (Karahasan, II, 823); Yargıtay eski kararlarında kabul ettiğimiz sıralamadan hareket etmekteydi [Yarg. HGK, 11.9.1968, 9-217/592 (Karahasan, II, 824); Yarg. 10. HD, 14.11.1975, 3745/5755; 20.1.1977, 4962/203 (Karahasan, I, 738, dn. 173)].

Zarardan sorumlu olmayan üçüncü bir kişinin zarar telâfi etmesinin sorumluların tazminat yükümlülüğüne etkisi hususunda bkz. birinci bölüm, dn. 127.

¹⁰¹ SSK 26/I; Bağ-Kur K, m. 63/II; 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu, m. 129;

Bağ-Kur Genel Müdürlüğünün, 63. maddenin kapsamı dışında kalan hallerde BK 51 hükmü uyarınca diğer sorumlulara rücu edebileceği hususunda bkz. Yarg.

Sigortacının rücuuna ilişkin olarak İsviçre hukukunda savunulan bir görüşe burada yer vermek gerekir. İsviçre hukukunda bazı özel kanunlar, sigortacının rücu hakkına bir sınırlama getirmişlerdir. Sigortacı, zarar görenin aleyhine sonuç doğuracak şekilde diğer sorumlulara rücu edemez (AHVG 48^{quater}/I; UVG 42/I; SVG 88), meğer ki zarar görenin ağır kusuru bulunsun¹⁰². Özel kanunlarda yer alan bu prensibin, diğer sorumluluklarda da geçerli olması gerektiği kabul edilmektedir¹⁰³.

Sigortacının rücuu için getirilen esasın ne anlama geldiğini izah etmeden önce genel kuralı hatırlatalım. Kural, sorumlulardan birinin yaptığı ödeme miktarı kadar, diğer sorumluların borçlarının da sona ermesidir. Eğer sorumlulardan hiçbirinin ödemekle yükümlü olduğu miktar, zararı tam olarak karşılamaya yetmiyorsa, o takdirde zarar gören zararın yükünün bir kısmını kendisi taşımak zorunda kalır. Örnek olarak, işleten (İ)'ye ait aracı kullanan (S), yoldan geçmekte olan (Y)'ye çarpar. (İ), (Y)'nin kendi kusuru sebebiyle zararın % 70'inden (BK 44/I), (S) ise hem kusurunun hafifliği (BK 43/I) hem de (Y)'nin müterafık kusuru (BK 44/I) dolayısıyla zararın % 50'sinden sorumludur. Bu durumda (Y), en fazla zararının % 70'inin karşılanmasını temin edebilir. Zira (Y) önce (İ)'ye başvurur ve (İ) borcunu (zararın % 70'i) tamamen öderse, (S)'nin de borcu (zararın % 50'si) tamamen sona erer. (Y) önce (S)'ye başvurur ve (S) borcunu (zararın % 50'si) tamamen öderse, (İ)'nin borcu da (zararın % 70'i) o miktarda azalır ve geriye zararın % 20'si kalır. Dolayısıyla (Y)'nin bu ihtimalde de elde edebileceği toplam miktar yine toplam zararın % 70'i ile sınırlı kalır.

Sigortacının sorumluluğu da zararı tam olarak karşılamaya yetmeyebilir. Böyle bir durumda, zarar görenin zararını tam olarak karşılamaması adil bir çözüm tarzı olarak görülmemektedir. Zira sigortacı prim toplamak suretiyle zaten uğranılan zararı finanse etmiştir. Bu itibarla onun rücu hakkı sınırlandırılıp, zarar görenin zararının tam olarak karşılanması yolu açılabilir. Örnek olarak sigortacının yaptığı ödeme zararın % 50'sini karşılamaya yetiyorsa ve diğer sorumlu (B) de zararın % 70'inden sorumlu ise, o takdirde rücu ilişkisi şöyle tesbit edilir; Sigortacının yaptığı ödeme miktarınca, diğer sorumlu (B)'nin borcunun da sona erdiğinden hareket edilmez. Böyle olsaydı, zarar gören,

İBK, 29.3.1985, 3/2 (RG 18757); SSK 26'da aranan şartlar gerçekleşmese dahi, Kurumun malî sorumluluk sigortasını yapan sigortacıya rücu edebileceği hususunda bkz. Yarg. 10. HD, 27.10.1978, 2019/7570 (YKD 1979/4, 520); Yarg. 10. HD, 10.10.1978, 1235/6854 (YKD 1979/1, 75); Kurumun Trafik Garanti Fonuna rücu edebileceği hususunda bkz. Yarg. 10. HD, 6.6.1996, 5346/5281 (YKD 1996/9, 1418).

¹⁰² Bkz. Oftinger/Stark, I, § 11, N. 209 vd.

¹⁰³ Oftinger/Stark, II/2, § 26, N. 429; I, § 11, N. 202 vd.; Schaer, N. 715 vd.; Keller, A., II, 191 vd.; Stein, BJM 1981, 119; BGE 96 II 365 (= Pra. 60, Nr. 44); 104 II 309; 113 II 91; 117 II 627.

(B)'den ancak zararının % 20'sinin karşılanmasını isteyebilecekti. Zarar gören, zararının tamamının karşılanması için zararının geri kalan % 50'sinin karşılanmasını (B)'den isteyebilmelidir. O halde, sigortacı zararın % 50'sini karşılamış olmasına rağmen, (B)'nin borcunun ancak % 20 oranında sona erdiği kabul edilmelidir. Böyle olunca zarar gören (B)'den zararının geri kalan kısmının tamamının karşılanmasını talep edebilir, sigortacı ise (B)'ye ödemede bulunduğu miktar için değil, ancak toplam zararın % 20'si için (B)'ye rücu edebilir. Zira (B)'nin sorumluluğu zararın % 70'i ile sınırlıdır.

İsviçre hukukunda sigortacının rücuuna ilişkin olarak getirilen bu sınırlamanın bizim hukukumuzda da geçerli olması kabul edilebilir¹⁰⁴.

B. Hukukî Sebeplerin Aynı Olması Halinde

BK 51'de belirtilen sıralama (haksız fiil, sözleşme, kanun) esas alındığında, birlikte sorumlu olanlar farklı sıralarda değil de, aynı sırada yer alıyor olabilirler. İç ilişkide bunlardan her birine düşen payın nasıl tesbit edileceği hususu kanunda düzenlenmiş değildir. Burada da esas itibariyle hâkimin takdir yetkisi belirleyici rol oynayacaktır¹⁰⁵. Üçlü bir ayırım yaparak konuyu daha yakından inceleyebiliriz.

1. Birlikte Sorumlu Olanların Birinci Sırada Yer Almaları Halinde

Birinci sırada birden fazla sorumlunun bulunması çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir.

a) Birlikte Sorumlu Olanların Haksız Fiil Hükümlerine Göre Sorumlu Olmaları Halinde

Birden fazla kişi, müşterek kusurları bulunmaksızın haksız fiil hükümlerine (BK 41/I) göre sorumlu olabilirler. Yanıcı madde dolu bir varil yol kenarına bırakan kimse ile varile yanan sigara izmariti atıp üçüncü kişilerin zarara uğramasına sebep olan kimsenin birlikte sorumlu olmalarında durum böyledir¹⁰⁶. Bu durumda sorumlular arasındaki paylaşım kusurların ağırlığına göre yapılır¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Bu görüşte, Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Altıp, 616-617; Yargıtay da, sigortacının yaptığı ödeme miktarınca, diğer sorumlunun borcunun da sona ermeyeceğini kabul etmektedir. Fakat Yargıtay sigortacının rücu hakkına bir sınırlama getirmemektedir. Sigortacı ile birlikte sorumlu olan kimsenin zarar görene karşı sorumluluğu, sigortacının kendisine rücu edebileceği miktar kadar indirime tâbi tutulmaktadır. Bkz. Yarg. 4. HD, 1.4.1993, 13084/3014 (YKD 1993/10, 1487).

¹⁰⁵ Oftinger/Stark, I, § 10, N. 60; BGE 80 II 247.

¹⁰⁶ BGE 66 II 114; Bkz. yukarıda dn. 7.

¹⁰⁷ Tandögan, Mesuliyet, 390; Oftinger, I, 357-358; Guhl/Merz/Koller, 200; Keller, A., II, 165; Becker, Art. 51, N. 10; Oser/Schönenberger, Art. 51, N. 18; Deschenaux/Tercier, 244; İdarenin kamu görevlisine rücuunda da kusurların ağırlıkları karşılaştırılır (Yarg. 4. HD, 21.4.1976, 7538/4205 (YKD 1977/9, 1230)).

b) Olağan Sebep Sorumluluğu Uyarınca Sorumlu Olan Kimsenin, Kusur Esasına Göre Sorumlu Olan Kimse ile Birlikte Birinci Sırada Yer Alması Halinde

Olağan sebep sorumluluğu uyarınca sorumlu olan bir kimse munzam kusuru bulunduğu takdirde, kusur esasına göre sorumlu olanlarla birlikte birinci sırada yer alır. Örnek olarak, BK 55 uyarınca sorumlu olan istihdam edenin munzam kusuru bulunduğu takdirde, kusur esasına göre sorumlu olan müstahdem ile birlikte birinci sırada yer alır. Bu ihtimalde de, paylaşırma tarafların kusurlarının ağırlıklarına göre yapılır¹⁰⁸.

c) Olağan Sebep Sorumluluğu Uyarınca Sorumlu Olan Birden Fazla Kimsenin Birinci Sırada Yer Alması Halinde

Olağan sebep sorumluluğu uyarınca birlikte sorumlu olan kimsele-
rin munzam kusurları bulunduğu takdirde, bunlar birinci sırada yer alırlar. BK 58 hükmü uyarınca sorumlu olan müşterek maliklerin munzam kusurlarının bulunması halinde durum böyledir¹⁰⁹. Bu ihtimalde de, sorumlulardan herbirine düşen pay, kusurların ağırlıkları karşılaştırılarak, tesbit edilir¹¹⁰.

d) Tehlike Esasına Göre Sorumlu Olan Kimsenin, Kusur Esasına Göre Sorumlu Olan Kimse İle Birlikte Birinci Sırada Yer Alması Halinde

Tehlike esasına göre sorumlu olan bir kimse munzam kusuru bulunduğu takdirde, kusur esasına göre sorumlu olanlarla birlikte birinci sırada yer alır. Aniden yola bir yayanın çıkması üzerine hatalı şekilde direksiyonu kıran işletenin üçüncü bir kişinin zarara uğramasına yol açmasında durum böyledir. Munzam kusuru bulunan işletenle, kusurlu şekilde yola çıkan yaya birinci sırada yer alırlar. Bu ihtimalde, paylaşırma sadece kusurların ağırlıkları dikkate alınarak yapılmaz. Tehlike sorumlusunun yarattığı tehlikenin ağırlığı da dikkate alınır¹¹⁰. Dolayısıyla, zararın yükünün büyük bir kısmını munzam kusuru bulunan tehlike sorumlusu taşır¹¹².

¹⁰⁸ Keller/Syz, 131; BGE 47 II 430; 97 II 345.

¹⁰⁹ Bkz. yukarıda dn. 8.

¹¹⁰ Eren, Die Verantwortlichkeit, 424.

¹¹¹ Motorlu araç işletenin sorumluluğu bakımından, Geisseler, 67 vd.

¹¹² Appenzell-Außerrhoden Kantonu İstinaf Mahkemesi kararı, SJZ 57 (1961), Nr. 62, 188: Tehlike sorumlusunun munzam kusuru bulunması halinde dahi, kusur sorumlusuna bir pay düşmelidir. Keller/Syz'a göre, tehlike sorumlusunun munzam kusuru varsa; zararın yükünün tamamı onun üzerinde kalmalıdır (Keller/Syz, 130).

e) Tehlike Esasına Göre Sorumlu Olan Kimsenin, Olağan Sebep Sorumluluğu Uyarınca Sorumlu Olan Kimse İle Birlikte Birinci Sırada Yer Alması Halinde

Tehlike esasına göre sorumlu olan kimse ile, olağan sebep sorumluluğu uyarınca sorumlu olan kimsenin munzam kusurları bulunduğu takdirde, bunlar birinci sırada yer alırlar. Yapı eserindeki mevcut bir bozukluğu farketmeyen sürücünün -ki aynı zamanda işletendir- yapı eserine çarpıp üçüncü kişilere zarar vermesi halinde durum böyledir. Böyle bir durumda, iç ilişkideki paylaşırma bir önceki ihtimaldeki gibi yapılır. Yani, paylaşırma sadece kusurların ağırlıkları dikkate alınarak yapılmaz. Tehlike sorumlusunun yarattığı tehlikenin ağırlığı da dikkate alınır. Dolayısıyla, zararın yükünün büyük bir kısmını munzam kusuru bulunan tehlike sorumlusu taşır.

f) Tehlike Esasına Göre Sorumlu Olan Birden Fazla Kimsenin Birlikte Birinci Sırada Yer Alması Halinde

Tehlike esasına göre sorumlu olan birden fazla kimsenin munzam kusurları bulunduğu takdirde bunlar birinci sırada yer alırlar. Bu ihtimalde, iç ilişkide paylaşırma yapılırken hem tarafların kusurlarının ağırlıkları hem de yarattıkları tehlikenin ağırlığı dikkate alınır¹¹³.

Birden fazla motorlu araç işletenin sorumlu olduğu trafik kazalarında iç ilişkide paylaşırmanın nasıl yapılacağı KTK 88/II, c. 2'de özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, "Özel durumlar ve özellikle araçların işletme tehlikeleri, zararın iç ilişkide başka türlü paylaşılmasını haklı göstermedikçe, işletenler ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahipleri kusurları oranında zarara katlanırlar."

Bu hüküm, işletenlerden birinin bedensel zarar görmesine ilişkin KTK 89/I hükmüne benzer şekilde kaleme alınmıştır. Bu hüküm de, işletenler ve işletenlerin bağlı oldukları teşebbüs sahiplerinin munzam kusurlarının bulunduğu hareket etmekte ve işletme tehlikeleri arasında önemli bir fark bulunmadıkça¹¹⁴, paylaşırmanın munzam kusurların ağırlıklarına göre yapılacağı esasını getirmektedir. Burada şunu belirtmek gerekir ki, kusurun ağırlığı ile işletme tehlikesinin ağırlığını kesin çizgilerle birbirinden ayırmak mümkün değildir. Kusurun varlığı ve onun ağırlık derecesi, işletme tehlikesini arttıran faktörlerden birisidir. Bu bakımdan somut olayın durumu iki ayrı değerlendirme yapılmasını gerektirmeyebilir. İşletme tehlikesinin ağırlığını belirleyen - motorlu aracın ağırlığı, dengede durma kabiliyeti gibi- faktörler bakı-

¹¹³ Tren işleten ile motorlu araç işletenin birlikte sorumlu oldukları durumda, hem araçların işletme tehlikelerinin hem de tarafların kusurlarının dikkate alınacağı hususunda bkz. BGE 69 II 159 = Pra. 32, Nr. 106.

¹¹⁴ İşletme tehlikesinin ağırlaşması hususunda bkz. dördüncü bölüm, § 3, II, C, 7, a.

mundan önemli bir fark yoksa, munzam kusurların ağırlıklarının dikkate alınması ile yetinilebilir. Bu hükmü -KTK 89/I hükmünün yorumuna paralel olarak-, bu şekilde yorumlamak gerekir¹¹⁵.

Özellikle tartışma konusu olan husus, işletenlerden birinin -veya onun bağlı olduğu teşebbüs sahibinin- munzam kusurunun çok hafif olması veya munzam kusurunun hiç bulunmaması halinde, durumun ne olacağıdır. İşletenlerden birinin -veya onun bağlı olduğu teşebbüs sahibinin- munzam kusuru çok hafif diye, zararın yükünün büyük bir kısmını daha ağır kusuru bulunan diğer işleten -ve onun bağlı olduğu teşebbüs sahibi- mi yüklenmelidir? Veya munzam kusuru bulunmayan işletene -ve onun bağlı olduğu teşebbüsün sahibine- iç ilişkide hiç pay düşmemeli midir?

Bir görüşe göre, munzam kusuru bulunmayan tehlike sorumlusu da, kendisine ait tehlikenin ağırlığı dikkate alınarak zararın yükünün bir kısmını üzerine almalıdır¹¹⁶. Diğer bir görüşe göre, kanundaki sıraya itibar edilmelidir, yani kusuru bulunmayan tehlike sorumlusuna bir pay düşmemelidir¹¹⁷.

Kanaatimce burada da KTK 89/I hükmüne ilişkin olarak benimsediğimiz çözüm geçerli olmalıdır¹¹⁸. Buna göre, KTK 88/II, c. 2 hükmü işletenlerin ve işletenlerin bağlı oldukları teşebbüs sahiplerinin munzam kusurlarının bulunduğundan hareket etmektedir. Eğer işletenlerden en az birinin -ve onun bağlı olduğu teşebbüs sahibinin- munzam kusuru bulunmuyorsa, söz konusu hüküm uygulama alanı bulmaz. İşletenlerden birinin -ve onun bağlı olduğu teşebbüs sahibinin- munzam kusurunun bulunmaması, beklenmedik bir olaydan veya diğer işleten ve teşebbüs sahiplerinin kusurundan ileri gelebilir. Herhalükârdâ munzam kusuru bulunmayan işletene -ve onun bağlı olduğu teşebbüs sahibine- ait işletme tehlikesi de dikkate alınarak zararın yükü sorumlu işletenler -ve teşebbüs sahipleri- arasında paylaşılır, meğer ki munzam kusuru

¹¹⁵ Bkz. dördüncü bölüm, dn. 350; Becker, Art. 51, N. 9: Kusurun ağırlığının yanında sebebiyet verme derecesi de dikkate alınır, meğer ki sebebiyet verme derecesi kusurun ağırlığı belirlenirken dikkate alınmamış olsun.

¹¹⁶ Oftinger, I, 358; v. Büren, 285; Portmann, Gegenseitige Schädigung, 24.

¹¹⁷ Eren, II, 294; Stark, Skriptum, N. 1001; Keller, A., II, 168; Keller/Gabi-Bolliger, 148;

BGE 99 II 96 vd: Kusuru bulunan işleten zararın tamamını üstlenir (hem SVG 60/II, c. 2, hem SVG 61/I bakımından). Eğer işletme tehlikesi önemli rol oynamışsa veya tek başına kusuru bulunan işletenin kusuru çok hafifse, o zaman işletme tehlikelerinin ağırlıkları da dikkate alınır (98); Aynı görüşte, Keller, A., I, 363; Keller/Syz, 130;

İsviçre'de hâkim görüş olan bu yorum şekli, karşılıklı işletme tehlikelerinin birbirini götürmesi (kompanse etmesi) esasına dayanmaktadır (Bkz. Oftinger/Stark, I, § 10, N. 56).

¹¹⁸ Bkz. dördüncü bölüm, § 3, II, C, 7, d; İşletenlerin karşılıklı olarak birbirlerine zarar vermelerine ilişkin SVG 61/I (KTK 89/I) hükmü için söylenenlerin, prensip itibarıyla işletenlerin müteselsil sorumluluğuna ilişkin SVG 60/II (KTK 88/II) hükmü hakkında da geçerli olacağı hususunda bkz. Geisseler, 72.

bulunmayan işleten -veya işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibi- mücbir sebep veya diğer işleten -veya teşebbüs sahiplerinin- ağır kusuru sebebiyle sorumluluktan kurtulmuş olsun (KTK 86/I). Eğer işletenlerin ve işletenlerin bağlı oldukları teşebbüs sahiplerinden hiçbirinin kusuru yoksa, gene zararın yükü, işletme tehlikelerinin ağırlıklarına göre paylaşılır.

Örnek olarak, iki aracın karıştığı bir kazada yolun kenarına park etmiş bir araç hasar görmüştür. Araçlardan biri işleteni (İ1) tarafından diğeri ise işleteni (İ2) dışında şoför (Ş) tarafından kullanılmaktaydı. (İ2), teşebbüs sahibi (T)'ye bağlı olarak aracı işletmektedir. Olayda, (İ1)'in munzam kusuru bulunmadığı halde, (Ş)'nin hafif kusuru bulunmaktadır.

Buna göre dış ilişkide (İ1), (İ2) ve (T), sorumlulukları kusur esasına dayanmadığından, zarar görene karşı zararın tamamından; (Ş) ise, kusuru hafif olduğundan, zarar görene karşı meselâ zararın yarısından (1/2'sinden) sorumludur.

Zarar gören ----->	(İ1)	%100
Zarar gören ----->	(İ2)	%100
Zarar gören ----->	(T)	%100
Zarar gören ----->	(Ş)	%50

İç ilişkide ise (Ş) ve KTK 85/V uyarınca onun kusurundan kendi kusurları gibi sorumlu olan (İ2) ve (T), BK 51/II'deki sıralamada birinci sırada, (İ1) ise üçüncü sırada yer alır. Buna rağmen, kendisine ait işletme tehlikesi dikkate alınarak iç ilişkide (İ1)'e de pay ayrılır. Örnek olarak iç ilişkide (İ1)'in, işletme tehlikesi sebebiyle, zararın 1/6'sından; (İ2) ve (T)'den herbirinin, işletme tehlikesi ve munzam kusur sebebiyle, zararın (1/6 + 1/6 =) 2/6'sından; (Ş)'nin ise, kusuru sebebiyle zararın 1/6'sından sorumlu olduğu sonucuna varılabilir.

Buna göre, zarar görenin zararının tamamını tazmin eden (İ1), ödediği miktarın 2/6'sı için (İ2)'ye, gene 2/6'sı için (T)'ye ve 1/6'sı için de (Ş)'ye rücu edebilir.

2. Birlikte Sorumlu Olanların İkinci Sırada Yer Almaları Halinde

İkinci sırada sözleşme uyarınca sorumlu olanlar yer alır. Bunlar arasında ikili bir ayırım yapmak gerekir. Sözleşme uyarınca sorumlu olanların bir kısmı, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden sorumludurlar. Bu sorumluluğun temelinde kusur esasları yer alır (BK 96). Diğer bir kısmın sorumluluğu ise, bunların sözleşmeye aykırı davranışlarından kaynaklanmaz. Bizatihi yapılan sözleşme, doğması

muhtemel bir zararın tazminine yöneliktir. Sigorta ve garanti sözleşmelerini bunlara örnek olarak gösterebiliriz.

İlk ele alacağımız ihtimal, birden fazla kimsenin sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı karşı tarafa zarar vermeleri halidir¹¹⁹. Bu takdirde iç ilişkide sorumlulara düşen paylar, kusurların ağırlıklarına göre tesbit edilir¹²⁰.

İkinci ihtimal, birden fazla kimsenin, doğması muhtemel bir zararın tazminini üstlenmesi halidir. Bu takdirde, bunlar arasında zararın yükü kural olarak eşit oranda taksim edilir¹²¹. Birden fazla sigortacı aynı rizikoyu üstlenmişse, o takdirde zararın yükünün bunlar arasında nasıl bölüştürüleceği hususu TTK 1285 ve 1286'da özel olarak düzenlenmiştir¹²². Sözleşme ile sigortacıların müteselsilen sorumlu olmaları kararlaştırılabilir. Bu takdirde sigortacılar, sözleşmelerde sigortalıya ödemeyi vaadettikleri bedellerin birbirine olan oranına göre, iç ilişkide rizikonun yükünü üstlenirler (TTK 1285/II, 1286/1)¹²³.

Mali sorumluluk sigortası yapan sigortacının durumu özellik taşır. İki aracın birlikte sebebiyet verdiği bir kazada işletenlerin dışındaki bir kimse zarara uğramışsa, işletenler lehine mali sorumluluk sigortası yapan sigortacılar, işletenlerin iç ilişkide sorumlu oldukları oranlara göre zararın yükünü paylaşırlar (KTK 91). Eğer araçlardan birine gelen zardan hem o aracın kasko sigortacısı hem de kazaya sebep olan diğer aracın mali sorumluluk sigortacısı sorumlu ise, o takdirde kasko sigortacısı, -sigorta tutarını aşmamak kaydıyla- diğer aracın işleteninin zarar gören araç sahibine karşı sorumlu olduğu miktar kadar mali sorumluluk sigortacısına rücu edebilir. Aynı şekilde sosyal sigorta kurumu da diğer sorumlunun mali sorumluluk sigortacısına rücu edebilir¹²⁴.

Eğer ikinci sırada yer alan birden fazla sorumludan sadece biri rizi-ko üstlenen biri ise, durum özellik taşır. Durum özellikle sigorta sözleşmeleri bakımından önem taşımaktadır. Sigortacının, gene sözleşme uyarınca sorumlu olan diğer sorumluya rücu edebilmesinin, söz konusu diğer sorumlunun veya ona ait yardımcı kişinin ağır kusurunun bulunmasına bağlı olduğu görüşü savunulmaktadır. Zira normalde sigortalının hafif kusuru, sigortadan tam tazminat almaya engel teşkil

¹¹⁹ Eğer sorumlular müşterek kusurla sözleşmeye aykırı davranmışlarsa, o takdirde bunlar verdikleri zardan müteselsilen sorumludurlar (BK 98/II, 50; Bkz. yukarıda dn. 4) ve dolayısıyla bunlar arasındaki paylaşırma, yukarıda § 3, I altında belirtilen esaslara tâbi olur.

¹²⁰ Tandoğan, Mesuliyet, 390; Eren, Die Verantwortlichkeit, 425; Guhl/Merz/Koller, 201; Oftinger, I, 370; Keller, A., II, 165; Keller/Syz, 127.

¹²¹ Keller/Syz, 127.

¹²² Meblağ sigortası şeklinde yapılan hayat sigortalarmında rücünün söz konusu olmadığı hususunda bkz. yukarıda dn. 92.

¹²³ Bkz. Kender, 221.

¹²⁴ Yarg. 4. HD, 30.10.1984, 4867/5111 (YKD 1985/3, 373) ve dn. 101'de yer alan Yargıtay kararları; Bkz. BGE 90 II 84 (= Pra. 53, Nr. 83).

etmez. Sigortalı kendi işini sözleşme ile bir başkasına yaptırırken, bu kişinin hafif kusurla sebep olduğu zararın tamamının gene sigortacı tarafından üstlenilmesine engel olmak için bir sebep bulunmamaktadır¹²⁵.

3. Birlikte Sorumlu Olanların, Üçüncü Sırada Yer Almaları Halinde

a) Genel Olarak

Birlikte sorumlu olanların tamamı üçüncü sırada yer aldığı durumlarda, özel sebepler başka türlü bir paylaşımı gerektirmedikçe, her bir sorumlunun zararın yükünü eşit oranda taşıyacağı esası kabul edilebilir¹²⁶. Fakat çoğu zaman, sebep sorumluluğuna yol açan olayların zarar vermeye elverişlilikleri yönünden yapılacak bir değerlendirme, farklı bir paylaşımı haklı kılar. Aşağıda, olağan sebep sorumluluğu ile tehlike sorumluluğu ayırımından hareketle, zararın yükünün üçüncü sıradaki sorumlular arasında paylaşılması daha yakından incelenecektir.

b) Birden Fazla Olağan Sebep Sorumluluğunun veya Birden Fazla Tehlike Sorumluluğunun Birleşmesi Halinde

Birden fazla olağan sebep veya tehlike sorumlusu söz konusu ise, bunlar, herbir sorumlulukta sorumluluğu doğuran olayın yarattığı tehlikenin ağırlığına göre zararın yükünü paylaşırlar¹²⁷. Örnek olarak neh-

¹²⁵ BGE 80 II 254 (= Pra. 44, Nr. 18); St. Gallen Kantonu Ticaret Mahkemesi kararı, SJZ 54 (1958), Nr. 139, 256; Aynı yönde, BGE 93 II 353; Zürich Kantonu Ticaret Mahkemesi kararı, SJZ 64 (1968), Nr. 1, 8;

Sigorta şirketinin, hafif kusuru bulunan sözleşme tarafına rücu edebileceği yolunda, Eren, Die Verantwortlichkeit, 426; Sigortacının davalı taşıyıcılara rücu edileceği hususunda bkz. Yarg. 11. HD, 25.3.1974, 1119/1000 (YKD 1976/3, 341);

BGE 114 II 342 = Pra. 79, Nr. 168; Kasko sigortacısı, yardımcı şahsının kusuru ağır olmayan kiracıya rücu edebilir, buna mukabil ödemedeki bulunan kiracı kasko sigortacısına rücu edemez; BGE 55 II 123'de sigorta şirketinin sözleşme icabı sorumlu olan kişiye rücu edemeyeceği kabul edilmiştir.

¹²⁶ Zararın yükünün MK 917 uyarınca sorumlu olan olan Hazine ile 3456 sayılı eski Noterlik Kanunu m. 64 uyarınca sorumlu olan noter arasında eşit oranda paylaşılacağı hususunda bkz. Yarg. 4. HD, 5.1.1978, 11251/5 (YKD 1979/3, 346).

¹²⁷ Tandoğan, Mesuliyet, 390; Deschenaux/Tercier, 244;

BGE 93 II 125; Demiryolu işletmesi ile araç işleten birlikte sorumludur. Zararın yükü işletme tehlikelerinin ağırlığına göre pay edilir. Tarafların kusuru bulunuyorsa, bu oran değişir. Kural olarak demiryolu işletmesinin sorumlu olduğu tehlike, motorlu aracın yarattığı tehlikeden daha ağırdır; Tren ile motorlu aracın yarattığı tehlike karşılaştırılırken ikiye bir oranından hareket edilebileceği hususunda, BGE 69 II 159 = Pra. 32, Nr. 106;

İşletme tehlikelerinin eşit ağırlıkta olmaları halinde, zararın eşit oranda bölüştürüleceği hakkında bkz. BGE 84 II 308; 68 II 121 ve bkz. dördüncü bölüm, § 3, II, C, 7, d, cc.

re zehirli atık akıtan iki fabrika çevreye verdikleri zarardan, Çevre Kanununun 28 inci maddesine göre birlikte sorumludurlar¹²⁸. Fabrikaların nehre akıttıkları zehir miktarı ve bunların zarar vermeye elverişlilik dereceleri karşılaştırılarak iç ilişkide her birinin üzerine düşen pay tesbit edilir. Gene, bir hayvan diğer bir hayvanın ürkütmesi neticesi bir kimseye zarar vermişse, her iki hayvanı idare eden de zarar verene karşı sorumludur (BK 56/II). Burada da paylaşırma, herbir hayvanın zarar vermeye elverişliliği karşılaştırılarak yapılır¹²⁹.

Eğer aynı sebepten dolayı birden fazla kişi sorumlu oluyorsa, o takdirde bu kişilerin sorumlu olmalarının gerekçesine bakılır. Örnek olarak kazaya karışan aracın birden fazla işleteni bulunuyorsa veya zarara sebep olan yapı eserinin birden fazla maliki bulunuyorsa, bu kişilerin hangi düşünceden hareketle sorumlu tutulduklarına bakmak gerekir. Aracın işleteni, araç üzerinde hâkimiyet sahibi olduğu ve aracın sağladığı yararlarından istifade ettiği için sorumlu tutulmaktadır. O halde, bir aracın birden fazla işleteni varsa, bunların araç üzerindeki hâkimiyetleri ve aracın sağladığı yararlarından istifade dereceleri karşılaştırılır. Eğer aracı işletenler, aracın müşterek malikleri ise, paylaşırma prensip olarak, müşterek mülkiyet paylarının oranlarına göre yapılabilir¹³⁰. Eğer araç, aracı uzun süre için kiralayan veya âriyet alan birden fazla kişi tarafından işletiliyorsa -ki bu takdirde aracın maliki işleten değildir (KTK 3)- o takdirde iç ilişkide zararın yükü kural olarak bunlar arasında eşit oranda pay edilir. BK 58 uyarınca sorumlulukta, kazaya sebep olan yapı eserinin birden fazla maliki bulunuyorsa, paylaşırma müşterek mülkiyet oranlarına göre yapılmalıdır¹³¹. Nitekim, MK 626/I'de müşterek maliklerin, müşterek mala düşen yükümlülüklerden, kural olarak, müşterek mülkiyet payları oranında sorumlu olacakları belirtilmiştir. İştirak halinde mülkiyette de, iştirak halinde mülkiyet paylarına itibar edilebilir.

c) Olağan Sebep Sorumluluğu ile Tehlike Sorumluluğunun Birleşmesi Halinde

Olağan sebep sorumluluğu ile tehlike sorumluluğunun birleşmesi çeşitli şekillerde olabilir. Temyiz kudretine sahip olmayan bir çocuğun aniden yola çıkması üzerine, yoldan geçmekte olan bir aracın sürücüsü kusuru olmaksızın kaza yapmıştır. Sürücünün veya üçüncü kişilerin uğradıkları zarardan ev reisi (MK 320) ile işleten -ve onun bağlı olduğu

128 Bkz. yukarıda dn. 15.

129 Hartmann, 94-95; Hayvanların zarar vermeye ne oranda elverişli olduklarının tesbitinde, psikolojik nitelikteki genel tecrübelerin rol oynayacağı hususunda bkz. Becker, Art. 56, N. 18.

130 Bkz. Nomer. İşletenin Hukuki Sorumluluğu, 13 vd., özellikle 17.

131 Stein, Haftungskompensation, 93; Bkz. yukarıda dn. 8.

teşebbüs sahibi- (KTK 85/I) birlikte sorumludurlar. Veya garaj olarak kullanılan bir binada mevcut bir yapı bozukluğu veya bakım eksikliği dolayısıyla, garaja girmek isteyen aracın sürücüsü kusuru olmaksızın kaza yapmıştır. Sürücünün veya üçüncü kişilerin uğradıkları zarardan hem bina maliki (BK 58) hem de aracın işleteni -ve onun bağlı olduğu teşebbüs sahibi- (KTK 85/I) birlikte sorumludurlar.

Bu hallerde, yani olağan sebep sorumluluğu ile tehlike sorumluluğu birleştiğinde, bu sorumlulukları doğuran olayların yarattıkları tehlikeler birbiriyle karşılaştırılarak zararın yükü sorumlular arasında pay edilir. Kesin kural olmamakla beraber, tehlike sorumluluğunu doğuran olaylar, olağan sebep sorumluluğunu doğuran olaylara nazaran daha ziyade zarara sebep olurlar¹³². Somut olayın özelliklerine göre durum değişebilir. Genel olarak, bunlar arasında zarara elverişlilik bakımından 1'e 2 (1:2) oranının varlığından hareket edilebilir¹³³.

132 Yılmaz, 164; Portmann, Gegenseitige Schädigung, 20-21; Bu anlamda, Keller, A., II, 165.

133 Keller, A., I, 355-356; Bkz. dördüncü bölüm, dn. 345, 168; Oftinger ve Keller/Syz'a göre, olağan sebep sorumluluğu uyarınca sorumlu olan kimsenin munzam kusuru bulunmadıkça, zararın yükünün tamamını tehlike esaslı uyarınca sorumlu olan kimse üstlenmelidir (Keller/Syz, 130; Oftinger, I, 364).

Altıncı Bölüm

Tazminatın Ödenme Şekli

§ 1. Genel Olarak

Tazminatın ödenme şekline kasıt, tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesine hükmedildiğinde, bu paranın ne şekilde zarar görene ödeneceği hususudur. Tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesine hükmedilmesi, daha önce de belirtildiği gibi¹, hem aynen tazmin hem de nakden tazminde söz konusu olur. Aynen tazminde tazminat olarak ödenen para, ihlâl uğrayan hak konusu varlığın eski haline getirilmesi için gerekli masrafa tekabül eder. Nakden tazminde ise tazminat olarak ödenen para ile malvarlığında meydana gelen eksilmenin telâfisi amaçlanır. Bu bölümdeki açıklamalar her iki hali de içine almaktadır.

Tazminatın ödenme şeklinin tayininde, hükümden önce gerçekleşmiş zararlar ile hükümden sonra gerçekleşecek zararlar arasında bir ayırım yapmak gerekir.

Mevcut, yani hüküm anından önce gerçekleşmiş zararlara ilişkin tazminatın ödenmesi bir özellik taşımaz. Genellikle tazminatın bir kerede toptan ödenmesine karar verilir. BK 44/II'nin şartları gerçekleştiğinde, hâkim tazminat yükümlülüğünde indirim gideceği yerde, tazminatın belirli bir vadede ödenmesine veya ödemenin taksitlerle bağlanmasına da hükmedebilir². BK 44/II uyarınca tazminat yükümlülüğünde indirim gidebilen hâkimin, evleviyetle hiç indirim gitmeden ödemeyi vadeye veya taksitlerle bağlamaya yetkili olduğunu kabul etmek gerekir. Kezâ hâkim, BK 44/II'ye dayanarak, hem indirim gidip hem de yapılacak ödemeyi vadeye veya taksitlerle bağlayabilmelidir.

Gelecekte, yani hüküm anından sonra ve bir kerede değil de bir zaman süreci içinde gerçekleşmesi beklenen zararlarda ise, tazminatın ödenmesi teorik olarak iki şekilde olabilir; İrat veya sermaye şeklinde. Zararın belirli zaman dilimleri itibarıyla doğduğundan hareket edildiğinde, hükmedilecek irat, herbir zaman diliminde doğacak zararı, doğduğu dönemi dikkate alarak karşılamayı amaçlar. Örnek olarak 10 yıl boyunca her yıl 100 milyon lira zarara uğrayacağı tahmin edilen kimseye, 10

¹ Bkz. üçüncü bölüm, § 1.

² Tandoğan, Mesuliyet, 258; Oftinger, I, 67, dn. 62; BK 44/II'de aranan şartlar gerçekleşirse dahi hâkimin, sermaye değerinin taksitler halinde ödenmesine hükmedebileceği görüşünde, Oğuzman-Öz, 550.

yıl boyunca her yılın başında (veya sonunda)³ 100 milyon lira irat ödenmesine hükmedilir.

İrat şeklindeki ödemeye konu olabilen zararlar, özellikle vücut bütünlüğünün ihlali halinde çalışma gücünün kaybindan veya azalmasından doğacak zararlar ile adam ölmesi halinde destekten yoksun kalma zararlarıdır (BK 45/II, 46/I). Destekten yoksun kalma zararlarında, mağdur ölmeyeydi, gelirinden, destek olduğu kimselere yapacak olduğu -duruma göre aylık, birkaç aylık veya yıllık- yardım miktarı irat miktarını teşkil eder⁴. Cismanî zararlarda, mağdurun cismanî zarara uğraması yüzünden -gene duruma göre aylık, birkaç aylık veya yıllık- gelirinde meydana gelen azalma⁵, irat miktarını teşkil eder. Eğer zarar gören, uğradığı cismanî zarar dolayısıyla sürekli bakım ve tedaviye muhtaç hale gelmişse, bu ihtiyacın karşılanması için dönem itibariyle yapılması gerekli masraflar da iradın hesabında dikkate alınır. Şeye gelen zararlar da, irat şeklinde tazmin nadiren söz konusu olur. Örnek olarak bir kaynağın kirletilmesi halinde devamlı olarak mahrûm kalman gelir için irat şeklinde tazminata hükmedilebilir⁶.

İrat şeklindeki ödeme yerine, gelecekte gerçekleşmesi beklenen zararlar için, ödemenin toptan ve peşin olarak yapılması yolu tercih edilebilir. Bu tür ödemeye, sermaye şeklinde ödeme denmektedir. İrat ve sermaye şeklindeki ödemeden hangisinin tercih edileceği hususu, hâkimin takdirine kalmıştır (BK 43/I). Şu kadar ki, hâkim tarafların bu husustaki anlaşmasıyla bağlıdır⁷. Taraflar arasında anlaşma olmadığında, tazminatın ödenme şeklini hâkim tayin eder⁸. Hâkim kısmen irat kısmen sermaye şeklindeki ödemeye hükmedebileceği gibi⁹, sermayenin belirli bir vadede veya taksitler¹⁰ halinde ödenmesine de karar verebilir.

§ 2. Sermaye Şeklindeki Ödemenin Hesaplanma Yöntemi

Sermaye şeklindeki ödemelerde, gelecekte, yani hüküm anından

³ İradın her ay başı peşin ödenmesinin tercihe şayan olduğu görüşünde. Oftinger/Stark, I, § 6, N. 205; Tekinay, Destekten Yoksun Kalma, 217.

⁴ Oftinger, I, 248.

⁵ Çalışma gücünün kaybı değil, çalışma gücünün kaybı dolayısıyla meydana gelen gelir kaybı zararı teşkil eder (bkz. aşağıda dn. 25).

⁶ Tandoğan, Mesuliyet, 258.

⁷ Aksi görüşte, Oftinger/Stark, I, § 6, N. 214-215; Brehm, Art. 43, N. 7; BGE 117 II 626; Zarar görenin kendisine karşı korunması gereken hallerde hâkimin tarafların anlaşmasıyla bağlı olmadığı görüşünde; Stauffer-Schaetzle-Schaetzle, Barwerttafel, N. 580; Bkz. üçüncü bölüm, § 3, I.

⁸ BGE 54 II 296.

⁹ Eren, II, 368; Tandoğan, Mesuliyet, 258 ve dn. 25; Stauffer-Schaetzle-Schaetzle, N. 592; Oftinger/Stark, I, § 2, N. 91; § 6, N. 214; Merz, OR, 213; Keller/Gabi-Bolliger, 114; BGE 54 II 297.

sonra gerçekleşmesi beklenen zararlar için peşin ödemede bulunulmaktadır. Zarar gören, eline geçen bu toplu parayla yatırım yapabilir veya başka bir surette bu parayı kullanarak (örneğin bankaya yatırarak) kazanç elde edebilir. Bu takdirde, zararın gerçekleştiği dönemde, zarar görenin elinde zarar miktarından daha fazla para kalır. Oysa tazminatın gayesi zararı telâfi etmektir ve bu sebeple tazminat miktarı zarar miktarını aşmamalıdır. Bu itibarla sermaye olarak ödenen paranın her yıl belli bir oranda artacağı faraziyesinden hareketle, sermaye miktarında indirim gidilir¹¹. Örnek olarak zarar görenin gelecek 10 boyunca gelir kaybına uğrayacağı tahmin edilmektedir. Yıllık gelir kaybı ise 100 milyon liradır. Sermaye miktarı (10 x 100 milyon) zamanla artma gösterecektir. Sermaye değerindeki indirim o miktarda tesbit edilmelidir ki, her yıl belirli oranda artacağı tahmin edilen sermaye değerinden her yılın başında (veya sonunda) zarar gören gelir kaybını karşılamak üzere 100 milyon lira çektiğinde, 10 yılın sonunda sermayenin değeri sıfıra insin.

İsviçre hukukunda sermaye değeri hesaplanırken, yıllık % 3,5 oranı üzerinden iskonto yapılmaktadır. Fakat, bu hesap yapılırken zarar görenin yıllık gelirinin sabit kalacağından hareket edilmektedir. Başka bir ifadeyle enflasyonun etkisi hesaba katılmamaktadır¹². Yüksek enflasyonun geçerli olduğu ülkemizde ise, enflasyonun etkisi ile yıllık gelirde meydana gelecek artışların (ücret artışlarının) dikkate alınması zorunluluğu bulunmaktadır. Uygulamada takip edilen yöntem, ana hatları ile şöyledir; Yıllık gelirin her yıl % 10 oranında artacağı kabul edilmektedir. Önce, bir formül yardımıyla¹³ zararın doğacağı yıllar boyunca bu artış da dikkate alınarak, zarar verici olay gerçekleşmeseydi mağdurun toplam ne kadar gelir elde edecek olduğu bulunur. Daha sonra kaç yıl esas alınmışsa, bulunan rakam o yıl sayısına bölünerek, yıllık ortalama gelir bulunur. Yıllık ortalama gelir alınarak, aynı formül tersten uygulanarak¹⁴, yıl itibariyle % 10 indirim (iskonto) yapılır ve neticede indirim so-

¹⁰ Bkz. yukarıda dn. 2.

¹¹ Oser/Schönenberger, Art. 43, N. 13; Becker, Art. 43, N. 3; Oğuzman-Öz, 550.

¹² Sermaye değerinin hesabında, gelecekteki pahalılığın dikkate alınmayacağı hususunda bkz. BGE 117 II 629; 113 II 332; 101 II 352 (= Pra. 64, Nr. 264); 99 II 211 (= Pra. 62, Nr. 209); 96 II 446 (= Pra. 60, Nr. 167); 91 II 428; SJZ (1971), 10 vd.; Bkz. Oftinger/Stark, I, § 6, N. 150; 237 vd.; Merz, OR, 211-212; Stauffer-Schaetzle-Schaetzle, Barwerttafel, N. 655;

İsviçre hukukunda para değerindeki azalma dolaylı yoldan dikkate alınmaktadır. Şöyle ki, 1946 yılından beri yıllık % 3,5 oranı üzerinden iskonto yapılmaktadır (BGE 72 II 134). Bu düşük oran sebebiyle sermaye değeri yüksek belirlenmektedir. Aradaki fark zarar görenin para değerindeki düşüşten etkilenmemesini sağlamaktadır (Szölösy, die Teuerung, 33; Stauffer-Schaetzle; die Teuerung, 120; BGE 117 II 628; 101 II 352 = Pra. 64, Nr. 264).

¹³ $(K^n - 1) / (K - 1)$; $[K = 1$ liranın belli bir faizle bir yıl sonunda ulaştığı değer (faiz % 10 olduğunda, $K = 1,1$); $n =$ Zararın doğacağı yılların sayısı].

¹⁴ $(K^n - 1) / K^n (K - 1)$; Bkz. Güleç (Uçakhan), 406, 629.

nucu kalan toplam tazminat miktarı ortaya çıkarılır¹⁵. Yargıtay son kararlarında hüküm (veya rapor) tarihindeki net gelir esas alınarak, bu tarihten itibaren arttırma ve eksiltmenin yapılması gerektiğini belirtmiştir¹⁶.

Bu yöntemin yanlış olduğu ve doğru sonuç vermediği açıktır¹⁷. Yöntemdeki yanlışlık özellikle şuradan bellidir ki, yüksek enflasyona rağmen gelir artış oranı yıllık % 10 olarak kabul edilmektedir. Çözüm olarak, yıllık banka faiz oranları ile gelir artış oranlarının hemen hemen aynı olduğu, dolayısıyla hüküm anındaki gelir miktarının aynen alınıp, bunun, zararın gerçekleşeceği süreç kaç yıldan ibaretse¹⁸, o yıl sayısı ile çarpılması önerilmektedir¹⁹. Hesaplamanın, hem basit hem de gerçekçi olan bu yöntem ile yapılması daha isabetli olacaktır.

Örnek olarak, yıllık geliri 100 milyon TL olan bir kimsenin 10 yıl boyunca gelir kaybına uğrayacağı varsayımından hareket edildiğinde, zararın miktarı 100 milyonun 10 rakamı ile çarpılması suretiyle tesbit edilir. Buna göre zararın miktarı (100 000 000 x 10 =) 1 milyar TL'dir.

Uygulamada benimsenen yöntem göze ise zararın miktarı şöyle tes-

15 % 10 oranında arttırma ve eksiltme yapılacağı hususunda bkz. Yarg. 4. HD, 4.2.1992, 12490/932 (YKD 1992/4, 527); Yarg. 9. HD, 11.6.1987, 5668/5816 (YKD 1987/11, 1665); Daha önceki uygulama, % 5 oranının kabulü yönüdeydi. Bu oranın % 10'a çıkarılmasının herhangi bir bilimsel incelemeye dayanmadığı hususunda bkz. önceki Yargıtay kararına ilişkin karşı oy yazısı; Kabul edilen oranların bilimsel bir araştırma ve incelemeye dayanmadıkları hususunda ayrıca bkz. Yarg. 4. HD, 27.11.1984, 7883/8795 (YKD 1985/3, 347).

16 Yarg. HGK, 1.11.1995, 9-679/898 (YKD 1996/2, 182); Yarg. 9. HD, 26.9.1994, 7912/12639 (YKD 1995/6, 895).

17 Çağa-Gökçen-Güran'a göre, % 10 arttırma yapıp daha sonra, aynı formülle % 10 iskonto yapıldığında baştaki rakama ulaşılması gerekirdi. Hesaplama yapılırken arada yıllık ortalamanın alınması değişik bir rakamın ortaya çıkmasına yol açmaktadır (Çağa-Gökçen-Güran, Semp., 28). Aslında yıllık ortalama alınmasa dahi, aynı rakama ulaşmak mümkün değildir. İratların peşin ödeneceğinden hareket edildiğinde, 1 lira % 10 faiz üzerinden yıl sonunda (Kⁿ =) 1,1 liraya ulaşmaktadır. 1,1 liranın % 10 oranı üzerinden peşin değeri ise (1/ Kⁿ =) 0,9090 liradır. Burada problem, yapılan hesaplanın herhangi bir esasa dayanmamasındadır. Neden % 10 oranında arttırma ve eksiltme yapılmaktadır? % 10 oranı nereden çıkmıştır?

18 Zararın gerçekleşeceği zaman sürecinin kaç yıldan ibaret olduğunun tesbitinde Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından hazırlanan yaşam tablosundan yararlanılabilir (Bkz. Semp., 213);

Cismânî zararlar da, haksız fiil sonucu yaşama beklentisinin azalmış olması, zarar verici olay gerçekleşmeseydi malvarlığının içinde bulunacağı durum (farazî malvarlığı) hesap edilirken dikkate alınmaz (Bu konudaki tartışmalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Semp., 184; Oftinger, I, 210, dn. 212; Brehm, Art. 45-46, N. 35; Ayrıca bkz. dördüncü bölüm, dn. 402).

19 Çağa-Gökçen-Güran, Semp., 28; Yargıtay bu görüşe iltifat etmemektedir [Yarg. 10. HD, 18.4.1995, 1350/3776 (YKD 1995/9, 1403); Yarg. 10. HD, 11.12.1995, 10298/10634 (YKD 1996/5, 736): "Matematiksel ilkelere aykırı biçimde ... yıllık kazanç kaybı miktarlarının sabit tutulması yerinde değildir."]. Tazminat malvarlığındaki eksiltmenin telafisini hedef almasına rağmen, Hatemi, ölüm halinde ve vücut bütünlüğü ihlallerinde ihlâlin dercesine göre, herkese eşit tazminat miktarı ödenmesini önermektedir (Semp., 6).

bit edilir. Önce % 10 artışla 10 yıl boyunca uğranılacak toplam gelir kaybı bulunur:

$$100\ 000\ 000 \times \frac{1,1^{10}-1}{1,1-1} = 100\ 000\ 000 \times 15,9374 = 1\ 593\ 740\ 000\ \text{TL}$$

Daha sonra bulunan rakam ona bölünür ve yıllık ortalama gelir kaybı bulunur: 1 593 740 000 : 10 = 159 374 000 TL

Son olarak bulunan rakamdan yıl itibarıyla % 10 indirim yapılarak, 10 yıl boyunca elde edilecek toplam gelir kaybı bulunur:

$$159\ 374\ 000 \times \frac{1,1^{10}-1}{1,1^{10}(1,1-1)} = 159\ 374\ 000 \times 6,1445 = 979\ 273\ 540\ \text{TL}$$

Hüküm anına kadarki zararların tazmininde, peşin ödeme söz konusu olmadığından, indirim (iskonto) problemi ile karşılaşılmaz²⁰.

Destek kaybindan doğan zarar ile cismânî zarar dolayısıyla uğranılan gelir kaybının miktarının belirlenmesi bir takım faraziyelerden yararlanmayı gerekli kılar. Bu tür zararları kesin rakamlarla belirleme imkânı yoktur. Hâkim, olayların olağan akışını dikkate alarak hakkaniyete göre, zararın miktarını belirler (BK 42/II)²¹. Bu tür gelecekte gerçekleşmesi beklenen zararların belirlenmesi sırasında bir takım faraziyelerden yararlanılmakta ise de, yapılacak farazî hesaplar somut gelişmeler esas alınarak yapılır²². Destekten yoksun kalma zararı belirlenirken, zarar verici olay gerçekleşmeseydi, mağdurun muhtemelen elde edecek olduğu gelir, somut gelişmeler dikkate alınarak yapılacak tahminlere göre belirlenir. Cismânî zararlar da, çalışma gücündeki azalma dolayısıyla, zarar görenin gelirinde meydana gelecek olan azalma somut gelişmeler dikkate alınarak belirlenir²³.

20 Yarg. HGK, 1.11.1995, 9-679/898 (YKD 1996/2, 182); Yarg. 9. HD, 26.9.1994, 7912/12639 (YKD 1995/6, 895); Yarg. 11. HD, 13.7.1992, 1161/8529 (YKD 1992/10, 1567); Yarg. HGK, 15.5.1992, 9-102/267 (Semp. 28); Yarg. 4. HD, 31.10.1983, 7133/9037 (YKD 1984/1, 52); Aksi yönde, Yarg. 9. HD, 24.3.1992, 15229/3381 (YKD 1993/6, 876); Yarg. 9. HD, 23.10.1990, 7801/10563 (YKD 1991/4, 565); Yarg. 9. HD, 7.9.1990, 7401/9104 (YKD 1991/2, 208).

21 BGE 99 II 214 (= Pra. 63, Nr. 30); 77 II 299 (= Pra. 41, Nr. 43); 89 II 56 (= Pra. 52, Nr. 97).

22 Çağa-Gökçen-Güran, Semp., 23; BGE 116 II 296; Bkz. birinci bölüm, § 2, II, B, 1.

23 Örnek olarak, somut gelişmelerden hareketle gelecekte beklenen ücret artışları da dikkate alınır. İsviçre hukukunda ücret artışlarında beklenen nominal değil (bkz. yukarıda dn. 12) ama reel artışların dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir (BGE 116 II 297; 91 II 427-428; Stauffer-Schaetzle-Schaetzle, Barwerttafeln, N. 649; Brehm; Art. 45-46, Vorbem. 12-20).

BGE 99 II 214 (= Pra. 63, Nr. 30); Kararda, kazadan sonra zarar görenin meslek değiştirmiş olmasının zarar belirlenirken dikkate alınması gerektiği hususu üzerinde durulmuştur.

Hüküm anından önceki zararlar da durum aynıdır. Destekten yoksun kalma zararları belirlenirken, hüküm anına kadarki ücret artışları dikkate alınır²⁴. Cismânî zararlar belirlenirken de, zarar görenin hüküm anına kadar fiilen²⁵ elde ettiği gelir dikkate alınır.

§ 3. İrat Şeklindeki Ödemeye İlişkin Özellikler

I. Tazminat Borçlusunun Teminat Gösterme Yükümlülüğü

İrat şeklinde tazminata hükmedildiği zaman, zarardan sorumlu olan kişinin ilerde iktisaden zayıf duruma düşüp tazminat borcunu ifa edememesi tehlikesine karşı BK 43/II'de tazminat borçlusuna teminat gösterme borcu yüklenmiştir²⁶. Başka bir ifade ile irat şeklinde tazminata

²⁴ Destekten yoksun kalma tazminatında, mağdur yaşasaydı gelirinde ne miktarda artış olacaktı şeklinde bir faraziye den yararlanılmaktadır. Bu faraziye yapılırken somut olaylar dikkate alınır. Aksi yönde, Yarg. 9. HD, 7.9.1990, 7401/9104 (YKD 1991/2, 208); Ölen işçinin olay tarihindeki geliri esas alınmalıdır;

İsviçre hukukunda destekten yoksun kalma zararı ölüm anına göre belirlenmekte (bkz. yedinci bölüm, dn. 39) ve ölüm anından sonraki ücret artışları dikkate alınmamaktadır. Şu var ki, ölüm anından itibaren kanunî % 5 faiz işlemektedir. Sermayenin belirlenmesinde ise % 3,5 oranı uygulanmaktadır. Aradaki fark gelirdeki muhtemel artışı karşılamaktadır (Bkz. Schaer, N. 172; Brehm, Art. 45, N. 94; Stark, Skriptum, N. 126; BGE 113 II 333; 84 II 300);

Destegin öldüğü gün ile hüküm anı arasındaki somut gelişmelerin dikkate alınması gerektiği görüşünde, Merz, OR, 212; Weber, R., Art. 84, N. 206; Brehm, Art. 45-46; Vorbem. 22; Stauffer-Schaetzle-Schaetzle, Barwerttafeln, N. 865; Stauffer-Schaetzle, die Teuerung, 120; Ölüm anının esas alınmasından kasıt, sermaye değeri bulunurken tarafların ölüm anındaki yaşlarının esas alınmasıdır. Fakat hesaplamada esas alınacak gelir hüküm anına göre belirlenir; Zürich Kantonu İstinaf Mahkemesi kararı, SJZ 67 (1971), 10, Nr. 1; Ölüm anından ikinci derecedeki mahkemenin kararına kadarki efektif pahalık dikkate alınır.

²⁵ Sadece reel artışlar değil efektif artışlar da dikkate alınır (BGE 99 II 216 = Pra. 63, Nr. 30; Stauffer-Schaetzle-Schaetzle, Barwerttafeln, N. 725; Oftinger/Stark, I, § 6, N. 237; Brehm, Art. 45-46, Vorbem. 22).

Hüküm anına kadar zarar somut olarak hesaplanır (Stauffer-Schaetzle-Schaetzle, Barwerttafeln, N. 723; Guhl/Merz/Koller, 73; BGE 84 II 301; 77 II 153);

Yarg. 4. HD, 31.10.1983, 7133/9037 (YKD 1984/1, 52); Gerçekler belli iken varsayımına gidilmez. Olay tarihi ile bilirkişi raporunun verildiği tarih arasındaki net ücret esas alınır; Aksi yönde, Yarg. 9. HD, 23.10.1990, 7801/10563 (YKD 1991/4, 565);

Çalışma gücündeki azalmanın, kazancı somut olarak ne kadar azaltığına bakılacağı hususunda bkz. Eren, II, 329 vd.; Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Altıp, 608-609; Gautschi, SJZ 37, 117; Brehm, Art. 46, N. 35; Oftinger/Stark, I, § 6, N. 114 vd.; Stauffer-Schaetzle-Schaetzle, Barwerttafeln, N. 666; BGE 117 II 624; 113 II 347; 99 II 218 (= Pra. 63, Nr. 30); 95 II 264 (= Pra. 58, Nr. 154); 77 II 298 (= Pra. 41, Nr. 43); Bu anlamda, BGE 91 II 426; Fakat Yargıtay, gelirinde azalma olmamasına rağmen, zarar görenin daha fazla efor sarfetmesinin gerekmesini, zararın gerçekleşmesi bakımından yeterli görmektedir [Yarg. 4. HD, 11.6.1984, 5049/5511; Yarg. 4. HD, 10.4.1980, 2305/4710; Yarg. 4. HD, 16.6.1987, 2732/4972 (Uygur, 644-646)].

²⁶ Krş. aşağıda dn. 45.

karar verildiği takdirde mağdurun kanundan doğan teminat istemek hakkı bulunmaktadır²⁷. Tazminat alacaklısı, tazminat borçlusuyla anlaşarak onu teminat gösterme borcundan kurtarabilir. Her ne kadar, BK 43/II'de kesin bir ifade kullanılmışsa da, teminatın gösterilmesi, alacaklıya tanınmış bir hak olduğundan, hâkim tarafların teminat gösterilmesi hususundaki anlaşmasıyla bağlıdır. Böyle bir anlaşma mevcut olmadıkça, hâkim irat şeklinde tazminata hükmederken, borçluyu teminat göstermeye mecbur tutmakla yükümlüdür (BK 43/II)²⁸. Tazminat borçlusuna Devlet veya bir kamu kuruluşu ise teminat gösterme şartından vazgeçilebilir²⁹. Özel hukuk hükümlerine tâbi kamu kuruluşlarının teminat göstermesi gerekir. Tazminat borçlusunun yanında bir sigorta şirketinin de müteselsilen sorumlu olması halinde, gene tazminat borçlusundan teminat göstermesi istenmelidir. Sigorta şirketinin müteselsil sorumluluğu zarar gören açısından yeterli bir güvence sayılamaz³⁰.

Teminat, ipotek gibi aynı bir teminat olabileceği gibi kefâlet, teminat mektubu gibi şahsî bir teminat da olabilir. Aynı teminat tercihe şayanıdır³¹.

Hangi değer üzerinden teminat gösterileceğini hakim belirler. Bu değer, esas itibarıyla, hükmedilecek iradın sermaye değerine göre belirlenir³².

Teminat, tazminat borçlusundan nasıl alınacaktır? Hâkim irad şeklinde tazminata hükmederken, bunun yanında belirleyeceği miktar üzerinden teminat gösterilmesine de hükmeder. Teminatın ne olacağı kararda belirtilmelidir³³. Hâkim, kararında davalıya teminatı göstermesi için bir mehil tayin edebilir³⁴. Borçlu teminat göstermekten kaçındığı takdirde, hakkında İİK 42 uyarınca icra takibi yapılır³⁵ ve teminat bedeli

²⁷ v. Tuhr/Peter, 139.

²⁸ BGE 51 II 524; Hâkim, sorumlu kişinin teminat gösterecek durumda olup olmadığını araştırır; Brehm, BK 43/II hükmünün emredici bir hüküm olduğundan hareket etmektedir (Art. 43, N. 90).

²⁹ Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Altıp, 582; Oftinger/Stark, I, § 2, dn. 127.

³⁰ Aksi fikirde, Becker, Art. 43, N. 15.

³¹ Oftinger/Stark, I, § 6, N. 207; Taraflar mahkemeye teklif sunabilirler (Oftinger, I, 214); Hâkim tarafların bu husustaki anlaşmasıyla bağlıdır.

³² BGE 54 II 297; Kararda teminat olarak çok güvenilir kıymetli evrakın depo edilmesine karar verilmiştir.

³³ BGE 42 II 399; 52 II 102; Bkz. Brehm, Art. 43, N. 92.

³⁴ Teminatın çeşidinin borçlunun takdirine bırakılmaması gerektiği görüşünde, Oftinger/Stark, I, § 6, N. 207.

³⁵ Tandoğan, Mesuliyet, 295; Oftinger, I, 214; BGE 34 II 578; Hükümden önce davalıya mehil verilmesi ve bu mehil içinde davalı teminat göstermezse irat şeklinde tazminata hükmetmekten vazgeçilebileceği görüşü (Feyzioğlu, I, 553), tazminatın türünün tayinini borçlunun iradesine bırakması açısından tatminkâr bir çözüm tarzı değildir.

³⁶ Becker, Art. 43, N. 16.

li borçludan alınarak, alacaklı için depo edilir. Eğer mahkeme kararında farklı bir teminatın gösterilmesine hükmedilmişse, o takdirde haczedilen para ile bu teminatın sağlanmasına çalışılır³⁶.

Verilen teminata ancak ödenmeyen iratlar için başvurulabilir. İpotegin paraya çevrilmesi söz konusu ise, artan para kalan iratlar için depo edilir.

II. İradın Takasa Konu Olamaması

BK 123/2 hükmü uyarınca hususî mahiyetleri itibarıyla fiilen alacaklıların eline geçmesi icap eden borçlar, alacaklı muvafakat etmedikçe, takas edilemezler. Başka bir ifade ile, ödenecek iratlar, alacaklının ve ailesinin geçimi için gerekli iseler, takas edilemezler. Cismanî zarar veya destek kaybı dolayısıyla ödenen iratlar bakımından da durum böyledir. İratların sermaye değeri esas alınarak yapılan ödemeler (sermaye şeklindeki ödemeler) de takas edilemezler³⁷. Takasa tâbi olmayan bu tip ödemeler, aynı zamanda haczedilemezler ve iflâs masasına da dahil edilemezler³⁸.

III. İrada İlişkin Zamanaşımı

İrada ilişkin olarak iki çeşit zamanaşımı süresi söz konusu olur. Bunlardan bir tanesi, her bir irat için ayrı ayrı işleyen zamanaşımı süresidir. BK 126/1 hükmü uyarınca her bir irada ilişkin zamanaşımı süresi 5 yıldır. Diğer zamanaşımı süresi ise, münferit bir irada değil bütün olarak alacağın tamamına ilişkindir. Alacağın tamamına ilişkin olan zamanaşımı süresi, 10 yıldır. Zira buradaki alacak, bir mahkeme hükmüne dayanmaktadır ve BK 135 uyarınca bir hüküm ile sabit olmuş alacaklar için yeni zamanaşımı süresi daima on senedir.

İki tip zamanaşımı süresinin birbiri ile olan ilişkisi BK 129 hükmüne göre belirlenir³⁹. Buna göre, bütün olarak alacak, ilk tediye edilmiş olarak kalan iradın muacceliyet kesbettiği günden itibaren on yıl içinde zamanaşımına uğrar (BK 129/I, 135). Bütün olarak alacak zamanaşımına uğrayınca, münferit iratlar da, herbirine ait 5 yıllık zamanaşımı süresinin dolmuş olup olmadığına bakılmaksızın zamanaşımına uğramış olurlar (BK. 129/II).

36 v. Tuhr/Peter, 142.

37 v. Tuhr/Escher, 200.

38 Oftinger/Stark, I, § 6, N. 241, 353.

39 v. Tuhr/Escher, 235.

IV. İradın Değişen Şartlardan Etkilenmemesi

Hükmün verilmesinden sonra iradın değişen şartlara uyarlanması, yani iradın miktarında değişen şartlara göre azaltma veya çoğaltmaya gidilmesi veya iradın ödenmesine tamamen son verilmesi imkânı bizim hukukumuzda mevcut değildir⁴⁰. Kural olarak sözleşme hukuku dışında "rebus sic stantibus" prensibinin etkisi bulunmamaktadır⁴¹. Örnek olarak irat şeklinde tazminata hükmedildikten sonra, lehine destekten mahrûm kalma tazminatı hükmedilen kimsenin başka bir sebepten dolayı malî durumunun düzelmesi, ödenmesi gereken iratların miktarında bir değişikliğe yol açmaz. Kişiye gelen zararlar, sonradan ortaya çıkan zararlar için ilâve tazminat davası açmak imkânı saklıdır.

§ 4. İrat ve Sermaye Şeklindeki Ödemenin Lehine ve Aleyhine Söylenebilecekler

Uygulamada mahkemeler, sermaye şeklindeki ödemeyi tercih etmektedirler⁴². Bunun sebebi sermaye şeklindeki ödemenin irat şeklindeki ödemeye nazaran daha pratik bir yol olmasıdır. İrat şeklindeki ödeme bir takım zorlukları da beraberinde getirmektedir. Aslında her iki ödeme şeklinin de lehine ve aleyhine söylenebilecek şeyler bulunmaktadır⁴³.

I. İrat Şeklindeki Ödemenin Lehine Söylenebilecekler

Gelecekte ve belli bir süreç içinde gerçekleşecek zararların bünyesine uygun düşen ödeme şekli, irat şeklindeki ödemelerdir⁴⁴.

40 Boşanma halinde maddî tazminat olarak ödenmesine hükmedilen iratların, değişen şartlara göre yeniden ayarlanması veya tamamen kaldırılması imkânı mevcuttur (MK 145/III-IV).

41 v. Tuhr/Escher, 172.

42 Karahasan, Sorumluluk, 95; İsviçre uygulaması bakımından da durum aynıdır (Bkz. BGE I 17 II 625-626; Stauffer-Schaetzle-Schaetzle, Barwerttafel, N. 594); İrad şeklinde ödemeye hükmedilmesine örnek olarak bkz. BGE 81 II 159.

43 Bu konuda bkz., Eren, Destekten Yoksun Kalma, 173 vd.; Brehm, Art. 43, N. 8-17; Oftinger, I, 216 vd. (cismanî zararlar); 248 (ölüm halinde);

Sermaye şeklindeki ödemenin sağladığı yararların irat şekline nazaran daha ağır bastığı hususunda bkz. Oftinger/Stark, I, § 6, N. 221, 351; Eren'e göre de kural, ödemenin sermaye şeklinde yapılmasıdır (Eren, Destekten Yoksun Kalma, 173); İyimaya'ya göre irat şeklindeki ödemeler tercih edilmelidir (İyimaya, 303 vd.).

44 Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Altop, 582-583; Tekinay, Destekten Yoksun Kalma, 215; Oğuzman-Öz, 549; Tandoğan, Mesuliyet, 294; Feyzioğlu, I, 552; Brehm, Art. 43, N. 8; Becker, Art. 43, N. 3; Oser/Schönenberger, Art. 43, N. 12; Guhl/Merz/Koller, 76; Keller, A., II, 36; Stauffer-Schaetzle-Schaetzle, Barwerttafel, N. 589; Oftinger/Stark, I, § 6, N. 218.

II. İrat Şeklindeki Ödemenin Aleyhine Söylenebilecekler

1° İrat, para değerindeki düşüşler dikkate alınarak endekse bağlanmazsa zarar görenin aleyhine sonuç doğurur⁴⁵. Endekse bağlansa bu sefer de teminat miktarının tesbitinde (BK 43/II) problemle karşılaşılır.

2° İrat şeklindeki ödeme mağdura devamlı olarak olayı hatırlatır ve mağdurun içinde bulunduğu psikolojik durumu olumsuz yönde etkiler⁴⁶.

3° Ödemelerdeki aksamalar sebebiyle mağdur her seferinde sorumluya karşı hukukî yollara başvurmak zorunda kalabilir.

4° Teminat yeterli güvenceyi sağlamayabilir. Örnek olarak teminat amacıyla tesis edilen ipoteğin paraya çevrilmesi güçlük çıkarabilir veya ipoteğin paraya çevrilmesi sonucu elde edilen para tazminat miktarının çok altında kalabilir.

5° İrat şeklinde ödemeye hükmedildiğinde tarafların birbiriyle olan ilişkisi uzun süre daha devam eder⁴⁷.

III. Sermaye Şeklindeki Ödemenin Lehine Söylenebilecekler

1° Sermaye şeklindeki ödeme sayesinde mağdur yeni bir başlangıç yapabilir; Yeni bir iş kurabilir veya mevcut işi geliştirebilir, mağduriyetine uygun düşen eğitimi görebilir, meslek değiştirebilir, gelir elde etme yeteneğindeki kayba rağmen geçimini sağlama imkânını elde edebilir⁴⁸.

2° Sermaye şeklindeki ödeme sayesinde mağdur aldığı parayı değer-

⁴⁵ Brehm, Art. 43, N. 10; Stauffer-Schaetzle-Schaetzle, Barwerttafeln, N. 606; Oftinger, I, 218-8, 225; Sürekli yüksek enflasyonun hüküm sürdüğü ülkemizde, irat şeklinde tazminata hükmetmenin isabetli olmayacağı yönünde, Kocayusufpaşaoğlu, Semp., 182; İsviçre Federal Mahkemesi de endekse bağlı irada hükmetmemektedir (Bkz. Stauffer-Schaetzle-Schaetzle, Barwerttafeln, N. 607).

Boşanma halinde ödenecek tazminatın irat şeklinde ödenmesine hükmedildiği takdirde, tazminat borçlusu eşin teminat gösterme yükümlülüğü bulunmadığından (MK 145) ve gerekirse sonradan iradın miktarının değiştirilmesi mümkün olduğundan (MK 145), iradın endekse bağlanmasında bir zorlukla karşılaşılacaktır. ZGB 151/I ve 152 uyarınca ödenmesine hükmedilecek iradın endekse bağlanabileceği hususunda bkz. BGE 100 II 254.

⁴⁶ Oftinger/Stark, I, § 6, N. 219; Brehm, Art. 43, N. 11; Stauffer-Schaetzle-Schaetzle, Barwerttafeln, N. 587.

⁴⁷ Keller/Gabi-Bolliger, 114; Stauffer-Schaetzle-Schaetzle, Barwerttafeln, N. 583.

⁴⁸ Oftinger, I, 218-1, 2; Aynı yönde, Oftinger/Stark, I, § 6, N. 219 ve dn. 340; Stauffer-Schaetzle-Schaetzle, Barwerttafeln, N. 585; Keller/Gabi-Bolliger, 114; BGE 53 II 428; 58 II 263; 60 II 398: Eğer sermaye şeklindeki ödeme sayesinde zarar gören, somut olayda, çok elverişli bir duruma geliyorsa, sermaye değeri hesaplanırken yapılan indirim yanında, ikinci bir indirimle gidilebilir.

lendirmek suretiyle para değerindeki düşüşlere karşı kendisini bir ölçüde koruyabilir⁴⁹.

3° Sermaye şeklindeki ödemede, durumun özelliğine göre yapılacak indirimleri (BK 43/I, 44) yapmak daha kolaydır⁵⁰.

4° Sermaye şeklindeki ödemede, sakat kalan insana özellikle çocuğa iyi bir eğitim imkânı sağlanabilir⁵¹.

IV. Sermaye Şeklindeki Ödemenin Aleyhine Söylenebilecekler

1° Sermaye şeklindeki ödeme sorumlu kişi için ekonomik bakımdan ağır bir yük teşkil eder, hattâ sorumlu kişinin ekonomik durumu bu tür bir ödemeye müsait olmayabilir.

2° Mağdur sermaye şeklinde verilen tazminatı değerlendirmek hususunda ehliyetsiz olabilir veya bunu emin ve amaca uygun şekilde idare etmekte zorluk çekebilir⁵².

3° Kendisine sermaye şeklinde ödemede bulunulan kimse, zarar miktarı hesaplanırken kabul edilen süreden daha önce ölebilir⁵³.

⁴⁹ Oftinger, I, 219-8; Brehm, Art. 43, N. 14; Stauffer-Schaetzle-Schaetzle, Barwerttafeln, N. 586; BGE 96 II 447 = Pra. 60, Nr. 167.

⁵⁰ Brehm, Art. 43, N. 16.

⁵¹ Oftinger, I, 218-3.

⁵² Oftinger, I, 217-2 (Aynı yönde, Oftinger/Stark, I, § 6, N. 218); Becker, Art. 43, N. 3; Brehm, Art. 43, N. 9; Stauffer-Schaetzle-Schaetzle, Barwerttafeln, N. 591; Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Alttop, 582.

⁵³ Bkz. Brehm, Art. 43, N. 16.

Yedinci Bölüm

Tazminat Miktarına Uygulanacak Faiz

§ 1. Tazminat Miktarına Uygulanıp Faizin Hukukî Niteliği

Uygulamada mahkemeler tazminat miktarını belirledikten sonra buna hüküm anına kadar faiz yürütmektedirler. İsviçre'de hâkim olan kanaate göre, tazminat miktarına uygulanan ve kısaca zarar faizi ("Schadenszins") denen faiz, tazminatın bir parçasını teşkil eder¹. Amaç, tazminat borcu doğduğu anda zarar telâfi edilmiş olsaydı, zarar gören şimdi hangi durumda olacak idiye, o durumun yaratılmasıdır². Bu itibarla, zararın belirlendiği andan itibaren hüküm anına kadar faiz işletilir³. Bu faiz tazminatın bir parçasını teşkil ettiğinden, hüküm anından itibaren yürütülecek gecikme faizi, tazminat miktarı ile zarar faizinin toplamına yürütülmektedir⁴.

Kanaatimce bu izah tarzı isabetli değildir. Zira borcun geç ifa edilmesinden dolayı alacaklının uğradığı zararın telâfisi gecikme tazminatı ile olur. Para borçlarında ise gecikme tazminatı ilk planda gecikme faizi (temerrüt faizi) şeklinde kendisini gösterir. Bu itibarla tazminat borcunun zamanında ifa edilmemiş olmasından dolayı yürütülecek faiz, ancak gecikme faizi olabilir⁵. Söz konusu faiz tazminatın bir parçasını teş-

¹ Keller/Gabi-Bolliger, 73; Brehm, Art. 41, N. 97 vd.; Merz, OR, 214; Ottiker, 7; Oftinger/Stark, I. § 6, N. 25; Stark, Skriptum, N. 126, 196; Gauch/Schleup, N. 2791; Deschenaux/Tercier, 182; Bu anlamda, Honsell, 59; BGE 88 II 114 (= Pra. 51, Nr. 104); 82 II 463; 81 II 519;

Federal Mahkeme, uygulanan faizin tazminatın bir parçasını teşkil ettiği görüşünden hareket etmesine rağmen, temyiz başvurusu bakımından ihtilâfın değerinin tesbitinde zarar faizinin dikkate alınmayacağına karar vermiştir (BGE 118 II 364).

² Zarar faizi, tazminat bedelinin, zararın doğduğu anda zarar görenin tasarrufuna sunulmamasının, onun bu paradan yararlanamamasının karşılığıdır (Bkz. BGE 82 II 464; Guhl/Merz/Koller, 73; Merz, OR, 214).

³ v. Tuhr/Peter, 74; Oser/Schönenberger, Art. 102, N. 17; Art. 43, N. 29; Art. 73, N. 12; Becker, Art. 104, N. 3; BGE 34 II 612; 18 253.

⁴ Oftinger/Stark, I. § 6, N. 25; Keller/Gabi-Bolliger, 73; Destekten yoksun kalma tazminatında, sermaye değeri ölüm anına göre belirlenmekte (aşağıda dn. 39) ve ölüm anından hüküm (hesap) anına kadar faiz işletilmektedir. Daha sonra bu faiz ile sermaye değeri toplanıp, çıkan yekûna hüküm anından itibaren gecikme faizi işletilmektedir. Bkz. BGE 113 II 340; 97 II 134 (= Pra. 60, Nr. 209); 82 II 35; Brehm, Art. 41, N. 99; Guhl/Merz/Koller, 74; Stauffer-Schaetzle-Schaetzle, Barwertafeln, N. 729.

⁵ Barlas, 130 vd.; Tekil, 100; Karayalçın, 8; Domaniç, 23, dn. 13; Tekinay/Akman-

kil etmez. Dolayısıyla hâkim, tazminat ile faize birlikte hükmetse dahi, hüküm tarihinden sonra sadece tazminat miktarı için faiz (gecikme faizi) yürür, hükümde yer alan gecikme faizine faiz yürümez. Zira BK 104/III hükmü, gecikme faizi olarak ödenecek paraya, gecikme faizi yürütülmesini yasaklamıştır. Nitekim, Yargıtayın dördüncü dairesinin bir kararında, dairenin eski içtihadından dönerek tazminat faizini temerrüt faizi olarak kabul ettiği, dolayısıyla artık tazminat faizine BK 104 ve 3095 sayılı Kanunun üçüncü maddesi uyarınca dava tarihinden itibaren tekrar faiz yürütülemeyeceği belirtilmiştir⁶.

Zarar faizi denen şeyin aslında gecikme faizinden başka bir şey olmadığı, tazminatın bir parçasını teşkil etmediği kabul edildiğinde, bunun tabii sonucu olarak bu faizin yürütülebilmesi de zarar görenin bu yönde bir talebinin bulunmasına bağlı olacaktır⁷.

Uygulanan faizin gecikme faizi olarak kabul edilmesi, faiz borcuna uygulanacak zamanaşımı bakımından bir değişiklik yaratmamaktadır. Nitekim, zarar faizi olarak isimlendirilen faiz, tazminatın bir parçası olarak kabul edildiğinde, söz konusu faize uygulanacak zamanaşımı süreleri, tazminat alacağına ilişkin zamanaşımı süreleri (BK 60) olacaktır⁸. Uygulanan faiz, gecikme faizi olarak kabul edildiğinde de uygulanacak zamanaşımı süreleri BK 60'daki sürelerdir⁹.

Burcuoğlu-Alttop, 790, dn. 27; Çağa-Gökçen-Güran, 28; İyimaya, 216; Aksi görüşte, Eren, II, 307; Tünçomağ, 462; Oçal, 28;

Önceden miktarı kesin olarak belli olmayan para borçları (Geldwertschuld) hakkında, bu arada haksız fiilden doğan borçlar hakkında da, temerrüt faizini düzenleyen BGB § 288/I hükmünün uygulama alanı bulacağı hakkında bkz. BGH NJW 1953, 337; Staudinger-Löwisch, § 288, N. 3;

Yargıtay'ın son kararları, tazminat faizinin temerrüt faizi olduğu yönündedir; Yarg. HGK, 13.11.1991, 11-303/567 (YKD 1992/3, 349); Yarg. 4. HD, 23.11.1993, 11286/13515 (YKD 1994/3, 33); Yarg. 11. HD, 19.12.1988, 3805/7758 (İyimaya, 219 vd.); Yarg. 11. HD, 18.5.1989, 541/2958 (İyimaya, 230 vd.); Yarg. 11. HD, 15.9.1989, 5782/4344 (İyimaya, 234 vd.); Yarg. 11. HD, 5.6.1989, 7581/3395 (İKİD 1989, 6688); Söz konusu kararlarda, Merkez Bankasının kısa vadeli krediler için öngördüğü reeskont faiz oranına göre (3095 sayılı Kanun, m. 2/III) temerrüt faizi işletilmesi uygun görülmüştür; Şiğortacının rücuunda da reeskont faiz oranına göre temerrüt faizi işletileceği hususunda bkz. Yarg. 11. HD, 17.4.1995, 2056/3648 (YKD 1995/8, 1236);

Yargıtay'ın aksi yönde kararları da mevcuttur; Yarg. 11. HD, 17.3.1989, 5744/1723 (Yasa HD, 1990/6, 876); Kararda, tazminat faizinin temerrüt faizi olmadığı ve bu faizin oranının 3095 sayılı Kanunun birinci maddesine göre belirleneceği görüşü kabul edilmiştir; Yargıtayın eski yıllara ait kararları da zarar miktarına uygulanan faizin temerrüt faizi olmadığı yönündedir (Bkz. Karahasan, I, 626 vd.).

Yarg. 4. HD, 2.10.1989, 7458/7207 (YKD 1990/1, 29).

Oğuzman-Öz, 373; v. Tuhr/Peter, 73.

Yarg. HGK, 15.11.1961, 36/38 (İKİD 1962, 1043); Basel Hukuk Mahkemesi kararı, BJM 1980, 30; Zarar faizine BK 126/1 hükmünün uygulanmayacağı hususunda bkz. Oğuzman/Öz, 447; Yarg. 4. HD, 7.3.1979, 11151/2990 (YKD 1979/8, 1135); v. Tuhr/Escher, 215; Oser/Schönenberger, Art. 128, N. 3; Aksi görüşte, Spiro, 636 vd.

Gecikme faizine asıl alacağına ilişkin zamanaşımı sürelerinin uygulanacağı hususunda

Zarar faizinin aslında gecikme faizi olduğunun kabul edilmesi, uygulanacak faiz oranının belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Gecikme faizinde oran, 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanuna göre belirlenmektedir. Buna göre, gecikme faizinin oranı kural olarak yıllık yüzde otuzdur (m. 2/I, 1). Zarar faizi denen faizin gecikme faizi olduğunun kabul edilmemesi halinde de uygulanacak faiz oranı gene yüzde otuzdur. Yüzde otuz, kanunî faiz oranıdır (m. 1).

Ticarî işlerde ise gecikme faizinin oranı, ödeme yerinde ve ödeme zamanında banka işkontosu yukarıda açıklanan miktardan fazla ise, T.C. Merkez Bankasının kısa vadeli krediler için öngördüğü reeskont faiz oranına göre belirlenir (m. 2/III). Yargıtayın eski görüşünü değiştirip, zarar faizinin aslında gecikme faizi olduğunu kabul etmesinin arkasında da, ticarî işlerde, % 30 yerine daha yüksek olan reeskont faiz oranının uygulanmasını sağlamak düşüncesi yatmaktadır¹⁰.

Şu var ki, işlenen haksız fiilin ticarî iş kapsamında görülmesi temerrüt uyandırmaktadır. TTK 3 hükmü uyarınca Ticaret Kanununda düzenlenen hususlarla bir ticarethane veya fabrika veya ticarî şekilde işletilen diğer bir müesseseyi ilgilendiren bütün muamele, fiil, ve işler ticarî işlerdendir. Gene TTK 21/I hükmüne göre, bir tacirin borçlarının ticarî olması asıldır¹¹. Bu hükümler karşısında, bir tacirin haksız fiili ticarî iş sayılır¹² ve haksız fiilden doğan tazminat borcunun zamanında ifa edilmemesi halinde, uygulanacak gecikme faizinin oranı, 3095 sayılı Kanunun ikinci maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen reeskont faizinin oranına göre belirlenir.

Yargıtayın haksız fiilin ticarî iş sayılması ve ticarî işler için öngörülen gecikme faizinin uygulanabilmesi için iki tarafın da tacir olmasını araması¹³ isabetli değildir. TTK 21/I uyarınca borçlu olan tarafın tacir olması, borcun ticarî olması için yeterlidir. Bir ticarî işletmeye ait aracın tacir olmayan bir kimseye çarpması halinde, işletme sahibinin bundan doğan tazminat borcu ticarîdir ve bu borca ticarî işler için öngörülen ge-

bkz. BGE 52 II 217; v. Büren, 425, dn. 57; Gecikme faizine BK 126/1 hükmünün uygulanmayacağı hususunda ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, 447; v. Tuhr/Escher, 215; Becker, Art. 128, N. 5; Oser/Schönenberger, Art. 128, N. 4; Aksi görüşte, Spiro, Fristen, 636.

¹⁰ Bkz. yukarıda dn. 5'teki Yargıtay kararları.

¹¹ Bunun gerçek kişi tacirler için bir istisnası vardır; "...hakikî şahıs olan bir tacir, muameleyi yaptığı anda bunun ticarî işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya muamele, fiil veya işin ticarî sayılmasına halin icabı müsait bulunmadığı takdirde borç adi sayılır." (TTK 21/I, c. 2).

¹² Aynı yönde, Karayalçın, Ticarî İşletme, 144; Arkan, 59; Poroy/Yasaman, 60.

¹³ Yarg. 11. HD, 10.11.1994, 2242/7490 (YKD 1995/3, 425); Karara ilişkin karşı oy yazısı bu yönden isabetlidir; Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD, 9.5.1994, 84/4050 (YKD 1995/1, 49); Yarg. 11. HD, 20.2.1995, 129/1427 (YKD 1995/5, 753); Yarg. 11. HD, 9.10.1995, 5681/7258 (YKD 1996/45).

çikme faizi uygulanır¹⁴. Buna mukabil, tacir olmayan bir kimsenin bir ticarî işletmeye zarar vermesi halinde, bu kişinin tazminat borcu, adi bir borçtur¹⁵.

Tazminat borcu bir yabancı para birimi üzerinden belirlenmiş ise, o takdirde 3095 sayılı Kanunun 4/A maddesinde öngörülen faiz oranı uygulanır. Buna göre, yabancı para borcunun faizinde Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır¹⁶.

Gecikmeden doğan zarar, temerrüt faizini aşabilir. Aşan miktarın tazmini BK 105 hükmüne tâbidir¹⁷. Örnek olarak zarar gören, tazminat zamanında ödenseydi, hasar gören şeyi eski haline getirebileceğini (aynen tazmin) ve bu sayede o şeyi kullanarak gelir elde edebileceğini ileri sürerek, kazanç kaybından doğan munzam zararının tazminini talep edebilir, yeter ki şeyin zamanında eski haline getirilememesinde, kendi kusuru bulunmasın. Veya zarar gören, tazminat zamanında (nakden tazmin) eline geçseydi, bankaya olan borcunu kapatabileceğini, bunu yapamadığından dolayı faiz ödemek zorunda kaldığını ileri sürerek, bu ilâve zararının tazminini talep edebilir¹⁸.

Para değerindeki düşüşlerin tazminat miktarına etkisi konusunda da bu çerçevede bir çözüm aramak gerekir. Tazminatın aynen tazmin esasına göre belirlenmesi halinde bir problemle karşılaşılmaz. Aynen tazmin (eski hale getirmek) için gerekli masraf, hüküm anına, daha doğrusu tazminat olarak ödenen paranın zarar görenin eline geçeceği ana göre hesap edilir¹⁹. Dolayısıyla, zararın meydana geldiği an ile bu an arasında gerekli masrafın artmış olmasından zarar gören etkilenmez.

Nakden tazmin esasından hareket edilmekteyse, kabul ettiğimiz görüş uyarınca, zarar, malvarlığında eksilmenin meydana geldiği ana göre belirlenir²⁰. Zararın belirlenme anı ile hüküm anı arasında meydana gelecek para değerindeki düşüşler, zararın hesabında dikkate alınmazlar. Aynı şekilde, eski hale getirme gerçekleşikten sonra dava açılmış ise, masrafın bilfiil yapıldığı anla hüküm anı arasındaki para değerindeki

¹⁴ Arkan, haksız fiil ticarî iş niteliğinde olsa dahi, karşı taraf tacir değilse, tazminat borcuna ticarî işler için öngörülen gecikme faizinin uygulanmasının yerinde olmayacağı görüşündedir (Arkan, 72).

¹⁵ Karayalçın, Ticarî İşletme, 145; Tekil, 70; Bir taraf için ticarî olan bir işin diğer taraf için de ticarî sayılması yolundaki karine, taraflar arasında bir sözleşme varsa geçerlidir (TTK 21/II).

¹⁶ Yarg. 12. HD, 22.6.1995, 9221/9411 (YKD 1995/1863).

¹⁷ Bu konuda bkz. Barlas, 187 vd.

¹⁸ Bkz. BGH NJW 1953, 337 (Karar sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta munzam zarara ilişkindir).

¹⁹ Bkz. üçüncü bölüm, § 2, III, D, 1.

²⁰ Bkz. birinci bölüm, § 2, II, B, 2.

düşüşler, zararın hesabında yer almazlar. Diğer görüşten, yani zararın hüküm anına göre belirleneceği görüşünden hareket edildiği takdirde, hüküm anına kadar para değerinde meydana gelen düşüşler zararın hesabında dikkate alınırlar²¹.

Malvarlığında eksilmenin gerçekleştiği an esas alındığında, para değerindeki düşüşlerin zararın hesabında dikkate alınmamasının sebebi, genel olarak borçların nominal değer üzerinden doğuyor olmasıdır. Nominal değer üzerinden doğan borç, kural olarak paranın değerindeki düşüşlerden etkilenmez. Borç nominal değer üzerinden zamanında ödenseydi, malvarlığının taşıdığı nominal değer şu anda olduğundan daha fazla olacak idiyse, ancak o takdirde bir zararın varlığından söz edilebilir²². Bu noktada zarar görene bir ispat kolaylığı sağlanabilir. Sürekli yüksek enflasyonun bulunduğu bir ülkede insanların sahip oldukları parayı herhangi bir yere yatırmadan ellerinde tutmaları, hayatın olağan akışına ters düşer. Hayatın olağan akışına uygun düşen, en azından bir bankada yüksek faiz getiren bir mevduat hesabına paranın yatırılmasıdır. Paranın bu şekilde değerlendirilmesi, malvarlığının taşıdığı nominal değer de artmasına yol açar. Borçlanılan paranın zamanında ödenmemesinden dolayı, bu artıştan mahrum kalan alacaklı zarara uğramıştır. Temerrüt faizi, bu zararı karşılamaya yetmediği takdirde, karşılanmayan kısım munzam zarar olarak BK 105 uyarınca sorumlu kişiden talep edilebilir²³.

Sonuç olarak, akde aykırılıktan doğan tazminat borcu ile geniş anlamda haksız fiilden doğan tazminat borcu arasında ayırım yapmaya gerek yoktur. Neticede her ikisi de borçtur ve her ikisi de borcun yerine getirilmemesinden doğan hükümlere tâbi olmalıdırlar.

§ 2. Faizin İşlemeye Başlayacağı An

Tazminat miktarına yürütülen faiz, temerrüt faizi olarak nitelendirildiği takdirde, bu faizin yürütülmesi tazminat borçlusunun temerrüde düşürülmüş olmasına bağlı olacaktır. BK 101 hükmüne göre borçlunun temerrüde düşürülmesi için öncelikle muaccel bir borcun bulunması ve alacaklının ihtarı gerekir²⁴.

İstisna getiren özel bir hüküm mevcut olmadığına göre, kural ola-

²¹ Bkz. v. Maydell, 301 vd.; Weber, R., Art. 84, N. 206.

²² Krş. Barlas, 212.

²³ Aynı gerekçe ile munzam zararın kabulü için bkz. Yarg. 4. HD, 4.3.1986, 685/2012 (YKD 1986/8, 1133); Kararın günlük hayatın gerçeklerine uygun düştüğü hususunda bkz. Akman, Enflasyon, 632.

²⁴ Alman hukuku bakımından, Soergel-Wiedmann, § 288, N. 6 (Haksız fiilden doğan alacaklarda faizin işlemeye başladığı an için ihtar şartını içeren bölüme (n. 14) atıf yapılmıştır).

rak, geniş anlamda haksız fiil sorumluluğundan doğan tazminat alacakları için de bu kural geçerlidir. Prensip olarak haksız fiil sorumluluğunda bu kuraldan ayrılmayı gerektirecek bir sebep bulunmamaktadır. Örnek olarak, kendisine miras kalan ve varlığından dahi o güne kadar habersiz olduğu bir yapı eseri dolayısıyla, bina sahibinin sorumluluğu hükümlerine göre (BK 58) tazminat ödemek borcu altına giren bir kimsenin, zararın doğması ile birlikte ihtar gerekmeksizin temerrüde düşmesini haklı kılacak bir sebep bulunmamaktadır. Bununla birlikte dürüstlük kuralı (MK 2) uyarınca bazı özel durumlarda ihtarın çekilmemiş olduğu itirazı dinlenmeyebilir²⁵. Bunun tipik örneği hırsızın verdiği zararlar (‐fur semper in mora‐ = hırsız daima temerrüt halindedir)²⁶. Veya kasden adam öldüren veya yaralayan kimsenin, temerrüt ihtarının çekilmemiş olduğunu ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırı düşebilir.

Temerrüt faizi en erken borcun muaccel olduğu andan itibaren işlemeye başlar. Tazminat borçlarında borcun muaccel olduğu an, genellikle zarar verici olayın meydana geldiği andır²⁷. Zarar henüz doğmamış

²⁵ Türk hukukunda hâkim olan görüş, genel olarak haksız fiilden doğan bütün tazminat alacakları için ihtar gerekmeksizin temerrüde düşüleceği görüşüdür. Bkz. Barlas, 66; Tandoğan, Mesuliyet, 478; Oğuzman-Öz, 286; Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Altop, 918; Feyzioğlu, II, 239;

Yarg. HGK, 13.11.1991, 11-303/567 (YKD 1992/3, 349) [Dava borca aykırılığa ilişkin (TTK 806) olmasına rağmen, haksız fiile ilişkinmiş gibi bir sonuca varılmıştır]; Yarg. 4. HD, 2.10.1989, 7458/7207 (YKD 1990/1, 29); Yarg. 11. HD, 15.9.1989, 5782/4344 (İyimaya, 234 vd.); Yargıtay'ın, haksız fiilin yanı sıra akde aykırılıkta da ihtar şartının aranmayacağını belirten kararlarında isabet yoktur [Yarg. 9. HD, 23.10.1990, 7801/10563 (YKD 1991/4, 565); Yarg. 9. HD, 7.9.1990, 7401/9104 (YKD 1991/2, 208)];

Yargıtay'a göre, rücu halinde de, rücu eden sorumlunun zarar görene ödemedi bulunduğundan andan itibaren faiz işletilmelidir [Yarg. 4. HD, 9.2.1990, 12049/1110 (Karahasan, II, 1363); Yarg. 4. HD, 29.5.1989, 1741/4891 (YKD 1989/10, 1391); Yarg. 4. HD, 24.1.1980, 10103/703 (Karahasan, II, 1373); Yarg. 11. HD, 10.11.1980, 4867/5200 (Uygur, 829)]. Bu kararlarda rücu hakkından doğan alacağın bir tazminat alacağı olarak değerlendirilmesi isabetli değildir.

²⁶ v. Tuhr/Escher, 140-141.

Bu kuralın geçerli olduğu bir durum BGB § 848 ve 849'da mevcuttur (Bkz. Staudinger-Werner, § 284, dn. 39). Bu hükümler, bir şeyin hukuka aykırı olarak bir kimsenin elinden alınması haline ilişkindirler. BGB § 849'a göre, bir şeyin bir kimsenin elinden alınması üzerine, o şeyin değerinin veya o şeyde meydana gelen değer eksilmesinin tazmini gerekiyorsa, o takdirde zarar gören, tazminat miktarı için, zararın tesbit edildiği andan itibaren faiz talebinde bulunabilir. Malı hukuka aykırı şekilde elinden alınan kimseden, malı elinden alana karşı, malın iadesi veya tazminat ödemesine dair, özel bir talepte (ihtarda), bulunması beklenmez (MünchKomm-Walchshöfer, § 284, N. 43). İhtara gerek kalmadan, ihtar çekmiş alacaklının durumuna girilir (OLGE 9, 282). Buna mukabil, Löwisch, bu hükmün ihtarsız temerrüt halleri başlığı altında inçelenmesine rağmen, temerrüt hükümleri ile alâkasının bulunmadığı görüşündedir (Staudinger-Löwisch, § 284, N. 12).

²⁷ Federal Mahkemeye göre, tazminat alacağı, tazminat alacağını doğuran olayın gerçekleştiği an muaccel olur (BGE 81 II 519) ve o andan itibaren zarar faizi işlemeye başlar (BGE 34 II 612).

bile olsa, gelecekte gerçekleşmesi beklenen zararlar için tazminat alacağı doğar²⁸ ve bu alacaklar, zararın doğacağından belli olmasından itibaren muaccel hale gelirler. Dolayısıyla tazminat borçlarında temerrüt faizi en erken zarar verici olayın meydana geldiği veya zararın doğacağından tahmin edilebildiği andan itibaren işlemeye başlar. Nazarı olarak ilk bakışta durum böyle olmakla beraber, tazminat borçları bir özellik taşımaktadır. O da zararın belirlenme anının değişiklik arz etmesidir. Eğer zarar, zarar verici olayın gerçekleştiği an esas alınarak belirlenmiş ise, temerrüt faizi de en erken bu andan itibaren işlemeye başlar²⁹. Bunun dışında, temerrüt faizi, en erken zararın belirlenmesinde esas alınan andan itibaren işlemeye başlar³⁰. Zira, ancak o andan sonraki gecikme ilâve bir zarara (gecikme zararına) yol açabilir.

Yargıtay tazminat davalarında prensip olarak olay tarihinden itibaren faiz yürütmektedir³¹. Aslında temerrüt faizinin *en erken* işlemeye başlayacağı anı çeşitli ihtimallere göre ayrı ayrı belirtmek gerekir;

1° Tazminat, eski hale getirme masrafına göre belirlenmekte ise (aynen tazmin), eski hale getirme masrafının zarar gören tarafından bilfiil yapıldığı an³²; Henüz eski hale getirme gerçekleşmemişse, muhtemelen eski hale getirmenin gerçekleştirileceği an (veya tazminat borcunun ifa anı)³³ veya hüküm anı (zararın tesbit edildiği an)³⁴;

2° Şeye gelen zararlar, tazminat, değer eksikliğine göre belirleniyorsa (nakden tazmin), şeydeki değer eksikliğinin meydana geldiği an;

3° Şeye gelen zararlar, tamir sebebiyle şeyin değerinde meydana gelen değer eksikliğinin tazmininde, tamir anı³⁵;

4° Gelecekte, yani hüküm anından sonra gerçekleşmesi beklenen

²⁸ Bkz. birinci bölüm, dn. 33.

²⁹ Zarar miktarına uygulanan faizin temerrüt faizi olmadığı görüşü bakımından da durum ayındır; Bkz. v. Tuhr/Escher, 141; Federal Mahkeme kararı, Sem. Jud. 103 (1981), 440.

³⁰ Zarar faizinin, zarar miktarının tesbit edildiği andan itibaren işlemeye başlayacağı hususunda bkz. v. Tuhr/Peter, 123; Ofinger, I, 174; Weber, R., Art. 73, N. 93; Guhl/Merz/Koller, 73, 88; Becker, Art. 104, N. 3 (akde muhalefet halinde); Tandoğan, Mesuliyet, 479; BGE 82 II 463.

³¹ Bkz. aşağıda dn. 34, 38.

³² BGE 70 II 95; v. Tuhr/Peter, 123; Tedavi masrafları ve şeye gelen zararlar bakımından, Keller, A., II, 40; Krş. BGE 82 II 35; Kararda, tedavi masrafı için kaza tarihinden itibaren faiz işletilmiştir.

³³ MünchKomm-Grünsky, § 249, Vorbem. 126.

³⁴ v. Tuhr/Peter, 123; Yargıtay, olay anını esas almaktadır (bkz. üçüncü bölüm, dn. 48).

Eski hale getirme zarar görenin kusuru sebebiyle gecikmişse, eski hale getirme zamanında gerçekleşseydi, hangi masrafla gerçekleşecek idiyse, o anda gerekli olan masraf esas alınır ve o andan itibaren faiz yürütülür [Zürich Kantonu İstinaf Mahkemesi kararı, ZR 85 (1986), Nr. 68, 178; Bu anlamda, v. Tuhr/Peter, 123-124; Ayrıca bkz. dördüncü bölüm, § 3, II, A, 4, c].

³⁵ Bkz. birinci bölüm, dn. 35.

zararlarda, sermaye şeklindeki ödemeye hükmedilmişse, hüküm anı veya sermaye değerinin hesaplanma anı³⁶; İrat şeklinde ödemeye hükmedilmişse, icraya veya mahkemeye müracaat günü (BK 104/I)³⁷;

5° Kişiye gelen zararlarda, gelir kayıpları için ödenecek tazminatta, hüküm anından önce gerçekleşmiş zararlar bakımından, zararın doğduğu an; Zararın dönem itibariyle doğduğu hallerde, belli bir dönemdeki (genellikle yıllık) zarar için, o dönemin bitiş anı esas alınır³⁸. Örnek olarak destekten yoksun kalma zararlarında veya çalışma gücünün kaybından doğan zararlarda hükmün verilmesinden önce 3 yıl geçmişse, her yıl boyunca doğan zararlar için, ilişkin oldukları yılın sonundan itibaren temerrüt faizi işlemeye başlar. Her bir dönemdeki zararlar ayrı bir zarar kalemi kabul edilir. Dolayısıyla 3 ayrı zarar kalemi için ayrı ayrı temerrüt faizi işletilmelidir. İsviçre uygulaması ise, hüküm anından önceki bu nevi zararlar için, faizin işlemeye başladığı an olarak, hükümden önce geçen sürenin ortasını (mitlerer Termin)³⁹ almaktadır. Ülkemizde, yüksek enflasyon sebebiyle gelir miktarı sabit kalmadığından, her bir dönemde gerçekleşen zarar miktarı diğerinden farklı olmaktadır. Bu itibarla, hükümden önce gerçekleşen zararlar için, toplam miktara, hükümden önce geçen sürenin ortasından faiz yürütülmesi, Türk hukuku bakımından takip edilebilecek bir yol değildir⁴⁰. Nitekim, İsviçre

³⁶ Yarg. 9. HD, 26.9.1994, 7912/12639 (YKD 1995/6, 895); Yarg. 9. HD, 18.1.1994, 10367/63 (Semp., 211); Guhl/Merz/Koller, 74; BGE 82 II 35; Krş. BGE 81 II 519; Kararda gelecekteki zararlar için de tazminat alacağını doğuran olayın meydana geldiği andan itibaren faiz yürütüleceği belirtilmiştir.

³⁷ Tekinay, Destekten Yoksun Kalma, 230; Gautschi, SJZ 37, 120; Sermaye şeklindeki ödemede de iratlar esas alınmakta ve bunların sermaye değeri bulunmaktadır. Buna rağmen sermaye şeklindeki ödemede BK 104/I hükmü câri değildir. Zira irat alacaklısının irat ile yatırım yapmayacağı faraziyesinden hareket edilirken, sermaye şeklindeki ödemeyi alan alacaklının bu parayı kullanacağından hareket edilmektedir.

³⁸ Uygulamada toplam tazminat tutarına, tazminat hesabında başlangıç olarak esas alınan tarihten itibaren -genellikle olay tarihinden itibaren- faiz yürütülmektedir; Yarg. HGK, 1.11.1995, 9-679/898 (YKD 1996/2, 182); Yarg. 9. HD, 24.11.1992, 9416/12777 (YKD 1994/3, 396); Yarg. 9. HD, 24.3.1992, 15229/3381 (YKD 1993/6, 876); Yarg. 9. HD, 20.2.1992, 13706/1992 (YKD 1992/7, 1056); Yarg. 4. HD, 21.5.1992, 3919/6771 (YKD 1992/7, 1035); Bu yol, isabetli değildir (Çağa-Gökçen-Güran, Semp., 28);

Gautschi'ye göre ise hüküm anından önce gerçekleşmiş cismanî zararlar hakkında da OR 105 (BK 104) hükmü uygulanmalıdır (Gautschi, 120).

³⁹ BGE 81 II 49; 82 II 35; 77 II 153; Krş. BGE 81 II 519; Cismanî zararların tazminine ilişkin son kararda kaza anından itibaren işlemeye başlayacağı belirtilmektedir. İsviçre'de bugün geçerli olan uygulamaya göre, destekten yoksun kalma tazminatında, sermaye değeri ölüm anına göre belirlenmekte [BGE 108 II 440 (= Pra. 72, Nr. 54); 99 II 207 (= Pra. 62, Nr. 209); 95 II 418 (= Pra. 59, Nr. 43); 90 II 84 (= Pra. 53, Nr. 83); Bu uygulamanın isabetli olup olmadığını şüpheli olduğu görüşünde Keller/Syz, 93; Uygulamanın isabetli olmadığı görüşünde, Honsell, 58; Keller/Gabi, 73] ve faiz de ölüm anından itibaren işletilmektedir [BGE 113 II 333; 101 II 351 (= Pra. 64, Nr. 264); 97 II 134 (= Pra. 60, Nr. 209); 84 II 300].

⁴⁰ Farklı yönde, Aşçıoğlu, Semp., 75; Yarg. 9. HD, 26.9.1994, 7912/12639 (YKD 1995/6, 895); Yarg. 9. HD, 18.1.1994, 10367/63 (Semp., 211).

hukukunda dahi, çalışma gücünün kaybında değişiklik olmuşsa, faizin, değişiklikten önceki dönemde gerçekleşen zarar miktarı ile sonraki dönemde gerçekleşen zarar miktarı için ayrı ayrı işletilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁴¹.

6° Beklenmedik şekilde hüküm anından sonra ortaya çıkan zararlarda, zararın doğduğu an; Zararın dönem itibariyle doğduğu hallerde, belli bir dönemdeki zarar için, o dönemin bitiş anı esas alınır;

7° Birlikte sorumlu olanlardan birinin diğerine rücûunda, rücû eden sorumlunun ödemeyi yaptığı an esas alınır⁴².

⁴¹ Keller, A., II, 40; Sem. Jud. 103 (1981), 440; Kaza anı ile hesap anının ortasından faiz işletilmesinin, zararın kaza anından itibaren aynı miktar üzerinden doğması şartına bağlı olduğu hususunda bkz. Stauffer-Schaetzle-Schaetzle, Barwerttafel, N. 728.

⁴² Yarg. 10. HD, 21.5.1981, 2647/3356 (YKD 1981/9, 1154); Sigorta Kurumunun rücûunda faiz, gelirler için onay tarihinden, giderler için sarf tarihinden itibaren işlemeye başlar; Ayrıca bkz. yukarıda dn. 25'deki Yargıtay kararları.

...

...

Sonuç

Tezde vardığımız belli başlı sonuçları şu şekilde sıralayabiliriz.

1° Tezde vardığımız ilk önemli sonuç, zarar kavramına ilişkindir. Zararın malvarlığında meydana gelen bir azalmadan ibaret olduğu genellikle kabul edilmektedir. Oysa zarar, bir başka açıdan, malvarlığında -veya şahısvarlığında- yer alan bir unsurda (hak konusu varlıkta) sorumluluğu doğuran olay neticesi meydana gelen fiili değişiklikliği ifade eder. Bu takdirde, zararın tazmini, hak konusu varlığın fiilen eski haline getirilmesi suretiyle olur. Hak konusu varlığın eski haline getirilmesine "aynen tazmin" denmektedir. Hâkim sorumlu kişiyi, hak konusu varlığı eski hale getirmeye mahkûm edebileceği gibi, bunun için gerekli paranın sorumlu kişi tarafından zarar görene ödemesine de hükmedebilir. Zarar kavramı bu şekilde izah edildiği takdirde, aynen tazmin - nakden tazmin ayırımı bir anlam taşır. (Bkz. birinci ve üçüncü bölümler)

2° Özellikle Alman hukukundan kaynaklanan bir akıma göre, geniş anlamda bir haksız fiile mâruz kalan kişi iktisâdî bakımdan bir zarara uğramış olmasa dahi, belirli tip olaylarda zararın hukuken gerçekleşmiş olduğu kabul edilebilir. Bu tip zararlara normatif zarar denmektedir. Özellikle hasara uğrayan motorlu araçları kullanma imkânından mahrûm kalınması bu görüşe göre malvarlığında eksilmeye yol açmış olmasa dahi başlı başına bir zarar kalemi teşkil eder. Bu görüş kanunumuzun mevcut sistemiyle bağdaşmamaktadır. Olması gereken hukuk bakımından da, zarar kavramının genişletilerek normatif zarar olarak kabul edilen zarar kalemlerinin bunun içine sokulmasına gerek bulunmamaktadır. Toplum içinde yaşayan insanlar, karşılaştıkları bazı olumsuzluklara da kendileri katlanmak durumundadırlar. Bu sebeplerdir ki Alman hukukunda manevî tazminat davası açma imkânı kural olarak kabul edilmemişken (BGB § 823), Türk ve İsviçre hukuklarında manevî tazminat davaları kişilik hakkının ihlâlinden doğan manevî zararlar ile sınırlı tutulmuştur (BK 49). (Bkz. birinci bölüm)

3° Tazminatın belirlenmesinde, esas itibariyle, sorumluluğu doğuran olayın gerçekleşmesinde rol oynayan faktorlerin, bu olayın gerçekleşmesinde ne oranda rol oynadıklarına bakılmalıdır. Uygulamada "kursor dağılımı" adı altında yapılan şey de, sebebiyet verme oranlarının tesbitinden başka bir şey değildir. Bu oranların tesbiti hukukî bir de-

gerlendirmeyi gerektirir. Bu itibarla bu oranların tesbitinin bilirkışıye bırakılması isabetli değildir (BK 43/I; MK 4; HUMK 275, c. 2). Sebebiyet verme oranları tesbit edilirken, kusurlu hareketlerin, kusursuz sorumluluğa yol açan olaylara nisbeten daha ziyade zarara sebebiyet verdikleri esası kabul edilebilir. Örneğin bunlar arasında bire iki (1:2) oranının varlığından hareket edilebilir. Bu oranlar kesin değildir. Somut olaydaki kusurun hafifliğine veya tehlikenin ağırlık derecesine göre bu oran değişebilir. Örneğin tehlike esasına dayanan sorumluluklarda kusurlu davranışlar ile tehlike sorumluluğunu doğuran olayın eşit oranda (1:1) zarara sebebiyet verdiği kabul edilebilir. (Bkz. dördüncü bölüm)

4° Zarardan birden fazla kimse birlikte sorumlu ise, o takdirde sebebiyet oranları bütün sorumlular için birlikte tesbit edilmemelidir. Başka bir ifade ile, bütün sorumluları içine alan bir "kusur dağılımı" yapılamaz. Böyle bir kusur dağılımı ancak iç ilişki bakımından bir anlam taşıyabilir. Zira herbir sorumlu ile zarar gören arasında ayrı bir alacak söz konusudur ve alacakların miktarının birbirinden ayrı olarak tesbit edilmesi gerekmektedir. Sorumlular ile zarar gören arasındaki ilişkide tazminat belirlenirken herbir sorumlu kendine ait indirim sebeplerinden yararlanabilir. Zira başkaları ile birlikte sorumlu olan bir kimseden, belki de tesadüf eseri bir başkası ile sorumlu oldu diye, tek başına sorumlu olsaydı ödeyeceği miktardan daha fazlasını ödemesi istenemez. Buna mukabil müşterek kusurla hareket eden sorumlular kendilerine ait şahsi indirim sebeplerinden yararlanamazlar (Bkz. beşinci bölüm)

6° Geleceğe ilişkin gelir kayıplarının tazmininde, tazminatın sermaye şeklinde ödenmesine karar verildiği takdirde, sermaye değerinin miktarı Prof. Çağa tarafından önerilen basit hesaplama yöntemine göre hesap edilmelidir. Buna göre, bu tip zararlarda, zararın miktarı, hüküm anındaki gelir miktarının gelirin elde edileceği yıl sayısı ile çarpılması sonucu bulunur. (Bkz. altıncı bölüm)

7° Son olarak tazminat miktarına uygulanan faizin, temerrüt faizinden başka bir şey olmadığı görüşü üstün tutulmalıdır. Nitekim, Yargıtay da eski içtihadından dönerek bu görüşü kabul etmiştir. Para borçlarında, gecikmeden doğan zararın tazmini ilk planda temerrüt faizi ile gerçekleşmektedir. Tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesine hükmedilmesi halinde de ortada bir para borcu söz konusu olmaktadır. Bu bakımdan genel olarak para borçlarında geçerli olan esaslar, tazminat borçları için de geçerli olmalıdır. (Bkz. yedinci bölüm)

Zusammenfassung

I. In der türkischen Rechtslehre und Rechtsprechung wird der Schadensbegriff als "unerwünschte Verminderung des Vermögens" definiert. Um die Verminderung zu bemessen, macht man einen Vergleich zwischen den Vermögenszuständen vor und nach dem schädigenden Ereignis. Nach der Rechtsprechung ist für die Berechnung des Schadens der Zeitpunkt maßgebend, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist.

Wenn z. B. ein Haus zerstört worden ist, dann ist das Vermögen des Hauseigentümers in dem Zeitpunkt, an dem das Haus zerstört wurde, um den Wert des Hauses vermindert. Der Schädiger hat vor allem diesen Wert zu ersetzen und zudem noch -in der Regel- 30 prozentigen Verzugszins (den sogenannten Schadenszins) zu zahlen. Der Schadenszins läuft ab dem Datum, an dem die Verminderung des Vermögens erfolgt ist.

Das Problem besteht nun darin, daß die Inflationsrate in der Türkei höher ist als der Schadenszins, zur Zeit 80 %. Der Geschädigte bekommt die Entschädigung normalerweise erst ein paar Jahre nach dem schädigenden Ereignis. Wegen der Inflation erhält der Geschädigte so wenig Entschädigung, daß er damit kaum "den Zustand herstellen" kann, "der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre" (vgl. § 249 S. 1 BGB). Der Geschädigte, der sein Haus verloren hat, kann also mit der Entschädigung dieses nicht wieder errichten.

Nach der türkischen Rechtsprechung kann der Entschädigungsbetrag nicht höher sein als die Minderung des Vermögens des Geschädigten, obgleich zur Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, mehr Geld erforderlich wäre. M.E. liegt das Problem in der Definition des Schadensbegriffs begründet. Der Schaden ist aus einer anderen Sicht die Änderung oder Verschlechterung des Zustands aufgrund des schädigenden Ereignisses. Die Naturalrestitution hat den Zweck "den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre". Der Verantwortliche kann auch verurteilt werden, "statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag" zu entrichten (vgl. § 249 S. 2 BGB). Dementsprechend soll also der Verantwortliche dem Geschädigten als Entschädigung ein Haus bauen oder den dazu erforderlichen Geldbetrag zahlen.

Nach Art. 43 Abs. 1 türk. OR, der Art. 43 Abs. 1 schweiz. OR entspricht, bestimmt der Richter Art und Größe des Ersatzes nach den Umständen und der Größe des Verschuldens. Der Richter muß erst die Art des Ersatzes bestimmen, je nachdem ob die Vermögensverminderung des Geschädigten ersetzt oder der Zustand hergestellt werden soll, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Sofern die zweite Alternative gewählt wird, kann der Richter den Verantwortlichen zur Naturalrestitution oder zur Zahlung des dazu erforderlichen Geldbetrags verurteilen.

II. Gemäß Art. 43 Abs. 1 und Art. 44 Abs. 1 türk. OR (vgl. Art. 43 Abs. 1 und Art. 44 Abs. 1 schweiz. OR) soll der Richter -neben den anderen Herabsetzungsgründen- das gegenseitige Verschulden abwägen und danach die Höhe des Ersatzes bestimmen. Falls das Verschulden des Schädigers schwerer als das des Geschädigten wiegt, trägt er den größten Teil der Schadenslast und umgekehrt.

Liegt jedoch ein Fall von Kausalhaftung vor, so kann der Richter das gegenseitige Verschulden nicht abwägen, da es am Verschulden fehlt, wenn den Kausalverantwortlichen kein zusätzliches Verschulden trifft. Wie kann der Richter dann wegen des Verschuldens des Geschädigten die Ersatzpflicht ermässigen? In diesem Fall ist entscheidend, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem zum Ersatz verpflichtenden Umstand oder der verschuldeten Handlung des Geschädigten verursacht worden ist (vgl. § 254 Abs. 1 BGB).

In der Praxis wird das unter dem Stichwort "Verschuldensteilung" von Gutachtern, die -besonders bei Straßenverkehrs- und Arbeitsunfällen- meistens keine Juristen sind, nach ihrem freien Ermessen bestimmt, obwohl nach dem Wortlaut des Art. 43 Abs. 1 türk. OR Art und Größe des Ersatzes für den eingetretenen Schaden vom Richter zu bestimmen sind.

Um die Verursachungsquoten zu ermitteln, vergleicht man die Teilursachen ausgehend von der Fragestellung, inwieweit sie nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge geeignet sind, den eingetretenen Schaden zu verursachen. Dazu ist eine rechtliche Wertung nötig. M. E. sind Verschuldenshandlungen als Ursache schwerer zu gewichten als die Umstände, die zur gewöhnlichen Kausalhaftung (Art. 55, 56, 58 türk. und schweiz. OR) führen. Die Umstände dagegen, die eine Gefährdungshaftung begründen, sind gegenüber den Verschuldenshandlungen hinsichtlich ihrer Ursächlichkeit grundsätzlich als gleichwertig anzusehen.

Yararlanılan Kaynaklar

- Adams**, Michael, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, Heidelberg 1985
- Akıntürk**, Turgut, Mütessesil Borçluluk, Ankara 1971
- Akman**, Galip Sermet, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976 (Kısaltması: Sorumsuzluk)
- Akman**, Galip Sermet, Karşılaştırmalı Olarak Alman ve İsviçre - Türk Hukuklarında Yüksek Oranlı Enflasyonun Para Borçlarına Etkisi ve Bu Konudaki Yargısal Kararlar, İBD, Yıl: 1989, Cilt: 63, Sayı: 10-11-12, 624 vd. (Kısaltması: Enflasyon)
- Akünel**, Teoman, Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul 1977
- Altop**, Atilla, Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Bankaların Verdikleri Banka Bilgilerinden Dolayı Hukuki Sorumlulukları, İstanbul 1996
- Arkan**, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 1993
- Arpacı**, Abdülkadir, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul 1993
- Arseven**, Haydar, Sigorta Hukuku, Yenilenmiş 2. Baskı, İstanbul 1991
- Arslanlı**, Halil, Türk Borçlar Kanununun 50 ve 51 inci maddelerinin tefsiri, Ebul'ulâ Mardin'e Armağan'dan ayrı bası, İstanbul 1944, 964 vd.
- Ataay**, Aytekin, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Yarım, 5. Bası, İstanbul 1995
- Atamer**, Yeşim M., Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul 1996
- Bättig**, Kurt, Die Verantwortlichkeit der Kontrollstelle im Aktienrecht, Diss., St. Gallen, 1976
- Becker**, H., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, Bern 1941
- Bericht der Studienkommission** für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts an den Vorsteher des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements, August 1991 (Atf şekli: Bericht der Studienkommission)
- Bernasconi**, Mario, Die Haftung des Motorfahrzeughalters für andere Personen, Diss., Zürich, 1973
- Blume**, W. von, Das Reichsgericht und die Gefälligkeitsverträge, Recht 1908, sütün 649 vd.
- Bluntschli**, Privatlisches Gesetzbuch für den Kanton Zürich Mit Erläuterungen, Dritter Band: Forderungen und Schulden, Zürich 1855
- Botschaft des Bundesrates** an die Bundesversammlung zu einem Gesetzentwurf betreffend die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes und der Einführungsbestimmungen (vom 3. März 1905) Bern (Atf şekli: Botschaft des Bundesrates)
- Bozer**, Ali, Sigorta Hukuku, Ankara 1981
- Brehm**, Roland, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Kommentar zu Art. 41-61 OR, Bern 1990

- Brehm**, Roland, Umfang des Schadenersatzes (Art. 43 Abs. 1 OR), SJK, Nr: 129 (1983)
- Brühlmann**, Werner J., Haftung und Rückgriff im Schadenersatzrecht, Diss., Bern, 1927
- Bucher**, Eugen, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 2. Abteilung: Die natürlichen Personen, Erster Teilband: Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB, Bern 1976
- Bucher**, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 1988 (Kisaltması: OR)
- Burckhardt**, C. Chr., Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadensersatzrecht, ZSR NF 22 (1903), 469 vd.
- Burcuoğlu**, Haluk, Haksız Eylem Sorumluluğu Çerçevesinde Bir Nesnenin Kullanım Olanagından Yoksun Kalınmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1984, 163-173
- Büren**, Bruno von, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964
- Bussy**, André, Motorfahrzeug-Haftpflicht, VI/2: Verschulden des Geschädigten Drittverschulden, grobes und leichtes Verschulden, Schweiz. Juristische Kartothek, Nr. 911a, 1965
- Çaemmerer**, Ernst von, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht, Karlsruhe 1962
- Çağa**, Tahir - Gökçen, Ahmet G. - Güran, Tevfik, Ölüm ve Cismanî Zarar Hallerinde Ödenecek Tazminatın Hesabına Dair, Ölüm ve Cismanî Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu, Bildiriler - Tartışmalar, Ankara, 10-11.XII.1993, Ankara 1994, 21 vd.
- Çelik**, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 12. Bası, İstanbul 1994
- Çilingiroğlu**, Cüneyt, Tıbbî Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993
- Degenkolb**, Der Spezifische Inhalt des Schadensersatzes, AcP 76 (1890), 1 vd.
- Deschenaux**, Henri, in: Schweizerisches Privatrecht, Zweiter Band: Einleitung und Personenrecht, Basel und Stuttgart 1967
- Deschenaux**, Henri / **Tercier**, Pierre, Sorumluluk Hukuku, Çeviren: Salim Özdemir, Ankara 1993
- Deutsch**, Erwin, Haftungsrecht, Erster Band: Allgemeine Lehren, Köln, Berlin, Bonn, München 1976
- Domaniç**, Hayri, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul 1988
- Dunz**, Walter, Abwägungskriterien bei der Schadensausgleichung, NJW 1964, 2133 vd.
- Dural**, Mustafa, Türk Medenî Hukukunda Gerçek Kişiler, 3444 sayılı ve 3678 sayılı Kanunlara göre gözden geçirilmiş ve değiştirilmiş dördüncü bası, İstanbul 1995
- Eichenberger**, Richard, Zivilrechtliche Haftung des Veranstalters sportlicher Wettkämpfe, Diss., Zürich, 1973
- Egger**, August, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band: Einleitung und Personenrecht, zweite umgearbeitete Auflage, Zürich 1930
- Egger**, August, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, II. Band: Das Familienrecht, zweite Abteilung: Die Verwandtschaft (Art. 252-359), 2. umgearbeitete Auflage, Zürich 1943
- Entwurf** eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Erste Lesung, Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888 (Atf şekli: Entwurf I)
- Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 5. Bası (tıpkı basım), İstanbul 1994 (Atf şekli: Eren, II,)
- Eren**, Fikret, Haftung mehrerer Schädiger für den gleichen Schaden, in: Die Verantwortlichkeit im Recht, Band 2, Zürich 1981, 403 vd. (Kisaltması: Haftung mehrerer Schädiger)

- Eren**, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi, Ankara 1975 (Kisaltması: Uygun İlliyet)
- Eren**, Fikret, Destekten Yoksun Kalma ve Vücut Bütünlüğünün İhlali Hallerinde Ödenecek Tazminatın Şekli, Profesör Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, 167 vd. (Kisaltması: Destekten Yoksun Kalma)
- Esser**, Josef / **Schmidt**, Eike, Schuldrecht, Band I: Allgemeiner Teil, Teilband 2: Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis, 7., völlig neubearbeitete Auflage, Heidelberg 1993
- Fehr**, Konrad, Die Beziehungen zwischen den Ansprüchen auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes, Unterlassung und Schadensersatz, ZBJV 80 (1944), 289 vd.
- Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1976; Cilt II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1977
- Fischer**, Hans Albrecht, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, Elfter Band, Erstes Heft, Jena 1903, 1 vd.
- Flume**, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, Dritte, ergänzte Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1979
- Frank**, Richard, Grundfragen des Reiseveranstaltungsvertrages, SJZ 77 (1981), 141-148, 157-162
- Franko**, Nisim, Hatır Nakliyatı ve Hukukî Mahiyeti, Ankara 1992
- Friedrich**, Hans-Peter, im Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, Einleitung Artikel 1-10 ZGB, Bern 1966
- Gauch**, Peter, in: Protokoll der 120. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins, ZSR NF 105/II (1986), 563 vd.
- Gauch**, Peter, "Entgangener Feriengenuss" - Gedanken zu einer "Mitteilung", SJZ 79 (1983), 276
- Gauch**, Peter - **Schleup**, Walter R., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 5. Auflage ergänzt, verbessert und nachgeführt von Walter R. Schleup, Zürich 1991
- Gautschi**, G., Bemerkungen zur Schadensberechnung bei Körperverletzung nach Art. 46 OR, SJZ 37 (1940-41), 115 vd.
- Gautschi**, G., Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Artikel 394-406 OR, Bern 1960
- Geisseler**, Robert, Haftpflicht und Versicherung im revidierten SVG, Diss., Freiburg, 1980
- Girsberger**, Andreas, Der Reisevertrag, ZSR NF 105/II (1986), 1 vd.
- Glärner**, Jacques, Die Schadensberechnung bei der Ersatzpflicht aus unerlaubter Handlung unter besonderer Berücksichtigung der Ansprüche des Geschädigten aus allfälligen Versicherungen, Diss., Bern, 1935
- Gmür**, Max - **Hafer**, Ernst, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I: Einleitung, Personenrecht, 2. Auflage, Bern 1919
- Gröner**, Otto, Die Konkurrenz verschiedener Haftpflichtansprüche eines Geschädigten und die daraus entstehenden Regreßverhältnisse, Aarau 1912
- Grunsky**, Wolfgang, Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens, Berlin 1968
- Guhl**, Th., Untersuchungen über die Haftpflicht aus unerlaubter Handlung nach schweiz. Oblig.-Recht, Bern 1904

- Guhl**, Theo / **Merz**, Hans - **Koller**, Alfred - **Druey**, Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, Achte Auflage, Zürich 1991
- Güleç** (Uçakhan), Sema, Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, Ankara 1994
- Güneysu**, Gülin, Nükleer Reaktorlerin Yol Açtığı Zararlardan Doğan Hukukî Sorumluluk, AÜHFĐ, Cilt 41, Yıl: 1989-1990, Sayı: 1-4, 207 vd.
- Gürkanlar**, Metin, Bir Zarara Birlikte Neden Olan Birden Çok Kişinin Sorumluluğu (BK. m. 50), Ankara 1982
- Gürsoy**, Kemal Tahir, Birden Fazla Kimselerin Aynı Zarardan Sorumluluğu, AÜHFĐ, Cilt: XXX, Yıl: 1973, Sayı: 1-4, 57 vd.
- Häberlin**, Fritz, Das eigene Verschulden des Geschädigten im schweizerischen Schadensersatzrecht, Bern 1924
- Hartmann**, Alfred, Der Regress bei Haftung Mehrerer aus verschiedenen Rechtsgründen, Diss., Bern, 1942
- Hatemi**, Hüseyin, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İkinci Cilt, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1994 (Kısaltması: Sorumluluk Hukuku)
- Hatemi**, Hüseyin, Kişiler Hukuku Desleri, İstanbul 1992 (Kısaltması: Kişiler)
- Hatemi**, Hüseyin, Ölüm ve Beden Bütünlüğü Zararında Giderim, Ölüm ve Cismanî Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu, Bildiriler - Tartışmalar, Ankara, 10-11.XII.1993, Ankara 1994, 3 vd. (Kısaltması: Semp.)
- Hauss**, Fritz, Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, München 1960, Band II, C. 23 vd.
- Heck**, Philipp, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929
- Hohloch**, Gerhard, Empfiehlt sich eine Neufassung der gesetzlichen Regelung des Schadensrechts (§§ 249-255 BGB)?, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, Köln 1981, 375 vd.
- Hofstetter**, Josef, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Siebenter Band: Obligationenrecht Besondere Vertragsverhältnisse, zweiter Halbband, Basel und Stuttgart 1979
- Homberger**, A., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV: Das Sachenrecht, Dritte Abteilung: Besitz und Grundbuch, Zweite umgearbeitete Auflage, Zürich 1938
- Honsell**, Heinrich, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 1995
- Huber**, Hans, Die Saats- und verwaltungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1966, ZBJV 103 (1967), 497 vd.
- Hug**, Hans-Jürg, Haftpflicht für Schäden aus der friedlichen Verwendung von Atomenergie, Zürich 1970
- Im Hof**, Walter, Die Art und Grösse des Schadenersatzes und der Genugtuung bei den Klagen aus O.R. Tit I/II, Schaffhausen 1912
- İmre**, Zahit, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949
- İyimaya**, Ahmet, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları, Ankara 1990
- Jäggi**, Peter, Fragen des Privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR NF 79/II (1960), 251a vd.
- Jahnke**, Jürgen, Haftungs- und Verschuldensbeschränkungen bei der Abwicklung von Haftpflichtfällen, VersR 96, 294 vd.
- Jansen**, Gerhard, Das Zusammentreffen von Haftungsgründen bei einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen, Beitrag zur Lehre von der echten und unechten Solidarität, Bern 1973

- Jhering**, Rudolph von, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Vermischte Schriften juristischen Inhalts, Leipzig 1879, 154 vd.
- Kaiser**, Urs, Die zivilrechtliche Haftung für Rat, Auskunft, Empfehlung und Gutachten, Bern 1987
- Kallmeyer**, Harald, Die Gefälligkeitsverhältnisse, Diss., Göttingen, 1968
- Kaneti**, Selim, Haksız Fiillerde Hukuka Aykırılık Unsuru, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul 1964 (Kısaltması: Hukuka Aykırılık)
- Kaneti**, Selim, Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara 21-22 Ekim 1977, İstanbul 1980, 29 vd. (Kısaltması: Sempozyum)
- Karahasan**, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. ve 2. Cilt, İstanbul -1992 (Atıf şekli: Karahasan, I, veya Karahasan, II,)
- Karahasan**, Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku, Birinci Kitap Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk, İkinci Kitap Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Genişletilmiş ve bağımsız olarak düzenlenmiş baskıdır, İstanbul 1995 (Kısaltması: Sorumluluk)
- Karayalçın**, Yaşar, Enflasyon Karşısında Faiz, Ankara 1980 (Kısaltması: Faiz)
- Karayalçın**, Yaşar, Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticarî İşletme, 3. Baskı, Ankara 1968 (Kısaltması: Ticarî İşletme)
- Karayalçın**, Yaşar, Özel Sigorta Hukuku Açısından Ölüm ve Cismanî Zarar Riskleri, Ölüm ve Cismanî Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu, Bildiriler - Tartışmalar, Ankara, 10-11.XII.1993; Ankara 1994, 121 vd. (Kısaltması: Zarar Riskleri)
- Karlı**, Abdürrahim, Usul Hukuku Açısından Rücü Davaları, İstanbul 1994
- Keller**, Alfred, Haftpflicht im Privatrecht, Band I, fünfte, vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, Bern 1993 (Atıf şekli: Keller, A., I,)
- Keller**, Alfred, Haftpflicht im Privatrecht, Band II, Bern 1987 (Atıf şekli: Keller, A., II,)
- Keller**, Max / **Gabi-Bolliger**, Sonja, Das Schweizerische Schuldrecht, Band II: Haftpflichtrecht, Zweite, korrigierte Auflage, Basel u. Frankfurt am Main 1988
- Keller**, Max / **Syz**, Carole, Haftpflichtrecht, Ein Grundriss in Schemen und Tabellen, 3. vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, Zürich 1990
- Keller**, Rolf, Mitverschulden als Generalklausel und als Spezialkorrektur von Einzelhaftungsnormen im deutschen, schweizerischen und französischen Recht, Diss., Tübingen, 1965 (Atıf şekli: Keller, R.,)
- Kender**, Rayegân, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku I, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul 1995
- Keuk**, Brigitte, Vermögensschaden und Interesse, Bonn 1972
- Kılıçoğlu**, Ahmet M., Türk Borçlar Hukukunda Kanunî Halefiyet, Ankara 1979
- Knobbe-Keuk**, Brigitte, Möglichkeiten und Grenzen abstrakter Schadensberechnung, VersR 1976, 401 vd.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, Kişilik Haklarını Koruyan Manevî Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK 24, BK 49), Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara 21-22/Ekim/1977, İstanbul 1980 (Kısaltması: Sempozyum)
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Hatemi/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, İstanbul 1996 (Forma halinde) (Atıf şekli: Kocayusufpaşaoğlu, § .n.)
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, Genel Rapor, Ölüm ve Cismanî Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu, Bildiriler - Tartışmalar, Ankara, 10-11.XII.1993, Ankara 1994, 181 vd. (Kısaltması: Semp.)

- Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Basel 1992. Herausgegeben von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegang, (Atif şekli: OR- Yazar adı)
- Kost**, Pius, Die Gefälligkeit im Privatrecht, Diss., Freiburg, 1973
- Koziol**, Helmut, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil, Zweite, neubearbeitete Auflage, Wien 1980
- Köhl**, Karl, Die rechtliche Bedeutung der konstitutionellen Prädisposition bei ausservertraglichen Haftungen unter Berücksichtigung der Neurosen, Diss., Zürich, 1948
- Köhler**, Helmut, Abstrakte oder konkrete Berechnung des Geldersatzes nach § 249 Satz 2 BGB ?, in: Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München 1983, 349 vd.
- Kötz**, Hein, Deliktsrecht, sechste, überarbeitete Auflage, Neuwied, Kriftel, Berlin 1994 (Kisaltmasi: Deliktsrecht)
- Kötz**, Hein, Ziele des Haftungsrechts, in: Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin, New York 1990, 643 vd. (Kisaltmasi: Ziele des Haftungsrecht)
- Kramer**, Ernst A., Die Kausalität im Haftpflichtrecht: Neue Tendenzen in Theorie und Praxis, ZBJV 123 (1987), 289 vd. (Kisaltmasi: Kausalität)
- Kramer**, Ernst A., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, 1. Lieferung: Allgemeine Einführung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1 und 2 OR, Bern 1980 (Kisaltmasi: Allgemeine Einleitung)
- Kuhn**, Moritz, Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers sowie sein Regreß gegenüber einem Dritthaftpflichtigen, SJZ 70 (1974), 133-138 (Kisaltmasi: Lohnfortzahlungspflicht)
- Kuhn**, Moritz, Die Haftung aus falscher Auskunft und falscher Raterteilung, SJZ 82 (1986), 345 vd. (Kisaltmasi: SJZ 82)
- Kummer**, Max, Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, Bern 1954
- Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İlaveli Beşinci Baskı, Cilt: I, II, İstanbul 1990; Cilt: IV, İstanbul 1991
- Lange**, Hermann, Schadenersatz, 2. neubearbeitete Auflage, Tübingen 1990 (Kisaltmasi: Schadenersatz)
- Lange**, Hermann, Empfiehlt es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den Umfang der Schadenersatzpflicht auf die Schwere des Verschuldens und Tragweite der Verletzten Norm abgestellt werden?, Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag, Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, München 1960, Band I, (Kisaltmasi: Gutachten)
- Larenz**, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band: Allgemeiner Teil, Vierzehnte, neubearbeitete Auflage, München 1987 (Kisaltmasi: SchuldR I)
- Larenz**, Karl, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7., neubearbeitete Auflage, München 1989 (Kisaltmasi: Allg. Teil)
- Larenz**, Karl, Nutzlos gewordene Aufwendungen als erstattungsfähige Schäden, Revolution der Technik Evolutionen des Rechts, Festgabe zum 60. Geburtstag von Karl Oftinger, Zürich 1969, 151 vd. (Kisaltmasi: Nutzlos gewordene Aufwendungen)
- Löwe**, Walter, Schadenersatz bei Nutzungsentgang von Kraftfahrzeugen?, VersR 1963,

- 307 vd. (Kisaltmasi: Schadenersatz bei Nutzungsentgang)
- Löwe**, Walter, Gebrauchsmöglichkeit einer Sache als selbständiger Vermögenswert?, NJW 1964, 701 vd. (Kisaltmasi: Gebrauchsmöglichkeit einer Sache)
- Magnus**, Ulrich, Schaden und Ersatz, Tübingen 1987 (Kisaltmasi: Schaden und Ersatz)
- Magnus**, Ulrich, Drittmittverschulden im deutschen, englischen und französischen Recht, Heidelberg 1974 (Kisaltmasi: Drittmittverschulden)
- Maurer**, Thomas, Drittverschulden und Drittverursachung im Haftpflichtrecht, Bern 1974
- Maydell**, Bernd von, Geldschuld und Geldwert, Die Bedeutung von Änderungen des Geldwertes für die Geldschulden, München 1974
- Medicus**, Dieter, Gründe und Grenzen des Ersatzes "fiktiver Schäden", Deutsches Auto-recht 1982, 352 vd.
- Meier**, Ernst Theophil, Schadenstragung bei Kollision von Gefährdungshaftungen, Diss., Zürich, 1945
- Meier-Hayoz**, Arthur, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Artikel 641-654 ZGB, Fünfte Auflage, Bern 1981
- Meier-Schatz**, Christian J., Über die privatrechtliche Haftung für Rat und Anlagerat, Mélanges Paul Piotet, Berne 1990, 151 vd.
- Meister-Oswald**, Elisabeth, Haftpflicht für ausservertragliche Schädigungen durch Kinder, Zürich 1981
- Mertens**, Hans-Joachim, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967
- Merz**, Hans, Schweizerisches Privatrecht, sechster Band: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Erster Teilband, Basel und Frankfurt am Main 1984 (Kisaltmasi: OR)
- Merz**, Hans, Probleme des Haftpflichtrechts nach SVG, in: Rechtsprobleme des Strassenverkehrs, Berner Tage für juristische Praxis 1974, Bern 1975, 101 vd. (Kisaltmasi: Probleme des Haftpflichtrechts nach SVG)
- Merz**, Hans, Vertrag und Vertragschluss, Zweite, überarbeitete Auflage, Freiburg Schweiz 1992 (Kisaltmasi: Vertrag)
- Merz**, Hans, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I: Einleitung und Personenrecht, Einleitung: Artikel 1-10 ZGB, Bern, 1966
- Merz**, Hans, in: Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1971, ZBJV 109 (1973), 104 vd.
- Merz**, Hans, in: Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1978, ZBJV 116 (1980), 11 vd.
- Merz**, Hans, in: Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1986, ZBJV 124 (1988), 215 vd.
- Mohr**, Peter Conrad, Die Kanalisierung der Haftung unter besonderen Berücksichtigung des Atomrechtes, Berlin 1970
- Mommsen**, Friedrich, Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855
- Motive zu dem Entwurfe** eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II: Recht der Schuldverhältnisse, Amtliche Ausgabe, zweite unveränderte Auflage, Berlin 1896 (Kisaltmasi: Die Motive zum deutschen BGB II)
- Mugdan**, B., Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899
- Müller**, B., Die zivilrechtliche Haftung aus Empfehlung, Auskunft und Raterteilung nach

- schweizerischem Recht, Diss. Bern, 1934
- Münchener Kommentar** zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241-432), 3. Auflage, München 1994 (Atif şekli: MünchKomm- Yazar Adı)
- Nägeli**, Max, Die ärztliche Behandlung handlungsunfähiger Sicht, Diss., Zürich, 1984
- Neuner**, Robert, Interesse und Vermögensschaden, AcP 133 (1931), 277 vd.
- Nietlisbach**, Hans, Zur Frage der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit für schlechten Rat und falsche Auskunft nach schweiz. OR., Diss. Zürich, 1948
- Nomer**, Haluk N., 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukukî Sorumluluğu, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 66, Sayı 1-2-3 1992'den Ayrı Bası, İstanbul 1992 (Kısaltması: İşletenin Hukukî Sorumluluğu)
- Nomer**, Haluk N., Farazi İlliyet Problemi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1995-1996, Cilt: LV, Sayı: 1-2, 413 vd. (Kısaltması: Farazi İlliyet)
- Nomer**, Haluk N., Sosyal Sigortalar Kurumu, Yaptığı Ödemelerdeki Artışlar İçin İşverene SSK 26. Maddesi Uyarınca Tekrardan Rücü Edebilmeli midir?, Çimento İşveren, Cilt 10, Sayı 4, Temmuz 1996, 18 vd. (Kısaltması: SSK 26 Uyarınca Tekrardan Rücü)
- Oetker**, Kiel, Unverhältnismäßige Herstellungskosten und das Affektionsinteresse im Schadensersatzrecht, NJW 1985, 345
- Oftinger**, Karl, Der soziale Gedanke im Schadenersatzrecht, SJZ 39 (1943), 545 vd. (Kısaltması: Der soziale Gedanke)
- Oftinger**, Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, Vierte, überarbeitete und vermehrte Auflage, Zürich 1975 (Atif şekli: Oftinger, I.)
- Oftinger**, Karl / **Stark**, Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht von Karl Oftinger, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Auflage, vollständig überarbeitet und ergänzt von Emil W. Stark, Zürich 1995 (Atif şekli: Oftinger/Stark, I)
- Oftinger**, Karl / **Stark**, Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil, Erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung von Karl Oftinger, 4. Auflage, vollständig überarbeitet und ergänzt von Emil W. Stark, Zürich 1987 (Atif şekli: Oftinger/Stark, II/1)
- Oftinger**, Karl / **Stark**, Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil, Zweiter Teilband: Gefährdungshaftungen: Motorfahrzeughaftpflicht und Motorfahrzeughaftpflichtversicherung von Karl Oftinger, 4. Auflage, vollständig überarbeitet und ergänzt von Emil W. Stark, Zürich 1989 (Atif şekli: Oftinger/Stark, II/2)
- Oğuzman**, Kemal, İsviçre ve Türkiye'de Medenî Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüz Karşı Korunması ve Özellikle Manevî Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler, Tandoğan'a Armağan, Ankara 1990 (Kısaltması: Tandoğan'a Armağan)
- Oğuzman**, M. Kemal, Medenî Hukuk Dersleri, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul 1994 (Kısaltması: Temel Kavramlar)
- Oğuzman**, Kemal - **Dural**, Mustafa, Aile Hukuku, İstanbul 1994
- Oğuzman**, M. Kemal - **Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995
- Oğuzman**, M. Kemal - **Seliçi**, Özer, Eşya Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1992
- Omağ**, Merih, Kemal, Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti, İstanbul 1983
- Oser**, Hugo / **Schönenberger**, Wilhelm, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183, zweite umgearbeitete Auflage, Zürich 1929

- Oser**, Hugo / **Schönenberger**, Wilhelm, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband): Art. 184-418, zweite umgearbeitete Auflage, Zürich 1936
- Oswald**, Hans, Probleme der Haftpflicht des Motorfahrzeughalters, BJM 1967, 1 vd.
- Ott**, Walter, Der Architekt als Hilfsperson des Bauherrn, SJZ 74 (1978), 285 vd.
- Ottiker**, Moritz, Die Zinsen im schweizerischen Privatrecht, Diss., Zürich, 1927
- Öçal**, Akar, Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi, İstanbul 1965
- Önen**, Turgut, Borçlar Hukuku, Ankara 1995
- Öz**, M. Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989
- Özsunay**, Ergun, Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13. Mart 1982, İstanbul 1983, 31 vd.
- Palandt**, Bürgerliches Gesetzbuch, 55., neubearbeitete Auflage, München 1996
- Poroy**, Reha / **Yasaman**, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, Güncelleştirilmiş 7. Bası, İstanbul 1995
- Portmann**, P., Die Ersatzpflicht bei gegenseitigen Schädigung mehrerer Haftpflichtigen und der Regress des Sachversicherers, ZBJV 90 (1954), 1 vd. (Kısaltması: Gegenseitige Schädigung)
- Portmann**, Peter, Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht, Bern 1958 (Kısaltması: Organ und Hilfsperson)
- Postacıoğlu**, İlhan E., La date l'evaluation du prejudice dans le calcul des dommages-interets, Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, No. 4 - 1954, 203 vd.
- Protokolle** der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band I: Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1897 (Kısaltması: Prot. 1)
- Referentenentwurf** eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadenersatzrechtlicher Vorschriften, II, Begründung, Karlsruhe 1967 (Kısaltması: Referentenentwurf)
- Reichel**, Alex - **Egger**, A., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I: Einleitung, Das Personenrecht, Zürich 1911
- Reisoğlu**, Sefa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Değişiklik ve İlavelerle Dokuzuncu Bası, İstanbul 1993
- Roberto**, Vito, Haftung des Reiseveranstalters, Zürich 1990
- Rother**, Werner, Die "vorwiegende Verursachung", VersR 1983, 793 vd.
- Schäfer**, Hans-Bernd / **Ott**, Claus, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo 1986
- Schaer**, Roland, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schaden-ausgleichssystemen, Basel, Frankfurt am Main 1984
- Schiemann**, Gottfried, Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts, München 1981
- Schmidt**, Reimer, Die Obliegenheiten, Karlsruhe 1953
- Schönenberger**, Wilhelm - **Jäggi**, Peter, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teilband V/1a enthaltend Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1-17 OR, Zürich 1973
- Schulz**, Andreas, Überlegungen zur ökonomischen Analyse des Haftungsrechts, VersR 1984, 608 vd.

- Serozan**, Rona, Tendenzen zur Normativierung und Individualisierung der Schadenszurechnung, in: Die Verantwortlichkeit im Recht, Band 2, Zürich 1981, 447 vd. (Kisaltması: Tendenzen)
- Serozan**, Rona, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, İstanbul 1994 (Kisaltması: İfa Engelleri)
- Serozan**, Rona, Tazminat Hukukunda Yeni Eğilimler, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara, 12-13/Mayıs/1979, İstanbul 1980, 171 vd. (Kisaltması: Yeni Eğilimler)
- Soergel**, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, Schuldrecht I (§§ 241-432), 12., neubearbeitete Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1990 (Atıf şekli: Soergel- Yazar adı)
- Spiro**, Karl, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Falfristen, Band I: Die Verjährung der Forderungen, Bern 1975 (Kisaltması: Fristen)
- Spiro**, Karl, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984 (Kisaltması: Erfüllungsgehilfen)
- Stark**, Emil W., Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Skriptum, 2. Auflage, überarbeitet und ergänzt, Zürich 1988 (Kisaltması: Skriptum)
- Stark**, Emil W., Zur Frage der Schädigungen ohne Vermögensnachteile, Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, 311 vd. (Kisaltması: FS Keller)
- Stark**, Emil W., Das sogenannte Handeln auf eigene Gefahr, SJZ 50 (1954), 21-26, 40-43 (Kisaltması: auf eigene Gefahr)
- Stark**, Emil W., Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, ZSR 86/II (1967), 1 vd. (Kisaltması: Probleme der Vereinheitlichung)
- Stark**, Emil Wilhelm, Beitrag zur Theorie der Entlastungsgründe im Haftpflichtrecht, Diss., Zürich, 1946 (Kisaltması: Entlastungsgründe)
- Stark**, Emil, W., in: Protokoll der 120. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins, ZSR NF 105/II (1986), 585 vd. (Kisaltması: ZSR 105/II)
- Stark**, Emil, W., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 3. Abteilung: Der Besitz, Zweite, nachgeführte und ergänzte Auflage, Bern 1984 (Kisaltması: Sachenrecht)
- Stark**, Emil, W., Merz'in 1984 tarihli Borçlar Hukuku kitabına ilişkin tanıtım yazısı, ZBJV 121 (1985), 484-485 (Kisaltması: ZBJV 121)
- Stark**, Emil, W., Zwei neuere Entscheidungen des Bundesgerichts zur Regressordnung von Art. 51 Abs. 2 OR, ZBJV 128 (1992), 221 (Kisaltması: ZBJV 128)
- Staudingers Kommentar** zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 10./11. neubearbeitete Auflage, II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1c § 249-327, Erläutert von Alfred Werner und Hubert Kaduk, Berlin 1967 (Atıf şekli: Staudinger- Yazar adı)
- Staudingers Kommentar** zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12., neubearbeitete Auflage, Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse §§ 243-254, Erläutert von Dieter Medicus, Karsten Schmidt, Berlin 1983; §§ 255, 327, Berlin 1979 (Atıf şekli: Staudinger- Yazar adı)
- Staudingers Kommentar** zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12., neubearbeitete Auflage, Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse §§ 255-327, Berlin 1979 (Atıf şekli: Staudinger- Yazar adı)
- Stauffer**, Wilhelm - **Schaetzle**, Theo - **Schaetzle**, Marc, Barwerttafeln, Vierte, vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 1989 (Kisaltması: Barwerttafeln)

- Stauffer**, Wilhelm - **Schaetzle**, Theo - **Schaetzle**, Marc, Barwerttafeln, Vierte, vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 1989 (Kisaltması: Barwerttafeln)
- Stauffer**, W. - **Schaetzle**, Th., Die Berücksichtigung der Teuerung bei der Bestimmung von Invaliditäts- und Versorgungsschäden, SJZ 71 (1975), 120 (Kisaltması: die Teuerung)
- Stein**, Peter, Haftungskompensation, ZSR NF 102/1 (1983), 67 vd. (Kisaltması: Haftungskompensation)
- Stein**, Peter, Rückgriff gemäss Gesetz betreffend die Fürsorge des Staates bei Unfällen und Erkrankungen seiner Bediensteten und gemäss PWWK-Gesetz, BJM 1981, 119 vd. (Kisaltması: BJM 1981)
- Steiner**, Hansjörg, Anrechnung des Mitverursachungsanteil des Geschädigten bei Solidarhaftung und Anspruchskonkurrenz, SJZ 79 (1983), 141 vd.
- Stoll**, Hans, Das Handeln auf eigene Gefahr, Berlin und Tübingen 1961
- Stucki**, Rudolf, Mehrheit von Ersatzpflichtigen, Diss., Zürich, 1966
- Szöllösy**, Paul, Der Richter und die Teuerung: Die Ausservertragliche Schadenersatzpraxis, ZBJV 112 (1976), 20 vd. (Kisaltması: die Teuerung)
- Szöllösy**, Paul, Kann der zur Lohnfortzahlung verpflichtete Arbeitgeber auf einen Dritthaftpflichtigen Rückgriff nehmen?, SJZ 72 (1976), 337-346 (Kisaltması: zur Lohnfortzahlung)
- Schwarz**, A., Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt I, (Çeviren: Bülent Davran), İstanbul 1948
- Tandoğan**, Halük, Türk Mes'uliyet Hukuku, Akıt Dışı ve Akıt Mes'uliyet, Ankara 1961 (Kisaltması: Mesuliyet)
- Tandoğan**, Halük, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981 (Kisaltması: Kusura Dayanmayan)
- Tandoğan**, Halük, Medenî Hukuk Açısından Çevre Kanunu, Ankara 1987 (Kisaltması: Çevre Kanunu)
- Tandoğan**, Halük, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963 (Kisaltması: Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini)
- Tekil**, Fahiman, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1990
- Tekinay**, Selâhattin Sulhi / **Akman**, Sermet - **Burcuoğlu**, Halük - **Altop**, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993
- Tekinay**, Selâhattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1990 (Kisaltması: Aile Hukuku)
- Tekinay**, Selâhattin S., Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluğun Kapsamı, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara 21-22 Ekim 1977, İstanbul 1980, 205 vd. (Kisaltması: Sempozyum)
- Tekinay**, Selâhattin Sulhi, Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, İstanbul 1963 (Kisaltması: Destekten Yoksun Kalma)
- Tekinay**, Selâhattin Sulhi, Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, Gözden geçirilmiş ilâveli Altıncı Bası, İstanbul 1992 (Kisaltması: Gerçek Kişiler)
- Tiftik**, Mustafa, Akıt Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994
- Tolk**, Martin, Der Frustrierungsgedanke und Kommerzialisierung immateriellen Schäden, Berlin 1977
- Tuhr**, Andreas von, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Erster Band: Allgemeine Lehren und Personenrecht, Berlin 1957, Unveränderter Nachdruck der 1910 erschienenen ersten Auflage; Zweiter Band, Zweite Hälfte, München und Leipzig 1918

- Tuhr**, Andreas von / **Peter**, Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, Dritte Auflage, Zürich 1979
- Tuhr**, Andreas von / **Escher**, Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, Dritte Auflage, Zürich 1974
- Tuhr**, Andreas von / **Escher**, Arnold - Peter, Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Supplement zur dritten Auflage, Zürich 1984
- Tuncay**, A. Can, Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene ve Üçüncü Kişiye Rücûunda Karşılaşılan Sorunlar, İBD, Cilt: 61, Yıl: 1987, Sayı: 4-5-6, 240 vd.
- Tunçomağ**, Kemal, Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976
- Uygur**, Turgut, Açıklama-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Genel Hükümler, Birinci Cilt, Ankara 1990
- Üstündağ**, Saim, Medenî Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 4. Bası, İstanbul 1989
- Venzmer**, Kurt, J., Mitverursachung und Mitverschulden im Schadensersatzrecht, München und Berlin 1960
- Wattenwyl**, Robert von, Aussercontractliche Haftung des Aufsichtspflichtigen, Diss., Zürich, 1926
- Weber**, Stephan, Zurechnungs- und Berechnungsprobleme bei der konstitutionellen Prädisposition, SJZ 85 (1989), 73 vd.
- Weber**, Rolf H., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 4. Teilband: Kommentar zu Art. 68-96 OR, Bern 1983
- Weiß**, Th., zu Art. OR: Vom Anspruch der lediglich im Haushalte tätigen Ehefrau auf Entschädigung wegen Arbeitsunfähigkeit, SJZ 27 (1930), 109
- Widmer**, Pierre, "Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, verpflichtet dessen Arbeitgeber zum Ersatz", SJZ 73 (1977), 283-288 (Kisaltması: Arbeitgeber)
- Widmer**, Pierre, Ethos und Adäquanz der Regressordnung nach Art 51 Abs. 2 OR, Festschrift Assista, Genf 1979, 269 vd. (Kisaltması: Regressordnung)
- Willoweit**, Dietmar, Schuldverhältnis und Gefälligkeit, Juristische Schulung 1984, 909 vd.
- Wilts**, Walter, Schadensersatzansprüche bei Verletzung der im Haushalt tätigen Ehefrau, NJW 1963, 2156
- Yılmaz**, Hamdi, Karayolları Trafik Kanununda Zararın Paylaşılması, Ankara 1995
- Zellweger**, H. J., Haftungsbeschränkung und Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsrecht der AG, Diss., Bern, 1972
- Zeuner**, Albrecht, Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden, AcP 163 (1964), 380 vd.